# Guía Jurídica de la

# CNUDMI

## para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales

Preparada por
la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 1988

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

El material que aparece en esta publicación podrá citarse o reproducirse con entera libertad, siempre que se mencione su origen y se remita un ejemplar de la publicación en que figura la cita o la reproducción.

A/CN.9/SER.B/2

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Núm. de venta S.87.V.10
ISBN 92-1-333154-1
04200P

# Prefacio

La presente *Guía* fue redactada en el seno del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), integrado por los 36 Estados miembros de la CNUDMI. Representantes de muchos otros Estados y organizaciones internacionales asistieron como observadores a los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo y participaron activamente en la elaboración de la *Guía Jurídica*. El Sr. Leif Sevon, de Finlandia, presidió todos los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo que se consagraron a la redacción de esta *Guía*. Al preparar los capítulos para someterlos a la consideración del Grupo de Trabajo, la Secretaría consultó con profesionales del derecho y otros expertos en materia de contratos internacionales de obras. Además, consultó varias fuentes, entre ellas publicaciones, artículos y otros textos así como modelos de contratos, condiciones generales de contratación y auténticos contratos entre partes. Esas fuentes son demasiado numerosas para poderlas mencionar una por una; no obstante, aquí se reconoce la importancia que tuvieron para la elaboración de la *Guía*.

La CNUDMI, en su 20.° período de sesiones celebrado en 1987, ultimó y aprobó la *Guía*, que había sido aprobada previamente por el Grupo de Trabajo, mediante la siguiente resolución:

"*La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,*

"*Recordando* el mandato que le fue conferido con arreglo a la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, tener presente el interés de todos los pueblos, y en particular el de los países en desarrollo, en el amplio desarrollo del comercio internacional,

"*Teniendo en cuenta* las resoluciones aprobadas por la Asamblea General sobre el desarrollo económico y el establecimiento del nuevo orden económico internacional,

"*Considerando* que los contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales jurídicamente bien fundados, equilibrados y equitativos son importantes para todos los países, especialmente para los países en desarrollo,

"*Opinando* que una guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales, en la que se identifiquen los problemas jurídicos que han de abordarse en tales contratos y se sugieran soluciones a dichos problemas, será de utilidad para todas las partes, en particular las de países en desarrollo, en la celebración de dichos contratos,

"1. *Aprueba* la Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales;

"2. *Invita* a la Asamblea General a que recomiende a las personas que participan en la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales que utilicen la Guía Jurídica;

"3. *Pide* al Secretario General que adopte medidas eficaces encaminadas a lograr una distribución amplia de la Guía Jurídica y promover su utilización."*

Tal vez los lectores deseen comunicar a la Secretaría, a la dirección que se indica abajo, sus observaciones con respecto al empleo de la *Guía*, así como sugerencias relativas a los asuntos que han de tenerse en cuenta cuando la *Guía* se vuelva a publicar más adelante, en un momento adecuado.

Secretaría de la CNUDMI
Centro Internacional de Viena
P.O. Box 500
A-1400 Viena
Austria

*Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 20.° periodo de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/42/17), párr. 315.

# ÍNDICE


*Página*

Prefacio ..... *iii*

*Introducción* ..... 1

A. Origen, finalidad y método de la *Guía* ..... 1
B. Estructura de la *Guía* ..... 3
C. Resúmenes de los capítulos ..... 4
D. "Observaciones generales" ..... 4
E. Recomendaciones que figuran en la *Guía* ..... 4
F. Ejemplos de disposiciones ..... 5

**Primera parte**

*Capítulo*

I. ESTUDIOS PREVIOS AL CONTRATO ..... 9

Resumen ..... 9
A. Observaciones generales ..... 9
B. Estudios de oportunidad ..... 10
C. Estudios preliminares de viabilidad ..... 11
D. Estudios de viabilidad ..... 11
E. Estudios detallados ..... 12
F. Especialistas que realizan estudios previos al contrato ... 12

II. SELECCIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN 14

Resumen ..... 14
A. Observaciones generales ..... 16
B. Sistemas que comportan un único contrato ..... 16
1. Consideraciones generales ..... 17
2. Contratación con un grupo de empresas ..... 18
C. Sistemas que comportan varios contratos ..... 20
D. Operaciones conjuntas entre contratista y adquirente .... 23

*Capítulo* *Página*

III. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ..... 25

Resumen ..... 25

A. Observaciones generales ..... 26

B. Licitación ..... 29

1. Procedimiento de selección preliminar ..... 29

2. Convocatoria a licitación ..... 30

3. Documentos que han de proporcionarse a los futuros licitadores ..... 31

4. Apertura de las ofertas y selección del contratista .... 35

C. Negociación ..... 39

D. Celebración del contrato ..... 39

1. Forma del contrato ..... 40

2. Validez y entrada en vigor del contrato ..... 40

**Segunda parte**

IV. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LA REDACCIÓN 45

Resumen ..... 45

A. Observaciones generales ..... 46

B. Idioma del contrato ..... 48

C. Partes en el contrato y ejecución del mismo ..... 49

D. Documentos contractuales, jerarquía e interpretación .... 49

E. Notificaciones ..... 52

F. Definiciones ..... 53

V. DESCRIPCIÓN DE LAS INSTALACIONES Y FIANZA DE CALIDAD ..... 55

Resumen ..... 55

A. Observaciones generales ..... 56

B. Indicación en los documentos del contrato del objetivo de la construcción y de las características técnicas de las instalaciones ..... 56

C. Objetivo de la construcción ..... 57

D. Características técnicas de las instalaciones, el equipo, los materiales y los servicios de construcción ..... 58

E. Especificaciones ..... 59

F. Requisitos técnicos ..... 59

G. Planos ..... 60

*Capítulo* *Página*

H. Responsabilidad por especificaciones y planos inexactos, insuficientes o incompatibles ..... 61
I. Protección de las especificaciones, planos y demás documentos técnicos ..... 62
J. Fianza de calidad ..... 63
1. Limitación del alcance de la fianza ..... 63
2. Período de garantía ..... 63
3. Fianza del fabricante ..... 65

VI. TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA ..... 67

Resumen ..... 67
A. Observaciones generales ..... 68
B. Cuestiones comunes a las disposiciones relativas a la concesión de licencias y a los conocimientos técnicos .... 71
1. Descripción de la tecnología ..... 71
2. Condiciones que limitan la utilización de la tecnología 71
3. Fianzas ..... 73
4. Pago de la tecnología ..... 74
5. Reclamaciones de terceros ..... 74
C. Aspectos especiales de las disposiciones relativas a los conocimientos técnicos: la confidencialidad ..... 75
D. Capacitación del personal ..... 76
E. Entrega de la documentación ..... 78

VII. PRECIO Y CONDICIONES DE PAGO ..... 80

Resumen ..... 80
A. Observaciones generales ..... 81
B. Métodos de fijación del precio ..... 83
1. Método del precio alzado ..... 83
2. Método de costos reembolsables ..... 84
3. Método del precio unitario ..... 87
C. Prima ..... 88
D. Moneda del precio ..... 89
E. Reajuste y revisión del precio ..... 91
1. Reajuste del precio ..... 92
2. Revisión del precio ..... 93
F. Condiciones de pago ..... 97
1. Anticipo ..... 98
2. Pago durante la construcción ..... 99

*Capítulo* *Página*

3. Pago dentro de un plazo determinado después de la toma a cargo o la aceptación de las instalaciones .... 100
4. Pago dentro de un plazo determinado posterior a la expiración del período de garantía ..... 101
5. Crédito otorgado por el contratista o por el país del contratista ..... 101

Apéndice ..... 102

VIII. SUMINISTRO DEL EQUIPO Y LOS MATERIALES ..... 104

Resumen ..... 104

A. Observaciones generales ..... 105

B. Suministro del equipo y los materiales por el contratista 107

1. Descripción del equipo y los materiales que han de suministrarse ..... 107
2. Fecha y lugar del suministro ..... 107
3. Transporte del equipo y los materiales ..... 108
4. Despacho de aduanas y derechos aduaneros ..... 109
5. Prohibiciones y obligaciones relativas a licencias .... 110
6. Toma a cargo del equipo y los materiales por el adquirente ..... 111
7. El almacenamiento en el emplazamiento ..... 112

C. Suministro del equipo y los materiales por el adquirente 113

IX. CONSTRUCCIÓN EN EL EMPLAZAMIENTO ..... 115

Resumen ..... 115

A. Observaciones generales ..... 116

B. Trabajos preparatorios ..... 117

C. Construcción que ha de efectuar el contratista en el emplazamiento ..... 118

1. Maquinaria y herramientas para la construcción ..... 118
2. Plazo para la terminación de la construcción ..... 119
3. Calendario de la construcción ..... 120
4. Cambios en el plazo para terminar la construcción ... 122

D. Instalación del equipo que ha de efectuarse bajo la dirección del contratista ..... 122

E. Acceso al emplazamiento ..... 123

F. Asistencia prestada por el contratista para la compra del equipo y los materiales ..... 124

G. Limpieza del emplazamiento ..... 124

*Capítulo* *Página*

X. INGENIERO CONSULTOR ..... 126

Resumen ..... 126

A. Observaciones generales ..... 127

B. Facultades y funciones del ingeniero consultor ..... 128

1. Prestación de servicios al adquirente ..... 128

2. Funciones independientes ..... 129

C. Elección y sustitución del ingeniero consultor ..... 132

D. Delegación de facultades por el ingeniero consultor ..... 133

E. Información y facilidades de acceso que se deben ofrecer al ingeniero consultor ..... 134

XI. SUBCONTRATACIÓN ..... 135

Resumen ..... 135

A. Observaciones generales ..... 136

B. Derecho del contratista a subcontratar ..... 137

C. Elección de los subcontratistas ..... 138

1. Elección por parte del contratista únicamente ..... 138

2. Participación del adquirente en la elección del subcontratista ..... 138

D. Alcance de la responsabilidad del contratista por los perjuicios ocasionados al adquirente por el incumplimiento del subcontratista u otros actos u omisiones del subcontratista ..... 143

E. Derecho del adquirente de reclamar directamente al subcontratista ..... 144

F. Pago de las prestaciones de los subcontratistas ..... 144

G. Cooperación y comunicación entre el adquirente y el subcontratista ..... 145

H. Compatibilidad del subcontrato con el contrato de obras 146

XII. INSPECCIONES Y PRUEBAS DURANTE LA FABRICACIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN ..... 147

Resumen ..... 147

A. Observaciones generales ..... 148

B. Inspecciones y pruebas durante la fabricación ..... 149

1. Descripción y efectos de las inspecciones y pruebas durante la fabricación ..... 149

2. Acceso del adquirente a los lugares de fabricación y facilidades que deberá dar al contratista ..... 150

*Capítulo* *Página*

3. Fecha de las pruebas durante la fabricación ..... 151
4. Pruebas adicionales o modificadas ..... 151
5. Pruebas insatisfactorias ..... 151
6. Informes y certificados de las pruebas ..... 152
7. Costos ..... 152

C. Inspección en el momento de la expedición o de la llegada al emplazamiento ..... 152

D. Inspecciones y pruebas durante la construcción en el emplazamiento ..... 153

XIII. TERMINACIÓN, TOMA A CARGO Y ACEPTACIÓN ..... 155

Resumen ..... 155

A. Observaciones generales ..... 156

B. Terminación de la construcción ..... 157
1. Comprobación de la terminación mediante las pruebas de terminación ..... 157
2. Fecha de la terminación de la construcción ..... 159

C. Secuencia de la toma a cargo, las pruebas de funcionamiento y la aceptación: período de funcionamiento a prueba ..... 159

D. Toma a cargo de las instalaciones ..... 160
1. Obligación de hacerse cargo ..... 160
2. Declaración de toma a cargo y fecha de la toma a cargo ..... 161
3. Consecuencias jurídicas de la toma a cargo ..... 161

E. Aceptación de las instalaciones ..... 161
1. Pruebas de funcionamiento ..... 161
2. Declaración de aceptación y fecha de la aceptación 163
3. Consecuencias jurídicas de la aceptación ..... 164
4. Aceptación provisional ..... 164

XIV. TRASPASO DEL RIESGO ..... 167

Resumen ..... 167

A. Observaciones generales ..... 168

B. Equipo y materiales suministrados por el contratista ..... 170
1. Equipo y materiales que han de incorporarse a las instalaciones ..... 170
2. Equipo que no ha de incorporarse a las instalaciones 172

C. Equipo y materiales suministrados por el adquirente ..... 173

*Capítulo* *Página*

D. Instalaciones durante la construcción e instalaciones terminadas ..... 173
E. Algunas consecuencias de la asunción del riesgo ..... 174
F. Herramientas y maquinaria del contratista que han de utilizarse en la construcción ..... 174

XV. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES ... 176

Resumen ..... 176
A. Observaciones generales ..... 176
B. Transmisión de la propiedad del equipo y los materiales que se han de incorporar a las instalaciones ..... 178
C. Propiedad de las instalaciones durante la construcción y después de terminadas ..... 178

XVI. SEGURO ..... 179

Resumen ..... 179
A. Observaciones generales ..... 180
B. Seguro de cosas ..... 184
1. Seguro de las instalaciones durante la construcción, las instalaciones terminadas, de estructuras temporales y de estructuras accesorias de las instalaciones ..... 184
2. Seguro del equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones ..... 186
3. Seguro de la maquinaria y las herramientas utilizadas por el contratista para la construcción ..... 187
C. Seguro de responsabilidad ..... 187
D. Prueba del seguro ..... 189
E. Incumplimiento de las partes de la obligación de contratar un seguro ..... 190

XVII. GARANTÍAS DE BUENA EJECUCIÓN ..... 191

Resumen ..... 191
A. Observaciones generales ..... 192
B. Garantía del cumplimiento del contratista: fianzas ..... 193
1. Fianza de buena ejecución: función ..... 194
2. Fianza de reembolso: función ..... 195
3. Elección del fiador ..... 195
4. Naturaleza de la obligación del fiador ..... 196

*Capítulo* *Página*

5. Fecha del otorgamiento de la fianza ..... 198
6. Alcance de la obligación creada en virtud de la fianza 199
7. Consecuencias de la modificación o la resolución del contrato ..... 200
8. Duración de la fianza ..... 201

C. Garantía de pago del adquirente: fianzas o cartas de crédito ..... 202

XVIII. DEMORAS, DEFECTOS Y OTROS TIPOS DE INCUMPLIMIENTO ..... 205

Resumen ..... 205

A. Observaciones generales ..... 206

B. Acciones a disposición del adquirente ..... 208
1. Características más importantes ..... 208
2. Demora en la construcción por parte del contratista 210
3. Construcción defectuosa imputable al contratista .... 213
4. Defectos no imputables al contratista ..... 220
5. Resumen de las acciones a disposición del adquirente 220

C. Acciones a disposición del contratista ..... 222
1. Características más importantes ..... 222
2. Demora en el pago del precio o en proporcionar la garantía de pago del precio ..... 223
3. Demora en la toma a cargo o la aceptación de las instalaciones ..... 224
4. Falta de suministro del proyecto o diseño, el equipo o los materiales para la construcción a tiempo y sin defectos ..... 225

D. Acciones a disposición de ambas partes ..... 226
1. Demora en el pago de sumas distintas al precio ..... 226
2. Incumplimiento de obligaciones accesorias ..... 227

XIX. INDEMNIZACIÓN PACTADA Y PENALIDADES ..... 229

Resumen ..... 229

A. Observaciones generales ..... 230

B. Relación entre el cobro de una suma convenida y la ejecución forzosa de las obligaciones o el cobro de una indemnización por daños y perjuicios ..... 232

C. Definición de la falta de cumplimiento ..... 232

D. Cuantificación de la suma convenida ..... 233

*Capítulo* *Página*

E. Limitación de la suma convenida ..... 233
F. Cobro de la suma convenida ..... 234
G. Suma convenida pagadera por concepto de demora: algunos problemas ..... 235
H. La rescisión del contrato y las cláusulas para el pago de una suma convenida ..... 236

XX. DAÑOS Y PERJUICIOS ..... 238

Resumen ..... 238
A. Observaciones generales ..... 239
B. Distinción entre la acción por daños y perjuicios y otros tipos de resarcimiento y de indemnización ..... 240
C. Obligación de indemnizar por daños y perjuicios ..... 240
1. Tipos de pérdidas ..... 240
2. Pérdidas imprevisibles ..... 241
3. Pérdidas remotamente relacionadas con el incumplimiento ..... 242
4. Ganancias dimanadas del incumplimiento ..... 242
5. Limitación del importe ..... 242
6. Reducción de las pérdidas ..... 243
D. Daños a terceros y a sus bienes ..... 243
E. Moneda de pago de la indemnización por daños y perjuicios ..... 244

XXI. CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN ..... 245

Resumen ..... 245
A. Observaciones generales ..... 246
B. Consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes 247
C. Definición de los impedimentos exonerantes ..... 248
1. Definición general de los impedimentos exonerantes 248
2. Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes ..... 249
3. Lista taxativa de impedimentos exonerantes sin una definición general ..... 249
4. Posibles impedimentos exonerantes ..... 250
5. Exclusión de algunos hechos ..... 251
6. Incumplimiento imputable a un tercero contratado por el contratista ..... 251
D. Notificación de los impedimentos ..... 252

*Capítulo* *Página*

XXII. CLÁUSULAS DE GRAVOSIDAD ..... 254

Resumen ..... 254

A. Observaciones generales ..... 255

B. Elementos a considerar en la redacción de una cláusula de gravosidad ..... 257

1. Definición de gravosidad ..... 257
2. Lista taxativa de eventos ..... 258
3. Otras limitaciones posibles ..... 258

C. Renegociación ..... 259

1. Procedimiento de renegociación ..... 259
2. Incumplimiento de la obligación de adaptar el contrato 261

XXIII. CLÁUSULAS DE MODIFICACIONES EN LA CONSTRUCCIÓN ..... 262

Resumen ..... 262

A. Observaciones generales ..... 263

B. Modificaciones en la construcción reclamadas por el adquirente ..... 264

1. Planteamientos básicos ..... 264
2. Efecto de las modificaciones en la construcción sobre el precio del contrato y la fecha de terminación ..... 266
3. Disposiciones contractuales relativas a cada uno de los planteamientos básicos ..... 267

C. Modificaciones en la construcción solicitadas por el contratista ..... 270

D. Modificaciones en la construcción debido a obstáculos naturales no previsibles y cambios en los reglamentos locales ..... 271

E. Determinación del efecto de las modificaciones en el precio del contrato y en la fecha de terminación ..... 271

1. Precio del contrato ..... 272
2. Fecha de terminación ..... 273

XXIV. SUSPENSIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN ..... 276

Resumen ..... 276

A. Observaciones generales ..... 277

B. Suspensión por el adquirente ..... 277

C. Suspensión por el contratista ..... 278

D. Procedimiento de suspensión ..... 278

E. Consecuencias de la suspensión ..... 279

*Capítulo* *Página*

XXV. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ..... 282

Resumen ..... 282

A. Observaciones generales ..... 283

B. Alcance de la resolución ..... 284

C. Causas de resolución del contrato ..... 285

1. Resolución por el adquirente ..... 285
2. Resolución por el contratista ..... 288
3. Imposibilidad de cumplimiento debido a un impedimento exonerante ..... 288

D. Derechos y obligaciones de las partes al producirse la resolución ..... 289

1. Interrupción de la construcción y desocupación del emplazamiento por parte del contratista ..... 289
2. Toma a cargo de las instalaciones por el adquirente 289
3. Cesión de contratos celebrados con subcontratistas y proveedores y pago del adquirente de las sumas debidas a los subcontratistas y proveedores ..... 290
4. Planos, documentos descriptivos y elementos análogos 291
5. Pagos que han de hacerse entre las partes ..... 291

E. Supervivencia de algunas disposiciones contractuales .... 293

XXVI. SUMINISTRO DE PIEZAS DE REPUESTO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DESPUÉS DE LA CONSTRUCCIÓN 295

Resumen ..... 295

A. Observaciones generales ..... 297

B. Arreglos contractuales ..... 298

C. Piezas de respuesto ..... 299

D. Mantenimiento ..... 303

E. Reparaciones ..... 304

F. Explotación ..... 307

G. Medios que el adquirente puede utilizar para facilitar al contratista la prestación de los servicios ..... 308

H. Fecha del comienzo de las obligaciones de las partes y duración de las mismas ..... 308

I. Resolución ..... 310

J. Otras acciones distintas a la resolución ..... 310

XXVII. TRANSMISIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES ..... 312

Resumen ..... 312

*Capítulo* *Página*

A. Observaciones generales ..... 312
B. Transmisión del contrato en su totalidad o de las obligaciones contractuales ..... 313
C. Transmisión de derechos contractuales ..... 314
D. Otras disposiciones para proteger los intereses de las partes ..... 314
E. Consecuencias de una transmisión que infrinja el contrato 315

XXVIII. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE ..... 317

Resumen ..... 317
A. Observaciones generales ..... 318
B. Elección de la ley aplicable al contrat ..... 319
C. Normas jurídicas imperativas de carácter público ..... 322

XXIX. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ..... 325

Resumen ..... 325
A. Observaciones generales ..... 326
B. Negociación ..... 328
C. Conciliación ..... 329
D. Actuaciones ante un perito árbitro ..... 330
E. Arbitraje ..... 331
1. Consideraciones relativas a la celebración del acuerdo de arbitraje ..... 331
2. Disposiciones de la cláusula compromisoria ..... 332
F. Procedimiento judicial ..... 338

ÍNDICE ..... 341

# Introducción

## A. Origen, finalidad y método de la *Guía*

1. En 1974 y 1975, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó varias resoluciones relativas al desarrollo económico y al establecimiento de un nuevo orden económico internacional[1]. La Asamblea General pidió a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que, en su calidad de órgano de las Naciones Unidas, tuviese en cuenta las disposiciones pertinentes de esas resoluciones. La Comisión respondió a esta exhortación incluyendo en su programa de trabajo el tema de las consecuencias jurídicas del nuevo orden económico internacional[2], y examinó la forma de promover, con toda la eficacia posible, los objetivos enunciados en las resoluciones de la Asamblea General, habida cuenta de su especial competencia técnica y los términos de su mandato. Al hacerlo, tuvo también presente una recomendación formulada por el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano de que la Comisión tratara esta cuestión[3].

2. A fin de facilitar la definición del carácter y el alcance de la posible labor en esta esfera, en 1978, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional y le encomendó que hiciera recomendaciones sobre los temas concretos que podrían incluirse apropiadamente en el programa de trabajo de la Comisión[4]. El Grupo de Trabajo comunicó a la Comisión su conclusión de que un estudio de las disposiciones contractuales de uso frecuente en los contratos internacionales relativos al desarrollo industrial sería de especial interés para los países en desarrollo, dada la importancia de la industrialización para el proceso de desarrollo económico[5]. Tomando como base las deliberaciones y la conclusión del Grupo de Trabajo, la Comisión decidió, en 1980, dar prioridad a los trabajos relacionados con los contratos en la esfera del desarrollo industrial. En 1981, la Comisión pidió al Grupo de Trabajo que preparara una guía jurídica para la redacción de contratos internacionales relativos a la construcción de instalaciones industriales[6].

3. Los contratos de construcción de instalaciones industriales suelen ser muy complejos, tanto en lo referente a los aspectos técnicos de la construcción como a las relaciones jurídicas entre las partes. Las obligaciones que incumben a los contratistas en virtud de estos contratos normalmente se extienden por un período relativamente prolongado —a menudo de varios años. En este y en otros aspectos, los contratos de construcción de instalaciones industriales presentan importantes divergencias respecto a los contratos tradicionales de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios. En consecuencia, no es posible solucionar de manera adecuada las cuestiones que se plantean en relación con los contratos de construcción de instalaciones industriales recurriendo a las normas jurídicas que rigen los contratos de compraventa o de servicios. Sería conveniente o aconsejable que las partes resolvieran estas cuestiones mediante cláusulas contractuales.

4. La preparación de esta *Guía* se ha debido, en buena parte, al convencimiento de que la complejidad y la índole técnica de este tema suele dificultar el acceso de los adquirentes de instalaciones industriales, sobre todo a los de países en desarrollo, a la información y los conocimientos técnicos necesarios para negociar contratos adecuados. Por lo tanto, esta *Guía* trata, en particular, de ayudar a esos adquirentes, procurando, al mismo tiempo, respetar los intereses legítimos de los contratistas.

5. La *Guía* se propone servir de ayuda a las partes en la negociación y redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales señalando los problemas jurídicos propios de esos contratos, examinando la manera de abordarlos y sugiriendo, cuando se juzga oportuno, soluciones que las partes podrían incorporar a su contrato. Al analizar los problemas y sugerir posibles soluciones se han tenido en cuenta las diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos del mundo. Cabe esperar que la *Guía,* entre otras cosas, promueva una visión internacional uniforme de las cuestiones que se plantean en relación con estos contratos y de su posible solución.

6. Tal como se conciben en esta *Guía*, son instalaciones industriales aquellas que comprenden una o más unidades importantes de equipo y un proceso tecnológico para obtener un producto. Son ejemplos de instalaciones industriales las plantas petroquímicas, las fábricas de fertilizantes y las centrales hidroeléctricas. En esta *Guía* se consideran aquellos contratos en los que el contratista se obliga a suministrar al adquirente equipo y materiales para su incorporación a las instalaciones, y a instalar el equipo o supervisar su instalación por otras personas. Esta *Guía* designa abreviadamente a estos contratos como "contratos de obras". Además de estas obligaciones recién mencionadas, que son las que tipifican al contrato de obras, el contratista suele asumir otras obligaciones importantes, tales como las relativas al diseño de las instalaciones, la transferencia de tecnología y la capacitación del personal del adquirente. Cabe pues distinguir los contratos de obras de otros tipos de contratos de los que faltan uno o más de los elementos antes mencionados, por ejemplo, los contratos cuyo objeto es exclusivamente la construcción o la ingeniería civil.

7. La expresión "contrato de obras" se utiliza en esta *Guía* simplemente para indicar el tipo de contrato a que se refiere el análisis en ella contenido, y no delimita precisamente el ámbito de aplicación de la *Guía*. Aunque tal vez ciertas partes del estudio realizado en esta *Guía* no sean pertinentes o apropiadas para contratos distintos del de obras (por ejemplo, el análisis de las pruebas de funcionamiento en el capítulo XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción", quizá no sea pertinente para los contratos exclusivamente de construcción), la *Guía* puede ser también de alguna utilidad para quienes participen en la negociación y redacción de esos contratos.

8. Se ha diseñado esta *Guía* para que sirva de ayuda a las personas que participan, en distintos niveles, en la negociación y redacción de contratos de obras. Va dirigida tanto a los abogados de las partes como a los asesores y personal no jurista de las partes (por ejemplo, los ingenieros) que participan en la negociación y redacción de los contratos. También se intenta prestar asistencia a las personas que han de asumir una responsabilidad general de gestión respecto a la celebración de contratos de obras y que necesitan una visión de conjunto de la estructura de esos contratos, así como de las

principales cuestiones jurídicas que abarcan. Entre esas personas cabe mencionar, por ejemplo, a los altos funcionarios del Ministerio de gobierno encargado de supervisar la construcción de las instalaciones. Sin embargo, debe tenerse bien presente que las partes no han de considerar la *Guía* como un sucedáneo del asesoramiento jurídico y técnico, y de los servicios de asesores profesionales competentes.

9. La *Guía* no tiene valor normativo propio; trata simplemente de ayudar a las partes en la negociación y redacción de su contrato. Las diversas soluciones a las cuestiones examinadas en la *Guía* no regirán la relación entre las partes a menos que éstas convengan expresamente en esas soluciones y las estipulen en el contrato, o a menos que las soluciones deriven de las normas jurídicas del ordenamiento aplicable. Además, la *Guía* se propone sólo ayudar a las partes a negociar y redactar su contrato; no se prevé su empleo en la interpretración de los contratos celebrados antes o después de su publicación.

## B. Estructura de la *Guía*

10. La *Guía* está dividida en dos partes. La primera se refiere a determinados asuntos que se plantean antes de la redacción del contrato, tales como la definición del proyecto y de sus parámetros mediante estudios previos al contrato (capítulo I); diversos criterios de contratación que las partes pueden adoptar (capítulo II); procedimientos que se pueden seguir para celebrar el contrato (esto es, negociación con licitación previa o sin licitación), y la forma y validez del contrato (capítulo III). Con el examen de estos temas se persiguen dos objetivos: orientar la atención de las partes hacia las cuestiones importantes sobre las que deben reflexionar antes de iniciar la negociación o la redacción de un contrato de obras y sentar bases para el examen de las cuestiones jurídicas que el contrato plantea.

11. De particular interés es el análisis que se hace en el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación". La solución de algunas cuestiones puede depender del criterio de contratación que hayan elegido las partes. A lo largo de toda la *Guía*, se señalan, cuando así procede, las diversas situaciones o soluciones que pueden resultar de la aplicación de uno u otro sistema de contratación.

12. La segunda parte de la *Guía* se ocupa de la redacción de determinadas disposiciones del contrato de obras. Examina las cuestiones que deben preverse en esas disposiciones y, en muchos casos, propone criterios para resolverlas (véase el párrafo 16, *infra*). Por consiguiente, la segunda parte constituye el núcleo de la *Guía*. Cada uno de sus capítulos versa sobre un tema particular que puede plantearse en los contratos de obras. Los capítulos se han ordenado, en lo posible, siguiendo el orden en que suelen presentarse en los contratos de obras las cuestiones que estudian.

13. Al final de la *Guía* figura un índice analítico. Además de desempeñar las funciones corrientes de un índice, éste ha sido concebido en particular para permitir que el lector localice los significados de la terminología utilizada en la *Guía*. Cuando los términos se definen expresamente en algún capítulo de la *Guía*, el índice remite al lector a la definición correspondiente. En algunos casos, sin embargo, los términos no se prestan a definiciones concisas. Por el contrario, el significado y alcance de las expresiones deben deducirse de todo el capítulo que trata de ellos. En esos casos, el índice ayudará al lector a ubicar los diversos aspectos de los análisis relativos a la expresión de que se trate.

## C. Resúmenes de los capítulos

14. Cada uno de los capítulos de la *Guía* va precedido de un resumen. Esos resúmenes se han redactado para atender a las necesidades del personal de gestión y demás personal no jurista que ha de estar al corriente de las principales cuestiones que abarca determinado tipo de cláusulas contractuales, pero que no necesita entrar en el examen detallado de dichas cuestiones, reservado al texto del capítulo. Este tipo de lectores podría obtener la información que necesita sobre la solución de las cuestiones que se plantean en el contrato en general o en determinados tipos de cláusula leyendo sólo los resúmenes. Para los que deseen información suplementaria sobre determinados puntos, se hace remisión en esos resúmenes a los párrafos del texto y del capítulo donde se examinan dichos puntos. A las personas que intervienen directamente en la redacción de los contratos de obras, principales destinatarias del texto central de los capítulos, tal vez les sea útil la visión de conjunto del tema y de las cuestiones que contempla cada capítulo que se ofrece en esos resúmenes. También podrían servirse de los resúmenes como lista de las cuestiones que no deben olvidar al negociar y redactar las cláusulas del contrato.

## D. "Observaciones generales"

15. El texto básico de cada capítulo comienza con una sección titulada "Observaciones generales". En ella se presenta el tema del capítulo y se contemplan determinados asuntos aplicables a todo el capítulo a fin de no repetirlos en cada una de las secciones donde sean pertinentes. En algunos casos, esta sección también trata puntos que no corresponden exactamente a ninguna de las partes de la estructura del capítulo. Además, con frecuencia, remite al lector a otros capítulos donde se examinan cuestiones conexas.

## E. Recomendaciones que figuran en la *Guía*

16. Cuando así procede, la *Guía* contiene recomendaciones relativas a la forma en que podrían solucionarse determinadas cuestiones en un contrato de obras. Se utilizan tres niveles de sugerencia. El nivel superior está indicado por una afirmación en el sentido de que las partes "deben" adoptar determinada medida. Sólo se emplea cuando esa medida constituye una necesidad lógica o cuando la impone la ley. Este nivel se utiliza con parsimonia en la *Guía*. Se recurre a un nivel intermedio cuando es "aconsejable" o "conveniente", pero no lógica ni jurídicamente necesario, que las partes adopten determinada medida. Una formulación como "puede que las partes deseen estipular", "puede que las partes deseen considerar", o el contrato "podría" contener una disposición determinada, se utiliza para el nivel inferior de sugerencia. En ocasiones, por razones editoriales, las expresiones utilizadas para denotar determinado nivel de sugerencia se alejan algo de lo que se acaba de indicar; no obstante, de las expresiones que se utilicen se desprenderá claramente de qué nivel se trata.

## F. Ejemplos de disposiciones

17. Algunos capítulos contienen uno o más "ejemplos de disposiciones" que figuran en notas al pie de página. Tienen por objeto facilitar la comprensión de las cuestiones que se examinan en el texto del capítulo. También sirven para indicar la forma en que podrían expresarse determinadas soluciones que se analizan en el texto, sobre todo las que son complicadas o que de un modo u otro podrían dar lugar a dificultades de redacción. Sin embargo, se hace hincapié en que los ejemplos de disposiciones no deben considerarse necesariamente como modelos de disposiciones que deban incluirse en los contratos. El contenido exacto de una cláusula y su terminología pueden variar según el contrato. Además, generalmente hay más de una solución para cada cuestión, aun cuando en el ejemplo de disposición se presente una sola de esas posibilidades. Los ejemplos de disposiciones se han redactado de manera que se adapten al sistema general que sigue la *Guía* y a los criterios que adopta. Por consiguiente, es importante que las partes que redacten una disposición contractual basándose en uno de estos ejemplos examinen cuidadosamente si la redacción está en armonía con el resto del contrato. En general, no se han incluido ejemplos cuando es evidente que el propio texto del capítulo basta para comprender la cuestión y orientar la labor de redacción o cuando una disposición relativa a un punto no puede redactarse aisladamente del contrato concreto en que ha de figurar.

*Notas de la introducción:*

[1]Véase Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 31* (A/9631); véase también Resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante su sexto período extraordinario de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período extraordinario de sesiones, Suplemento No. 1* (A/9559); Resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante su séptimo período extraordinario de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, séptimo período extraordinario de sesiones, Suplemento No. 1* (A/10301).

[2]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 11.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/33/17), párrs. 67 c) vi), 68 y 69 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (denominado en adelante *Anuario de la CNUDMI*), Volumen IX: 1978, Primera parte, II, A, párrs. 67 c) vi), 68 y 69 (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.80.V.8)).

[3]Esta recomendación figura en Recomendaciones del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano: nota del Secretario General: A/CN.9/155, Anexo (*Anuario de la CNUDMI*, Volumen IX: 1978, Segunda parte, IV, B); véase también, Consecuencias jurídicas del nuevo orden económico internacional: Nota de la Secretaría: A/CN.9/194 (*Anuario de la CNUDMI*, Volumen XI: 1980, Segunda parte, V, D (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.81.V.8)).

[4]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 11.° período de sesiones, nota de pie de página 3, *supra*, párrafo 71; Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 12.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/34/17), párr. 100 (*Anuario de la CNUDMI*, Volumen X: 1979, Primera parte, II, A, párr. 100 (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.81.V.2)).

[5]Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional sobre la labor realizada en su período de sesiones, A/CN.9/176, párrs. 31 y 32 (*Anuario de la CNUDMI*, Volumen XI: 1980, Segunda parte, V, A, párrs. 31 y 32).

[6]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17), párr. 84 (*Anuario de la CNUDMI*, Volumen XII: 1981, Primera parte, A, párr. 84 (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.82.V.6)).

# *Primera parte*

# Capítulo I. Estudios previos al contrato


RESUMEN

Los estudios previos al contrato ayudan al adquirente a decidir si ha de seguir adelante con determinado proyecto de instalaciones industriales y a determinar la naturaleza y las características de las instalaciones. Son realizados, la mayoría de las veces, por el adquirente o por cuenta de él (párrafos 1 a 5).

Entre los estudios previos al contrato pueden figurar estudios de oportunidad (párrafo 6), estudios preliminares de viabilidad (párrafos 7 y 8), estudios de viabilidad (párrafos 9 a 11) y estudios detallados (párrafo 12).

Si el adquirente no dispone entre su propio personal de los expertos necesarios para efectuar los estudios previos al contrato, podrá considerar la posibilidad de contratar a una empresa de consultoría externa que goce de su confianza. La empresa de consultoría puede elegirse mediante los procedimientos de selección concebidos para promover la competencia entre las empresas susceptibles de ser seleccionadas (párrafo 13).

Por regla general, no debe efectuar los estudios previos al contrato una empresa que pueda luego prestar servicios como contratista para construir las instalaciones, por la posibilidad de que se produzca un conflicto de intereses, aunque en algunos dominios altamente especializados será preciso que el posible contratista realice también los estudios. No obstante, puede ser aceptable para el adquirente que la empresa que hizo los estudios previos al contrato se limite a supervisar la construcción de las instalaciones por otras empresas (párrafos 14 y 15).

Por el contrario, en algunos casos puede ser provechoso para el adquirente que la empresa que efectúe los estudios previos al contrato sea contratada posteriormente para el suministro del diseño o en calidad de ingeniero consultor para la construcción. No obstante, puede que el adquirente desee tener en cuenta la posibilidad de que exista en ese caso un conflicto de intereses (párrafo 16).


## A. Observaciones generales

1. El adquirente que estudie la posibilidad de invertir en instalaciones industriales deberá adquirir y analizar una gran cantidad de información técnica, comercial, financiera y de otra índole para poder decidir si ha de seguir adelante con la inversión y determinar la naturaleza y características de las instalaciones. Esa información se adquiere y analiza en el contexto de uno o varios estudios, denominados en la presente *Guía* "estudios previos al contrato"[1]. Los estudios previos al contrato son realizados, la mayoría de las veces, por el adquirente o por cuenta de él. Sin embargo, algunas veces los efectúa el contratista (véase el párrafo 15 *infra*). En algunos países, en

particular los que se hallan en proceso de industrialización, los estudios de preinversión pueden constituir también un elemento del proceso general de planificación nacional, en cuanto permiten al país comparar y evaluar diversos proyectos industriales a fin de determinar sus prioridades en materia de inversiones.

2. Los estudios previos al contrato no sólo constituyen herramientas imprescindibles para la adopción de decisiones por parte del adquirente sino que son a menudo exigidos por las instituciones prestamistas que proporcionan la financiación para la construcción de instalaciones industriales. Esas instituciones algunas veces participan incluso en los estudios previos al contrato o los efectúan ellas mismas.

3. La parte que efectúa o hace efectuar estudios previos al contrato debe poner a disposición de la otra parte la información pertinente que se haya obtenido con esos estudios. El contrato de obras puede regular la responsabilidad de la parte que comunica la información en cuanto a su exactitud y suficiencia. En el capítulo VII, párrafo 43, "Precio y condiciones de pago", se examinan las disposiciones contractuales al respecto.

4. Los adquirentes han de observar que no es necesariamente conveniente reducir gastos circunscribiendo el alcance de los estudios previos al contrato. De hacerlo así se obtendría una información insuficiente o engañosa y se contribuiría a que se adoptase una decisión de inversión imprudente o se tuviese que modificar el diseño de las instalaciones o los métodos de construcción en el curso de ésta a fin de ajustarse a circunstancias no conocidas o erróneamente previstas. Ello podría en definitiva acarrear un costo mayor para el adquirente.

5. Los estudios previos al contrato se realizan a menudo por etapas, de modo que los resultados a que llegue el estudio en una de ellas proporcionan la base para decidir si se prosigue el estudio en la siguiente y sirven como fundamento de ese estudio. En los siguientes párrafos se exponen la naturaleza y las secuencias típicas de ese tipo de estudios.

## B. Estudios de oportunidad

6. Los estudios de oportunidad con frecuencia son efectuados por los países en proceso de industrialización o por cuenta de ellos y constituyen una valiosa fuente de información para los adquirentes. Tienen por objeto concretar posibles oportunidades de inversión dentro del país que hayan de ser explotadas por la propia administración o propuestas a posibles inversionistas independientes en programas de promoción de inversiones. Los estudios pueden explorar, por ejemplo, diversas posibilidades de construir instalaciones para fabricar un producto determinado en cuya producción nacional esté interesado el gobierno y el mercado potencial para ese producto. Pueden también indagar las posibilidades de construir instalaciones que utilicen recursos disponibles en el país o de promover la industrialización en una región determinada. Los estudios de oportunidad se refieren por lo común sólo a los principales aspectos económicos y técnicos de las diversas oportunidades de inversión, sin tratar de definir en detalle los parámetros de un proyecto en concreto. Ciertas organizaciones internacionales ayudan a los países a elaborar o contratar estudios de oportunidad; en algunos países su realización se confía a órganos públicos.

## C. Estudios preliminares de viabilidad

7. Una vez que el adquirente ha comenzado a enfocar un proyecto en particular, emprenderá estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y financiera. Los estudios de viabilidad completos (examinados en los párrafos 9 a 11 *infra*) son muchas veces costosos; en algunos casos, por lo tanto, el adquirente deseará embarcarse en un estudio preliminar de viabilidad a fin de determinar si se justifica la realización de un estudio completo.

8. El estudio preliminar de viabilidad debe permitir al adquirente determinar con carácter general la viabilidad del proyecto. Se investigarán en él a menudo los mismos temas y se tratarán muchas de las mismas cuestiones que en el estudio de viabilidad (véase el párrafo 10, *infra*), aunque con menor detalle. El estudio preliminar de viabilidad permitirá frecuentemente al adquirente evaluar diversas opciones acerca de las características y el modo de ejecución del proyecto. Podrá también señalar temas particulares merecedores de una investigación más detallada y ayudar a determinar la naturaleza de las investigaciones y pruebas que se hayan de practicar en el marco del estudio. Sobre la base del estudio preliminar, el adquirente podrá ponerse en contacto con las posibles fuentes de financiación para el proyecto. Podría hacerlo en esta etapa, antes de emprender el estudio de viabilidad completo, porque algunos prestamistas desean que sus condiciones estén incorporadas al estudio y, a veces, que participen en él sus propios expertos.

## D. Estudios de viabilidad

9. El estudio de viabilidad ha de estar concebido para proporcionar al adquirente la información que necesita a fin de decidir si ha de invertir en el proyecto y, en caso afirmativo, definir los parámetros de las instalaciones que se han de construir (por ejemplo, su tamaño, ubicación, costo, capacidad de producción y, quizá, las tecnologías que podrían utilizarse), la fuente y el método de financiación, el criterio de contratación que hay que aplicar (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación") y el método para obtener ofertas de los contratistas (por ejemplo, mediante licitación o mediante negociación: véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato"). La institución prestamista que deba financiar la construcción de las instalaciones puede colaborar en la adopción de estas decisiones sobre la base del estudio de viabilidad.

10. Las características y el contenido exactos del estudio de viabilidad dependerán del proyecto de que se trate. No obstante, los estudios de viabilidad suelen abarcar los siguientes temas y cuestiones: dimensiones del posible mercado y precio de ese mercado para el producto que se ha de fabricar en las instalaciones; capacidad de las instalaciones; materias primas, energía y otros insumos para el proceso de fabricación; ubicación y emplazamiento de las instalaciones; transporte y otros elementos de infraestructura; ingeniería civil, mecánica y eléctrica; tecnología; organización de las instalaciones y gastos generales; tipo y cantidad de la mano de obra necesaria para construir las instalaciones; y limitaciones jurídicas (por ejemplo, requisitos de utilización del suelo y controles ambientales). Es aconsejable que el estudio de viabilidad contenga un análisis de la viabilidad financiera de las instalaciones, inclusive el total de las inversiones necesarias, las posibilidades de financiar la construcción

y la rentabilidad comercial de las instalaciones. Puede también evaluar el proyecto en su relación con la economía nacional. El estudio de viabilidad comprenderá también por lo común una investigación del emplazamiento para determinar su topografía y características geológicas y climáticas.

11. Los estudios de viabilidad suelen partir del supuesto de ciertas situaciones o hechos, por lo que encierran un elemento de incertidumbre. El adquirente debe estar en condiciones de determinar, sobre la base del estudio, las hipótesis que se han formulado y el alcance de la incertidumbre. A veces los estudios de viabilidad comprenden "estudios de sensibilidad", en los que se varían algunos de los supuestos sobre los que se va a hacer el estudio para determinar el efecto de estos cambios en las hipótesis sobre la viabilidad del proyecto.

## E. Estudios detallados

12. Una vez confirmada la viabilidad de un proyecto, algunas veces se practica un estudio detallado con objeto de tener la información más minuciosa y pormenorizada que se necesita para diseñar las instalaciones y decidir sobre otros aspectos del proyecto (por ejemplo, la naturaleza y el número de contratos que se han de celebrar y los métodos de construcción que se utilizarán).

## F. Especialistas que realizan estudios previos al contrato

13. En muchos casos, puede ser conveniente que realice los estudios previos al contrato un equipo de especialistas en diversas disciplinas pertinentes, por ejemplo, economistas, expertos financieros, geólogos, ingenieros y expertos en gestión industrial. El adquirente observará si hay entre su propio personal los expertos necesarios para efectuar los estudios. En caso contrario, considerará la posibilidad de contratar a una empresa de consultoría externa que goce de su confianza para llevarlos a cabo. En la elección de esa empresa, convendría que el adquirente ponderara no sólo el precio que se le cobrará (teniendo presente que no siempre la empresa más barata es la mejor elección), sino también factores como su reputación y sus calificaciones técnicas. El adquirente podría elegir una empresa de consultoría mediante procedimientos de selección orientados a promover la competencia entre las varias empresas con respecto a los servicios que hayan de prestar y al precio que pidan. El adquirente que no sea capaz de individualizar la empresa o las empresas adecuadas puede recurrir para ello a la asistencia de fuentes tales como instituciones de crédito, organizaciones internacionales y organismos profesionales[2].

14. Puede que el adquirente desee considerar si los estudios previos al contrato debe hacerlos una empresa a cuyos servicios se pueda recurrir luego como contratista en el contrato de obras o para prestar determinados servicios, como suministrar el diseño de las instalaciones o actuar como ingeniero consultor para la construcción (véase el capítulo X, "Ingeniero consultor"). El adquirente puede apreciar de distinto modo estas dos posibilidades.

15. Por regla general, los estudios previos al contrato no deben estar a cargo de una empresa que pueda convertirse luego en contratista para construir las instalaciones. Esa empresa puede verse tentada a presentar estudios que alienten más de lo justo al adquirente a seguir adelante con el proyecto.

Algunas instituciones de crédito no permitirán que la entidad que hizo los estudios previos al contrato sea contratada luego para construir las instalaciones. No obstante, en algunos campos altamente especializados, será preciso que un posible contratista realice los estudios previos al contrato, ya que posiblemente no existan consultores independientes con las calificaciones técnicas necesarias en ese campo para llevarlos a cabo. Cabe observar que, aunque los estudios previos al contrato no deban ser efectuados por una empresa que luego pueda intervenir como contratista en la construcción de las instalaciones, puede ser aceptable para el adquirente que la empresa que los efectuó se limite a supervisar la construcción de las instalaciones por otras empresas.

16. Por el contrario, en algunos casos, puede ser ventajoso para el adquirente que la empresa que realizó los estudios previos al contrato sea contratada luego para proporcionar el diseño o prestar servicios como ingeniero consultor. Si estas funciones las desempeñan empresas diferentes, el proveedor del diseño o el ingeniero consultor tienen que dedicar tiempo a examinar en detalle los estudios previos al contrato e incluso repetir algunas de las investigaciones realizadas al efecto, con el consiguiente costo superior para el adquirente. Sin embargo, al considerar si la misma empresa debe ser tenida en cuenta para actuar en ambas calidades, puede que el adquirente desee estudiar la posibilidad de que se produzca un conflicto de interés análogo al examinado en el párrafo 15, *supra.*

*Notas del capítulo I:*

[1]Para un análisis del contenido y la metodología de los estudios previos al contrato, véase Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, *Manual para la preparación de estudios de viabilidad industrial* (1978) (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.78.II.B.5).

[2]Véase Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial, *Manual sobre empleo de consultores en países en desarrollo* (1972) (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.72.II.B.10).

# Capítulo II. Selección de los sistemas de contratación


RESUMEN

El adquirente que desee celebrar un contrato para construir instalaciones industriales puede optar entre celebrar un contrato único con una sola empresa o un grupo de empresas que se encargará de cumplir todas las prestaciones necesarias para completar la construcción o dividir esas prestaciones entre varias partes, celebrando distintos contratos con cada una de ellas. Además, el adquirente puede construir una parte de las instalaciones. La decisión que adopte puede depender de varios factores (por ejemplo, si la tecnología que se utilizará en las instalaciones es propiedad exclusiva de un único proveedor o si el adquirente tiene la capacidad para coordinar las prestaciones de varias partes). A cada uno de esos casos corresponden diferentes criterios de contratación (párrafos 1 a 3).

El sistema por el que un único contratista se encarga de todas las prestaciones necesarias para la terminación de todas las instalaciones se denomina en la presente *Guía* "sistema del contrato llave en mano". Cuando se soliciten ofertas competitivas de diversos posibles contratistas para construir las instalaciones conforme al sistema llave en mano, cada oferta se basará en el diseño particular del licitante y el adquirente podrá escoger el diseño que responda mejor a sus necesidades. No obstante, en algunos casos puede resultar difícil comparar los distintos diseños. El contratista llave en mano puede a veces estar más motivado por el deseo de ofrecer un precio atractivo que por la necesidad de garantizar la durabilidad, la fiabilidad y el fácil mantenimiento de las instalaciones. En cambio, por lo general, no tendrá ningún incentivo para sobrediseñarlas (párrafos 4 a 6).

En algunos casos es posible que el único contratista, además de asumir las obligaciones propias del contratista llave en mano, se comprometa a garantizar que una vez terminadas las instalaciones el personal del adquirente podrá explotarlas y alcanzar las metas de producción convenidas utilizando las materias primas y otros insumos que se indican en el contrato. Éste es el denominado "sistema del contrato producto en mano" (párrafo 7).

Como el contratista único asume un elevado riesgo en cuanto al cumplimiento de todas las obligaciones necesarias para la terminación de las instalaciones, e incurrirá en gastos para protegerse contra ese riesgo, el costo total de las instalaciones podría ser inferior si se contrataran diversos contratistas en lugar de uno solo (párrafo 8).

La construcción de instalaciones industriales a gran escala puede estar fuera del alcance de los medios técnicos o financieros de una sola empresa. En consecuencia, el adquirente puede contemplar la posibilidad de celebrar el contrato con un grupo de empresas que, juntas, puedan proporcionar los recursos y conocimientos técnicos necesarios para construir las instalaciones. Una de las formas de hacerlo es que el adquirente celebre un contrato con una sola empresa que, a su vez,

subcontrate el cumplimiento de algunas de las obligaciones que asume en virtud del contrato de obras (párrafos 9 y 10). Otro sistema es que el adquirente celebre un contrato con un grupo de empresas que se hayan asociado para cumplir las obligaciones del contratista. Tal vez convenga que en el contrato se describan en forma clara las responsabilidades y obligaciones asumidas por ese grupo o sus miembros a fin de evitar que el empleo de determinado término haga surgir determinadas consecuencias jurídicas en virtud de la ley aplicable (párrafo 11).

Según que el grupo asuma la forma de una entidad jurídica independiente, se aplicarán distintas consideraciones. Si el grupo no se ha integrado como entidad jurídica independiente, es aconsejable que el contrato resuelva la cuestión de si cada uno de los miembros del grupo será responsable del cumplimiento de las obligaciones de todos los miembros o sólo de las obligaciones que ese miembro deba cumplir. Puede que también convenga que en el contrato se contemplen otras cuestiones resultantes de la aplicación de un arreglo de esa índole (párrafos 12 a 16).

Si el adquirente divide todas las obligaciones necesarias para la terminación de las instalaciones entre dos o más partes, deberá coordinar el alcance y el momento de las prestaciones previstas en cada contrato para poder alcanzar sus objetivos de construcción. El sistema que comprende varios contratos puede facilitar al adquirente la contratación de contratistas locales para construir determinadas partes de las instalaciones. La forma en que se distribuya la construcción entre las diversas partes dependerá de la naturaleza y el tamaño de las instalaciones y de la política nacional aplicada en el país del adquirente (párrafos 17 a 20).

Los riesgos asumidos por el contratista por lo que hace a la coordinación de varios contratos podrían reducirse apreciablemente empleando un ingeniero consultor que asesore al adquirente sobre la manera de conseguir una coordinación apropiada. Otra posibilidad sería que el adquirente contratara a un director de construcción con una responsabilidad más amplia. Otra técnica consiste en que uno de los contratistas se encargue de alguna parte de la coordinación (párrafos 21 a 23).

El adquirente puede también reducir los riesgos relacionados con la contratación de más de un contratista si dispone que uno de los contratistas se encargue de la transferencia de tecnología, el suministro del diseño del conjunto de las instalaciones y la construcción de una parte fundamental de éstas. Este contratista puede también asumir la obligación de entregar al adquirente en un plazo convenido instalaciones terminadas que puedan funcionar de conformidad con el contrato, a menos que se lo impida el incumplimiento de otra de las partes contratadas por el adquirente (párrafo 24). Otro sistema al que puede recurrir el adquirente es celebrar un contrato de obras con un único contratista para la construcción de la totalidad de las instalaciones con arreglo a la tecnología y al diseño proporcionados por ese contratista (párrafo 25).

La construcción de las instalaciones puede efectuarse en el contexto de operaciones conjuntas convenidas entre el contratista y el adquirente. Las operaciones conjuntas presentan ciertas ventajas y desventajas para cada una de las partes (párrafos 26 a 29). Pueden basarse en diversas relaciones jurídicas. Cuando se emprenden operaciones conjuntas, las partes deben tener presentes las normas pertinentes de la ley aplicable, que son a menudo imperativas (párrafos 30 y 31).

## A. Observaciones generales

1. El adquirente que desee contratar la construcción de instalaciones industriales puede optar entre celebrar un contrato único con una sola empresa, que se encargará de cumplir todas las prestaciones necesarias para completar la construcción (véase la sección B, *infra*), o dividir esas prestaciones entre varias partes, celebrando contratos separados con cada una de ellas (véase la sección C, *infra*). Además, el adquirente podrá construir una parte de las instalaciones. En el marco de estas dos opciones, se pueden adoptar distintos criterios de contratación, como se aprecia en el siguiente análisis. Estos criterios se diferencian entre sí en aspectos importantes, por ejemplo, en cuanto al alcance de la responsabilidad del contratista, la medida en que el adquirente debe coordinar la construcción y, en muchos casos, el costo total que tendrá que sufragar.

2. La conveniencia para el adquirente de celebrar un solo contrato o varios contratos puede depender de varios factores. Si celebra un solo contrato se pone toda la construcción a cargo de una única parte; si celebra varios contratos y las instalaciones terminadas resultan defectuosas, puede ser a veces difícil determinar qué contratista es responsable. Si la tecnología es sumamente especializada o propiedad exclusiva de un único proveedor es posible que el proveedor deba diseñar y construir todas las instalaciones. Puede que el adquirente desee celebrar diferentes contratos para, por ejemplo, la transferencia de tecnología, el suministro del diseño y la construcción de diferentes partes de las instalaciones sólo si tiene la capacidad necesaria para organizar y evaluar cómo los distintos contratistas desempeñan sus obligaciones.

3. Es posible que las disposiciones jurídicas imperativas del país del adquirente exijan que éste siga determinado sistema de contratación. Por ejemplo, esas disposiciones pueden obligar a que, para ciertos aspectos de la construcción (por ejemplo, la ingeniería civil), se contraten empresas del país del adquirente a fin de desarrollar la capacidad tecnológica nacional y ahorrar divisas. En esos casos, el adquirente tendrá que, o bien contratar a un único contratista que esté dispuesto a su vez a subcontratar las empresas locales, o bien celebrar varios contratos, entre ellos contratos con esas empresas locales. Además, el alcance de la responsabilidad tributaria del contratista puede influir en el sistema de contratación que elijan las partes. Puede que las partes deseen obtener asesoramiento especializado en materia impositiva.

## B. Sistemas que comportan un único contrato

4. En la presente *Guía* se denomina "sistema del contrato llave en mano" aquel por el cual se contrata a un único contratista para que cumpla todas las obligaciones necesarias para terminar todas las instalaciones, esto es, la transferencia de tecnología, el suministro del diseño, el equipo y los materiales, la instalación del equipo y otras obligaciones relacionadas con la construcción (tales como las obras de ingeniería civil y la edificación). Este sistema requiere que el contratista coordine todo el proceso de construcción y tiene como consecuencia, en principio, que el contratista responda por toda demora en la terminación de la construcción o por defectos en las instalaciones.

## 1. *Consideraciones generales*

5. Si el adquirente opta por el sistema del contrato llave en mano y decide llamar a licitación a los posibles contratistas (véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato"), cada oferta formulada por un posible contratista llave en mano se basará (dentro de los parámetros fijados en el anuncio de licitación) en un diseño propio. Por consiguiente, el adquirente podrá elegir el diseño que responda mejor a sus necesidades. Además, dado que en un contrato llave en mano es el propio contratista quien suministra el equipo y efectúa la construcción siguiendo el diseño contenido en su oferta, es posible que este diseño refleje economías de fabricación y construcción y técnicas de que dispone el contratista, con lo que se conseguiría que la construcción resultara económica y eficiente. Pero, por otra parte, puede a veces resultarle difícil al adquirente evaluar y comparar los diferentes diseños y las distintas combinaciones de elementos y métodos de construcción que contienen las ofertas de los posibles contratistas. Por lo tanto, es conveniente que, al llamar a licitación, el adquirente invite a todos los posibles contratistas a que indiquen en sus ofertas las ventajas concretas desde el punto de vista del diseño, los métodos y los elementos de construcción que ellas presenten.

6. En un contrato llave en mano, es posible que el contratista, al preparar el diseño y los métodos de construcción y seleccionar a los subcontratistas, esté motivado algunas veces por el deseo de ofrecer un precio atractivo más que por la necesidad de garantizar la durabilidad, regularidad de funcionamiento y facilidad de mantenimiento de las instalaciones. En cambio, carece, por lo general de incentivos para "sobrediseñar" las instalaciones (esto es, incluir en el diseño características y dispositivos técnicos que no sean necesarios para que las instalaciones funcionen de la forma prevista en el contrato), ya que, de hacerlo, su oferta no resultaría competitiva. Pero si el diseño lo suministra una entidad o persona independiente, es posible que dichos incentivos existan.

7. En algunos casos, el contratista único, además de asumir las obligaciones mencionadas en el párrafo 4, *supra*, puede comprometerse a garantizar que, después de terminadas las instalaciones, el personal del adquirente podrá hacerlas funcionar y alcanzar los objetivos de producción convenidos, utilizando las materias primas y otros insumos indicados en el contrato. En la presente *Guía* se hace referencia a este sistema como al "sistema del contrato producto en mano". El adquirente puede utilizarlo como medio para que el contratista responda no sólo de la terminación de todas las instalaciones, sino también de la transmisión al personal del adquirente de los conocimientos técnicos y administrativos necesarios para hacer funcionar correctamente las instalaciones. A diferencia del caso en que el contratista se obliga simplemente a capacitar al personal del adquirente en la explotación de las instalaciones (véase el capítulo VI, "Transferencia de tecnología", párrafos 26 a 32), conforme a este sistema el contratista debe garantizar la eficacia de la capacitación que imparte. En consecuencia, el contrato debe precisar los resultados que el contratista tiene que lograr mediante la capacitación. Se puede estipular que, con la capacitación impartida, el personal del adquirente ha de estar en condiciones de explotar las instalaciones durante el período de prueba convenido, siguiendo la orientación del personal directivo del contratista. El contrato podría imponer mayores obligaciones al contratista si dispusiera que la capacitación debe permitir al personal del adquirente explotar y administrar las instalaciones de manera independiente durante el período de

prueba. Es preciso distinguir el sistema del contrato producto en mano de los casos en que el contratista se obliga en el contrato a prestar asistencia con su propio personal en la explotación de las instalaciones terminadas (véase el capítulo XXVI, "Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción", párrafos 3 y 37 a 39).

8. El riesgo que soporta el único contratista al efectuar todas las prestaciones necesarias para la terminación de las instalaciones es elevado. El contratista puede asegurarse contra ese riesgo o prever algunas reservas financieras para cubrirlo. El costo derivado de la adopción de esas medidas suele reflejarse en el cálculo del precio. El precio total de las instalaciones puede ser inferior si se contrata a varios contratistas en lugar de a uno solo, dado que, con arreglo al sistema de varios contratos, el adquirente mismo coordina el proceso de construcción, que con el sistema del contrato único está a cargo del contratista. Dado que, conforme al sistema del contrato producto en mano, el contratista no sólo asume amplias obligaciones de capacitación de personal, sino que también corre con el riesgo de no lograr los resultados convenidos, es posible que pida un precio más alto que con el sistema del contrato llave en mano. El adquirente, al optar definitivamente entre los diversos sistemas, podrá guiarse por consideraciones que vayan más allá del mero costo financiero de la construcción. Los sistemas distintos del contrato llave en mano o del contrato producto en mano pueden aumentar los costos del adquirente desde el punto de vista de las necesidades de dotación de personal y del riesgo.

### 2. *Contratación con un grupo de empresas*

9. El adquirente puede contemplar la posibilidad de celebrar un contrato con un grupo de empresas, y no con una sola empresa. Esta *Guía* no estudia en profundidad los aspectos jurídicos relacionados con acuerdos de ese tipo[1]. En la presente sección se estudian estos acuerdos con el propósito de señalarlos a la atención de las partes y destacar algunas de las principales cuestiones relacionadas con ellos que las partes pueden tener presentes.

10. La construcción de instalaciones industriales complejas y a gran escala puede estar fuera del alcance de los medios técnicos o financieros o de la experiencia de una sola empresa. Ello puede ocurrir, especialmente, si todas o una parte considerable de las instalaciones han de construirse en virtud de un único contrato, tal como un contrato producto en mano o un contrato llave en mano (véanse los párrafos 4 a 8, *supra*). En esos casos, una posibilidad puede ser que una sola empresa celebre el contrato como contratista, y que emplee subcontratistas para que cumplan aquellas obligaciones que no pueda cumplir por sí sola (véase el capítulo XI, "Subcontratación"). Otra posibilidad sería que un grupo de empresas se asociara para cumplir las obligaciones del contratista. El grupo de empresas podrá establecerse no sólo a los efectos de aunar la experiencia y los medios técnicos y financieros de los miembros del grupo, sino también para cumplir los requisitos de idoneidad (por ejemplo, los relativos a la nacionalidad del contratista) que establezcan la ley, el adquirente o la institución financiera, o bien con el propósito de aprovechar determinados beneficios financieros o fiscales a disposición de los contratistas que cumplan determinadas condiciones.

11. La terminología empleada para describir al grupo de empresas que se ha asociado para cumplir las obligaciones de un contratista no es uniforme en todos los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, las expresiones "*joint venture*"

y "consorcio", en algunas ocasiones, pueden referirse a los mismos tipos de acuerdo y, en otras, a tipos diversos. Además, en algunos ordenamientos jurídicos, el empleo de determinado término en un contrato puede involucrar determinadas consecuencias jurídicas. En consecuencia, si el adquirente celebra un contrato con un grupo de empresas, tal vez convenga que en el contrato se describan con claridad las responsabilidades y obligaciones que asume el grupo o sus miembros.

12. En algunos casos, los miembros de un grupo de empresas que se hayan asociado para cumplir las obligaciones del contratista conforme a un contrato de obras pueden constituir una entidad jurídica independiente. En esos casos, las disposiciones contractuales del contrato de obras serán las mismas que las del contrato que se celebra entre el adquirente y la única empresa. La propia entidad será plenamente responsable del cumplimiento de todas las obligaciones del contratista conforme al contrato de obras. El hecho de que cada uno de los miembros del grupo sea responsable o no del cumplimiento de esas obligaciones, y en caso afirmativo, hasta qué punto responderá individualmente, dependerá del carácter de la entidad jurídica. Es posible que algunos ordenamientos jurídicos contengan normas imperativas que rijan los contratos celebrados por el adquirente con un grupo de empresas constituidas como entidad jurídica independiente, y puede que las partes deban tener en cuenta esas normas cuando negocien el contrato.

13. En otros casos, que son los más frecuentes, los miembros del grupo no integran una entidad jurídica independiente. En esos casos, hay asuntos que convendría contemplar en el contrato de obras y que no se plantean en los contratos celebrados con una sola empresa o con un grupo de empresas que integran una entidad jurídica independiente. En primer lugar, será aconsejable que todos los miembros del grupo sean partes en el contrato de obras. En segundo lugar, convendría que el contrato enunciara las responsabilidades y obligaciones de los miembros del grupo frente al adquirente con respecto al cumplimiento de las obligaciones del contratista. Conforme a uno de los criterios, el contrato de obras puede asignar determinadas obligaciones a cada uno de los miembros del grupo y hacerlo responsable solamente del cumplimiento de las obligaciones que le haya asignado. En este caso, la situación jurídica de las partes será análoga al caso en que se adopte el criterio de varios contratos (véanse los párrafos 17 a 25, *infra*). Conforme a un segundo criterio, el contrato de obras puede asignar determinadas obligaciones a cada uno de los miembros del grupo, pero establecer la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo frente al adquirente por el cumplimiento de todas las obligaciones del contratista en virtud del contrato.

14. Desde el punto de vista del adquirente, puede convenir que cada uno de los miembros del grupo asuma la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de todas las obligaciones de los miembros, en lugar de responder sólo de las obligaciones que ha de cumplir. Si la responsabilidad es solidaria, el adquirente podrá exigir el cumplimiento a cualquiera de los miembros del grupo o a varios de ellos sin tener que imputar el incumplimiento a uno de los miembros en particular, y cada uno de los miembros será personalmente responsable por cualquiera de los incumplimientos. En caso de que su reclamación tenga éxito, el adquirente podrá pedir la ejecución de la decisión que le favorece contra el conjunto de los bienes de los miembros contra quienes haya interpuesto la reclamación. Cabe observar que el adquirente puede protegerse de los efectos del incumplimiento obteniendo fianzas de buena ejecución de los miembros del grupo (véase el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 10 a 12).

15. Tal vez convenga que el adquirente que piensa celebrar un único contrato con un grupo de contratistas que no han constituido una entidad jurídica independiente reciba asesoramiento jurídico con respecto a las consecuencias o dificultades que pueden surgir a raíz de esta fórmula. Además de los asuntos mencionados en los párrafos 13 y 14 *supra*, hay varias otras cuestiones que el adquirente puede tener presentes al celebrar el contrato con un grupo de empresas que no hayan constituido una entidad jurídica independiente:

*a)* cómo puede superarse la dificultad de interponer una acción contra empresas de diferentes países en caso de que surja una controversia;

*b)* cómo se puede formular una cláusula de solución de controversias de modo que toda controversia que se plantee entre el adquirente y algunos o todos los miembros del grupo se resuelva en el mismo procedimiento arbitral o judicial (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafo 4);

*c)* en qué forma han de estructurarse las fianzas que proporcionen terceros como garantía de buena ejecución y las fianzas de calidad que proporcionen los miembros del grupo;

*d)* cómo se decidirán las disposiciones financieras entre el adquirente y el grupo, incluso cuestiones tales como la forma en que se pagarán partes del precio a los miembros del grupo;

*e)* los acuerdos accesorios que pueda tener que celebrar el adquirente;

*f)* si hay normas imperativas de la ley aplicable que rijan los contratos de este tipo.

16. Si el grupo no se ha constituido como entidad jurídica independiente, puede que convenga a todas las partes que el adquirente no tenga que tratar con cada uno de los miembros del grupo en los asuntos que se planteen durante la ejecución del contrato. Por consiguiente, los miembros del grupo pueden designar a uno de ellos para que actúe como portavoz en sus negociaciones con el adquirente. En consecuencia, las notificaciones que deban intercambiarse las partes podrían ser intercambiadas entre el adquirente y el portavoz designado. Puede convenir que en el contrato se determinen las facultades de ese portavoz. El adquirente tiene que saber si el portavoz actúa simplemente como medio para transmitir información entre el adquirente y el grupo o si tiene poder suficiente para adoptar decisiones vinculantes para todos los miembros del grupo. El grupo de empresas puede ampliar las facultades del portavoz de modo que esté facultado para actuar en nombre del grupo, por ejemplo, oponiéndose a una reclamación del adquirente.

## C. Sistemas que comportan varios contratos

17. Si el contratista distribuye todas las obligaciones necesarias para la terminación de las instalaciones entre dos o más partes, puede adoptar diferentes criterios para la contratación. El criterio que elija determinará el alcance del riesgo a su cargo en relación con la construcción.

18. El adquirente puede distribuir la construcción de las instalaciones entre dos o más contratistas. La transferencia de tecnología y el suministro del diseño pueden estar a cargo de uno o más de estos contratistas o corresponder a otras empresas. El adquirente debe coordinar la ejecución de las obligaciones concertadas en cada contrato, tanto por lo que respecta a su alcance como a su

calendario, a fin de alcanzar los objetivos que se haya fijado en materia de construcción. El adquirente puede tener que soportar el riesgo de la demora en la construcción o de defectos en las instalaciones derivados de su omisión en determinar de modo apropiado en cada contrato qué equipo, materiales y servicios de construcción deben suministrar los diferentes contratistas y los calendarios que éstos han de observar (véanse, no obstante, los párrafos 21 a 25, *infra*).

19. Además de tener como resultado un precio inferior (véase el párrafo 8, *supra*), la contratación de varios contratistas para la construcción podría facilitar el empleo de contratistas locales por los adquirentes de países en desarrollo para construir parte de las instalaciones, quizá bajo la supervisión de un contratista extranjero experimentado. Esta utilización de contratistas locales puede ahorrar divisas y facilitar la transferencia de conocimientos técnicos y administrativos a empresas del país del adquirente.

20. Cuando se celebran varios contratos para la construcción, el suministro y la instalación de equipo y el suministro de los materiales se efectúan en virtud de uno o varios contratos y la construcción y las obras de ingeniería civil en virtud de otros. En algunos casos, el personal del adquirente o una empresa local bajo la supervisión del contratista pueden encargarse de la instalación del equipo (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 27 a 30). Sin embargo, la forma en que se distribuirá la construcción entre los distintos contratistas dependerá de la índole y la magnitud de las instalaciones y de la política que en la materia aplique el país del adquirente. En general, cuanto menos complejas sean las instalaciones, tanto menor será el número de contratistas necesarios y resultará más fácil al adquirente coordinar las características y la oportunidad de las obligaciones relativas a la construcción correspondientes a cada uno de los contratos. Los riesgos relacionados con la coordinación aumentan cuando en la construcción intervienen muchas partes.

21. El adquirente puede reducir considerablemente los riesgos que corre a raíz de la coordinación del alcance y el momento del cumplimiento de las obligaciones de varios contratistas recurriendo a un ingeniero consultor que lo asesore sobre la manera de conseguir la coordinación apropiada. Puede emplearse a un ingeniero consultor incluso cuando se adopte el sistema del contrato único, aunque su función en esos casos se reducirá sobre todo a vigilar la calidad y la marcha de la construcción a cargo de un contratista único. En el capítulo X, "Ingeniero consultor", se examina la función que puede desempeñar el ingeniero consultor.

22. Está cada vez más difundida la práctica de que el adquirente contrate, en lugar de un ingeniero consultor o además de éste, a un director de la construcción (llamado a veces contratista administrador) con funciones más amplias. El director de la construcción puede ser quien diseña el proyecto de las instalaciones o un experto con capacidad de gestión. La tarea del director de la construcción no tiene por qué limitarse a asesorar, sino que puede abarcar la dirección integrada de la construcción (por ejemplo, llamar a licitación o negociar y celebrar contratos diferentes para las diversas partes de las instalaciones por cuenta y en nombre del adquirente, coordinar todas las actividades en el emplazamiento y supervisar el proceso de la construcción). Si el director de la construcción no es el diseñador, el contrato puede obligarle a controlar el diseño y asumir la responsabilidad por los defectos de éste que razonablemente hubiera podido descubrir. Puede también estar obligado a

asesorar al adquirente sobre la elección de los contratistas. La remuneración de los servicios de un director de la construcción es por lo común superior a la de un ingeniero consultor en razón de la más amplia responsabilidad del primero. Las partes pueden acordar que la remuneración se reduzca con arreglo a una fórmula determinada si las instalaciones se terminan con retraso o si el costo de la construcción es mayor que el proyectado, y se aumente si se terminan antes de lo previsto o si el costo es menor que el proyectado (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 15).

23. Otro criterio que tal vez el adquirente desee adoptar a fin de reducir los riesgos en materia de coordinación es que uno de los contratistas se encargue de una parte de la labor de coordinación. Este contratista puede, por ejemplo, obligarse a definir el objetivo de la construcción que tengan que llevar a cabo los otros contratistas empleados por el adquirente y a fijar un calendario para esos trabajos. Puede además estar obligado a supervisar la construcción realizada por los demás contratistas y a notificar al adquirente los defectos de la construcción que razonablemente pudiera haber descubierto. Sin embargo, al considerar este sistema, el adquirente debe tener en cuenta el posible conflicto de intereses que se plantearía al contratista coordinador, ya que tiene que evaluar las prestaciones de otros contratistas que quizá participen en estrecho contacto con él en el proceso de construcción. En consecuencia, puede que el adquirente desee adoptar ese criterio sólo en circunstancias excepcionales.

24. Otro sistema que tal vez el adquirente desee adoptar para reducir sus riesgos en la labor de coordinación es disponer que uno de los contratistas se haga responsable de la transferencia de la tecnología, el suministro del diseño para todas las instalaciones y la construcción de una parte fundamental de ellas. Este contratista puede también estar obligado a definir el objetivo de la construcción a cargo de otros contratistas que el adquirente haya de emplear y fijar un calendario para esos trabajos. Puede obligarse al contratista a entregar al adquirente en un momento convenido instalaciones terminadas y preparadas para entrar en funcionamiento de conformidad con el contrato, a menos que se vea impedido de hacerlo por la omisión de la otra parte contratada por el adquirente de cumplir con sus propias obligaciones en materia de construcción con arreglo al diseño, las especificaciones o el calendario proporcionados por el contratista al adquirente. Este sistema presenta para el adquirente la ventaja de que la obligación de transferir la tecnología, suministrar el diseño y efectuar la construcción de una parte fundamental de las instalaciones se concentra en un solo contratista.

25. Otro sistema que puede aplicar el adquirente es celebrar un contrato de obras con un solo contratista para la construcción de todas las instalaciones conforme a la tecnología y al diseño que se proporcionen a este contratista, y contratar con una o varias empresas distintas del contratista la transferencia de la tecnología y el suministro del diseño de las instalaciones. El diseño lo obtiene el adquirente por lo general antes de comenzado el proceso de licitación o las negociaciones acerca del contrato de obras, a fin de poder solicitar ofertas para construir sobre la base del diseño. Dado que, con arreglo a este sistema, el contratista se obliga a construir todas las instalaciones conforme al diseño suministrado por el adquirente, sus cometidos de coordinar el proceso de construcción y construir todas las instalaciones son los mismos que incumben al contratista llave en mano. En virtud del contrato, el contratista podrá quedar obligado a notificar al adquirente los defectos intrínsecos del diseño de que esté en conocimiento.

## D. Operaciones conjuntas entre contratista y adquirente

26. Los contratos redactados con arreglo a los diferentes criterios de contratación antes descritos tienen como objetivo principal la construcción de las instalaciones a cambio del pago del precio. La relación jurídica entre el contratista y el adquirente llega en esencia a su fin con la terminación de la construcción por el contratista y la aceptación de las instalaciones y el pago del precio por el adquirente, excepto, por ejemplo, en lo que se refiere a los derechos y obligaciones de las partes derivados de una fianza de calidad (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafo 26) y otras obligaciones que hayan de tener efecto posteriormente, por ejemplo, con respecto al suministro de piezas de repuesto o de ciertos servicios después de la aceptación de las instalaciones (véase el capítulo XXVI, "Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción"). En general, los riesgos comerciales conexos a la gestión y explotación de las instalaciones (por ejemplo, la disminución del precio de mercado de los productos de las instalaciones) serán soportados a partir de ese momento únicamente por el adquirente.

27. En cambio, la construcción de las instalaciones puede efectuarse en el contexto de una operación conjunta, esto es, una asociación entre el contratista y el adquirente cuyos objetivos pueden consistir, en diverso grado, en transferir tecnología, mancomunar recursos financieros u otros activos, compartir gastos, controlar y administrar la explotación de las instalaciones, comercializar el producto de las instalaciones y repartirse las utilidades y pérdidas a que dé lugar la explotación de las instalaciones. El contratista y el adquirente pueden convenir en que emprenderán una operación conjunta para la construcción de las instalaciones, si bien es más frecuente que celebren un contrato para esos efectos en la inteligencia de que una vez terminada la construcción emprenderán una operación conjunta para la explotación de las instalaciones o la distribución de los productos.

28. Las operaciones conjuntas del contratista y el adquirente pueden presentar ciertas ventajas para este último. Cuando el contratista realiza la construcción en el marco de una operación conjunta que comprende la comercialización del producto de las instalaciones, el contratista tiene más interés económico en que la construcción se termine a tiempo y en que funcione correctamente que en el caso de un simple contrato de obras. La operación conjunta crearía un incentivo para que el contratista transmitiera tecnología al adquirente, inclusive los adelantos tecnológicos que contenga el producto y la tecnología empleada en el proceso industrial, así como los conocimientos de gestión que tuviera; además, la producción de las instalaciones podría venderse en mercados a los que tuviera acceso el contratista. Además, las pérdidas resultantes de la inversión conjunta serían soportadas por adquirente y contratista. Las desventajas de una operación conjunta para el adquirente pueden radicar en la necesidad de compartir los beneficios que se deriven de la explotación de las instalaciones y en el hecho de que el adquirente pierde en alguna medida sus prerrogativas en materia de dirección.

29. Para el contratista, una operación conjunta con el adquirente puede presentar las ventajas de, por ejemplo, facilitar el acceso a los mercados en el país o la región del adquirente, o a mercados que propicien la compra en el país del adquirente, y la oportunidad de participar en los beneficios obtenidos de la

explotación de las instalaciones. El costo de estas ventajas para el contratista se vincula principalmente al hecho de tener que compartir los riesgos inherentes a la operación.

30. Las operaciones conjuntas pueden basarse en diversas relaciones jurídicas. Puede que las partes deseen crear, a esos efectos, una entidad social con personalidad jurídica independiente que sea propiedad de ambas partes y dirigida por ellas (esto se denomina generalmente una sociedad conjunta). Las instalaciones pueden ser explotadas por esta sociedad. Pero puede que las partes deseen convenir en operaciones conjuntas sin crear una entidad con personalidad jurídica independiente, sino una asociación entre las partes basada puramente en acuerdos contractuales entre ellas (esto se llama normalmente una asociación contractual de empresas). Las instalaciones pueden ser explotadas en forma conjunta por ambas partes y ser de propiedad conjunta o pertenecer únicamente al adquirente.

31. Cuando se emprenden operaciones conjuntas, las partes deben tener en cuenta las normas de la ley aplicable, que son a menudo imperativas, referentes concretamente a la realización de esas operaciones, y las normas que regulan la creación de entidades sociales con personalidad jurídica independiente. Los acuerdos contractuales celebrados entre las partes para constituir y poner en práctica la operación conjunta serán distintos de los celebrados para la construcción de las instalaciones. Los referentes a las operaciones conjuntas caen fuera del ámbito de la presente *Guía* y, en consecuencia, no se tratan en ella[2].

*Notas del capítulo II:*

[1]Las cuestiones relativas a la actuación de grupos de empresas como contratistas se examinan en Comisión Económica para Europa, *Guide for Drawing up International Contracts between Parties Associated for the Purpose of Executing a Specific Project* (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta E.79.II.E.22), y en Comisión Económica para Europa, *Guide on Drawing up Contracts for Large Industrial Works* (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta E.73.II.E.13).

[2]La realización de inversiones conjuntas entre contratistas y adquirentes se contempla en el "Manual para la preparación de acuerdos de constitución de empresas mixtas en países en desarrollo", publicado por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.71.II.B.23).

# Capítulo III. Selección del contratista y celebración del contrato


RESUMEN

Hay dos métodos básicos para celebrar un contrato de obras. Conforme al primero, el adquirente convoca a las empresas a presentar ofertas para construir las instalaciones, y el contrato se celebra sobre la base de la oferta seleccionada por el adquirente a través de procedimientos formales de licitación. Conforme al segundo método, el adquirente negocia el contrato con las empresas que haya seleccionado sin procedimientos formales de licitación. Puede que el adquirente no tenga plena libertad para elegir el método que desea adoptar para la celebración del contrato (párrafos 1 a 3).

El método de la licitación podrá aplicarse mediante el sistema de licitación pública o el sistema de licitación limitada. Podrán aceptarse sólo las ofertas de las empresas que hayan sido seleccionadas por el adquirente en los procedimientos de selección preliminar. El sistema de licitación pública, conforme al cual se convoca a todas las empresas interesadas a presentar ofertas para la construcción de las instalaciones, si bien permite la competencia entre las empresas, puede resultar el procedimiento más formal y costoso para celebrar un contrato de obras. El sistema de licitación limitada, en el que se invita sólo a algunas empresas a que presenten sus ofertas, consiente cierta competencia, pero ésta suele ser menor que la que ofrece el sistema de licitación pública. Si se negocia el contrato de obras con varios posibles contratistas o con sólo uno de ellos tal vez no sea necesario adoptar las formalidades del procedimiento de licitación (párrafos 5 a 9).

Es posible que normas imperativas de la ley aplicable, o bien normas de la institución de crédito que financie el proyecto, rijan los derechos y obligaciones jurídicos de las partes que intervienen en la licitación (párrafo 10).

Si se adopta el sistema de licitación pública, puede que convenga solicitar a los posibles licitadores que se presenten a la selección preliminar a fin de limitar el número de ofertas que habrán de examinarse. Las empresas que aspiren a ser seleccionadas en forma preliminar tendrán que completar un cuestionario destinado a obtener la información pertinente con respecto a las mismas. Basándose en las respuestas al cuestionario, el adquirente puede seleccionar a las empresas según los criterios que haya establecido para la selección preliminar (párrafos 11 a 14).

Cuando el adquirente tenga suficiente información acerca de las instalaciones que han de construirse, podrá invitar a las empresas a que presenten sus ofertas. Conforme al sistema de licitación pública, la convocatoria se hace en un anuncio público, que puede difundirse a nivel internacional o en un ámbito más restringido. Conforme al sistema de licitación limitada, la invitación a la licitación se envía a cada una de las empresas escogidas por el adquirente, acompañándola de un juego completo de los documentos que han de proporcionarse a los posibles licitadores (párrafos 15 a 18).

Los documentos que han de proporcionarse a los posibles licitadores generalmente contienen instrucciones dirigidas a éstos, con información sobre la preparación, el contenido, la presentación y la evaluación de las ofertas, y modelos de los documentos que los licitadores han de acompañar con sus ofertas (párrafo 19). Las instrucciones pueden especificar todos los requisitos que impone el adquirente con respecto a las ofertas, incluso los criterios que se deben satisfacer para tener éxito. Si el adquirente no proporciona a los licitadores modelos de los documentos de licitación, debe indicar en las instrucciones los requisitos que deben cumplir. Es aconsejable que el adquirente prepare las condiciones contractuales que sentarán la base del contrato de obras y que las transmita a los licitadores. Puede que el adquirente desee considerar la posibilidad de solicitar a los licitadores que presenten una fianza de oferta que satisfaga determinados criterios (párrafos 20 a 30).

En general, las ofertas se abren en presencia de los licitadores o de sus representantes, o bien públicamente. La apertura privada, en ausencia de los licitadores, sólo se justifica en circunstancias excepcionales. Una vez que se han abierto las ofertas, se comparan y evalúan con miras a individualizar la oferta que satisfaga los requisitos del adquirente y le resulte más aceptable. El adquirente procede luego a elegir al licitador. En algunas circunstancias puede rechazar todas las ofertas (párrafos 31 a 43).

Si se adopta el método de la negociación, el adquirente se pone en contacto con una o varias empresas que estima capaces de construir las instalaciones, les comunica sus requisitos y les solicita ofertas. Pueden enviarse a las empresas documentos que describan el objetivo de la construcción y las principales características técnicas que deben tener las instalaciones y que contengan las condiciones contractuales exigidas por el adquirente. En general, no se requiere ninguna formalidad para presentar o evaluar las ofertas ni para negociar el contrato. En algunas circunstancias, el adquirente tiene la posibilidad de combinar los métodos de licitación y de negociación (párrafos 44 a 47).

Puede que las partes consideren conveniente celebrar el acuerdo por escrito. Puede que también deseen estipular el momento en que surgirán las obligaciones contractuales mutuas, sea cuando celebren el contrato o a partir de la fecha en que se cumpla determinada condición (párrafos 49 y 50).

## A. Observaciones generales

1. En la práctica hay dos métodos básicos que pueden aplicarse para celebrar un contrato de obras. Conforme al primero, el adquirente, a través de procedimientos formales de licitación, convoca a las empresas a presentar ofertas para la construcción de las instalaciones, evalúa las ofertas y celebra un contrato con el licitador que haya escogido de conformidad con los procedimientos de licitación. Las ofertas suelen basarse en condiciones contractuales y factores técnicos estipulados por el adquirente. Uno de los aspectos de la formalidad de los procedimientos de licitación, especialmente cuando el adquirente es una entidad pública, es que el adquirente y los licitadores pueden estar sujetos a determinadas obligaciones y responsabilidades jurídicas, por ejemplo, con respecto a la presentación, retiro y selección de las ofertas.

2. Conforme al segundo de los métodos, el adquirente celebra negociaciones con una o varias empresas con miras a celebrar un contrato con una de ellas. Este sistema no comprende procedimientos formales de licitación y los participantes en

las negociaciones no asumen las obligaciones y responsabilidades estrictas a las que están sujetos los participantes en los procedimientos de licitación. No obstante, es preciso que el adquirente efectúe algunos trabajos preparatorios, y tal vez sea necesario que las partes en las negociaciones se pongan de acuerdo sobre determinadas normas que habrán de seguirse durante las mismas (véanse los párrafos 44 a 46, *infra*).

3. Es posible que el adquirente no tenga plena libertad para elegir el método que ha de aplicarse al celebrar el contrato. Las leyes y reglamentos relativos a las adquisiciones públicas vigentes en el país del adquirente a menudo limitarán la elección del método que habrá de adoptar y los procedimientos detallados que habrán de seguirse. Esas leyes y reglamentos pueden aplicarse a todos los adquirentes en ese país, o dirigirse sólo al Estado o a las empresas públicas, dando mayor libertad a las empresas privadas en la elección del sistema y los procedimientos que deseen adoptar. Las leyes sobre adquisiciones públicas pueden exigir que se conceda preferencia a las ofertas presentadas por empresas locales o empresas de determinada región. Es posible que, en lo concerniente al sistema y procedimientos que habrán de seguirse, el adquirente también deba adaptarse a los requisitos fijados por instituciones de crédito internacionales u otras instituciones que financien el proyecto. Esos requisitos suelen perseguir la eficacia, la economía y la equidad en el proceso de adquisiciones públicas. En muchos casos, estas instituciones exigen que el equipo, los materiales y servicios por ellas financiados se adquieran sobre la base de licitación pública internacional, a fin de fomentar la competencia entre una amplia gama de empresas. También es posible que exijan que se brinde la posibilidad de participar en los procedimientos de licitación, basándose en la igualdad de oportunidades, a las empresas de todos los países miembros de la institución. En otros casos, estas instituciones pueden permitir que el adquirente aplique procedimientos más restrictivos que la licitación pública internacional. En particular, a menudo reconocen la conveniencia de prever un cierto margen de preferencia para las empresas del país o de la región del prestatario. Las partes pueden también observar que si se adopta el sistema que comporta varios contratos (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafos 17 a 25) podrán aplicarse distintos sistemas o procedimientos para la celebración de cada uno de los contratos.

4. Si la ley aplicable o la institución financiera no exige que se siga ningún método o procedimiento en particular, el adquirente tendrá la libertad de adoptar el que más le convenga según sus necesidades. Por ejemplo, podrá elegir los procedimientos formales del método de la licitación, adoptar el método de la negociación, o bien combinar distintas características de ambos métodos (véase el párrafo 47, *infra*).

5. Dentro del método de la licitación hay dos sistemas básicos: el de licitación pública, conforme al que se convoca a todas las empresas interesadas, mediante un anuncio público, a que presenten ofertas para construir las instalaciones, y el sistema de licitación limitada, conforme al que el adquirente invita sólo a determinadas empresas escogidas a que presenten ofertas. Es posible combinar distintas características de ambos sistemas básicos, según lo exijan la ley aplicable o las normas establecidas por la institución financiera, o a fin de satisfacer las necesidades del adquirente.

6. La principal ventaja del sistema de licitación pública es que permite a un conjunto de empresas más amplio competir en la licitación para la construcción

de las instalaciones. El adquirente puede resultar beneficiado con esta amplia competencia obteniendo un precio más bajo, mejor diseño, u otras condiciones más favorables con respecto a la construcción de las instalaciones. Por otra parte, el sistema de licitación pública puede ser el más formal y costoso de los procedimientos para celebrar un contrato de obras. En general, requiere la preparación de varios documentos formales de licitación, la difusión internacional o amplia de la convocatoria a licitación, la apertura pública y evaluación de las ofertas que pueden presentarse que, en ocasiones, son muy numerosas. También exige la observancia estricta de los plazos y otros requisitos relativos a los procedimientos. Además, el sistema de licitación pública, en algunos casos, atrae ofertas de empresas no calificadas que presentan precios inverosímilmente bajos a fin de que se les adjudique el contrato, y que más tarde intentan introducir modificaciones al contrato que traen aparejado un aumento del precio (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafos 20 a 22). En esos casos, el adquirente se enfrenta con la dificultad y los gastos de detectar y eliminar esas ofertas.

7. Conforme a una variante del sistema de licitación pública, puede otorgarse la posibilidad de presentar ofertas sólo a las empresas que hayan sido escogidas en los procedimientos de selección preliminar (véanse los párrafos 11 a 14, *infra*). La oportunidad de presentarse a esos procedimientos puede brindarse a todas las empresas interesadas del mundo, o bien solamente a las de determinada región. El empleo de la selección preliminar permite al adquirente limitar la participación en la licitación a empresas de buena reputación, técnica y económicamente capaces de construir las instalaciones. También puede permitir al adquirente evaluar, antes de iniciar los procedimientos de licitación, hasta qué punto el proyecto interesa realmente a los contratistas.

8. A diferencia del sistema de licitación pública, en el sistema de licitación limitada participan sólo las empresas que el adquirente invita a presentar ofertas. Este sistema puede resultar especialmente adecuado cuando sólo un número limitado de empresas pueda suministrar la tecnología que ha de incorporarse a las instalaciones, o llevar a cabo la construcción. Si bien el sistema de licitación limitada permite la competencia entre las empresas que tienen la posibilidad de participar en el proceso de licitación, en general, esa competencia es menor que la del sistema de licitación pública. En la medida en que el adquirente converse oficiosamente con las posibles empresas licitadoras acerca del objetivo de la construcción y de las características técnicas de las instalaciones que han de construirse, podrán simplificarse los documentos que han de proporcionarse a los posibles licitadores (véase la sección B, 3, *infra*) frente a los que se necesitan en el sistema de licitación pública. No obstante, el sistema de licitación limitada también trae aparejadas algunas formalidades, aunque pueden resultar algo menos onerosas que las del sistema de licitación pública. Debe señalarse que las instituciones de financiación internacional, en algunos casos, no permiten que se utilice el sistema de licitación limitada.

9. Conforme al método de la negociación, el adquirente negocia el contrato de obras con varios posibles contratistas o con uno solo de ellos sin las formalidades del procedimiento de licitación. Este método puede utilizarse si la ley aplicable o la institución que financia el proyecto no exigen el procedimiento de licitación. Tal vez resulte conveniente, por ejemplo, si un número limitado de posibles contratistas tienen antecedentes satisfactorios en la

construcción de instalaciones análogas a las que han de construirse para el adquirente, y si invitar a otras empresas a que presenten sus ofertas no reporta ninguna ventaja. El método también puede ser apropiado si sólo algunas empresas pueden suministrar el equipo o la tecnología que han de incorporarse a las instalaciones. La medida en que el adquirente se beneficiará por la competencia con respecto al precio, al diseño y a otros factores claves relacionados con la construcción dependerá, en parte, de que negocie con más de una empresa. En algunas ocasiones, es posible que por la necesidad de terminar rápidamente las instalaciones el adquirente prefiera contratar a un contratista sin licitación previa, pues la celebración del contrato mediante procedimientos de licitación casi siempre lleva más tiempo que el método de la negociación. En algunas situaciones excepcionales, puede que el adquirente considere apropiado negociar el contrato solamente con una empresa. Por ejemplo, cuando haya que ampliar o modificar instalaciones ya construidas de conformidad con un proceso tecnológico o equipo ya en uso, puede que convenga negociar sólo con el contratista que construyó las instalaciones.

## B. Licitación

10. El adquirente que desee seguir el procedimiento de licitación y los licitadores que participen en ese procedimiento deben averiguar si hay disposiciones relativas a la convocatoria, presentación y aceptación de ofertas, impuestas por normas imperativas de la ley aplicable, o por las normas de la institución de crédito que financia el proyecto, a las que deban ajustarse (véanse los párrafos 3 y 4, *supra*). Esas normas pueden estipular, por ejemplo, que ni la convocatoria a licitación ni la oferta podrán retirarse salvo que se cumplan determinadas condiciones. Además, pueden obligar al adquirente a aceptar una oferta en tanto cumpla los requisitos indicados en su convocatoria (véase el párrafo 43, *infra*). Pero es posible que otros ordenamientos jurídicos consideren la convocatoria como una mera petición de ofertas para construir las instalaciones y la propia oferta, como una propuesta que el licitador puede retirar o modificar, salvo que haya sido aceptada por el adquirente.

### 1. *Procedimiento de selección preliminar*

11. El objeto del procedimiento de selección preliminar es eliminar desde el principio los posibles licitadores que no serían contratistas idóneos y reducir el número de ofertas que en última instancia deberá evaluar el adquirente. Puede exigirse a la empresa que aspire a ser seleccionada en forma preliminar que demuestre su capacidad de cumplir el contrato. Para evaluar esa capacidad, el adquirente puede tener en cuenta, por ejemplo, la experiencia y los antecedentes de la empresa, su capacidad para suministrar la tecnología, el equipo, los materiales y los servicios necesarios, su situación económica, los compromisos de construcción que tenga en ese momento y su capacidad para cumplir los requisitos de seguridad que fije el adquirente. Las empresas estatales o las instituciones de financiación pueden llevar una lista de empresas que hayan sido seleccionadas en forma preliminar para todos los contratos de determinado tipo. Podrán actualizar esta lista periódicamente, pidiendo a las empresas que proporcionen información o respondan a un cuestionario (véanse los párrafos 13 y 14, *infra*) a intervalos previamente establecidos. Si el adquirente

no dispone de una lista de licitadores preseleccionados, puede que desee que las empresas se presenten a la selección preliminar antes de aceptar ofertas para el contrato de obras.

12. El primer paso en el proceso de selección preliminar es el anuncio de una invitación a presentarse a dicha selección. Los factores que han de considerarse con respecto al anuncio son análogos a los que han de considerarse con respecto al anuncio de una convocatoria a presentar ofertas (véanse los párrafos 15 y 18, *infra*)[1].

13. A fin de que el adquirente pueda decidir si seleccionará en forma preliminar a determinada empresa, le conviene solicitar a las empresas que aspiran a ser seleccionadas que respondan un cuestionario. El adquirente puede enviar a esas empresas el cuestionario, que podrá formularse de modo que se obtenga información con respecto a las condiciones a las que se hace referencia en el párrafo 11, *supra*[2]. El cuestionario podrá enviarse a las empresas acompañado de instrucciones para contestarlo, incluso de orientaciones con respecto al idioma que ha de utilizarse, la moneda en la que han de expresarse los datos económicos y la fecha para la que deba presentarse el cuestionario una vez contestado, así como de información acerca del proyecto.

14. Luego el adquirente deberá evaluar las respuestas al cuestionario presentadas por las empresas según los criterios que haya establecido para la selección preliminar. Es posible que esos criterios deban adaptarse a la ley aplicable o a los requisitos establecidos por una institución financiera. En consecuencia, puede que se prohíba al adquirente que se niegue a preseleccionar a una empresa por motivos que no estén relacionados con la capacidad de la misma de cumplir el contrato. Tras evaluar las respuestas al cuestionario, el adquirente debe notificar a las empresas que no hayan sido seleccionadas esta circunstancia y puede enviar a las que hayan sido seleccionadas en forma preliminar notificaciones en que les comunique la selección y les invite a presentar ofertas. Al mismo tiempo, puede enviarles a estas empresas un juego completo de los documentos para los posibles licitadores (véase el párrafo 19, *infra*).

### 2. *Convocatoria a licitación*

15. Una vez que el adquirente cuente con información suficiente acerca de las instalaciones que han de construirse (por ejemplo, en el caso de un contrato llave en mano, cuando se conocen las exigencias de producción y otros parámetros de funcionamiento o, en otros casos, cuando el diseño de las instalaciones se haya terminado o casi terminado), podrá formular las condiciones de la convocatoria. La finalidad de ésta es ofrecer a los futuros licitadores información básica sobre las instalaciones propuestas y solicitar a las empresas que presenten ofertas para construirlas de conformidad con los documentos de licitación. La información que proporcione el adquirente en la convocatoria puede contener, por ejemplo, una descripción general de las instalaciones, especificando el objetivo de la construcción y las características técnicas del equipo, los materiales y servicios de construcción necesarios, la fecha prevista para la terminación de la construcción, la fecha de presentación de las ofertas, la fecha y lugar de la apertura de las ofertas, la dirección a la que han de enviarse los documentos de licitación y demás información, y el costo de los documentos de licitación. También puede indicar los requisitos relativos a la idoneidad de los licitadores (por ejemplo, el requisito exigido por una

institución financiera de que la participación en el proceso de licitación se limite a las empresas de los Estados miembros de esa institución)[3]. Si en la invitación para la selección preliminar se ha proporcionado esa información, tal vez sea innecesario hacer una convocatoria formal. En muchos casos, la convocatoria podrá prepararse con la ayuda del ingeniero consultor del adquirente.

16. Conforme al sistema de licitación pública, es posible que la convocatoria a licitación deba anunciarse a escala internacional a fin de que se brinde una oportunidad a todas las empresas que puedan interesarse y reúnan los requisitos necesarios para participar en el proceso de licitación. Con respecto a los medios de comunicación en los que ha de aparecer el anuncio, puede que la ley aplicable exija que se publique en determinado medio (por ejemplo, la gaceta oficial de determinado país). El adquirente también puede considerar la posibilidad de publicar el anuncio en periódicos locales, periódicos extranjeros que se distribuyen en los principales centros comerciales del mundo, revistas técnicas y publicaciones comerciales. Si la construcción ha de ser financiada por una institución de financiación, es posible que el adquirente tenga que cumplir los requisitos relativos al anuncio, si los hay, establecidos por esa institución, que pueden comprender el anuncio en una publicación en particular, tal como la edición comercial del *Foro del Desarrollo*[4].

17. En el sistema de licitación limitada, la invitación a la licitación se envía a cada una de las empresas escogidas por el adquirente. Si se han seguido procedimientos de selección preliminar, la invitación se enviará solamente a las empresas que hayan sido seleccionadas. En algunos casos, la invitación podrá ir acompañada de un juego completo de los documentos que necesitan los futuros licitadores a los efectos de formular y presentar las ofertas (véase la sección B, 3, *infra*). En otros casos, podrá indicar sólo la dirección a la que deben enviarse los pedidos de documentos de licitación y demás información.

18. Es aconsejable que la invitación a licitación indique con claridad la fecha en la que las empresas deben presentar sus ofertas al adquirente, pues es posible que en los procedimientos de licitación no se consideren válidas aquellas que se presenten más tarde. El plazo que se otorgue para presentar las ofertas después de la publicación de la invitación o de su entrega a las empresas tal vez dependa de la facilidad con que los posibles licitadores puedan acceder al emplazamiento para su inspección, del objetivo y de la complejidad de la construcción que ha de efectuarse y del hecho de que se haya efectuado o no la selección preliminar. A fin de que todas las empresas dispongan aproximadamente del mismo tiempo para obtener los documentos que han de proporcionarse a los futuros licitadores, y preparar y presentar sus ofertas, conviene que se coordine cuidadosamente el calendario de la publicación de la invitación a la licitación o de la entrega de esa invitación a las empresas. En consecuencia, al fijarse el calendario de la publicación en los distintos medios de comunicación habría que tener en cuenta la circunstancia de que esos medios pueden publicar el anuncio a intervalos diferentes (por ejemplo, diariamente, mensualmente, trimestralmente), y el calendario podrá ser tal que el anuncio aparezca aproximadamente al mismo tiempo en todos los medios.

### 3. *Documentos que han de proporcionarse a los futuros licitadores*

19. En muchos casos, será conveniente que los documentos que han de proporcionarse a los posibles licitadores sean preparados por un ingeniero que pertenezca al personal del adquirente o por el ingeniero consultor contratado

por el adquirente (véase el capítulo X, "Ingeniero consultor"). Los documentos podrán contener, entre otras cosas, lo siguiente: las instrucciones a los licitadores (véanse los párrafos 20 a 25, *infra*); un modelo de oferta (véase el párrafo 26, *infra*); las condiciones contractuales establecidas por el adquirente (véase el párrafo 27, *infra*); las especificaciones y los dibujos técnicos (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 10 a 19); un modelo de fianza de oferta (si esa fianza es requerida por el adquirente; véanse los párrafos 28 a 30, *infra*); si ha de exigirse al contratista una fianza de buena ejecución (véase el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 10 a 12), un modelo de esa fianza; prueba del mandato (que certifique que las personas que firman la oferta tienen poder suficiente para hacerlo; véase el párrafo 22, *infra*). Las especificaciones técnicas que el adquirente tendrá que suministrar (según el sistema contractual adoptado) revestirán especial importancia para los posibles licitadores. Si se proporcionan modelos de documentos que el licitador deba llenar y presentar junto a su oferta, resultará más fácil al adquirente comparar y evaluar las ofertas. Si no se han llevado a cabo procedimientos de selección preliminar, el adquirente también podrá enviar a los posibles licitadores un cuestionario, análogo al cuestionario de selección preliminar (véase el párrafo 13, *supra*), para que el licitador lo conteste y lo presente con su oferta. Puede que sea conveniente que los documentos estén redactados en, por lo menos, uno de los idiomas que habitualmente se emplean en las operaciones comerciales internacionales.

a) *Instrucciones a los licitadores*

20. La finalidad de las instrucciones es brindar orientación para la preparación de las ofertas y transmitir información sobre asuntos relativos a la evaluación de las mismas. Es aconsejable que en las instrucciones se comuniquen a los licitadores los requisitos del adquirente relativos a la preparación, contenido y presentación de ofertas. Si el adquirente no proporciona al licitador modelos de la oferta, de las condiciones contractuales y de las fianzas de oferta y de buena ejecución que se requieran, conviene que en las instrucciones se describan detalladamente los requisitos relativos a las ofertas y las fianzas (véanse los párrafos 26 a 30, *infra*). Las instrucciones pueden indicar los documentos que deben presentarse junto a la oferta (entre otros, todos los documentos, debidamente llenados, cuyos modelos se proporcionaron a los licitadores). También pueden indicar si se admite que una empresa presente una oferta con propuestas alternativas y, en caso afirmativo, el punto o puntos con respecto a los que se acepten las alternativas (por ejemplo, disposiciones para el transporte, seguro, el diseño de elementos de menor importancia del equipo). Las instrucciones también podrán aclarar si se aceptarán ofertas relativas solamente a partes de la construcción. Además, pueden exponer los criterios generales que seguirá el adquirente al evaluar las ofertas (por ejemplo, la importancia que se asignará al precio de la oferta y a otros factores). En las instrucciones se puede indicar que el adquirente se reserva el derecho a no elegir ninguna oferta (véase el párrafo 43, *infra*).

21. Las instrucciones pueden informar a los licitadores acerca de la fecha en que deben presentarse las ofertas o el plazo dentro del cual pueden presentarse, el lugar de la presentación y el número de ejemplares de los documentos de licitación que han de presentarse. Pueden indicar a los licitadores cualquier requisito particular relativo a la forma en que han de presentarse las ofertas. Por ejemplo, puede que el adquirente desee exigir a los licitadores que preparen

sus ofertas de conformidad con el sistema de los "dos sobres", por el que se presentan dos documentos. El primero describe los elementos técnicos que el licitador propone para la construcción, pero no menciona el precio. El segundo documento contiene el precio de la oferta (véase el párrafo 35, *infra*).

22. Las instrucciones pueden indicar el idioma o los idiomas que podrán emplearse para completar los documentos de licitación. También podrán indicar los requisitos establecidos por el adquirente con respecto a la forma en que ha de expresarse el precio, o en el caso de contratos de costos reembolsables, los costos. Por ejemplo, pueden especificar la moneda en la que han de expresarse los costos y el precio y estipular que las partes del precio que se asignarán a determinados aspectos de la construcción se indiquen por separado. Puede que el adquirente desee exigir en las instrucciones que todos los documentos que se presenten con la oferta estén mecanografiados o escritos con tinta indeleble, y que las personas que firmen los documentos pongan su firma o sus iniciales al lado de todas las correcciones que haya en los documentos. Además puede que desee que todas las firmas que figuren en los documentos de licitación sean las de personas con poder para firmar en nombre del licitador, y que ese poder se pruebe en la forma prevista por la ley aplicable.

23. En las instrucciones pueden indicarse los procedimientos que se seguirán en la apertura de las ofertas y la notificación a los licitadores del resultado de la evaluación de las mismas. También podrá indicarse el procedimiento previsto para celebrar el contrato (véase la sección D, *infra*). Las instrucciones pueden enunciar los requisitos establecidos por el adquirente con respecto a las condiciones que deben reunir los licitadores. También pueden exigir que el licitador que haya sido seleccionado en forma preliminar (véase la sección B, 1, *supra*) actualice la información contenida en el cuestionario contestado para la selección preliminar. Puede que el adquirente desee indicar que los costos de la preparación y presentación de las ofertas correrán a cargo de los licitadores.

24. Las instrucciones pueden indicar la fecha hasta cuando la oferta debe seguir en pie una vez pasada la fecha fijada para la presentación. A este respecto, puede que el adquirente desee asegurarse tiempo suficiente para evaluar las ofertas, elegir al licitador más conveniente y notificarle su elección, celebrar las conversaciones necesarias con ese licitador antes de la celebración del contrato y obtener del gobierno de su país o de una institución de crédito los permisos o licencias necesarios, y para que el licitador escogido presente una fianza de buena ejecución. Puede que el adquirente desee reservarse la facultad, si fuera necesario, de ampliar el período de validez de la oferta notificando a todos los licitadores esa prórroga y su duración. Las instrucciones pueden estipular que los licitadores que acepten la prórroga deben prolongar sus fianzas de oferta, en su caso, a fin de que cubran el período de la prórroga, y que se considerará que los licitadores que no la hayan aceptado han retirado sus ofertas sin perder sus fianzas. Las instrucciones pueden estipular que los licitadores no podrán modificar las condiciones de sus ofertas ni retirar éstas después de que las hayan presentado, incluso durante el período de prórroga si lo hubiere. Otra posibilidad sería que indicaran las circunstancias en que se podrán modificar o retirar las ofertas.

25. Las instrucciones pueden indicar los medios por los que el posible licitador podrá inspeccionar el emplazamiento. También pueden indicar los procedimientos mediante los que el posible licitador podrá obtener una aclaración de los documentos que se le hayan proporcionado. Las instrucciones

pueden describir las circunstancias, en su caso, bajo las que el adquirente podrá modificar el procedimiento de licitación, y los derechos de los posibles licitadores consiguientes a dicha modificación.

b) *Modelo de oferta*

26. El modelo de oferta puede exigir que los términos de la oferta del licitador para construir las instalaciones se ajusten a las condiciones contractuales, especificaciones técnicas y dibujos suministrados por el adquirente. Además, puede contener el consentimiento del licitador en obligarse a cumplir todos los requisitos, plazos y condiciones establecidos en las instrucciones. También puede exigir que el licitador exponga detalladamente en su oferta todos los asuntos con respecto a los cuales se ha solicitado dicha oferta. Por ejemplo, el precio y detalles de las condiciones de pago (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago"); factores tales como los costos que se prevén para la explotación y el mantenimiento de las instalaciones; un calendario para la terminación de la construcción y detalles de los servicios posteriores a la construcción que el contratista esté dispuesto a prestar (véase el capítulo XXVI, "Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción").

c) *Condiciones contractuales*

27. Conviene que el adquirente redacte las condiciones contractuales que servirán de base para celebrar el contrato de obras con el licitador escogido y que haga llegar estas condiciones a los futuros licitadores junto a los demás documentos de licitación (véase el párrafo 19, *supra*). Si no procede de esta manera, le resultará difícil comparar y evaluar las ofertas pues cada una de ellas podría presentarse sobre la base de distintas condiciones contractuales. En general, muchos aspectos de las condiciones contractuales preparadas por el adquirente no son objeto de negociaciones entre el adquirente y el licitador (aunque el adquirente puede permitir que se discutan algunos detalles); por lo común, al fijar el precio de su oferta, el licitador tendrá en cuenta las condiciones propuestas y el reparto de los costos, riesgos y obligaciones que se reflejan en esas condiciones. La segunda parte de esta *Guía* contiene recomendaciones acerca de las diversas cuestiones que pueden contemplarse en estas condiciones contractuales y las distintas formas de resolverlas.

d) *Fianza de oferta*

28. Puede que el adquirente desee considerar la posibilidad de exigir al licitador que presente, junto a su oferta, una fianza de oferta por un monto determinado. Posiblemente, la ley aplicable exija dicha fianza. La fianza puede estipular que el adquirente podrá cobrar el importe de la misma sin necesidad de probar pérdidas si, dentro del período de validez de la fianza, el licitador retira su oferta antes de que el adquirente haya elegido al licitador con quien celebrará el contrato o si, habiendo sido elegido, no celebra el contrato de obras con el adquirente de conformidad con su oferta o no proporciona la fianza de buena ejecución requerida. La fianza de oferta debe indicar si se trata de una fianza pagadera a la vista o si el adquirente tendrá que probar la responsabilidad del licitador para reclamar el pago.

29. Al fijar el importe de la fianza de oferta, el adquirente puede tener presentes cuestiones tales como el monto que será suficiente para disuadir al licitador de retirar su oferta o no celebrar el contrato de obras de conformidad con su oferta, o bien para proporcionar la fianza de buena ejecución requerida, y el monto suficiente para indemnizar al adquirente por las pérdidas que sufra por ese retiro o esos incumplimientos. Por ejemplo, puede que el adquirente desee que se le reembolsen los gastos de los nuevos procedimientos de licitación que deba efectuar, y la diferencia entre el precio del licitador que incumple y el precio, a menudo más elevado, de la oferta escogida por el adquirente en el mismo o en otros procedimientos de licitación, así como las pérdidas resultantes del aplazamiento del comienzo de la construcción por la necesidad de iniciar nuevos procedimientos de licitación. El importe de la fianza de oferta puede fijarse como una suma determinada o como porcentaje del precio de la oferta.

30. El adquirente puede exigir que la fianza de oferta tenga validez por un tiempo determinado después de la fecha en que la oferta pierda su validez (véase el párrafo 24, *supra*), a fin de que el adquirente pueda reclamar contra el fiador. El adquirente puede exigir al licitador elegido como contratista, o con quien se celebre el contrato, que prorrogue la validez de la fianza de oferta hasta que se proporcione la fianza de buena ejecución requerida. También puede exigir que la fianza sea de determinado tipo y que se pague en determinada moneda. Entre los posibles tipos de fianza de oferta figuran la carta de crédito contingente (*standby*), la fianza bancaria, o la fianza emitida por una compañía de seguros o de crédito y caución. Puede que el adquirente desee indicar las instituciones que le resultan aceptables a los efectos de proporcionar una fianza (véase también el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 14 a 16). Para asegurar que la fianza de oferta que se presente sea aceptable, puede que el adquirente desee proporcionar a los posibles licitadores un modelo de esa fianza.

### 4. *Apertura de las ofertas y selección del contratista*

#### a) *Apertura de las ofertas*

31. El adquirente debe averiguar si ha de seguir determinado procedimiento para la apertura de las ofertas establecido por las normas imperativas de la ley aplicable o por la institución internacional que financie el proyecto. Por ejemplo, a menudo, las leyes o reglamentos del país del adquirente, y las instituciones financieras internacionales, exigen que las ofertas se abran en presencia de los licitadores o de sus representantes. Si el adquirente lo desea, podrá permitirse que presencien la apertura pública incluso personas que no participan en la licitación (conforme al párrafo 35, *infra*).

32. Puede haber circunstancias excepcionales en las que se justifique la apertura privada de las ofertas, sin la presencia de los licitadores, por ejemplo, cuando las instalaciones que han de construirse se relacionen con la seguridad nacional. Como este procedimiento puede dar lugar a abusos, muchas instituciones de crédito no lo autorizan. Pero si las ofertas han de abrirse en privado, podrían hacerse más fiables los procedimientos de apertura si se solicitara la participación de personas de reconocida integridad (por ejemplo, auditores o funcionarios públicos superiores).

b) *Evaluación de las ofertas*

33. El objetivo de la evaluación de las ofertas es comparar las que se han presentado al adquirente a fin de descubrir la que se ajusta más a los requisitos establecidos por él, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes. Los criterios para evaluar las ofertas pueden regirse por las normas imperativas de la ley aplicable o por las normas de una institución que financie el proyecto. El procedimiento de evaluación, a diferencia de la apertura de las ofertas, suele efectuarse sin la presencia de los licitadores. No es necesario que las mismas personas que abran las ofertas las evalúen.

34. Al evaluar las ofertas, el adquirente tendrá que comparar las condiciones propuestas en las mismas con los requisitos que él haya establecido y considerar hasta qué punto coinciden. El precio de la oferta no tiene que ser necesariamente el criterio más importante en la elección de los licitadores. Por ejemplo, el adquirente tendrá que cerciorarse de que determinado licitador, si resulta elegido, podrá cumplir todas sus obligaciones dentro de determinado plazo. Durante el período de evaluación, el adquirente puede solicitar a los licitadores que le aclaren lo que sea necesario para evaluar las ofertas.

35. Cuando se aplica el sistema de los dos sobres (véase el párrafo 21, *supra*), los sobres que contienen los elementos técnicos se abren primero, a menudo en privado, sin que estén presentes los licitadores o sus representantes, luego se comparan y evalúan los elementos técnicos para determinar si responden a los requisitos del adquirente. A continuación, se abren los sobres que contienen los precios presentados por los licitadores cuyas propuestas técnicas responden a los requisitos del adquirente en presencia de esos licitadores o de sus representantes, o bien en una sesión pública, y se evalúan más detalladamente las ofertas en su totalidad. Este procedimiento puede permitir una evaluación más objetiva de los elementos técnicos, porque se evalúan según sus méritos, sin considerar el precio de la oferta. En cambio, el sistema puede tener la desventaja de que se rechace una oferta porque se aparta de los requisitos técnicos establecidos por el adquirente en los documentos de licitación pero que permitiría un gran ahorro en los costos y que, en otros aspectos, podría resultar aceptable al adquirente, antes de que se abra el segundo sobre (que contiene el precio de la oferta). En consecuencia, si los requisitos técnicos del adquirente son flexibles, este sistema puede resultar inadecuado.

36. El proceso de evaluación de ofertas puede desarrollarse en etapas: examen preliminar, evaluación detallada y conversaciones con el licitador más aceptable.

i) *Examen preliminar*

37. Puede efectuarse un examen preliminar de las ofertas a fin de decidir si éstas responden a los requisitos del adquirente por sí mismas y según los documentos que las acompañan. Cabe considerar lo siguiente:

*a)* si se han presentado todos los documentos requeridos, incluso los formularios proporcionados, debidamente llenados;

*b)* si el licitador reúne las condiciones para ser elegido, por ejemplo, si se encuentra en la lista de contratistas seleccionados (cuando se hayan seguido procedimientos de selección preliminar) o si cumple los requisitos que pueda haber establecido la institución financiera;

*c)* si la oferta se ajusta esencialmente a las condiciones contractuales y a los requisitos técnicos enunciados en la invitación a la licitación y en las instrucciones dirigidas a los licitadores;

*d)* si la oferta ha sido firmada por un representante del licitador con poder suficiente.

38. En esta etapa también se pueden controlar los documentos para descubrir errores aritméticos o mecanográficos y trabar contacto con los licitadores que hayan presentado las ofertas que contengan dichos errores dándoles la oportunidad de corregirlos. Gracias al proceso de examen el adquirente podrá clasificar las ofertas en distintas categorías. Puede que algunas ofertas se aparten considerablemente de los requisitos fijados por el adquirente, por lo que no será necesario seguir examinándolas. Otras pueden presentar discrepancias aparentemente involuntarias (por ejemplo, omisión de los documentos requeridos). En esos casos, el adquirente podría ponerse en contacto con el licitador para preguntarle si desea corregirlas. Otras ofertas pueden contener discrepancias insignificantes o alternativas que el adquirente esté dispuesto a considerar, pero que han de cuantificarse en términos económicos y evaluarse en el momento en que se efectúe la evaluación detallada de las ofertas. Es posible también que las ofertas contengan reservas y modificaciones de determinadas condiciones contractuales propuestas por el adquirente en los documentos de licitación. El adquirente puede aceptar algunas de ellas y, tal vez, desee discutir las otras con el licitador (véase el párrafo 40, *infra*). Todas las reservas o modificaciones aceptadas por el adquirente tendrán que cuantificarse y evaluarse durante la evaluación general de las ofertas.

ii) *Evaluación detallada*

39. Los criterios generales que han de observarse en la evaluación y comparación detalladas de las ofertas, por lo general, ya se habrán establecido en las instrucciones dirigidas a los licitadores. Como se ha dicho, no es necesariamente la oferta más barata la más aceptable (véase el párrafo 34, *supra*). El adquirente también puede tener en cuenta otras obligaciones contractuales con respecto a las que haya solicitado propuestas (véase el párrafo 27, *supra*), así como la posibilidad de que el licitador cumpla sus obligaciones (considerando, por ejemplo, la situación económica del mismo, sus antecedentes y demás compromisos contractuales). Según el tipo de contrato, al evaluar las ofertas pueden aplicarse además otros criterios (por ejemplo, el alcance de la transferencia de tecnología al adquirente, el tipo de personal calificado asignado por el licitador a la ejecución del contrato, el alcance de la capacitación que se propone brindar al personal del adquirente, hasta qué punto se subcontratarán los trabajos). En la evaluación detallada, deben ponderarse todas las discrepancias, modificaciones o alternativas (véase el párrafo 38, *supra*) propuestas por el licitador en términos de los costos y beneficios directos e indirectos que significarán para el adquirente, a fin de decidir cuál es la oferta más aceptable.

iii) *Conversaciones con el licitador más aceptable*

40. El adquirente puede mantener conversaciones con el licitador más aceptable a fin de considerar cualquier discrepancia de la oferta con el diseño o especificaciones del adquirente, o las alternativas que se propongan en la oferta

a las condiciones contractuales que acompañan la invitación a la licitación (véase el párrafo 38, *supra*). A través de estas conversaciones las partes pueden tratar de resolver todas las diferencias que haya entre los requisitos fijados por el adquirente y las condiciones establecidas en la oferta del licitador. Es posible que las normas imperativas de la ley aplicable o las normas de la institución de crédito que financie la construcción permitan que una vez que la oferta haya sido recibida o abierta por el adquirente sólo sean suceptibles de modificación detalles, salvedades o alternativas en asuntos de menor importancia. En ese caso, las conversaciones del adquirente con el licitador más aceptable se limitarán a esos asuntos menores o detalles. Pero si la ley del país adquirente y las normas de la institución de crédito de que se trate lo consienten, esas conversaciones podrán tener un alcance más amplio (véase el párrafo 47, *infra*).

c) *Selección posterior y elección del licitador*

41. El adquirente debe cerciorarse de que el licitador más aceptable pueda cumplir el contrato. Si se ha seguido un procedimiento de selección preliminar o el licitador ha respondido a un cuestionario con respecto a sus condiciones, puede que el adquirente sólo deba cerciorarse de que la capacidad del licitador de cumplir sus obligaciones no se ha deteriorado desde que se efectuó la selección preliminar o se respondió al cuestionario hasta el momento en que se decida elegirlo. Si no se han seguido esos procedimientos, puede que el adquirente desee solicitar al licitador que responda a un cuestionario como el que se describe en relación con la selección preliminar (véase el párrafo 13, *supra*).

42. Una vez que el adquirente se haya cerciorado de que el licitador más aceptable está en condiciones de cumplir el contrato, le notificará su elección. Es posible que la aceptación escrita de la oferta por parte del adquirente sea por sí sola suficiente para convertir la oferta en un contrato celebrado. Pero generalmente las condiciones de la oferta se incorporan a un contrato formal y detallado que celebran las partes. Ambas, o una de ellas, deben preparar el contrato incorporando todas las condiciones de la oferta así como las modificaciones o adiciones que hayan convenido en sus conversaciones (en cuanto a la redacción del contrato, véase el capítulo IV, "Observaciones generales sobre la redacción"). Una vez que el licitador escogido haya celebrado el contrato y proporcionado la fianza de buena ejecución exigida, podrán devolverse las fianzas de oferta a los demás licitadores salvo que hayan expirado (véase el párrafo 30, *supra*, conforme al capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafo 37).

d) *Rechazo de todas las ofertas*

43. Si las leyes o reglamentos aplicables a la licitación lo autorizan, el adquirente puede rechazar todas las ofertas que haya recibido. Sin embargo, algunas instituciones financieras internacionales pueden exigir a los adquirentes que les solicitan préstamos que se ajusten a las directrices que limitan el derecho del adquirente de rechazar todas las ofertas. Además, es posible que la ley aplicable contenga normas imperativas que exijan al adquirente que acepte la oferta que reúna determinadas condiciones.

## C. Negociación

44. Conforme a este método, el adquirente se pone en contacto con una o varias empresas que estima capaces de construir las instalaciones y negocia con ellas a fin de celebrar el contrato con aquella que le proponga las mejores condiciones. Las negociaciones no requieren un marco formal para su celebración. No obstante, tal vez convenga que las partes se pongan de acuerdo en determinado marco básico para sus negociaciones. Por ejemplo, desde el principio de las mismas, puede que las partes deseen convenir en que, cuando no se haya establecido una obligación general de confidencialidad, determinados tipos de información (por ejemplo, con respecto a procesos tecnológicos) que una de ellas revele durante el curso de las negociaciones serán mantenidos en secreto por la otra parte. Además, puede que deseen estipular que entre ellas no existirán obligaciones contractuales mientras no celebren el contrato por escrito (véase el párrafo 49, *infra*).

45. Es aconsejable que el adquirente proporcione a la empresa o empresas con las que esté negociando documentos que describan el objetivo de la construcción que ha de efectuarse y las principales características técnicas que han de tener las instalaciones, así como las condiciones contractuales que propone. Esos documentos pueden servir de base para las negociaciones entre las partes y contribuir a que se desarrollen regularmente. También puede ser útil llevar actas durante el curso de las negociaciones, y que esas actas sean autenticadas por cada una de las partes.

46. Si el adquirente negocia solamente con una empresa, puede que desee exigir al licitador que en su oferta pormenorice el precio de manera tal que el adquirente pueda comparar los precios de los distintos elementos y servicios con aquellos que sepa que se han pagado por elementos o servicios análogos. Si el adquirente negocia con una sola empresa, al no haber competencia, sólo haciendo esa comparación podrá decidir hasta qué punto el precio pretendido por el posible contratista es razonable.

47. En determinadas circunstancias (véase el párrafo 4, *supra*), el adquirente podrá combinar el método de la licitación con el de la negociación. Por ejemplo, el adquirente puede invitar a las empresas a presentar ofertas y, una vez recibidas éstas, negociar con los licitadores más aceptables. Pero puede haber motivos por los que el adquirente, aunque tenga libertad para proceder de ese modo, no desee combinar ambos métodos. Por ejemplo, en el método combinado, los licitadores pueden presentar un precio de oferta superior al que presentarían si se siguieran procedimientos estrictos de licitación a fin de darse un margen para poder reducir su precio durante las negociaciones al monto que habrían presentado a la licitación estricta.

## D. Celebración del contrato

48. Al redactar y celebrar el contrato, las partes deben tener en cuenta las normas jurídicas aplicables que rijan la celebración y validez del mismo. Algunas de estas normas pueden tener carácter imperativo.

## 1. *Forma del contrato*

49. Cualquiera sea el sistema que se adopte para celebrar el contrato, la ley que rija su formación puede exigir que los contratos de obras se hagan por escrito. Incluso si no se exije ese requisito, es aconsejable que las partes celebren su acuerdo por escrito a fin de evitar ulteriores controversias con respecto a las condiciones que efectivamente acordaron. También conviene que el contrato estipule que podrá ser modificado o rescindido sólo mediante acuerdo escrito. El capítulo IV, "Observaciones generales sobre la redacción", contiene recomendaciones con respecto a la redacción del contrato.

## 2. *Validez y entrada en vigor del contrato*

50. En algunos casos, puede que las partes deseen estipular que las obligaciones contractuales entre ellas nacerán a partir de la fecha en que se celebre el contrato. Pero en otros casos, puede que las partes deseen estipular que el contrato entrará en vigor en una fecha posterior a la de su celebración. Por ejemplo, puede que deseen convenir en que las obligaciones contractuales nacerán sólo a partir de la fecha en que se cumpla una condición previa determinada (por ejemplo, la fecha en que se obtenga una licencia necesaria).

*Notas del capítulo III:*

[1]*Ejemplo de invitación a presentarse a la selección preliminar*

"El adquirente es un [ ] que tiene su oficina principal en [ ] y se ocupa de [ ]. El adquirente se propone construir instalaciones para la fabricación de [ ]. Las instalaciones que han de construirse deben cumplir los siguientes requisitos: [incorporar aquí la descripción técnica de las instalaciones]. El adquirente se propone celebrar un contrato con un contratista para el suministro de tecnología, equipo, materiales, ingeniería civil, edificación y otros servicios de construcción [indicar aquí los requisitos que establece el adquirente para la construcción de las instalaciones], necesarios para la construcción de las instalaciones antes mencionadas. Se desea que estas instalaciones estén terminadas para el día [ ] de [ ], o dentro de [ ] días a partir de la clausura del procedimiento de licitación. La fecha prevista para celebrar el contrato es el día [ ] de [ ].

"Se examinarán sólo las ofertas para el suministro de la tecnología, el equipo, los materiales y la ingeniería civil, la edificación y otros servicios de construcción presentadas por empresas que hayan sido consideradas idóneas para participar en la licitación sobre la base de sus respuestas al cuestionario de selección preliminar preparado en relación con este proyecto.

"Se pueden obtener ejemplares de ese cuestionario solicitándolos a [ ]. Los cuestionarios contestados deben presentarse al adquirente, en la dirección antes indicada el día [ ] de [ ], o antes de esa fecha."

[2]*Ejemplo de cuestionario para enviar a las empresas que aspiren a ser seleccionadas en forma preliminar*

"El adquirente solicita información con respecto a los siguientes puntos a las empresas que deseen ser seleccionadas en forma preliminar a efectos de participar en la licitación para la construcción de las instalaciones que se describen en la invitación a presentarse a la selección preliminar. Sobre la base de la información suministrada en las respuestas a dicho cuestionario, el adquirente decidirá cuáles empresas son idóneas para participar en la licitación para la construcción.

"La información que se solicita es la siguiente:

"1. Descripción de la empresa que aspira a ser seleccionada en forma preliminar, incluso detalles de su estructura y organización y de su experiencia como contratista;

"2. Una exposición financiera, certificada por un tercero calificado e independiente, que indique el activo y el pasivo de la empresa, y su capital de explotación;

"3. Referencias bancarias;

"4. Detalles del número, categorías y, cuando sea posible, nombres y antecedentes profesionales del personal de supervisión y demás personal clave que se propone emplear en la construcción y su experiencia en la construcción de instalaciones industriales;

"5. Descripción de la fuente y el tipo de los principales elementos del equipo y los materiales que se propone utilizar en la construcción, los nombres de los principales subcontratistas que se propone emplear en la construcción, y los aspectos de la construcción en los que se emplearán;

"6. Una lista de proyectos de dimensiones y complejidad comparables que la empresa haya terminado en los cinco años anteriores; las señas de los adquirentes e ingenieros consultores de esos proyectos; el precio contratado definitivo y los costos definitivos de cada uno de esos proyectos; en caso de que el precio contratado definitivo de uno de esos proyectos sea superior al precio previsto inicialmente en el contrato, las razones de esa diferencia; si terminó cada proyecto en forma satisfactoria; información similar sobre los antecedentes profesionales de los principales subcontratistas que se propone emplear en la construcción;

"7. Información relativa al incumplimiento, en su caso, por parte de la empresa de terminar las instalaciones estipuladas en un contrato de construcción del que era parte;

"8. Los compromisos de trabajo pendientes y previstos;

"9. El tipo y el monto del seguro que haya tomado la empresa;

"10. El nombre y la dirección de la compañía de crédito y caución que haya garantizado las prestaciones de la empresa durante los últimos cinco años y, si es distinta, el nombre de la compañía de crédito y caución de la que la empresa se propone obtener fianzas de buena ejecución para su futuro trabajo;

"11. Todo tipo de actividad distinta a la construcción en la que la empresa tenga intereses económicos;

"12. Toda otra información que la empresa estime pertinente para adoptar la decisión de contratarla para la construcción."

[3]*Ejemplo de convocatoria a licitación*

"El adquirente es un [ ] que tiene su principal oficina en [ ] y se ocupa de [ ]. El adquirente se propone construir instalaciones para la fabricación de [ ]. Las instalaciones que han de construirse deben cumplir los siguientes requisitos: [incorporar aquí la descripción técnica de las instalaciones]. El adquirente desea celebrar un contrato con un contratista para el suministro de la tecnología, el equipo, los materiales, la ingeniería civil, la edificación y otros servicios de construcción [indicar aquí los requisitos del adquirente para la construcción de las instalaciones] necesarios para la construcción de las instalaciones antes mencionadas.

"Todas las empresas interesadas en presentar sus ofertas para el suministro de la totalidad o parte de la tecnología, el equipo, los materiales y la ingeniería civil, la edificación y otros servicios de construcción antes mencionados deben completar los documentos de licitación, que pueden obtenerse en [ ], y presentarlos en sobres sellados. La tasa por el suministro de estos documentos es de [ ]. Los documentos de licitación deben entregarse al adquirente en la dirección antes indicada antes de las [ ] horas del día [ ] de [ ].

"Debe proporcionarse una fianza de licitación por un importe de [ ]. Debe presentarse un comprobante de esa fianza junto a los documentos de licitación completados.

"Este proyecto es financiado por [ ]. En consecuencia, para que se acepte su oferta, el licitador debe cumplir los requisitos de idoneidad establecidos por la(s) institución (instituciones) de financiación mencionada(s)."

[4]*Foro del Desarrollo* es una publicación de la División de Información Económica y Social del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas y de la Universidad de las Naciones Unidas.

# *Segunda parte*

# Capítulo IV. Observaciones generales sobre la redacción


RESUMEN

Puede que cada una de las partes considere conveniente establecer un procedimiento enunciando las medidas que sea necesario adoptar al negociar y redactar el contrato de obras. Si se recurre a la licitación antes de celebrar el contrato, es necesario que el adquirente prepare un anteproyecto para presentarlo a los posibles licitadores junto al anuncio de contratación. Si el contrato se celebra sobre la base de negociaciones, una de las partes podría preparar un anteproyecto después de que se hayan negociado los principales aspectos técnicos y comerciales. Puede que convenga a las partes designar a una persona como principal responsable de supervisar la preparación de los documentos contractuales (párrafos 1 a 3).

Al redactar el contrato las partes deben tener en cuenta la ley aplicable al mismo. También deben tener presentes los distintos tipos de normas jurídicas imperativas de carácter administrativo o fiscal u otras normas públicas pertinentes del país de cada una de las partes (párrafos 4 y 5). Puede que las partes estimen conveniente examinar modelos normalizados de contrato, condiciones generales, cláusulas tipo o contratos que se hayan celebrado antes como medios auxiliares de la redacción, aunque no deben adoptarse sus cláusulas sin estudiarlas con espíritu crítico (párrafo 6).

El contrato puede redactarse en un solo idioma, o en los idiomas de las partes, si difieren. Si el contrato se redacta en dos idiomas es aconsejable que las partes determinen cuál de las versiones prevalecerá en caso de discrepancia. Si las partes estipulan que ambas versiones tendrán el mismo valor, deben intentar establecer pautas para solucionar las controversias que surjan a raíz de la discrepancia entre las versiones (párrafos 7 y 8).

Puede que las partes deseen identificarse y presentarse en un documento destinado a preceder en orden lógico a los demás documentos contractuales, y a desempeñar un papel dominante sobre ellos. En ese documento deben especificarse los nombres de las partes, sus domicilios, el objeto del contrato y la fecha y el lugar donde fue firmado. Por lo general las partes en los contratos de obras son personas jurídicas, y puede que deseen investigar antes de celebrar el contrato aspectos tales como la capacidad de la persona jurídica para celebrar contratos y el poder de sus directivos para obligarla (párrafos 9 y 10).

El contrato debe hacerse por escrito. Puede, asimismo ser conveniente que se especifiquen claramente los documentos que lo constituyen y que se establezcan reglas para resolver las incongruencias entre esos documentos (párrafos 11 y 12). Puede que las partes deseen aclarar hasta qué punto los contactos verbales, la correspondencia y los proyectos de documento producidos durante las negociaciones pueden servir para interpretar los documentos del contrato (párrafo 13).

Puede que las partes deseen estipular que los epígrafes y las notas marginales utilizadas en el contrato para facilitar su lectura no afectarán

los derechos y obligaciones de los contratantes. En caso de que se considere deseable, en el documento principal pueden incluirse declaraciones preliminares que describan el objeto del contrato o el contexto en el que se celebró (párrafos 14 y 15).

Los contratos de obras suelen requerir que una de las partes notifique a la otra determinados hechos o situaciones. Es conveniente exigir que todas esas notificaciones se hagan por escrito. Las partes pueden determinar el momento en que una notificación será efectiva: cuando la envía la parte notificante o cuando se entrega a la parte notificada (párrafos 18 a 21). Las partes podrían indicar en el contrato las consecuencias jurídicas de la falta de notificación (párrafo 22).

Puede que convenga a las partes definir algunas palabras o conceptos claves que emplean en el contrato. En caso de que una definición se aplique a todo el contrato, ésta puede incluirse en el documento principal. Al formular las definiciones pertinentes al contrato, puede que las partes consideren conveniente tener presentes las definiciones que figuran en este capítulo así como las descripciones de conceptos que contienen los demás capítulos de esta *Guía* (párrafos 23 a 26).

## A. Observaciones generales

1. Un contrato de obras suele ser el producto final de prolongados contactos entre las partes, que comprenden comunicaciones verbales y correspondencia (véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato"). Puede que cada una de las partes considere conveniente establecer por su cuenta un procedimiento, enunciando las medidas que han de adoptarse al negociar y redactar el contrato. Ese procedimiento, que podría incluir las sugerencias que se hacen en el presente capítulo, se utilizaría como lista de comprobación a fin de reducir la posibilidad de que se incurra en omisiones o errores en las fases previas a la celebración del contrato. Puede que el adquirente desee también ponderar la necesidad de recurrir a asesores jurídicos o técnicos para que le ayuden a redactar el contrato y complementar así sus propias capacidades.

2. Si se recurre al procedimiento de licitación, es necesario que el adquirente prepare un anteproyecto para presentarlo a los posibles licitadores, pues éstos tendrán que saber los requisitos que deberán cumplir al presentar sus ofertas. La preparación de un anteproyecto permitiría al adquirente aclarar sus objetivos y definir su posición en las negociaciones. Pero si el contrato se celebra sobre la base de negociaciones sin licitación, quizá sea preferible que se negocien los principales aspectos técnicos y comerciales antes de preparar el anteproyecto y que luego las partes convengan en que una de ellas presentará un anteproyecto que refleje lo que acordaron en las negociaciones. El anteproyecto puede estudiarse, perfeccionarse y desarrollarse, dando lugar a una serie preliminar de documentos contractuales que, tras una última revisión, se convertirá en el contrato.

3. Puede que el contrato deba ser administrado por personas que no participaron en las negociaciones conducentes a su celebración y bastante tiempo después de que éstas tuvieron lugar. Por consiguiente, puede que las partes deseen tomar medidas especiales para asegurarse de que las cláusulas contractuales puestas por escrito no son ambiguas y no darán lugar a controversias, y de que se ha establecido con claridad la relación entre los

distintos documentos que forman el contrato. Para ello, tal vez convenga que cada una de las partes designe una persona, de su personal o especialmente contratada para este propósito, que se encargue principalmente de supervisar la preparación de los documentos contractuales. Es conveniente que esa persona sea un redactor competente, familiarizado con los contratos internacionales de obras. En la medida de lo posible es aconsejable que se halle presente durante las negociaciones más importantes. Puede que sea útil para las partes que los documentos definitivos del contrato sean revisados por un equipo especializado en las materias que se contemplan en ellos, a fin de garantizar su precisión y coherencia de estilo y contenido.

4. La ley aplicable al contrato puede afectarlo en distintas formas (véase el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafo 1). Dicha ley, puede contener, por ejemplo, normas sobre interpretación de contratos y presunciones relativas al significado de algunas palabras o frases. También puede contener normas imperativas que regulen la forma o la validez de los contratos y que conviene que las partes tengan en cuenta al redactar el contrato. En algunas circunstancias, la ley aplicable puede contener normas no imperativas que regulen determinados aspectos del contrato, por ejemplo, lo relativo a la calidad de las mercaderías y servicios que se suministrarán. Un enfoque sería que se determinase la ley aplicable en una de las primeras etapas de la relación entre las partes. Por ejemplo, si se siguen los procedimientos de licitación, la ley aplicable podría estipularse en el anuncio de licitación o, si éste no es el caso, convenirse al inicio de las negociaciones. En ese caso se negociaría y redactaría el contrato teniendo presente esa ley. Otra fórmula sería que las partes determinaran la ley aplicable sólo después de haber negociado los principales aspectos técnicos y comerciales y llegado a cierto acuerdo entre ellas (véase el párrafo 2, *supra*). De ese modo podrían revisar el anteproyecto de contrato, donde se refleja ese acuerdo a la luz de la ley aplicable para asegurarse de que las cláusulas del proyecto tienen en cuenta las disposiciones de esa ley.

5. Al redactar el contrato, las partes deben tener presentes, además de la ley aplicable, distintos tipos de normas jurídicas imperativas de carácter administrativo o fiscal u otras normas públicas pertinentes vigentes en el país de cada una de las partes. También deben tener presentes las normas jurídicas imperativas de esa índole vigentes en otros países cuando esas normas sean pertinentes al cumplimiento del contrato. Algunas normas quizá se refieran a los aspectos técnicos de las instalaciones o a las modalidades de su construcción (por ejemplo, normas relativas a la protección del medio ambiente o requisitos de seguridad que hay que respetar durante la construcción); las cláusulas del contrato no deben entrar en conflicto con aquéllas. Otras pueden relacionarse con restricciones en materia de importación, exportación y cambio, y deben tenerse en cuenta al formular los derechos y obligaciones de las partes relacionadas con la exportación e importación del equipo y los materiales, el suministro de servicios y el pago del precio (por ejemplo, el contrato podrá estipular que hasta que no se concedan las licencias de exportación o importación no nacerán determinados derechos y obligaciones). Puede que las disposiciones jurídicas del país del proveedor de la tecnología, sea el contratista o un tercero, establezcan las condiciones en las que dicha tecnología se puede transferir. Las normas relativas a la tributación pueden ser un factor que influya en el sistema de contratación que se elija (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafo 3, y el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 5) y pueden determinar si el contrato

habrá de incluir cláusulas relativas a la carga fiscal. Además, puede que las partes decidan tener en cuenta los tratados para evitar la doble imposición que se hayan celebrado entre sus respectivos países.

6. Puede que las partes consideren útil examinar modelos normalizados de contratos, condiciones generales, cláusulas uniformes o contratos previamente celebrados como elementos que facilitan la preparación de los documentos contractuales. Esos elementos podrían ayudarles a fijar cuáles son las cuestiones que deben tratar en sus negociaciones. Pero es aconsejable que no adopten las cláusulas sin un examen crítico. Es posible que esas cláusulas reflejen, en conjunto, un equilibrio de intereses no deseado, o bien las distintas disposiciones de los modelos, condiciones o contratos examinados quizá no reflejen con precisión lo convenido por las partes. Las partes podrían convenir en comparar los criterios adoptados en los modelos, condiciones o contratos que examinaron con los criterios que se recomiendan en esta *Guía*, y remitirse a los ejemplos de disposiciones que se exponen en sus distintos capítulos para facilitar la redacción (véase también la "Introducción", párrafos 16 y 17).

## B. Idioma del contrato

7. El contrato puede redactarse en un solo idioma (que no necesariamente será el idioma de una de las partes) o en los dos idiomas de las partes si son distintos. Si se redacta el contrato en un solo idioma habrá menos conflictos de interpretación con respecto a sus cláusulas. Pero, por otra parte, las partes podrán comprender más fácilmente sus derechos y obligaciones si cuentan con una versión del contrato en su propio idioma. Si se utiliza un solo idioma, puede que las partes deseen tener en cuenta al elegirlo los siguientes factores: es aconsejable que el idioma elegido sea entendido por los empleados de más categoría de cada una de las partes, quienes ejecutarán el contrato; que el idioma contenga los términos técnicos necesarios para reflejar el acuerdo de las partes sobre los aspectos técnicos; que se trate de un idioma de uso corriente en el comercio internacional; la solución de controversias podría facilitarse si, en el caso de que el contrato contenga una cláusula de competencia (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafo 51), el idioma es el mismo que se emplea en el procedimiento del tribunal escogido, y si el contrato no contiene ninguna cláusula de competencia, el idioma elegido es uno de los idiomas del país de la ley aplicable.

8. Si las partes no redactan el contrato en un solo idioma, es aconsejable que indiquen en él cuál de las versiones ha de prevalecer en caso de discrepancia entre ellas. Por ejemplo, si las negociaciones se llevaron a cabo en uno de esos idiomas, puede que deseen estipular que prevalecerá la versión en el idioma de las negociaciones. La inclusión en el contrato de una cláusula de prevalencia de una versión podría inducir a ambas partes a perfeccionar todo lo posible la versión que vaya a prevalecer. Puede que las partes decidan que prevalezca una versión con respecto a determinados documentos del contrato (por ejemplo, los documentos técnicos) y otra con respecto a los restantes. O bien, las partes pueden estipular que todas las versiones poseen el mismo valor. En ese caso las partes deben intentar establecer pautas para solucionar las controversias derivadas de una discrepancia entre ambas versiones. Por ejemplo, podrían estipular que el contrato debe interpretarse con arreglo al leal saber y entender de una persona razonable, prestando debida atención a todas las circunstancias

pertinentes al caso, incluso a las prácticas que las partes hayan establecido entre ambas y a los usos que suelen seguir en el comercio internacional las partes en los contratos internacionales de obras. Puede que las partes deseen convenir también en que, cuando una expresión del contrato en una de las versiones sea ambigua, podrá utilizarse para aclararla la expresión correspondiente de la otra versión.

### C. Partes en el contrato y ejecución del mismo

9. Si el contrato consta de varios documentos, puede que las partes deseen identificarse en un documento principal que esté destinado a preceder en orden lógico a los demás y desempeñar un papel dominante sobre los demás. Si el contrato consta de unos pocos documentos, y la relación entre ellos es clara, podría reducirse este predominio. El documento debe enunciar, en forma jurídicamente correcta, los nombres de las partes y sus domicilios, dejar constancia del hecho de que han celebrado un contrato, describir brevemente el objeto del contrato y estar firmado por las partes. También debe indicar la fecha y el lugar en que se firmó el contrato y el momento en que entrará en vigor. Las referencias ulteriores a las partes en el contrato se facilitarán si se añaden las frases "en lo sucesivo denominado el adquirente" y "en lo sucesivo denominado el contratista" tras los nombres del adquirente y el contratista, respectivamente. A veces asumen la construcción dos o más empresas que actúan en colaboración (denominadas a veces consorcio: véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafos 9 a 16). En esos casos, se harán constar el nombre y el domicilio de cada empresa. Una parte puede tener varios domicilios (por ejemplo, el domicilio de su oficina central, el domicilio de una sucursal a través de la cual se negoció el contrato) y quizá sea preferible incluir en el documento el domicilio al cual pueden enviarse las notificaciones a ella dirigidas.

10. En los contratos de obras las partes son generalmente personas jurídicas. En tal caso deberá consignarse en el contrato la fuente de su condición de tales (por ejemplo, constitución con arreglo a las leyes de determinado país). Puede haber limitaciones a la capacidad de las personas jurídicas para celebrar contratos. En consecuencia, cada una de las partes, salvo que tenga constancia de la capacidad de la otra para celebrar contratos, podrá pedirle alguna prueba de esa capacidad. Si una de las partes en el contrato es una persona jurídica, es posible que la otra parte desee asegurarse de que el directivo de la entidad que firma el contrato tiene poder suficiente para obligarla. Si el contrato es celebrado por un apoderado en nombre de un mandante, habrá de indicarse el nombre, el domicilio y la condición jurídica del apoderado y del mandante e incorporarse como anexo una prueba del poder por el que el mandante faculta al apoderado a celebrar contratos en su nombre (salvo que ya se haya facilitado una prueba suficiente del poder en los documentos de licitación: véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato", párrafo 22).

### D. Documentos contractuales, jerarquía e interpretación

11. Es conveniente que las condiciones del contrato de obras queden bien establecidas, y que los documentos que lo constituyan se identifiquen con claridad. Las partes deben, en primer lugar, poner por escrito las condiciones que han establecido. Además, en el contrato debe estipularse que cualquier

modificación a esas condiciones deberá hacerse también por escrito. Los documentos que constituyen el contrato (por ejemplo, los documentos que contengan las condiciones contractuales, gráficos y especificaciones) pueden incorporarse como anexos al documento principal (véase el párrafo 9, *supra*), en el que se aclarará mediante una definición del "contrato" (véase el párrafo 24, *infra*), o de otro modo, que el documento principal y los anexos constituyen el contrato. Si luego se decide utilizar como documento contractual un proyecto redactado al inicio de las negociaciones es aconsejable señalarlo en el documento principal. Es conveniente que en el contrato se estipule la posibilidad de incluir nuevos documentos, como planos, especificaciones, órdenes de modificaciones en la construcción, documentos y calendarios de capacitación o mantenimiento, que sólo se elaborarán después de la firma del contrato, pero que entrarán a formar parte de los documentos contractuales en algún momento mediante un mecanismo contractual previamente establecido. Si, por razones de conveniencia, el único documento del contrato se divide físicamente en partes, las partes pueden identificarse como un todo que constituye un solo documento.

12. Por más que las partes se esfuercen sinceramente por ser congruentes, es posible que durante la ejecución del contrato se descubra que las disposiciones de dos documentos, o incluso de un mismo documento, resultan incongruentes. Es conveniente estipular un método para determinar cuál de las disposiciones ha de prevalecer en tales casos. Las partes podrían estipular que cuando el documento principal del contrato sea incongruente con otros documentos prevalecerá siempre sobre éstos. En especial, debe aclararse en el contrato que las obligaciones del contratista respecto del tipo de instalaciones que se requieren y de la capacidad funcional de éstas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre el objetivo de la construcción indicado en las especificaciones y los planos. Cuando las especificaciones y los planos sean incongruentes entre sí, el que prevalezca uno u otro de dichos documentos dependerá del aspecto de la construcción de que se trate. Por ejemplo, con frecuencia se estipula que, en la ingeniería civil, los planos prevalecen sobre las especificaciones. Uno de los posibles criterios consiste en establecer que, salvo que el contrato estipule otra cosa sobre cualquier aspecto especial de la construcción, las especificaciones prevalecerán sobre los planos. Dicho criterio puede justificarse argumentando que cabe considerar que las condiciones escritas reflejan el acuerdo entre las partes de manera más fiable que los datos contenidos en los planos. En cuanto a otros documentos, las partes pueden, en la medida de lo posible, determinar e indicar en el contrato cuál será el orden de prioridad entre ellos. Cuando no sea posible indicar un orden de prioridad, deberá estipularse en el contrato que cualquier controversia que se suscite entre las partes sobre la prioridad deberá dirimirse mediante un procedimiento de solución de controversias (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias").

13. Puede que las partes deseen aclarar la relación entre los documentos contractuales, por una parte, y las comunicaciones verbales, la correspondencia y los proyectos de documentos producidos durante las negociaciones que dieron lugar al contrato por otra. Puede que deseen estipular que esas comunicaciones y documentos no forman parte del contrato. Podrían estipular además que esas comunicaciones y documentos no pueden utilizarse para interpretar el contrato, o bien sólo en la medida en que lo autorice la ley aplicable. Con arreglo a la ley aplicable al contrato, las comunicaciones verbales y la correspondencia pueden, en algunos casos, ser pertinentes para la

interpretación del contrato, aun cuando sean posteriores a su celebración. Las partes podrían aclarar también en la forma que se acaba de describir cuál sería la relación entre esas comunicaciones y documentos y los documentos contractuales.

14. Los documentos contractuales, o los grupos de cláusulas afines en un único documento, pueden ir precedidos por epígrafes. Además, algunas veces se incluyen breves notas marginales junto a las cláusulas del contrato para describir el contenido de estas últimas. Dado que, generalmente, los epígrafes y las notas marginales sólo se insertan para facilitar la lectura del contrato, puede que las partes deseen hacer constar que no deben considerarse como un elemento que enuncie o afecte sus derechos y obligaciones contractuales.

15. Puede que las partes deseen considerar la posibilidad de que el documento principal del contrato contenga declaraciones preliminares. Esas declaraciones podrían contener las manifestaciones de una o ambas partes que las indujeron a celebrar el contrato. O bien podrían exponer el objeto del contrato o describir el contexto en el que fue celebrado. Hasta qué punto sirven esas declaraciones para interpretar el contrato depende del ordenamiento jurídico de que se trate, y su repercusión para la interpretación puede ser incierta. En consecuencia, si se pretende que el contenido de las declaraciones tenga importancia para la interpretación o ejecución del contrato, es preferible incluir ese mismo contenido en las cláusulas contractuales.

16. Cuando se adopta el criterio de varios contratos, los calendarios para el cumplimiento de las obligaciones de dos o varios contratistas con respecto a los distintos aspectos de la construcción suelen ser interdependientes (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 20 y 21). En consecuencia, el retraso de uno de los contratistas puede ser causa de que un segundo contratista no pueda comenzar su parte de la construcción en la fecha prevista. El segundo contratista tendrá derecho a que el adquirente le reembolse las pérdidas causadas por el retraso, y el adquirente, a su vez, querrá ser indemnizado por el contratista que ha provocado dicho retraso. A fin de evitar que el contratista causante de la demora más adelante niegue que ha omitido prever las posibles consecuencias de su retraso, sería recomendable que cada contrato mencione la relación de su calendario con los calendarios conexos de otros contratos e indique que la demora en su cumplimiento puede causar demora en el cumplimiento de los demás contratos (véase el capítulo XX, "Daños y perjuicios", párrafos 9 y 10). Si se ha preparado un calendario que engloba las ejecuciones de los diversos contratos separados, sería suficiente incorporar este calendario integrado a los distintos contratos. Asimismo, podrán incorporarse como anexos a los contratos los planes que indiquen la interdependencia de los distintos aspectos de la construcción.

17. Las partes deben ser conscientes de que la eficaz ejecución del contrato dependerá de su cooperación en esa misma ejecución. Aunque resulte imposible enumerar en el contrato ejemplos de casos en que esa cooperación pueda producirse, cabe aconsejar que el contrato obligue en general a cada una de las partes a cooperar con la otra en la medida necesaria para el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte y evitar todo comportamiento que obstaculice dicha prestación.

## E. Notificaciones

18. Los contratos de obras requieren con frecuencia que una parte notifique a la otra ciertos hechos o situaciones. Esas notificaciones pueden ser necesarias para uno o varios de los siguientes fines: facilitar la cooperación en el cumplimiento del contrato (por ejemplo, una notificación del contratista de que las pruebas se celebrarán en determinada fecha: véase el capítulo XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción", párrafo 13); para que una de las partes pueda tomar medidas (por ejemplo, una notificación por parte del adquirente de los defectos que ha descubierto en las instalaciones a fin de que el contratista tenga la oportunidad de subsanarlos: véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 44); como requisito previo para el ejercicio de un derecho (por ejemplo, la notificación de una parte a la otra de la existencia de un impedimento exonerante, cuando dicha notificación sea condición previa de su facultad de alegar la cláusula de exoneración: véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración", párrafo 27); o como medio de ejercer un derecho (por ejemplo, cuando el contrato exige la resolución por escrito: véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafo 2). Puede que las partes deseen examinar y resolver en el contrato algunas cuestiones que se plantean en relación con esas notificaciones.

19. En aras de la certeza, sería conveniente exigir que todas las notificaciones mencionadas en el contrato se efectúen por escrito, aunque para algunos casos que exijan una acción inmediata puede que las partes deseen estipular que la notificación podrá hacerse verbalmente, en persona o por teléfono, seguida de la confirmación por escrito. Puede que las partes quieran también definir la expresión "por escrito" (véase el párrafo 24, *infra*) y especificar cuáles son los medios aceptables para enviar las notificaciones escritas (correo de superficie, correo aéreo, télex, telégrafo, facsímiles, transmisión electrónica de datos). Puede que deseen también indicar el idioma en el que hayan de hacerse las notificaciones, por ejemplo, el idioma del contrato o, en los asuntos técnicos, el idioma empleado por el ingeniero consultor. Por lo que respecta al momento en que una notificación será efectiva, las partes pueden aplicar dos criterios. Estipular que una notificación es efectiva en el momento en que la envía la parte notificante, o que lo será una vez transcurrido un plazo determinado después del envío. O bien pueden estipular que es efectiva sólo al ser entregada a la parte notificada (véase el párrafo 25, *infra*). De acuerdo con el primer criterio, el riesgo de la falta de transmisión o de un error de la oficina transmisora al transmitir la notificación recae en la parte a quien se envía, mientras que conforme al segundo criterio recae en la parte que la envía. Las partes pueden considerar ventajoso elegir medios de transmitir las notificaciones que dejen constancia del envío o de la entrega. Otro criterio sería exigir a la parte a la que se da la notificación que acuse recibo de la misma.

20. Podría ser conveniente estipular en el contrato que, salvo disposición en contrario, se apliquen a las notificaciones mencionadas en el contrato uno de los dos criterios con respecto al momento en que se hace efectiva una notificación (cuando se envía o cuando se entrega). Para determinadas notificaciones quizá haya que establecer excepciones al criterio general. Así, cuando una cláusula general dispone que una notificación será efectiva al ser enviada, podría estipularse, a pesar de ello, por ejemplo, que las notificaciones que ha de hacer la parte que ha incumplido serán efectivas en el momento en que se entregan. Cuando se establece como norma general que la notificación

será efectiva al ser entregada, podría no obstante estipularse, por ejemplo, que cuando el adquirente que omite notificar al contratista la presencia de defectos en las instalaciones pierde sus recursos con respecto a esos defectos, la notificación de los defectos será efectiva cuando se envía. El contrato puede obligar al adquirente a mantener un representante en el emplazamiento, facultado para dar y recibir notificaciones en su nombre.

21. Dado que algunas veces el contratista tendrá un representante en el país donde se están construyendo las instalaciones, cabe estipular en el contrato que las notificaciones que haga el adquirente al contratista podrán entregarse a ese representante, y también que el representante está autorizado para hacer notificaciones en nombre del contratista. De este modo disminuirá la inseguridad de la transmisión de notificaciones al extranjero. Todas las notificaciones de carácter rutinario requeridas durante la ejecución del contrato pueden entregarse al representante. Si el representante está presente en el emplazamiento, podría llevar en ese lugar, junto con los representantes del adquirente, un registro por escrito de las notificaciones (por ejemplo, un diario de correspondencia). En el contrato se puede estipular también que las notificaciones que no sean de carácter rutinario (por ejemplo, notificaciones de interrupción de las obligaciones o de rescisión del contrato) se entregarán sólo en la oficina central de las partes.

22. Puede que las partes deseen indicar en su contrato las consecuencias jurídicas de la falta de notificación. Las posibles consecuencias jurídicas de la falta de notificación por una de las partes que esté obligada a hacerlo se contemplan en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 65. Algunos capítulos de esta *Guía* mencionan las notificaciones que podrían requerirse, o que serían adecuadas, en determinados contextos y contemplan las consecuencias jurídicas de la falta de notificación que en esos contextos serían apropiadas. En algunos casos, es posible que se requiera a la parte a la que se entrega una notificación que responda a ella. Puede que las partes deseen indicar las consecuencias de la falta de respuesta. Por ejemplo, pueden estipular que si se envían planos o especificaciones a una de las partes para su aprobación y ésta no responde dentro de un determinado plazo, se presumirá que los aprueba.

## F. Definiciones

23. Puede que las partes consideren conveniente definir algunas palabras o conceptos claves empleados con frecuencia en su contrato. Una definición asegura que la palabra o concepto definido se entienda en el mismo sentido dondequiera que se use en un contrato, y evita tener que aclarar el significado que se pretende dar a esa palabra o concepto en cada ocasión en que se emplee. Es recomendable una definición cuando resulte ambigua una palabra que ha de utilizarse en el contrato. Las definiciones contenidas en un contrato se encuentran a menudo sujetas a la salvedad de que las palabras definidas tienen los significados a ellas asignados "salvo que el contexto determine otra cosa". Dicha salvedad prevé la posibilidad de que una palabra ya definida se haya utilizado por descuido en un contexto donde no puede tener el significado asignado a ella en la definición. El procedimiento preferible es que las partes estudien cuidadosamente el contrato para asegurarse de que las palabras definidas tienen los significados asignados a ellas siempre que aparecen, con lo que eliminarían la necesidad de esa salvedad.

24. Como suele pretenderse que una definición sea aplicable a todo el contrato, puede incluirse en el documento principal del contrato una lista de las definiciones. Pero cuando una palabra que necesita definición se utiliza sólo en una determinada cláusula o sección del contrato, tal vez sea más conveniente incluir la definición en la cláusula o sección de que se trate.

25. Sería ventajoso definir en el contrato palabras tales como "contrato", "emplazamiento", "maquinaria y herramientas del contratista", "envío de la notificación", "entrega de la notificación" y "subcontratista". Puede que las partes deseen tener presentes las siguientes definiciones y orientarse por ellas al formular las definiciones pertinentes a su contrato:

"El contrato": "El contrato" consiste en los siguientes documentos y tiene ese significado en todos ellos:

*a)* El presente documento

*b)* . . .

*c)* . . .

etcétera.

"Por escrito": "Por escrito" incluye manifestaciones contenidas en un télex, telegrama u otros medios de telecomunicación que dejen constancia de dichas manifestaciones.

"Envío de la notificación": Se produce el "envío de la notificación" por una de las partes cuando se dirige y envía como es debido a la autoridad competente para su transmisión para que la transmita en el modo autorizado por el contrato.

"Entrega de la notificación": Se produce la "entrega de la notificación" a una de las partes cuando se hace en propia mano a esa parte o cuando se consigna en un domicilio de esa parte al que, según el contrato, puede enviarse la notificación.

26. Puede que las partes consideren útil, al formular sus propias definiciones, examinar las descripciones que contiene esta *Guía* de los distintos conceptos que suelen utilizarse en los contratos de obras. Esas descripciones pueden encontrarse en el índice de la presente *Guía*.

# Capítulo V. Descripción de las instalaciones y fianza de calidad


RESUMEN

Es fundamental que el contrato describa con exactitud las instalaciones o las partes de las instalaciones que han de construirse. El sistema de contratación elegido por el adquirente y el procedimiento adoptado para celebrar el contrato pueden determinar cuál de las partes deberá preparar los documentos donde se describe la construcción que ha de efectuarse (párrafos 1 y 2). El objetivo de la construcción y las características técnicas de las instalaciones pueden hacerse constar en el documento principal del contrato, así como en las especificaciones, planos y requisitos técnicos. Las partes deben individualizar con claridad los documentos descriptivos que integran el contrato (párrafos 3 y 4). Las características técnicas de las instalaciones, o el equipo que ha de incorporarse a las mismas, se pueden describir en relación con su capacidad de producción, en lugar de hacer referencia a diseños, materiales y mano de obra. No obstante, con respecto a algunos elementos (por ejemplo, los materiales), puede que haya que describir sus características técnicas mencionando los requisitos pertinentes relativos a la calidad (párrafos 8 y 9).

En las especificaciones se pueden describir, empleando una terminología técnica, el objetivo de la construcción que ha de efectuarse y las características técnicas del equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones (párrafo 10). Las especificaciones pueden contener disposiciones generales y especiales (párrafos 11 y 12). Puede haber especificaciones de distinto tipo según los diversos elementos de la construcción (párrafo 13).

Es posible definir las características técnicas de determinados aspectos de la construcción haciendo referencia a requisitos técnicos. Los requisitos técnicos que se indiquen deben ser aceptados en el plano internacional y de amplia difusión. Es preciso estipular claramente en el contrato los requisitos que se aplicarán (párrafos 14 a 16).

Los planos indican mediante diagramas los distintos componentes de las instalaciones. En algunos casos, el adquirente suministra planos básicos, estando el contratista obligado a preparar planos detallados donde se desarrollan las ideas técnicas ya contenidas en los planos básicos. El contrato puede estipular que los planos detallados deberán presentarse al adquirente para que los apruebe (párrafos 17 a 19).

Es posible que las especificaciones y los planos sean inexactos o insuficientes, o bien incompatibles entre sí. Conviene indicar cuál de las partes ha de sufragar los costos en que se haya debido incurrir por proporcionar especificaciones y planos inexactos, insuficientes o incompatibles (párrafos 20 a 22).

El contrato puede indicar hasta qué punto una de las partes deberá considerar como confidenciales los documentos técnicos que le proporcione la otra y las consecuencias de la violación de la confidencialidad. El contrato puede estipular que la propiedad de los documentos

técnicos suministrados por el contratista pasará al adquirente, pero que éste los podrá utilizar sólo para determinados objetivos (párrafos 23 a 25).

Conviene prever una fianza de calidad por la que el contratista asuma la responsabilidad por los defectos que se descubran y notifiquen antes de la expiración del período de garantía fijado en el contrato. Puede que las partes deseen estipular algunas limitaciones a la responsabilidad del contratista derivada de la fianza (párrafos 26 y 27). Es posible tener en cuenta distintos factores para fijar una duración razonable del período de garantía. Convendría fijar el momento en que comenzará a correr el período de garantía y las circunstancias bajo las que ese período podrá prorrogarse (párrafos 28 a 31).

## A. Observaciones generales

1. En los contratos de obras es fundamental describir con precisión las instalaciones o las partes de las instalaciones que han de construirse. Para decidir si el contratista ha incumplido sus obligaciones relativas a la construcción se hará referencia a esa descripción (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 1). La descripción puede indicar el tipo de las instalaciones (por ejemplo, una central eléctrica), el objetivo de la construcción (esto es, todas las instalaciones o algunos aspectos de la construcción, tales como ingeniería civil, edificación o suministro e instalación del equipo) y las características técnicas de las instalaciones, el equipo, los materiales y los servicios de construcción.

2. El sistema de contratación elegido por el adquirente (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación") y el procedimiento adoptado para celebrar el contrato (véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato") pueden determinar cuál de las partes deberá preparar los documentos que describan la construcción que ha de efectuarse. Por ejemplo, si el adquirente solicita que se presenten ofertas para la construcción de todas las instalaciones conforme a un contrato llave en mano, en su convocatoria a la licitación describirá las principales características técnicas y capacidades de producción que deberán tener las instalaciones que han de construirse. Los licitadores pueden estar obligados a preparar y presentar especificaciones y planos (véase el párrafo 3, *infra*) que describan, de conformidad con la convocatoria a la licitación, las características técnicas de las instalaciones que están dispuestos a construir. Si el adquirente elige el sistema de varios contratos y él mismo se encarga de suministrar el diseño o el proyecto de las instalaciones, puede que deba preparar y suministrar las especificaciones y planos relativos a la construcción que ha de efectuar cada uno de los contratistas. El conjunto de las especificaciones y los planos proporcionados a todos los contratistas debe abarcar todas las instalaciones que han de construirse, sin superposiciones ni omisiones.

## B. Indicación en los documentos del contrato del objetivo de la construcción y de las características técnicas de las instalaciones

3. Se pueden hacer constar el objetivo de la construcción y las características técnicas de las instalaciones en distintos tipos de documentos contractuales. El principal documento del contrato (véase el capítulo IV, "Observaciones

generales sobre la redacción", párrafo 11) puede indicar el tipo de instalaciones que han de construirse y contener una descripción general del objetivo de la construcción que ha de efectuarse y de las características técnicas de las instalaciones. Además, este documento también puede indicar los principales elementos del objetivo de la construcción (por ejemplo, edificación, ingeniería civil, principales elementos del equipo que ha de instalarse). Los documentos contractuales que, por lo general, se denominan "especificaciones" (véase la sección E, *infra*) y "planos" (véase la sección G, *infra*) contienen una descripción detallada del objetivo de la construcción, las características técnicas de las instalaciones y el tipo de procesos de construcción que han de seguirse. Las especificaciones describen las características técnicas del equipo, los materiales y los servicios de construcción, y los planos ilustran el empleo que se les dará. Si se trata de la ingeniería civil y la edificación, los contratos contienen, a menudo, otro tipo de documento con mayores detalles respecto del objetivo de la construcción que ha de efectuarse. El contrato también puede especificar los requisitos técnicos que han de observarse en la construcción (véase la sección F, *infra*).

4. Algunos de los documentos mencionados se concentran principalmente en las cuestiones jurídicas, otros en los aspectos técnicos y detalles de ingeniería. Pero todos estos documentos son jurídicamente importantes porque juntos determinan el objetivo de la construcción y las características técnicas de las instalaciones. En consecuencia, las partes deben individualizarlos claramente como documentos contractuales (véase el capítulo IV, "Observaciones generales sobre la redacción", párrafo 11).

5. Al preparar los documentos contractuales que describen la construcción que ha de efectuarse, las partes deben tener en cuenta todas las normas imperativas de carácter administrativo u otras normas públicas vigentes en el país donde han de construirse las instalaciones, o en el país donde se fabricarán el equipo y los materiales, que rijan los aspectos técnicos de las instalaciones, el equipo, los materiales y los procesos de construcción (véase el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafos 22 y 23). Esas normas a menudo se promulgan con miras a la seguridad en el funcionamiento de las instalaciones, la protección del medio ambiente y el logro de condiciones adecuadas de trabajo para el personal que hace funcionar las instalaciones. Aparte de las leyes y los reglamentos pertinentes de carácter local, nacional e internacional y de las disposiciones del contrato, puede haber normas o compilaciones de usos y prácticas locales, nacionales e internacionales que se refieran a la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente. Es conveniente que las partes acuerden que el contratista cumplirá dichas normas.

## C. Objetivo de la construcción

6. En el caso de un contrato llave en mano o producto en mano (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafos 4 a 8), la descripción general del objetivo de la construcción (véase el párrafo 3 *supra*) puede complementarse con una disposición contractual adicional que obligue al contratista a efectuar cualquier prestación relacionada con la construcción que, aunque no se haya descrito concretamente, resulte necesaria o habitual, teniendo en cuenta la capacidad de producción de las instalaciones que se haya convenido. Esa disposición puede evitar controversias con respecto a quién

deberá proporcionar pequeños elementos de material o efectuar aspectos menores de la construcción que se hayan olvidado durante las negociaciones o que no se hayan considerado tan importantes como para mencionarlos especialmente. Tal vez no sea suficiente el simple empleo de la expresión "llave en mano" o "producto en mano" para imponer al contratista esa obligación (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafos 4 a 8).

7. Cuando se haya recurrido a más de un contratista para efectuar la construcción, puede que el adquirente, en algunas ocasiones, desee añadir a la descripción de la construcción que ha de efectuar cada uno de los contratistas una lista de las partes de la construcción que han de efectuar los demás. Aunque no sea esencial indicar las partes de la construcción que no ha de efectuar ese contratista, esa identificación negativa, en algunos casos, puede crear una mayor certeza. Si uno de los contratistas se encarga de diseñar todas las instalaciones, puede que esté obligado también a describir la construcción que han de efectuar los demás contratistas a fin de que el adquirente incluya esa descripción en los contratos que celebre con esos contratistas (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafo 18).

## D. Características técnicas de las instalaciones, el equipo, los materiales y los servicios de construcción

8. Las características técnicas de las instalaciones o el equipo que ha de incorporarse a ellas pueden describirse en función de su capacidad de producción, en lugar de hacer referencia al diseño, los materiales y la mano de obra. Aplicando este criterio, el contratista será responsable si las instalaciones o el equipo no alcanzan la capacidad convenida sin que el adquirente deba probar que el incumplimiento resultó de defectos en el proyecto, los materiales o la mano de obra. Este criterio es sobre todo aconsejable si el adquirente celebra un contrato llave en mano o producto en mano. No obstante, podrá también aplicarse si se contratan varios contratistas para efectuar la construcción, y la parte de las instalaciones que ha de construir o el equipo que ha de suministrar e instalar cada uno de los contratistas puede describirse en función de su capacidad de producción. Según el tipo de instalaciones que han de construirse, la capacidad de producción puede expresarse haciendo referencia a la cantidad y calidad de los productos que las instalaciones deberán producir, su consumo de materias primas o energía, u otros factores.

9. Con respecto a algunos elementos, sobre todo los materiales que han de incorporarse a las instalaciones, puede que no sea posible describirlos en función de la capacidad de producción y haya que indicar las características de los materiales o servicios de construcción empleando una terminología técnica, haciendo referencia a algunos requisitos con respecto a la calidad (por ejemplo, la resistencia del acero). El empleo de expresiones tales como "de primera clase", "de mejor calidad" o "los más adecuados" para indicar un nivel de excelencia podría dar lugar a incertidumbre. Pero se justificaría el empleo de algunas expresiones (tales como "nuevo y de una calidad comercial no inferior a la corriente") que hayan adquirido un significado hasta cierto punto uniforme en la práctica comercial o en la ley aplicable al contrato.

## E. Especificaciones

10. Algunas especificaciones pueden describir, empleando una terminología técnica, el objetivo de la construcción que ha de efectuarse y las características técnicas del equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones. Otras especificaciones, además, pueden describir los procesos de construcción que han de seguirse y la forma en que se utilizarán el equipo y los materiales en esos procesos. En muchos casos las especificaciones combinan ambos criterios.

11. Las especificaciones pueden contener disposiciones generales y disposiciones técnicas especiales. Las disposiciones generales de las especificaciones, si bien corresponden en cuanto al contenido a la descripción general de la construcción que figura en el documento principal del contrato (véase el párrafo 3, *supra*), pueden ser más detalladas. No es posible establecer directrices para redactar estas disposiciones de las especificaciones que resulten aplicables en todos los casos. No obstante, por el carácter generalmente técnico de las especificaciones, estas disposiciones contienen más datos técnicos y son más precisas y detalladas desde un punto de vista técnico que las disposiciones descriptivas del documento principal del contrato. Es aconsejable que las partes comparen la descripción de la construcción que figura en el documento principal del contrato con la que contienen las especificaciones a fin de evitar incongruencias.

12. Las disposiciones especiales de las especificaciones pueden contener una descripción técnica detallada de cada uno de los elementos de la construcción. Estas disposiciones pueden describir los tipos y clases de equipo y materiales que se utilizarán, sus propiedades físicas y características de funcionamiento, tamaño y dimensiones. En algunos casos, estas disposiciones indican las técnicas que se aplicarán en la fabricación, así como otros datos técnicos que reflejan las características técnicas convenidas. En algunos casos, puede resultar útil que las disposiciones indiquen los procesos de construcción que ha de aplicar el contratista, o una secuencia especial que ha de seguirse durante el proceso de construcción.

13. Las especificaciones pueden ser de diverso carácter según los distintos elementos de la construcción. Es posible que las especificaciones relativas a la edificación deban ser más detalladas que las relativas a la ingeniería civil debido a la multiplicidad de elementos más pequeños contenidos en el componente de edificación de la construcción. En lo referente al equipo, donde se hará probablemente hincapié en la capacidad de producción, las especificaciones necesariamente tendrán que dejar un amplio margen a los contratistas para que escojan el diseño, las técnicas de fabricación y los materiales adecuados para lograr la capacidad requerida. Con respecto a los materiales, puede que en algunos casos deban definirse sus características técnicas en función de su apariencia exterior, mientras que en otros, en función de sus propiedades físicas o químicas. El contrato puede exigir que se efectúen determinadas inspecciones y pruebas en relación con algunos materiales a fin de asegurar que sean de la calidad exigida (véase el capítulo XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción").

## F. Requisitos técnicos

14. A menudo las instituciones técnicas profesionales y las asociaciones comerciales fijan criterios a los que pueden tener que ajustarse el equipo, los materiales y los procesos de construcción. En el presente capítulo se hace

referencia a estos criterios como "requisitos técnicos". Puede que las partes consideren conveniente definir las características técnicas de los distintos elementos de la construcción (por ejemplo, ingeniería civil, equipo, materiales) haciendo referencia a determinados requisitos.

15. Algunos requisitos técnicos han llegado a ser aceptados en el plano internacional y se emplean ampliamente en las licitaciones y los contratos internacionales. Esos requisitos pueden referirse a aspectos tales como la calidad, el contenido, las dimensiones, la forma, el peso, la composición, el embalaje y las pruebas de determinado equipo o materiales. Por regla general, es recomendable aplicar esos requisitos pues proporcionan criterios comprobados y verificados con respecto a los aspectos que regulan, y ofrecen una garantía de calidad mediante procedimientos uniformes de prueba e inspección.

16. Es preciso especificar claramente en el contrato los requisitos técnicos que han de aplicarse, por ejemplo, remitiéndose al órgano que ha fijado el requisito y mencionando la fecha en que lo ha hecho. Las partes deben cerciorarse de que los requisitos que elijan sean apropiados al tipo de instalaciones que han de construirse, pues la aplicación de requisitos inadecuados puede dar lugar a defectos en las instalaciones. Los requisitos indicados en una convocatoria a licitación (véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato", párrafos 15 a 18) deben ser aceptados internacionalmente y de uso corriente en el país del adquirente. Si se indican requisitos que no son de aceptación internacional, es posible que los contratistas de algunas regiones no puedan presentarse a la licitación, mientras que si se indican requisitos que no son de uso corriente en el país del adquirente, podría limitarse la posibilidad de contratar subcontratistas o de utilizar materiales de ese país.

## G. Planos

17. Los planos indican mediante diagramas las diversas partes que componen las instalaciones y, en algunos casos, el aspecto de las instalaciones en su totalidad. Cuando el adquirente deba suministrar los planos, es bastante frecuente que los planos que suministre antes de la celebración del contrato (por ejemplo, junto a la invitación a la licitación) no sean suficientes para la ejecución de la construcción y que se necesiten más. En esos casos, puede obligarse al adquirente a suministrar otros planos más detallados después de celebrado el contrato. Esos nuevos planos deben ser compatibles con los primeros pues de otra manera podrían considerarse como una orden de modificaciones en la construcción (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafo 3).

18. En algunos casos, aunque el adquirente deba suministrar los planos básicos, puede que el contratista esté obligado, en virtud del contrato, a preparar los planos detallados o "de taller" (planos que contienen un desarrollo detallado de las ideas técnicas que ya figuran en los planos básicos). El contrato puede estipular que los planos detallados que ha de preparar el contratista no deben apartarse de los planos básicos. A fin de mantener un control adecuado del trabajo del contratista, puede que en algunos casos convenga obligarlo a presentar todos los planos detallados al adquirente. El contrato puede facultar al adquirente a exigir que se corrijan los planos detallados a fin de que se ajusten a los planos básicos y que todo trabajo que ya

se haya ejecutado basándose en planos detallados incompatibles con los planos básicos vuelva a ejecutarse a fin de que siga a estos últimos. Es aconsejable que el contrato indique si el adquirente ha de aprobar los planos detallados presentados por el contratista antes de que el contratista pueda proceder de acuerdo a ellos.

19. Si el contrato exige la aprobación de los planos detallados por el adquirente, éste puede, si los aprueba, estar obligado a notificar su aprobación dentro de determinado plazo después de que se le hayan entregado los planos. Si no lo hace, puede ser responsable por demora en el cumplimiento de esa obligación (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 65 y 66). El contrato puede estipular que, una vez que haya aprobado los planos, el adquirente podrá solicitar que se modifiquen sólo de conformidad con lo dispuesto en el contrato con respecto a las modificaciones (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción"). Si el adquirente no debe aprobar los planos, el contrato puede estipular que si el adquirente no objeta los planos detallados no se considerará que ha dado su aquiescencia a las divergencias de esos planos con respecto a los planos básicos.

## H. Responsabilidad por especificaciones y planos inexactos, insuficientes o incompatibles

20. Si el adquirente ha de suministrar especificaciones y planos, puede que el contratista esté obligado a analizarlos a fin de descubrir inexactitudes o insuficiencias en la información que contengan, o incongruencias entre ellos. El contrato puede estipular que el contratista tendrá que pagar daños y perjuicios si, dentro de un plazo determinado o razonable después de que haya descubierto o de que hubiera debido razonablemente haber descubierto inexactitudes, insuficiencias o incongruencias en las especificaciones y los planos, no las notificara al adquirente. El adquirente puede estar obligado en virtud del contrato a pagar los gastos en que el contratista haya razonablemente incurrido al efectuar las correcciones y modificaciones necesarias debido a las inexactitudes, insuficiencias o incongruencias que el contratista no descubrió y no hubiera debido razonablemente haber descubierto. Cuando el contratista no hubiera tenido necesariamente que haber descubierto los defectos, y la construcción haya de interrumpirse en razón de éstos, deberá preverse en el contrato que el contratista tendrá derecho a una indemnización por los gastos razonables en que haya incurrido a causa de los defectos, incluida la interrupción de sus prestaciones, y a una prórroga del plazo para terminar la construcción.

21. Si el contratista debe suministrar las especificaciones y los planos, el contrato puede exigirle que sufrague los gastos ocasionados por todas las correcciones y cambios que sean necesarios debido a las inexactitudes, insuficiencias o incongruencias. Además, si como consecuencia de ellas se demoran las prestaciones del contratista, éste puede, además, tener que responder ante el adquirente por esa demora (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 17 a 25).

22. En algunos casos, las partes podrán preparar conjuntamente los planos y puede que deseen considerar en qué forma se habrán de corregir los errores que haya en esos planos y la forma en que se distribuirá entre ellas la

responsabilidad por dichos errores. Si cada una de las partes prepara una parte distinta de los planos, el contrato puede estipular que cada una de ellas será responsable por los errores que contenga la parte del plano que haya preparado. Si han preparado conjuntamente todo el plano, el contrato puede obligar a las partes a que corrijan conjuntamente los errores y a que sufraguen por partes iguales los gastos en que hayan incurrido.

## I. Protección de las especificaciones, planos y demás documentos técnicos

23. Puede que las partes en algunas ocasiones deseen mantener en secreto el contenido de algunas especificaciones, planos u otros documentos técnicos. Es posible que normas imperativas de carácter administrativo u otras normas públicas vigentes en los países de las partes establezcan hasta qué punto pueden imponerse a las partes obligaciones de confidencialidad. Esas normas también pueden obligar a las partes a revelar el contenido de los documentos a las autoridades públicas del país del adquirente o del país del contratista. Si determinados documentos han de mantenerse en secreto, es aconsejable que en el contrato se individualicen con claridad, indicando el alcance y la duración de la obligación de confidencialidad y hasta qué punto podrá revelarse su contenido. Puede que las partes deseen convenir en que la obligación de mantener el secreto seguirá en pie por determinado período incluso después de rescindido el contrato. El contrato puede estipular que el adquirente estará facultado a revelar el contenido de documentos confidenciales a las personas contratadas para terminar la construcción, subsanar defectos en las instalaciones (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento"), o mantener o reparar las instalaciones (véase el capítulo XXVI, "Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción") en la medida en que sea necesario para que esas personas cumplan sus funciones, siempre que garanticen al adquirente que no revelarán el contenido de esos documentos a terceros.

24. El contrato puede prever que la propiedad de los documentos que contienen las especificaciones, los planos y otros datos técnicos, entregados por el contratista al adquirente a los efectos de indicarle el objetivo de la construcción y las características técnicas de las instalaciones, pasará al adquirente. Es posible que el adquirente necesite dichos documentos para mantener y reparar más adelante las instalaciones. Dado que el contratista puede tener derechos basados en la propiedad industrial u otro tipo de propiedad intelectual con respecto al contenido de los documentos, puede que las partes deseen estipular que el adquirente estará facultado a utilizar los documentos sólo para el mantenimiento y la reparación de las instalaciones previstas en el contrato, pero no para la construcción de otras instalaciones.

25. Puede que las partes deseen prever las consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad (véase el párrafo 23, *supra*) o del empleo por el adquirente de un documento técnico para una finalidad para la que no esté facultado a utilizarlo (véase el párrafo anterior). La parte perjudicada podrá tener derecho a reclamar daños y perjuicios. Si el incumplimiento tiene lugar antes de la terminación de la construcción, la parte perjudicada puede estar facultada también, en algunas situaciones, a rescindir el contrato (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 65).

## J. Fianza de calidad[1]

26. Es aconsejable prever en el contrato una fianza de calidad conforme a la cual el contratista asuma la responsabilidad por los defectos en las instalaciones y las inexactitudes o insuficiencias en los documentos técnicos entregados con las mismas, que hayan sido descubiertos y se le hayan notificado antes de la expiración del período de garantía indicado en el contrato. La fianza puede cubrir todas las instalaciones o sólo una parte de ellas, según que el contratista haya construido todas las instalaciones o sólo una parte. En el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", se examinan los posibles defectos en las instalaciones, los recursos que puede tener a su disposición el adquirente cuando el contratista es responsable conforme a la fianza, y la cuestión de si existe algún tipo de responsabilidad después de la expiración del período de garantía.

### 1. *Limitación del alcance de la fianza*

27. Puede que las partes deseen convenir en que el contratista no deberá responder conforme a la fianza si no pueden explotarse las instalaciones de conformidad con el contrato durante el período de garantía como consecuencia de lo siguiente:

*a)* uso y desgaste normal;

*b)* explotación o mantenimiento incorrectos de las instalaciones por parte del adquirente o de las personas por él contratadas, salvo que sean consecuencia de las instrucciones incorrectas dadas por el contratista para la explotación o el mantenimiento;

*c)* defectos en el diseño, el equipo o los materiales suministrados o instrucciones incorrectas dadas por el adquirente;

*d)* reparación o modificación incorrecta de las instalaciones efectuadas por el adquirente o una persona por él contratada, sin el consentimiento del contratista. No obstante, si el contrato faculta al adquirente a subsanar los defectos en las instalaciones contratando a un nuevo contratista por cuenta y riesgo del primer contratista (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 36, 40 y 47), se puede estipular que el primer contratista deberá responder en virtud de la fianza por los defectos en las instalaciones causados por la reparación incorrecta efectuada por el nuevo contratista;

*e)* hechos que provoquen pérdidas o daños en las instalaciones cuando el adquirente haya asumido el riesgo de esas pérdidas o daños (véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo").

### 2. *Período de garantía*

#### a) *Duración del período de garantía*

28. Pueden tenerse en cuenta distintos factores para fijar una duración razonable del período de garantía, tales como el carácter de las instalaciones (sobre todo el nivel de complejidad del equipo instalado en las mismas) y el grado de dificultad para descubrir defectos. Puede que las partes también

deseen tener en cuenta la duración del período de garantía que suele fijarse en la práctica comercial internacional con respecto a instalaciones del mismo tipo o de características similares. Si el adquirente desea fijar un período de garantía más prolongado que el normal, tal vez tenga que pagar un precio más elevado. Cuando se trate de determinados tipos de instalaciones, puede ser razonable fijar períodos de garantía de distinta duración para las diversas partes de las instalaciones.

b) *Comienzo del período de garantía*

29. Cuando un solo contratista tenga que construir todas las instalaciones, el período de garantía puede comenzar a correr en la fecha en que el adquirente acepte las instalaciones, o bien en la fecha en que las tome a su cargo. Si se recurre a varios contratistas para la construcción y es posible explotar una parte de las instalaciones construida por uno de ellos (por ejemplo, una central eléctrica) y efectuar con respecto a esa parte las pruebas de funcionamiento antes de terminar la construcción del resto de las instalaciones, el período de garantía puede comenzar a correr en el momento en que el adquirente acepte o tome a su cargo esa parte de las instalaciones (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación"). Si no es posible explotar esa parte de las instalaciones y efectuar con respecto a ellas las pruebas de funcionamiento antes de que se termine la construcción de todas las instalaciones, puede estipularse que el período de garantía con respecto a esa parte comenzará a correr en la fecha de aceptación de todas las instalaciones. No obstante, es posible que el contratista sea reacio a postergar el comienzo del período de garantía hasta la fecha de aceptación de todas las instalaciones, pues ello podría dar lugar a una prórroga del período durante el cual el contratista es responsable de los defectos resultantes de la demora de otro contratista. Una fórmula que podría resolver esta dificultad sería añadir al período normal de garantía por esa parte de las instalaciones el tiempo que se estime necesario para terminar el resto de la construcción, y estipular que el período de garantía con respecto a esa parte consistirá en la suma de estos dos períodos, y que comenzará en la fecha en que el contratista termine la construcción de esa parte. Si se adopta esta fórmula, la demora en la terminación de toda la construcción debido al incumplimiento de otro contratista no dará lugar a ninguna prórroga del período de garantía. Otra fórmula que podría solucionar la dificultad sería estipular en el contrato que el período normal de garantía para esa parte de las instalaciones comience a correr en la fecha de aceptación o toma a cargo de todas las instalaciones, pero que la garantía no superará determinado plazo que se fijará en el contrato, que será más extenso que el período normal de garantía y comenzará a correr en la fecha en que se termine la parte construida por el contratista.

c) *Prórroga del período de garantía*

30. El contrato puede estipular que el período de garantía se prorrogará por todo el tiempo durante el cual las instalaciones no puedan explotarse como consecuencia de un defecto cubierto por la garantía. Esta prórroga puede cubrir todas las instalaciones, si no se puede explotar ninguna parte de ellas, o una parte, cuando solamente esa parte no se pueda explotar. Si se reparan o sustituyen equipo o materiales defectuosos, puede comenzar a correr un nuevo período de garantía con respecto al equipo o los materiales reparados o

sustituidos. Si a raíz de los defectos en el equipo y los materiales no pueden explotarse las instalaciones, este nuevo período de garantía puede comenzar a partir de la fecha en la que se puedan explotar las instalaciones después de la reparación o sustitución. Si las instalaciones pueden explotarse a pesar de los defectos en el equipo y los materiales, el nuevo período de garantía puede comenzar en la fecha de la reparación o la sustitución. El contrato puede indicar la duración del nuevo período de garantía. Puede que las partes deseen considerar si conviene estipular que cualquier nuevo período de garantía no superará un período máximo que comenzará en la fecha en la que comience el primer período de garantía que se haya fijado con respecto al equipo o los materiales.

### 3. *Fianza del fabricante*

31. Si el equipo que ha de instalarse en las instalaciones no es fabricado por el contratista sino por terceros, esos fabricantes pueden proporcionar al contratista una fianza con respecto a ese equipo con un período de garantía más prolongado que el de la fianza que proporcione el contratista al adquirente con respecto a la construcción que ha de efectuar. El contratista puede estar obligado a comunicar al adquirente el contenido y la duración de las fianzas que proporcionen los fabricantes, y a transmitir al adquirente todos los derechos que tenga en razón de esas fianzas. Si la ley aplicable al contrato no autoriza esa transmisión, puede que las partes deseen estipular que la fianza proporcionada por el contratista al adquirente no expirará con respecto al equipo cubierto por la fianza del fabricante antes de la expiración de esta fianza.

*Nota del capítulo V:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"1) El contratista garantiza que, durante el período de garantía, las instalaciones podrán explotarse de conformidad con el contrato, que todo el equipo, los materiales y demás suministros añadidos a las instalaciones o que formen parte de las mismas se ajustarán a los planos, especificaciones y demás condiciones contractuales pertinentes al equipo, materiales o demás suministros, y que todos los documentos técnicos que proporcione serán correctos y completos.

"2) El contratista responderá sólo con respecto a los defectos en las instalaciones, el equipo, los materiales o demás suministros o a las inexactitudes e insuficiencias en los documentos técnicos que el adquirente le notifique antes de la expiración del período de garantía.

"3) El contratista no será responsable en virtud de los párrafos 1) y 2) del presente artículo si las instalaciones no pueden explotarse de conformidad con el contrato durante el período de garantía como consecuencia de lo siguiente:

— uso y desgaste normal;

— explotación y mantenimiento incorrectos por parte del adquirente o de las personas por él contratadas, salvo que sean consecuencia de instrucciones incorrectas dadas por el contratista con respecto a la explotación o al mantenimiento;

— defectos en el diseño, el equipo o los materiales suministrados o en las instrucciones incorrectas dadas por el adquirente;

— reparación o modificación incorrecta de las instalaciones efectuadas por el adquirente o las personas por él contratadas, salvo que la reparación o la modificación se efectuara con el consentimiento escrito del contratista;

— todo hecho que provoque pérdidas o daños en las instalaciones cuando el adquirente haya asumido el riesgo de esas pérdidas o daños.

"4) El período de garantía comienza a correr en la fecha de [la aceptación] [la toma a cargo] de las instalaciones, y continúa por . . . (indicar el plazo).

"5) El período de garantía se interrumpirá durante el tiempo en que las instalaciones no puedan explotarse debido a un defecto cubierto por esta fianza. Cuando sea sólo una parte de las instalaciones la que no se pueda explotar, el período de garantía se interrumpirá con respecto a esa parte.

"6) Si las instalaciones no pueden explotarse como consecuencia de defectos en el equipo o los materiales, y el equipo o los materiales defectuosos son reparados o sustituidos, comenzará a correr un nuevo período de garantía con respecto al equipo o los materiales reparados o sustituidos a partir de la fecha en que se pueda iniciar la explotación de las instalaciones después de la reparación o sustitución. Si es posible explotar las instalaciones a pesar de los defectos en el equipo o los materiales, comenzará a correr un nuevo período de garantía con respecto al equipo o los materiales reparados o sustituidos a partir de la fecha de la reparación o la sustitución."

# Capítulo VI. Transferencia de tecnología


RESUMEN

El adquirente tendrá que conocer los procesos tecnológicos necesarios para la puesta en producción de las instalaciones, así como la información técnica y la pericia necesarias para su explotación y mantenimiento. La transmisión al adquirente de ese conocimiento, información y pericia suele denominarse transferencia de tecnología (párrafo 1).

Para la transferencia de tecnología y el cumplimiento de las demás obligaciones necesarias para la construcción de las instalaciones se pueden adoptar distintos arreglos contractuales (párrafo 2). La transferencia de tecnología, por sí sola, puede tener lugar de diferentes maneras, por ejemplo, mediante la concesión de licencias de propiedad industrial (párrafo 3), la iniciación de una operación conjunta entre las partes (párrafo 4) o la comunicación de conocimientos técnicos de carácter confidencial (párrafo 5). La información y la pericia necesarias para la explotación y el mantenimiento de las instalaciones podrán comunicarse mediante la capacitación del personal del adquirente o en documentos apropiados (párrafo 6).

La forma en la que ha de describirse la tecnología puede depender de los arreglos contractuales que se adopten (párrafo 11). Al decidir si se han de imponer distintas restricciones al adquirente en cuanto al empleo de la tecnología, las partes deben tener presentes las normas imperativas que rijan esas restricciones e intentar negociar disposiciones equitativas y que impongan sólo las restricciones necesarias para proteger los intereses legítimos de cada una de ellas (párrafos 12 a 16).

Las fianzas que habrá de dar el contratista pueden depender de los arreglos contractuales que se hayan adoptado. En algunos, tal vez sea innecesario proporcionar una fianza distinta para la tecnología, mientras que en otros podrá darse una fianza condicional de que con el empleo de la tecnología las instalaciones funcionarán de conformidad con los parámetros especificados, siempre que se cumplan determinadas condiciones (párrafo 17). El precio por la tecnología que se transfiere suele fijarse en una suma global o como derechos de patente (párrafos 18 a 20).

Puede que las partes deseen incluir en el contrato una garantía por parte del contratista de que el empleo de la tecnología transferida no dará lugar a reclamaciones de terceros cuyos derechos de propiedad industrial puedan resultar violados por ese empleo (párrafo 21). Puede que las partes deseen indicar el procedimiento que han de seguir y sus respectivos derechos y obligaciones en el supuesto de que un tercero interponga una reclamación (párrafo 22).

El contratista deseará que el adquirente se obligue a respetar la confidencialidad de los conocimientos técnicos suministrados. Es preciso definir claramente en el contrato el alcance de la obligación de confidencialidad, y prever situaciones en las que el adquirente se vea razonablemente obligado a revelar a terceros esos conocimientos técnicos (párrafos 23 y 24).

Al redactar las disposiciones contractuales sobre la capacitación del personal del adquirente, entre las cuestiones que deben tratarse pueden figurar las categorías y el número de los capacitandos, sus calificaciones, el procedimiento para seleccionarlos, los lugares donde se impartirá la capacitación y la duración de la misma (párrafo 27 a 29).

Se deben definir claramente las obligaciones de capacitación del contratista. Éste puede estar obligado a contratar instructores con calificaciones y experiencia apropiadas para la capacitación de que se trate (párrafo 30). El contrato también debe fijar las condiciones de pago de la capacitación (párrafo 31).

Si la información técnica y la pericia se transmiten mediante documentos, el contrato puede contemplar cuestiones tales como la descripción de los documentos que se suministrarán, las demostraciones necesarias para explicarlos y las fechas en que han de proporcionarse esos documentos (párrafos 33 y 34).

## A. Observaciones generales

1. Las instalaciones que han de construirse incorporan distintos procesos tecnológicos necesarios para fabricar productos en forma idónea para su empleo o comercialización. Generalmente, el adquirente deseará adquirir conocimientos de estos diversos procesos y de su aplicación. También deseará adquirir la información técnica y la pericia necesarias para explotar y mantener las instalaciones. Incluso cuando el adquirente tenga la capacidad básica para ocuparse de algunos componentes de la construcción (por ejemplo, construcción, ingeniería civil), puede que necesite adquirir conocimientos de procesos técnicos especiales necesarios para efectuar la construcción en una forma apropiada a las instalaciones de que se trate. La comunicación al adquirente de esos conocimientos, información y pericia suele denominarse transferencia de tecnología.

2. Cabe observar que pueden adoptarse distintos arreglos contractuales para el suministro de la tecnología y el cumplimiento de las demás obligaciones necesarias para construir las instalaciones (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación"). Por ejemplo, el adquirente puede elegir un contratista capaz de suministrar la tecnología que ha de incorporarse a las instalaciones, así como de construir las instalaciones o la parte de las instalaciones que incorporará esa tecnología. O bien el adquirente puede celebrar un contrato para el suministro de la tecnología y otro o varios otros contratos de obras distintos para la construcción de las instalaciones que incorporarán esa tecnología.

3. La transferencia de tecnología puede asumir distintas formas. Por ejemplo, mediante la concesión de licencias para utilizar productos o procesos industriales que sean objeto de distintas formas de propiedad industrial. Casi todos los ordenamientos jurídicos prevén el registro, bajo determinadas condiciones, de los productos o procesos industriales que pasan así a ser reconocidos y protegidos en virtud de la ley sobre propiedad industrial vigente en el territorio del país donde tiene lugar el registro. El titular del derecho de propiedad industrial obtiene el derecho exclusivo a explotar los productos o procesos que son objeto de la propiedad industrial. Una forma corriente de

propiedad industrial es la patente. En los ordenamientos jurídicos de muchos países, la persona que inventa un producto o un proceso puede solicitar a la institución oficial designada por la ley de ese país que le otorgue una patente que proteja el invento en ese país. Una vez otorgada la patente, el invento patentado podrá ser explotado en ese país durante el plazo previsto por la ley, sólo con el consentimiento del poseedor de la patente. Una persona puede solicitar que se le otorguen patentes en varios países. Casi todos los ordenamientos jurídicos reconocen también otras formas de propiedad industrial. Por ejemplo, la marca que se utiliza para identificar mercaderías e indicar su origen (por ejemplo, indicando que procede de determinado fabricante) puede ser protegida mediante su inscripción en el registro como marca comercial. Las marcas comerciales registradas sólo pueden utilizarse con el consentimiento del que ha sido registrado como poseedor de la marca. En dichos casos la transferencia de tecnología tendrá lugar conjuntamente con el otorgamiento de la licencia de una marca comercial. El poseedor de una patente o de una marca comercial puede otorgar una licencia de patente o de marca comercial al adquirente (esto es, permitir que el adquirente, con sujeción a las condiciones de la licencia, utilice el bien patentado o la marca comercial, a cambio de una remuneración). Algunos ordenamientos jurídicos reconocen otras formas de propiedad industrial, por ejemplo, los modelos de utilidad y los diseños industriales.

4. Una de las formas de asegurar una transferencia completa y permanente de tecnología del contratista al adquirente, en relación con el producto o el proceso industrial, es la puesta en marcha de una operación conjunta entre ambos para explotar las instalaciones industriales. En el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafos 26 a 31, se mencionan algunas de las ventajas de estas asociaciones entre contratistas y adquirentes. Si la transferencia de tecnología reviste importancia para el adquirente, éste debe investigar, ya en las primeras etapas, la posibilidad de constituir alguna de estas formas de asociación.

5. Es posible que algunos procesos industriales sean conocidos sólo por una o algunas empresas. Puede ocurrir que esas empresas no deseen o no hayan podido proteger esos procesos industriales registrándolos de conformidad con la legislación relativa a la propiedad industrial. Pero, en cambio, pueden haber mantenido confidenciales esos conocimientos. En esos casos, la transferencia de tecnología puede consistir en la comunicación de esos conocimientos (denominados en general conocimientos técnicos) al adquirente[1]. Esa comunicación suele subordinarse a condiciones relativas al mantenimiento de la confidencialidad por parte del adquirente (véanse los párrafos 24 y 25, *infra*).

6. El contratista puede transmitir la información y la pericia necesarias para la explotación y el mantenimiento de las instalaciones impartiendo capacitación al personal del adquirente (véase la sección D, *infra*) o entregando documentos (véase la sección E, *infra*). Cabe señalar que se pueden combinar las distintas formas de transferencia de tecnología indicadas en este párrafo y en los párrafos precedentes.

7. La presente *Guía* no pretende estudiar exhaustivamente la negociación y redacción de contratos relativos a la concesión de licencias de propiedad industrial, o a la comunicación de conocimientos técnicos, pues esos temas ya han sido tratados detalladamente en publicaciones de algunos organismos de

las Naciones Unidas[2]. El presente capítulo señala simplemente ciertos aspectos importantes que probablemente las partes deseen contemplar cuando el contrato de obras contenga disposiciones relativas a la concesión de licencias de propiedad industrial o a la comunicación de conocimientos técnicos.

8. Al redactar las cláusulas contractuales relativas a la transferencia de tecnología, las partes deben tener presentes las normas jurídicas imperativas que rijan esas transferencias y estén vigentes en el país del adquirente y en el del contratista[3]. Esa reglamentación puede hacerse directamente, mediante normas especialmente destinadas a la transferencia de tecnología. Entre esas normas se encuentran reglamentos que prohíben o restringen la transferencia de algunos tipos de tecnología avanzada. Los contratos concertados en violación de esas prohibiciones o restricciones pueden ser nulos o no vinculantes. Algunos reglamentos exigen que los contratos que involucren transferencia de tecnología cuenten con la aprobación de una entidad pública antes de su entrada en vigor. Esa entidad puede aplicar la política nacional en materia de tecnología exigiendo que el contrato contenga cláusulas por las que se transfieran determinadas formas de tecnología poseídas por el contratista (por ejemplo, tecnología que podría aumentar la productividad del país del adquirente), o que se supriman o modifiquen cláusulas por las que se transfieran otras formas de tecnología (por ejemplo, cuando existe una tecnología propia del país equivalente a la que se intenta transferir). Los contratos o sus cláusulas que no sean aprobados pueden ser nulos o no vinculantes. Además, a menudo hay reglamentos por los que serían nulas o no vinculantes las cláusulas contractuales sobre operaciones de transferencia de tecnología que impidan la competencia entre entidades u obstaculicen el desarrollo tecnológico de un país (véase el párrafo 12, *infra*). Los reglamentos también pueden regir la fijación del precio de la tecnología. Por ejemplo, puede que se haya de fijar por separado el precio de cada uno de los elementos de la transferencia de tecnología, o que se reglamente el monto del precio exigible, o la forma de pago (por ejemplo, la forma de calcular los derechos de patente).

9. La reglamentación indirecta de la transferencia de tecnología puede tener lugar cuando no se conceden licencias de importación o exportación para el equipo que lleva incorporado ciertos tipos de tecnología, o cuando se desconoce la facultad de efectuar el pago por la tecnología en virtud de reglamentos sobre control de cambios. Incluso si la ley del país del adquirente reglamenta imperativamente la transferencia de tecnología en interés del adquirente, puede que sea necesario complementar esa transferencia con las disposiciones del contrato y asegurar que el adquirente obtendrá el conocimiento y la pericia necesarios para explotar las instalaciones de modo que alcancen los parámetros de funcionamiento especificados en el contrato. Las disposiciones contractuales sobre transferencia de tecnología revestirán aún más importancia si la legislación del país del adquirente no reglamenta la transferencia de tecnología.

10. Si los licitadores o las empresas con las que esté negociando el adquirente (véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato") han presentado ofertas para construir las instalaciones que reflejan distintos procesos tecnológicos, el adquirente debe decidir cuál es el proceso que responde mejor a sus necesidades y a las condiciones locales. Es posible que una tecnología menos compleja o más antigua sea más apropiada, especialmente si puede adquirirse a un precio inferior.

## B. Cuestiones comunes a las disposiciones relativas a la concesión de licencias y a los conocimientos técnicos

### 1. *Descripción de la tecnología*[4]

11. En algunos casos puede ser necesario que el contrato contenga una descripción precisa y exhaustiva de la tecnología. Por ejemplo, si el adquirente adopta el sistema de varios contratos, y contrata con una empresa lo relativo al suministro de la tecnología y al suministro y a la instalación de parte del equipo necesario para la utilización de esa tecnología, y con otras empresas el cumplimiento de otras obligaciones necesarias para construir las instalaciones (por ejemplo, suministro del diseño de las instalaciones, ingeniería civil o construcción). Pero incluso cuando un solo contratista ha de cumplir todas las obligaciones necesarias para construir las instalaciones (por ejemplo, en un contrato llave en mano), es posible en función de la construcción de instalaciones que, una vez en marcha, logren determinados parámetros de funcionamiento (por ejemplo, que produzcan mercaderías según la cantidad y la calidad estipuladas en el contrato). En estos casos puede bastar una descripción general de la tecnología, y cabría exigirle al contratista que suministre esa descripción pues él conocerá específicamente la tecnología que propone incorporar a las instalaciones.

### 2. *Condiciones que limitan la utilización de la tecnología*

12. Algunas veces es posible que el contratista esté dispuesto a transferir tecnología sólo si el adquirente acepta ciertas limitaciones en cuanto al empleo de esa tecnología o a la venta de los productos obtenidos con el empleo de esa tecnología. En muchos países, normas jurídicas imperativas se ocupan de algunas de esas limitaciones (por ejemplo, las declaran nulas o no vinculantes) no sólo por las dificultades que podrían ocasionar al adquirente, sino también porque pueden ser contrarias a principios de orden público (por ejemplo, pueden frenar la competencia u obstaculizar el desarrollo de las capacidades tecnológicas del país). Además hay algunas normas jurídicas de ámbito regional que rigen estas limitaciones fundándose en principios de orden público vigentes en la región. Se está intentando también en el plano mundial formular normas que puedan aplicarse a estas restricciones cuando forman parte de operaciones internacionales de transferencia de tecnología[5]. El presente capítulo no pretende hacer recomendaciones de índole normativa con respecto a la formulación de estas restricciones, y se limita a describir sólo algunas que revisten especial importancia en el contexto de los contratos de obras, y a señalar los intereses de las partes con respecto a las mismas. Es muy conveniente que las partes procuren negociar disposiciones equitativas e impongan sólo las restricciones necesarias para proteger los intereses legítimos de cada una de ellas.

13. Puede que el contratista trate de incluir una disposición por la que se obligue al adquirente a comprarle a él, o a otras fuentes por él designadas, una parte o la totalidad de las materias primas o de los productos semiacabados necesarios para alimentar la producción de las instalaciones. El contratista

podría intentar incorporar una disposición de ese tipo si, por ejemplo, los productos de las instalaciones pueden serle atribuidos por terceros (por ejemplo, si llevan su marca comercial) y la calidad de esos productos depende de la calidad de los materiales o artículos que se empleen en su producción. Puede que el contratista también esté interesado en evitar todo descenso de la calidad de los productos si ha de comprarlos o han de suministrarse a sus clientes. Pero una disposición de ese tipo podría ser desventajosa para el adquirente (por ejemplo, es posible que pueda conseguir de otras fuentes y en condiciones más ventajosas materiales o artículos de la misma calidad que los que desea suministrar el contratista). Una disposición que concilie estos intereses opuestos podría, por ejemplo, estipular que el adquirente debe comprar los materiales o artículos al contratista, pero que este último, a su vez, está obligado a suministrarlos en condiciones que no sean menos favorables que aquellas en las que los ofrece a cualquier otro de sus clientes, o en condiciones que no sean menos favorables que aquellas en las que el adquirente puede obtener materiales o artículos de la misma calidad recurriendo a otra fuente.

14. Puede que el contratista desee incluir una disposición que impida al adquirente adaptar la tecnología o introducir innovaciones en la misma. Es posible que el contratista esté interesado en incluir una disposición de ese tipo por temor a que las adaptaciones o innovaciones del adquirente disminuyan la calidad de los productos obtenidos con la tecnología y que ese descenso de calidad le perjudique (véase el párrafo precedente). Pero el adquirente puede desear adaptar la tecnología a las condiciones locales o introducir innovaciones que disminuyan el costo de la producción, pese a que esas adaptaciones o innovaciones hagan descender ligeramente la calidad de los productos. Puede que ese descenso de calidad no tenga importancia en lo que concierne a las necesidades del adquirente. Una disposición que reconcilie estos intereses de las partes podría, por ejemplo, estipular que el adquirente no podrá adaptar la tecnología o introducir innovaciones en la misma sin el consentimiento del contratista cuando las mercaderías que han de producir las instalaciones lleven la marca comercial del contratista.

15. Puede que el contratista desee incluir una disposición en la que se obligue al adquirente a comunicarle toda mejora que introduzca en la tecnología al emplearla. Esa disposición puede tener algunas desventajas para el adquirente. Por ejemplo, podría impedirle competir con el contratista en esa rama de la tecnología, dado que el nivel de conocimientos tecnológicos del contratista se mantendría a un nivel no inferior al del adquirente. Si, además de estar obligado a comunicar las mejoras al contratista, el adquirente está obligado también a no revelar esas mejoras a terceros, se encontraría imposibilitado de aprovechar plenamente su valor comercial. Si las mejoras han de comunicarse al contratista sin que éste pague por ello ninguna remuneración, podría beneficiarse a expensas del adquirente. Dado que cada una de las partes en una transferencia de tecnología suele estar interesada en adquirir las mejoras que la otra parte introduzca en esa tecnología, el contrato puede, por ejemplo, estipular que cada una de las partes está obligada a comunicar a la otra las mejoras que haya introducido en la tecnología, y la parte que adquiera las mejoras tiene, a su vez, que pagar una remuneración razonable. Otra posibilidad sería que las partes hicieran arreglos para investigar conjuntamente con miras a mejorar la tecnología.

16. Puede que el contratista desee incluir una disposición que imponga limitaciones al adquirente para exportar los productos fabricados mediante el empleo de la tecnología a los países que se especifiquen en el contrato. Es posible que el contratista haya comunicado antes, confidencialmente, conocimientos técnicos a empresas de esos países, y que les haya garantizado que si comunicaba ulteriormente esos conocimientos a terceros se aseguraría de que esos terceros no competirían en esos países. O bien es posible que una empresa distinta al contratista tenga derechos de propiedad industrial con respecto a la misma tecnología en los países especificados, y la exportación de esos productos a esos países por el adquirente podría dar lugar a que se inicien procedimientos judiciales contra el contratista. Puede que el adquirente mismo esté interesado en principio en que se restrinja la exportación, pues podría convenirle que el contratista imponga restricciones a terceros para exportar al país del adquirente productos competidores fabricados empleándo la misma tecnología. Por otra parte, quizá el adquirente desee tener posibilidades de exportar una vez que la capacidad de los mercados de su país se haya agotado. Las normas jurídicas imperativas relacionadas con las prácticas comerciales restrictivas[6] y la transferencia de tecnología tienen especial importancia en la esfera de las restricciones a la exportación y puede que las partes consideren conveniente establecer una disposición equitativa que tenga en cuenta esas normas. Por ejemplo, podrían imponerse al adquirente restricciones a exportar a algunos mercados y, al mismo tiempo, reservarle exclusivamente otros mercados de exportación.

### 3. *Fianzas*[7]

17. Si se adopta el sistema del contrato llave en mano y las obligaciones del contratista se definen principalmente en función de la construcción de instalaciones que, una vez en funcionamiento, lograrán los parámetros especificados (véase el párrafo 11, *supra*), puede que no sea necesaria una fianza especial con respecto a la tecnología dado que las fianzas relativas al funcionamiento de las instalaciones exigirán que el contratista suministre la tecnología apropiada. Pero si se adopta el sistema de varios contratos (véase el párrafo 11, *supra*), es posible que el proveedor de la tecnología no esté dispuesto a garantizar el funcionamiento de las instalaciones, pues el hecho de que las instalaciones funcionen de conformidad con los parámetros especificados dependerá de que las demás empresas cumplan correctamente sus respectivas obligaciones de construcción. En esos casos, podría exigirse al proveedor de la tecnología que garantice que el empleo de la tecnología permitirá explotar las instalaciones de conformidad con algunos parámetros especificados, siempre que la tecnología se emplee y las instalaciones se construyan de conformidad con las condiciones que él haya fijado (por ejemplo, empleo de las fórmulas de construcción, las normas, los componentes y las materias primas indicadas; empleo de un diseño específico para las instalaciones; existencia de determinadas condiciones de funcionamiento). Las fianzas con respecto al funcionamiento de las instalaciones, junto con cuestiones tales como la duración, el inicio y la extensión del período de garantía, y los defectos excluidos de la garantía, se contemplan en el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 26 a 31.

## 4. *Pago de la tecnología*[8]

18. El precio por la tecnología que se transfiere suele fijarse en una suma global o en forma de derechos de patente. El método del precio unitario (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 25 a 27) no es adecuado, pues no se suministran elementos unitarios. Si el contratista obtiene la tecnología de un tercero, en algunos casos puede que las partes deseen adoptar el método de costos reembolsables y estipular que el adquirente habrá de reembolsar los costos incurridos para obtener la tecnología siempre que no superen el límite especificado (conforme al capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 15).

19. Si se aplica el método del precio alzado, el precio total se fija al celebrarse el contrato y es pagadero en una o varias cuotas. El precio por la comunicación de conocimientos técnicos suele fijarse en una suma alzada. Si se aplica el método de derechos de patente, el precio pagadero (por ejemplo, el derecho de patente) se fija haciendo referencia a un resultado económico específico que se obtiene empleando la tecnología transferida. Por ejemplo, el derecho de patente suele fijarse haciendo referencia a la producción, las ventas o las utilidades resultantes del empleo de la tecnología. Si se utiliza como factor de referencia el volumen de producción, el derecho de patente podrá fijarse, por ejemplo, en una suma fija por unidad o cantidad (por ejemplo, tonelada o litro) producida. Si se utiliza como factor de referencia el volumen de ventas, el derecho de patente podrá fijarse como porcentaje del precio de venta. En cada método, será necesario definir cuidadosamente lo que se entiende por producción, precio de venta o utilidades.

20. Cada uno de los métodos para calcular el precio puede tener ciertas ventajas y desventajas[9], según las circunstancias económicas que acompañen al contrato. Si, por ejemplo, han de pagarse derechos de patente por un largo período, mientras transcurre, es posible que cambien las circunstancias económicas afectando el volumen de ventas y, en consecuencia, los derechos de patente que haya que pagar. Además se pueden combinar ambos métodos (por ejemplo, pago inicial de una suma global seguido del pago de derechos de patente).

## 5. *Reclamaciones de terceros*[10]

21. Puede que el adquirente desee incluir en el contrato una garantía del contratista de que el empleo de la tecnología transferida no dará lugar a reclamaciones contra el adquirente interpuestas por terceros cuyos derechos de propiedad industrial puedan haber sido violados por ese empleo. Esta violación puede tener lugar, por ejemplo, mediante el empleo de un proceso que se ha transferido, o la distribución de productos fabricados aplicando ese proceso, o la construcción de las instalaciones mismas. Puede que el contratista desee incluir una garantía por parte del adquirente de que, si el contratista ha de fabricar equipo de conformidad con los diseños suministrados por el adquirente, esa fabricación no violará los derechos de propiedad industrial de un tercero. Debido a la dificultad de investigar en todo el mundo si hay terceros con derechos de propiedad industrial sobre la tecnología transferida, normalmente el proveedor garantizará sólo que el empleo de la tecnología transferida no violará los derechos de terceros en determinados países.

22. Puede que las partes deseen establecer el procedimiento que han de seguir en caso de que un tercero reclame que sus derechos de propiedad industrial han sido violados o que los derechos de propiedad industrial de las partes son nulos. Cada una de las partes puede estar obligada a notificar a la otra toda reclamación que se interponga apenas tenga conocimiento de ella. Si se inicia un procedimiento judicial contra el receptor de la tecnología a raíz de la transferencia, el proveedor puede estar obligado a prestarle asistencia en su defensa, por ejemplo, sufragando los costos incurridos en la misma, brindándole asesoramiento jurídico o presentando pruebas de la validez de sus propios derechos de propiedad industrial. Las partes podrían tratar de especificar sus derechos y obligaciones durante la litispendencia (por ejemplo, pueden estipular que durante el procedimiento el adquirente no pagará los derechos de patente). Además pueden estipular, por ejemplo, que si la reclamación del tercero tiene éxito y se decide que el proveedor ha violado su garantía de que el empleo de la tecnología transferida no violaría los derechos de terceros (véase el párrafo precedente), cesará el pago de los derechos de patente y los que ya se hubieran pagado deberán reembolsarse, o bien que se proveerá tecnología modificada que no viole los derechos de terceros y que no perjudique la capacidad de las instalaciones de funcionar según lo estipulado en el contrato[11].

## C. Aspectos especiales de las disposiciones relativas a los conocimientos técnicos: la confidencialidad[12]

23. Generalmente el contratista exigirá que se mantengan confidenciales los conocimientos técnicos que comunica (véase el párrafo 5, *supra*). Esa exigencia puede formularse en dos etapas. En la primera, es posible que el contratista comunique al adquirente algunos conocimientos técnicos durante las negociaciones a fin de que este último decida si desea celebrar el contrato, y a fin de que pueda proponer las condiciones del mismo. El contratista deseará que el adquirente respete la índole confidencial de esos conocimientos. En una segunda fase, si se celebra el contrato, el contratista exigirá que se respete la confidencialidad de los conocimientos técnicos que comunique a partir de ese momento. Para conseguir estos resultados, puede ser necesario, en algunos ordenamientos jurídicos, que las partes concierten un acuerdo antes de iniciar las negociaciones por el que el adquirente se obligue a mantener confidenciales los conocimientos técnicos que le sean revelados en el curso de las negociaciones, y luego, si éstas llevan a la celebración del contrato, a incorporar al contrato de obras disposiciones relativas a la confidencialidad. Pero otros ordenamientos jurídicos imponen a las partes que intervienen en las negociaciones obligaciones relativas a la buena fe durante las mismas. Estas obligaciones traen aparejada la obligación del adquirente de mantener la confidencialidad. Si la ley aplicable impone obligaciones con respecto a la actuación de buena fe, puede que el contratista desee considerar si necesita complementar esas obligaciones con obligaciones contractuales relativas al mantenimiento de la confidencialidad.

24. Es posible que normas jurídicas imperativas del país del adquirente regulen hasta qué punto las disposiciones contractuales pueden imponer al adquirente obligaciones en materia de confidencialidad. Entre las cuestiones que han de contemplar esas disposiciones contractuales pueden figurar la clara identificación de los conocimientos técnicos que han de mantenerse confiden-

ciales, la duración de la confidencialidad (por ejemplo, un plazo especificado) y la medida en que se autoriza la divulgación (por ejemplo, en determinadas circunstancias o a determinadas personas). Las partes podrían estipular que una vez que los conocimientos técnicos que han de mantenerse confidenciales se hagan de dominio público cesará la obligación de confidencialidad, así como la obligación de pagar los derechos de patente. Puede que las partes también deseen estipular, por ejemplo, que se dará acceso al ingeniero empleado por el adquirente para supervisar la construcción a los conocimientos técnicos que necesite para ejercer con eficacia su función. Puede que deseen estipular además que si el adquirente rescinde el contrato por incumplimiento del contratista, o porque el contratista se encontrase imposibilitado por un impedimento exonerante de terminar la construcción (por ejemplo, los reglamentos del país del contratista le impiden exportar determinado equipo), y el adquirente desea terminar la construcción contratando otro contratista, el adquirente podrá revelar al nuevo contratista los conocimientos técnicos que sean necesarios para que termine la construcción. Pero se puede obligar al adquirente a obtener una garantía del ingeniero o del nuevo contratista, antes de revelarle los conocimientos técnicos, de que no divulgará esos conocimientos a terceros.

25. En algunos casos, puede ser necesario imponer una obligación de confidencialidad al contratista (por ejemplo, cuando se le comunican las mejoras a la tecnología introducidas por el adquirente). Podría incluirse en el contrato una disposición contractual a este efecto. También pueden ser pertinentes al formular una disposición de ese tipo las cuestiones que deben tenerse presentes al formular la disposición contractual que impone la obligación de confidencialidad al adquirente (véase el párrafo 24, *supra*).

## D. Capacitación del personal

26. El medio más importante de comunicar al adquirente la información técnica y la pericia necesarias para la explotación y el mantenimiento correcto de las instalaciones es la capacitación de su personal. A fin de que el adquirente pueda definir sus necesidades en materia de capacitación, puede pedir al contratista, en el llamado a licitación o al negociar el contrato, que le facilite un organigrama del personal necesario para la explotación y el mantenimiento de las instalaciones, indicando las calificaciones técnicas básicas y otras calificaciones que deba poseer ese personal (véase también el capítulo XXVI, "Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción"). Esta descripción de necesidades deberá ser lo bastante detallada como para que el adquirente pueda definir sus necesidades de capacitación a la luz del personal de que disponga. El contratista suele estar en condiciones de impartir la capacitación necesaria pero en algunos casos se obtendrán mejores resultados encomendando esa capacitación a un ingeniero consultor o a una institución especializada.

27. Es conveniente que en el contrato se establezcan las categorías y el número de los empleados que recibirán capacitación y la duración de ésta. También sería aconsejable definir las calificaciones que han de poseer los candidatos a determinados puestos (por ejemplo, nivel de instrucción, conocimientos lingüísticos, conocimientos técnicos, experiencia en el trabajo). Si esas calificaciones no se especifican en el contrato, el contratista podría tener razones para atribuir el posible fracaso de la capacitación a la falta de las

calificaciones requeridas. Las partes pueden asimismo convenir en que seleccionarán de común acuerdo los candidatos para la capacitación. Pese a la observancia de estos procedimientos, puede que el contratista descubra durante la capacitación la falta de aptitudes de algún candidato. En esos casos podría obligarse al contratista a notificar al adquirente esa falta de aptitudes, tan pronto tenga conocimiento de la misma, presentándole las pruebas pertinentes. Las partes, a continuación, pueden estar obligadas a celebrar consultas para convenir en una solución adecuada.

28. Es aconsejable definir claramente las obligaciones de capacitación del contratista en relación con cada una de las categorías del personal. A este respecto, el contrato puede obligar al contratista a presentar al adquirente un programa de capacitación que asegure al personal la información y la pericia necesarias para desempeñar correctamente sus funciones en la explotación y el mantenimiento de las instalaciones. Ese programa puede incluir un calendario para la capacitación armonizado con el calendario de la construcción. Las partes pueden estipular que la capacitación ha de completarse para la fecha convenida para la terminación de las instalaciones. El programa también debe describir el carácter de la capacitación que ha de impartirse. El contrato puede prever que este programa ha de ser aprobado por el adquirente. El adquirente puede estar obligado a no trasladar a los capacitandos durante la ejecución del programa de capacitación sin motivos fundados.

29. A menudo será preciso que se imparta capacitación tanto en el emplazamiento como en el extranjero. Convendría pues especificar los lugares de capacitación elegidos en el extranjero. Aunque normalmente esos lugares serán las fábricas del contratista, en algunos casos puede que sólo sea posible impartir una capacitación adecuada en instalaciones o plantas de terceros (por ejemplo, de los proveedores del equipo). En esos casos, cabría obligar al contratista a que obtenga plazas para el personal en esos establecimientos. Puede que convenga estipular que la capacitación ha de tener en cuenta las condiciones de explotación que los capacitandos encontrarán más tarde en el país del adquirente. Las partes pueden también especificar las condiciones de vida y de trabajo que se ofrecerán al personal que reciba capacitación en el extranjero y a los instructores que deban impartir capacitación en el país del adquirente. Puede obligarse al contratista a prestar asistencia para la obtención de visados, permisos de entrada o de trabajo necesarios cuando la capacitación ha de impartirse en el extranjero.

30. El contrato puede obligar al contratista a contratar instructores con calificaciones y experiencias idóneas a esa capacitación, y a comunicar al adquirente antes de que comience la capacitación las calificaciones y experiencias de esos instructores. Al formular las obligaciones de capacitación, puede que las partes deseen tener presentes las disposiciones jurídicas que rigen la contratación del personal que ha de recibir capacitación, las que quizá establezcan las calificaciones y experiencias que ese personal debe poseer. Si las partes celebran un contrato producto en mano (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafo 7), el contratista se obliga a demostrar durante un período de prueba que el personal del adquirente está en condiciones de explotar debidamente las instalaciones. A raíz de esa obligación, el contratista debe impartir al personal del adquirente la capacitación que necesite para explotar las instalaciones. Conforme a este sistema de contratación, puede que no sea necesario especificar las obligaciones de capacitación del contratista.

31. En algunos casos, es posible que haya que impartir al personal del adquirente sólo una capacitación mínima, por ejemplo, familiarizarlo en el emplazamiento con los procedimientos de explotación y mantenimiento de las instalaciones. Puede que las partes deseen convenir que esa capacitación será gratuita, en tanto sería accesoria a las obligaciones del contratista de suministrar y construir las instalaciones. Cuando se requiera una capacitación más amplia, se puede incluir el precio de la capacitación en el precio global pagadero por la construcción, pero indicándolo por separado, o fijar un precio por separado. El precio podrá pagarse en cuotas (por ejemplo, un porcentaje como pago anticipado, otro porcentaje durante la ejecución del programa de capacitación, y el resto una vez verificado el cumplimiento del programa). Como el programa de capacitación puede entrañar otros gastos (por ejemplo, dietas de los capacitandos en el país del contratista, o dietas de los instructores del contratista en el país del adquirente), es aconsejable acordar la distribución de esos gastos. El contrato puede prever que la parte del precio de la capacitación que cubra los gastos incurridos en el país del adquirente ha de pagarse en la moneda de ese país (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 35).

32. Por motivos prácticos, tal vez no sea posible solucionar en el momento en que se celebra el contrato algunas cuestiones que pueden surgir con respecto a la capacitación (por ejemplo, la fecha en que comienza o su duración). Puede que las partes deseen convenir en que contemplarán esas cuestiones dentro de un plazo específico, después de celebrado el contrato.

## E. Entrega de la documentación

33. La información técnica y la pericia necesarias para la explotación y el mantenimiento correctos de las instalaciones también pueden comunicarse proporcionando documentos técnicos. Éstos pueden consistir en planos, dibujos, fórmulas, manuales de servicio y mantenimiento e instrucciones de seguridad. Quizá convenga enumerar en el contrato los documentos que han de entregarse. El contratista puede estar obligado a proporcionar documentos completos, redactados con claridad y en el idioma convenido. Tal vez sea conveniente obligar al contratista, a pedido del adquirente, a efectuar demostraciones de los procedimientos descritos en la documentación cuando esos procedimientos no puedan comprenderse sin demostraciones.

34. Pueden especificarse las fechas en las que han de proporcionarse los documentos. El contrato puede establecer que la entrega de todos los documentos ha de completarse para la fecha fijada en el contrato para la terminación de la construcción. Puede que las partes también deseen estipular que no se considerará terminada la construcción hasta que no se haya entregado toda la documentación relativa al funcionamiento de las instalaciones y que conforme al contrato deba entregarse antes de la terminación. Quizá convenga estipular que algunos documentos (por ejemplo, los manuales de servicio) han de proporcionarse durante la construcción, pues gracias a esos documentos el personal o el ingeniero del adquirente estarán en condiciones de comprender el funcionamiento de la maquinaria o el equipo durante el montaje. Puede que también convenga estipular que el contratista tendrá que pagar una indemnización por las pérdidas ocasionadas al adquirente por errores u omisiones en la documentación (véase el capítulo XX, "Daños y perjuicios", y el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración").

*Notas del capítulo VI:*

[1]En algunos países se utiliza el término "concesión de licencia" para designar tanto la autorización para explotar los derechos de propiedad industrial como la comunicación de conocimientos técnicos. En el presente capítulo el término se utiliza sólo con el primero de estos significados.

[2]La negociación y redacción de contratos para la concesión de licencias de propiedad industrial y la comunicación de conocimientos técnicos ha sido objeto de estudio detallado en la *Guía de licencias para los países en desarrollo*, preparada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Publicación de la OMPI, No. 620(S), 1977), denominada en adelante *Guía de la OMPI*. Los principales aspectos que deben considerarse al negociar y redactar esos contratos han sido expuestos en *Pautas para la evaluación de acuerdos de transferencia de tecnología*, serie "Desarrollo y transferencia de tecnología", No. 12 (ID/223, 1979), denominada en adelante *Pautas de la ONUDI*, y en *Guide for use in drawing up contracts relating to the international transfer of know-how in the engineering industry* (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: E.70.II.E.15). Otra publicación importante es el *Manual de adquisición de tecnología por los países en desarrollo* (UNCTAD/TT/AS/5, 1978).

[3]Véase la *Guía de la OMPI*, sección U, "Aprobación por las autoridades oficiales". La *Recopilación de textos jurídicos relativos a la transferencia y el desarrollo de tecnología* (TD/B/C.6/81, 1982) contiene disposiciones jurídicas de distintos países sobre transferencia de tecnología.

[4]Véase la *Guía de la OMPI*, sección D, 1, "Identificación y descripción de la tecnología básica".

[5]Estas normas se están negociando en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre un Código Internacional de Conducta para la Transferencia de Tecnología, convocada bajo los auspicios de la UNCTAD.

[6]Se está preparando un proyecto de ley modelo sobre prácticas comerciales restrictivas bajo los auspicios de la UNCTAD.

[7]Véase la *Guía de la OMPI*, sección G, 4, "Garantía de los conocimientos técnicos", y las *Pautas de la ONUDI*, capítulo III, "Funcionamiento del know-how —obligaciones de garantía de licenciante".

[8]Los distintos métodos para fijar el precio pagadero por la tecnología se examinan detalladamente en la *Guía de la OMPI*, sección N, "Compensación; contraprestación; precio; remuneración; regalía; honorarios", y en las *Pautas de la ONUDI*, capítulo VII, "Remuneración".

[9]Las ventajas y desventajas de los distintos métodos para calcular el precio se examinan en la *Guía de la OMPI*, sección N, 3, "Compensación monetaria directa: pago de una suma global; regalías; honorarios".

[10]Véase en la *Guía de la OMPI*, la sección E, "Asuntos especiales relativos a las patentes", y la sección S, 2, d, "Garantías contra reclamaciones de terceros por infracción".

[11]Los derechos y obligaciones que pueden tener las partes se examinan en la *Guía de la OMPI*, en la sección E, "Aspectos especiales relativos a las patentes", párrs. 202 a 205.

[12]Véase la *Guía de la OMPI*, sección G, 2, "Medidas legales para impedir la comunicación, la divulgación y la utilización de informaciones y conocimientos especificados valiosos". El contratista puede exigir la confidencialidad no solamente respecto a los conocimientos técnicos, sino también en lo tocante a los documentos que describen las características de las instalaciones. Este punto se trata en el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafo 23.

# Capítulo VII. Precio y condiciones de pago


RESUMEN

En los contratos de obras se emplean corrientemente tres métodos para fijar el precio. Se trata de los métodos del precio alzado, de costos reembolsables y del precio unitario. En virtud del método del precio alzado, el adquirente está obligado a pagar determinado importe que permanece constante, salvo que se reajuste o modifique, incluso si los costos de la construcción resultan diferentes de los previstos en el momento de celebrar el contrato (párrafos 2, 6 a 9).

En virtud del método de costos reembolsables, el adquirente está obligado a pagar todos los costos a que el contratista haya razonablemente tenido que hacer frente al construir las instalaciones, además de una retribución convenida (párrafos 2, 10 a 24). Conforme a este método el adquirente asume el riesgo de que los costos de la construcción superen los previstos en el momento de celebrar el contrato. Podría limitarse ese riesgo fijando de común acuerdo un tope con respecto al total de costos reembolsables o bien un costo proyectado (párrafos 13 a 15). Con una retribución proyectada se crearía un incentivo para que se terminase la construcción en forma económica y rápida (párrafo 23).

Conforme al método del precio unitario, las partes convienen en un precio por unidad de construcción, y el precio total se determina según el total de las unidades efectivamente utilizadas. El adquirente asume el riesgo de que aumente el costo si la cantidad real de unidades supera la cantidad estimada en el momento de celebrar el contrato, mientras que el riesgo de que aumente el costo de cada unidad corre a cargo del contratista (párrafos 2, 25 a 27).

Si el adquirente está interesado en que la construcción se termine antes de la fecha prevista en el contrato, puede estipularse el pago de primas (párrafos 28 a 30).

Es posible que las fluctuaciones del tipo de cambio de la moneda en la que se expresa el precio representen determinados riesgos para las partes, que podrían preverse en el contrato (párrafos 31 a 37)

Incluso si aplican el método del precio alzado o el del precio unitario, puede que las partes deseen estipular que el precio se reajustará o revisará en situaciones concretas (párrafos 38 a 62). Podría estipularse en el contrato que el precio se reajustará si se introducen modificaciones en la construcción prevista, el adquirente suministra datos incorrectos, el contratista descubre obstáculos naturales imprevisibles y si se modifican las reglamentaciones y condiciones locales (párrafos 41 a 46).

La revisión del precio a raíz de variaciones en los costos de la construcción podrá efectuarse sobre la base de una cláusula de indización (párrafos 49 a 55). Otro criterio sería aplicar el método de la prueba documental. Pero tal vez ello sólo convenga en los casos en que no pueda aplicarse una cláusula de indización, y se limite a las partes del precio basadas en factores inestables (párrafos 56 y 57).

Las fluctuaciones en el tipo de cambio de la moneda de pago con otras monedas pueden preverse en una cláusula de la moneda de pago (párrafos 58 y 59) o en una cláusula de la unidad de cuenta (párrafos 60 a 62).

Las condiciones de pago previstas en el contrato pueden establecer que determinados porcentajes del precio se pagarán en distintas etapas de la construcción. También pueden estipular modalidades de pago e indicar el lugar del mismo (párrafos 63 a 66).

El anticipo que pague el adquirente puede limitarse a la parte del precio que sea razonablemente necesaria para cubrir los gastos del contratista en las primeras etapas de la construcción y protegerlo contra las pérdidas que podrían resultar si el contrato se rescinde en esas primeras etapas (párrafo 67). El pago de partes del precio durante la construcción puede subordinarse a la marcha de esta última (párrafos 68 a 74).

Determinado porcentaje del precio podrá pagarse después de la aceptación o, en algunos casos, de la toma a cargo de las instalaciones previa prueba de que la construcción se ha terminado satisfactoriamente (párrafo 75), y el resto sería exigible sólo después de la expiración del período de garantía (párrafo 76). Si el contratista concede un crédito al adquirente, la parte del precio cubierta por ese crédito puede pagarse en cuotas dentro de determinado plazo después de la toma a cargo o aceptación de las instalaciones (párrafos 77 a 79).

## A. Observaciones generales

1. Al formular las disposiciones contractuales relativas al precio que ha de pagar el adquirente deben tenerse en cuenta varios factores. El precio suele cubrir diferentes aspectos de la construcción que efectúa el contratista, por ejemplo, el suministro de equipo, materiales y servicios y la transferencia de tecnología. Es posible que transcurra mucho tiempo desde que se celebre el contrato hasta que se termine la construcción, y durante ese período los costos de esta última pueden variar. Además, quizá no sea posible en el momento de la celebración del contrato determinar con precisión la magnitud de la construcción. Las partes deben decidir quién soportará las consecuencias de la variación de los costos y dejar constancia de su decisión en el contrato. En los casos en que una institución crediticia internacional financie la construcción de las instalaciones, es posible que esa institución exija que algunos de los asuntos que se examinan en el presente capítulo se resuelvan de determinada forma.

2. Los tres métodos principales de fijación del precio que se emplean corrientemente en los contratos de obras son los siguientes: del precio alzado, de costos reembolsables y del precio unitario. Pero si las circunstancias se prestan a ello, se puede utilizar una combinación de dos de estos métodos, o de los tres para fijar el precio de distintos aspectos de la construcción de las instalaciones.

a) *El método del precio alzado.* Conforme a este método, las partes convienen en el importe total que ha de pagarse por la construcción (véanse los párrafos 6 a 9, *infra*). Este importe no varía incluso si el costo real de la construcción resulta diferente del previsto al celebrar el contrato, salvo que el contrato o la ley aplicable al mismo prevean un reajuste (véanse los párrafos 41 a 46, *infra*) o revisión (véanse los párrafos 47 a 62, *infra*) del precio.

b) *El método de costos reembolsables.* Conforme a este método el adquirente está obligado a pagar todos los costos a que el contratista haya razonablemente tenido que hacer frente al construir las instalaciones, además de una retribución convenida que cubrirá las ganancias y los gastos generales del contratista (véanse los párrafos 10 a 24, *infra*).

c) *El método del precio unitario.* Conforme a este método, que puede utilizarse como complemento de los demás, las partes convienen en un precio por unidad de construcción, y el precio del contrato respecto de la parte de la construcción a la cual se aplica el método se determina con arreglo al número total de unidades efectivamente utilizadas. Tal vez este método de fijación del precio sólo resulte conveniente para algunas partes de la construcción (véanse los párrafos 25 a 27, *infra*).

3. Es aconsejable que en el contrato se indique el precio, o un método para fijarlo. En algunos ordenamientos jurídicos el contrato no es válido sin esa indicación. Pero en otros el contrato es válido, y si en una etapa ulterior las partes no estipulan el precio, éste se fija aplicando las normas jurídicas vigentes. Sin embargo, es posible que en algunos de estos ordenamientos las normas aplicables a la fijación del precio no sean idóneas para los contratos de obras. En consecuencia, si no puede indicarse en el contrato un precio fijo, sería preferible, en algunas circunstancias, que las partes aplicaran el método de costos reembolsables o del precio unitario, o bien que indicaran un precio alzado que, en algunos casos, se reajustaría o revisaría, en lugar de estipular un precio provisional, y postergar para una etapa posterior la fijación del precio definitivo (véanse los párrafos 11, 26 y 38 a 62, *infra*, y el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafo 3).

4. Al elegir un método de fijación del precio y redactar las condiciones de pago (véase la sección F, más adelante), es preciso que las partes examinen las reglamentaciones cambiarias, así como las normas jurídicas de carácter administrativo y otras normas públicas. La violación de esas normas podría dar lugar a la nulidad del contrato, o de algunas de sus cláusulas, o a su resolución de pleno derecho. En el capítulo VI, "Transferencia de tecnología", párrafos 18 a 20, se examinan los problemas especiales que pueden surgir en relación con el precio que ha de pagarse por la transferencia de tecnología. El precio y las condiciones de pago relativos al suministro de piezas de repuesto y el mantenimiento, la reparación y la puesta en funcionamiento de las instalaciones por el contratista una vez terminada la construcción se estudian en el capítulo XXVI, "Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción".

5. Al redactar las disposiciones contractuales sobre el precio, las partes deben también tener presentes las leyes del país donde se construirán las instalaciones que establezcan impuestos con respecto a algunos aspectos de la construcción. En virtud de algunas leyes impositivas, el adquirente está obligado a pagar en nombre del contratista los impuestos exigibles a éste en el país del adquirente y puede luego deducirlos del precio pagadero al contratista. En otros ordenamientos jurídicos, en la práctica el adquirente puede obligarse a pagar los impuestos en nombre del contratista sin derecho al reembolso. Los tratados internacionales para evitar la doble imposición celebrados entre los respectivos países de las partes pueden afectar la solución que se dé en el contrato a algunas cuestiones tributarias.

## B. Métodos de fijación del precio

### 1. *Método del precio alzado*

6. Conforme al método del precio alzado, el contratista está facultado solamente a recibir el precio fijado en el contrato, con independencia de los gastos que en realidad haya efectuado durante la construcción. Pero el solo empleo de la expresión "precio alzado" tal vez resulte insuficiente para lograr ese resultado. En consecuencia, es aconsejable que las partes incorporen al contrato disposiciones claras a este efecto. Sin embargo, puede que deseen estipular un reajuste o revisión del precio en algunas circunstancias determinadas (véanse los párrafos 38 a 62, *infra*). También puede que consideren que el método del precio alzado resulta adecuado si se adopta el sistema del contrato único (de conformidad con los párrafos 14 y 26, *infra*, y el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación"). También puede emplearse si se adopta el sistema de varios contratos, sobre todo cuando, en el momento de celebrar el contrato, se conoce la magnitud de la construcción y no se prevén cambios importantes en las dimensiones y la calidad de las instalaciones.

7. Por motivos prácticos, tal vez sea conveniente desglosar el precio alzado en determinadas sumas pagaderas por distintas partes de las instalaciones, o bien por el equipo, los materiales y distintos tipos de servicios y por la transferencia de tecnología. Un desglose de esa índole puede facilitar el reajuste o la revisión del precio en algunos casos previstos en el contrato (por ejemplo, en el caso de que se cambie una parte de la construcción: véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafos 26 a 29). Además, el desglose será necesario cuando se convengan distintas condiciones de pago para distintas partes de las instalaciones o para el cumplimiento de diferentes tipos de obligaciones por parte del contratista (véase el párrafo 64, *infra*). Es posible que las leyes impositivas u otras disposiciones de carácter público exijan que algunos elementos del precio se indiquen por separado, por ejemplo, la parte del precio que ha de pagarse por la transferencia de tecnología (véase el capítulo VI, "Transferencia de tecnología", párrafo 8).

8. Para el adquirente, la ventaja principal del método del precio alzado es que le permite conocer el precio total que tendrá que pagar y que el contratista soporta el riesgo de que aumente el costo de la construcción. Pero esta ventaja será menor en la medida en que el precio alzado pueda reajustarse o revisarse. Además, el adquirente tendrá que pagar el precio alzado incluso si el contratista gasta menos de lo que se ha previsto al celebrar el contrato. Otra ventaja que tiene para el adquirente el contrato a precio alzado es que la administración de un contrato de ese tipo suele resultar menos complicada que con el método del precio unitario, pues en ese caso para fijar el precio hay que medir la magnitud de la construcción terminada, o que con el método de costos reembolsables, en el que es preciso comprobar los gastos que ha efectuado el contratista.

9. Dado que en el precio alzado tal vez se incluya una suma para que el contratista esté protegido contra el riesgo de que aumenten los costos de la construcción, es posible que en algunos casos ese precio sea más alto que el que resultaría si se aplicara a la misma construcción el método de costos reembolsables (conforme al párrafo 11, *infra*). Además, en el método del precio alzado es necesario que se indique con exactitud en el contrato el objetivo de

las instalaciones. Sería también aconsejable que el adquirente supervisara el trabajo del contratista para asegurarse de que éste no se sienta inclinado a reducir los costos de construcción empleando materiales o fórmulas que no respeten las normas mínimas.

## 2. *Método de costos reembolsables*

10. Si las partes eligen el método de costos reembolsables, al celebrar el contrato no conocerán el importe exacto del precio, pues éste consistirá en los gastos que haya efectuado realmente el contratista en la construcción, más una retribución que se le pagará para cubrir sus gastos generales y su ganancia. Para que este método funcione en forma eficaz se requieren disposiciones contractuales más detalladas que en el método del precio alzado.

11. Tal vez el método de costos reembolsables convenga en determinado tipo de situaciones. Por ejemplo, cuando la cantidad de servicios de construcción o materiales y los tipos de equipo necesarios para la construcción no puedan preverse con exactitud al celebrar el contrato (por ejemplo, si no se ha terminado el proyecto o diseño de todas las instalaciones por la urgencia en iniciar la construcción, o cuando una parte considerable de ésta tenga que hacerse bajo tierra y no puedan predecirse exactamente las condiciones del subsuelo), o cuando la mayor parte de la construcción será efectuada por subcontratistas y en el momento de celebrar el contrato se desconozcan los precios que éstos cobrarán. Este método también puede utilizarse cuando la construcción de las instalaciones entrañe dificultades que no sean las habituales (por ejemplo, diseño especial o ingeniería compleja) y que involucren muchos factores desconocidos que podrían afectar al precio. En esos casos, tal vez el precio alzado deba incluir una suma suficiente para proteger al contratista contra los riesgos que asume. Esta suma puede resultar demasiado elevada en determinadas circunstancias.

12. Para el adquirente, la principal desventaja del método de costos reembolsables es que soporta el riesgo de que aumenten los costos de la construcción previstos al celebrar el contrato. En consecuencia, las instituciones financieras a menudo se oponen a este método de fijación de precios. Es aconsejable que el adquirente cuente con una estimación razonable de los costos de la construcción cuando celebre el contrato.

### a) *Métodos para reducir el riesgo del adquirente*

13. A fin de reducir el riesgo que corre el adquirente es aconsejable que en el contrato se obligue al contratista a construir las instalaciones en forma eficaz y económica, y que se le faculte a recibir el reembolso sólo de los costos que sean razonables. Pero en la práctica tal vez resulte difícil hacer cumplir o aplicar esas obligaciones generales. En algunos casos, puede que las partes convengan en un límite máximo al total de los costos reembolsables o en un sistema de costos proyectados (véase el párrafo 15, *infra*). Asimismo, podría concebirse la retribución del contratista de modo que tuviese un incentivo para minimizar los costos de la construcción (véase el párrafo 23, *infra*).

14. Puede que como medio para controlar los costos que se reembolsarán se exija en el contrato que el adquirente participe en la elección de los subcontratistas, cuando éstos no se hayan indicado en el contrato (véase el

capítulo XI, "Subcontratación", párrafos 15 a 26). La conveniencia de esa participación hace que este método de fijación de precios no sea adecuado para la mayoría de los contratos llave en mano. Dado que un aspecto fundamental de estos contratos es que el contratista asume la responsabilidad de construir instalaciones que deben funcionar de conformidad con el contrato, por lo general, el contratista sólo asumirá esa responsabilidad si se le consiente elegir libremente a los subcontratistas.

15. Puede limitarse el riesgo de que aumenten los costos de la construcción que debe soportar el adquirente estipulando un límite máximo al total de los costos reembolsables. Otro criterio sería que las partes, en el momento de celebrar el contrato, se pusieran de acuerdo sobre una estimación de los costos de la construcción (esto es, un "costo proyectado"), pero ello no significa establecer un límite máximo al importe total de costos reembolsables. Podría estipularse en el contrato que si los costos reales superan al costo proyectado, el contratista recibirá sólo un porcentaje del excedente. También podría estipularse que ese porcentaje disminuirá en la medida en que el excedente aumente. Otra posibilidad sería que las partes conviniesen en que si los costos reales superan al costo proyectado en determinada suma o porcentaje, el adquirente podrá rescindir el contrato sin tener que reembolsar al contratista los costos en que haya incurrido a raíz de la rescisión del contrato (conforme al capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafos 17, 18, 34 y 35). El derecho del adquirente a rescindir puede significar un incentivo para que el contratista mantenga sus costos dentro de la estimación. Pero en ese caso es posible que el adquirente se vea ante el dilema de abstenerse de rescindir el contrato y proseguir la construcción con ese contratista, con la obligación de pagarle unos costos reembolsables que superen el costo proyectado, o rescindir el contrato y terminar la construcción con otro contratista, teniendo presente el efecto que ello tendría sobre el costo total.

b) *Determinación de costos reembolsables*

16. Puede que convenga prever en el contrato un método para determinar cuáles serán los costos reembolsables y cuáles correrán a cargo del contratista, deducidos de la retribución que le corresponda. A fin de evitar controversias con respecto a los tipos de costos reembolsables, es aconsejable especificar los costos reembolsables, estipulándose que todos los demás correrán a cargo del contratista, o bien especificar los costos no reembolsables y estipular que todos los demás costos razonables serán reembolsados.

17. Puede indicarse en el contrato los gastos generales del contratista que se excluirán de los costos que debe reembolsar el adquirente. Entre estos gastos que se excluyen podrían figurar los relacionados con el funcionamiento de la oficina central del contratista, por ejemplo, los salarios del personal de la misma. Además, podrían excluirse, aunque se incurran en el emplazamiento, los gastos de teléfono, correo y cable. Pero podría considerarse que el adquirente reembolse al contratista los salarios y otros costos razonables relacionados con la permanencia del personal del contratista en el emplazamiento. En algunos casos, es posible que el método de costos reembolsables no sea adecuado para fijar el precio del equipo fabricado por el contratista que se utilizará en la construcción. En esos casos, es aconsejable que el contrato establezca el monto que deberá pagar el adquirente por ese equipo. Sin

embargo, el método de costos reembolsables puede aplicarse a los suministros que obtenga el contratista de los subcontratistas y proveedores (véase el capítulo XI, "Subcontratación", párrafo 1).

18. Es posible que surjan controversias con respecto a la manera de valorar partidas corrientes de equipo o materiales tomadas de los almacenes del contratista y que éste haya adquirido a distintos precios antes de iniciar la construcción o durante la misma. Ello podría evitarse fijando sus precios en listas que formen parte del contrato.

19. En el contrato se puede estipular que los costos relacionados con el empleo de subcontratistas y proveedores comprenderán sólo los que realmente haya sufragado el contratista, teniendo en cuenta todos los descuentos que le hagan los subcontratistas y proveedores. Pero puede que las partes deseen considerar si también se tendrán en cuenta los descuentos hechos al contratista por concepto de pagos en efectivo. Por ejemplo, podrían considerar que el contratista debe beneficiarse por los pagos en efectivo que haga con sus propios fondos y no con los que le haya anticipado el adquirente.

20. Para que la construcción proceda regularmente es preciso que todos los materiales necesarios se encuentren en el emplazamiento según lo estipulado en el calendario. Pero en algunos casos tal vez resulte muy difícil prever exactamente las cantidades que se necesitarán para la construcción. Es posible que el contratista pida materiales en exceso y sufra pérdidas al volver a vender los que no se utilicen. Puede que las partes deseen considerar si el adquirente tendrá que reembolsarle esas pérdidas y hasta qué punto. Por ejemplo, podría estipularse en el contrato un límite a las pérdidas que se reembolsarán.

### c) *Retribución pagadera al contratista*

21. Puede fijarse determinado importe que se abonará al contratista en calidad de retribución. En el contrato puede preverse un reajuste de la retribución en caso de que se hagan modificaciones que afecten la magnitud de la construcción (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafo 32).

22. Si se establece como retribución una suma determinada, el contratista no tendrá ningún incentivo especial para reducir al mínimo los costos de la construcción, aunque tal vez tenga un interés general en terminar la construcción lo antes posible a fin de recibir esa retribución. No es aconsejable que la retribución se calcule como un porcentaje de los costos efectivos de la construcción, pues ello podría funcionar como incentivo para que el contratista aumente sus costos. Algunos ordenamientos jurídicos prohíben este método para determinar la retribución.

23. Un método para establecer la retribución del contratista es fijar una "retribución proyectada", que se calcula en combinación con el costo proyectado (véase el párrafo 15, *supra*). Si los costos reembolsables son inferiores al costo proyectado, se sumará a la retribución proyectada determinado porcentaje de los costos que se hayan ahorrado. Además se podría estipular en el contrato que a medida que aumente ese ahorro aumentará también el porcentaje que debe pagarse. Pero si los costos reembolsables superan al costo proyectado, se deducirá de la retribución proyectada un determinado porcentaje del excedente. También puede estipularse en el

contrato que a medida que crezca el excedente aumentará el porcentaje deducible. Además de los costos de la construcción, podría considerarse que otros factores tienen importancia para aumentar o disminuir la retribución proyectada, tales como el tiempo que se ha invertido en la construcción y el funcionamiento de las instalaciones una vez terminadas (por ejemplo, las materias primas o la energía que consumen). Cabe observar que el incentivo que tiene el contratista para reducir los costos de la construcción cuando se estipulan variaciones en la retribución puede combinarse con un incentivo basado en la obligación de compartir los costos de la construcción si éstos superan el costo proyectado (véase el párrafo 15, *supra*).

d) *Registros*

24. Para garantizar que el método de costos reembolsables se aplique sin problemas, podría exigirse en el contrato que se lleve un sistema de registros donde quede constancia precisa de los gastos que efectúe el contratista. Por ejemplo, podría exigirse que el contratista lleve registros de conformidad con los formularios y procedimientos que requiera razonablemente el adquirente y donde consten los desembolsos y pagos efectuados por el contratista, y las partes pueden convenir en que el adquirente tendrá acceso a esos registros.

3. *Método del precio unitario*

25. Conforme al método del precio unitario, las partes convienen en un precio por unidad de construcción, y el precio total depende del número de unidades utilizadas para la construcción. El precio fijado por cada unidad de construcción debe comprender una suma extra que represente la ganancia del contratista. La unidad de construcción puede ser la unidad cuantitativa de materiales necesarios para la construcción (por ejemplo, una tonelada de cemento para el hormigón), la unidad de tiempo de construcción (por ejemplo, una hora de mano de obra para los trabajos de excavación), o la unidad cuantitativa de construcción terminada (por ejemplo, un metro cúbico de hormigón armado). Es posible que para diferentes partes de la construcción se necesiten diferentes unidades de construcción (por ejemplo, unidades de material para la construcción de edificios, unidades de tiempo para la instalación del equipo).

26. Puede que convenga adoptar el método del precio unitario si en el momento de celebrar el contrato no es posible prever con exactitud la cantidad de materiales o de servicios de construcción que se necesitarán para una parte de la construcción, y por ese motivo las partes tienen dificultades para fijar un precio alzado. En la mayoría de los casos, este método sólo puede aplicarse combinándolo con otros métodos de fijación del precio, pues el método del precio unitario no es adecuado para fijar el precio de aquellos elementos de la construcción que, por su naturaleza, no pueden dividirse en varias unidades idénticas (por ejemplo, el equipo). Puede aplicarse, por ejemplo, para la ingeniería civil, la construcción y la instalación del equipo. En un contrato en el que resulte difícil controlar las cantidades de unidades que se utilizarán para la construcción (por ejemplo, en un contrato llave en mano, donde las técnicas de construcción se dejan a la discreción del contratista) sería aconsejable que el adquirente adoptase las medidas necesarias a fin de fijar un precio equitativo por la construcción efectuada.

27. Si las partes eligen el método del precio unitario, y el contrato no prevé la revisión del precio en caso de que se modifiquen los costos de las unidades, el contratista y el adquirente compartirán el riesgo de que aumenten los costos de la construcción, así como los beneficios que podrían resultar si esos costos disminuyen. Dado que el precio por unidad de construcción es un precio fijo, el contratista soporta el riesgo de que aumenten los costos de los materiales y de la mano de obra de cada una de las unidades, o se beneficia si disminuyen. En cambio, el adquirente soporta el riesgo de que aumente el precio total estimado si hay que utilizar más unidades para la construcción de las previstas al celebrar el contrato, y se beneficia si se necesitan menos unidades. El adquirente correría menos riesgo si se estipula en el contrato que pagará las cantidades hasta determinado límite, y que el contratista sufragará los costos, o determinado porcentaje de ellos, de las cantidades que superen ese límite. En algunos casos, también se puede estipular en el contrato que el precio unitario aumentará si la cantidad efectiva de unidades no alcanza determinado porcentaje de una cantidad estimada, indicada en el contrato, o que disminuirá si la cantidad efectiva de unidades supera determinado porcentaje de la cantidad estimada. Como el precio que paga el adquirente depende del número de unidades necesarias para la construcción, es aconsejable que se establezcan en el contrato métodos adecuados y claros de medición de las cantidades utilizadas a fin de evitar controversias.

## C. Prima

28. Si el adquirente está interesado en que la construcción se termine y que las instalaciones comiencen a funcionar lo antes posible, estará algunas veces dispuesto a pagar un precio más alto, en forma de prima, si el contratista termina satisfactoriamente la construcción antes de la fecha fijada para ello en el contrato. El importe de la prima puede representar una proporción de las ganancias suplementarias que se calcula que el adquirente obtendrá si las instalaciones comienzan a funcionar antes de lo previsto. Por lo general no es aconsejable prever el pago de una prima por la terminación anticipada de la construcción si en el contrato se aplica el método de costos reembolsables, pues ello podría inducir al contratista a incurrir en mayores costos a fin de terminar las instalaciones rápidamente y recibir la prima.

29. Para calcular la prima, las partes pueden determinar la ganancia estimada que obtendrá el adquirente por cada día de adelanto en la terminación de las instalaciones. Esta suma diaria puede expresarse luego en el contrato como una suma fija, como porcentaje del precio del contrato, si se aplica el método del precio alzado, o como porcentaje de la retribución, si se aplica el método de costos reembolsables. Si se expresa la prima como un porcentaje del precio o de la retribución, será posible que su importe varíe si varía el precio o la retribución (por ejemplo, debido al reajuste o a la revisión del precio, o al ahorro en los costos, frente al costo proyectado). De esa manera, la prima podría reflejar hasta cierto punto las variaciones de los niveles de precios. Si se aplica el método del precio unitario, el importe puede consistir en una suma fija por cada día de adelanto en la terminación. Tanto si la prima se indica como suma diaria fija o como porcentaje, podrá limitarse a un importe máximo.

30. Es aconsejable estipular que el pago de la prima sólo será exigible una vez transcurrido determinado plazo durante el que las instalaciones hayan

funcionado sin interrupción. Este criterio puede evitar que el contratista adopte métodos de construcción más rápidos, que se traduzcan en una construcción defectuosa. El plazo de funcionamiento continuo de las instalaciones puede comenzar a correr a partir del momento en que el adquirente reciba o acepte las instalaciones (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafos 22, 31 y 32).

## D. Moneda del precio

31. La moneda en la que se pague el precio puede entrañar ciertos riesgos para las partes a raíz de la fluctuación de su poder adquisitivo y de la fluctuación de sus tipos de cambio con otras monedas (véanse los párrafos 47 a 62, *infra*). Si el precio debe pagarse en la moneda del país del contratista, el adquirente soportará las consecuencias de las fluctuaciones del tipo de cambio entre esa moneda y la de su país. Por el contrario, el contratista se hará cargo de las consecuencias de una fluctuación del tipo de cambio entre la moneda de su país y la de otro país en el que tenga que pagar el equipo, los materiales o los servicios para la construcción. Si el precio debe pagarse en la moneda del país del adquirente, el contratista soportará las consecuencias de las fluctuaciones del tipo de cambio entre esa moneda y la moneda de su país. Si el precio debe pagarse en la moneda de un tercer país que las partes consideren estable, cada una de ellas asumirá las consecuencias de las fluctuaciones del tipo de cambio entre esta moneda y la moneda de su respectivo país. Si una institución financiera otorga al adquirente un préstamo para la construcción de las instalaciones, puede que el adquirente prefiera que el precio se pague en la moneda en la que se ha otorgado el préstamo.

32. Al estipular la moneda en la que se pagará el precio, las partes deben tener presentes las reglamentaciones y los tratados internacionales sobre cambios vigentes en el país del contratista y en el del adquirente que rijan imperativamente esta cuestión. Las partes deben también tener en cuenta que en algunos ordenamientos jurídicos el precio de un contrato internacional debe pagarse en la moneda en la que se expresa, mientras que en otros ordenamientos se permite, o incluso se exige, que el pago se efectúe en la moneda del lugar de pago, aun cuando el precio se haya expresado en una moneda extranjera.

33. Si las partes aplican el método del precio alzado o del precio unitario, el riesgo que corre el contratista por las fluctuaciones de los tipos de cambio será menor si el precio se ha de pagar en las mismas monedas en las que él debe pagar el equipo, los materiales y servicios relacionados con la construcción. Si se adopta este criterio, puede pagarse en distintas monedas el precio correspondiente a las distintas partes de las instalaciones. El contratista también puede reducir hasta cierto punto el riesgo que asume por las fluctuaciones de los tipos de cambio indicando en los subcontratos que celebre que el precio se pagará en la misma moneda en la que se pagará el precio del contrato de obras. Pero incluso en estos casos, salvo cuando la moneda sea la de su propio país, el contratista soportará las consecuencias si se produce una fluctuación del tipo de cambio de esa moneda entre la fecha en que la adquirió para pagar al subcontratista y la fecha en que el adquirente le pague el precio, conforme al contrato de obras, correspondiente a ese subcontratista.

34. Si las partes utilizan el método de costos reembolsables, se puede estipular en el contrato que los costos se reembolsarán al contratista en la misma moneda en la que deba sufragarlos. Otra posibilidad sería estipular que los costos se reembolsarán en la misma moneda en la que se pagará la retribución. Si se adopta este criterio, y los costos se sufragan en una moneda distinta a la moneda de la retribución, habrá que convertir el importe de los costos a la moneda de la retribución aplicando determinado tipo de cambio. Es aconsejable disponer en el contrato que esta conversión se efectuará al tipo de cambio vigente en determinado lugar y en determinada fecha. Esta fecha será la fecha en la que el contratista haya tenido que hacer frente a los costos (en este caso, el adquirente soportará el riesgo de las fluctuaciones del tipo de cambio que se produzcan entre esa fecha y la fecha en la que reembolse los costos al contratista), o la fecha en la que el adquirente reembolse los costos al contratista (en este caso el riesgo correrá a cargo del contratista).

35. Si el país del adquirente tiene escasos recursos en divisas es posible que esté interesado en asegurarse de que al menos una parte del precio se pague en la moneda nacional. El contrato podría estipular que se empleará la moneda del país del adquirente para los pagos relacionados con los costos de construcción a que el contratista tenga que hacer frente en esa moneda (por ejemplo, el pago de la mano de obra o los subcontratistas locales, o los gastos de alojamiento del personal del contratista en el país del adquirente). Este criterio podría aplicarse incluso cuando para fijar el precio del contrato de obras se utilice el método del precio alzado. En un contrato de ese tipo se podría indicar la parte del precio alzado que se pagará en moneda local, basándose en la estimación de los costos que se le ocasionarán al contratista en esa moneda. Otra posibilidad sería expresar en el contrato toda la suma alzada en moneda extranjera, indicando que los gastos efectuados en moneda local se pagarán, una vez comprobados, en moneda local y se deducirán de la suma alzada aplicando un tipo de cambio determinado. También puede estipularse en el contrato que la moneda en la que se haya expresado el precio se sustituirá por otra si los suministros no pueden obtenerse en el país, como se había previsto, y está permitido importarlos del extranjero.

36. En el contrato se podría expresar el precio en una moneda que las partes consideren estable, pero estipular que el pago se efectuará en otra moneda. La aplicación de un criterio semejante puede tener efectos análogos, en el fondo, a los de una cláusula del tipo de cambio (véanse los párrafos 58 y 59, *infra*), y las restricciones que imponga la ley aplicable con respecto a esas cláusulas se aplicarían también a las disposiciones contractuales. Si se adopta este criterio en el contrato es aconsejable estipular el tipo de cambio que se aplicará entre la moneda en la que se expresa el precio y la moneda en la que se efectúa el pago. Ese tipo de cambio podrá definirse haciendo referencia al tipo vigente en determinado lugar y en determinada fecha. Si el precio se formula como precio alzado o como precio unitario, puede que el contratista prefiera que en el contrato se establezca que la fecha pertinente será aquella en la que se pague realmente el precio. Si el precio se fija conforme al método de costos reembolsables, puede indicarse una de las fechas mencionadas en el párrafo 34, *supra*.

37. No es conveniente que en el contrato se exprese todo el precio de las instalaciones en dos o más monedas, consintiendo que el deudor o el acreedor decidan en cuál de ellas se ha de pagar. Una cláusula de ese tipo protege solamente a la parte que puede escoger, y su elección podría reportarle beneficios injustificados.

## E. Reajuste y revisión del precio

38. Debido a la larga duración y al carácter complejo de los contratos de obras, puede que las partes deseen estipular que el precio alzado o el precio por unidad se reajustará o revisará en determinados casos. Dado que en el método de costos reembolsables, el adquirente reembolsa al contratista los costos de construcción que realmente haya sufragado, es innecesario prever el reajuste o la revisión del precio, salvo con respecto a la retribución, al límite máximo del total de costos reembolsables, si lo hubiere, o a los costos proyectados (véanse los párrafos 15 y 23, *supra*).

39. En esta *Guía* se distingue entre "reajuste" y "revisión" del precio. El reajuste se refiere a los casos en que los costos de construcción suben o bajan después de celebrado el contrato a raíz de una modificación en la construcción prevista en el contrato. Este cambio puede atribuirse a una modificación en las instalaciones que se construirán (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafos 25 a 32) o a que se aplicará una fórmula de construcción distinta a la prevista al celebrar el contrato debido, por ejemplo, a que los datos suministrados por el adquirente eran incorrectos (véase el párrafo 43, *infra*), a obstáculos naturales imprevisibles (véanse los párrafos 44 y 45, *infra*) o a un cambio en las reglamentaciones y condiciones locales (véase el párrafo 46, *infra*). La revisión del precio se refiere a los casos en los que la construcción prevista en el contrato sigue siendo la misma, pero algunos factores económicos han cambiado de tal modo que hay gran desproporción entre el costo de la construcción y el precio que se pagará por ella. El reajuste o la revisión pueden aumentar o disminuir el precio, aunque la experiencia demuestra que lo más corriente es lo primero. Es aconsejable limitar el reajuste y la revisión del precio a los casos que se indiquen con claridad en el contrato o que estén previstos en la ley aplicable al mismo.

40. Puede estipularse en el contrato que el reajuste o la revisión del precio se efectuarán de conformidad con ciertos criterios especificados en el mismo (véanse las subsecciones 1 y 2, *infra*). Este método es, en general, aceptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En lo tocante al reajuste, el contrato puede estipular, por ejemplo, que el precio se reajustará haciendo referencia a los gastos en que razonablemente haya incurrido el contratista en determinadas circunstancias. En cuanto a la revisión, el contrato puede estipular que el precio se revisará con arreglo a determinada fórmula matemática, o que se tendrán en cuenta los gastos razonables que se hubieran efectuado. Puede no ser aconsejable que en el contrato las partes se obliguen simplemente a acordar un reajuste o revisión cuando se planteen determinadas circunstancias ya que, si no se ponen de acuerdo, es posible que surjan dificultades para dirimir la cuestión en un procedimiento arbitral o judicial (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafo 3). Las partes pueden asimismo establecer que, si las controversias surgidas entre ellas se están examinando en un procedimiento arbitral o judicial, la construcción no se interrumpirá mientras dure el procedimiento. Cuando el adquirente sea una empresa estatal, las partes deberán tener presentes las dificultades que podrían encontrarse para obtener fondos adicionales en los casos en que el precio se reajuste, revise o modifique de algún otro modo.

## 1. *Reajuste del precio*

41. Tal vez las partes deseen definir cuidadosamente las circunstancias en las que el precio indicado en el contrato se reajustará a fin de evitar incertidumbres al respecto. Además, es posible que un contrato previsto como contrato a precio alzado tienda a asumir el carácter de un contrato de costos reembolsables si se consiente el reajuste en una serie demasiado amplia de circunstancias.

42. En el contrato se puede prever el reajuste del precio si se modifica la construcción prevista (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafos 25 a 32), así como en las situaciones que se examinan a continuación.

### a) *Inexactitudes en los datos suministrados*

43. Puede que las partes deseen establecer que el precio se reajustará cuando, como consecuencia de la inexactitud de los datos facilitados por el adquirente, sea necesario ampliar la construcción o adoptar una fórmula de construcción más costosa que la prevista razonablemente al celebrar el contrato. Sin embargo, puede que las partes deseen estipular que el precio no se reajustará si el contratista podía razonablemente haber descubierto la inexactitud de los datos en el momento de celebrar el contrato. El reajuste del precio debe cubrir los costos razonables de la nueva construcción o la fórmula más costosa. Puede que las partes deseen también estipular que, incluso en los casos en que hubiera sido imposible razonablemente descubrir la inexactitud de los datos en el momento de celebrar el contrato, el precio no se reajustará salvo que el contratista descubra posteriormente la inexactitud de los datos en el momento en que razonablemente se pueda descubrir, y notifique los errores en ese mismo momento al adquirente. En caso de que el contratista suministre datos inexactos, no tendrá derecho a un aumento del precio.

### b) *Obstáculos naturales imprevisibles*

44. Cabe esperar que el contratista inspeccione el emplazamiento y sus alrededores, en la medida de lo posible, antes de presentar su oferta o negociar el contrato, y que base sus negociaciones en los resultados de su inspección. Puede suceder, sin embargo, que durante dicha inspección no sea posible descubrir, ni aun con esfuerzos razonables, ciertos obstáculos naturales del emplazamiento, sobre todo las condiciones hidrológicas y subterráneas.

45. Se pueden adoptar en el contrato distintos criterios para el caso de que durante la construcción se descubran obstáculos naturales, en especial, condiciones hidrológicas y subterráneas, que el contratista no haya podido razonablemente descubrir durante su inspección. Podría imponerse al contratista el riesgo de esos obstáculos, obligándolo a sufragar los costos extraordinarios ocasionados por los obstáculos imprevisibles. Otra solución sería estipular que se aumentará el precio a fin de que cubra los costos más altos en que haya incurrido razonablemente el contratista como consecuencia de los obstáculos naturales que ha descubierto, siempre que éstos se notifiquen al adquirente dentro de un plazo razonable a partir del momento en que se podía razonablemente descubrirlos. Las partes pueden también considerar la posibilidad de compartir los gastos.

c) *Cambios en las reglamentaciones y condiciones locales*

46. Es posible que algunas normas jurídicas de carácter administrativo u otras normas públicas vigentes en el país del adquirente o en el del contratista regulen imperativamente algunos aspectos de las fórmulas de construcción (por ejemplo, por razones de seguridad o de protección del medio ambiente, *véase* el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafos 22 y 23). Si la construcción no se ajusta a las normas jurídicas que entren en vigor después de la celebración del contrato, tal vez sea necesario modificar la fórmula de construcción. El contrato puede indicar quién soportará el riesgo de estas modificaciones. En caso de que fuera el adquirente, podría preverse un reajuste del precio. En el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafo 23, se examinan las modificaciones en las instalaciones que podrían exigir normas jurídicas de esa índole. En el contrato puede también estipularse que se modificará el precio si los suministros no pueden obtenerse en el país, como se había previsto, y está permitido importarlos del extranjero.

2. *Revisión del precio*

47. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se aplica al pago del precio del contrato el principio "nominalista", por el que la suma que se ha de pagar en la moneda indicada en el contrato permanece constante, incluso si el valor de esa moneda cambia entre el momento de la celebración del contrato y el momento en que se efectúa el pago. Es posible que el valor de la moneda cambie en función de su tipo de cambio con otras monedas. También puede cambiar en función de su poder adquisitivo, en cuyo caso los costos de la construcción a cargo del contratista aumentarían o, en casos excepcionales, disminuirían. Muchos contratos a largo plazo contienen cláusulas destinadas a reducir estos riesgos que soporta el contratista. Dichas cláusulas pueden disponer que el precio se revisará basándose en determinados índices (véanse los párrafos 49 a 55, *infra*) o en los costos realmente incurridos (véanse los párrafos 56 y 57, *infra*). No obstante, algunos ordenamientos jurídicos rigen imperativamente las cláusulas contractuales relativas a la revisión del precio debido a una variación del valor de la moneda de pago. En consecuencia, las partes deben informarse si la legislación de sus respectivos países permite incluir en el contrato la cláusula que desean.

48. En el contrato se puede estipular que la aplicación de la cláusula de revisión del precio se limitará a los casos en los que daría lugar a una modificación que supere determinado porcentaje del precio. Puede que las partes deseen tener presente que en la práctica las cláusulas de revisión del precio no suelen aplicarse si la construcción, tal como se ha previsto en el contrato, no llevará más de 12 a 18 meses a partir del momento en que el contrato entre en vigor.

a) *Variaciones de los costos de la construcción*

i) *Cláusulas de indización*

49. La finalidad de las cláusulas de indización es modificar el precio del contrato según las variaciones de los costos de la construcción, vinculando el precio del contrato a los niveles de precios de determinados bienes o servicios vigentes en determinadas fechas. En los contratos de obras, puede vincularse a

los niveles de precios de los materiales o servicios necesarios para construir las instalaciones. Si se produce una variación de los índices convenidos automáticamente se modifica el precio, sin necesidad de que se comprueben los precios que el contratista ha pagado realmente durante la construcción. Las legislaciones de algunos países prohíben el empleo de cláusulas de indización o lo restringen. Por ejemplo, en algunos países sólo se autorizan estas cláusulas para los casos en que los costos de la construcción varían durante el período comprendido entre la celebración del contrato y su entrada en vigor. Tal vez sea necesario adaptar la cláusula de indización a una nueva situación si se modifica en forma considerable el objetivo de la construcción.

50. Al redactar una cláusula de indización, es aconsejable que se emplee una fórmula algebraica para determinar de qué manera se reflejarán en el precio las fluctuaciones de los índices establecidos. En la fórmula puede utilizarse una combinación de varios índices, cada uno de ellos con coeficientes de ponderación diferentes, a fin de que refleje la proporción de los distintos componentes de costos (por ejemplo, materiales o servicios) en el costo total de la construcción. Es decir que una fórmula única puede contener distintos índices que reflejen los costos de los diferentes materiales y servicios. Puede que se requieran distintos índices cuando las fuentes de un mismo componente de costos se encuentran en distintos países.

51. También pueden aplicarse distintas fórmulas, cada una con su propia ponderación, a diferentes aspectos de la construcción. Si, por ejemplo, la construcción consiste en varios tipos diferentes de operaciones, tales como excavación, hormigonado, trabajo de albañilería, instalación y obras de dragado, una fórmula única de revisión del precio puede resultar difícil de establecer y producir resultados inexactos. Por consiguiente, sería preferible contar con una fórmula distinta para cada uno de los principales aspectos de la construcción.

52. La cláusula de indización puede incluir un determinado porcentaje del precio (por lo general, del 5 al 20%) que no se sujeta a modificación alguna en virtud de esa cláusula. Este porcentaje tiene por objeto dejar un margen para el caso de que el contratista adquiera algunas partidas a un nivel de precio inferior al reflejado en el índice de precios correspondiente a las mismas. También puede brindar cierta protección si resultan otras inexactitudes de la fórmula empleada en la cláusula. Además, si el propósito de la cláusula de indización es proteger al contratista solamente contra un aumento de los costos de la construcción y no contra la inflación en general, este porcentaje puede reflejar la ganancia del contratista.

53. Cabe estipular en el contrato que la cláusula de indización se aplicará para decidir si se debe revisar el precio en ocasión de cada uno de los pagos provisionales. A fin de utilizar los índices convenidos, es aconsejable indicar en el contrato la fecha que se utilizará como base para comparar los niveles de los índices. Puede estipularse que la fecha base será la de celebración del contrato. O bien, si el contrato se celebra después de una licitación, se puede estipular que la fecha base se sitúe un determinado número de días antes (por ejemplo, 45 días) de la fecha de presentación de la oferta de contrato, o un determinado número de días antes de la fecha de vencimiento para la presentación de ofertas, pues el precio que contenga la oferta puede basarse en los niveles de precio vigentes en esos momentos. También se podría estipular en el contrato que los niveles de índices correspondientes a la fecha base deben compararse

con los niveles de índices vigentes determinado número de días antes de la última fecha del período de la construcción con respecto al que deba efectuarse el pago, pues el contratista tendrá que hacer frente a los costos antes de que termine ese período. Otra posibilidad sería estipular que los niveles de índices en la fecha base deben compararse con los niveles vigentes determinado número de días antes de la fecha en la que puede exigirse el pago. Pero el contrato también podría prever que, si el contratista incurre en demora para terminar la construcción, se aplicarán los niveles de índices vigentes determinado número de días antes de la fecha convenida para el cumplimiento, si esos niveles resultan más favorables para el adquirente. La facultad del adquirente de ejercer esta opción podría limitarse a los casos en que no haya impedimentos exonerantes que impidan al contratista cumplir sus obligaciones en la fecha prevista (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración", párrafos 9 a 26).

54. Varios factores pueden influir en la elección de los índices que han de utilizarse. Los índices deben ser fácilmente accesibles (por ejemplo, que se publiquen a intervalos regulares). Deben ser fiables. Pueden seleccionarse índices publicados por órganos reconocidos (por ejemplo, cámaras de comercio acreditadas) u organismos gubernamentales o intergubernamentales. Si el contratista debe incurrir en algunos costos de la construcción en determinado país, tal vez sea aconsejable aplicar a esos costos los índices de ese país. Las partes deben proceder con cautela al emplear en una fórmula índices basados en distintas monedas, ya que los cambios en las relaciones entre esas monedas pueden afectar la aplicación de la fórmula de manera inesperada.

55. En algunos países, sobre todo en los países en desarrollo, es posible que los índices disponibles para emplear en una cláusula de indización sean limitados. Si no se dispone de un índice para determinado componente de costos, las partes pueden optar por aplicar un índice disponible para otro componente. Es aconsejable que se elija un componente cuyo precio es probable que fluctúe aproximadamente en las mismas proporciones y al mismo tiempo que el del elemento que se utilizará realmente (por ejemplo, porque está compuesto de la misma materia prima o porque puede utilizarse para sustituir al que realmente ha de emplearse). Por ejemplo, si se desea estipular un índice para los costos de mano de obra y no se dispone de un índice de salarios, algunas veces se utiliza un índice de precios al consumidor o un índice del costo de la vida[1].

ii) *Método de la prueba documental*

56. El contrato puede prever un método, que suele denominarse método de la prueba documental, para hacer frente a las variaciones que se produzcan después de celebrado el contrato en los costos de algunos elementos relacionados con la construcción. Este método se basa en el principio de que debe pagarse al contratista el monto por el que los costos reales con respecto a la construcción, si son razonables, superan los costos que sirvieron de base para calcular el precio del contrato, debido a cambios que no sean cambios en la cantidad de materiales, equipo y servicios de construcción necesarios para la construcción. En consecuencia, el método de la prueba documental requiere que se indique en el contrato la cantidad y el precio de cada unidad de materiales, equipo y mano de obra en las que se basó el cálculo del precio. La revisión del precio conforme a este método comprenderá la diferencia entre el precio que refleja el cálculo y el precio efectivamente pagado por el contratista

por unidades cuantitativas con respecto a la cantidad determinada en el contrato. Al contrario del método de fijación del precio denominado de costos reembolsables, conforme al método de la prueba documental, el precio del contrato no debe revisarse si el contratista incurre en costos superiores debido a una subestimación del alcance de sus obligaciones relacionadas con la construcción en el momento de celebrar el contrato. Este método presenta algunos inconvenientes para el adquirente, pues le impone el riesgo de que aumenten los costos de la construcción a raíz de aumentos de los precios del equipo, los materiales y la mano de obra. Además, es posible que el contratista no tenga muchos incentivos para mantener bajos los costos de la construcción pues está facultado a recuperar lo que hayan aumentado. Los trámites administrativos que debe realizar el contratista para obtener la prueba documental de los costos de la construcción, y el adquirente para comprobarlos, pueden ser prácticamente tan laboriosos como los que requiere un contrato de costos reembolsables. Por estos motivos, tal vez las partes deseen aplicar el método de la prueba documental sólo con respecto a las partes del precio calculado sobre la base de factores de costos inestables, para los que no sea posible aplicar el método de la cláusula de indización (por ejemplo, por no disponerse de los índices pertinentes).

57. Si las partes optan por el método de la prueba documental, deberán indicar en el contrato la parte del precio que está sujeta a revisión conforme a dicho método. Es aconsejable que en el contrato se indique el equipo, los materiales o servicios respecto a los que tendrá lugar la revisión del precio, consignándose por separado la cantidad y la cuantía de los costos relacionados con la unidad de equipo, materiales o servicios sobre la que se basó el precio del contrato. También es aconsejable estipular que el precio se modificará no sólo en caso de que los costos aumenten sino también cuando disminuyan. El contrato podría estipular un procedimiento, análogo al que se utiliza en los contratos de costos reembolsables (véase el párrafo 24, *supra*), por el que el contratista deba probar los costos que haya efectuado. También se podría estipular en el contrato que el contratista tendrá que adquirir el equipo o los materiales con respecto a los que se autoriza la revisión del precio de fuentes autorizadas, o después de haber solicitado ofertas competitivas.

### b) *Fluctuaciones del tipo de cambio de la moneda de pago en relación con otras monedas*

#### i) *Cláusula de la moneda de pago*

58. En la cláusula monetaria, el precio que ha de pagarse se vinculará al tipo de cambio entre la moneda de pago y alguna otra moneda (denominada "moneda de referencia") indicada en el momento de celebrar el contrato. Si en la fecha de pago este tipo de cambio ha aumentado o disminuido, el precio aumentará o disminuirá de modo que su importe expresado en la moneda de referencia siga siendo el mismo. A los efectos de comparar los tipos de cambio, puede que sea conveniente adoptar la fecha en la que se efectúa el pago y no aquella en la que se hace exigible. Si se adopta esta última, el contratista podría sufrir una pérdida si el adquirente se retrasa en el pago. Otra posibilidad sería que la cláusula monetaria facultara al contratista a elegir entre el tipo de cambio vigente en el momento en que el pago es exigible y el tipo de cambio vigente en el momento en que se efectúa el pago efectivo. Es aconsejable indicar un tipo de cambio vigente en determinado lugar.

59. Para que la cláusula del tipo de cambio cumpla sus objetivos, es preciso que la moneda de referencia sea estable. Disminuye la inseguridad derivada de una posible inestabilidad del empleo de una sola moneda tomándose como referencia varias monedas. Se puede establecer en el contrato una media aritmética de los tipos de cambio entre la moneda de pago y varias otras monedas determinadas, y estipularse que el precio se revisará de conformidad con las variaciones de este promedio.

ii) *Cláusula de la unidad de cuenta*

60. Cuando se utiliza la cláusula de la unidad de cuenta, el precio se expresa en una unidad de cuenta compuesta de proporciones acumulables de varias monedas seleccionadas. Podrá utilizarse una unidad de cuenta definida en un tratado internacional o fijada por una organización internacional, que indicará las monedas seleccionadas que intervienen en esa unidad y los coeficientes de ponderación que se atribuyen a cada una de ellas. A la inversa de la cláusula del tipo de cambio, en la que se utilizan varias monedas, el coeficiente de ponderación de cada una de las monedas seleccionadas que componen la unidad de cuenta suele no ser el mismo, atribuyéndosele el mayor a las monedas que se utilizan habitualmente en el comercio internacional[2].

61. La principal ventaja de emplear una unidad de cuenta como la unidad monetaria con la que se compara la moneda de pago es la relativa estabilidad de la unidad de cuenta, ya que si una de las monedas que la componen es débil, la fuerza de otra suele compensarlo. Por consiguiente, la cláusula de la unidad de cuenta brindará considerable protección contra las fluctuaciones de los tipos de cambio de la moneda de pago en relación con otras monedas.

62. Al elegir la unidad de cuenta que ha de emplearse en la cláusula, las partes deben averiguar si la relación entre la moneda de pago y la unidad de cuenta podrá determinarse fácilmente en las fechas pertinentes, es decir, al celebrarse el contrato y cuando se efectúa el pago. Podría utilizarse la unidad de cuenta definida por el Fondo Monetario Internacional como Derecho Especial de Giro (DEG). También las partes podrían hacer referencia a la unidad monetaria europea (ECU) como unidad de cuenta. Los valores de estas unidades de cuenta en relación con varias monedas se publican diariamente.

## F. Condiciones de pago

63. En las condiciones de pago previstas en el contrato se pueden indicar las fechas y el lugar en que han de pagarse las distintas partes del precio, así como las modalidades de pago. La fecha de pago puede influir en el monto del precio pues el contratista puede tener en cuenta los intereses al calcular el precio. Las condiciones de pago podrían dar un incentivo al contratista para que cumpla sus obligaciones de acuerdo con un calendario convenido si estipulan que se le pagará una parte considerable del precio cuando se terminen distintas etapas de la construcción. El lugar de pago puede tener consecuencias importantes. Por ejemplo, es posible que mientras los fondos se transfieran a otro país, el valor de la moneda varíe. Además, puede que la transferencia esté sujeta al control de cambios. Las modalidades de pago (por ejemplo, una carta de crédito o los documentos que se presenten para el pago) pueden estructurarse de modo de

reducir el riesgo que soporta el contratista de que no se le pague a su debido tiempo y el que soporta el adquirente de tener que pagar por una construcción no efectuada de conformidad con el contrato.

64. Al redactar las condiciones de pago, las partes deben tener presente el método o los métodos de fijación del precio (véase el párrafo 2, *supra*) que se emplean en el contrato. Si se aplica el método del precio alzado, este último podría desglosarse, asignándose a los principales aspectos de la construcción que debe efectuar el contratista (por ejemplo, ingeniería civil, suministro de equipo, transferencia de tecnología). Las partes del precio correspondientes a esos elementos principales pueden pagarse en distintas etapas, en determinados porcentajes. Por ejemplo, una parte del precio podría asignarse al suministro del equipo. Determinado porcentaje de esa asignación podría pagarse como anticipo (véase el párrafo 67, *infra*), otro porcentaje durante la construcción (véanse los párrafos 68 a 74, *infra*), el tercer porcentaje después de la toma a cargo o la aceptación de las instalaciones (véase el párrafo 75, *infra*), y el resto después de la expiración del período de garantía (véase el párrafo 76, *infra*).

65. Si se aplica el método de costos reembolsables para todas las instalaciones o una parte de ellas, el contrato podría contener una estimación de los costos de la construcción que cubre ese método. Determinado porcentaje del total de los costos reembolsables estimados podría pagarse como anticipo, determinado porcentaje de los costos incurridos durante la construcción, dentro de un plazo determinado y breve después de que el adquirente reciba los documentos exigidos en el contrato (véase el párrafo 71, *infra*), otro porcentaje determinado de esos costos después de la toma a cargo o aceptación de las instalaciones (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafos 22, 31 y 32), y el resto después de la expiración del período de garantía (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 28 a 30). Al convenir el momento en que se pagará la retribución al contratista, las partes deben tener en cuenta el carácter de la retribución que ha de pagarse (véanse los párrafos 21 a 23, *supra*). Determinada parte de la retribución puede pagarse a medida que se terminen distintas partes de la construcción, otra parte después de la aceptación, y el resto después de la expiración del período de garantía.

66. Si se utiliza el método del precio unitario, podría estipularse en el contrato que determinado porcentaje del precio estimado, calculado sobre la base de la cantidad estimada de construcción cubierta por este método de fijación del precio, se pagará como anticipo, otro porcentaje del precio en consideración de la construcción realmente efectuada se pagará en las fechas indicadas en el contrato, determinado porcentaje del precio en consideración de esa construcción después de la toma a cargo o aceptación, y el resto después de la expiración del período de garantía.

### 1. *Anticipo*

67. En el contrato se puede exigir un anticipo para cubrir el capital de explotación del contratista y los gastos de las primeras etapas de la construcción (por ejemplo, primeras compras de equipo y materiales, transporte y alojamiento del personal). Ese pago también puede brindar al contratista cierta protección contra las pérdidas que sufriría si el adquirente

rescindiera el contrato antes de iniciar la construcción o en una de sus primeras etapas. También podría protegerse al adquirente con una fianza para el caso de que el contratista no le reembolse el anticipo. El monto del anticipo puede calcularse de manera que cubra los gastos iniciales del contratista que se hayan previsto. Se puede exigir en el contrato que el adquirente remita el anticipo directamente a un banco designado por el contratista dentro de determinado plazo después de que el contratista haya proporcionado las fianzas de buena ejecución y de reembolso. En el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 10 a 13, se examinan ambos tipos de fianza.

### 2. *Pago durante la construcción*

68. Es aconsejable estipular en el contrato que se pagarán las distintas partes del precio a medida que progrese la construcción. El monto de lo que se pagará durante la construcción debe determinarse teniendo presente el carácter de la construcción que debe efectuarse y el método de fijación del precio adoptado.

69. Uno de los criterios para determinar la fecha y la cuantía del pago sería individualizar determinadas partes de la construcción (por ejemplo, excavación o construcción de los cimientos), y estipular que se pagarán determinadas partes del precio a medida que se terminen esas partes de la construcción. Otro criterio sería estipular que el contratista estará facultado a recibir pagos por la construcción que haya terminado dentro de determinados plazos (por ejemplo, todos los meses), dependiendo el monto de esos pagos de la magnitud de la construcción efectuada en el período correspondiente.

70. El pago del equipo y los materiales suministrados por el contratista puede efectuarse después de que hayan sido incorporados a las instalaciones, siguiendo cualquiera de los dos métodos descritos en el párrafo precedente. Pero las partes también pueden convenir en otro método, sobre todo cuando el adquirente recibe el equipo y los materiales después de su envío, y éstos quedan bajo su tenencia hasta que se emplean en la construcción. En estos casos, la parte del precio correspondiente a ese equipo y esos materiales podrá pagarse previa presentación al adquirente, o al banco del adquirente, de documentos que prueben que han sido entregados al primer transportista para que los entregue al adquirente y que se ha tomado un seguro, o que han sido entregados al adquirente en el emplazamiento (véase el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafo 10).

71. Es aconsejable que en el contrato se indiquen los documentos que el contratista debe presentar para recibir el pago, tales como facturas, conocimientos de embarque, certificados de origen, listas de envases, y certificados de inspección. Los documentos que se exigirán dependen del tiempo empleado y de la modalidad de la prestación. Con respecto al suministro de equipo, materiales o servicios pueden exigirse documentos diferentes. Además, el tipo de documentos que se exija puede depender del método de fijación del precio aplicado por las partes.

72. Dado que los pagos durante el proceso de construcción deben hacerse con respecto a la construcción ya terminada, las partes deben convenir claramente en los procedimientos para determinar esa terminación. Puede que el adquirente desee facultar al ingeniero consultor para que mida la magnitud de la construcción terminada. El contrato podría exigir que para recibir el pago

correspondiente el contratista presente al ingeniero consultor, al final de cada período, determinados documentos, respaldados por un informe detallado sobre la construcción terminada en ese período. También se puede estipular en el contrato que los pagos se efectuarán sobre la base de certificados provisionales emitidos por el ingeniero consultor o por el adquirente.

73. Si se aplica el método de costos reembolsables puede que sea necesario establecer condiciones contractuales especiales para comprobar los gastos en que haya incurrido el contratista. El contrato podría autorizar al adquirente a que inspeccione sus registros. Como cabría esperar que las condiciones de pago de los subcontratos celebrados por el contratista correspondan a las condiciones de pago estipuladas en el contrato de obras, en el contrato se puede facultar al contratista a recibir el pago de la parte del precio relativa a la construcción subcontratada sólo si ya ha pagado a su subcontratista, o si este pago, por lo menos, se ha hecho exigible. El adquirente podrá influir en las condiciones de pago de los subcontratos participando en la selección de los subcontratistas (véase el capítulo XI, "Subcontratación", párrafos 15 a 26) o incluyendo en el contrato de obras requisitos con respecto a las condiciones de pago de los subcontratos.

74. En el contrato se puede indicar un plazo dentro del que el ingeniero consultor o el adquirente deben emitir un certificado provisional de pago, y otro plazo, que correrá a partir de la emisión de dicho certificado, dentro del que el adquirente debe hacer el pago. Podría estipularse que la parte del precio que corresponda en virtud de ese certificado será exigible dentro de determinado plazo después de la presentación del certificado al banco que se indique en el contrato. En caso de que no se emita el certificado, incluso si se ha producido el hecho que faculta al contratista a recibir el pago, o de que no se pague la suma debida en virtud del certificado, podría facultarse al contratista a reclamar el pago en los procedimientos de solución de controversias (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias").

### 3. *Pago dentro de un plazo determinado después de la toma a cargo o la aceptación de las instalaciones*

75. Podría estipularse que el pago de determinados porcentajes de algunas partes del precio (por ejemplo, las correspondientes al equipo y los materiales suministrados, a la ingeniería civil, a la instalación del equipo o a la transferencia de tecnología) sólo será exigible si se prueba que la construcción se ha terminado satisfactoriamente, por ejemplo, después de la aceptación de las instalaciones. El contrato puede exigir que el adquirente pague esas partes del precio dentro de determinado plazo a partir de la presentación de esa prueba (por ejemplo, dentro de dos semanas después de que se hayan efectuado en forma satisfactoria las pruebas de funcionamiento, o de que se haya firmado el protocolo de aceptación). En algunos casos, en los que la toma a cargo precede a la aceptación de las instalaciones, puede estipularse que una parte del precio será exigible dentro de un plazo determinado a partir de la toma a cargo (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación").

### 4. *Pago dentro de un plazo determinado posterior a la expiración del período de garantía*

76. Para proteger al adquirente contra las consecuencias de una construcción defectuosa por parte del contratista, se puede establecer en el contrato que el pago de determinado porcentaje del precio sólo será exigible dentro de un plazo determinado después de la expiración del período de garantía (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 28 a 30). Al fijar ese porcentaje, puede que las partes deseen tener presentes las demás garantías de que dispone el adquirente en caso de que se descubran defectos durante el período de garantía. Si el adquirente tiene protección suficiente gracias a una fianza de buena ejecución (véase el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 10 a 12), se puede establecer en el contrato que el precio total se pagará en un plazo determinado posterior a la fecha de la aceptación de las instalaciones. Además se puede estipular que si se descubren defectos y se notifican dentro del período de garantía, el adquirente estará facultado a retener de la parte del precio aún pendiente de pago una suma suficiente para indemnizarlo por esos defectos. Este derecho de retención puede perdurar hasta que el contratista subsane los defectos y pague al adquirente los daños y perjuicios que le correspondan.

### 5. *Crédito otorgado por el contratista o por el país del contratista*

77. Casi siempre el adquirente financia la construcción de las instalaciones con un préstamo que le otorga una institución financiera. Pero en algunos casos, cuando el contratista dispone de muchos recursos financieros y las instalaciones a construir no son grandes, es posible que prefiera otorgar él mismo un crédito al adquirente para financiar una parte del precio. En esos casos, el adquirente podría reembolsar en cuotas la parte del precio cubierta por el crédito, dentro de un plazo determinado después de la toma a cargo o la aceptación de las instalaciones.

78. Si el contratista concede ese crédito al adquirente, el adquirente y el contratista deben también resolver en el contrato de obras algunas de las cuestiones que se contemplan en el acuerdo de préstamo celebrado con la institución financiera (por ejemplo, garantía de reembolso del préstamo por parte del adquirente, interés pagadero por el préstamo).

79. Algunas veces la construcción de las instalaciones se financia con un crédito que otorga el país del contratista al país del adquirente. En estos casos, al redactar las condiciones de pago en el contrato de obras, las partes deben tener presentes las disposiciones del acuerdo celebrado entre los gobiernos de esos dos países, así como las normas que se promulguen en el país del adquirente con respecto a la aplicación de ese acuerdo (por ejemplo, las condiciones para el empleo del crédito en la construcción).

## APÉNDICE

"La modificación del precio prevista en el artículo . . . del presente contrato se efectuará aplicando la fórmula siguiente:

$$P1 = \frac{P0}{100}\left(a + b\frac{M1}{M0} + c\frac{N1}{N0} + d\frac{W1}{W0}\right)$$

En la que:

P1 = precio pagadero en virtud de la cláusula de indización

P0 = precio inicial tal como se ha estipulado en el contrato

a, b, c y d representan los porcentajes convenidos en el contrato para cada uno de los componentes del precio de la construcción cubierto por la cláusula de indización; su suma es 100.

$$(a + b + c + d = 100)$$

a = proporción del precio excluido del reajuste = . . . %

b = proporción de . . . (indíquense los materiales comprendidos por esta ponderación) = . . . %

c = proporción de . . . (indíquense otros materiales comprendidos por esta ponderación) = . . . %

d = proporción de . . . (indiquense salarios comprendidos por esta ponderación) = . . . %

M0 = nivel de base de los índices de precios correspondientes a los materiales indicados en b;

M1 = nivel comparable de los índices de precios correspondientes a los materiales indicados en b;

N0 = nivel de base de los índices de precios correspondientes a los materiales indicados en c;

N1 = nivel comparable de los índices de precios correspondientes a los materiales indicados en c;

W0 = nivel de base de los índices de precios correspondientes a los salarios indicados en d;

W1 = nivel comparable de los índices de precios indicados en d."

*Notas:*

— "b", "c" y "d" deben igualar el porcentaje indicado en el párrafo 3 del ejemplo de disposición que figura en la nota 1; "a" debe incluir el porcentaje restante;

— Las fechas indicadas en el párrafo 2 y los índices de precios mencionados en el párrafo 5 del ejemplo de disposición que figura en la nota 1 deben utilizarse para los niveles de base en M0, N0 y W0 y en los niveles comparables indicados en M1, N1 y W1.

*Notas del capítulo VII:*

[1]*Ejemplo de disposición (cláusula de indización)*

"1) El precio convenido se revisará si se produce un aumento o disminución de los costos de . . . [indíquense los materiales o servicios que estarán comprendidos en esta cláusula]. La modificación se efectuará aplicando la fórmula que figura en el anexo al presente contrato. [Véase el Apéndice, *supra*.]

"2) Los niveles de base de los índices serán los vigentes [en el momento de celebrar el contrato] [. . . días antes de la presentación efectiva de la oferta] [. . . dias antes de que expire el plazo para la presentación de las ofertas]. Estos niveles se compararán con los niveles de los índices que correspondan a los mismos materiales o salarios vigentes [. . . días antes del último día del período de construcción con respecto al que debe hacerse el pago] [. . . días antes de la fecha en que el pago es exigible]. Pero si el contratista se demora en la construcción, los niveles de base se compararán, a opción del adquirente, con los niveles vigentes . . . días antes de la fecha convenida para el cumplimiento [salvo que la demora se deba a un impedimento exonerante].

"3) La parte del precio sujeta a revisión será el . . . por ciento del precio de la construcción de . . . (indicar los elementos que cubrirá esta cláusula) efectuada durante el período de construcción con respecto al que debe abonarse el pago provisional.

"4) Si entre las partes se plantea una controversia con respecto a los coeficientes de ponderación de la fórmula, [los árbitros] [el tribunal judicial] procederán [procederá] a reajustarlos si dichos coeficientes resultan inadecuados o inaplicables como consecuencia de modificaciones en el carácter o la magnitud de la construcción o de cambios importantes en las relaciones de costos de los factores ponderados.

(Este párrafo podrá incluirse en la cláusula de indización si en virtud de las leyes aplicables al contrato y la ley aplicable al procedimiento arbitral o al procedimiento judicial los tribunales arbitrales o los tribunales judiciales pueden ejercer la facultad mencionada en este párrafo).

"5) A los efectos de esta disposición, se utilizarán los índices publicados por . . . en . . . [indíquese el país]. Si ya no pueden obtenerse esos índices, se utilizarán otros, siempre que pueda razonablemente preverse que reflejarán las fluctuaciones de los precios con respecto a los costos de la construcción comprendidos por esta cláusula.

"6) La aplicación de esta cláusula se limitará a los casos en que su aplicación dé lugar a una modificación del precio que supere el . . . por ciento del precio establecido en el contrato."

[2]*Ejemplo de disposición*

Se conviene en este precio siempre que . . . [indíquese una unidad de moneda de pago] sea igual a . . . [indíquese la unidad o unidades de la unidad de cuenta]. Si esta relación ha variado en el momento del pago efectivo del precio en más del . . . por ciento, el precio que se ha de pagar se aumentará o disminuirá de manera que refleje la nueva relación entre la unidad de cuenta y la unidad de la moneda de pago."

# Capítulo VIII. Suministro del equipo y los materiales


RESUMEN

Al concebir las disposiciones del contrato relativas al suministro del equipo y los materiales, las partes podrían tener presente que el suministro del equipo y los materiales por el contratista en virtud de un contrato de obras puede tener caraterísticas diferentes a las de la entrega de mercaderías en virtud de un contrato de compraventa (párrafo 2).

Puede que las partes deseen considerar si en el contrato de obras deben resolver algunas cuestiones relacionadas con el suministro del equipo y los materiales empleando determinado término comercial tal como se interpreta en las Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (INCOTERMS). Dado que las INCOTERMS interpretan los términos comerciales principalmente en el contexto de los contratos de compraventa, es posible que en el contrato de obras algunas cuestiones deban solucionarse de manera diferente a la propuesta en las INCOTERMS (párrafo 3).

La necesidad de que se describan en el contrato el equipo y los materiales que ha de suministrar el contratista, y el carácter de esa descripción, puede depender del sistema de contratación elegido por el adquirente así como del alcance de las obligaciones del contratista (párrafos 6 y 7).

Es aconsejable indicar en el contrato la fecha y el lugar en que se han de suministrar el equipo y los materiales. En algunos casos, el contrato podría obligar al contratista a suministrar el equipo y los materiales en determinada fecha; en otros casos, podría obligarle a suministrarlos dentro de determinado plazo. El lugar del suministro puede depender de que el adquirente deba o no hacerse cargo del equipo y los materiales (párrafos 8 a 10).

Se puede indicar en el contrato cuál de las partes tendrá que organizar el transporte del equipo y los materiales y sufragar los costos relacionados con el mismo. También se pueden prever cuestiones accesorias tales como el embalaje del equipo y los materiales, los permisos necesarios para el transporte, el marcado del equipo y los materiales, y la entrega al adquirente de los documentos relacionados con el transporte (párrafos 11 a 14).

El contrato puede indicar cuál de las partes debe tramitar el despacho de aduanas del equipo y los materiales y pagar los derechos correspondientes (párrafos 15 y 16).

Las partes deben tener presente toda norma jurídica vigente en el país donde se construirán las instalaciones que prohíba la importación de determinados equipo y materiales, así como toda norma jurídica que prohíba la exportación de determinados equipo y materiales del país del contratista o de otro país del que tengan que exportarse. El contrato podría distribuir la responsabilidad de obtener las licencias de importación o exportación necesarias. También podría estipular que su entrada en

vigor depende del otorgamiento de todas las licencias de importación y exportación que se requieran en el momento en que se celebra el contrato, salvo con respecto a las licencias que no puedan obtenerse antes del comienzo de la construcción (párrafos 17 y 18).

Puede que el adquirente tenga que hacerse cargo del equipo y los materiales suministrados por el contratista a fin de almacenarlos o antes de que sean incorporados a las instalaciones por el mismo adquirente o por un contratista que no es el que los suministra. El contrato podría contener disposiciones relativas al control por parte del adquirente del equipo y los materiales que recibe, y a la notificación de la falta de conformidad (párrafos 19 y 20).

El contrato puede establecer las responsabilidades de las partes relacionadas con el almacenamiento del equipo y los materiales en el emplazamiento. Para el caso de que el equipo y los materiales hayan de ser almacenados por el adquirente, el contrato podría establecer el alcance de su responsabilidad por pérdidas o daños en el equipo o los materiales durante el almacenamiento (párrafos 21 a 26).

Si el adquirente asume la obligación de suministrar determinado equipo y materiales necesarios para la construcción de las instalaciones por el contratista, es aconsejable que se indique en el contrato la cantidad y calidad del equipo y los materiales que se suministrarán, así como el momento en que se debe efectuar el suministro. Además, el contrato podría obligar al contratista a inspeccionar el equipo y los materiales tan pronto como hayan sido suministrados por el adquirente, y exigir que se notifique al adquirente toda falta de idoneidad del equipo y los materiales (párrafos 27 a 29).

## A. Observaciones generales

1. El presente capítulo se ocupa del suministro del equipo y los materiales que se incorporarán a las instalaciones. En otros capítulos se examinan algunas cuestiones conexas. La inspección y las pruebas del equipo y los materiales durante la fabricación y la construcción, así como las consecuencias de los defectos descubiertos durante la inspección y las pruebas, se examinan en el capítulo XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción". El traspaso del riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales y las consecuencias de ese traspaso se examinan en el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo", párrafos 7 a 19. La transmisión de la propiedad del equipo y los materiales se examina en el capítulo XV, "Transmisión de la propiedad de los bienes", párrafos 6 y 7. El seguro del equipo y los materiales se examina en el capítulo XVI, "Seguro", párrafos 24 a 26. Lo relativo a las piezas de repuesto para el equipo incorporado en las instalaciones que ha de suministrar el contratista después de la terminación de la construcción se examina en el capítulo XXVI, "Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción", párrafos 10 a 21. Los recursos que puede tener el adquirente en caso de que el contratista suministre equipo y materiales defectuosos se contemplan en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 26 a 32.

2. Al redactar las disposiciones contractuales relativas al suministro del equipo y los materiales, las partes podrían tener presente que el suministro de esos elementos conforme a un contrato de obras tiene características que

pueden diferir de las relacionadas con la entrega de mercaderías en virtud de un contrato de compraventa. Por ejemplo, puesto que el equipo y los materiales suministrados por el contratista en virtud de un contrato de obras son incorporados a las instalaciones por ese contratista o por otro contratista bajo la supervisión del primero, el mero suministro del equipo y los materiales constituye sólo un cumplimiento parcial de las obligaciones de suministro del contratista. El traspaso del riesgo con respecto al equipo y los materiales o la transmisión de su propiedad pueden producirse en un momento distinto al momento en que se suministran. En algunos casos (sobre todo, si para construir todas las instalaciones se contrata a un solo contratista), el equipo y los materiales quedan en manos del contratista después de su llegada al emplazamiento hasta que sean incorporados a las instalaciones. En otros casos, el adquirente se hace cargo de ellos a fin de almacenarlos y entregarlos más tarde al contratista para que los incorpore a las instalaciones (véase la sección B, 6 y 7, *infra*).

3. Varios términos comerciales (por ejemplo, FOB, C & F) en la forma en que se los interpreta en las Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (INCOTERMS) hacen referencia a algunas de las cuestiones involucradas en el suministro del equipo y los materiales (por ejemplo, el transporte, el traspaso del riesgo, la obtención de licencias de exportación e importación, y el embalaje). Si las partes desean solucionar determinadas cuestiones del contrato de obras de conformidad con determinado término comercial, pueden incluir en el contrato una disposición a ese efecto[1]. Pero deben tener presente que en las INCOTERMS los términos comerciales se interpretan principalmente en el contexto de los contratos de compraventa, y que tal vez algunas cuestiones que se plantean en un contrato de obras no estén resueltas en las INCOTERMS o deban resolverse en una forma diversa.

4. Es posible que en el país donde se construyan las instalaciones pueda obtenerse una parte del equipo y los materiales necesarios. Aun cuando ni la ley ni las autoridades locales requieran el empleo de equipo y materiales locales para fortalecer el desarrollo industrial del país, conviene que el adquirente utilice dicho equipo y materiales si, por ejemplo, resultan menos costosos que los que pueden adquirirse en el extranjero o su uso le permite ahorrar divisas. En consecuencia, puede que el adquirente desee asumir la obligación de suministrar determinado equipo y materiales disponibles en el lugar si se encuentra en mejores condiciones para adquirirlos que el contratista (véanse los párrafos 27 a 30, *infra*). Si el adquirente no desea asumir esta obligación, el contrato podría obligar al contratista a obtener y emplear determinado equipo y materiales disponibles en el lugar.

5. En algunos casos, el contratista puede cumplir su obligación suministrando equipo o materiales de sus propias existencias. Pero en muchos otros casos, contratará a terceros (por ejemplo, subcontratistas o proveedores) para que los suministren directamente al lugar indicado en el contrato. En ese último caso, el suministro por parte de un tercero se podría considerar, en virtud del contrato de obras, como cumplimiento de las obligaciones de suministro del contratista (véase, por ejemplo, el capítulo XI, "Subcontratación", párrafo 1). El examen que contiene el presente capítulo es aplicable tanto si el contratista cumple su obligación de suministrar el equipo o los materiales proporcionándolos de sus propias existencias, o contratando un tercero para que los suministre.

## B. Suministro del equipo y los materiales por el contratista

### 1. *Descripción del equipo y los materiales que han de suministrarse*

6. La necesidad de que en el contrato figure la descripción del equipo y los materiales que debe suministrar el contratista y el carácter de esa descripción puede depender del criterio de contratación elegido por el adquirente, así como del alcance de las obligaciones del contratista. En algunos casos, por ejemplo, el contratista puede ser uno entre varios que han sido contratados para construir las instalaciones, y cada uno de ellos puede estar obligado a suministrar determinados tipos de equipo y materiales. En esos casos, el adquirente tendrá que coordinar las obligaciones y prestaciones de los diversos contratistas a fin de lograr sus metas de construcción (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafo 18). Para lograr esa coordinación, debe procurar que en los contratos que celebre con cada uno de los contratistas se indiquen con claridad el equipo y los materiales que suministrará ese contratista, y que todo el equipo y los materiales necesarios para la construcción de todas las instalaciones se distribuyan entre los distintos contratistas.

7. Cuando se ha contratado un solo contratista para que construya todas las instalaciones o determinada parte de las instalaciones que puede funcionar con independencia de las demás (por ejemplo, una central eléctrica), y el contratista debe suministrar todo el equipo y los materiales requeridos para la construcción, no es necesario que en el contrato se describan detalladamente todos los elementos que han de suministrarse. Pero es aconsejable que en el contrato se describan la capacidad de explotación que han de poseer los elementos importantes del equipo y las características técnicas de los principales materiales que han de suministrarse, dado que la calidad de la construcción dependerá en gran parte de la calidad de esos elementos (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 8 y 9, y el capítulo XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción", párrafos 4 y 5).

### 2. *Fecha y lugar del suministro*

8. Es aconsejable indicar en el contrato la fecha y el lugar en los que han de suministrarse el equipo y los materiales. Si el equipo y los materiales serán suministrados por un contratista pero incorporados a las instalaciones por otros contratistas bajo la supervisión del contratista que los suministra, es importante indicar en el contrato la fecha en la que deben suministrarse el equipo y los materiales a fin de que puedan coordinarse las prestaciones de los distintos contratistas. En esos casos, generalmente conviene indicar en el calendario de la construcción que la fecha en la que se suministrarán el equipo y los materiales es obligatoria. Incluso en los casos en los que el equipo y los materiales hayan de ser incorporados a las instalaciones por el mismo contratista que los suministre, las partes podrán fijar un calendario para el suministro de determinados elementos en determinadas fechas a fin de que el adquirente pueda supervisar la marcha de la construcción y aplicar sanciones al contratista por demora cuando no cumpla con esas fechas (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 18 a 23, y el capítulo XVIII,

"Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 17 y 18). El contrato podría hacer coincidir la obligación del adquirente de pagar una parte del precio con la fecha en la que deben suministrarse determinado equipo y materiales (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 70).

9. El contrato podría obligar al contratista a suministrar el equipo y los materiales en determinada fecha o dentro de determinado plazo. Tal vez convenga una fecha determinada si se ha establecido un calendario rígido para el proceso de construcción, estando el contratista obligado a suministrarlos en esa fecha y no antes (por ejemplo, porque las instalaciones de almacenamiento no estarán disponibles antes). En determinadas circunstancias, sin embargo, puede que no sea posible indicar la fecha en el contrato, por ejemplo, si el equipo y los materiales se necesitan sólo después de que otro contratista termine determinados elementos de la construcción, y la fecha de esa terminación es incierta en el momento en que se celebra el contrato para el suministro del equipo y los materiales. En esos casos, el contrato podría facultar al adquirente a indicar, después de la celebración, una fecha, comprendida en un plazo establecido en el contrato en la que el contratista debe suministrar los materiales. Al determinar qué plazo se debe establecer en el contrato, el adquirente puede tener en cuenta el período dentro del que calcula que se necesitarán para la construcción el equipo y los materiales. Un criterio semejante tendría en cuenta la incertidumbre en el momento de celebrar el contrato de obras con respecto a la fecha exacta en la que se necesitarán el equipo y los materiales, pero daría al contratista una indicación con respecto al plazo dentro del que debe suministrarlos (conforme al capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 20). En circunstancias en las que no sea necesario indicar determinada fecha para el suministro del equipo y los materiales (por ejemplo, si la construcción de todas las instalaciones estará a cargo de un solo contratista), el contrato podría autorizar al contratista a suministrarlos en cualquier fecha dentro de un plazo establecido en el contrato.

10. Con respecto al lugar del suministro, si el equipo y los materiales han de permanecer en manos del contratista hasta que los incorpore a las instalaciones, se puede indicar en el contrato que el suministro en el emplazamiento es importante para comprobar el cumplimiento del calendario, así como para distribuir los costos del suministro. Si el adquirente ha de hacerse cargo del equipo y los materiales (véase el párrafo 19, *infra*), el contrato podría obligar al contratista a entregarlos al adquirente en el emplazamiento, o en algún otro lugar que se indique. En los casos en que el adquirente debe organizar el transporte del equipo y los materiales al emplazamiento (véase la sección B, 3, *infra*), el contrato podría obligar al contratista a suministrar el equipo y los materiales en determinada fecha para entregarlos al primer transportista contratado por el adquirente. Salvo si se aplica el método de costos reembolsables (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 10 a 24), el contrato podría obligar al contratista a sufragar los costos del suministro del equipo y los materiales en el lugar indicado.

### 3. *Transporte del equipo y los materiales*

11. En general conviene que la parte obligada a suministrar el equipo y los materiales también deba organizar y pagar los costos del transporte al lugar estipulado para el suministro. Si el equipo y los materiales no han de

suministrarse en el emplazamiento sino en otro lugar, es aconsejable que el contrato indique cuál de las partes tendrá que organizar su transporte desde ese lugar hasta el emplazamiento y pagar los costos de transporte.

12. Incluso si el equipo y los materiales han de suministrarse en un lugar distinto al emplazamiento, es aconsejable, en la mayoría de los casos, que el contratista se encargue de embalar y proteger el equipo y los materiales en forma adecuada para su transporte al emplazamiento por los medios previstos. El embalaje del equipo y los materiales puede regirse por las normas jurídicas aplicables al transporte internacional o el transporte en los países a través de los que debe transportarse el equipo (por ejemplo, normas que imponen limitaciones a las dimensiones de los bultos o que exigen que las mercaderías peligrosas se embalen en determinada forma). Si el contrato prevé un precio alzado, los costos del embalaje del equipo y los materiales podrán incluirse en el precio.

13. El transporte del equipo y los materiales puede exigir permisos de transporte por carretera, ferrocarril u otros medios, y es aconsejable que en el contrato se indique cuál de las partes tendrá que ocuparse de obtenerlos. El contrato podría obligar a la otra parte a que le preste toda la asistencia necesaria para obtenerlos (por ejemplo, brindando la información acerca de las dimensiones del equipo, el tipo de embalaje utilizado o las formalidades que se deben cumplir para obtener los permisos conforme a las reglamentaciones aplicables).

14. Si el adquirente se va a hacer cargo del equipo y los materiales en el lugar del suministro, puede que sea conveniente que en el contrato se obligue al contratista a marcar los embalajes que contienen el equipo y los materiales de modo que el adquirente pueda identificarlos. Además, podría obligarse al contratista a marcar el equipo y los materiales según lo exijan las normas jurídicas aplicables al tipo de transporte previsto (por ejemplo, emplear el marcado correcto para señalar que los materiales son peligrosos). El contrato podría también obligar al contratista a entregar al adquirente los documentos relacionados con el transporte (por ejemplo, facturas o documentos de transporte). Puede que el adquirente necesite algunos de estos documentos, por ejemplo el conocimiento de embarque, para hacerse cargo del equipo y los materiales; el contrato podría exigir que esos documentos se entreguen al adquirente o, si se trata de una operación de crédito documentario, al banco del adquirente, de modo que se reciban con suficiente antelación para que el adquirente pueda hacerse cargo del equipo y los materiales cuando lleguen al lugar de destino. La recepción de esos documentos por parte del adquirente puede también exigirse como condición previa al pago del precio del equipo y los materiales (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 71).

### 4. *Despacho de aduanas y derechos aduaneros*

15. El contrato podría indicar cuál de las partes se ha de encargar del despacho de aduanas del equipo y los materiales y ha de pagar los derechos aduaneros. Normalmente estos derechos se imponen al equipo y los materiales que se importan. Pero, en casos excepcionales, también se imponen al equipo y los materiales que se exportan. Además, se pueden imponer tasas y derechos de tránsito al equipo y los materiales en tránsito. Tal vez convenga estipular en el

contrato que el despacho de aduanas del equipo y los materiales para la exportación y el pago de los derechos aduaneros de exportación corresponderán al contratista. Puede que esto sea aplicable incluso si el lugar de suministro es el lugar en el que el equipo y los materiales deben ser entregados al transportista contratado por el adquirente (véase el párrafo 10, *supra*). El contrato podría estipular que el despacho de aduanas y el pago de los derechos aduaneros durante el tránsito corresponden a la parte que organice el transporte. Las partes podrán tener en cuenta en el contrato cualquier exención de derechos aduaneros establecida en la ley local.

16. El adquirente podría encargarse del despacho de aduanas del equipo y los materiales importados cuando se haga cargo de ellos después de la importación (véase el párrafo 19, *infra*). Si el equipo y los materiales han de permanecer en manos del contratista después de la importación, el despacho de aduanas para la importación puede corresponder al contratista o al adquirente, según a cuál de ellos le resulte más fácil hacer los trámites pertinentes o según sea la parte que, con arreglo a la ley local, deba efectuar esas gestiones. El contrato podría obligar a la parte que no se encargue del despacho a que preste asistencia en los trámites aduaneros, especialmente, brindando los documentos que puedan necesitarse (por ejemplo, podría exigirse al contratista que prestara asistencia proporcionando facturas y certificados de origen, y al adquirente, proporcionando licencias de importación u otros permisos necesarios emitidos en su país). Con respecto al pago de los derechos aduaneros de importación, puede que sea preferible en algunos casos estipular que corresponderá al adquirente efectuar ese pago. Si corresponde que el pago lo haga el contratista, puede ser necesario revisar el precio para que refleje cualquier variación de los aranceles aduaneros para los derechos de importación que se produzca después de la celebración del contrato (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 38 y 39).

### 5. *Prohibiciones y obligaciones relativas a licencias*

17. Es posible que algunas normas jurídicas vigentes en el país en el que han de construirse las instalaciones prohíban la importación de determinado equipo y materiales. Además, es posible que ciertas normas jurídicas vigentes en el país del contratista, o en otro país del que han de exportarse el equipo y los materiales, prohíban la exportación de determinado equipo y materiales. Las partes deben tener en cuenta esas normas al redactar el contrato de obras, pues su violación puede invalidar el contrato. Si la importación y la exportación se permiten sólo tras la obtención de licencias, es aconsejable que en el contrato se obligue al adquirente a obtener todas las licencias de importación y al contratista las de exportación que exija la ley en el momento de celebrar el contrato, o después de su celebración. Además, el contrato puede obligar a cada una de las partes a colaborar con la otra en la obtención de esas licencias. También puede obligar a la parte que deba obtener las licencias a notificar a tiempo a la otra parte los pasos dados para su obtención y los resultados alcanzados.

18. El contrato podría estipular que su entrada en vigor dependerá de que se concedan todas las licencias de importación y exportación exigidas en el momento de su celebración (véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato", párrafo 50). Pero en algunos casos es posible que no

puedan obtenerse antes de iniciar la construcción las licencias necesarias para importar o exportar determinado equipo o materiales. Por ejemplo, los reglamentos aplicables podrían permitir que se dé curso a una solicitud de licencia solamente en un breve plazo antes de la fecha propuesta para la exportación o la importación, que sería algún tiempo después del comienzo de la construcción. En esos casos, no sería posible subordinar la entrada en vigor del contrato a la concesión de esas licencias, pero el contrato podría prever las consecuencias en caso de que la parte obligada a obtener la licencia no lo haga. Podría estipular también que, si la parte que está obligada a obtener la licencia no lo hace dentro de determinado plazo después de la celebración del contrato, la otra parte podrá suspender o rescindir el contrato (véase el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", y el capítulo XXV, "Resolución del contrato"). Esas consecuencias podrían también preverse en caso de que no se obtenga una licencia que la ley exija después de que se haya celebrado el contrato.

### 6. *Toma a cargo del equipo y los materiales por el adquirente*

19. En algunas circunstancias, puede que sea necesario que el adquirente se haga cargo del equipo y los materiales suministrados por el contratista. Por ejemplo, puede que el adquirente tenga que hacerse cargo de ellos a fin de almacenarlos (véase la sección B, 7, *infra*). Tal vez también necesite hacerse cargo de los mismos antes de que se los incorpore a las instalaciones, cuando esa incorporación ha de efectuarla él mismo o un contratista que no sea el que los suministra (por ejemplo, en los casos en que el contratista que efectúe el suministro solamente supervise la instalación del equipo). El contrato podría estipular que la toma a cargo tiene lugar cuando el adquirente asume la tenencia del equipo y los materiales. También podría estipular que la toma a su cargo por el adquirente no entraña de su parte ninguna aprobación del equipo o los materiales suministrados por el contratista (véase el capítulo XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción", párrafo 1, y el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 8 a 44). Además, el contrato podría estipular que si el adquirente está obligado a hacerse cargo del equipo y los materiales y no lo hace, se estimará que lo ha hecho en el momento en que se han puesto a su disposición.

20. En algunos casos, el contrato podría estipular que la toma a cargo del equipo y los materiales por parte del adquirente dará lugar a que se le traspasen el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales (véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo", párrafos 9 a 17). Si el riesgo se traspasa de ese modo, pueden surgir controversias con respecto a si las pérdidas o daños se produjeron antes o después de haberse hecho cargo del equipo y los materiales. También pueden surgir controversias con respecto a si los defectos en el equipo y los materiales fueron causados antes de la toma a cargo, por ejemplo, por fabricación defectuosa o embalaje inadecuado por parte del contratista, o después de la toma a cargo, por ejemplo, por almacenamiento inadecuado por parte del adquirente. Esas controversias pueden reducirse si el adquirente está obligado a controlar el estado manifiesto del equipo y los materiales en el momento de la toma a cargo, y a notificar rápidamente al contratista toda falta de conformidad que descubra. Pero es posible que el adquirente no esté en condiciones de determinar si el equipo y los materiales están en buen estado

(por ejemplo, porque no conoce las especificaciones del equipo y los materiales, o no tiene información técnica para determinar si se cumplen esas especificaciones). Además, es posible que algunos defectos sólo puedan descubrirse después de la incorporación del equipo y los materiales a las instalaciones y de la terminación de la construcción. En consecuencia, puede que las partes deseen examinar la posibilidad de que el contrato estipule que en tales casos el adquirente no perdería sus recursos con respecto a la falta de conformidad que no hubiese notificado al contratista si esa falta de conformidad estuviese basada en causas por las que el contratista tuviese que responder ante el adquirente.

### 7. *El almacenamiento en el emplazamiento*

21. El equipo y los materiales deben estar disponibles en el emplazamiento en el momento en que se necesiten para incorporarlos a las instalaciones. En consecuencia, generalmente se suministran en el emplazamiento y se almacenan allí antes de utilizarlos. El contrato puede establecer las obligaciones de las partes relacionadas con el almacenamiento.

22. Puede que sean innecesarias disposiciones relativas al almacenamiento si el equipo y los materiales han de permanecer en manos del contratista después del suministro en el emplazamiento, y el contratista asume el riesgo de pérdidas o daños en ellos. En esos casos, la responsabilidad del contratista por defectos en las instalaciones, o en la parte de las instalaciones en la que el equipo y los materiales almacenados han de ser incorporados, le servirá de incentivo suficiente para poner el debido cuidado durante el almacenamiento. En los casos en que el almacenamiento haya de ser efectuado por el contratista, pero el riesgo durante ese período esté a cargo del adquirente, conviene que en el contrato se determine la obligación del contratista de ejercer el debido cuidado durante el almacenamiento.

23. La elección de la parte que vaya a ser responsable del almacenamiento puede depender del criterio de contratación que elija el adquirente. Si se contrata un solo contratista para construir las instalaciones, ese contratista podría asumir la responsabilidad del almacenamiento (véase, también, el párrafo 22, *supra*). Si el equipo y los materiales han de ser suministrados por varios contratistas, cada uno de ellos podría asumir la responsabilidad del almacenamiento del equipo y los materiales que suministre siempre que sus empleados estén presentes en el emplazamiento en el momento del suministro, y si cuenta con locales adecuados de almacenamiento. En caso contrario, el adquirente puede asumir la responsabilidad del almacenamiento. Pero ello podría dar lugar a controversias. De ser así, el contrato podría obligar al contratista que suministra el equipo o los materiales a que aconseje al adquirente, si éste se lo pide, sobre la forma en que deben almacenarse. También podría obligarse al contratista a indicar al adquirente todas las medidas especiales que haya que adoptar al almacenar el equipo y los materiales, incluso si el adquirente no lo solicita.

24. En los casos en los que el contratista sea responsable del almacenamiento, esa responsabilidad podría incluir el poner a disposición instalaciones adecuadas (por ejemplo, tinglados o locales). No obstante, el contrato podría exigir que el adquirente proporcione el terreno para las instalaciones. Si el

adquirente está en mejores condiciones de proporcionar las instalaciones de almacenamiento, el contrato podría obligarlo a hacerlo en el momento que se indique en el calendario de construcción (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 18 a 23).

25. Si el adquirente se hace cargo del equipo y los materiales y los almacena, y ha de soportar el riesgo de las pérdidas y daños que se produzcan durante el almacenamiento (véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo", párrafos 9 a 17), el contrato podría obligar al adquirente a entregar el equipo y los materiales al contratista en el mismo estado en que el adquirente los recibió para almacenarlos. Pero el contrato podría excluir de esa responsabilidad las pérdidas o daños causados por el contratista o por un tercero contratado por éste, o las pérdidas o daños derivados de la naturaleza inherente al equipo o los materiales. En los casos en que el almacenamiento haya de ser efectuado por el adquirente, pero el riesgo durante ese período esté a cargo del contratista, conviene que en el contrato se determine la obligación del adquirente de ejercer el debido cuidado durante el almacenamiento. En esos casos, el contratista podría obligar al adquirente a notificarle rápidamente toda pérdida o daño que se produzca en el equipo y los materiales almacenados.

26. El contrato podría fijar el lugar y la forma en que el equipo y los materiales almacenados por el adquirente han de entregarse nuevamente al contratista para que los incorpore a las instalaciones. Podría establecer que el contratista debe inspeccionar el equipo y los materiales en el momento en que el adquirente se los devuelve, y notificar al adquirente toda pérdida o daño. La responsabilidad del adquirente por pérdidas o daños puede depender del carácter de la responsabilidad del adquirente por el almacenamiento (véase el párrafo 25, *supra*). El contrato podría estipular que el contratista perderá su derecho de reclamar al adquirente pérdidas o daños en el equipo o los materiales almacenados si no se los notifica indicando el carácter de la pérdida o daño dentro de un plazo razonable a partir del momento en que debería razonablemente descubrirlos, y, si es posterior, dentro de un plazo, indicado en el contrato, después de que el adquirente haya entregado el equipo y los materiales almacenados al contratista.

### C. Suministro del equipo y los materiales por el adquirente

27. En algunos contratos de obras, el adquirente puede asumir la obligación de suministrar determinados equipo y materiales necesarios para la construcción de las instalaciones por el contratista (véase el párrafo 4, *supra*). Esto debe distinguirse de la situación en que el adquirente se haya obligado a construir una parte de las instalaciones por sí mismo y sea el único responsable de esa construcción (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafo 1).

28. Es aconsejable que en el contrato se indique el equipo y los materiales que haya de suministrar el adquirente. Se puede establecer en el calendario la fecha en la que el adquirente ha de suministrar el equipo y los materiales haciendo referencia a fechas o plazos en forma análoga a la examinada en el párrafo 9, *supra*, con respecto a la fecha de suministro por el contratista.

29. El contrato podría obligar al contratista a inspeccionar el equipo y los materiales rápidamente después de que hayan sido suministrados por el adquirente. Podría también estipular que el contratista pierde su derecho a

reclamar al adquirente por la falta de idoneidad del equipo y los materiales si no le notifica especificando esa falta de idoneidad dentro de un plazo razonable a partir del momento en que el contratista debería razonablemente haberlos descubierto y, según cual sea posterior, dentro de un plazo, indicado en el contrato, a partir del momento en que el equipo y los materiales han sido suministrados por el adquirente. En el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 63, se examinan los recursos a disposición del contratista por incumplimiento del adquirente de suministrar el equipo y los materiales en la fecha prevista y exentos de defectos.

30. Puede que las partes deseen acordar que el contratista no deberá pagar el equipo y los materiales suministrados por el adquirente, pero que el valor de ese equipo y materiales se tendrá en cuenta para fijar el precio que el adquirente ha de pagar por la construcción de las instalaciones.

*Nota del capítulo VIII:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"1) El suministro del equipo y los materiales por el contratista para incorporarlos a las instalaciones se efectuará sobre la base [FRANCO VAGON . . . (indicando punto de partida)] [FOB . . . (indicando puerto de embarque)] [C & F . . . (indicando puerto de destino)] [Flete/Porte pagado hasta . . . (indicando punto de destino)] [Sobre buque . . . (indicando puerto de destino)] [Sobre muelle (libre de derechos . . . indicando puerto convenido)] [Entregada en frontera . . . (lugar convenido de entrega en frontera)] [Entregada libre de derechos . . . (lugar de destino convenido en el país de importación)].

"2) El término comercial mencionado en el párrafo 1) debe interpretarse de conformidad con las Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (INCOTERMS) de la Cámara de Comercio Internacional vigentes en la fecha de celebración del contrato, salvo que el contrato estipule otra cosa con respecto a cualquiera de las cuestiones regidas por ese término comercial." (INCOTERMS, tal como fueron revisadas en 1980, figuran en el documento de la CCI No. 350).

# Capítulo IX. Construcción en el emplazamiento


RESUMEN

Este capítulo versa sobre la construcción en el emplazamiento que comprende las obras de ingeniería civil, la edificación y la instalación del equipo. Abarca también los servicios que debe prestar el contratista cuando el adquirente o una empresa por él contratada tenga que hacer alguna instalación. El objetivo de la construcción que haya que efectuar dependerá de las condiciones que se estipulen en el contrato de obras. Es posible que haya normas jurídicas imperativas vigentes en el país donde han de construirse las instalaciones que exijan que se observen durante la construcción determinados requisitos técnicos o procedimientos (párrafos 1 a 3).

Generalmente hay que efectuar algunos trabajos preparatorios en el emplazamiento antes de que se pueda iniciar la construcción. El contrato puede indicar los trabajos preparatorios que deberá efectuar cada una de las partes. Se puede obligar al adquirente a obtener los permisos necesarios para la utilización del emplazamiento para la construcción. El contrato puede indicar también los servicios que necesitará el personal del contratista durante la construcción y determinar la forma en que se prestarán dichos servicios (párrafos 6 a 9).

El contrato puede obligar al contratista a conseguir la maquinaria y herramientas que necesite para la construcción. En caso de que el adquirente deba suministrar parte de la maquinaria y herramientas de construcción, el contrato puede indicar los derechos y obligaciones de las partes con respecto a ese suministro. Se puede obligar al adquirente a ayudar al contratista a obtener permisos para la importación de la maquinaria y herramientas de construcción al país donde han de construirse las instalaciones (párrafos 11 y 12).

El contrato debe establecer las fechas en que el contratista debe iniciar y terminar la construcción, y también si es permisible la terminación antes de la fecha establecida (párrafos 14 a 17).

Es conveniente que el contrato contenga un calendario que establezca el orden en que habrá de efectuarse la construcción. Puede que las partes, al preparar el calendario, deseen considerar la posibilidad de seguir el método denominado del "camino crítico". El calendario puede fijar fechas jalón obligatorias y no obligatorias para la terminación de partes de la construcción (párrafos 18 a 23).

En algunas circunstancias puede ser necesario cambiar la fecha de terminación de la construcción. El contrato puede establecer un mecanismo para efectuar los cambios si se producen esas circunstancias (párrafos 24 y 25).

En caso de que el adquirente se encargue de la instalación del equipo, puede obligarse al contratista a supervisar esa instalación. El contrato puede determinar los derechos y obligaciones de las partes con respecto a

dicha supervisión. En los casos en que no se precise la supervisión del contratista, se le puede obligar a prestar asesoramiento sobre la instalación, previa petición del adquirente (párrafos 27 a 30).

Cada una de las partes necesitará acceder al emplazamiento para determinados fines. El contrato puede definir el acceso que haya de concederse y contener disposiciones que lo regulen (párrafos 31 y 32).

Cuando el adquirente ha de construir una parte de las instalaciones, puede que en algunos casos considere conveniente pedir al contratista que compre por su cuenta parte del equipo y los materiales necesarios para la construcción (párrafos 33 y 34).

El contrato puede obligar al contratista a limpiar periódicamente el emplazamiento y a dejarlo limpio y en perfectas condiciones después de terminada la construcción (párrafo 36).

## A. Observaciones generales

1. La construcción en virtud de un contrato de obras puede comprender el suministro del equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones, así como las obras de ingeniería civil, la edificación, la instalación del equipo y la prestación de otros servicios de construcción (por ejemplo, la supervisión de la instalación). Además de efectuar la construcción, el contratista puede obligarse también a transferir tecnología (véase el capítulo VI, "Transferencia de tecnología", párrafo 2) y a suministrar el proyecto de las instalaciones (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafo 2).

2. La construcción en el emplazamiento que se examina en este capítulo comprende las obras de ingeniería civil, la edificación y la instalación del equipo. También comprende los servicios de construcción que debe prestar el contratista cuando el adquirente, o una empresa contratada por el adquirente, tenga que hacer alguna instalación. En el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", se examina este tema. El objetivo de la construcción que haya de efectuarse en el emplazamiento dependerá de las condiciones de cada contrato de obras en particular (por ejemplo, la construcción puede limitarse a la instalación del equipo o puede consistir, además, en las obras de ingeniería civil y la edificación (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafo 3). En algunos casos, el adquirente, o una empresa contratada por él, puede instalar el equipo suministrado por el contratista, y la obligación de éste se limitaría a la supervisión de la instalación (véanse los párrafos 27 a 30, *infra*). En otros casos, una parte del equipo puede ser suministrada por empresas contratadas por el adquirente, y el contratista puede estar obligado a instalar ese equipo además del equipo suministrado por él.

3. Puede que algunas normas jurídicas imperativas vigentes en el país donde han de construirse las instalaciones exijan que se respeten durante la construcción en el emplazamiento determinados requisitos técnicos o procedimientos (por ejemplo, para proteger la salud y seguridad del personal que trabaje en la construcción y con el propósito de preservar el medio ambiente). No obstante, el contrato puede obligar al adquirente a ayudar al contratista a obtener información sobre dichas normas y es posible que el adquirente considere conveniente cumplir algunas de las obligaciones impuestas por esas normas. Además, es posible que algunas normas jurídicas laborales de carácter

imperativo vigentes en el país del contratista resulten aplicables también a la construcción efectuada por el personal del contratista en el emplazamiento situado en el país del adquirente. Aparte de las leyes y reglamentos locales, nacionales e internacionales pertinentes y de las disposiciones del contrato, puede haber normas o compilaciones de usos y prácticas locales, nacionales e internacionales referentes a la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente. Es aconsejable que las partes convengan en que el contratista respetará esos requisitos.

4. Cuando se haya contratado a varios contratistas para construir las instalaciones, y sus trabajos de construcción deban efectuarse simultáneamente, el contrato puede exigir a cada uno de ellos que procure no interferir en el cumplimiento de las obligaciones de los demás.

5. El contrato puede establecer que los representantes de las partes han de reunirse periódicamente en el emplazamiento, a intervalos regulares, para facilitar la colaboración entre ellas y resolver las cuestiones pendientes relativas a la construcción en el emplazamiento. Dichas reuniones pueden ayudar a resolver problemas rutinarios o malentendidos, y evitar así la necesidad de invocar las disposiciones contractuales sobre solución de controversias (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafo 9).

## B. Trabajos preparatorios

6. La mayoría de los contratos de obras obligan al adquirente a proporcionar el emplazamiento donde se han de construir las instalaciones. El emplazamiento puede identificarse en el contrato, por ejemplo, remitiéndose a mapas o planos. Normalmente, el contratista habrá inspeccionado el emplazamiento antes de la celebración del contrato y puede haber asumido algunas obligaciones respecto a la idoneidad del emplazamiento para la construcción propuesta (de conformidad con el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 44 y 45).

7. Generalmente es necesario realizar algunos trabajos preparatorios en el emplazamiento (por ejemplo, limpieza y nivelación del emplazamiento, construcción de caminos o ferrocarriles de acceso y suministro de agua y energía) para poder iniciar la construcción y que ésta avance sin contratiempos. El contrato puede señalar los trabajos preparatorios que ha de efectuar cada una de las partes, establecer un calendario para la terminación de los trabajos (véase la sección C, 3, *infra*), e indicar cuál de las partes ha de sufragar los gastos correspondientes.

8. Conviene que en el contrato se obligue al adquirente a obtener los permisos o autorizaciones oficiales para utilizar el emplazamiento para la construcción que exija la legislación del país donde han de construirse las instalaciones (véase el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafo 24). Puede que las partes deseen también estipular que el adquirente estará obligado a ayudar al contratista a obtener los visados, permisos de trabajo y documentos semejantes que necesite el personal del contratista para ingresar al país donde se encuentre el emplazamiento e iniciar los trabajos.

9. Es conveniente que en el contrato se especifiquen los servicios que necesitará el personal del contratista durante la construcción en el emplazamiento, se indique la parte que deberá prestar dichos servicios, y la que ha de

sufragar los gastos correspondientes. En caso de que el adquirente deba pagar los servicios que ha de prestar el contratista, el importe del pago podrá incluirse en un precio alzado, o bien pagarse aplicando el sistema de costos reembolsables (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 2). En algunos casos, el contratista puede estar obligado en virtud del contrato a prestar determinados servicios que precise el personal del adquirente durante la construcción en el emplazamiento. Puede que el adquirente desee considerar la posibilidad de asumir algunas de las siguientes obligaciones o todas ellas: proporcionar oficinas y viviendas adecuadas para el personal del contratista; dotar a esos locales de muebles, teléfonos y otros servicios; proporcionar servicios de comedor al personal del contratista; instalar servicios sanitarios en el emplazamiento, y facilitar transporte diario al personal del contratista entre el sitio donde se aloje y el emplazamiento. El contrato puede indicar el tipo de servicios que se prestarán, teniendo en cuenta los requisitos impuestos por la ley aplicable con respecto a las condiciones de trabajo del personal encargado de la construcción. Puede ser conveniente que en el contrato se exija que, antes del inicio de la construcción, las partes inspeccionen conjuntamente los servicios que ha de prestar el adquirente. En un acta firmada por ambas partes podrá describirse el estado de los servicios tal como se haya verificado en la inspección.

10. En general es necesario montar un taller para la construcción, y el contrato puede obligar al contratista a proporcionarlo. Puede que el adquirente desee conservar ese taller después de que se haya terminado la construcción en el emplazamiento, ya que podría resultarle útil para reparar y mantener las instalaciones. El costo del taller puede incluirse en el precio del contrato.

## C. Construcción que ha de efectuar el contratista en el emplazamiento

### 1. *Maquinaria y herramientas para la construcción*

11. El contratista necesitará maquinaria (por ejemplo, excavadoras, grúas, máquinas para movimientos de tierra) y herramientas (por ejemplo, taladros y sierras) para efectuar la construcción en el emplazamiento, y puede estar obligado a equiparse con la maquinaria y herramientas que necesite. Pero en determinados casos tal vez convenga al adquirente proporcionar al contratista parte de la maquinaria y las herramientas para la construcción (por ejemplo, cuando tenga la posibilidad de alquilarlas en moneda local a bajo precio). En esos casos, en el contrato se pueden enumerar los elementos que ha de suministrar el adquirente y establecer que el contratista se encargará de obtener todos los demás elementos que necesite. Además, es conveniente que el contrato especifique los derechos y obligaciones de las partes con respecto a los elementos suministrados por el adquirente (por ejemplo, si se han de vender o alquilar al contratista, y si la suma que el contratista ha de pagar por la venta o el alquiler ha sido incluida en el precio del contrato o debe pagarse por separado). El contrato podrá también contemplar otras cuestiones que pueden plantearse con este motivo, por ejemplo, las fechas en que deberán entregarse los distintos elementos, la cantidad y calidad de los mismos, cuál de las partes habrá de ocuparse del mantenimiento y las reparaciones, los fines para los que se pueden utilizar los elementos y cuál de las partes asume el riesgo de pérdidas o daños en la maquinaria y las herramientas. Se deberán prever las mismas

cuestiones si el adquirente ha de construir una parte de las instalaciones y considera conveniente que el contratista le suministre parte de la maquinaria y herramientas que necesita para la construcción.

12. Es posible que haya que obtener licencias y permisos especiales (por ejemplo, en el despacho de aduanas) para la maquinaria y herramientas de construcción que el contratista importe al país donde han de construirse las instalaciones, aun en el caso de que vayan a ser exportadas una vez terminada la construcción. El contrato puede obligar al adquirente a prestar ayuda al contratista para obtener esas licencias y esos permisos, o a obtenerlas él mismo en nombre del contratista.

13. Puede que las partes deseen acordar la forma en que se proporcionará en el emplazamiento el transporte necesario para efectuar la construcción. Por ejemplo, el contrato puede exigir a una de las partes que suministre los vehículos necesarios y distribuir la responsabilidad del mantenimiento, la reparación y la sustitución de los vehículos. En el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafos 11 a 14, se examinan las cuestiones relativas al transporte del equipo y los materiales al emplazamiento.

### 2. *Plazo para la terminación de la construcción*

14. El contrato debe fijar claramente cuándo el contratista debe iniciar y terminar la construcción. El momento de la terminación puede establecerse bien por referencia a una fecha determinada o bien por referencia a un plazo. En caso de que la construcción deba terminarse en una fecha determinada, conviene que en el contrato se indiquen las circunstancias en que se puede posponer y el criterio para fijar por cuánto tiempo se ha de posponer. En los casos en que no esté determinada la fecha en que se puede iniciar la construcción (por ejemplo, porque el contrato debe ser aprobado por una institución gubernamental antes de que entre en vigor, o porque el adquirente tiene que obtener licencias para importar el equipo y los materiales necesarios para la construcción), el contrato puede establecer que la construcción ha de terminarse dentro de determinado plazo. El contrato debe indicar el momento en que empieza a correr el plazo (véase el párrafo siguiente), las circunstancias bajo las que se interrumpirá, ampliará o reducirá, el criterio para modificar el plazo (véanse los párrafos 24 a 26, *infra*; el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafo 8, y el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafos 13 y 14).

15. Puede que las partes deseen establecer que el plazo para la terminación de la construcción empiece a correr en una de las fechas siguientes:

*a)* la fecha en que entre en vigor el contrato;

*b)* la fecha en que el adquirente pague un anticipo de parte del precio, según lo estipulado en el contrato, o la fecha en que el adquirente proporcione al contratista una fianza para garantizar el pago de ese anticipo;

*c)* la fecha en que el adquirente entregue al contratista una notificación comunicándole que ha obtenido todas las licencias para la importación del equipo y los materiales y todos los permisos oficiales exigidos en el país donde han de construirse las instalaciones para efectuar la construcción;

*d)* la fecha en que el adquirente entregue al contratista todos los documentos contractuales que definen el objetivo de la construcción y las características técnicas de las instalaciones (por ejemplo, diseños, planos) que sean necesarios para iniciar la construcción;

*e)* la fecha en que el emplazamiento se ponga a disposición del contratista.

16. Como alternativa, las partes pueden hacer referencia a más de una de las fechas mencionadas en el párrafo anterior, y establecer que el plazo comenzará a correr en la última de esas fechas. En el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", y en el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades", se examinan las consecuencias del incumplimiento por parte del contratista de la obligación de terminar la construcción en el momento establecido.

17. Cuando un solo contratista se encarga de la construcción de las instalaciones y no es preciso que el adquirente coordine la construcción en el emplazamiento de varios contratistas, puede convenir al adquirente que la construcción se termine lo antes posible. En este caso, la fecha fijada para la terminación, o la expiración del plazo estipulado para la terminación, se podrá considerar fecha límite para la terminación, permitiéndose, o incluso estimulándose, la terminación anticipada (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 28 a 30). Sin embargo, es posible que en algunos casos el adquirente no desee que la construcción se termine anticipadamente por diversas razones prácticas, entre ellas sus arreglos financieros. El contrato debe establecer si se permite o no la terminación anticipada.

### 3. *Calendario de la construcción*

18. Conviene que el contrato contenga un calendario que establezca el orden que habrá de seguirse durante la construcción. El calendario facilita la evaluación de la marcha de la construcción. También puede hacer más fácil fijar la modificación del plazo para terminar la construcción cuando haya que hacerlo (véase la sección 4, *infra*). Puede que las partes deseen negociar un calendario aceptable para ambas antes de celebrar el contrato, ya que podría resultarles más difícil ponerse de acuerdo en una etapa ulterior. Pero cuando sea imposible establecer un calendario completo y detallado antes de celebrar el contrato, éste podrá establecer un calendario básico para la construcción de las partes principales de las instalaciones, y estipular que el contratista deberá preparar un calendario detallado dentro de un plazo determinado después de la entrada en vigor del contrato.

19. El calendario debe confeccionarse en forma tal (por ejemplo, gráficamente o utilizando servicios de computadora) que permita la anotación de la marcha real de la construcción y su comparación con el calendario. Una manera de preparar el calendario que puede que las partes deseen tener en cuenta es el denominado "método del camino crítico". En este método, toda la construcción se divide en distintas funciones y se asigna a cada función un plazo para su ejecución. Estos plazos se incorporan a un diagrama esquemático que representa el orden de las relaciones entre las distintas actividades de construcción. Las actividades fundamentales, es decir, aquellas de las que dependen otras, forman una cadena continua, el denominado camino crítico, a través del diagrama esquemático. Este método puede facilitar la evaluación de las consecuencias que la demora en algunas actividades de construcción tiene para las demás.

20. Cuando se hayan contratado varios contratistas para la construcción (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafos 17 a 25), cada uno de los contratos puede contener un calendario del orden de la construcción que se haya de efectuar en virtud del mismo, a fin de que el adquirente pueda armonizarlo con el calendario general correspondiente a la construcción de todas las instalaciones. No obstante, aunque en algunos casos sea posible fijar el plazo dentro del que deba terminarse la construcción que efectuará cada uno de los contratistas, quizá no se puedan fijar las fechas en que cada uno de los contratistas deba iniciar la construcción (por ejemplo, porque no estén determinadas las fechas exactas en que terminarán los demás contratistas). El contrato celebrado con cada uno de los contratistas puede establecer que la fecha en la que el contratista debe iniciar la construcción deberá estar comprendida en un plazo determinado en el mismo, y también puede establecer que esa fecha se fijará en una notificación que deberá entregarse al contratista dentro de un plazo determinado anterior a la misma. El contrato puede establecer además que, si a la expiración de ese plazo el adquirente no ha solicitado que se inicie la construcción, el contratista estará facultado a resolver el contrato (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato").

21. El calendario puede establecer fechas jalón (es decir, fechas en las que deberán terminarse determinadas partes de la construcción) con el objeto de evaluar la marcha de la construcción. La terminación de una parte de la construcción para cierta fecha jalón puede ser obligatoria. Si se han contratado varios contratistas para efectuar la construcción, será necesario que cada uno de ellos cumpla estrictamente su propio calendario a fin de que el adquirente pueda coordinar con eficacia la construcción. Por consiguiente, en esos casos, el contrato podrá establecer que las fechas jalón son obligatorias, y que el contratista que no cumpla con una de ellas incurrirá en responsabilidad por demora (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 17 y 18).

22. Si se ha contratado a un solo contratista para construir todas las instalaciones, no es preciso fijar fechas jalón para coordinar las actividades de construcción; el contratista único estará obligado a coordinar las actividades y terminar la construcción de todas las instalaciones en la fecha indicada en el contrato para la terminación. No obstante, aun en esos casos, las fechas jalón obligatorias pueden resultar útiles al adquirente. Si no se fijan fechas jalón para las que deban estar terminadas determinadas partes de la construcción, es posible que en algunos ordenamientos jurídicos el adquirente no pueda ejercer ninguna acción hasta la fecha fijada para terminar la construcción, aunque el contratista se encuentre muy retrasado en relación con el calendario de la construcción. Por consiguiente, puede que el adquirente desee establecer en el calendario una o varias fechas jalón obligatorias para las que deban terminarse algunas partes importantes de la construcción. El contrato puede establecer que el adquirente estará facultado a rescindirlo si el contratista no termina una de esas partes dentro de un plazo razonable o determinado después de superada la fecha jalón correspondiente (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 17 y 18, y el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafo 9).

23. También puede ser útil para determinados fines fijar algunas fechas jalón no obligatorias. Por ejemplo, el empleo de este tipo de fechas para delimitar los plazos dentro de los que deben terminarse algunas partes de la construcción

puede facilitar la fijación de la prórroga que habrá de concederse al contratista en caso de modificación o suspensión de la construcción. Pero el contratista que no respete una fecha jalón no obligatoria no incurrirá en demora en el cumplimiento de sus obligaciones de construcción.

### 4. *Cambios en el plazo para terminar la construcción*

24. En determinadas circunstancias puede ser necesario ampliar o reducir el plazo para terminar la construcción. Si la ley aplicable al contrato no prevé en forma adecuada esa ampliación o reducción, conviene que las partes lo hagan en el contrato. El cambio de la fecha de terminación se examina en distintos capítulos de esta *Guía* (véase, por ejemplo, el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafo 8, y el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafos 13 y 14). En caso de que se cambie la fecha de terminación, habrá que adaptar en consecuencia el calendario de la construcción.

25. El contrato puede obligar al contratista a notificar rápidamente al adquirente cualquier hecho que el contratista pretenda alegar para ejercer su derecho a reclamar una prórroga del plazo para terminar la construcción así como las causas del hecho. Además, se puede obligar al contratista a notificar al adquirente la prórroga que necesite apenas esté en condiciones de hacerlo. Si las partes, dentro de determinado plazo después de la entrega de la notificación, no se ponen de acuerdo sobre la prórroga que ha de concederse al contratista, se podrá considerar en virtud del contrato que el plazo para la terminación de la construcción se prorroga por el tiempo que sea razonablemente necesario para terminarla. Las partes pueden estipular que, cuando las controversias entre ellas se resuelvan en un procedimiento arbitral o judicial (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias"), la construcción no se interrumpirá durante la sustanciación de ese procedimiento.

26. Si se cambia el plazo para la terminación de la construcción puede resultar necesaria una prórroga correspondiente del seguro con respecto a la construcción (véase el capítulo XVI, "Seguro") o del período de validez de las fianzas de buena ejecución (véase el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 10 a 12). Se puede exigir a la parte que esté obligada a contratar el seguro o a proporcionar la garantía que adopte las medidas necesarias.

## D. Instalación del equipo que ha de efectuarse bajo la dirección del contratista

27. En los casos en que se adopte el sistema de varios contratos (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafos 17 a 25), puede que el adquirente desee encargarse de la instalación del equipo suministrado por el contratista, o contratar a ese efecto a una empresa local. El contrato puede obligar al contratista a supervisar la instalación. Con un acuerdo de ese tipo el adquirente no tendría que hacer tantos desembolsos en divisas, y favorecería la adquisición de conocimientos técnicos en su país.

28. Conviene que el contrato indique las funciones que ha de cumplir el contratista durante la supervisión. El contrato puede obligarle a dar instrucciones concretas al personal encargado de instalar el equipo sobre los aspectos

técnicos, sanitarios y de seguridad de la instalación. El contrato puede indicar las condiciones que han de reunir las personas que efectuarán la supervisión por cuenta del contratista, y obligar a éste a notificar al adquirente los nombres de las personas autorizadas a efectuar la supervisión. Además, puede indicar el tiempo que, según los cálculos, llevará la instalación que ha de ser supervisada y la fecha aproximada en que ha de iniciarse la instalación. También puede obligar al contratista a iniciar la supervisión dentro de un plazo determinado después de que el adquirente le haya notificado que debe comenzar. El contrato puede obligar al adquirente, dentro de un plazo determinado anterior a la fecha en la que el contratista debe iniciar la supervisión, a notificar al contratista el personal que ha de ser supervisado.

29. El contrato puede obligar al contratista a inspeccionar el equipo instalado bajo su supervisión con el objeto de comprobar si la instalación ha sido efectuada correctamente y a notificar rápidamente al adquirente los defectos que haya descubierto o hubiera debido razonablemente descubrir durante la inspección. También puede establecer que el contratista no es responsable de los defectos originados en la inobservancia por parte del adquirente, o de la empresa contratada por el adquirente, de las instrucciones dadas por el contratista.

30. Es posible que el adquirente, o una empresa local contratada por el adquirente, tenga la capacidad técnica necesaria para instalar el equipo sin la supervisión del contratista. En esos casos, el contrato puede obligar al contratista a prestar asesoramiento con respecto a la instalación, si así lo requiere el adquirente. El contrato puede también obligar al contratista a inspeccionar el equipo instalado una vez terminada la instalación, y a notificar rápidamente al adquirente todos los defectos que descubra o que hubiera debido razonablemente descubrir durante la inspección.

## E. Acceso al emplazamiento

31. Las partes necesitarán tener acceso al emplazamiento para determinados fines. El contrato puede establecer que por acceso al emplazamiento se entiende también acceso a la zona donde ha de efectuarse la construcción, así como a los talleres, laboratorios, almacenes y otros servicios establecidos con motivo de la construcción en el emplazamiento. Si se han contratado varios contratistas para efectuar la construcción, al determinar el acceso que el adquirente ha de dar a uno de los contratistas a las partes de las instalaciones construidas por otro contratista, deberán tenerse en cuenta las obligaciones relativas a la confidencialidad (por ejemplo, con respecto a los planos, las especificaciones o la tecnología) que haya asumido el adquirente frente al otro contratista.

32. Es conveniente que el contrato regule el acceso al emplazamiento. El acceso que ha de concederse tendrá distintas características según que el emplazamiento y las instalaciones durante la construcción se encuentren bajo la tenencia de una u otra de las partes. En los casos en que el emplazamiento y las instalaciones durante la construcción se encuentren bajo la tenencia del contratista, el contrato puede obligarle a dar acceso al emplazamiento al adquirente y a las personas designadas por el adquirente con el objeto de que puedan evaluar la marcha de la construcción, y a impedir el acceso a las personas que no estén facultadas para ello. Cuando el emplazamiento y las

instalaciones durante la construcción han de quedar bajo la tenencia del adquirente, el contrato puede obligarle a dar acceso al contratista y a las personas contratadas por éste (incluidos los subcontratistas) a fin de construir las instalaciones y asegurar que se subsanen los defectos durante el período de garantía (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 23). El contrato puede obligar a cualquiera de las partes a adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar pérdidas o daños en el equipo, los materiales y las instalaciones cuando los riesgos de pérdidas o daños estén a cargo de la otra parte (véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo").

## F. Asistencia prestada por el contratista para la compra del equipo y los materiales

33. Cuando el adquirente deba construir una parte de las instalaciones, es posible que en algunos casos considere conveniente pedir al contratista que compre por su cuenta parte del equipo y los materiales necesarios para la construcción (por ejemplo, es posible que el contratista esté en condiciones de obtener esos elementos en mejores condiciones o a un precio inferior). Los servicios que debe prestar el contratista en relación con las compras pueden consistir en sugerir especificaciones adecuadas para el equipo y los materiales; proponer obligaciones contractuales, como la fianza de calidad, que hayan de exigirse a los posibles proveedores; seleccionar proveedores adecuados; preparar documentos de licitación y otros documentos necesarios para celebrar contratos con los proveedores; celebrar contratos de compraventa por cuenta del adquirente; y hacerse cargo de los suministros e inspeccionarlos. Conviene que el contrato contenga disposiciones especiales referentes al pago que ha de efectuar el adquirente de los elementos comprados por su cuenta por el contratista, dada la posibilidad de que las condiciones de pago aplicables a la construcción que ha de efectuar el contratista no sean apropiadas para esos elementos.

34. El contrato puede establecer la responsabilidad del contratista por el incumplimiento de sus obligaciones. Al contrario de lo que sucede en los casos en que el contratista contrata subcontratistas u otras personas para el cumplimiento de sus propias obligaciones relativas a la construcción (véase el capítulo XI, "Subcontratación", párrafos 27 y 28), puede estipularse que el contratista no responderá por el incumplimiento de los proveedores de las obligaciones que éstos hayan asumido en virtud de los contratos celebrados con el adquirente. El contratista sólo será responsable cuando no haya actuado con la diligencia que razonablemente debía adoptar en el cumplimiento de sus obligaciones en relación con las compras.

35. Puede que en algunos casos el adquirente esté en condiciones de adquirir por sí mismo el equipo y los materiales necesarios, pero que necesite asesoramiento sobre algunas cuestiones (por ejemplo, especificaciones adecuadas para el equipo y los materiales, o fianzas que debe exigir a los proveedores). En esos casos, puede obligarse al contratista a que preste el asesoramiento adecuado.

## G. Limpieza del emplazamiento

36. El contrato puede obligar al contratista a que retire periódicamente del emplazamiento los materiales excedentes y desechos. Además, puede obligarle a que después de que el adquirente se haga cargo de las instalaciones o las acepte,

retire su maquinaria y herramientas de construcción, excepto las que necesite para reparar los defectos que se le notifiquen durante el período de garantía. El contrato puede obligar también al contratista a abandonar el emplazamiento cuando haya terminado la construcción, dejándolo limpio y en perfectas condiciones. En cuanto a las obligaciones del contratista con respecto a su maquinaria y sus herramientas de construcción una vez terminado el contrato, véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafos 23 a 25.

# Capítulo X. Ingeniero consultor


RESUMEN

En este capítulo se entiende por ingeniero consultor el ingeniero que contrata el adquirente para que le preste asesoramiento técnico, adopte en su nombre determinadas medidas de conformidad con el contrato de obras o ejerza algunas funciones independientes en virtud del contrato (párrafos 1 a 3). Es aconsejable que en el contrato de obras se indiquen con claridad las facultades y funciones del ingeniero consultor en la medida en que afecten los derechos y obligaciones del contratista (párrafo 4). No es necesario que en el contrato se autorice o regule la prestación de consejo y asesoramiento técnico al adquirente por parte del ingeniero consultor (párrafos 5 y 6). Pero sí es aconsejable que se indique toda facultad que tenga el ingeniero consultor para actuar en nombre del adquirente, así como todas las limitaciones a dicha facultad (párrafos 7 y 8).

Puede que en algunos contratos de obras las partes deseen estipular que el ingeniero consultor ejercerá determinadas funciones en forma independiente, y no para el adquirente o en su nombre (párrafos 9 a 12 y 16). Esas funciones independientes pueden limitarse a los asuntos de carácter técnico y comprender, por ejemplo, la solución en el emplazamiento de los problemas técnicos que surjan durante la construcción o de discrepancias, errores u omisiones en los planos o especificaciones, la interpretación de las disposiciones técnicas del contrato y la certificación de la existencia de algunas circunstancias que, conforme al contrato, sean fuentes de derechos y obligaciones (párrafos 13 y 14). Puede que las partes deseen considerar si deben facultar al ingeniero consultor para que decida las controversias que se planteen entre ellas (párrafo 15).

Conviene establecer en el contrato hasta qué punto los actos del ingeniero consultor en el ejercicio de una función independiente se considerarán vinculantes para las partes. Ello puede depender de que el acto de que se trate se relacione con la resolución de problemas y cuestiones rutinarios o con la solución de una controversia entre las partes (párrafos 17 a 19).

Si el ingeniero consultor solamente debe prestar consejo y asesoramiento técnico al adquirente o actuar en su nombre, podría ser elegido solamente por él. Pero si ha de ejercer funciones independientes, puede que el contratista desee estar facultado a participar en esa elección. Conviene establecer en el contrato procedimientos para la elección y sustitución del ingeniero consultor (párrafos 20 a 26). Quizá también convenga que las partes prevean lo relativo a la delegación de las facultades del ingeniero consultor, si ello es posible conforme a la ley aplicable (párrafos 27 y 28).

En el contrato se podría obligar al contratista a facilitar al ingeniero consultor determinada información o el acceso al emplazamiento, los lugares de fabricación y las instalaciones terminadas, en la misma medida en que debe facilitarle información o acceso al adquirente conforme al contrato de obras (párrafo 29).

## A. Observaciones generales

1. Es probable que el adquirente solicite los servicios de un ingeniero desde las primeras fases del proyecto de instalaciones industriales. Antes de celebrar el contrato de obras, quizá se necesite un ingeniero para hacer los estudios de viabilidad y otros estudios previos al contrato (véase el capítulo I, "Estudios previos al contrato"), preparar el proyecto, los planos y las especificaciones para todas las instalaciones o determinadas partes de ellas, redactar los documentos de la licitación y del contrato (véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato"), y para asesorar sobre varios otros asuntos técnicos. Una vez celebrado el contrato, el ingeniero puede prestar consejo y asesoramiento técnico al adquirente con respecto a la construcción de las instalaciones. En algunos casos, puede que el adquirente autorice al ingeniero para que actúe en su nombre con respecto a determinadas medidas que ha de adoptar conforme al contrato de obras (véanse los párrafos 7 y 8, *infra*). Además, puede facultarse al ingeniero para que ejerza funciones independientes conforme al contrato de obras que afecten directamente los derechos y obligaciones de las partes (véanse los párrafos 9 a 19, *infra*).

2. El alcance de las funciones que ha de ejercer el ingeniero puede variar según el sistema de contratación elegido por el adquirente (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación"). Por ejemplo, si el adquirente elige un sistema en el que participan varios contratistas y el ingeniero tiene que ayudarle a coordinar las prestaciones de todos ellos, esas funciones serán más amplias que si opta por un contrato llave en mano, en el que normalmente no se necesita esa coordinación. Pero, aun en un contrato llave en mano, puede que el adquirente considere útiles los servicios del ingeniero para, por ejemplo, supervisar la marcha de la construcción y controlar la calidad de lo que haya efectuado el contratista.

3. En algunos casos, es posible que el adquirente cuente entre su propio personal con ingenieros que estén capacitados para prestar los distintos servicios que necesitará durante la construcción de las instalaciones. Pero en otros casos puede que el personal del adquirente no esté en condiciones de prestar todos los servicios técnicos necesarios, y el adquirente desee contratar al ingeniero a fin de obtenerlos. En el presente capítulo se hace referencia a ese ingeniero-tercero como "ingeniero consultor". Incluso cuando las capacidades técnicas de la propia empresa del adquirente sean suficientes, es posible que éste desee contratar un ingeniero consultor a fin de complementarlas, por ejemplo, cuando el ingeniero consultor tenga conocimientos técnicos o experiencia especial en el tipo de instalaciones o construcción de que se trate. Además, si el contrato de obras estipula que el ingeniero ejercerá determinadas funciones independientes, es posible que exija que esas funciones sean ejercidas por un tercero, y no por los ingenieros que integran el personal del adquirente. Al elegir al ingeniero consultor, puede que el adquirente desee considerar si debería elegir al mismo ingeniero que efectuó los estudios previos al contrato (véase el capítulo I, "Estudios previos al contrato", párrafo 16).

4. El presente capítulo se ocupa de las disposiciones del contrato de obras relacionadas con las facultades y funciones del ingeniero consultor contratado por el adquirente. En lo que se refiere al ingeniero consultor, esas facultades y funciones se estipularán en el contrato que éste celebre con el adquirente, y no en el contrato de obras, en el que normalmente el ingeniero consultor no es

parte. En la medida en que el ingeniero consultor adopte medidas en nombre del adquirente o en forma independiente, en su propio nombre, que han de tener consecuencias para los derechos y obligaciones del contratista conforme al contrato de obras, es aconsejable que también en el contrato de obras se establezcan las facultades y funciones del ingeniero consultor. De esta manera el contratista estará facultado y obligado jurídicamente a dar curso a las medidas que adopte el ingeniero consultor. Es importante que las disposiciones del contrato de obras relativas a las facultades y funciones del ingeniero consultor sean compatibles con las del contrato celebrado entre el adquirente y el ingeniero consultor. Si para la construcción de las instalaciones se celebra más de un contrato de obras, también es aconsejable que las disposiciones de esos contratos relativas a las facultades y funciones del ingeniero consultor sean compatibles.

## B. Facultades y funciones del ingeniero consultor

### 1. *Prestación de servicios al adquirente*

#### a) *Consejo y asesoramiento técnico al adquirente*

5. Cualquiera sea el tipo de contrato de obras, es importante que el adquirente posea o tenga acceso a los conocimientos técnicos necesarios para cerciorarse de que el diseño y las especificaciones para las instalaciones responden a sus necesidades y de que la construcción progresa satisfactoriamente, así como para adoptar las distintas decisiones y ejercer las demás funciones que le incumben en virtud del contrato. Por ejemplo, debe estar en condiciones de aprobar el calendario de la construcción presentado por el contratista, supervisar la marcha de la construcción, comprobar el desempeño del contratista a fin de determinar si se deben efectuar los pagos que exige, evaluar demoras o defectos en la construcción y decidir qué medidas deben adoptarse a ese respecto, ordenar modificaciones en la construcción o pronunciarse con respecto a las que proponga el contratista, adoptar una decisión sobre los subcontratistas propuestos por el contratista, determinar si ha habido impedimentos exonerantes o situaciones de gravosidad y evaluar los resultados de las inspecciones y pruebas. En algunos contratos, es posible que el adquirente tenga que celebrar contratos para el equipo y los materiales, controlar y evaluar los planos presentados por el contratista, evaluar las fianzas ofrecidas por los contratistas y proveedores y programar y coordinar los trabajos de los distintos contratistas. Si el contrato es de costos reembolsables, el adquirente deberá cerciorarse de que los costos de las partidas cuyo reembolso solicite el contratista sean razonables y correctos. Si es de precio unitario, tendrá que verificar la cantidad de unidades de construcción que deberá pagar. A menudo, el adquirente estimará que le conviene contratar a un ingeniero consultor para que le aconseje y preste asesoramiento técnico en asuntos como los que se acaban de mencionar.

6. Si el ingeniero consultor ha de limitarse a brindar consejo y asesoramiento técnico de ese tipo al adquirente sin adoptar, sea en nombre del adquirente o en el propio, medidas que afecten directamente a los derechos y obligaciones contractuales del contratista, no es necesario que el contrato de obras autorice o regule el ejercicio de esas funciones por parte del ingeniero consultor. En cambio, tal vez convenga que el contrato de obras contenga disposiciones

tendientes a posibilitar al ingeniero consultor el ejercicio de esas funciones, o facilitárselo (por ejemplo, disposiciones que le aseguren el acceso al emplazamiento, al lugar de fabricación o a la información), a fin de que pueda supervisar la marcha de los trabajos y ejercer las demás funciones que le correspondan (véase el párrafo 29, *infra*).

b) *Adopción de medidas en nombre del adquirente*

7. Además de brindar consejo y asesoramiento técnico al adquirente, puede que el ingeniero consultor esté facultado para adoptar, en nombre del adquirente, algunas o todas las medidas del tipo al que se hace referencia en el párrafo 5, *supra*. Dado que en algunos casos las medidas que adopte el ingeniero consultor pueden afectar directamente los derechos y obligaciones contractuales del contratista, es aconsejable que en el contrato de obras se establezcan las facultades del ingeniero consultor a este respecto, inclusive todas las limitaciones a esas facultades (por ejemplo, todas las limitaciones a las facultades del ingeniero de ordenar o aceptar modificaciones en la construcción en nombre del adquirente). Además, es aconsejable que en el contrato de obras se obligue al adquirente a notificar por escrito al contratista toda ampliación o modificación de las facultades del ingeniero consultor que se efectúe después de celebrado el contrato.

8. Conviene que el contrato de obras indique las facultades del ingeniero consultor de comunicarse con el contratista en nombre del adquirente. Por ejemplo, se podría estipular que las comunicaciones entre el adquirente y el contratista relativas a los asuntos de competencia del ingeniero consultor se transmitan por conducto de éste.

2. *Funciones independientes*

9. Puede que las partes deseen considerar si el ingeniero consultor debe ejercer algunas funciones en forma independiente, en lugar de hacerlo para el adquirente o en su nombre. En algunas regiones es muy común en los contratos de obras, pero en otras puede resultar extraño. Puede tener algunas ventajas. Por ejemplo, una persona que esté familiarizada con la construcción y conozca el proyecto, y que tenga acceso inmediato al personal pertinente, a los datos reales y a la correspondencia, podría resolver en forma rápida e independiente los problemas técnicos que se planteen durante la construcción. Es posible que las partes acepten más fácilmente la medida que adopte en forma independiente un ingeniero consultor en el que ambas confían que la que adopte una de ellas, o se adopte en nombre de una de ellas, con lo que se ahorraría tiempo y se podrían evitar prolongados y costosos procedimientos arbitrales o judiciales.

10. Pero el ejercicio de funciones independientes por parte del ingeniero consultor también puede tener algunos inconvenientes. Por ejemplo, si es el adquirente quien elige, contrata y paga al ingeniero consultor, es posible que el contratista ponga en duda la capacidad del ingeniero de ejercer con imparcialidad sus funciones independientes. Esa preocupación puede surgir, sobre todo, cuando además de sus funciones independientes, el ingeniero consultor deba ejercer varias otras funciones para el adquirente o en su nombre. El contratista podría poner en duda que el ingeniero consultor sea capaz de proteger los intereses del adquirente, en algunos casos, y luego actuar en forma imparcial e independiente en otros.

11. Teóricamente, cada una de las partes podría nombrar un ingeniero consultor, acordando entre ellas las funciones independientes que ejercerán. También el adquirente podría contratar un ingeniero consultor para que le brindase consejo y asesoramiento técnico o actuase en su nombre, y otro para que ejerciese funciones independientes. Pero en la práctica esos arreglos pueden resultar engorrosos.

12. La facultad del ingeniero consultor de ejercer funciones independientes, el alcance de esas funciones y la medida en que los actos independientes del ingeniero consultor serán vinculantes para las partes, puede depender de la participación de ambas partes en su elección (véase la sección C, *infra*). Por ejemplo, si es sólo el adquirente quien elige al ingeniero consultor, el contratista podría ser reacio a aceptar que ejerciese funciones independientes; o bien, podría aceptar que sólo ejerciese funciones independientes de alcance limitado. Además, puede que no acepte reconocer ningún efecto vinculante a los actos independientes del ingeniero consultor, o que acepte que tengan sólo un efecto vinculante limitado (véase el párrafo 17, *infra*). Si se permite que ambas partes participen en la elección del ingeniero consultor éste podría desempeñar un papel independiente más amplio. Pero incluso en el caso de que el ingeniero consultor fuese elegido sólo por el adquirente, los posibles contratistas aceptarían con más facilidad que desempeñase un papel independiente más amplio si se tratara de un profesional con una elevada reputación internacional de competencia y equidad.

13. Con respecto al tipo de funciones independientes que el ingeniero consultor puede ejercer, puede que las partes deseen limitarlas a los asuntos de carácter técnico, como fórmulas de construcción, especificaciones del equipo y los materiales que se incorporarán a las instalaciones, y calidad de éstas. Por ejemplo, puede que las partes faculten al ingeniero consultor para que resida en el emplazamiento a fin de que responda rápidamente a los problemas técnicos que se planteen durante la construcción, resuelva discrepancias, errores u omisiones en los planos o las especificaciones, o interprete las disposiciones técnicas del contrato. Además, puede que las partes también deseen facultar al ingeniero consultor para que certifique la existencia de determinadas circunstancias que constituirán fuentes de derechos u obligaciones conforme al contrato. Por ejemplo, podría autorizarse al ingeniero consultor para que certifique el derecho del contratista a recibir los pagos que reclama, la existencia de una demora en la construcción, o la presencia y duración de circunstancias aducidas por una de las partes como impedimentos exonerantes, fuentes de derechos en virtud de una cláusula de gravosidad o causas que justifican la suspensión de la construcción. También podría estar facultado a certificar si el resultado de las pruebas de terminación fisicomecánica o de funcionamiento es positivo, o la existencia de las circunstancias aducidas por el contratista como causas para rechazar una modificación en la construcción solicitada por el adquirente.

14. El ingeniero consultor puede ejercer algunas de las funciones mencionadas en el párrafo precedente en nombre del adquirente o en forma independiente, por ejemplo, certificar el derecho del contratista a recibir el pago o el éxito de las pruebas de terminación fisicomecánica. Es aconsejable que se indique claramente en el contrato si determinada función se ejercerá en nombre del adquirente o en forma independiente, y que se excluyan de la categoría de las funciones independientes aquellas que han de ejercerse en nombre del adquirente.

15. Puede que las partes deseen considerar si el ingeniero consultor ha de estar facultado para decidir controversias entre ellas relativas a asuntos de carácter técnico. Si las partes designan un perito árbitro para que se ocupe de esas controversias (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 16 a 21) que no sea el ingeniero consultor, puede que deseen limitar las facultades del ingeniero consultor a la solución de problemas y cuestiones de rutina y a la certificación de la existencia de determinadas circunstancias (véase el párrafo 13, *supra*). Pero también es posible que el ingeniero consultor ejerza él mismo la función de perito árbitro para solucionar las controversias. En tal caso, probablemente sean aplicables consideraciones como las examinadas en los párrafos 10 a 12 *supra*. Por ejemplo, será más fácil que el contratista acepte que el ingeniero consultor ejerza esa función si puede participar en su elección. Si el ingeniero consultor ha de ejercer esa función, cuestiones tales como la designación del ingeniero consultor y el alcance de sus facultades para decidir controversias pueden resolverse de conformidad con lo examinado con respecto al perito árbitro en el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 17 a 19.

16. Si el ingeniero consultor ha de tener la facultad de ejercer funciones independientes, se debe establecer en el contrato que lo hará en forma imparcial con respecto al adquirente y al contratista. Además, el contrato debe estipular que el ingeniero consultor aplicará y dará efecto a sus disposiciones, y que no actuará siguiendo sólo sus propias ideas de justicia y sin respetar el contrato.

17. Es conveniente que en el contrato se establezca hasta qué punto se considerarán vinculantes para las partes los actos del ingeniero consultor en el ejercicio de una función independiente. Con respecto a la solución de problemas y cuestiones rutinarios y a la certificación de la existencia de determinadas circunstancias, se podría estipular en el contrato que cualquiera de las partes puede solicitar la revisión de ese acto en los procedimientos de solución de controversias previstos en el contrato. Otra posibilidad sería estipular que los actos en los que esté en juego un importe inferior a determinada cantidad serán vinculantes para las partes y no podrán someterse a revisión. El contrato puede también estipular que todo asunto en el que el ingeniero consultor no haya intervenido dentro de determinado plazo después de haber sido requerido para hacerlo por una de las partes puede remitirse a los procedimientos de solución de controversias, salvo que el contrato prevea otros medios para solucionarlo.

18. En lo que respecta a la situación del acto de que se trate mientras se sustancien los procedimientos de solución de controversias, el contrato puede estipular que ese acto debe ser aceptado o acatado hasta que se modifique o revoque con esos procedimientos, o hasta que el tribunal ante el que se sustancie el procedimiento decida otra cosa como medida provisional (conforme al capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafo 21). Un enfoque de ese tipo evitaría interrupciones prolongadas y costosas de la construcción. Pero si se adopta ese criterio en el contrato, se puede estipular el deber de una u otra parte de reembolsar a la otra los gastos que haya efectuado y por los que no reciba otra indemnización en virtud del contrato, como consecuencia de haber aceptado o acatado un acto del ingeniero consultor que posteriormente sea modificado o revocado mediante el procedimiento de solución de controversias.

19. Con respecto a la solución de controversias por el ingeniero consultor, el análisis que contiene el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 16 a 21, sobre la solución de controversias por un perito árbitro también es aplicable a las cuestiones relativas al carácter vinculante de las decisiones del ingeniero consultor y a la situación de esas decisiones durante la litispendencia.

### C. Elección y sustitución del ingeniero consultor

20. Si el ingeniero consultor sólo ha de prestar asesoramiento técnico al adquirente, o actuar en nombre del adquirente, podría ser elegido sólo por éste. Pero si ha de ejercer funciones independientes, puede que el contratista desee tener derecho a participar en esa elección (véanse, por ejemplo, los párrafos 10 a 12, *supra*).

21. En algunos casos, el adquirente puede designar al ingeniero consultor en los documentos de licitación. Al decidir si presentará o no una oferta, el contratista podría tener en cuenta si conoce al ingeniero consultor designado o su reputación, y el papel que desempeñará en virtud del contrato de obras, sobre todo cuando ha de ejercer funciones independientes. Por consiguiente, al adquirente le conviene designar una empresa que tenga probabilidades de ser aceptada por los posibles contratistas.

22. Si el ingeniero consultor ha de ser elegido después de celebrado el contrato de obras sólo por el adquirente y ha de actuar en nombre del adquirente, es aconsejable que en el contrato se obligue al adquirente a notificar por escrito al contratista el nombre y la dirección del ingeniero consultor. Pero si el ingeniero consultor se ha de limitar a prestar asesoramiento técnico al adquirente, puede que esa notificación no sea necesaria.

23. Si el contratista ha de participar en la elección del ingeniero consultor después de la celebración del contrato y el ingeniero consultor ha de ejercer funciones independientes, convendría prever en el contrato un mecanismo para esa elección. El contrato puede exigir que el adquirente notifique por escrito al contratista el nombre y la dirección del ingeniero consultor propuesto y le solicite su consentimiento a esa designación. Podría autorizarse al adquirente a contratar inmediatamente al ingeniero consultor propuesto, siempre que no ejerza ninguna función independiente hasta que el contratista dé por escrito su consentimiento a la designación de ese ingeniero consultor. De esa forma el ingeniero consultor podría prestar asesoramiento técnico al adquirente y adoptar medidas en su nombre, y la construcción avanzaría en la medida en que fuera posible sin que el ingeniero consultor ejerza funciones independientes. El contrato podría estipular además que el ingeniero consultor puede ejercer las funciones independientes en él previstas si el adquirente no recibe, dentro de determinado plazo después de haber enviado al contratista la notificación, su oposición por escrito a esa designación indicando los motivos de la misma.

24. Puede que las partes deseen considerar distintos criterios posibles para el caso en que el contratista se oponga al ingeniero consultor propuesto por el adquirente. Conforme a uno de ellos, el contratista puede obligar al adquirente a proponer otro ingeniero consultor que supere las objeciones del contratista para que ejerza funciones independientes. Conforme a otro criterio, el contrato puede prever que las partes designen de común acuerdo un tercero para que

elija al ingeniero consultor. Una tercera solución sería que, en el contrato se autorizase a cualquiera de las partes a que sometiera la cuestión de la designación del ingeniero consultor a los procedimientos de solución de controversias. Si en esos procedimientos se considera que las objeciones del contratista son infundadas, se puede facultar en el contrato al ingeniero consultor a que ejerza funciones independientes. Si se considera que las objeciones son fundadas, se puede obligar al adquirente a proponer otro ingeniero consultor que supere las objeciones del contratista para que ejerza funciones independientes. Otra posibilidad sería estipular en el contrato que el adquirente estará facultado a solicitar a la persona, tribunal arbitral o tribunal judicial ante el que se sustancien los procedimientos que preste su consentimiento a la designación del ingeniero consultor sustituyendo al contratista, siempre que en virtud de la ley aplicable sea competente para hacerlo.

25. El contrato también podría contener disposiciones para el caso en que, después de su celebración, sea necesario sustituir al ingeniero consultor. Si el primer ingeniero consultor fue elegido sólo por el adquirente después de celebrado el contrato, el que lo sustituya también puede ser elegido sólo por el adquirente, siempre que éste notifique por escrito al contratista el nombre y la dirección del sustituto, si esa notificación se exigía para la designación del primer ingeniero consultor. Si en el contrato de obras se indicó el primer ingeniero consultor, o si el contratista participó en su elección después de la celebración del contrato, éste puede facultar al contratista a participar en la elección del sustituto. Los procedimientos a ese respecto pueden ser análogos a los descritos en los párrafos precedentes en lo tocante a la participación del contratista en la elección del primer ingeniero consultor.

26. Es conveniente que en el contrato se estipule que las medidas adoptadas por el primer ingeniero consultor en vigor en el momento de la designación del sustituto seguirán en vigor como si no se hubiera sustituido al primer ingeniero consultor.

### D. Delegación de facultades por el ingeniero consultor

27. En general, las normas de la ley aplicable regulan la delegación de facultades del ingeniero consultor. Sin embargo, puede que convenga a las partes contemplar esa cuestión en el contrato, si están facultadas para ello (por ejemplo, si no deben atenerse a normas jurídicas imperativas). Así, si el ingeniero consultor debe ejercer funciones independientes, puede que las partes consideren conveniente estipular que no podrá delegar sus facultades para ejercer esas funciones a otro ingeniero consultor sin el consentimiento por escrito de ambas partes. Si se desea establecer una limitación de esa índole, es aconsejable incluirla tanto en el contrato que celebre el adquirente con el ingeniero consultor como en el contrato de obras. Análogamente, en casos en que el ingeniero consultor deba actuar en nombre del adquirente, es aconsejable que todas las limitaciones que el adquirente desee imponer a la capacidad del ingeniero consultor de delegar sus facultades para ejercer esas funciones figuren tanto en el contrato que celebre el adquirente con el ingeniero consultor como en el contrato de obras, de modo que el contratista tenga conocimiento de ellas y las respete.

28. El contrato puede también estipular que todas las medidas adoptadas por una persona a quien el ingeniero consultor haya delegado debidamente sus

facultades tendrán el mismo efecto que tendrían si hubieran sido adoptadas por el mismo ingeniero consultor. Asimismo podría estipular que el ingeniero consultor puede adoptar cualquier medida que la persona a la que haya delegado sus facultades estuviera autorizada a adoptar y no la hubiese adoptado.

### E. Información y facilidades de acceso que se deben ofrecer al ingeniero consultor

29. Es posible que para ejercer sus funciones en forma eficaz el ingeniero consultor necesite disponer de distintos tipos de información y tener acceso al emplazamiento, a los lugares donde se fabrican el equipo, los materiales y los suministros que se incorporarán a las instalaciones y a las instalaciones en construcción o terminadas. El contrato puede obligar al contratista a facilitar al ingeniero consultor la información o el acceso mencionados en la misma medida en que debe facilitárselos al adquirente en virtud del contrato de obras.

# Capítulo XI. Subcontratación


RESUMEN

El término "subcontratación" utilizado en esta *Guía* se refiere al empleo de un tercero por parte del contratista para que cumpla algunas de las obligaciones que éste ha contraído en virtud del contrato de obras. Conviene incluir en el contrato disposiciones relativas al alcance que puede tener la subcontratación, la elección de los subcontratistas y demás aspectos de la subcontratación. También es conveniente indicar en el contrato las obligaciones del contratista que se regirán por esas disposiciones (párrafos 1 a 4). En muchos ordenamientos jurídicos, no se establece ningún vínculo jurídico entre el adquirente y el subcontratista. Por ello, tal vez convenga que el contrato de obras contemple algunas consecuencias derivadas de esta circunstancia (párrafos 5 y 6).

En determinados casos, es posible que el contrato prohíba al contratista subcontratar el cumplimiento de algunas de sus obligaciones o de todas (párrafos 8 y 9).

Con respecto a la elección de los subcontratistas, las partes podrían considerar dos enfoques básicos: que sea solamente el contratista quien elija los subcontratistas (párrafo 10), o que el adquirente participe en esa elección (párrafos 11 a 26).

De ser posible, convendría que las partes escojan los subcontratistas antes de celebrar el contrato de obras, y que en éste se indiquen los nombres de los mismos a fin de evitar controversias con respecto a su elección. O bien las partes podrían convenir en una lista de posibles subcontratistas aceptables, entre los que el contratista elegirá al subcontratista (párrafos 13 y 14).

Si el contrato estipula que los subcontratistas se elegirán con la participación del adquirente después de su celebración (párrafo 15), podría facultarse al adquirente a rechazar con argumentos razonables al subcontratista propuesto por el contratista (párrafos 16 a 19), u obligar al contratista a que emplee como subcontratista una empresa designada por el adquirente, con la salvedad de que el contratista estará facultado a rechazar a esa empresa alegando determinadas causas (párrafos 20 a 26). El sistema de designación debe aplicarse con cautela y comprendiendo cabalmente los procedimientos que abarca así como las disposiciones contractuales y sus consecuencias (párrafo 23). En cualquier caso es aconsejable que las partes convengan en un procedimiento rápido para solucionar las controversias que se planteen entre ellas con respecto al empleo de subcontratistas (párrafos 17, 18 y 26, respectivamente).

Puede que las partes deseen estipular que si el contratista emplea a un subcontratista para que cumpla alguna de sus obligaciones derivadas del contrato de obras, su responsabilidad por el incumplimiento de esa obligación no disminuirá ni desaparecerá (párrafo 27). También el contrato puede exigir al contratista que indemnice al adquirente por los perjuicios resultantes de daños causados por el subcontratista a bienes del

adquirente o de responsabilidades en que haya incurrido el adquirente frente a terceros como consecuencia de actos u omisiones del subcontratista, en la misma medida en que el contratista tendría que resarcir al adquirente si esos perjuicios hubieran resultado de su propio acto u omisión. O bien el contrato puede estipular que esas cuestiones se solucionarán según la ley aplicable (párrafo 28).

En algunas situaciones puede que el adquirente desee que el subcontratista asuma determinadas obligaciones frente a él y, además, estar facultado a reclamarle directamente por su incumplimiento. Las partes podrían considerar la posibilidad de prever en el contrato de obras un mecanismo a esos efectos (párrafos 29 a 31).

Puede que las partes estimen conveniente autorizar en el contrato de obras al adquirente a que pague directamente al subcontratista, reclamando luego al contratista las sumas que haya pagado, o que esas sumas le sean acreditadas de otra forma (párrafos 32 a 34), y prever la cooperación y comunicación entre el adquirente y el subcontratista (párrafos 35 y 36).

Es aconsejable que las disposiciones del contrato de obras y del subcontrato sean compatibles (párrafo 37).

## A. Observaciones generales

1. El término "subcontratación" utilizado en esta *Guía* se refiere al empleo por parte del contratista de un tercero para que cumpla en su nombre algunas de sus obligaciones derivadas del contrato de obras. El término incluye, por ejemplo, los terceros que emplea el contratista para instalar el equipo o prestar otros servicios de construcción o bien la fabricación de equipo importante que el contratista está obligado a suministrar para incorporarlo a las instalaciones. Pero no comprende los terceros de quienes el contratista obtiene equipo, materiales o servicios corrientes que utiliza para cumplir sus obligaciones contractuales. Este último tipo de terceros, que algunas veces se denominan "proveedores", no se contemplan en esta *Guía*. Las relaciones contractuales con esos terceros no presentan los problemas especiales que plantean las relaciones contractuales con los subcontratistas; en consecuencia, el contrato de obras sólo debe prever estas últimas.

2. Es difícil trazar un límite preciso entre subcontratistas y proveedores. Mientras algunos terceros empleados por el contratista corresponden claramente a una de las dos categorías, otros no. En consecuencia, es aconsejable que las partes no intenten hacer distinciones en el contrato. En cambio, es preferible que el contrato especifique las obligaciones del contratista que se regirán por las cláusulas que restringen o regulan el empleo por el contratista de un tercero para que cumpla sus obligaciones contractuales[1].

3. Es común que un contratista contrate subcontratistas para que cumplan algunas de sus obligaciones derivadas del contrato de obras. Es posible que el contratista no posea los conocimientos técnicos, el personal, el equipo o los recursos económicos necesarios para cumplir por sí solo todos los trabajos especializados de los que responde en virtud del contrato. Incluso si el contratista está en condiciones de cumplir todas sus obligaciones contractuales, es posible que las normas vigentes en el país donde se construirán las instalaciones exijan que contrate subcontratistas locales para el cumplimiento de algunos tipos de obligaciones. En algunos casos, una organización, por

ejemplo una organización pública de comercio exterior, que no posee la capacidad de ejecutar ningún aspecto de la construcción, puede celebrar contratos de construcción de instalaciones industriales y subcontratar el cumplimiento de todas las obligaciones relativas a la construcción previstas en el contrato de obras.

4. Es deseable que el contrato de obras contenga disposiciones sobre el alcance que puede tener la subcontratación, la elección de los subcontratistas y demás aspectos de la subcontratación. A falta de esas disposiciones, quizá algunos ordenamientos jurídicos permitan al contratista subcontratar con más libertad de la que convendría desde el punto de vista del adquirente, mientras que otros limiten su capacidad de subcontratar sin el consentimiento expreso del adquirente. Las partes deben prestar la debida atención a las disposiciones sobre subcontratación cuando negocian y redactan el contrato de obras, pues si las cuestiones relacionadas con la subcontratación se tratan en forma insatisfactoria pueden surgir problemas relativos a la marcha de la construcción y la calidad de las instalaciones. Al formular las disposiciones sobre subcontratación las partes deben tener presentes todas las normas imperativas sobre esta materia que contenga la ley aplicable al contrato, así como las normas administrativas u otras normas públicas vigentes en el país donde se han de construir las instalaciones (véase el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafo 22).

5. Como el subcontrato es un contrato celebrado exclusivamente entre el contratista y el subcontratista, en muchos ordenamientos jurídicos no existe ningún vínculo jurídico entre el adquirente y el subcontratista. En consecuencia, si el subcontratista incumple, tiene que responder sólo ante el contratista. El adquirente puede reclamar solamente al contratista los perjuicios que sufra a raíz del incumplimiento del subcontratista, y sólo si el contrato de obras establece la responsabilidad del contratista ante el adquirente por esos perjuicios (véase el párrafo 27, *infra*). Asimismo, en los ordenamientos jurídicos donde no hay ningún vínculo jurídico entre el adquirente y el subcontratista, el adquirente no está obligado a pagar al subcontratista por sus servicios; el subcontratista debe requerir el pago al contratista quien, a su vez, conseguirá, en virtud del contrato de obras, que el adquirente se lo reembolse de un modo u otro (véanse, sin embargo, los párrafos 32 a 34, *infra*). Por ejemplo, el contratista, al fijar el precio global, podría incluir el costo de los servicios del subcontratista, o bien obtener su reembolso si se trata de un contrato de costos reembolsables. Pero en algunos ordenamientos jurídicos, nacen de pleno derecho directamente entre el adquirente y el subcontratista ciertos derechos y obligaciones recíprocos.

6. La falta de una relación contractual entre el adquirente y el subcontratista podría resultar ventajosa para el primero pues lo separaría, por ejemplo, de las controversias entre el contratista y el subcontratista relacionadas con el incumplimiento del segundo o con la falta de pago del contratista al subcontratista. Sin embargo, esa separación suele no ser total y conviene que el contrato de obras contenga disposiciones sobre los asuntos que interesan al adquirente relativos al subcontratista. Esos asuntos se examinan en las secciones siguientes del presente capítulo.

## B. Derecho del contratista a subcontratar

7. En algunos países, la legislación obliga al contratista a subcontratar ciertas obras con empresas nacionales. En los países en que ello no ocurra, las partes deberían estipular en el contrato si el contratista tiene derecho a subcontratar y el alcance de ese derecho.

8. El adquirente puede confiar en los conocimientos técnicos y la reputación del contratista para la creación del diseño, el suministro de determinado equipo o materiales para las instalaciones o la prestación de algunos servicios relacionados con la construcción, y en ese caso deseará que el contratista cumpla por sí mismo esas obligaciones. Por el contrario, quizá el adquirente espera que el contratista subcontrate el suministro de otros equipos, materiales o servicios. Además, es posible que si es el adquirente quien suministra la tecnología o el diseño desee limitar o prohibir la subcontratación por parte del contratista a fin de proteger el carácter confidencial de la tecnología o el diseño.

9. Existen dos sistemas distintos para limitar o prohibir la subcontratación por parte del contratista. En algunos casos, las partes pueden estipular que el contratista no puede subcontratar una parte importante de sus obligaciones con respecto a la construcción de las instalaciones. En otros, las partes indican en el contrato las obligaciones que el contratista no podrá subcontratar y aquellas que sí, sin perjuicio de las demás disposiciones del contrato (por ejemplo, las que se examinan en la sección siguiente). Y aun en otros casos, las partes pueden convenir en que el contratista no estará facultado a subcontratar ninguna de sus obligaciones. Si el contratista es una organización que no posee la capacidad de ejecutar por sí misma ningún aspecto de la construcción (véase el párrafo 3, *supra*), se puede autorizar en el contrato al contratista a que subcontrate el cumplimiento de todas sus obligaciones relativas a la construcción.

## C. Elección de los subcontratistas

### 1. *Elección por parte del contratista únicamente*

10. En algunos casos, puede que el adquirente tenga poco o ningún interés en elegir el subcontratista. De ser así, la elección del subcontratista podría quedar exclusivamente a cargo del contratista.

### 2. *Participación del adquirente en la elección del subcontratista*

11. Pero en otros casos, puede que el adquirente tenga un interés concreto en elegir al subcontratista. Puede que el adquirente desee asegurarse de que las obligaciones subcontratadas serán ejecutadas por una empresa que posea los conocimientos técnicos y recursos necesarios para cumplirlas en forma satisfactoria. O bien el adquirente desee tal vez cerciorarse de que determinado equipo que se instalará será de cierta calidad que sólo pueden proporcionar determinados subcontratistas. En los contratos en los que el precio que cobra el subcontratista afecte directamente al precio que deba pagar el adquirente al contratista, tales como los contratos de costos reembolsables, el adquirente estará interesado en que las obligaciones subcontratadas se ejecuten al precio más razonable. Puede que el adquirente desee que el contratista sólo emplee subcontratistas locales, o quizá el contratista esté obligado a hacerlo por la ley del país donde se construirán las instalaciones. Tal vez los acuerdos que ha celebrado con una organización de financiación extranjera obliguen al adquirente a garantizar que los subcontratos que asciendan a determinada suma se celebrarán con empresas del país de esa organización.

12. Se podrían reconciliar las circunstancias mencionadas en el párrafo precedente estipulando en el contrato que el adquirente participará en la elección del subcontratista. El grado y el carácter de esa participación pueden variar, según el criterio de contratación elegido por las partes (véase el capítulo II, "Selección de los criterios de contratación") y la importancia que tenga para el adquirente ejercer control sobre el costo y la calidad del cumplimiento de las obligaciones que se subcontratarán. Pero los adquirentes deben percatarse de que la inclusión en el contrato de la facultad de obligar al contratista a subcontratar con determinado subcontratista puede tener consecuencias económicas desfavorables para ellos, pues el contratista podría añadir al precio el costo de ejercer una supervisión mayor sobre un subcontratista cuyo trabajo tal vez no conoce, así como un incremento para cubrir el mayor riesgo resultante de tener que responder ante el adquirente por las pérdidas que causen los incumplimientos del subcontratista. Además, el adquirente debe tener en cuenta que su participación en la elección de los subcontratistas podría reducir la responsabilidad del contratista dimanada del incumplimiento de un subcontratista (véase el párrafo 27, *infra*).

a) *Mención de los subcontratistas en el contrato de obras*

13. De ser posible, y en particular si el equipo, los materiales o servicios de construcción que suministrará el subcontratista son decisivos para la construcción, conviene que las partes se pongan de acuerdo sobre los subcontratistas antes de celebrar el contrato de obras, y que indiquen sus nombres en el mismo. De este modo se evitarán controversias con respecto a la elección de subcontratistas en determinados casos, con las interrupciones de las obras y las consecuencias económicas que pueden derivar de esas controversias. Además, con ese enfoque se evitaría que el contratista se lanzase "a la caza de ofertas más baratas" después de que se haya adjudicado el contrato. Ésta es una práctica por la que el contratista utiliza una oferta para un subcontrato que ha presentado una empresa y sobre la que basa el precio de su propio contrato para intentar obtener ofertas a precios inferiores de otras empresas para ese subcontrato y, posiblemente, forzar a la primera a presentar una oferta a precio más bajo. Si el contratista logra esto último (que en la mayoría de los contratos a precio alzado no hará disminuir el precio pagadero por el adquirente), esa empresa podría tener un aliciente para reducir sus gastos y ejecutar el subcontrato en forma menos satisfactoria a fin de que no disminuya su margen de beneficios.

14. En el contrato de obras se puede especificar que determinado subcontratista cumplirá determinado aspecto de la construcción. O bien se puede incluir una lista de posibles subcontratistas aceptables que hayan sido convenidos de común acuerdo por el adquirente y el contratista. Se facilitaría la aceptación del adquirente de determinado subcontratista o de una lista de posibles subcontratistas si el contratista consiguiera ofertas de los subcontratistas propuestos y las presentara al adquirente, acompañadas de datos sobre los antecedentes profesionales. Pero si el contratista solicita ofertas tendrá que incurrir en otros gastos que, en última instancia, habrá de sufragar el adquirente. Además, en los contratos que no son de costos reembolsables, es posible que el contratista sea reacio a transmitir al adquirente las ofertas que presentaron los subcontratistas.

b) *Participación del adquirente en la elección de los subcontratistas después de la celebración del contrato*

15. Hay más posibilidades de que surjan controversias entre las partes con respecto a los subcontratistas que se emplearán si éstos se eligen una vez celebrado el contrato. Tal vez haya que interrumpir las obras, con posibles consecuencias económicas para ambas partes. Por consiguiente, este enfoque requiere una gran cooperación y rápida comunicación entre las partes. Por ejemplo, si en un contrato se prevé que el contratista propondrá un subcontratista o que el adquirente designará al subcontratista (esto se examina más adelante), sería conveniente que la otra parte comunicara lo antes posible a la parte que debe proponerlo o designarlo los subcontratistas que no cuentan con su aprobación. En los párrafos siguientes se examinan distintos procedimientos que podrían seguirse para que el adquirente participe en la elección del subcontratista una vez celebrado el contrato de obras.

i) *Derecho del adquirente a rechazar al subcontratista propuesto por el contratista*

16. En el contrato se puede estipular que el contratista no podrá contratar como subcontratista una empresa que el adquirente rechace por motivos razonables. También puede obligarse al contratista a que notifique por escrito al adquirente su intención de subcontratar con determinada empresa, indicando el nombre y domicilio de la misma y las obras que ejecutará. En los contratos en los que el precio que cobra el subcontratista afectará directamente el precio pagadero por el adquirente (por ejemplo, en los contratos de costos reembolsables, y en los contratos a precio alzado que adoptan el método de la prueba documental para la revisión del precio (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 56 y 57)), es aconsejable que en la notificación se indique también el precio que cobrará la empresa. Puede que las partes deseen considerar también la posibilidad de exigir al contratista que presente al adquirente una copia del subcontrato propuesto, así como la información adicional relativa a la empresa que el adquirente pueda razonablemente solicitar. Salvo que el adquirente presente por escrito al contratista su rechazo del empleo de esa empresa dentro de un plazo determinado después de recibir la notificación, justificándolo razonablemente, el contratista podrá contratar esa firma[2].

17. Es aconsejable que las partes convengan en un procedimiento expedito para solucionar las controversias relativas al rechazo del adquirente al subcontratista propuesto por el contratista, de modo que se evite o se reduzca al mínimo la interrupción de la construcción. Conforme a una concepción, cualquiera de las partes estaría facultada a someter inmediatamente la controversia a los procedimientos de solución (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias") y se fijaría en el contrato de obras un breve plazo para que se adoptase una decisión al respecto (por ejemplo, un mes). No se contrataría a ningún subcontratista hasta que se resuelva la controversia, pero la construcción quedaría interrumpida sólo en la medida en que no podría ejecutarse sin el empleo de un subcontratista. Si se comprobara que el rechazo del adquirente era razonable, el contratista estaría obligado a proponer otro subcontratista y a asumir las consecuencias económicas de la interrupción de la construcción. Si se comprobara que el rechazo del adquirente no era razonable, podría autorizarse al contratista a que subcontratase de conformidad con la notificación que ha dado al adquirente y exigirse a este último que sufragase las consecuencias económicas de la interrupción de la construcción.

18. Conforme a otra concepción, el contratista estaría obligado a notificar nuevamente al adquirente su intención de subcontratar dentro de un breve plazo (por ejemplo una semana), a partir del momento en que reciba la notificación del rechazo del adquirente al subcontratista que había propuesto. Si la empresa propuesta como subcontratista en la nueva notificación resulta aceptable al adquirente, el contratista la empleará. La controversia relativa a lo razonable del rechazo del adquirente a la empresa propuesta en la primera notificación de la intención de subcontratar podría someterse inmediatamente, o poco después, al procedimiento de solución de controversias. La litispendencia no aplazaría el empleo de la empresa propuesta en la nueva notificación. Si en el procedimiento de solución de controversias se decide que el rechazo del adquirente no era razonable, podría exigírsele que sufragase las consecuencias económicas de todas las interrupciones de la construcción, así como las consecuencias económicas complementarias correspondientes a los gastos del contratista por la contratación de una nueva empresa en lugar de la propuesta en un principio. Si se comprobase que el rechazo del adquirente era razonable, el contratista estaría obligado a soportar las consecuencias y pérdidas. Si la empresa propuesta en la nueva notificación no resulta aceptable al adquirente, en el contrato se puede prever un procedimiento tal como el que se describe en el párrafo 17, *supra*.

19. En algunos tipos de contratos, por ejemplo, contratos de costos reembolsables, puede que las partes deseen considerar la posibilidad de exigir al contratista que solicite ofertas a varias empresas para el cumplimiento de las obligaciones que se han de subcontratar, y que las presente al adquirente indicando aquellas que estuviera dispuesto a aceptar. El adquirente elegiría al subcontratista entre esos postores. Este mecanismo tal vez no sea adecuado para el suministro de artículos o servicios muy especializados, pues es posible que no haya muchas empresas a quienes solicitar ofertas.

ii) *Sistema de designación*

20. Se puede lograr una participación aun más amplia del adquirente en la elección de los subcontratistas si él mismo elige al subcontratista y pide al contratista que celebre con ese subcontratista un subcontrato. Tal es, en esencia, el sistema de "designación", común en algunas partes del mundo.

21. En el sistema de designación, el adquirente individualiza los posibles subcontratistas y negocia con ellos el cumplimiento de las obligaciones que el contrato indica que se someterán a ese sistema. Las negociaciones pueden tener lugar antes de celebrarse el contrato. En este caso, se podrían incluir en el contrato las cláusulas esenciales del subcontrato que celebrará el contratista, incluido el precio. En un contrato a precio alzado, si no se establece el precio de la obra subcontratada en el momento de la celebración, podrá fijarse en el contrato un precio estimado para esa obra y el precio del contrato aumentará o disminuirá según la diferencia entre el precio estimado y el precio real de la obra subcontratada. Fundamentalmente, la obra subcontratada sería de costos reembolsables (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 10 a 24). En cualquier caso, el contrato obligaría al contratista a celebrar un subcontrato con la empresa que haya designado el adquirente.

22. Un mecanismo como el sistema de designación ofrece varias ventajas al adquirente. Le permite elegir un subcontratista y le da un amplio control sobre

el precio y demás condiciones de cumplimiento de las obligaciones subcontratadas. También le permite utilizar determinado diseño, equipo o servicios suministrados por determinado subcontratista. Además, es una forma de que el adquirente se asegure de que los subcontratos se otorgarán a empresas locales. El adquirente puede lograr estos beneficios sin entrar en una relación contractual con el subcontratista.

23. Pero el sistema de designación debe aplicarse con cautela, comprendiendo cabalmente los procedimientos en juego, así como las disposiciones contractuales y sus consecuencias. Al utilizarse este sistema pueden surgir diversos peligros que deberán evitarse mediante disposiciones contractuales apropiadas. Por ejemplo, salvo que el contrato lo niegue con toda claridad, del alto grado de participación del adquirente en la elección del subcontratista podría deducirse que nacen derechos y obligaciones contractuales directamente entre él y el subcontratista, o bien que la responsabilidad del contratista por el incumplimiento del subcontratista es limitada o queda excluida. En el segundo caso, el adquirente no sólo no podría reclamar al contratista, sino que tampoco podría reclamar al subcontratista con el que no tiene ninguna relación contractual, y tendría que soportar él mismo las pérdidas. Estas consecuencias pueden evitarse estipulando en el contrato que si el contratista emplea un subcontratista para cumplir alguna de sus obligaciones contractuales, no disminuirá ni desaparecerá su responsabilidad por el incumplimiento de dicha obligación (véase el párrafo 27, *infra*; no obstante, véase también el párrafo 24, *infra*). Además, al negociar con la empresa que podría designarse como subcontratista, el adquirente debe procurar que los resultados de esas negociaciones no puedan interpretarse como un asentimiento a que la empresa sea empleada como subcontratista. De lo contrario, se vería obligado a indemnizarla si el contratista, en última instancia, no la contratara como subcontratista. Debido a las desventajas y peligros del sistema de designación, puede que el adquirente considere preferible contratar directamente una empresa como contratista independiente en lugar de designarla como subcontratista.

24. Si se adopta el sistema de designación, conviene que el contratista esté facultado a rechazar la empresa designada como subcontratista, alegando determinados motivos, a fin de que no se vea obligado a crear una relación contractual con un subcontratista que le resulte indebidamente perjudicial a sus intereses. Entre estos motivos se encontrarían, por ejemplo, uno o varios de los siguientes:

*a)* que la empresa designada como subcontratista se niegue a asumir determinadas obligaciones y responsabilidades frente al contratista del mismo alcance que las impuestas al contratista frente al adquirente, incluidas obligaciones y responsabilidades con respecto a la calidad, plazos, fianzas y límites financieros de responsabilidad;

*b)* que la empresa designada como subcontratista se niegue a convenir en que indemnizará al contratista por toda responsabilidad en que éste incurra frente al adquirente o un tercero como consecuencia de actos u omisiones del subcontratista;

*c)* la falta de idoneidad de la empresa designada como subcontratista para cumplir las obligaciones que han de subcontratarse;

*d)* toda otra objeción razonable del contratista a la subcontratación con la empresa designada como subcontratista. Por ejemplo, que el contratista haya tenido antes una experiencia insatisfactoria con esa empresa, o que la situación económica de la empresa menoscabe su capacidad de cumplir satisfactoriamente.

25. Puede que las partes deseen considerar algunas opciones para tratar los casos en que el contratista rechace a una empresa designada por el adquirente como subcontratista porque dicha empresa se niega a asumir frente al contratista obligaciones y responsabilidades del mismo alcance que las impuestas al contratista frente al adquirente. Por ejemplo, en el contrato de obras podría obligarse al contratista a que celebre el subcontrato si el adquirente acepta reducir el alcance de las obligaciones que el contratista tiene frente a él, equiparándolas a las obligaciones del subcontratista frente al contratista. O bien en el contrato se puede estipular que la indemnización pagadera por el contratista al adquirente en caso de incumplimiento del subcontratista no excederá de la indemnización que puede reclamar el contratista al subcontratista.

26. Las partes deben decidir qué sucederá si se plantea una controversia porque el contratista se niega a celebrar un contrato con la empresa que el adquirente ha designado como subcontratista. A este respecto, puede que las partes deseen considerar enfoques comparables a los que se describieron en los párrafos 17 y 18, *supra*, distribuyéndose las consecuencias económicas según la justificación o falta de justificación de la negativa del contratista a emplear esa empresa.

### D. Alcance de la responsabilidad del contratista por los perjuicios ocasionados al adquirente por el incumplimiento del subcontratista u otros actos u omisiones del subcontratista

27. Puede que las partes deseen considerar hasta qué punto el contratista debe responder ante el adquirente por el incumplimiento de una de sus obligaciones estipuladas en el contrato, si ese incumplimiento fue causado por el incumplimiento del subcontrato por parte del subcontratista. A este respecto, puede que deseen estipular que el empleo por el contratista de un subcontratista para que cumpla alguna de sus obligaciones derivadas del contrato no disminuye ni elimina la responsabilidad del contratista por el incumplimiento de esa obligación[3]. De esta manera se preservaría el derecho del adquirente a obtener una reparación por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del subcontratista. Si, conforme al contrato de obras, es posible obligar al contratista a emplear a un subcontratista a pesar de que tenga contra ello objeciones razonables (véanse, no obstante, los párrafos 12 y 24 *supra*), las partes podrían examinar la posibilidad de limitar la responsabilidad del contratista por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del subcontratista (véase, por ejemplo, el párrafo 25, *supra*). En los ordenamientos jurídicos donde se considera que el subcontratista tiene un vínculo jurídico con el contratista y no con el adquirente, si se adopta el segundo criterio, el adquirente tendría que soportar los perjuicios resultantes de los incumplimientos del subcontratista en la medida en que el contratista no estaría obligado a indemnizarlo por ellos.

28. Otras cuestiones afines que puede que las partes deseen examinar son las siguientes: si el contratista debe indemnizar al adquirente por los perjuicios resultantes de daños causados por el subcontratista a los bienes del adquirente o de responsabilidades en que haya incurrido el adquirente frente a terceros como consecuencia de actos u omisiones del subcontratista, y el alcance de esa indemnización. En el segundo caso, podrían nacer obligaciones, por ejemplo,

derivadas de lesiones a terceros o de daños a bienes de terceros provocados por el subcontratista. Una de las soluciones que se podrían adoptar sería exigir que el contratista indemnizase al adquirente por esas pérdidas en la misma medida en que tendría que hacerlo si las pérdidas hubieran resultado de su propio acto u omisión[4]. Otra solución sería estipular que estas cuestiones se resolverán según la ley aplicable.

## E. Derecho del adquirente de reclamar directamente al subcontratista

29. En algunas situaciones, es posible que el adquirente desee que el subcontratista asuma frente a él ciertas obligaciones, por cuyo incumplimiento pueda demandarle directamente. Por ejemplo, quizá el adquirente desee que el subcontratista esté obligado a mantener el carácter confidencial del diseño. Asimismo, es posible que el contratista no quiera tener que responder ante el adquirente por defectos de diseño de un elemento especializado de las instalaciones que diseñará y suministrará un subcontratista, por ejemplo, el aire acondicionado, y las partes convengan en que el adquirente estará facultado a reclamar directamente al subcontratista que suministra ese diseño. Si no existe una relación contractual entre el adquirente y el subcontratista, esas obligaciones del subcontratista frente al adquirente no nacerían directamente, y el adquirente no podría reclamarle por su incumplimiento.

30. Una opción que las partes tal vez deseen considerar en esos casos es la celebración por el adquirente de un acuerdo independiente con el subcontratista, limitado a las obligaciones que pretende imponerle. Por ejemplo, el subcontratista puede asumir frente al adquirente la obligación de confidencialidad, o garantizarle la idoneidad del diseño. Entonces el adquirente podría reclamarle directamente por el incumplimiento de esa obligación.

31. Otra opción sería la de imponer las obligaciones pertinentes al contratista, quien debería exigir las mismas obligaciones al subcontratista. Ello podría lograrse si se estipula en el contrato la obligación del contratista de proceder de ese modo, o si el adquirente subordina la aceptación del subcontratista propuesto por el contratista a que el subcontratista asuma esas obligaciones frente al contratista. A fin de que el adquirente esté facultado a reclamar directamente al subcontratista, debe incluirse en el contrato otra disposición por la que el contratista ceda al adquirente sus derechos frente al subcontratista en caso de que incumpla las obligaciones, siempre que la ley aplicable autorice una cesión de este tipo.

## F. Pago de las prestaciones de los subcontratistas

32. Como se indicó antes (véase el párrafo 5), el adquirente casi nunca estará obligado a pagar directamente al subcontratista; por el contrario, el subcontratista tendrá que reclamar el pago a la parte con que contrata, es decir al contratista. Pero puede haber casos en los que el adquirente desee pagar directamente al subcontratista, por ejemplo, cuando el contratista no le paga una suma que le adeuda y se ve amenazada la marcha regular de la construcción por la renuencia del subcontratista a proseguir el trabajo. Además, en algunos ordenamientos jurídicos es posible que el subcontratista tenga derecho a ejecutar el pago de las sumas a él adeudadas haciendo valer un

derecho de retención o un derecho de preferencia sobre las mismas instalaciones. En consecuencia, puede que las partes estimen conveniente autorizar en el contrato de obras al adquirente a solicitar al contratista pruebas de que ha efectuado el pago debido al subcontratista y, si dentro de un plazo determinado después de que se haya presentado esa solicitud al contratista, éste no consigna al adquirente esa prueba ni le entrega una declaración escrita de las causas razonables por las que no ha efectuado el pago, el adquirente podrá pagar directamente al subcontratista y reclamar al contratista lo que ha pagado u obtener de otra manera que se le acrediten esos pagos. El adquirente que paga directamente al subcontratista, salvo que esté expresamente autorizado en el contrato de obras, asume un riesgo, pues su obligación de pagar al contratista no disminuirá por la suma que ha pagado al subcontratista. A fin de evitar que se deduzca que existe una relación contractual entre el adquirente y el subcontratista, el contrato de obras puede aclarar también que el adquirente ha efectuado esos pagos directos por cuenta del contratista.

33. La forma en que el adquirente recupere del contratista la suma que ha pagado directamente al subcontratista o reciba crédito por dicho pago depende de las condiciones de pago estipuladas en el contrato de obras celebrado entre el adquirente y el contratista. En un contrato a precio alzado, el adquirente estaría facultado a deducir la suma de ese pago del precio contratado pagadero al contratista. En un contrato de costos reembolsables, si el adquirente paga directamente al subcontratista por cuenta del contratista con respecto a la obra subcontratada, no será necesario efectuar ningún reajuste entre el contratista y el adquirente, pues el contratista no habrá incurrido en ningún gasto por la obra subcontratada que el adquirente deba reembolsar.

34. Cabe señalar que el pago que el adquirente efectúa directamente al subcontratista podría tener la desventaja de implicar al adquirente en las controversias que surjan entre el contratista y el subcontratista y, en algunos casos, menoscabar las relaciones entre el adquirente y el contratista. Además, el adquirente debe proceder con cautela al efectuar esos pagos, para que no surjan controversias entre él y el contratista con respecto a si el pago se debería haber efectuado o si la suma pagada era la que realmente se debía.

## G. Cooperación y comunicación entre el adquirente y el subcontratista

35. Como se examinó en el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 3, el contrato puede obligar al adquirente a dar determinado tipo de información al contratista acerca del cumplimiento de las obligaciones de este último (por ejemplo, información sobre las leyes de seguridad o de protección del medio ambiente vigentes en el país del adquirente), y a cooperar en otras formas con el contratista (por ejemplo, depositando equipo o materiales del contratista). En caso de que el subcontratista cumpla las obligaciones del contratista, puede que las partes deseen también considerar la posibilidad de obligar al adquirente a darle información o cooperar con el subcontratista en la misma forma y con el mismo alcance.

36. A menudo conviene que haya una comunicación directa entre el adquirente y el subcontratista a fin de que ambos puedan examinar y comprender las cuestiones pertinentes a las prestaciones del subcontratista. En consecuencia, quizá las partes deseen autorizar en el contrato de obras al adquirente a comunicarse directamente con el subcontratista en lo tocante a las

cuestiones técnicas, o a las relativas al diseño o calidad de las instalaciones en la medida en que se relacionen con el cumplimiento del subcontratista. En el contrato también se podría facultar al contratista a asistir a las conversaciones entre el adquirente y el subcontratista, y obligar al adquirente a informar al contratista acerca de todas las demás comunicaciones entre él y el subcontratista. Puede que las partes deseen estipular que los acuerdos entre el adquirente y el subcontratista relacionados con asuntos con respecto a los que el adquirente está autorizado a comunicarse directamente con el subcontratista serán obligatorios para el contratista, siempre que participe o esté facultado a participar en las conversaciones entre el adquirente y el subcontratista o haya sido informado de las comunicaciones entre ambos, y siempre que esos acuerdos no modifiquen las cláusulas del contrato de obras celebrado entre el contratista y el adquirente.

## H. Compatibilidad del subcontrato con el contrato de obras

37. Es aconsejable que las disposiciones del contrato de obras estén en armonía con las disposiciones del subcontrato, de modo que las características y la calidad del trabajo que debe ejecutar el subcontratista corresponda a las obligaciones que incumben al contratista en virtud del contrato de obras.

*Notas del capítulo XI:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"El empleo por el contratista de uno o varios terceros para que cumplan las obligaciones que a continuación se indican se regirá por las disposiciones del presente contrato relativas a la subcontratación, y se considerará a ese tercero como subcontratista. Las obligaciones mencionadas en la frase precedente son las siguientes: . . ."

[2]*Ejemplo de disposición*

"El contratista notificará por escrito al adquirente su intención de subcontratar, indicando el nombre y la dirección del subcontratista propuesto y una descripción de las obras que ha de ejecutar [y el precio que ha de cobrar] [y toda la demás información relativa al subcontratista propuesto que el adquirente pueda razonablemente solicitar]. [El contratista entregará también al adquirente una copia del subcontrato propuesto.] El contratista podrá subcontratar de conformidad con esa notificación tras la expiración de un plazo de . . . días después de su entrega al adquirente, salvo que dentro de los mencionados . . . días el adquirente presente al contratista una objeción, indicando motivos razonables, al subcontratista propuesto, a la subcontratación de esas obligaciones, [al precio que cobrará el subcontratista] [o a las cláusulas del subcontrato]."

[3]*Ejemplo de disposición*

"1) Todo subcontratista empleado por el contratista lo será tan sólo de éste y ninguna disposición del presente contrato se interpretará o aplicará de modo que genere o entrañe la existencia de una relación contractual entre el adquirente y cualquier subcontratista, salvo en la medida en que el presente contrato disponga expresamente lo contrario.

"2) El empleo por parte del contratista de un subcontratista para que cumpla alguna de sus obligaciones derivadas del presente contrato no disminuirá ni eliminará la responsabilidad del contratista por el incumplimiento de dicha obligación."

[4]*Ejemplo de disposición*

"El contratista conviene en indemnizar al adquirente por todo perjuicio resultante de daños causados por el subcontratista en los bienes del adquirente, o de cualquier responsabilidad que quepa al adquirente frente a un tercero a raíz de un acto u omisión del subcontratista, en los mismos términos en que debería indemnizarlo si dicho perjuicio resultara de su propio acto u omisión."

# Capítulo XII. Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción


RESUMEN

Puede que las partes deseen especificar en el contrato los requisitos y procedimientos de las inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción. El objeto de las inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción sería asegurar al adquirente de que la fabricación y la construcción proceden de conformidad con el contrato (párrafo 1).

Al redactar las cláusulas contractuales sobre inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción conviene tener en cuenta las normas jurídicas nacionales que prescriben inspecciones y pruebas vigentes en los países donde se construirán las instalaciones y se fabricará el equipo o los materiales (párrafo 3). Las inspecciones y pruebas pueden ser efectuadas por una institución independiente (párrafos 2, 6 y 19).

Es conveniente describir el carácter de las inspecciones y pruebas que se han de realizar durante la fabricación (párrafo 8). El contrato puede estipular que el adquirente tendrá acceso a los lugares donde se efectuarán las inspecciones y pruebas, e indicar las facilidades que se le darán a esos efectos (párrafos 10 y 11). Aunque la fecha de las pruebas sea fijada por el contratista, es preciso que se notifique esa fecha con antelación al adquirente (párrafos 12 a 14).

Puede que las normas jurídicas vigentes en el país del adquirente exijan pruebas suplementarias o modificaciones a las pruebas no previstas en el contrato, o que el adquirente desee que se efectúen aunque no hayan sido previstas. Es necesario especificar en el contrato la distribución de los costos derivados de la realización de dichas pruebas (párrafo 15).

El contrato debe indicar también las consecuencias de las pruebas insatisfactorias efectuadas durante la fabricación y la construcción (párrafo 16) y prever lo relativo a la emisión de informes y certificados de las pruebas (párrafos 17 a 19).

Si han de hacerse ciertos pagos cuando se expiden el equipo y los materiales (capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 70), puede estipularse en el contrato que el adquirente efectuará la inspección en ese momento. También sería aconsejable la inspección a la expedición si el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales (capítulo XIV, "Traspaso del riesgo") pasa al adquirente en ese momento (párrafos 21 y 22). Puede que el contrato exija que el equipo y los materiales se sometan a inspección a su llegada al emplazamiento en caso de que el adquirente deba recibirlos en ese momento (párrafo 23).

En el contrato podría facultarse al adquirente a inspeccionar la marcha de la construcción en el emplazamiento o exigirse al contratista que efectúe determinadas pruebas durante la construcción. Los problemas que surjan

a raíz de las inspecciones y pruebas durante la construcción podrían encararse en forma análoga a los que surjan en relación con las inspecciones y pruebas durante la fabricación (párrafos 24 y 25). Se facilitaría la inspección por parte del adquirente si el contratista llevara un registro de la marcha de la construcción (párrafo 26).

## A. Observaciones generales

1. El presente capítulo contempla las inspecciones y pruebas que se efectúan durante la fabricación y la construcción. Las pruebas que se practican después de terminada la construcción se tratan en el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación". Es importante que en los contratos de obras se indiquen claramente los requisitos y procedimientos para las inspecciones y pruebas que se efectúan durante la fabricación y la construcción, así como sus consecuencias jurídicas. Se pueden establecer los procedimientos para las inspecciones y pruebas necesarias para verificar si el proceso de fabricación y construcción se ajusta a lo exigido en el contrato, pues dicha conformidad reducirá la aparición de defectos en las instalaciones terminadas. Los procedimientos pueden referirse no sólo a la inspección por parte del adquirente mediante el control visual, sino también a las diversas pruebas que efectuará el contratista durante la fabricación y la construcción. El adquirente podrá estar facultado, pero no obligado, a inspeccionar el equipo y los materiales y a participar en determinadas pruebas que se efectuarán durante la fabricación o la construcción (véanse los párrafos 8 y 24, *infra*). El carácter, el alcance y el momento precisos de las inspecciones y pruebas previstas en el contrato dependerá del criterio de contratación elegido por el adquirente así como del tipo de instalaciones a construir (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación"). Las inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción, en principio, no tienen por objeto demostrar que el contratista ha cumplido sus obligaciones en cuanto a la construcción. En cambio, están previstas para que el adquirente se cerciore de que la fabricación y la construcción se desarrollan según el calendario convenido (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 18 a 23) y de conformidad con el contrato (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 26). En consecuencia, conviene estipular que si el adquirente no descubre y notifica un defecto durante la fabricación y la construcción, más tarde no se verá privado de ejercitar una reclamación por dicho defecto (véase el párrafo 8, *infra*, y el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafo 20).

2. Varios países, especialmente los más industrializados, han promulgado reglamentos que exigen que el equipo y los materiales que se incorporarán a las instalaciones industriales sean sometidos a la inspección de entidades públicas o instituciones privadas autorizadas. En ciertos dominios, es posible que haya normas internacionales que exijan inspecciones y pruebas.

3. Las inspecciones y pruebas prescritas por los reglamentos nacionales que se relacionan principalmente con normas de seguridad, sanidad y protección del medio ambiente, en principio, serán aplicables con independencia de que hayan sido o no estipuladas en el contrato. Es posible que en el país donde se construirán las instalaciones rijan reglamentos de ese tipo. Es preciso tenerlos en cuenta al redactar el contrato. Además, en los casos en que con arreglo a

reglamentos vigentes en el país de fabricación haya que cumplir ciertos requisitos de control de calidad en el curso de ella, tal vez no sea necesario incluir en el contrato otras cláusulas acerca de la prueba del equipo y los materiales. Si esos requisitos se ajustan a los requisitos de calidad especificados en el contrato, bastaría que el contratista demuestre que se han efectuado correctamente las inspecciones y pruebas exigidas en el país de la fabricación.

4. El contratista podrá practicar pruebas durante la fabricación o la construcción como parte de su sistema de control de calidad. El adquirente debe cerciorarse de que ese sistema de control de calidad sea adecuado. Los requisitos excesivos en cuanto a las pruebas durante la fabricación y la construcción pueden recargar el costo de la construcción como ocurre con otras injerencias en las prestaciones del contratista.

5. Varias normas técnicas preparadas por instituciones nacionales o internacionales de normalización contienen requisitos de ese tipo. Por lo tanto, se puede estipular en el contrato que se aplicarán las normas de determinada institución de normalización, nacional o internacional, preferiblemente del país donde se construirán las instalaciones, si con ellas se resuelven en forma satisfactoria todas las cuestiones pertinentes.

6. Si se está introduciendo una nueva industria, tal vez sea preferible que en las etapas iniciales practique las inspecciones y pruebas una institución extranjera experimentada que esté dispuesta a practicarlas en el exterior. El adquirente y la institución pueden convenir en tomar directamente las medidas necesarias. O bien se podría estipular en el contrato que el contratista convendrá con determinada institución en tomar las medidas necesarias, y exigir que dicha institución presente certificados conforme las inspecciones y pruebas han sido satisfactorias.

7. En algunos casos, el contrato exige que el equipo y los materiales que suministra el adquirente para que el contratista los incorpore a las instalaciones sean sometidos a inspecciones y pruebas. El contratista estaría obligado a efectuar las inspecciones y pruebas a la mayor brevedad posible desde el momento en que reciba el equipo y los materiales. El contrato debe prever las consecuencias en caso de que el contratista no descubra defectos y, si los descubre, no los notifique al adquirente (véase el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafo 29, y el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 65).

## B. Inspecciones y pruebas durante la fabricación

### 1. *Descripción y efectos de las inspecciones y pruebas durante la fabricación*

8. Las partes pueden convenir en que el adquirente está facultado a inspeccionar los procesos inherentes a la fabricación de determinado equipo y algunos materiales que se incorporarán a las instalaciones y a participar en determinadas pruebas que efectuará el contratista durante la fabricación. La finalidad de las inspecciones y pruebas durante la fabricación sería verificar si el proceso de fabricación ha sido correcto y si el equipo y los materiales responden a los parámetros técnicos exigidos. Es aconsejable describir el carácter de las inspecciones y pruebas que se efectuarán durante la fabricación

con la mayor precisión posible, teniendo en cuenta el tipo del equipo y los materiales. En el contrato se puede estipular que aunque el adquirente no descubra defectos durante esas inspecciones y pruebas, el contratista tendrá que demostrar a la terminación, mediante las pruebas pertinentes, que las instalaciones no tienen defectos (conforme al capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafos 1 y 24, y al capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 8).

9. La inspección del equipo durante la fabricación también puede ofrecer al personal del adquirente la oportunidad de familiarizarse con algunas características del equipo. Si el adquirente desea tener esta oportunidad, conviene estipular en el contrato que, además del ingeniero o demás personal del adquirente encargado de supervisar la construcción de las instalaciones, podrán asistir a dichas inspecciones otros empleados que él designe. Pero el derecho del adquirente debe limitarse a que sus empleados participen en los procedimientos normales de inspección, pues si hacen funcionar incorrectamente el equipo se podría afectar la obligación del contratista de entregarlo exento de defectos.

### 2. *Acceso del adquirente a los lugares de fabricación y facilidades que deberá dar el contratista*

10. Si durante la fabricación del equipo y los materiales el adquirente desea inspeccionarlos o participar en las pruebas a que se sometan, puede estipularse en el contrato que a los efectos de esas inspecciones y pruebas el adquirente tendrá acceso, durante las horas de trabajo, a todos los lugares donde se fabriquen el equipo y los materiales. Al conferir este derecho al adquirente pueden surgir dificultades principalmente por dos motivos. En primer lugar, puede que el contratista desee proteger el carácter confidencial de determinados procesos de fabricación, o esté obligado a hacerlo sea por acuerdos contractuales con terceros, tales como los licenciantes, o por lo convenido con algunos clientes, por ejemplo cuando cumple también determinados contratos para órganos públicos en esferas delicadas. Además, es posible que las normas jurídicas del país de la fabricación restrinjan el acceso del adquirente al lugar de fabricación. En esos casos, la única posibilidad de brindar al adquirente la oportunidad de efectuar algún tipo de inspección sería contratar los servicios de una institución especializada en inspecciones que proporcionara garantías de confidencialidad aceptables para el contratista o los terceros interesados, o a la que las normas jurídicas pertinentes permitan el acceso. En segundo lugar, es posible que los subcontratistas y proveedores del contratista (en particular si son especialistas en productos de alta tecnología) se nieguen a dar acceso al adquirente a sus locales. Si el subcontratista y los proveedores no tienen ninguna relación contractual con el adquirente (véase el capítulo XI, "Subcontratación", párrafo 5), el contrato de obras celebrado entre el adquirente y el contratista puede exigir a este último que incluya en los contratos que celebre con sus subcontratistas y proveedores el derecho de acceso a los efectos de las inspecciones y pruebas durante la fabricación.

11. Si el adquirente está facultado a inspeccionar o participar en las pruebas, podrían indicarse en el contrato las facilidades que se darán a los representantes del adquirente a estos efectos. Esas facilidades pueden consistir especialmente en proporcionar oficinas o muestras para que el adquirente o las instituciones por él contratadas efectúen sus propias pruebas.

### 3. *Fecha de las pruebas durante la fabricación*

12. Como las pruebas durante la fabricación forman parte del sistema de control de calidad del contratista, éste suele estar facultado a fijar la fecha de las mismas. Pero con la posible excepción de algunos componentes muy importantes, no se suele fijar esas fechas en el calendario de ejecución del contrato.

13. Puede que en el contrato se estipule que el adquirente estará facultado a presenciar las pruebas. A fin de que pueda ejercer este derecho, el contratista tendrá que notificarle por anticipado la fecha en que se practicarán las pruebas. El contrato puede fijar un plazo determinado para notificar al adquirente. La duración de ese plazo podrá depender del tiempo que normalmente llevaría al adquirente disponer lo relativo al viaje y demás trámites necesarios para que sus representantes asistan a las pruebas.

14. Cuando se trate de algunos elementos importantes del equipo, el contrato podría autorizar al contratista a proseguir la fabricación y la construcción sólo después de que se hayan probado con éxito esos elementos en presencia del adquirente. Si el adquirente no asiste a las pruebas por causas no imputables al contratista, el contrato puede facultar al contratista a efectuar las pruebas en ausencia del adquirente.

### 4. *Pruebas adicionales o modificadas*

15. Quizá no sea posible enunciar en el contrato todas las pruebas necesarias. Puede que normas jurídicas promulgadas en el país del adquirente después de la celebración del contrato exijan pruebas suplementarias o la modificación de las previstas sin que eso haya sido estipulado en el contrato. En ese caso, podría facultarse al contratista a exigir el reembolso de los gastos razonables en que haya incurrido con ocasión de esas pruebas, y a obtener una prórroga razonable del plazo para suministrar el equipo y los materiales y terminar la construcción, de ser necesario a raíz de las pruebas suplementarias o modificadas. Si dichas normas no requieren pruebas suplementarias o modificadas, pero es el adquirente el que las desea, las pruebas podrán efectuarse con el consentimiento del contratista. Como en los casos en que las pruebas son obligatorias, el contratista estará facultado a resarcirse de los gastos razonables en que haya incurrido y a una prórroga razonable del plazo para suministrar el equipo y los materiales y terminar la construcción. O bien los costos de las pruebas suplementarias o las modificaciones podrían distribuirse en el contrato según la práctica internacional imperante en esa industria.

### 5. *Pruebas insatisfactorias*

16. El contrato puede exigir que las pruebas se repitan cuando su resultado sea insatisfactorio. No cabría conceder al contratista un plazo suplementario para cumplir el contrato si las pruebas insatisfactorias deben repetirse por motivos que le son imputables, y podría exigírsele el pago de todos los gastos derivados de dichas pruebas. En el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 28, se examinan los recursos de que dispone el adquirente para el supuesto de que se descubran defectos durante la fabricación.

### 6. *Informes y certificados de las pruebas*

17. El contrato puede exigir que se preparen informes sobre todas las pruebas efectuadas. En esos informes se puede dejar constancia de los procedimientos que se siguieron y de los resultados obtenidos. Si los representantes del adquirente han asistido a las pruebas, deberán firmar también el informe. Pero dicha firma no tendrá otro valor que el de un reconocimiento de que se han registrado correctamente los procedimientos y la interpretación de los resultados.

18. Si los representantes del adquirente no asisten a una de las pruebas, el contratista estará obligado a transmitir los informes inmediatamente al adquirente. Si las pruebas se han notificado con la debida antelación al adquirente (véase el párrafo 13, *supra*), puede presumirse que los procedimientos y resultados consignados en los informes son correctos.

19. Cuando una institución independiente que se ocupa de inspecciones o pruebas efectúa las inspecciones y las pruebas, normalmente emite un certificado o un documento análogo. En el contrato se puede imponer al contratista la obligación de transmitir ese documento al adquirente, ya sea inmediatamente después de su emisión o junto a la documentación que se le presenta antes de que acepte las instalaciones.

### 7. *Costos*

20. En la mayoría de los casos, puede que las partes deseen convenir en que los costos de las inspecciones y pruebas correrán a cargo del contratista. Pero es posible que el adquirente deba sufragar los gastos de la asistencia de sus representantes (véase el párrafo 13, *supra*). Entre los costos que debe sufragar el contratista se encuentran el de la mano de obra, los materiales, la electricidad, el combustible y otros elementos necesarios para la correcta práctica de las inspecciones y pruebas.

## C. Inspección en el momento de la expedición o de la llegada al emplazamiento

21. Si en el momento de la expedición del equipo o los materiales han de efectuarse determinados pagos (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 70), o el contratista ha de traspasar al adquirente el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales (véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo", párrafo 12), se puede estipular en el contrato que el adquirente los inspeccionará en ese momento. Además del equipo y los materiales, podría someterse a inspección su embalaje, sobre todo si el riesgo de pérdidas o daños durante el transporte corre a cargo del adquirente. Puede obligarse al contratista a notificar al adquirente con antelación razonable la fecha y el lugar en que el equipo y los materiales podrán someterse a la inspección.

22. Si el equipo y los materiales han de someterse a inspección, se puede estipular en el contrato que el contratista sólo deberá expedirlos después de que haya tenido lugar la inspección o haya transcurrido un plazo que se indicará en

el contrato sin que el adquirente, a pesar de haber sido notificado oportunamente, la haya practicado. Las partes pueden convenir en que la inspección será llevada a cabo por determinada organización independiente a expensas del adquirente o del contratista. También se puede exigir en el contrato un certificado de esa organización que confirme que durante la inspección no se han descubierto defectos y el contratista sólo podrá expedir el equipo y los materiales una vez que se expida ese certificado. Si se descubren defectos, el adquirente estará facultado a detener la expedición y a exigir que se subsanen (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 28).

23. Como opción a la inspección previa a la expedición, el contrato puede exigir que la inspección tenga lugar a la llegada del equipo y los materiales al emplazamiento. Este procedimiento podría adoptarse si se efectúan pagos o se traspasa el riesgo en ese momento. Además, si el adquirente ha de recibir el equipo y los materiales cuando llegan al emplazamiento las partes pueden convenir en que la inspección tenga lugar en ese momento. La inspección podrá facilitar el descubrimiento de defectos imputables al contratista y la conservación de posibles derechos frente al porteador por los daños o pérdidas en el equipo y los materiales durante el transporte. En el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafo 20, se examinan las consecuencias de la omisión por parte del adquirente de la inspección o de la notificación oportuna de los defectos que descubra durante la inspección, y las acciones que puede tener el adquirente con respecto a los defectos descubiertos se examinan en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento, párrafos 8 y 30 a 32.

## D. Inspecciones y pruebas durante la construcción en el emplazamiento

24. El adquirente puede estar facultado en virtud del contrato a inspeccionar cómo progresa la construcción en el emplazamiento. Además, el contrato podrá exigir que el contratista efectúe determinadas pruebas durante la construcción, y facultar al adquirente a ser notificado oportunamente de esas pruebas y a participar en ellas.

25. Las cuestiones que surjan a raíz de las inspecciones y pruebas durante la construcción pueden solucionarse en forma análoga a las cuestiones que planteen las inspecciones y pruebas durante la fabricación. Pero el plazo para notificar al adquirente la fecha en la que se efectuarán las pruebas puede ser considerablemente más breve, pues el adquirente normalmente tendrá un representante en el emplazamiento para observar o supervisar el proceso de construcción. Además, los problemas de la confidencialidad, a los que se ha hecho referencia en el párrafo 10, *supra*, en general no se presentan en el emplazamiento. Las acciones a disposición del adquirente por la construcción defectuosa y las consecuencias de que no haya descubierto defectos en la construcción o, si los ha descubierto, no los ha notificado a tiempo se examinan en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 8 y 30 a 32.

26. Podrá facilitarse la inspección por el adquirente si se llevan registros de la marcha de la construcción. En consecuencia, puede obligarse al contratista a llevar registros completos de la construcción y presentarlos al adquirente

cuando lo solicite. O bien el representante del adquirente podría controlar periódicamente esos registros y autenticar la corrección de los mismos con su firma.

27. Si el adquirente u otra persona bajo la supervisión del contratista se encarga de la instalación del equipo (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 27 a 29), podrá convenirse en que el contratista se encargue de especificar y practicar las inspecciones y pruebas que se harán durante la instalación. También en este caso podría obligarse al contratista a mantener un registro de esas inspecciones y pruebas.

# Capítulo XIII. Terminación, toma a cargo y aceptación


RESUMEN

Es aconsejable que se especifique claramente en el contrato cuándo han de producirse la terminación, la toma a cargo y la aceptación, así como sus consecuencias jurídicas. La terminación de la construcción se producirá normalmente antes de la toma a cargo y de la aceptación (párrafos 1 y 2).

El contratista puede verse obligado a probar la terminación de la construcción practicando con buen éxito pruebas de terminación. El contrato puede describir las pruebas necesarias. Puede asimismo exigir que las pruebas se practiquen dentro de un plazo determinado posterior a la notificación al adquirente de la terminación de la construcción. Si las pruebas resultan insatisfactorias, el contratista puede estar obligado a repetirlas. El contrato puede estipular que las pruebas se efectúen en presencia de ambas partes (párrafos 4 a 8).

El contrato puede distribuir el costo de las pruebas entre las partes. Puede establecer que los resultados de las pruebas de terminación queden reflejados en un informe firmado por ambas partes. El contrato puede determinar la fecha en que la construcción se dará por terminada si las pruebas de terminación resultan satisfactorias (párrafos 9 a 13).

La secuencia en que tengan que producirse la toma a cargo, las pruebas de funcionamiento y la aceptación dependerá del sistema de contratación elegido por las partes y de si éstas han previsto un período de funcionamiento a prueba. Es aconsejable que el contrato determine qué parte ha de suministrar los elementos necesarios para hacer funcionar las instalaciones durante el período de funcionamiento a prueba (párrafos 14 a 20).

El contrato debe especificar cuándo el adquirente está obligado a hacerse cargo de las instalaciones. Las partes pueden estar obligadas a redactar una declaración de toma a cargo en la que se describa el estado de la construcción de las instalaciones en la fecha de la toma a cargo. Es conveniente que el contrato determine las consecuencias jurídicas de la toma a cargo (párrafos 21 a 23).

Las pruebas de funcionamiento sirven para demostrar que las instalaciones se ajustan a las características técnicas especificadas en el contrato. El contrato puede disponer que la aceptación se produzca después de haberse practicado las pruebas de funcionamiento. Puede obligar al contratista a practicar pruebas de funcionamiento dentro de un plazo establecido tras la expiración del período de funcionamiento a prueba o, si no se prevé este período, tras la terminación de la construcción. Es conveniente que se describan en el contrato las pruebas que se han de efectuar. Los resultados de las pruebas pueden quedar reflejados en un informe firmado por ambas partes (párrafos 24 a 28).

El contrato puede obligar al adquirente a aceptar las instalaciones dentro de un plazo determinado después de practicadas con buen éxito las

pruebas de funcionamiento y obligar a las partes a redactar una declaración de aceptación, firmada por ambas. La declaración puede enumerar los defectos en las instalaciones descubiertos durante las pruebas de funcionamiento y contener un calendario para su subsanación (párrafos 29 y 30).

El contrato puede estipular que, si el contratista se ve impedido de practicar las pruebas de funcionamiento debido al incumplimiento de una obligación por parte del adquirente, se tendrá por producida la aceptación. Cuando se puedan efectuar independientemente pruebas de funcionamiento respecto de partes de las instalaciones, esas partes podrán ser aceptadas por separado (párrafos 32 y 33).

Es aconsejable que el contrato determine las consecuencias jurídicas de la aceptación, en particular cuando el contrato prevea una aceptación provisional (párrafos 34 a 36).

## A. Observaciones generales

1. Es aconsejable que se especifique claramente en el contrato cuándo deben producirse la terminación de la construcción y la toma a cargo y aceptación de las instalaciones por el adquirente, así como las consecuencias jurídicas de estos acontecimientos. El contrato puede disponer que la terminación de la construcción se produzca cuando el contratista haya suministrado el equipo, los materiales y los servicios de construcción (por ejemplo, la instalación del equipo) necesarios conforme al contrato y lo suministrado supere con buen éxito las pruebas de terminación; que la toma a cargo se verifique cuando el adquirente tome posesión física de las instalaciones de manos del contratista; y la aceptación, cuando el adquirente declare estar convencido de que las instalaciones están exentas de defectos graves o cuando, a pesar de la existencia de defectos graves en las instalaciones, manifieste su intención de no ejercer las acciones de que dispone sólo en lo que se refiere a la presencia de defectos graves (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 35). No obstante, aunque se produzca la aceptación, el contrato puede facultar al adquirente a ejercitar otras acciones fundadas en defectos de las instalaciones aceptadas (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 38 a 48). El contrato puede también prever que la aceptación se tendrá por producida en determinadas situaciones (véase el párrafo 32, *infra*).

2. Conforme a los procedimientos normales, la terminación de la construcción se verificará antes de la toma a cargo y la aceptación. La secuencia en que deban producirse la toma a cargo y la aceptación puede depender de varios factores (véase la sección C, *infra*).

3. La toma a cargo de instalaciones sin terminar o defectuosas después de la resolución del contrato se estudia en el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafo 26. La toma a cargo de instalaciones en las que un nuevo contratista haya de terminar la construcción o subsanar defectos en las instalaciones por cuenta del primer contratista se examina en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento". La toma a cargo del equipo y los materiales que se han de incorporar a las instalaciones se trata en el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafos 19 y 20.

## B. Terminación de la construcción

### 1. *Comprobación de la terminación mediante las pruebas de terminación*

4. El contrato puede obligar al contratista, una vez que considere que se ha terminado toda la construcción, a notificar al adquirente la terminación y a probarla mediante la práctica de pruebas de terminación satisfactorias. El contrato puede disponer que la construcción se considere terminada aun cuando las pruebas de terminación revelen que no se han suministrado ciertas partidas menores (por ejemplo, elementos cuya ausencia no impida la práctica de las pruebas de funcionamiento o, cuando éstas no sean necesarias, la utilización de las instalaciones). El contrato puede establecer que la ausencia de alguno de estos elementos menores constituye un defecto de las instalaciones y no una demora en la construcción (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 5). Cuando varios contratistas participan en la construcción, tal vez sea necesario practicar pruebas de terminación para cada contratista respecto de la parte de la construcción por él realizada, tras la terminación de esa parte. Incluso si sólo se recurre a un contratista para la construcción, puede que las partes deseen estipular que las pruebas de terminación respecto de determinadas partes de la construcción deberán practicarse antes de que se termine la construcción de todas las instalaciones (por ejemplo, cuando el adquirente desea utilizar una parte de las instalaciones antes de que estén terminadas en su totalidad: véase también el párrafo 33, *infra*).

5. Es conveniente que el contrato describa las pruebas necesarias para comprobar que se ha terminado la construcción. Entre las pruebas pueden figurar algunos o la totalidad de los siguientes procedimientos, según corresponda al tipo de construcción: inspección ocular de las instalaciones y sus componentes; revisión y calibración de los instrumentos; pruebas de seguridad; puesta en marcha en vacío; funcionamiento mecánico de las instalaciones y de sus componentes; examen de la documentación técnica que el contratista debe suministrar al adquirente para la explotación y el mantenimiento de las instalaciones (por ejemplo, planos de construcción, manuales de instrucciones y listas de piezas de repuesto); así como verificación del inventario de piezas de repuesto que el contratista puede estar obligado a entregar antes de terminar la construcción (conforme al capítulo XXVI, "Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción", párrafos 10 a 21). En el país donde se han de construir las instalaciones, puede haber normas jurídicas imperativas conforme a las cuales, al terminarse la construcción, deban superarse con buen éxito determinadas pruebas antes de iniciar la explotación de las instalaciones. El contrato puede prever que, además de las pruebas exigidas en el contrato, se practiquen también las pruebas estipuladas en esas normas.

6. El contrato puede obligar al contratista a iniciar las pruebas de terminación dentro de un plazo determinado a partir del momento en que notifique la terminación al adquirente (véase el párrafo 4, *supra*). También puede estipular que las partes convengan en una fecha dentro de este período para dar comienzo a las pruebas. Además puede disponer que, si las partes no se ponen de acuerdo sobre esa fecha, el contratista estará obligado a comenzar las pruebas el último día del plazo establecido.

7. La construcción puede ser considerada sin terminar hasta que se efectúen con buen éxito las pruebas. Si las pruebas de terminación practicadas por el

contratista resultan insatisfactorias, el contrato puede obligarle a repetirlas. Además, si no se efectúan con buen éxito las pruebas para la fecha fijada en el contrato para la terminación de la construcción (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 14 a 17), el contratista puede tener que responder por la demora en la terminación (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 19 a 25). Sin embargo, si el contratista se vio impedido de practicar las pruebas de terminación dentro del plazo establecido en el contrato para efectuarlas debido al incumplimiento de una obligación por el adquirente (por ejemplo, proporcionar la corriente necesaria: véase el párrafo 9, *infra*), podrá estimarse que la construcción se ha terminado cuando expire ese plazo. Pero si el incumplimiento del adquirente se debió a un impedimento exonerante, el contratista podrá estar obligado a repetir las pruebas.

8. El contrato puede exigir que las pruebas se practiquen en presencia de ambas partes. Si el adquirente se ve impedido de asistir a las pruebas por un impedimento insuperable, podrá estar facultado conforme al contrato a pedir que las pruebas se posterguen. Si el adquirente no asiste a las pruebas y no solicita una postergación, o la pide sin estar facultado a hacerlo, el contratista podrá tener derecho conforme al contrato a practicar las pruebas en ausencia del adquirente. El contrato puede establecer que las pruebas que se posterguen a solicitud del adquirente se efectúen dentro de un plazo determinado que correrá a partir de que se haya notificado la terminación de la construcción (véase el párrafo 4, *supra*).

9. El contratista puede estar obligado a sufragar el costo de las pruebas. No obstante, el adquirente puede estar obligado a prestar determinadas formas de asistencia para la práctica de las pruebas (por ejemplo, proporcionar la corriente para hacer funcionar el equipo) y sufragar los gastos que irrogue esa asistencia. El contrato puede determinar qué parte ha de sufragar el costo de las pruebas no exigidas por el contrato pero exigidas por normas jurídicas imperativas del país donde se construyen las instalaciones, promulgadas después de la celebración del contrato (véase el párrafo 5, *supra*).

10. La determinación de la parte que habrá de sufragar los costos de las pruebas que haya que repetir o postergar puede depender de la causa de la repetición o postergación. En caso de que deban repetirse las pruebas porque no se superaron las pruebas iniciales, el contrato puede disponer que el contratista ha de hacerse cargo de todos los gastos con que tenga que enfrentarse el adquirente como consecuencia de la repetición. Para el caso en que no puedan efectuarse las pruebas porque el adquirente no haya cumplido una obligación y sea necesario postergarlas, puede estipularse que el adquirente deberá sufragar todos los gastos que razonablemente haya tenido que hacer el contratista como consecuencia de la postergación. En previsión de que las pruebas deban postergarse porque el adquirente se vea impedido de asistir a ellas por un impedimento insuperable, cabe establecer que las partes carguen con el costo de las pruebas pospuestas del mismo modo en que tendrían que hacer frente a los costos de las pruebas que fueron postergadas.

11. Si el contrato exige que se observen ciertas formalidades (por ejemplo, la participación de una autoridad inspectora) cuando se practican las pruebas de terminación, y no es posible observarlas a causa de un impedimento insuperable, el contrato puede facultar al contratista a efectuar las pruebas sin atenerse a esas formalidades. En algunos casos, la ley aplicable puede estipular

que una autoridad inspectora tiene que participar en las pruebas. Si esa autoridad exige modificaciones en las instalaciones, el contratista puede quedar obligado a llevarlas a cabo sobre la base de los procedimientos previstos en el contrato para las modificaciones en la construcción (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafos 12 a 19).

12. El contrato puede disponer que los resultados de las pruebas de terminación queden reflejados en un informe firmado por ambas partes. En el informe se pueden concretar las fechas en que se comenzaron y terminaron las pruebas e indicar si éstas resultaron satisfactorias o no. Cuando las pruebas resultan insatisfactorias, el informe puede indicar en qué aspectos la construcción está sin terminar. Cuando resultan satisfactorias, el informe puede señalar defectos en las instalaciones descubiertos durante las pruebas y fijar un plazo dentro del cual el contratista esté obligado a subsanarlos. Las acciones que el adquirente puede ejercer en razón de esos defectos se analizan en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 38 a 42. Si el contratista estaba facultado a practicar las pruebas en ausencia del adquirente (véase el párrafo 8, *supra*), el informe podrá estar firmado sólo por el contratista. Tal vez el contrato obligue al contratista a enviar sin demora el informe al adquirente.

### 2. *Fecha de la terminación de la construcción*

13. El contrato puede establecer que, si las pruebas de terminación resultan satisfactorias, la construcción se tendrá por terminada en la fecha convenida por las partes para el comienzo de las pruebas (véase el párrafo 6, *supra*) o bien en la fecha de la terminación de las pruebas. En los casos en que las pruebas de terminación postergadas a solicitud del adquirente (véase el párrafo 8, *supra*) resulten satisfactorias, la construcción podrá considerarse terminada en virtud del contrato en la fecha en que las pruebas debían haberse practicado antes de la postergación.

## C. Secuencia de la toma a cargo, las pruebas de funcionamiento y la aceptación: período de funcionamiento a prueba

14. La secuencia que el contrato prevé para que se produzcan la toma a cargo, las pruebas de funcionamiento y la aceptación depende del sistema de contratación elegido por el adquirente (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación") y, en particular, de si las partes han estipulado en el contrato un período de funcionamiento a prueba.

15. El contrato puede disponer que, tras la terminación de la construcción, se han de poner en funcionamiento las instalaciones durante un período de prueba. Ese período permite el rodaje de las instalaciones, hasta alcanzar condiciones normales de explotación, y su preparación para efectuar las pruebas de funcionamiento. El contrato puede prever que durante este período el contratista debe capacitar al personal del adquirente, proporcionar la supervisión técnica de la explotación y el mantenimiento de las instalaciones y subsanar con toda la prontitud posible los defectos que se descubran en ellas.

16. Si las instalaciones han de permanecer durante la construcción bajo la tenencia del contratista (véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo", párrafos 20 y 21) y si, durante el período de funcionamiento a prueba, las ha de hacer funcionar el adquirente bajo la supervisión del contratista, el adquirente podrá tomar a su cargo las instalaciones a efectos del funcionamiento a prueba una vez terminada la construcción. El contrato puede prever la práctica de pruebas de funcionamiento al expirar el período de funcionamiento a prueba y, si esas pruebas resultan satisfactorias, la aceptación de las instalaciones por el adquirente (véase la sección E, 1, *infra*).

17. En los casos en que el contratista ha de hacer funcionar las instalaciones durante el período de funcionamiento a prueba (por ejemplo, con arreglo a un contrato producto en mano: véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafo 7), las instalaciones pueden permanecer bajo su tenencia durante este período. En estos casos, se pueden practicar pruebas de funcionamiento al final del período de funcionamiento a prueba y, si resultan satisfactorias, el adquirente podrá aceptar las instalaciones y tomarlas a su cargo en ese orden. También es posible que el contrato prevea que la aceptación y la toma a cargo han de verificarse simultáneamente.

18. Cuando las partes no estipulan un período de funcionamiento a prueba, el contrato puede prever que se efectúen pruebas de funcionamiento una vez terminada la construcción y, en caso de resultar satisfactorias, que la aceptación y la toma a cargo de las instalaciones se verifiquen en ese orden. También puede el contrato disponer que la aceptación y la toma a cargo se produzcan simultáneamente.

19. El adquirente no se hará cargo de las instalaciones si han estado bajo su tenencia durante la construcción (por ejemplo, cuando se recurre a varios contratistas para construir simultáneamente las instalaciones). En esos casos, la terminación de la construcción puede ir seguida de la práctica de pruebas de funcionamiento y, en caso de resultar éstas satisfactorias, de la aceptación.

20. Es aconsejable que el contrato determine cuál de las partes ha de proporcionar el personal, la energía, las materias primas y otros elementos necesarios para hacer funcionar las instalaciones durante el período de funcionamiento a prueba y que distribuya entre las partes los costos que sean necesarios para proporcionar esos elementos. Si se ha celebrado un contrato producto en mano se pueden asignar al contratista los costos de la capacitación del personal del adquirente durante este período. Cabe estipular que el producto de las instalaciones ha de pertenecer al adquirente. El contrato puede precisar la duración del período de funcionamiento a prueba y en qué circunstancias se podrá prorrogar.

## D. Toma a cargo de las instalaciones

### 1. *Obligación de hacerse cargo*

21. Si la toma a cargo de las instalaciones por el adquirente ha de preceder a la aceptación (véase el párrafo 16, *supra*), el contrato puede obligar al adquirente a hacerse cargo de las instalaciones dentro de un plazo establecido a partir de la fecha de terminación de la construcción (véase el párrafo 13, *supra*). Si la aceptación de las instalaciones ha de preceder a la toma a cargo (véase el

párrafo 18, *supra*), el contrato puede obligar al adquirente a tomar a su cargo las instalaciones en un plazo establecido a partir de la fecha de aceptación (véase la sección E, 2, *infra*).

### 2. *Declaración de toma a cargo y fecha de la toma a cargo*

22. Es aconsejable que el contrato obligue a las partes a elaborar una declaración de toma a cargo firmada por ambas partes, en la que se describa el estado de las instalaciones en la fecha de la toma a cargo. El contrato puede disponer que, si la declaración no indica la fecha de la toma a cargo, la fecha sea aquella en que las partes firmaron la declaración. Tal vez no se necesite una declaración de toma a cargo si ésta se produce inmediatamente después de efectuadas las pruebas de terminación o bien concurrentemente con la aceptación de las instalaciones o inmediatamente después de ésta. En esos casos, la toma a cargo puede quedar reflejada en el informe sobre las pruebas de terminación (véase el párrafo 12, *supra*) o en la declaración de aceptación (véase la sección E, 2, *infra*)

### 3. *Consecuencias jurídicas de la toma a cargo*

23. Es aconsejable que el contrato determine las consecuencias jurídicas de la toma a cargo. El contrato puede disponer que, desde la fecha de la toma a cargo, el riesgo de destrucción o deterioro de las instalaciones pase del contratista al adquirente (véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo", párrafo 20); que el adquirente esté obligado a pagar una parte del precio (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 75), y que el período de garantía de calidad empiece a correr (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafo 29). Otra fórmula consiste en que el contrato establezca que estas consecuencias, o alguna de ellas, deben tener lugar en el momento de la aceptación y no en el de la toma a cargo (véase el párrafo 34, *infra*). El contrato puede obligar al adquirente a dar al contratista acceso al emplazamiento después de la toma a cargo y a proteger las instalaciones (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 32).

## E. Aceptación de las instalaciones

### 1. *Pruebas de funcionamiento*[1]

24. Las pruebas de funcionamiento sirven para demostrar que las instalaciones reúnen las características técnicas especificadas en el contrato. Estas características técnicas pueden referirse no sólo a la cantidad y calidad de la producción, sino también a varios otros parámetros, tales como la energía y las materias primas que consumen las instalaciones (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafo 8). Las pruebas pueden servir también para demostrar el funcionamiento de las instalaciones en diferentes condiciones de explotación. El contrato puede disponer que las pruebas de funcionamiento se tengan por superadas si no revelan la existencia de defectos graves en las instalaciones (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 27).

25. El contrato puede prever que la aceptación se produzca sólo después de efectuadas las pruebas de funcionamiento. Sin embargo, respecto de determinados elementos de la construcción (por ejemplo, construcción, ingeniería civil), las pruebas de funcionamiento pueden no ser el método apropiado para determinar si se han cumplido las características técnicas requeridas y el contrato puede exigir que se practiquen sólo pruebas de terminación respecto de esos elementos.

26. El contrato puede obligar al contratista a practicar pruebas de funcionamiento dentro de un plazo establecido posterior a la expiración del período de funcionamiento a prueba o, si el contrato no lo prevé, tras la terminación de la construcción (véase el párrafo 18, *supra*). El contrato puede exigir que las partes convengan la fecha dentro de este plazo para el comienzo de las pruebas. También puede disponer que, si las partes no se ponen de acuerdo sobre la fecha, el contratista estará obligado a comenzar las pruebas el último día del plazo establecido. Puede estipularse además que, si las pruebas no tienen buen éxito, el contratista deberá repetirlas. Puede igualmente limitarse el número de veces que se permite al contratista repetirlas y especificar dentro de qué plazo deben repetirse las pruebas que han resultado insatisfactorias. Las acciones que podría ejercer el adquirente cuando las últimas pruebas que el contrato permite efectuar al contratista resultan insatisfactorias se estudian en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 35 a 37. Puede preverse en el contrato que, cuando las últimas pruebas que éste permita practicar al contratista resulten insatisfactorias, el adquirente estará facultado a pedir que se practiquen nuevas pruebas.

27. Es conveniente que se describan en el contrato las pruebas que se han de practicar. En la descripción puede hacerse constar la duración de las pruebas, los criterios de funcionamiento que hay que satisfacer, los métodos de medición y análisis adoptados al practicar las pruebas y los márgenes de tolerancia permitidos. En caso de una modificación en la construcción (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafo 1), se pueden modificar también las pruebas de funcionamiento para que resulten apropiadas a la construcción modificada. Cuestiones tales como la obligación del contratista de efectuar las pruebas de funcionamiento, la ayuda que le ha de proporcionar el adquirente al practicarlas, la distribución entre las partes del costo de las pruebas, la postergación de pruebas, la práctica de pruebas adicionales exigidas por normas jurídicas imperativas y el cumplimiento de las formalidades prescritas durante la práctica de las pruebas pueden resolverse de manera análoga a como se resuelven en relación con las pruebas de terminación (véanse los párrafos 8 a 11, *supra*).

28. Se puede estipular en el contrato que los resultados de las pruebas de funcionamiento han de quedar consignados en un informe que ambas partes firmarán dentro de determinado plazo. En él cabe registrar las fechas en que se iniciaron y terminaron las pruebas de funcionamiento, los procedimientos de ensayo aplicados y las lecturas obtenidas. Además, en el informe se pueden evaluar la lectura y resultados y se puede declarar que las pruebas han sido o no satisfactorias. Si las pruebas no han sido satisfactorias, el informe puede indicar la fecha en la que haya que repetirlas. Se puede estipular en el contrato que las diferencias de opinión entre las partes acerca de las lecturas y los resultados obtenidos o sobre su evaluación deben quedar reflejados en el informe. Si el contratista estaba facultado a practicar las pruebas en ausencia

del adquirente, el informe debe estar firmado sólo por el contratista. El contrato puede imponer que vaya firmado por un perito independiente, si así lo permite la ley aplicable. El contrato puede obligar al contratista a enviar con presteza el informe al adquirente. Si las pruebas de funcionamiento resultan satisfactorias y sus resultados pueden registrarse sin dificultad, puede que las partes no deseen preparar un informe sobre las pruebas de funcionamiento, sino sólo incluir esos resultados en la declaración de aceptación.

### 2. *Declaración de aceptación y fecha de la aceptación*

29. El contrato puede obligar al adquirente a aceptar las instalaciones dentro de un plazo determinado a partir de la práctica de pruebas de funcionamiento satisfactorias y obligar, asimismo, a las partes a redactar una declaración de aceptación, firmada por ambas, en la que se confirme la aceptación de las instalaciones por parte del adquirente en una fecha determinada[2]. Esa declaración reduciría a un mínimo las controversias sobre la fecha en la que se aceptaron las instalaciones y sobre si éstas se aceptaron a pesar de haberse descubierto en ellas defectos graves (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 38).

30. En la declaración de aceptación se pueden enumerar los defectos de las instalaciones descubiertos durante las pruebas de funcionamiento. Además, puede contener un calendario para la subsanación de los defectos, a menos que el adquirente prefiera ejercitar otros recursos distintos de la subsanación respecto de esos defectos (por ejemplo, reducción del precio: véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 39, 41 y 42). Si las partes discrepan sobre determinadas cuestiones, como el calendario para la subsanación de los defectos, se puede hacer constar en la declaración las opiniones de ambas partes. La declaración puede además indicar qué medidas han de adoptar las partes en lo referente a la aceptación, por ejemplo, la transmisión de los derechos otorgados en una póliza de seguros.

31. El contrato puede disponer que, si la declaración no indica la fecha de la aceptación, ésta se tendrá por producida cuando ambas partes firmaron la declaración. Si la declaración no ha sido firmada por ambas partes (por ejemplo, debido a la inasistencia del adquirente a las pruebas de funcionamiento o a causa de una controversia entre las partes sobre si las pruebas se desarrollaron de manera satisfactoria), se puede considerar como fecha de la aceptación aquella en que se terminaron con buen éxito las pruebas de funcionamiento. Si el contrato no exije que se efectúen pruebas de funcionamiento (véase el párrafo 25, *supra*) y la declaración de aceptación no está firmada por ambas partes, el contrato puede estipular que se considerará como fecha de la aceptación aquella en que se practicaron con buen éxito las pruebas de terminación.

32. El contratista puede verse impedido de efectuar las pruebas de funcionamiento durante el plazo establecido en el contrato para practicarlas debido al incumplimiento de una obligación por parte del adquirente (por ejemplo, omisión de la asistencia necesaria para practicar las pruebas: véase el párrafo 27, *supra*). El contrato puede estipular que, en tales casos, la aceptación se tiene por producida en la fecha en que el contratista entregue al adquirente una notificación en la que se declare que la aceptación se ha producido. Puede

además estipular que, si no se pueden practicar pruebas de funcionamiento durante un plazo determinado por causas ajenas a la voluntad de las partes (por ejemplo, debido a la inasistencia a las pruebas de una organización con funciones de inspección, cuando la asistencia de esa organización está exigida en el contrato), deben ponerse en funcionamiento las instalaciones. Si funcionan correctamente y no se descubren en ellas defectos graves durante un plazo equivalente a aquel que requerirían las pruebas de funcionamiento, la aceptación puede tenerse por producida tras la expiración de ese plazo.

33. Cuando se recurre a varios contratistas para construir las instalaciones (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafos 17 a 25) y los diferentes contratistas terminan las partes de las instalaciones que se han comprometido a construir en momentos diferentes, si es posible efectuar independientemente pruebas de funcionamiento respecto de cada parte, el contrato puede prever que las partes de las instalaciones sean aceptadas por separado. Incluso cuando se recurre a un contratista único para construir las instalaciones, puede ser posible en algunos casos practicar independientemente pruebas de funcionamiento respecto de partes de las instalaciones y el contrato puede establecer que esas partes se acepten por separado. En tales casos, las cuestiones que se plantean en relación con la aceptación de una parte pueden resolverse de la misma manera en que se resolverían en relación con la aceptación de las instalaciones en su totalidad. Si no se pueden efectuar pruebas de funcionamiento independientes con respecto a una parte, porque esa parte no puede hacerse funcionar por separado, el contrato puede disponer que la aceptación de esa parte se produzca únicamente una vez terminada la construcción de todas las instalaciones.

### 3. *Consecuencias jurídicas de la aceptación*

34. Es conveniente que se determinen en el contrato las consecuencias jurídicas de la aceptación. Además de tener las consecuencias indicadas en el párrafo 23, *supra*, la aceptación de las instalaciones puede afectar a ciertos recursos por defectos en las instalaciones que, en otro caso, estarían a disposición del adquirente, por ejemplo, la aceptación puede excluir el derecho a resolver el contrato (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 47 y 48).

### 4. *Aceptación provisional*

35. En la práctica, las partes prevén a veces en su contrato que el adquirente puede aceptar las instalaciones a título provisional, en particular en casos en que el contrato no reconoce el concepto de toma a cargo ni lo distingue de la aceptación. La finalidad de admitir una aceptación provisional es permitir que el adquirente tome posesión física de las instalaciones sin que se produzcan ciertas consecuencias de la aceptación (por ejemplo, la pérdida de algunas acciones por defectos en las instalaciones). Cuando acepta provisionalmente, el adquirente toma posesión física de las instalaciones, pero subordina la aceptación al cumplimiento de determinadas condiciones por el contratista, como la subsanación de los defectos descubiertos en las instalaciones durante las pruebas de funcionamiento. No obstante, se pueden conseguir resultados

análogos sin recurrir a la aceptación provisional si se expresa en el contrato que el adquirente está facultado a tomar a su cargo las instalaciones incluso si las pruebas de funcionamiento resultan insatisfactorias y que está obligado a aceptar sólo después de que el contratista haya practicado con buen éxito las pruebas de funcionamiento.

36. Si las partes prefieren prever una aceptación provisional, es deseable aclarar cuáles serán las consecuencias de esa aceptación. En particular, conviene describir claramente las situaciones en las que el adquirente puede aceptar a título provisional y determinar si las consecuencias jurídicas de la aceptación (véase el párrafo 34, *supra*) se producirán cuando se cumplan las condiciones anexas a la aceptación o si al menos algunas de esas consecuencias se producirán desde la fecha de la aceptación provisional.

*Notas del capítulo XIII:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"1) El contratista deberá efectuar pruebas de funcionamiento dentro de . . . (indicar un plazo) después de [la expiración del período de funcionamiento a prueba] [la terminación de la construcción]. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre una fecha comprendida dentro de este plazo para dar comienzo a las pruebas, el contratista deberá iniciarlas en el último día de dicho plazo.

"2) Las pruebas de funcionamiento deben practicarse en presencia de ambas partes. Si un impedimento insuperable impide al adquirente asistir a las pruebas, estará facultado a pedir que éstas se posterguen hasta la primera fecha comprendida dentro de . . . (indicar un plazo más largo que el indicado en el párrafo 1)) en la que pueda asistir a las pruebas. El adquirente no estará facultado a pedir que se celebren pruebas postergadas después de la expiración de este plazo. Si el adquirente no asiste a las pruebas, o bien no pidió o no estuvo facultado para pedir una postergación, el contratista estará facultado a efectuar las pruebas en ausencia del adquirente.

"3) Las pruebas de funcionamiento se practicarán conforme a lo descrito en el anexo . . . al presente contrato.

"4) Si las pruebas de funcionamiento resultan insatisfactorias, el contratista estará obligado a repetirlas dentro de . . . (indicar un plazo) después de la fecha en que se hayan practicado. El contratista no podrá repetir las pruebas insatisfactorias más de . . . veces ni después de pasados . . . (indicar un plazo) desde la [expiración del período de funcionamiento a prueba] [terminación de la construcción]. No obstante el adquirente podrá pedir al contratista que repita las pruebas insatisfactorias incluso después de que hayan sido repetidas . . . veces (indicar el mismo número que anteriormente) o después de pasados . . . (indicar el mismo plazo últimamente mencionado) desde la [expiración del período de funcionamiento a prueba] [terminación de la construcción].

"5) El contratista deberá correr con el costo de practicar las pruebas de funcionamiento. Sin embargo, el adquirente deberá suministrar a su cargo los siguientes elementos necesarios para efectuar las pruebas: . . . (indicar elementos).

"6) Si se repiten las pruebas de funcionamiento porque las iniciales resultaron insatisfactorias, el contratista deberá sufragar todos los gastos que razonablemente tenga que hacer el adquirente a causa de la repetición. Si las pruebas no se pueden practicar porque el adquirente ha incumplido una obligación y se postergan, el adquirente deberá hacer frente a todos los gastos que razonablemente tenga que hacer el contratista como resultado de la postergación.

"7) Dentro de . . . (indicar un plazo) después de efectuadas las pruebas de funcionamiento, las partes elaborarán un informe firmado por ambas, donde consten los resultados de las pruebas. El informe deberá indicar si las pruebas fueron satisfactorias o insatisfactorias. Deberá contener, además, la siguiente información: . . . (indicar la información requerida)."

[2]*Ejemplo de disposición*

"1) El adquirente deberá aceptar las instalaciones dentro de . . . (indicar plazo) a contar desde la práctica de pruebas de funcionamiento satisfactorias.

"2) Dentro de . . . (indicar plazo) a contar de la práctica de pruebas de funcionamiento satisfactorias, las partes redactarán una declaración de aceptación. La declaración contendrá la siguiente información: . . . (indicar la información requerida).

"3) La aceptación se produce en la fecha de la aceptación mencionada en la declaración de aceptación redactada conforme al párrafo 2) del presente artículo. Si la declaración de aceptación no menciona fecha, la aceptación se producirá en la fecha en la que ambas partes firmen la declaración. Si la declaración de aceptación no está firmada por ambas partes, la aceptación se producirá en la fecha en la que se practicaron las pruebas de funcionamiento satisfactorias.

"4) Si la práctica de las pruebas de funcionamiento se ve impedida durante el plazo establecido en el artículo . . . del presente contrato porque el adquirente ha incumplido una obligación, el contratista puede entregar al adquirente una notificación en la que se declare que la aceptación se ha producido y ésta se tendrá por producida en la fecha de entrega de la notificación.

"5) Si no se pueden practicar las pruebas de funcionamiento durante el plazo establecido en el artículo . . . del presente contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes, éstas empezarán a explotar las instalaciones. Las instalaciones se explotarán durante . . . (indicar un plazo). Si no se descubren defectos graves en las instalaciones durante este plazo, la aceptación se produce al expirar éste."

# Capítulo XIV. Traspaso del riesgo


RESUMEN

Es posible que se produzcan pérdidas o daños en el equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones, en las propias instalaciones, antes o después de su terminación, y en las herramientas y las maquinarias que ha de utilizar el contratista en la construcción. El presente capítulo contempla las pérdidas o daños que pueden causar hechos fortuitos o actos de terceros de los que no responda ninguna de las partes, y lo relativo a la distribución del riesgo de esas pérdidas o daños entre las partes (párrafos 1 a 4).

Al decidir cómo se distribuirá el riesgo de pérdidas o daños entre las partes, es preciso examinar y ponderar varios factores (párrafo 5). Algunas veces, puede que las partes deseen excluir algunos hechos especificados de los riesgos que ha de asumir el contratista, y asignar el riesgo de pérdidas o daños resultantes de esos hechos al adquirente (párrafo 6).

En muchos ordenamientos jurídicos algunas normas imperativas estipulan que, una vez que el equipo y los materiales se han incorporado a las instalaciones, pierden su individualidad, y la parte que asume el riesgo con respecto a las instalaciones también asume el riesgo con respecto al equipo y los materiales a ellas incorporados. El momento en que se considera que el equipo y los materiales han sido incorporados a las instalaciones se determinará según los criterios que especifique la ley aplicable (párrafos 7 y 8).

Puede que las partes deseen convenir en la distribución del riesgo con respecto al equipo y los materiales suministrados por el contratista, y en el momento en el que el riesgo ha de pasar de una de ellas a la otra. Esto puede depender especialmente de quién tendrá bajo su tenencia el equipo y los materiales y de la necesidad de evitar un traspaso múltiple del riesgo (párrafos 9 a 15).

En algunos casos, el equipo que suministra el contratista no está destinado a ser incorporado a las instalaciones. Si la ley aplicable lo consiente, puede que las partes deseen distribuir el riesgo con respecto a ese equipo teniendo en cuenta la parte bajo cuya tenencia se encuentre el equipo antes de la toma a cargo de las instalaciones (párrafos 16 y 17).

Con respecto al equipo y los materiales suministrados por el adquirente para incorporarlos a las instalaciones, puede que las partes deseen distribuir el riesgo basándose en factores análogos a los que serían pertinentes para distribuir el riesgo con respecto al equipo y los materiales suministrados por el contratista (párrafos 18 y 19).

Con respecto a las instalaciones durante la construcción y a las instalaciones terminadas, si un solo contratista se encarga de construir todas las instalaciones, es aconsejable estipular que ese contratista ha de asumir el riesgo hasta la toma a cargo o la aceptación por el adquirente (párrafos 20 y 21). Si varios contratistas participan en la construcción en

forma sucesiva, el contrato puede prever que el riesgo ha de pasar a cada uno de los contratistas en el momento en que se haga cargo de las instalaciones sin terminar, y que pasará al adquirente en el momento en que éste se haga cargo de las instalaciones (párrafo 22).

Si el contratista asume el riesgo de pérdidas o daños, el contrato puede exigirle que subsane lo más rápidamente posible y a su propia costa toda pérdida o daño que se produzca. Si el adquirente asume el riesgo con respecto al equipo y los materiales suministrados por el contratista, el contrato puede obligarle a pagar el precio total del equipo y los materiales perdidos o dañados (párrafo 23).

Es aconsejable que el contratista asuma el riesgo con respecto a sus propias herramientas y maquinaria traídas al emplazamiento para efectuar la construcción (párrafo 30).

## A. Observaciones generales

1. Pueden producirse pérdidas o daños en el equipo o los materiales que han de incorporarse a las instalaciones, en las instalaciones durante la construcción o en las instalaciones terminadas, así como en las herramientas y la maquinaria que ha de utilizar el contratista para efectuar la construcción. La responsabilidad por daños y perjuicios en los casos en que esas pérdidas o daños sean causados por una de las partes en el contrato de obras, o por un tercero del que responde una de las partes, se examinan en el capítulo XX, "Daños y perjuicios". El presente capítulo se ocupa de las pérdidas o daños que pueden ocasionar hechos fortuitos o actos de terceros de los que no responda ninguna de las partes. Esas pérdidas o daños no son raros durante la construcción de instalaciones industriales. En consecuencia, es aconsejable que en el contrato se distribuya el riesgo de los mismos entre las partes.

2. La parte que asuma el riesgo de pérdidas o daños tendrá que hacerse cargo de las consecuencias económicas de las pérdidas o daños sin estar facultada a recibir una indemnización de la otra parte. Por ejemplo, si la pérdida o el daño se produce en el equipo, los materiales o las instalaciones, y el contratista ha asumido el riesgo de esa pérdida o daño, estará obligado a subsanarlos sustituyendo los elementos perdidos o reparando el daño a su propia costa. Si el adquirente ha asumido el riesgo de la pérdida o el daño, estará obligado a pagar el precio de los elementos perdidos o dañados no obstante la pérdida o el daño. Puede que la parte que asuma esos riesgos desee tomar un seguro que los cubra, o incluso que esté obligada a hacerlo en virtud del contrato de obras (véase el capítulo XVI, "Seguro", párrafos 17 a 26). Pero una de las partes tendrá que soportar las consecuencias de los riesgos que no puedan asegurarse.

3. Es posible que algunas veces sea difícil descubrir si las pérdidas o daños fueron ocasionados por un hecho fortuito o por un tercero del que no responda ninguna de las partes (por ejemplo, si se descubre que las mercaderías han sido dañadas después del transporte y, por el tipo de daño, éste podría haber sido provocado tanto por un hecho fortuito como por un tercero). En consecuencia, es aconsejable estipular que el riesgo de pérdidas o daños que ha de asumir una de las partes incluye tanto las pérdidas o daños causados por hechos fortuitos como las pérdidas o daños causados por un tercero del que no responde ninguna de las partes.

4. El hecho fortuito o el acto del tercero que provoque la pérdida o el daño en las instalaciones también puede impedir que una de las partes cumpla sus obligaciones contractuales. Por ejemplo, si las instalaciones resultan dañadas por una tormenta durante un período en el que el riesgo de los hechos fortuitos se imputa al contratista, éste podría verse imposibilitado de terminar a tiempo la construcción. Se debe distinguir la cuestión de si la parte que ha incumplido sus obligaciones contractuales debe indemnizar a la otra por el perjuicio económico que sufra a raíz del incumplimiento, de la cuestión relativa a quién ha de asumir el riesgo de pérdidas o daños causados por hechos fortuitos o actos de terceros. Incluso si la persona que ha asumido el riesgo debe subsanar la pérdida o el daño que cubre ese riesgo, puede que no esté obligada a resarcir los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento causados por esa pérdida o ese daño, si el hecho fortuito o el acto del tercero constituía un impedimento exonerante (véase el capítulo XX, "Daños y perjuicios", párrafo 3, y el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración", párrafos 9 a 26). En el ejemplo indicado, el contratista podría estar obligado a reparar el daño en las instalaciones causado por la tormenta, pero no tendría que indemnizar al adquirente por el perjuicio económico resultante de su incumplimiento si la tormenta constituye un impedimento exonerante conforme a la cláusula de exoneración contenida en el contrato.

5. Al decidir en qué forma se ha de distribuir entre las partes el riesgo de pérdidas o daños, es necesario considerar y ponderar factores tales como los siguientes:

*a)* en primer lugar, y esto es primordial, cuál de las partes está en condiciones de asegurar las mercaderías a menor costo o, conforme al contrato de obras, ha de tomar el seguro para cubrir las pérdidas o daños de que se trate o se encuentra en mejores condiciones de reclamar contra el asegurador;

*b)* cuál de las partes puede controlar mejor las circunstancias que podrían dar lugar a pérdidas o daños; generalmente será la parte bajo cuya tenencia se encuentran el equipo, los materiales o las instalaciones. La asignación del riesgo a esa parte puede significar un incentivo para que proceda con diligencia en el cuidado de los bienes. Además, si se asigna el riesgo a la parte bajo cuya tenencia se encuentran los bienes, pueden evitarse controversias con respecto a si la pérdida o el daño resultó de la falta del debido cuidado de los bienes, o bien de un hecho fortuito o del acto de un tercero que no podía haberse evitado. Puede que las partes deseen atribuir considerable importancia a este factor al distribuir los riesgos;

*c)* la inconveniencia de un traspaso múltiple del riesgo entre las partes (por ejemplo, del contratista al adquirente y, luego, del adquirente al contratista). Puede que las partes deseen también asignar considerable importancia a este factor;

*d)* cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones para recuperar y vender el bien dañado.

6. Algunas veces, puede que las partes deseen excluir de los riesgos que ha de asumir el contratista el riesgo de pérdidas o daños causados por algunos hechos específicos, por ejemplo, guerra, otras acciones militares, desórdenes (salvo que hayan sido causados exclusivamente por los empleados del contratista o sus subcontratistas), terremotos o inundaciones (denominados riesgos exceptuados)[1]. Habida cuenta de que con la exclusión esos riesgos correrán a cargo del adquirente, es aconsejable que el contrato especifique los casos en los que el

adquirente ha de asumirlos. Puede que las partes deseen estipular que el adquirente asume esos riesgos sólo si la pérdida o el daño resulta de hechos específicos producidos en el país donde han de construirse las instalaciones. Si, no obstante, las partes desean estipular que el adquirente ha de asumir los riesgos incluso con respecto a pérdidas o daños causados fuera del país donde han de construirse las instalaciones, conviene que el contrato indique el momento a partir del cual esos riesgos correrán a cargo del adquirente (por ejemplo, cuando el equipo y los materiales se entregan al primer porteador para transportarlos al emplazamiento).

## B. Equipo y materiales suministrados por el contratista

### 1. *Equipo y materiales que han de incorporarse a las instalaciones*

#### a) *Consecuencias de la incorporación en virtud de la ley aplicable*

7. Muchos ordenamientos jurídicos contienen normas imperativas por las que se considera que el equipo y los materiales pierden su individualidad después de que se han incorporado a las instalaciones. En consecuencia, la parte que asume el riesgo con respecto a las instalaciones también asumirá el riesgo con respecto al equipo y los materiales incorporados. El momento a partir del cual el equipo y los materiales se consideran incorporados a las instalaciones se decidirá según los criterios indicados en la ley aplicable. Puede que las partes consideren conveniente determinar cuándo tiene lugar la incorporación conforme a esos criterios.

8. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos los materiales se consideran incorporados a las instalaciones después de su empleo en la construcción, pues ese empleo suele producir un cambio en las características físicas de los materiales. Con respecto al equipo, hay distintos criterios según los ordenamientos. Conforme a algunos, se considera que el equipo se ha incorporado sólo después de que se ha instalado en las instalaciones de manera tal que no pueda separarse de las mismas sin que sufra daños. En otros ordenamientos jurídicos, la instalación de un carácter menos permanente basta para que se considere que el equipo se ha incorporado a las instalaciones. Si las normas de la ley aplicable que rigen el momento en que tiene lugar la incorporación no son imperativas ni resuelven la cuestión en forma adecuada, puede que las partes deseen indicar en el contrato a partir de qué momento se ha de considerar que el equipo y los materiales están incorporados a las instalaciones (por ejemplo, el momento en que el equipo se instale en las instalaciones, prescindiendo de que pueda o no ser extraído ulteriormente sin dañarlo).

#### b) *Normas sobre el traspaso del riesgo adoptadas en el contrato*

9. Puede que las partes deseen indicar en el contrato cuál de ellas asumirá el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales suministrados por el contratista para incorporarlos a las instalaciones durante el período previo a su incorporación. Si el equipo y los materiales han de quedar bajo la tenencia del contratista hasta que los incorpore a las instalaciones, es aconsejable estipular que el contratista ha de asumir el riesgo de pérdidas o daños hasta la incorporación (véase la nota 1, *infra*).

10. En algunas circunstancias, puede que sea necesario que el adquirente se haga cargo del equipo y los materiales suministrados por el contratista a fin de almacenarlos (véase el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafos 21 a 26). En esas circunstancias, cualquier criterio que se adopte para la asignación del riesgo tendrá uno de los dos inconvenientes siguientes: el traspaso múltiple del riesgo, o bien que el equipo y los materiales estarán bajo la tenencia de una de las partes y, al mismo tiempo, el riesgo con respecto a ese equipo y esos materiales correrá a cargo de la otra. En consecuencia, el contrato podría estipular que el adquirente ha de asumir el riesgo con respecto a las instalaciones durante la construcción, y también con respecto al equipo y los materiales hasta que se los incorpore a las instalaciones, con lo que se evitaría un traspaso múltiple del riesgo. Pero ese criterio tiene el inconveniente de que, si el contratista saca del almacenamiento el equipo y los materiales para incorporarlos a las instalaciones, éstos estarían bajo su tenencia hasta su incorporación, y durante ese período el riesgo de pérdidas o daños correría a cargo del adquirente. Ese inconveniente se evitaría si, a la inversa, el contrato estipulara que el riesgo ha de estar a cargo de la parte bajo cuya tenencia se encuentren el equipo y los materiales.

11. Si el riesgo de pérdidas o daños en las instalaciones sin terminar corre a cargo del adquirente y este último ha de hacerse cargo del equipo o los materiales para su almacenamiento, que luego han de volver al contratista sólo inmediatamente antes de ser incorporados a las instalaciones, puede que las partes deseen estipular que el riesgo con respecto al equipo y los materiales ha de pasar al adquirente y que correrá a su cargo hasta que se los incorpore a las instalaciones. Si el contratista ha de asumir el riesgo de pérdidas o daños en las instalaciones sin terminar, o si, después del almacenamiento, ha de hacerse cargo del equipo o los materiales y éstos quedarán bajo su tenencia por un período de tiempo considerable antes de que se los incorpore a las instalaciones, sea el adquirente o el contratista quien haya de asumir el riesgo con respecto a las instalaciones sin terminar, puede que las partes deseen convenir en que el riesgo ha de pasar al contratista y quedar a su cargo.

12. En todos los casos en que el adquirente haya de hacerse cargo del equipo y los materiales a fin de almacenarlos o instalarlos él mismo o una empresa por él contratada (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 27 a 30), el contrato debe indicar el momento en que asumirá el riesgo de pérdidas o daños. Puede que las partes deseen elegir uno de los siguientes momentos para el traspaso del riesgo al adquirente:

*a)* El momento en que el equipo y los materiales se entreguen al primer porteador para su transporte al adquirente, o el momento en el que traspasen la borda del buque en el puerto de embarque convenido;

*b)* El momento en que el adquirente se haga cargo del equipo y los materiales o, si se demora en hacerse cargo de los mismos, el momento en el que se pongan a su disposición[2].

13. Al determinar cuál de estos momentos es el más conveniente, puede que las partes deseen elegir aquel en el que el adquirente tenga la posibilidad de verificar el estado del equipo y los materiales. Si el equipo y los materiales no se inspeccionan en el momento del traspaso del riesgo, y más tarde se descubren pérdidas o daños, puede ser difícil determinar cuándo se produjeron esas pérdidas o daños, y quién ha de asumir sus consecuencias.

14. El criterio que se describe en los párrafos precedentes puede aplicarse tanto si el contratista suministra equipo y materiales de sus propias existencias como si contrata con un subcontratista o un proveedor para que los suministre directamente al lugar especificado en el contrato (véase el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafo 5). En el segundo caso, el suministro del equipo o los materiales por un subcontratista o un proveedor podría considerarse equivalente al cumplimiento por el contratista de sus propias obligaciones de suministro conforme al contrato de obras (véase el capítulo XI, "Subcontratación", párrafos 27 y 28). En consecuencia, el contrato de obras podrá distribuir el riesgo de pérdidas o daños en los elementos suministrados entre el contratista y el adquirente, pero no podrá distribuir ese riesgo entre el subcontratista o el proveedor y el contratista. Esta segunda distribución se efectuará en el contrato que se celebre entre esas partes. En la medida de lo posible, puede que el contratista desee protegerse procurando que en virtud del contrato que celebre con el subcontratista o el proveedor no deba hacerse cargo del riesgo antes de que en virtud del contrato de obras pueda pasar el riesgo al adquirente.

15. Cuando el contratista suministra el equipo y los materiales al adquirente conforme a uno de los términos comerciales pertinentes de las Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (INCOTERMS) (por ejemplo, FOB, C & F), el momento del traspaso del riesgo al adquirente puede determinarse según ese término comercial. Este criterio puede convenir si el término comercial, en la forma en que es interpretado en las INCOTERMS, contempla el traspaso del riesgo en una forma adecuada al contrato de obras (véase el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafo 3).

### 2. *Equipo que no ha de incorporarse a las instalaciones*

16. Algunas veces el equipo que suministra el contratista no está destinado a incorporarse a las instalaciones (por ejemplo, equipo móvil para la descarga de los productos de las instalaciones). Algunos ordenamientos jurídicos consideran que ese equipo es accesorio a las instalaciones y que el riesgo con respecto al mismo pasa del contratista al adquirente en el mismo momento en que se traspasa el riesgo con respecto a las instalaciones. No obstante, las partes suelen tener la autonomía necesaria para decidir mediante acuerdo que el riesgo ha de pasar en algún otro momento. Puede convenir un acuerdo de esa índole si la ley aplicable no asigna el riesgo con respecto a ese equipo de una manera adecuada al contrato de obras. También puede ser aconsejable que el contrato de obras indique el momento del traspaso del riesgo con respecto a ese equipo en los casos en los que la ley aplicable no considere que el equipo es accesorio a las instalaciones.

17. Puede que las partes deseen asignar el riesgo teniendo en cuenta cuál de ellas tendrá bajo su tenencia el equipo antes de la toma a cargo de las instalaciones. Si ha de estar bajo la tenencia del contratista, el riesgo puede correr a cargo de éste, y pasar al adquirente en el momento en que se traspase el riesgo con respecto a las instalaciones. Si el adquirente ha de hacerse cargo del equipo antes de tomar a su cargo las instalaciones (por ejemplo, para almacenarlo), el riesgo puede pasar al adquirente en el momento indicado por las partes (véanse los párrafos 12 a 15, *supra*).

## C. Equipo y materiales suministrados por el adquirente

18. En algunos contratos de obras, es posible que el adquirente esté obligado a suministrar el equipo y los materiales que ha de utilizar el contratista para incorporarlos a las instalaciones. Puede que las partes deseen estipular, si el contratista asume el riesgo con respecto a las instalaciones durante la construcción, que el riesgo con respecto al equipo y los materiales suministrados por el adquirente ha de pasar del adquirente al contratista en el momento en que se haga cargo de ellos el contratista o, si se demora en hacerse cargo, en el momento en que se pongan a su disposición. El contrato puede estipular que el contratista está obligado a inspeccionar el equipo y los materiales en el momento en que se hace cargo de ellos (véase el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafo 29). Este criterio tiene la ventaja de reducir las controversias entre las partes con respecto a cuál de ellas debe soportar las consecuencias de las pérdidas o daños en el equipo y los materiales.

19. La ventaja del criterio que se acaba de describir es menor si el adquirente asume el riesgo con respecto a las instalaciones durante la construcción. En un caso semejante, este criterio da lugar a un doble traspaso del riesgo (del adquirente al contratista y del contratista al adquirente, cuando el equipo y los materiales estén incorporados a las instalaciones). Además, las controversias con respecto a la causa de un defecto de funcionamiento de las instalaciones no podrán disminuirse considerablemente pues el adquirente asumiría el riesgo con respecto al equipo y los materiales después de su incorporación a las instalaciones. Puede que las partes deseen estipular que, cuando el adquirente ha de almacenar en el emplazamiento el equipo y los materiales y el contratista ha de hacerse cargo de los mismos sólo inmediatamente antes de incorporarlos a las instalaciones, el adquirente ha de asumir el riesgo hasta la incorporación.

## D. Instalaciones durante la construcción e instalaciones terminadas

20. Cuando un solo contratista se encarga de construir todas las instalaciones (especialmente, en el caso de un contrato llave en mano), es aconsejable estipular en el contrato que el contratista ha de asumir el riesgo de pérdidas o daños en las instalaciones durante la construcción, y en las instalaciones terminadas hasta la aceptación de las mismas o, hasta que las tome a su cargo el adquirente (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 23).

21. La ventaja de prever en el contrato que el riesgo con respecto a las instalaciones ha de pasar del contratista al adquirente en el momento en que el adquirente se hace cargo de las instalaciones es que, a partir de ese momento, las instalaciones estarán bajo la tenencia del adquirente y éste podrá, en consecuencia, controlar las circunstancias que podrían dar lugar a pérdidas o daños en las instalaciones. No obstante, si las instalaciones han de funcionar bajo la supervisión del contratista por un período de prueba que comienza a correr en el momento en que el adquirente se hace cargo de las mismas (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 16), puede que las partes prefieran que el riesgo no se traspase hasta el momento en que el adquirente acepte las instalaciones. El momento en el que pueden tener lugar la toma a cargo y la aceptación se examina en el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafos 22, 25, 29, 31 y 32. El contrato puede estipular que, si el adquirente no se hace cargo ni acepta las instalaciones cuando está

obligado a hacerlo, el contratista está facultado a exigirle que lo haga, y si el adquirente no lo hace dentro de un plazo específico, el riesgo ha de pasar en la fecha en la que el contratista le entregue una notificación comunicándole el traspaso del riesgo (conforme al capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 60 y 61). En el caso excepcional de que las instalaciones sean propiedad del contratista durante la construcción (véase el capítulo XV, "Transmisión de la propiedad de los bienes", párrafo 8), puede que las partes prefieran estipular que el riesgo ha de pasar del contratista al adquirente en el momento en que se transmita la propiedad de las instalaciones al adquirente.

22. Si en la construcción participan sucesivamente varios contratistas, y las instalaciones están bajo la tenencia de cada uno de ellos durante el período en que efectúa la construcción, el contrato puede estipular que el riesgo ha de pasar a cada uno de los contratistas en el momento en que se haga cargo de las instalaciones sin terminar y al adquirente en el momento en que éste se haga cargo de las instalaciones. Cada uno de los contratistas puede estar obligado a efectuar las pruebas de terminación tras finalizar la parte de la construcción que le corresponda. Estas pruebas consistirán en la inspección por las partes en el contrato de las partes de la construcción terminadas (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 4). Durante esa inspección se puede descubrir cualquier pérdida o daño cuyo riesgo se impute a uno de los contratistas. El contratista que deba proseguir la construcción puede participar en la inspección, dejándose constancia en el acta de toma a cargo de cualquier pérdida o daño que se descubra (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 22).

### E. Algunas consecuencias de la asunción del riesgo

23. Si el contratista asume el riesgo de pérdidas o daños en el equipo o los materiales que haya suministrado, en las instalaciones durante la construcción, o en las instalaciones terminadas hasta la toma a cargo o la aceptación, tendrá que subsanar a su propia costa y lo antes posible las pérdidas o daños cubiertos por el riesgo. El contrato puede estipular que, al subsanar la pérdida o el daño, el contratista tiene la opción de sustituir o reparar el bien que haya resultado dañado. En muchos ordenamientos jurídicos, el adquirente está obligado a pagar el precio total de los bienes suministrados por el contratista si la pérdida o el daño en esos bienes están cubiertos por el riesgo que se imputa al adquirente. Si la ley aplicable no estipula que la asunción del riesgo por el adquirente tiene esas consecuencias, es aconsejable que lo haga el contrato. Si la pérdida o el daño cubierto por el riesgo que se imputa al adquirente se produce en el equipo y los materiales suministrados por el contratista y, por lo tanto, el adquirente tiene que subsanar a su propia costa la pérdida o el daño, en muchos casos no podrá hacerlo por sí solo; por ello, es conveniente que el contrato determine en qué forma se ha de resolver la cuestión (conforme al capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 49).

### F. Herramientas y maquinaria del contratista que han de utilizarse en la construcción

24. Por regla general, el contratista llevará al emplazamiento las herramientas y la maquinaria que se utilizan en la construcción. El riesgo de pérdidas o daños en esos bienes, que podrían resultar de hechos fortuitos o de actos de

terceros de los que no responda ninguna de las partes, corre, conforme a muchos ordenamientos jurídicos, a cargo del contratista y no pasa al adquirente. El contrato puede estipular que, en algunas situaciones, el adquirente, o un tercero por él contratado, podrá utilizar esas herramientas y maquinaria en la construcción. Pero incluso en esos casos, puede ser conveniente estipular que, si las herramientas y la maquinaria se emplean en la construcción que ha de efectuarse en virtud del contrato, el riesgo debe imputarse al contratista.

*Notas del capítulo XIV:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"1) Salvo lo estipulado en el párrafo 2) del presente artículo, el contratista asume el riesgo de toda pérdida o daño, cualquiera que sea su causa, en el equipo y los materiales que haya suministrado hasta que se los incorpore a las instalaciones.

"2) No obstante, el riesgo que asume el contratista no cubre las pérdidas o daños causados por el adquirente o por cualquier persona por él contratada [o causados por . . . (indicar aquí "riesgos exceptuados"; véase el párrafo 8, *supra*) en el país donde se construyen las instalaciones]."

[2]*Ejemplo de disposición*

"1) Salvo lo dispuesto en el párrafo 2) de este artículo, el riesgo de pérdidas o daños por cualquier causa en el equipo y los materiales que ha de suministrar el contratista para incorporarlos a las instalaciones pasará del contratista al adquirente en el momento en que [el equipo y los materiales se entreguen al primer porteador, de conformidad con el presente contrato, para su entrega al adquirente] [el equipo y los materiales traspasen la borda del buque en el puerto de embarque convenido] [el adquirente se haga cargo del equipo y los materiales o, si se demora en hacerse cargo de los mismos, el momento en el que se pongan a su disposición].

"2) [Idéntico al párrafo 2) del ejemplo de disposición que figura en la nota 1]."

# Capítulo XV. Transmisión de la propiedad de los bienes

RESUMEN

La cuestión de si los diversos tipos de bienes empleados en la construcción de instalaciones industriales son propiedad del contratista o del adquirente puede tener importancia en relación con cuestiones referentes al seguro, los impuestos y la responsabilidad ante terceros derivada de los bienes o de su utilización. El punto es también importante porque los bienes pueden ser objeto de embargo por parte de los acreedores del dueño y estarán sometidos al procedimiento de quiebra que se siga contra él (párrafo 1). La presente *Guía* se ocupa de la transmisión de la propiedad de los bienes como cuestión distinta del traspaso del riesgo de pérdidas o daños en esos bienes (párrafo 2).

La transmisión de la propiedad del equipo y los materiales que se han de incorporar a las instalaciones se rige a menudo por normas imperativas del ordenamiento jurídico del país donde están situados los bienes (párrafo 3). Muchos ordenamientos contienen una norma imperativa conforme a la cual todas las cosas adheridas al suelo pasan a ser propiedad del propietario de éste (párrafo 4). Incluso si la ley aplicable permite a las partes regular mediante disposiciones contractuales la transmisión de la propiedad de los bienes de una de las partes a la otra, es posible que sólo deban incluir esas disposiciones si la ley aplicable no regula la transmisión de modo satisfactorio (párrafo 5).

Puede ocurrir que las disposiciones contractuales que asignan la propiedad del equipo y los materiales a la parte que no es propietaria de las instalaciones queden sin efecto cuando el equipo y los materiales sean incorporados a las instalaciones (párrafo 6).

Respecto de la transmisión de la propiedad del equipo y los materiales suministrados por el contratista, puede ser conveniente que éste deje de ser propietario cuando el adquirente haya pagado una parte sustancial del precio correspondiente. En cuanto a la transmisión del equipo y los materiales suministrados por el adquirente, convendrá tal vez que la propiedad del equipo y los materiales no pase al contratista, a menos que los pague con anterioridad a su incorporación (párrafo 7).

Tal vez sea oportuno que, en determinadas circunstancias, se asigne al adquirente la propiedad de las instalaciones durante la construcción, por ejemplo, cuando pague una parte sustancial del precio en forma de pagos parciales a medida que avanza la construcción. En otras circunstancias, será conveniente asignarla al contratista, por ejemplo, si éste ha concedido crédito al adquirente con respecto al pago del precio (párrafo 8).

## A. Observaciones generales

1. La cuestión de si los diversos tipos de bienes empleados en la construcción de instalaciones industriales son propiedad del contratista o del adquirente puede tener importancia en lo que se refiere al seguro, los impuestos y la

responsabilidad ante terceros derivada de los bienes o de su utilización. La cuestión es además importante porque los bienes pueden ser embargados por los acreedores del propietario y quedan incluidos en los procedimientos de quiebra que se sigan contra él.

2. La presente *Guía* contempla la transmisión de la propiedad de los bienes utilizados en el cumplimiento del contrato de obras como cuestión distinta del traspaso del riesgo de pérdidas o daños en esos bienes (véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo"). Si bien conforme a algunos ordenamientos jurídicos el riesgo de pérdidas o daños en los bienes se traspasa con la transmisión de la propiedad, no ocurre lo mismo en otros. Por ejemplo, con arreglo a algunos ordenamientos la cuestión de quién ha de soportar el riesgo de pérdidas o daños en los bienes dependerá de quién se halle en posesión de los mismos. Además, incluso los ordenamientos en los cuales el riesgo se traspasa con la transmisión de la propiedad pueden facultar a las partes a acordar lo contrario.

3. La transmisión de la propiedad del equipo y los materiales que se han de incorporar a las instalaciones se rige a menudo por normas imperativas del ordenamiento jurídico del país donde están situados los bienes y las partes gozan sólo de una autonomía limitada para especificar en el contrato el momento en que se transmite la propiedad de una de ellas a la otra. Según la mayoría de los ordenamientos, la propiedad del equipo y los materiales sólo se transmite cuando los bienes se identifiquen como aquello que se ha de suministrar en cumplimiento del contrato. Algunos ordenamientos exigen, además, que el equipo y los materiales se entreguen a la parte que los haya de adquirir.

4. Muchos ordenamientos jurídicos contienen una disposición imperativa conforme a la cual todas las cosas adheridas al suelo pasan a ser propiedad del propietario de éste. Si esa norma figura en la ley del país donde se halla el emplazamiento, durante su construcción y una vez terminadas, las instalaciones serán propiedad del dueño del emplazamiento, normalmente el adquirente. En otros ordenamientos hay normas no imperativas que determinan la propiedad de las cosas adheridas al suelo, aunque, conforme a muchos de ellos, las cosas pasan a ser propiedad del propietario del suelo a menos que las partes dispongan otra cosa. No obstante, a tenor de las disposiciones contractuales o de la ley aplicable, la propiedad del equipo y los materiales que han de formar parte de las instalaciones puede haberse traspasado al adquirente incluso antes de incorporarlos a ellas (véase la sección B, *infra*).

5. Aun si la ley aplicable faculta a las partes a regular mediante disposiciones contractuales la transmisión de la propiedad de los bienes de una de las partes a la otra, posiblemente sólo tendrán que incluir esas disposiciones cuando la ley aplicable no regule la transmisión de modo satisfactorio. Las secciones B y C del presente capítulo contienen sugerencias para regular adecuadamente la asignación de la propiedad en ciertas circunstancias si la asignación conforme a las normas supletorias de la ley aplicable resultase insatisfactoria en esas circunstancias. Cuando se formulan disposiciones para regular la transmisión de la propiedad, es en general aconsejable que las partes eviten en la medida de lo posible la multiplicidad de transmisiones y retransmisiones de la propiedad de los bienes.

## B. Transmisión de la propiedad del equipo y los materiales que se han de incorporar a las instalaciones

6. Conviene que las partes tomen nota de que las disposiciones contractuales que asignan la propiedad del equipo y los materiales a la parte que no es propietaria de las instalaciones pueden quedar sin efecto en el momento en que los primeros se incorporen a las segundas. Conforme a las normas jurídicas imperativas vigentes en muchos ordenamientos jurídicos, el equipo y los materiales que se incorporan a las instalaciones se confunden con ellas desde su incorporación y dejan de ser objeto de propiedad independiente. El equipo y los materiales pertenecerán en adelante a la parte propietaria de las instalaciones.

7. Por lo que hace a la transmisión de la propiedad del equipo y los materiales suministrados por el contratista, puede ser conveniente que no permanezcan bajo su propiedad luego que el adquirente haya pagado una parte sustancial del precio correspondiente. De no ser así, el adquirente puede experimentar una grave pérdida en el caso de que los bienes del contratista sean embargados por sus acreedores o de quiebra del contratista. Respecto de la transmisión de la propiedad del equipo y los materiales suministrados por el adquirente, tal vez convenga que no se traspase al contratista antes de que se los incorpore a las instalaciones, sea que éstas hayan de ser propiedad del adquirente durante la construcción o, excepcionalmente, del contratista. No obstante, si las instalaciones han de ser durante la construcción propiedad del contratista y éste paga el equipo y los materiales antes de su incorporación, cabe estipular que la propiedad se le transmita en el momento del pago.

## C. Propiedad de las instalaciones durante la construcción y después de terminadas

8. En ciertas circunstancias puede convenir que las partes asignen al adquirente la propiedad de las instalaciones durante su construcción (conforme al párrafo 4, *supra*). Por ejemplo, puede ser aconsejable que se asigne la propiedad al adquirente cuando pague una parte sustancial del precio en forma de pagos parciales durante la construcción. También podría ser conveniente asignar la propiedad al adquirente en casos en que la asignación al contratista pueda plantear inconvenientes, por ejemplo, cuando varios contratistas participen en la construcción y no resulte factible que cada contratista sea propietario de la parte de las instalaciones por él construidas. Pero en otras circunstancias, puede convenir que se asigne la propiedad al contratista. Por ejemplo, si este último ha otorgado un crédito al adquirente respecto del precio, del que una parte sustancial deba pagarse en fecha posterior a la expiración del período de garantía, el contratista puede quedar protegido por la asignación de la propiedad hasta que se le pague el porcentaje convenido del precio. Este sistema puede, empero, aproximarse a un acuerdo de retención de la propiedad y es posible que la ley vigente en el emplazamiento exija el cumplimiento de ciertas formalidades para que la asignación surta efecto. Además, la ley del emplazamiento puede exigir el cumplimiento de otras formalidades para que sea válida la transmisión de la propiedad de las instalaciones al adquirente una vez que haya pagado el porcentaje establecido del precio.

# Capítulo XVI. Seguro


RESUMEN

Conviene a las partes, y en especial al adquirente, asesorarse respecto del seguro por especialistas en el ramo de los seguros de proyectos de instalaciones industriales. En el contrato de obras de ordinario es necesario contemplar solamente aquellos tipos de seguro que conviene obligar expresamente a tomar a una de las partes (párrafos 1 a 4).

Se aconseja que el contrato exija un seguro de cosas y un seguro de responsabilidad, así como que especifique los riesgos que se aseguran, la parte que está obligada a tomar el seguro, las partes y otras entidades que han de designarse como partes aseguradas, la cuantía mínima del seguro, las "franquicias" aplicables y el período que ha de abarcar el seguro (párrafos 5 a 15).

Se recomienda en el contrato requerir un seguro de cosas contra pérdidas o daños en las instalaciones durante la construcción, las instalaciones terminadas, las estructuras temporales y las estructuras accesorias a las instalaciones (párrafos 16 a 23) y el equipo y los materiales que se incorporarán a las instalaciones (párrafos 24 a 26).

Si el contratista asumiera los riesgos de pérdidas o daños en todas las instalaciones durante la construcción y después de terminada ésta, es aconsejable que el contrato obligue al contratista a tomar un seguro de cosas que abarque la totalidad de las instalaciones y a mantenerlo en vigor. Si varios contratistas participan en la construcción de las instalaciones, y ninguno en particular soporta los riesgos de pérdidas o daños en la totalidad de las instalaciones, las partes pueden estudiar la conveniencia de que cada contratista tome un seguro que cubra la parte de las instalaciones y estructuras comprendidas en su construcción (párrafo 18). De ordinario se recomienda que tanto el contratista como el adquirente figuren como partes aseguradas (párrafo 19).

Cabe adoptar diferentes criterios con respecto a los riesgos que según el contrato cubrirá el seguro de cosas (párrafos 20 y 21). Las partes considerarán la naturaleza de las pérdidas que indemnizará el seguro y la cuantía de seguro requerida (párrafos 22 y 23).

Tratándose del equipo y los materiales que se incorporarán a las instalaciones, el contrato puede disponer que esos elementos se asegurarán en una póliza de la carga desde el punto de envío hasta la entrega en el emplazamiento y, después de la entrega, en un seguro de cosas, según se examinó anteriormente. Por otra parte, puede ser aconsejable en algunos casos una póliza de seguro única para asegurarlos durante todo el período comprendido desde el momento del envío hasta el de la incorporación a las instalaciones (párrafos 24 a 26).

En algunos casos, se recomienda obligar al contratista a tomar un seguro que cubra la maquinaria y las herramientas utilizadas por él durante la construcción (incluidas la maquinaria y herramientas alquiladas) (párrafo 27).

Conviene que el contrato obligue al contratista a asegurarse para afrontar su responsabilidad extracontractual por pérdidas, daños o lesiones causados con motivo de la ejecución del contrato, incluidos los actos o las omisiones de sus empleados, subcontratistas y proveedores, así como su responsabilidad con arreglo a la obligación de indemnizar que asume en virtud del contrato (párrafos 28 a 37).

Puede ser aconsejable que el contrato exija también al contratista que tome determinados tipos de seguro de responsabilidad, tales como seguro de responsabilidad de productos (párrafo 29), seguro de responsabilidad profesional (párrafo 30), seguro para hacer frente a responsabilidades dimanadas de la explotación de vehículos (párrafo 31), y seguro para indemnizar a los empleados por lesiones relacionadas con el trabajo (párrafos 32 a 35). En el contrato podría exigirse que el seguro de responsabilidad se encuentre en vigor antes del momento en que él o cualquier subcontratista comience la construcción en el emplazamiento y que cubra pérdidas, daños o lesiones que ocurrieran durante la fase de construcción y en el período de garantía (párrafo 36).

Es recomendable que el contrato obligue al contratista a exhibir al adquirente determinados tipos de prueba de que se encuentra en vigor el seguro que el contratista está obligado a tomar, o a dar instrucciones a su asegurador para que suministre esa prueba directamente al adquirente. Obligaciones análogas podrían imponerse al adquirente con respecto al seguro que éste debe tomar (párrafo 38). Las partes quizá deseen estudiar la conveniencia de disposiciones que regulen la situación en que una de ellas no toma o no mantiene en vigor el seguro que está obligada a contratar (párrafos 39 a 41).

## A. Observaciones generales

1. La construcción de una instalación industrial de envergadura entraña riesgos de pérdidas, daños y lesiones resultantes de una gran variedad de accidentes y circunstancias que pueden surgir. Una de las funciones del contrato de obras es distribuir estos riesgos entre el constructor y el adquirente. Esto se logra mediante cláusulas por las que una parte asume un determinado riesgo o en virtud de la cual el riesgo se distribuye entre ambas partes, por ejemplo, las cláusulas relativas al traspaso del riesgo (véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo"), a exoneraciones (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración") y la gravosidad (véase el capítulo XXII, "Cláusulas de gravosidad"). Los riesgos que no se distribuyen con arreglo al contrato se impondrán a una u otra parte según lo que disponga la ley. Una de las partes quizá desee transferir a terceros, tales como los aseguradores, algunos riesgos que pesan sobre ella, o partes de esos riesgos.

2. Por lo común se recomienda que el contrato de obras contenga disposiciones relativas al seguro para cubrir determinados riesgos. Puede haber casos en los que el adquirente desee que el contratista esté obligado a tomar un seguro que cubra ciertos riesgos asumidos por éste. Así ocurre tratándose de riesgos que, si se materializan, producirían consecuencias financieras que rebasarían la capacidad del contratista para sufragarlas y que entorpecerían o impedirían al contratista cumplir su contrato, o de algún otro modo perjudicarían al adquirente si el contratista no puede asumirlas. Por análogas razones, las instituciones de crédito que financian la construcción de instalaciones suelen exigir cobertura de seguro para ciertos riesgos que soporta

el contratista. En algunos casos, las partes pueden convenir en que el contratista tome y pague el seguro que cubre ciertos riesgos que incumben al adquirente (véase, por ejemplo, el párrafo 21, *infra*). En casos excepcionales el adquirente podría comprometerse en el contrato a tomar y pagar el seguro que cubre alguno de los riesgos a cargo del contratista (véanse los párrafos 6 y 14, *infra*).

3. Debe observarse que en el contrato, en general, sólo es preciso ocuparse de aquellos tipos de seguro que conviene que una parte esté expresamente obligada a tomar; de ordinario no se necesita contemplar otros tipos de seguro que sería prudente o jurídicamente indispensable que una parte tomara. En este capítulo se trata únicamente de aquellos tipos de seguro que las partes quizá deseen expresamente exigir en el contrato de obras.

4. El seguro de proyectos de instalaciones industriales es un ramo muy especializado. Existe una gran variedad de tipos de seguro para cubrir diversos riesgos; la mayor parte de éstos están sujetos a una gama compleja de exclusiones y restricciones. Cuando el plan global de seguros para un proyecto consiste en diversas pólizas que cubren diferentes riesgos —algunas pólizas las toma el contratista y otras el adquirente— las distintas pólizas deben coordinarse de modo que se logre la cobertura global deseada y se eviten omisiones así como duplicaciones involuntarias en la cobertura. De aquí que convenga a las partes asesorarse respecto del seguro por especialistas en el ramo de seguro de proyectos internacionales de instalaciones industriales. El adquirente, en particular, quizá desee obtener un análisis cabal de los riesgos a que está sujeto con motivo del proyecto y asesoramiento sobre el seguro de esos riesgos. Le convendría procurárselo aun en la etapa precontractual, pues el asesoramiento profesional relativo a la gestión de riesgos y al seguro será importante para plasmar las disposiciones sobre la distribución de los riesgos y el seguro en el proyecto de contrato que se presentará a los posibles contratistas. Las instituciones internacionales de crédito suelen exigir a los adquirentes que obtengan asesoramiento de profesionales en gestión de riesgos relacionados con los proyectos financiados por esas instituciones.

5. El contrato puede contener disposiciones relativas a:

a) *Seguro de cosas,* para asegurarse contra pérdidas o daños en las instalaciones durante la construcción, en las instalaciones terminadas, en las estructuras temporales y accesorias de las instalaciones, en el equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones y en la maquinaria y las herramientas utilizadas para la construcción (con inclusión de la maquinaria y herramientas alquiladas). Este seguro protege cosas que pertenecen a la parte asegurada o en las que ésta tiene por algún otro motivo un interés asegurable (por ejemplo, cosas respecto de las cuales asume el riesgo de pérdidas o daños);

b) *Seguro de responsabilidad,* para asegurar la responsabilidad extracontractual del contratista por pérdidas, daños o lesiones causados con relación a su ejecución del contrato, así como a su responsabilidad por obligaciones de indemnizar contraídas durante el contrato.

6. El determinar si es aconsejable que un tipo de seguro específico lo tome el contratista o el adquirente dependerá de una serie de factores, muchos de los cuales se analizan en otra parte de este capítulo. En muchos casos, puede convenir que el seguro lo tome la parte que asume el riesgo cubierto por el seguro. En algunos casos, sin embargo, puede ser preferible que una parte

gestione y pague el seguro que cubre riesgos soportados por la otra parte. Así ocurriría, por ejemplo, si la parte que no asume el riesgo puede tomar el seguro a menos costo que la otra o si el seguro de que se trata debe coordinarse con otro seguro (véase el párrafo 13, *infra*). El adquirente quizá desee, pues, considerar si, habida cuenta de las circunstancias indicadas, le conviene más tomar ciertos tipos de seguro que cubran sus riesgos propios o los del contratista y no exigir a éste que lo haga. Las partes pueden disponer que el seguro requerido en el contrato se tome con un asegurador aceptable para ambas partes en el contrato de obras (véase, sin embargo, el párrafo 15, *infra*).

7. Es aconsejable estipular en el contrato que el hecho de que una parte haya tomado un seguro que cubre ciertos riesgos no constituye una limitación o exoneración de las responsabilidades de esa parte conforme al contrato respecto de aquellos riesgos, aun cuando el contrato le exija asegurarse contra ellos.

8. Se aconseja que las disposiciones contractuales sobre el seguro especifiquen los riesgos que han de cubrirse, la parte que está obligada a tomar el seguro, las partes y otras entidades que han de designarse como partes aseguradas, la cuantía mínima del seguro, las "franquicias", si las hubiera, aplicables a cada riesgo (por ejemplo, la cuantía de una pérdida económica que el asegurado ha de asumir por sí mismo, mientras que el asegurador, con arreglo a la póliza de seguro, indemniza únicamente en la medida en que la pérdida rebase tal cuantía), y el período que cubre el seguro. Debido a la índole compleja y a menudo singular de los proyectos de instalaciones industriales, la cobertura del seguro generalmente tenderá a satisfacer las necesidades particulares del proyecto.

9. Las partes deben saber que el tipo o la cuantía del seguro que puede tomarse estará subordinado a lo que ofrece el mercado de seguros. Es posible que cierta cobertura de seguro que una parte podría estimar conveniente no se pueda obtener. Tal vez otra cobertura pueda obtenerse sólo a un costo que no se justifique económicamente en un determinado proyecto. Por tanto, al redactar disposiciones relativas a seguros, las partes han de tener en cuenta si es posible obtener la cobertura prevista a tasas razonables. Cabe advertir que, por las condiciones mutables del mercado, la actual disponibilidad de ciertos tipos de seguro analizados en este capítulo puede variar más adelante.

10. La cuantía del seguro requerido por el contrato y el ámbito de los riesgos contra los cuales se asegura no deben rebasar lo necesario o prudente en las circunstancias del proyecto. Los adquirentes han de saber que aun cuando el contratista tome el seguro su importe por lo común lo sufragará en definitiva el adquirente. Un seguro excesivo impuesto por el adquirente aumentará innecesariamente el precio que éste debe pagar. Además, en un contrato a precio alzado, que impone gastos de seguro excesivos al contratista, podría inducirle a reducir otros costos para mantener el carácter atractivo de su oferta o su margen de beneficio. Semejante práctica podría repercutir negativamente en la calidad de las instalaciones que ha de recibir el adquirente.

11. Las partes quizá deseen prever en el contrato medios de ajustar las cuantías del seguro que en él se exigen para tener en cuenta la inflación. El ajuste podría ser automático, con arreglo a una variación en un índice pertinente, o el contrato podría estipular una revisión de las cuantías a petición de cualquiera de las partes. Cabría asimismo que el contrato especificara la

parte que ha de soportar el mayor costo del seguro resultante de alzas en su cuantía; ésta podría ser la parte obligada a tomar el seguro. Hasta donde lo autorice la ley (véase el párrafo 15, *infra*), puede que las partes deseen exigir que el producto del seguro en caso de reclamación sea pagadero en una moneda libremente convertible.

12. El adquirente puede también desear estudiar las cuantías de las franquicias (véase el párrafo 8, *supra*) aplicables a los diversos tipos de seguro prescritos en el contrato. El asegurador exigirá en la mayoría de los casos una franquicia mínima, aunque podría requerirse en el contrato de obras una franquicia más elevada. Ésta reduciría el costo del seguro; sin embargo, si se materializa el riesgo contra el que se asegura, la pérdida hasta el monto de la "franquicia" tendrá que soportarla la parte que asume ese riesgo. Si el contratista corre con tal riesgo, podría incluir un incremento en su precio para tener en cuenta esa contingencia.

13. Conviene una máxima coordinación del programa de seguro de las instalaciones durante la construcción y después de terminadas. La existencia de numerosas pólizas separadas que cubran diferentes riesgos y distintas partes y emitidas por diversos aseguradores, quizá en diferentes países, suele ocasionar la duplicación del seguro contra algunos riesgos y omisiones relativas al seguro contra otros riesgos. A menudo resulta mejor tener una póliza única que cubra tantos riesgos y partes como sea posible. Si son indispensables pólizas separadas, quizá convenga que las emita el mismo asegurador (véanse los párrafos 25 y 37, *infra*).

14. Ha surgido una modalidad relativamente nueva de seguro que, en una póliza única obtenida por el adquirente, prevé una cobertura completa para una vasta gama de riesgos. Este seguro, denominado a veces *seguro global*, ofrecería ciertas ventajas con respecto al criterio tradicional de pólizas de seguro separadas que cubran diferentes riesgos y tomadas por distintos contratistas, subcontratistas, proveedores, ingenieros y otros participantes en el proyecto. Por ejemplo, en algunos casos resultaría menos oneroso que las pólizas separadas y suministraría una cobertura coordinada que evitaría las duplicaciones y omisiones que podrían resultar de pólizas separadas. Sin embargo, en el momento de redactar el presente documento, esta modalidad de seguro no está exenta de críticas, por lo que el adquirente debe consultar a un profesional especializado en gestión de riesgos o seguros acerca de si conviene tomarlo en relación con el proyecto. Si el adquirente toma un seguro global, ha de cerciorarse de que no sufraga, directa o indirectamente, el costo de un seguro tomado por los contratistas, subcontratistas u otros participantes en la construcción que cubra riesgos también cubiertos por el seguro global.

15. Las partes deben estar al tanto de cualesquiera normas jurídicas imperativas relacionadas con el seguro y la construcción de instalaciones industriales. Por ejemplo, hay legislaciones según las cuales el seguro para cubrir pérdidas, daños o lesiones que ocurran con motivo de la construcción de instalaciones en su territorio ha de contratarse con aseguradores de esos países. Esto podría afectar el alcance de la cobertura disponible y hacer necesario contratar en otra parte el seguro que rebasase el disponible en el país. Además, las normas de control de cambios podrían exigir a los aseguradores locales que pagaran sus indemnizaciones en la moneda nacional. Las partes quizá deseen tener esto en cuenta sobre todo con motivo del seguro que cubra el equipo o los materiales que han de incorporarse a las instalaciones y que únicamente puedan reemplazarse recurriendo a una fuente situada en otro país.

## B. Seguro de cosas

16. Salvo en una proporción restringida, el seguro de cosas (véase el párrafo 5, *supra*) no resarcirá el gasto de reparar o sustituir equipo o materiales defectuosos suministrados por el contratista o partes de las instalaciones que éste haya construido en forma defectuosa. Además, el seguro de cosas de ordinario no asegura contra pérdidas o daños en las instalaciones que resulten de un diseño o construcción deficientes. Sin embargo, se puede recurrir por lo general al seguro de cosas cuando partes de las instalaciones diseñadas o construidas en forma deficiente causan pérdidas o daños en otras partes de las instalaciones. Las pérdidas o daños causados por un diseño deficiente pueden cubrirse con un seguro de responsabilidad profesional (véase el párrafo 30, *infra*). No obstante, cabe advertir que el seguro de responsabilidad profesional cubre normalmente sólo las pérdidas o daños resultantes de un diseño negligente. Así, pues, las pérdidas o daños dimanados de defectos no imputables a negligencia en el diseño se cubrirán a menudo con el seguro de cosas o bien con el seguro de responsabilidad profesional. Sin embargo, con respecto al equipo manufacturado que ha de incorporarse a las instalaciones, quizá sea posible tomar un seguro que cubra los materiales, la ejecución y el diseño defectuosos, sean o no imputables a la negligencia del fabricante.

### 1. *Seguro de las instalaciones durante la construcción, las instalaciones terminadas, de estructuras temporales y de estructuras accesorias de las instalaciones*

17. Conviene que el contrato prescriba un seguro contra pérdidas o daños en las instalaciones durante la construcción, en las instalaciones terminadas y en las estructuras temporales y estructuras accesorias de las instalaciones hasta que éstas hayan sido aceptadas por el adquirente. Después de la aceptación, las instalaciones deben normalmente quedar cubiertas por el seguro tomado por el adquirente; sin embargo, el contrato no necesita contener una disposición a ese efecto. Las partes quizá deseen estudiar si el contrato también ha de exigir un seguro durante el período de garantía para cubrir cualquier construcción adicional que no se incluyó en las instalaciones aceptadas por el adquirente, así como cualesquiera estructuras temporales y estructuras accesorias de las instalaciones que existan o perduren durante ese período.

18. En un contrato llave en mano y en otros tipos de contratos en los que el contratista corre con los riesgos de pérdidas o daños ocurridos en todas las instalaciones durante la construcción y en las instalaciones terminadas antes de la toma a cargo y de la aceptación, puede convenir que el contrato obligue al contratista a tomar un seguro que cubra la totalidad de las instalaciones y a mantenerlo en vigor (véase, sin embargo, el párrafo 6, *supra*). Si se adopta para la construcción de las instalaciones un sistema que hace intervenir a diversos contratistas (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrafos 17 a 25), y no hay un contratista único que asuma el riesgo de pérdidas o daños en todas las instalaciones, las partes quizá deseen estudiar si conviene que cada contratista tome un seguro que cubra la parte de las instalaciones y estructuras comprendidas por la construcción a su cargo. Esto podría ocasionar la superposición de seguros y la duplicación de sus costos, y suscitaría problemas al tramitar reclamaciones por pérdidas o daños que

afecten a dos o más contratistas. En esos casos, puede ser preferible que el adquirente tome un seguro contra pérdidas o daños que abarque las instalaciones en su totalidad y las estructuras temporales y las estructuras accesorias de las instalaciones. Por otra parte, un contratista que mantenga una relación perdurable con un determinado asegurador y exhiba un historial de reclamaciones conocido y favorable podría obtener tasas más ventajosas que el adquirente. Si el contratista, además de suministrar el equipo o prestar servicios de construcción, ha de coordinar la construcción a cargo de otros contratistas, las partes quizá deseen estudiar la conveniencia de que ese contratista esté obligado a tomar y mantener en vigor el seguro con respecto a todas las instalaciones y todas las estructuras.

19. El contrato debe estipular quiénes han de figurar como partes aseguradas en la póliza de seguro. De ordinario conviene que tanto el contratista como el adquirente sean designados, prescindiendo de quién corre con los riesgos de pérdidas en los elementos asegurados. La omisión del nombre de ambas partes podría en algunos casos dar al asegurador que paga una reclamación a la parte designada, tratándose de pérdidas o daños causados por la parte no mencionada, un derecho de subrogación contra la parte no designada, lo que podría inducir a ésta a tomar su propio seguro para cubrir esa responsabilidad, con la duplicación consiguiente del seguro y un costo más elevado del seguro global. Además, la designación de ambas partes conferiría a cada una de ellas los derechos que otorga la póliza de seguro, por ejemplo, participación en toda vía procesal relativa a la póliza y notificación de cualquier cambio en las condiciones del seguro.

20. Pueden adoptarse diferentes criterios con respecto a la cuestión de los riesgos que según el contrato debe cubrir el seguro. Un criterio puede consistir en especificar en el contrato que el seguro debe cubrir toda pérdida o daño resultante de cualquier peligro. Las partes comprenderán, sin embargo, que es improbable contratar un seguro que satisfaga una gama de exigencias tan amplia. Algunos aseguradores ofrecen una póliza de seguro, a veces denominada seguro a todo riesgo, que asegura contra pérdidas o daños derivados de toda suerte de peligros, salvo algunos específicamente excluidos (tales como el desgaste normal y las ondas de presión causadas por una aeronave). Es posible asegurarse contra pérdidas o daños procedentes de algunos de los peligros excluidos mediante endosos especiales de la póliza o en virtud de una póliza separada, a un costo suplementario. Si el contrato ha de exigir que se tome una póliza de seguro de este tipo, las partes deben examinar detenidamente si la póliza excluye cualesquiera peligros que presenten riesgos contra los cuales ha de tomarse el seguro, atendida la índole de la construcción que ha de ejecutarse con arreglo al contrato. En ciertos casos puede resultar preferible que el contrato exija una póliza de seguro de esta naturaleza y otro seguro contra riesgos resultantes de peligros excluidos de la póliza, y que no se trate de individualizar en el contrato los peligros concretos que cubrirá el seguro.

21. En el contrato puede exonerarse al contratista de asumir los riesgos dimanados de ciertos peligros (los denominados "peligros exceptuados"; véase el capítulo XIV, "Traspaso del riesgo", párrafo 6). Si en el contrato se adopta ese criterio, convendría, en lo posible, que el seguro que el contratista está obligado a tomar cubra incluso los riesgos derivados de esos riesgos exceptuados (sin embargo, algunos de esos riesgos, por ejemplo, la guerra y los riesgos nucleares, pueden no ser asegurables). De lo contrario, el adquirente

tendría que tomar un seguro separado para esos conceptos. Semejante división del seguro podría causar omisiones en el seguro o una duplicación innecesaria de éste y elevar los costos de su contratación. Además, en caso de pérdidas o daños, podría surgir una controversia prolongada y onerosa acerca de si las pérdidas o daños estaban asegurados con arreglo al seguro tomado por el contratista o en virtud del que tomó el adquirente.

22. El seguro de las instalaciones durante la construcción, las instalaciones terminadas y las estructuras temporales y accesorias indemnizará normalmente de las pérdidas o daños en las cosas. En general, no resarcirá de otros tipos de pérdidas, por ejemplo, lucro cesante y mayores costos del servicio de préstamo resultantes del hecho de que, a causa de pérdidas o daños, las instalaciones no pudieran terminarse oportunamente. Sin embargo, esas pérdidas podrían asegurarse mediante un endoso o una póliza especial. Si las partes deciden que deben cubrirse esas pérdidas, tal cobertura deberá exigirse especialmente en el contrato.

23. Tal vez convenga estipular en el contrato el seguro de cosas para resarcirse del gasto de reparar o sustituir las partes perdidas o dañadas de las instalaciones. El contrato podría asimismo exigir el seguro para resarcirse de los gastos relacionados con la reparación o el reemplazo, tales como honorarios de arquitectos, inspectores, abogados e ingenieros, así como los gastos inherentes a la tarea de demoler y remover las partes dañadas. La cuantía del seguro exigido debe bastar para cubrir todos los diversos tipos de pérdidas que ha de resarcir el seguro (véanse los párrafos 9 a 12, *supra*). El contrato podría, pues, tener en cuenta los efectos de la inflación al determinar la cuantía del seguro.

### 2. *Seguro del equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones*

24. Se recomienda que el contrato prescriba el seguro contra pérdidas o daños en el equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones. El contrato podría prever el equipo y los materiales que han de asegurarse con arreglo a una póliza de la carga desde el punto de envío hasta la entrega en el emplazamiento. Después de la entrega, pueden cubrirse con el seguro de cosas analizado en la subsección anterior de este capítulo. Para evitar problemas derivados de la dificultad de probar si las pérdidas o los daños ocurrieron a un elemento mientras estaba cubierto por el seguro de la carga o por un seguro de cosas ulterior, el contrato podría exigir que ambas pólizas consignaran una cláusula por la cual, si es imposible probar si las pérdidas o los daños ocurrieron durante un período cubierto por una u otra póliza, cada asegurador pagará el 50% de la pérdida o el daño. Cabe advertir que, tratándose del seguro de la carga, la cobertura suele extenderse también a riesgos de guerra, en tanto que esos riesgos con frecuencia se excluyen del seguro de cosas analizado en la subsección anterior de este capítulo.

25. Por otra parte, en algunos casos quizá convenga contratar una póliza única para asegurar el equipo y los materiales durante todo el período comprendido entre el momento del embarque y el de la incorporación a las instalaciones. Si el equipo y los materiales se aseguraran en pólizas separadas para distintas etapas dentro de este período (por ejemplo, tránsito, almacena-

miento fuera del emplazamiento y en éste), podría darse una cobertura incompleta o superpuesta. Además, el seguro en una póliza única evitaría problemas con respecto a la etapa en que ocurrió la pérdida o el daño. El seguro que cubra el equipo y los materiales durante todo el período se obtiene en algunas de las pólizas de seguro descritas en el párrafo 20, *supra*. Si no es posible tomar un seguro por todo el período en una póliza única, el contrato podría exigir que las pólizas separadas que aseguren durante las distintas fases se contraten, de ser posible, con el mismo asegurador.

26. El examen que figura en los párrafos 19 a 23, *supra*, relativo a las partes aseguradas, los riesgos que han de asegurarse y la cuantía del seguro es igualmente aplicable al seguro del equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones.

### 3. *Seguro de la maquinaria y las herramientas utilizadas por el contratista para la construcción*

27. En algunos casos, el adquirente puede tener interés en que la maquinaria y las herramientas utilizadas por el contratista para la construcción (incluidas las alquiladas) estén aseguradas contra pérdidas o daños de modo de contar con fondos para hacerlas reemplazar o reparar rápidamente con una interrupción mínima de la construcción. Este seguro a menudo lo tomará y pagará el contratista en el giro ordinario de sus negocios. El adquirente quizá desee consultar al posible contratista para cerciorarse de que el seguro es adecuado. En determinados proyectos, quizá convenga que el propio contrato obligue al contratista a tomar y mantener un seguro por una cuantía adecuada, que se especificará en el contrato, contra pérdidas o daños en la maquinaria y las herramientas durante el envío al emplazamiento, mientras están almacenadas lejos del emplazamiento y mientras se encuentran en este último, y que estipule que el costo del seguro ha de sufragarlo el contratista. Puede ser posible incluir esa cobertura en una póliza de seguro general que asegure las instalaciones (véase el párrafo 14, *supra*). Las partes deben conocer las dificultades que podrían surgir si se obligara al contratista a tomar el seguro con un asegurador del país donde se van a construir las instalaciones (véase el párrafo 15, *supra*).

## C. Seguro de responsabilidad

28. Conviene en el contrato obligar al contratista a asegurarse para hacer frente a su responsabilidad extracontractual por pérdidas o daños en bienes del adquirente o de un tercero y por lesiones a cualquier persona, ocasionadas con motivo de la ejecución del contrato por parte del contratista, incluidos los actos u omisiones de sus empleados, subcontratistas y proveedores. Además, cabría obligar al contratista a asegurarse para cubrir su responsabilidad a raíz de cualquier obligación de indemnizar que asuma con arreglo al contrato (por ejemplo, sus compromisos de indemnizar al adquirente si éste incurre en responsabilidad respecto de terceros). El contratista a menudo mantendrá un seguro general para algunas de estas responsabilidades en el giro ordinario de sus negocios. Este seguro no debe duplicarse; puede que el adquirente desee consultar a un posible contratista acerca de su actual cobertura y tal vez le exija en el contrato que tome y mantenga ese seguro suplementario cuando sea necesario para cubrir los riesgos por el plazo y la cuantía que el adquirente considere aconsejable.

29. Con frecuencia no habrá un seguro de responsabilidad que asegure al contratista si incurre en responsabilidad respecto del adquirente por el cumplimiento imperfecto de las obligaciones que le impone el contrato. Sin embargo, algunas pólizas de seguro de responsabilidad pueden cubrir la responsabilidad del contratista por pérdidas o daños en partes de las instalaciones que no se están ejecutando, resultantes de actos u omisiones del contratista en el curso de la construcción. Puede ser aconsejable que en el contrato se exija ese seguro. Además, en el contrato podría obligarse al contratista a asegurar su responsabilidad por pérdidas o daños en otros bienes del adquirente o en los de un tercero y por lesiones a cualquier persona debidas a un defecto en las instalaciones construidas por él. Si bien esa cobertura suele incluirse en una póliza de seguro de responsabilidad, puede ser necesario que el contratista la obtenga con una póliza de seguro de responsabilidad de productos separada.

30. Si el contratista ha de proporcionar un diseño o servicios profesionales especializados análogos, puede convenir obligarle en el contrato a tomar un seguro de responsabilidad profesional. Este seguro cubre la responsabilidad del proveedor de tales servicios especializados por pérdidas o daños causados al adquirente o a terceros, o en sus bienes, a raíz de la prestación negligente de esos servicios. No obstante, el contratista que diseña y construye las instalaciones puede tener dificultades para obtener este seguro.

31. La responsabilidad por pérdidas o daños en los bienes y lesiones personales resultantes de la explotación de vehículos de motor pertenecientes al contratista o a los subcontratistas, o utilizados por ellos, puede tener que asegurarse separadamente. Quizá convenga que ese seguro, obligatorio en muchos países, se requiera concretamente en el contrato. La cobertura de la responsabilidad derivada de la explotación de aeronaves y embarcaciones podría también exigirse cuando han de utilizarse en la construcción de las instalaciones.

32. Muchos ordenamientos jurídicos cuentan con sistemas reglamentarios en materia de indemnización por lesiones a trabajadores en el emplazamiento y a otros empleados de las partes y de los subcontratistas. Algunos de estos sistemas exigen a los empleadores que tomen un seguro para indemnizar a los empleados por las lesiones sufridas con ocasión del trabajo. En otros ordenamientos jurídicos, los trabajadores pueden ejercer las acciones derivadas de los principios jurídicos generales que rigen las lesiones y los daños. Quizá convenga que en el contrato se obligue al contratista a tomar ese seguro tal como lo prescriben la ley del lugar donde han de construirse las instalaciones y otras normas pertinentes. Si la ley no exige el seguro, el adquirente tal vez desee que el contrato obligue al contratista a asegurarse para cubrir su responsabilidad por lesiones de sus empleados y de los de sus subcontratistas, en particular tratándose de empleados que sean nacionales del país en que han de construirse las instalaciones. Por otra parte, si según las leyes pertinentes el seguro para indemnizar las lesiones sufridas por los empleados debe ascender a cierta cuantía, pero un empleado puede reivindicar una suma que rebase el monto exigido por el seguro, cabría requerir un seguro para sufragar este exceso, además del seguro que prescribe la ley.

33. Algunos países tienen planes nacionales de seguridad social, y no los sistemas reglamentarios mencionados *supra*, en virtud de los cuales los empleados lesionados pueden recibir indemnización del Estado. No obstante, el

contratista o subcontratista que causó la lesión puede seguir siendo responsable íntegra o parcialmente de la pérdida sufrida como resultado de la lesión, y puede que las partes deseen ver el modo de garantizar que esa responsabilidad la cubra el seguro.

34. En algunos ordenamientos jurídicos se faculta al empleado lesionado de un contratista o subcontratista para reclamar indemnización del adquirente. El contrato podría, pues, obligar al contratista a designar al adquirente, así como al contratista, como partes aseguradas en el seguro descrito en los párrafos precedentes (véase también el párrafo 37, *infra*).

35. Los empleados de un contratista o subcontratista procedentes de un país distinto de aquel en que han de construirse las instalaciones pueden tener derechos en virtud de los sistemas de indemnización o de seguridad social de sus países de origen. Las partes quizá deseen disponer lo necesario para que las responsabilidades del contratista, subcontratista y el adquirente respecto de esos empleados también las cubra el seguro.

36. El contrato podría exigir al contratista que mantenga en vigor el seguro analizado en esta subsección antes del momento en que él o cualquier subcontratista inicie la construcción en el emplazamiento. El seguro exigido cubriría las pérdidas, daños o lesiones que ocurrieren durante la fase de construcción y el período de la garantía. El seguro de las responsabilidades que surgieran después de esos períodos (por ejemplo, responsabilidad por pérdidas o daños en los bienes o a las personas a causa del equipo, los materiales o la construcción defectuosos) podría exigirse que se mantuviera hasta la expiración del plazo de prescripción legalmente aplicable. La legislación de algunos países hace responsables a los contratistas por los defectos estructurales de las instalaciones durante los diez primeros años de vida de éstas y establece la obligación de tomar un seguro que cubra esa responsabilidad.

37. Como es dable que un solo incidente que ocasiona pérdidas, daños o lesiones a un tercero origine reclamaciones contra varios o todos los participantes en la construcción (por ejemplo, adquirente, contratista y subcontratista), suele ser prudente que cada uno de esos participantes asegure su responsabilidad por esas pérdidas, daños o lesiones. Lo más recomendable para lograrlo sería que, en lo posible, todos los participantes figuraran como partes aseguradas en una póliza. Si se asegurasen en pólizas separadas, y si las pérdidas, daños o lesiones sufridos por un tercero pudo ocasionarlos más de un participante, los diversos participantes y sus compañías de seguros podrían verse envueltos en un litigio prolongado y oneroso para establecer el participante que en definitiva debe resarcir la pérdida o bien la medida en que los participantes deben contribuir a la indemnización pagadera al reclamante. Si no es posible asegurar a todos los participantes en una póliza, convendría que todas las pólizas que cubren a los distintos participantes se contrataran con el mismo asegurador. No obstante, también podría ser difícil lograr esto en la práctica, sobre todo tratándose de diversos contratistas y subcontratistas procedentes de distintos países, cada uno con su propio asegurador.

### D. Prueba del seguro

38. Para que el adquirente pueda cerciorarse de que el contratista ha cumplido sus obligaciones de tomar el seguro y de mantenerlo en vigor se recomienda obligar en el contrato al contratista a exhibir al adquirente, dentro

de un plazo especificado después de requerido al efecto por el adquirente, duplicados de las pólizas de seguros o certificados de seguro que indiquen todas las estipulaciones pertinentes de las pólizas, y recibos del pago de las primas. Además, el contrato podría exigir al contratista que instruyera a su asegurador para que éste proporcionara directamente al adquirente la prueba del seguro y le notificara si una prima no se paga a su vencimiento. El contrato podría análogamente exigir al adquirente que suministrara al contratista prueba del seguro que ha de tomar el adquirente. Si ambas partes se designan como partes aseguradas en la póliza de seguro, cada una, de ordinario, gozará de estos derechos automáticamente.

## E. Incumplimiento de las partes de la obligación de contratar un seguro

39. Las partes quizá deseen examinar la manera de resolver la situación en que el contratista no tome ni mantenga en vigor el seguro que está obligado a tomar. Un criterio factible es estipular en el contrato que el adquirente puede notificar al contratista exigiéndole que tome o mantenga en vigor el seguro, y que, si el contratista no lo hace dentro de un determinado plazo, el adquirente podrá por su parte suscribir una póliza. Si el adquirente toma por su cuenta el seguro, convendría obligarle a notificar ese hecho al contratista para que éste no duplique el seguro. En un contrato a precio alzado, podría facultarse al adquirente para deducir cantidades razonables pagadas por él para ese seguro de las sumas que adeude al contratista o, en su caso, requerir esas sumas del contratista. En un contrato de costos reembolsables, podría facultarse al adquirente para que dedujera de las sumas adeudadas al contratista, o requiriera de éste, una suma razonable igual a la diferencia entre lo que el adquirente tenía que pagar por el seguro y el costo del seguro que habría tenido que reembolsar el adquirente al contratista de haber cumplido éste su obligación de tomar el seguro o de mantenerlo en vigor.

40. En los casos excepcionales en que el adquirente no pueda obtener el seguro por sí mismo, otra posibilidad consistiría en facultarle para que rescinda el contrato si el contratista no obtiene el seguro o no lo mantiene en vigor, dentro de un plazo determinado, previa notificación por el adquirente. Además, el contrato podría disponer que el contratista responderá al adquirente por cualquier pérdida que sufriera el adquirente como resultado del incumplimiento del contratista. En cuanto al seguro de responsabilidad, las partes pueden estipular en el contrato que, si el contratista no lo obtiene o mantiene en vigor, el adquirente podrá suspender el pago de todas las sumas que le adeude con arreglo al contrato hasta que lo obtenga debidamente o lo mantenga en vigor.

41. En los casos en que, con arreglo al contrato, el adquirente esté obligado a obtener un seguro y mantenerlo en vigor y no lo haga, el contrato podrá estipular que el contratista tiene derecho a solicitar por escrito al adquirente que obtenga un seguro o lo mantenga en vigor y, si el adquirente no lo hiciere dentro de un plazo prefijado, el contratista tendrá derecho a contratar el seguro por sí mismo. Si así lo hiciere, sería conveniente que quedase obligado a notificar esa circunstancia al adquirente de modo que éste no duplicase el seguro. El contrato puede facultar al contratista para que cobre al adquirente los gastos, hasta un monto razonable, que haya efectuado para obtener el seguro.

# Capítulo XVII. Garantías de buena ejecución


RESUMEN

Cada una de las partes en el contrato de obras tratará de obtener una garantía contra el incumplimiento de la otra. La garantía en beneficio del adquirente puede asumir la forma de una fianza, mientras que la garantía en beneficio del contratista puede consistir en una fianza o en una carta de crédito irrevocable a su orden (párrafo 1). Las garantías reales no constituyen una forma importante de garantía de cumplimiento en los contratos de obras (párrafo 2).

Es aconsejable que en el contrato de obras se estipulen los tipos de garantía que proporcionará cada una de las partes, así como las consecuencias de que no lo hagan (párrafo 4). Es posible que la ley aplicable a la garantía contenga disposiciones imperativas que regulen algunos aspectos de la misma (por ejemplo, forma y período de validez) (párrafo 6).

La fianza de buena ejecución del contratista puede estipular que, si el contratista incurre en determinados incumplimientos, un tercero responderá por esos incumplimientos en la forma que se describe en ella (párrafo 7). Fianzas de este tipo se utilizan a los efectos siguientes: para que el contratista que ha presentado una oferta no la retire antes de la fecha que se indica en la misma para la adjudicación del contrato (fianza de oferta: párrafo 9); como garantía de la buena ejecución prevista en el contrato (fianza de buena ejecución: párrafos 9 a 12) y como garantía de que se le reembolsará al adquirente lo que ha pagado anticipadamente al contratista (fianza de reembolso: párrafos 9 y 13). Las fianzas de buena ejecución pueden asumir la forma de una fianza monetaria de buena ejecución o de una caución de buen fin (párrafo 11).

Puede que el adquirente desee considerar la posibilidad de indicar en el anuncio de licitación los fiadores que está dispuesto a aceptar. Quizá desee también considerar si especificará que los fiadores deben ser instituciones de su propio país. Cada una de estas posibilidades ofrece ventajas e inconvenientes (párrafos 14 a 16).

La reclamación fundada en la fianza será independiente o accesoria según lo estipulado en ella (párrafos 17 a 19). Las fianzas independientes y las fianzas accesorias tienen sus respectivas ventajas e inconvenientes (párrafos 20 a 23). Puede que las partes deseen estipular que, si se suministra una fianza monetaria de buena ejecución, no será ni enteramente accesoria ni una fianza a la mera primera solicitud (párrafo 24).

La fianza puede otorgarse en el momento en que se celebra el contrato o dentro de un plazo determinado después de la celebración del contrato (párrafo 25). El alcance de la responsabilidad derivada de la fianza se limita normalmente a una suma establecida (párrafos 26 a 28).

Puede que las partes deseen considerar los efectos que tendrá en las obligaciones del fiador la modificación del alcance de las obligaciones

derivadas del contrato de obras o la resolución del contrato, y prever esta cuestión en forma adecuada (párrafos 30 a 34). Quizá también deseen estudiar la duración que tendrá la fianza así como las dificultades que pueden surgir cuando la fianza expira en fecha determinada (párrafos 35 a 39).

Puede que el adquirente deba proporcionar una fianza para garantizar el pago del precio (párrafo 40). O bien se le puede exigir que disponga lo necesario para que el banco emita una carta de crédito a la orden del contratista, obligándose el banco a pagar hasta determinada suma dentro de un plazo prescrito contra la presentación por el contratista de los documentos estipulados (párrafo 41). Puede que el contratista desee determinar en el contrato el banco que ha de emitir la carta de crédito (párrafo 42). Es importante que las condiciones de pago contenidas en la carta de crédito y las condiciones de pago previstas en el contrato de obras sean compatibles (párrafo 43). Es aconsejable que las partes convengan en los documentos contra cuya presentación el banco efectuará el pago (párrafo 44). También es aconsejable que consideren el plazo de validez de la carta de crédito (párrafo 45).

## A. Observaciones generales

1. Cuando una de las partes en el contrato de obras incumple sus obligaciones contractuales puede ocasionar un perjuicio considerable a la otra parte. Aunque en virtud del contrato, la parte perjudicada dispone de la acción contractual de reclamación por el incumplimiento de la otra, puede que desee también obtener algún tipo de garantía que pueda utilizar en lugar, o además, de esa acción. La garantía puede asumir distintas formas. La garantía en beneficio del adquirente puede consistir en una fianza (véanse los párrafos 7 y 9 *infra*). La garantía en beneficio del contratista puede ser una fianza o una carta de crédito irrevocable a su orden por el pago del precio (véanse los párrafos 39 y 40 *infra*).

2. La garantía real constituida sobre los bienes de una de las partes en beneficio de la otra también puede constituir una forma de garantía de buena ejecución. Es posible que esa garantía se constituya con independencia del acuerdo de las partes por ministerio de disposiciones legales imperativas (por ejemplo, algunos ordenamientos jurídicos otorgan al contratista que suministra mano de obra y materiales para la construcción una garantía real sobre las instalaciones terminadas para asegurarle los pagos que le sean debidos). Pero también pueden crearlos las partes mediante acuerdo (por ejemplo, para asegurar el cumplimiento del contratista, puede constituirse en favor del adquirente una garantía real sobre la maquinaria de construcción del contratista). Pero las garantías reales no suelen utilizarse para afianzar la buena ejecución en los contratos de obras.

3. Cabe observar que cada una de las partes puede protegerse del incumplimiento de la otra por otros medios distintos a la garantía. Por ejemplo, el adquirente puede protegerse del incumplimiento del contratista al formular las condiciones de pago (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 75 y 76), mientras que el contratista, por ejemplo, puede protegerse de la falta de pago del precio por parte del adquirente mediante una cláusula de suspensión por la que se faculta al contratista a interrumpir la construcción en caso de incumplimiento (véase el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafos 5 a 7).

4. Es aconsejable que en el anuncio de licitación (si se siguen procedimientos de licitación), así como en el contrato de obras, se enuncien las formas de garantía que proporcionará cada una de las partes y las consecuencias si dejan de hacerlo. Dado que la constitución de la garantía entraña gastos para la parte que lo hace, puede que las partes deseen determinar el grado de protección que razonablemente necesitan y evitar una protección excesiva. Además, puede que las partes deseen comparar el costo de las distintas formas de garantía a fin de asegurarse la protección necesaria con el mínimo desembolso.

5. Puede que en el contrato se obligue a una de las partes a que disponga lo necesario para que un tercero proporcione una garantía, y se determine qué tipo de garantía será (véanse las secciones B y C, *infra*). Ahora bien, lo que convenga la parte obligada con el tercero a fin de proporcionar la garantía requerida en el contrato de obras creará una relación contractual entre ellos, independiente de este contrato. Una vez proporcionada la garantía, nacerá una tercera relación jurídica entre el tercero y la parte en el contrato de obras en cuyo beneficio se proporciona la garantía.

6. Es posible que la ley aplicable a la garantía, que tal vez no sea la aplicable al contrato, contenga algunas disposiciones imperativas que regulan determinados aspectos de la garantía, tales como su forma y período de validez. Si la garantía consiste en una fianza, es posible que la ley aplicable contenga disposiciones imperativas sobre, por ejemplo, la persona que puede otorgarla (por ejemplo, estipulando que debe hacerlo una institución financiera del país del adquirente, o bien que debe hacerlo una institución financiera que haya sido autorizada para otorgar fianzas que entrañen pagos en moneda extranjera) o los derechos derivados de la retención por parte del adquirente del documento de fianza después de la fecha de su expiración. Puede que la ley también regule la relación entre la garantía y el contrato de obras. Por consiguiente, las partes deben tener en cuenta esa ley al determinar el tipo de garantía que se otorgará así como las cláusulas contractuales que la regulan. Además, quizá sea necesario tener presente la ley del país del garante, que tal vez reglamente en forma imperativa el otorgamiento de la garantía, o imponga límites máximos a los importes que pueden garantizarse.

## B. Garantía del cumplimiento del contratista: fianzas

7. Las fianzas del tipo que trata el presente capítulo estipulan que, en el caso en que el contratista incurra en determinado incumplimiento, un tercero (el fiador) responderá por ese incumplimiento en la forma en que se describe en la fianza. El término "fianza" no es el único que se emplea para describir esos acuerdos, y algunas veces se utilizan otras expresiones como "caución", "afianzamiento" y "caución de indemnidad". En algunos países, los bancos no pueden otorgar fianzas, pero sí emitir "cartas de crédito contingente" que cumplen la misma función. En el contexto de los contratos de obras, el banco emite una carta de crédito contingente, siguiendo instrucciones del contratista, a favor del adquirente (el beneficiario) a fin de proporcionarle una garantía en caso de incumplimiento del contratista. El adquirente está facultado a reclamar al banco hasta determinado importe en las circunstancias que se indiquen en la carta (por ejemplo, a la presentación de los documentos estipulados); en consecuencia, las consideraciones que se hacen en la sección B sobre las fianzas para garantizar la buena ejecución del contratista se aplican a las cartas de crédito contingente[1].

8. Es preciso distinguir las fianzas que se consideran en el presente capítulo de las fianzas de calidad. Estas últimas consisten en el compromiso contractual que asume una de las partes garantizando la calidad de su cumplimiento, por ejemplo, que los equipos o materiales que proporcionará serán de una calidad determinada. Ese tipo de fianzas se trata en el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 26 a 31.

9. Las fianzas como garantías a favor del adquirente se utilizan a menudo en los siguientes contextos:

*a)* como garantía de que el contratista que ha presentado una oferta no la retirará antes de la fecha establecida en el anuncio de licitación, de que celebrará el contrato si el contrato ha de celebrarse con él y de que proporcionará las fianzas de buena ejecución (véase más adelante) que indique el anuncio de licitación. Estas fianzas, conocidas en general como fianzas de oferta, se examinan en el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato", párrafos 28 a 30;

*b)* como garantía contra los perjuicios que el adquirente puede sufrir si el contratista que ha celebrado el contrato no cumple sus obligaciones de conformidad con el mismo. Estas fianzas se conocen generalmente como fianzas de buena ejecución;

*c)* como garantía de que se reembolsará el anticipo que el adquirente pagó al contratista si así lo requiere el contrato. Estas fianzas se conocen generalmente como fianzas de reembolso.

### 1. *Fianza de buena ejecución: función*

10. El adquirente que celebra un contrato de obras buscará un contratista que posea los recursos financieros, técnicos y operacionales necesarios para terminar las instalaciones. Pero a menudo el adquirente no cuenta con una información completa acerca de la situación económica del contratista extranjero previsto, el alcance de sus demás compromisos de trabajo (que podrían obstaculizar su cumplimiento), sus antecedentes en cuanto a cumplimiento o demás factores que influyan en la capacidad del contratista de encargarse del proyecto hasta su terminación. Además, circunstancias imprevistas posteriores a la celebración del contrato tal vez afecten la capacidad del contratista para cumplirlo. Por consiguiente, los anuncios de licitación y los contratos de obras pueden estipular que el contratista debe proporcionar fianzas de buena ejecución, a fin de que haya recursos disponibles para cubrir sus obligaciones en caso de incumplimiento. La exigencia de una fianza de buena ejecución ofrecería también la ventaja de que los contratistas no fiables o sin recursos financieros no pudieran presentar ofertas. Las instituciones afianzadoras generalmente investigan a fondo los antecedentes de los contratistas que deben garantizar y, de ordinario, sólo otorgan fianzas si tienen motivos valederos para estimar que el contratista podrá cumplir satisfactoriamente el contrato.

11. Las fianzas de buena ejecución son por lo común de dos tipos. En uno de ellos, denominada en adelante "fianza monetaria de buena ejecución", el fiador sólo se compromete a pagar al adquirente hasta determinado importe para cubrir las obligaciones del contratista en caso de que incumpla. Estas fianzas, que pueden asumir la forma de una carta de crédito contingente, son otorgadas

a menudo por los bancos. En el otro tipo de fianza, denominado en adelante "caución de buen fin", el fiador se obliga, a su elección, a subsanar o completar por sí mismo la construcción defectuosa o incompleta del contratista, o a hacer que otro contratista la subsane o complete, y además a indemnizar las demás pérdidas que ocasione el incumplimiento. El valor de esas obligaciones se limita a un importe determinado. En general, en la caución de buen fin, el fiador también se reserva la opción de liberarse de su obligación con el solo pago de una suma de dinero al adquirente hasta un monto especificado. Generalmente proporcionan este tipo de fianzas instituciones especializadas, tales como compañías de fianzas y de seguros. Puede que el adquirente desee indicar en el anuncio de licitación cuál de los dos tipos de fianza deberá proporcionar el contratista licitador. O bien puede consentir que proporcione cualquiera de ellos, pues es posible que el contratista mantenga relaciones comerciales con una institución afianzadora que esté dispuesta a proporcionarle uno u otro a un costo reducido. Desde el punto de vista del adquirente, cada tipo de fianza tiene sus propias ventajas e inconvenientes (véanse los párrafos 20 a 23, *infra*). En cuanto a la posible pertinencia del seguro de responsabilidad a este respecto, véase el párrafo 29 del capítulo XVI, "Seguro".

12. En casi todos los contratos de obras, el contratista no se compromete solamente a terminar la construcción, sino también a subsanar los defectos que le notifique el adquirente antes de que expire el período de la fianza de calidad (véase el párrafo 8, *supra*). El cumplimiento del contratista durante este período puede asegurarse tanto con la misma fianza de buena ejecución que cubre el cumplimiento hasta la aceptación de las instalaciones, como mediante una fianza de cumplimiento independiente, que algunas veces se denomina fianza de conservación. Las consideraciones que figuran a continuación como pertinentes a la fianza de buena ejecución lo serán también con respecto a la fianza de conservación independiente.

### 2. *Fianza de reembolso: función*

13. A fin de ayudar al contratista a movilizar el capital necesario para comenzar la construcción (por ejemplo, la compra de maquinaria y materiales de construcción), el adquirente suele anticiparle una parte del precio (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 67). Para proteger al adquirente de la falta de reembolso, el contrato puede prever también que el contratista ha de proporcionar una fianza monetaria de buena ejecución que garantice al adquirente el reembolso del pago anticipado en caso de que el contratista no lo haga.

### 3. *Elección del fiador*

14. Puede que el adquirente desee nombrar en el anuncio de licitación a aquellos fiadores a quienes esté dispuesto a aceptar. Puede que también desee indicar que esos fiadores deben ser instituciones de su propio país. La ventaja de indicar los fiadores es que pueden señalarse fiadores con reservas financieras suficientes para cumplir las obligaciones de la fianza y antecedentes satisfactorios en la liquidación de reclamaciones. La ventaja de indicar que los fiadores deben ser instituciones del país del adquirente es que éste podrá cobrar más

fácilmente la fianza que proporcionan esas instituciones. En algunos países, rigen disposiciones imperativas por las que los adquirentes sólo pueden aceptar fianzas proporcionadas por instituciones locales.

15. Los inconvenientes que para el adquirente podrían derivarse de nombrar a determinados fiadores serían que se excluiría de la licitación a los contratistas sin acceso a esos fiadores, mientras que otros contratistas no podrían recurrir a fiadores con los que mantuvieran una estrecha relación y que estuvieran dispuestos a proporcionarles fianzas a muy bajo costo. El inconveniente que podría surgir si el adquirente especifica que los fiadores deben ser instituciones de su propio país es que tal vez esas instituciones cobren más por las fianzas (por ejemplo, cuando deben obtener una contrafianza de instituciones extranjeras a fin de asegurarse la moneda convertible necesaria para atender posibles obligaciones de pago). Además, quizá no estén en condiciones para otorgar algunas formas de fianza, tales como las cauciones de buen fin. Ahora bien, una institución financiera de primera categoría de un país que no sea el del adquirente ni el del contratista podría ser tan solvente como una institución del país del adquirente, aunque tal vez sea más difícil para el adquirente ejecutar la fianza otorgada por esa institución que la fianza que otorgue una institución de su propio país.

16. Un enfoque sería estipular en el anuncio de licitación y en el contrato que los contratistas que se presenten pueden, al inicio, ofrecer fiadores de su elección. Si los fiadores presentados no son aceptables para el adquirente, quizá haya que exigir a los contratistas que presenten otros fiadores que le resulten aceptables dentro de un plazo determinado, o que una institución financiera del país del adquirente confirme las fianzas otorgadas por esos fiadores. Pero una fianza que necesite confirmación resultará más costosa que aquella en la que intervenga una sola institución financiera.

### 4. *Naturaleza de la obligación del fiador*

17. Las cláusulas de la fianza y la ley aplicable a la misma establecerán el vínculo jurídico entre el adquirente y el fiador y determinarán en qué circunstancias podrá reclamarse en virtud de la fianza. Conforme a esas cláusulas, la fianza puede ser independiente del contrato de obras o accesoria al mismo. Si es independiente (la que a menudo se denomina fianza a la primera solicitud), el fiador estará obligado a pagar a solicitud del adquirente, y éste, facultado a cobrar en virtud de la fianza con su mera afirmación de que el contratista ha incumplido. El fiador no puede denegar el pago alegando que en realidad no ha habido incumplimiento según el contrato de obras; pero en la ley aplicable a la fianza puede quedar excluido, en circunstancias muy excepcionales, el derecho del adquirente a reclamar el pago de la fianza (por ejemplo, si la reclamación del adquirente es fraudulenta). En virtud de una carta de crédito contingente, el banco que la otorga está obligado a efectuar el pago a la presentación por parte del adquirente de un documento que contenga su mera afirmación de que el contratista ha incumplido. Como en el caso de una fianza independiente, el banco no puede negar el pago alegando que en realidad no ha habido incumplimiento según el contrato de obras, aunque en algunos ordenamientos jurídicos, en circunstancias excepcionales, es posible que el banco no esté autorizado a efectuar el pago.

18. Es aconsejable que se estipule en el contrato de obras que, incluso si la fianza es independiente, el adquirente podrá reclamar en virtud de la misma sólo cuando haya efectivamente incumplimiento del contratista. Si el adquirente reclama cuando no ha habido incumplimiento, tendrá que indemnizar al contratista por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la reclamación infundada.

19. La fianza es accesoria cuando la obligación del fiador depende de que se pruebe la responsabilidad del contratista por incumplimiento en virtud del contrato de obras. El carácter de ese vínculo puede variar según las distintas fianzas, por ejemplo, es posible que el adquirente tenga que demostrar la responsabilidad del contratista presentando un laudo arbitral que declare que el contratista es responsable. Las cauciones de buen fin suelen tener carácter accesorio.

20. La ventaja que ofrece al adquirente una fianza a la primera solicitud es que le asegura el rápido cobro con cargo a la fianza, sin que tenga que probar el incumplimiento del contratista o la magnitud del daño o perjuicio causados. A menudo el adquirente carece de la pericia necesaria para demostrar el incumplimiento del contratista. Además, algunos fiadores que otorgan fianzas monetarias de buena ejecución, sobre todo los bancos, prefieren las fianzas a la primera solicitud, porque las condiciones son claras en lo tocante al momento en que surge su obligación de pagar, y no se ven implicados en controversias entre el adquirente y el contratista con respecto a si ha habido o no incumplimiento según el contrato de obras.

21. Un inconveniente para el adquirente de la fianza a la primera solicitud es que tal vez el contratista que la otorga desee asegurarse contra el riesgo de que el adquirente intente cobrar con cargo a la fianza cuando en realidad no haya incumplimiento de su parte e incluya en el precio el costo del seguro. El contratista también puede incluir en el precio los gastos de cualquier demanda que tenga que presentar contra el adquirente para obtener el reembolso de la suma que se ha reclamado infundadamente en virtud de la fianza. Además, como el adquirente puede obtener la suma pagadera en virtud de la fianza con su simple afirmación de que el contratista ha incumplido (véase el párrafo 17, *supra*), es posible que el contratista desee fijar la suma pagadera en virtud de la fianza en un pequeño porcentaje del precio del contrato, con lo que limitaría la pérdida que podría sufrir si tiene que indemnizar al fiador en caso de que el adquirente presente una reclamación sin que haya incumplimiento.

22. Un inconveniente para el contratista de la fianza a la primera solicitud es que, si no ha incurrido en incumplimiento y el adquirente percibe la fianza, podría sufrir pérdidas inmediatas si el fiador se reembolsa con cargo a sus bienes después de pagar al adquirente, además de que experimentaría dificultades y demoras al intentar luego resarcirse de esas pérdidas cobrándole al adquirente la suma que ha reclamado en forma infundada.

23. Las cláusulas de una caución de buen fin (véase el párrafo 11, *supra*) suelen exigir que el adquirente pruebe el incumplimiento del contratista y la magnitud de las pérdidas que ha sufrido. Además, el fiador podrá oponer las mismas excepciones que podría oponer el contratista si fuera demandado por incumplimiento. En consecuencia existe la posibilidad de que el adquirente tenga que asumir el riesgo de participar en un litigio prolongado cuando reclame con cargo a la caución. En cambio, como consecuencia del menor

riesgo asumido por el fiador, la cantidad pagadera por el fiador puede ser considerablemente superior a la de una fianza pagadera a la primera solicitud. Una caución de buen fin también seria ventajosa cuando el adquirente experimenta dificultades para subsanar o completar la construcción por sí mismo y necesita para ello la ayuda de un tercero. Pero si la construcción entraña el empleo de tecnología que conoce sólo el contratista, no sería posible que un tercero se encargase de la reparación o terminación y la caución de buen fin no tendría la última ventaja mencionada frente a la fianza monetaria de buena ejecución.

24. El adquirente y el contratista podrán convenir en el modo en que han de formularse las fianzas, pero esa formulación debe ser también aceptable para el fiador. Puede que las partes deseen estipular que si se proporciona una fianza monetaria de buena ejecución no será ni completamente accesoria ni una mera fianza a la primera petición. Al decidir las cláusulas de esa fianza puede que deseen tener presente alguna de las siguientes modalidades:

*a)* que el fiador esté obligado a efectuar el pago sólo si la petición se hace por escrito, acompañada de una declaración escrita que indique el incumplimiento que ha dado lugar a la petición. El fiador, sin embargo, no estará obligado a investigar la exactitud de las declaraciones relativas al incumplimiento;

*b)* que, antes de presentar una reclamación en virtud de la fianza, deba notificarse al contratista el motivo en el que se base la reclamación, y que la reclamación sólo pueda presentarse después de que transcurra determinado plazo a partir de la entrega de esa notificación. La existencia de un intervalo entre la notificación y la reclamación permite al adquirente y al contratista mantener negociaciones encaminadas a solucionar la controversia que surgió entre ellos;

*c)* que, a petición del adquirente, el fiador tenga que efectuar el pago no al adquirente sino a un tercero si se plantea una controversia entre el adquirente y el contratista sobre si el contratista ha incumplido. El tercero retendrá el dinero hasta que se solucione la controversia entre el adquirente y el contratista en el procedimiento pertinente, momento en el que hará entrega del mismo de conformidad con esa decisión;

*d)* que el fiador esté obligado a efectuar el pago sólo si la petición del adquirente se acompaña con un certificado del ingeniero consultor o de un tercero independiente en el que se determine que ha habido incumplimiento del contratista.

### 5. *Fecha del otorgamiento de la fianza*

25. Las controversias entre las partes con respecto a las cláusulas y carácter de las fianzas que se otorgarán se reducirían al mínimo si la fianza se constituyera al mismo tiempo que se celebra el contrato. Pero también las partes podrían estipular que la fianza se otorgará dentro de un plazo determinado después de la celebración del contrato, pues esto tal vez resulte menos oneroso. A fin de asegurar al adquirente que el contratista con el que se ha de celebrar el contrato proporcionará la fianza de buena ejecución que se requiere, cabría estipular que la fianza de oferta sólo expirará cuando se proporcione la fianza de buena ejecución (véase el capítulo III, "Selección del

contratista y celebración del contrato", párrafos 28 a 30). Puede que las partes deseen convenir también en los derechos que tendrá el adquirente en virtud del contrato de obras en caso de que no se proporcione la fianza dentro del plazo estipulado, por ejemplo, el derecho a rescindir el contrato y a reclamar daños y perjuicios. Pero antes de recurrir a esta acción, puede que el adquirente desee considerar las dificultades que podrían plantearse para hacer valer un derecho no garantizado a daños y perjuicios en un país extranjero. Otro enfoque sería exigir en el anuncio de licitación que la oferta vaya acompañada de una certificación de una institución calificada para otorgar fianzas que diga que, si el contrato se celebra con el licitante, la institución estará dispuesta a otorgar una fianza de buena ejecución del tipo que se describe en el anuncio. Pero en muchos ordenamientos jurídicos el adquirente no puede obligar a la institución a dar la fianza si ésta luego se niega a hacerlo.

### 6. *Alcance de la obligación creada en virtud de la fianza*

26. La obligación del fiador normalmente se limita a proporcionar una suma determinada. En el caso de una fianza de buena ejecución esta suma puede fijarse en un porcentaje del precio del contrato, y en el de una fianza de reembolso, en un porcentaje del pago anticipado. El porcentaje exacto podrá determinarse evaluando el riesgo de incumplimiento y los daños y perjuicios que podría causar, y examinando los límites que los fiadores generalmente aceptan al proporcionar fianzas con respecto a la construcción del tipo de instalaciones de que se trate. Si se exige un monto de fianza muy elevado las empresas más pequeñas no podrán presentar ofertas, pues posiblemente no estarán en condiciones de obtener fianzas por dicho monto. Puede que las partes deseen determinar también la moneda en que se pagará en virtud de la fianza. Si se trata de fianzas de reembolso y de fianzas de buena ejecución, puede ser la moneda de pago del precio del contrato. Si éste ha de pagarse en más de una moneda, habría que especificar una moneda en particular.

27. Si la fianza es accesoria (por ejemplo, en el caso de una caución de buen fin), es posible que la ley aplicable a la fianza estipule que la responsabilidad del fiador en virtud de la fianza tendrá el mismo alcance que la del contratista frente al adquirente en virtud del contrato de obras (por ejemplo, con respecto a los tipos de daños y perjuicios que son indemnizables). Por consiguiente, si en virtud del contrato de obras o de la ley aplicable al mismo, la responsabilidad del contratista frente al adquirente es limitada, la responsabilidad del fiador tendrá el mismo alcance. Pero si la ley aplicable a la fianza no estipula claramente que la responsabilidad del fiador tiene el mismo alcance que la del contratista, las partes podrían especificarlo en la fianza.

28. Puede que las partes también deseen considerar la posibilidad de que el contrato de obras y la fianza estipulen que el monto de ésta se reducirá una vez que el cumplimiento del contrato llegue a determinada etapa. Con respecto a las fianzas de buena ejecución, una de las soluciones posibles sería no prever ninguna reducción en la medida en que un incumplimiento, incluso en una etapa tardía de la construcción, podría requerir una indemnización correspondiente al importe total de la fianza. Además, las partes deben tener presente que algunos incumplimientos, tales como la demora, suelen producirse una vez que la construcción ya está muy adelantada y no en las primeras etapas. Pero puede que convenga estipular que la reducción tendrá lugar en el momento en

que el adquirente acepte las instalaciones, una vez que las pruebas de terminación y las pruebas de funcionamiento practicadas antes de la aceptación (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafos 4 y 24) hayan demostrado que el cumplimiento del contratista estaba exento de cualquier defecto grave (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 27).

29. A fin de garantizar una seguridad total al adquirente se podría estipular que la fianza cubra toda forma de incumplimiento de obligaciones consustanciales a la fianza. Así, con respecto a una fianza de buena ejecución, la responsabilidad en virtud de la misma cubriría cualquier defecto o demora en el cumplimiento.

### 7. *Consecuencias de la modificación o la resolución del contrato*

30. Puede que las partes deseen considerar los efectos que tendría respecto de las obligaciones del fiador cualquier modificación del alcance de las obligaciones derivadas del contrato de obras (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción"). Al fiador le interesa cualquier modificación que entrañe un aumento considerable de las obligaciones del contratista y, de ese modo, aumente el riesgo al que él mismo se expone. En el caso de una caución de buen fin, tal aumento también podría afectar la capacidad del fiador de subsanar los defectos de la construcción o terminar la construcción incompleta (véase el párrafo 11, *supra*). En algunos ordenamientos jurídicos, salvo que la fianza disponga otra cosa, la modificación del contrato principal libera al fiador de sus obligaciones; en otros, se considera que la fianza cubre solamente las obligaciones que tiene el contratista en la fecha en que se otorga. Dada la frecuencia con la que se modifica un contrato de obras durante su ejecución, es aconsejable que se determine en la fianza el efecto que tendrá sobre ella cualquier modificación del contrato.

31. Pueden adoptarse distintas soluciones. Si la responsabilidad del fiador se limita a un monto determinado, y la duración de la fianza también es limitada (véanse los párrafos 35 a 38, *supra*), puede que el fiador esté dispuesto a asumir las obligaciones así limitadas, aunque las modificaciones del contrato podrían aumentar hasta cierto punto las posibilidades de incumplimiento. En esos casos, la fianza puede estipular que tendrá validez hasta los límites establecidos en sus cláusulas originales no obstante las modificaciones que se hagan al contrato. Otra solución podría ser que se estipulara que la fianza será válida hasta el límite establecido en sus cláusulas originales no obstante las modificaciones, siempre que el precio del contrato resultante de todas las modificaciones en conjunto no supere un porcentaje establecido. Si se supera ese porcentaje, puede exigirse el consentimiento del fiador para que la fianza siga siendo válida. Una tercera solución sería estipular que la fianza sólo será válida con respecto a las obligaciones contractuales que no hayan sido modificadas; para que sea válida con respecto a las obligaciones modificadas, puede exigirse el consentimiento del fiador.

32. Es aconsejable asegurarse de que las disposiciones contractuales relativas a las modificaciones y las de la fianza referentes a los efectos de las modificaciones sobre ella sean compatibles. Por ejemplo, si el contrato otorga al adquirente el derecho a ordenar unilateralmente algunos tipos de modifica-

ciones (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafos 12 a 18), conviene estipular en la fianza que ésta no perderá su validez por el ejercicio de ese derecho y que seguirá aplicándose a las obligaciones modificadas. La falta de armonía podría disuadir al adquirente de ejercer su derecho.

33. En algunos casos, puede que no basten para proteger al adquirente disposiciones en la fianza que mantengan su validez a pesar de la modificación del contrato. La modificación del contrato puede prorrogar el plazo de cumplimiento del contratista o imponerle más obligaciones, lo que a su vez aumentaría su responsabilidad en caso de incumplimiento. En consecuencia, puede que las partes deseen estipular en el contrato de obras que en esos casos el contratista debe obtener del fiador las modificaciones apropiadas con respecto a la fecha de expiración, al monto y a otras cláusulas pertinentes de la fianza. El costo de esas modificaciones correrá a cargo de la parte que soporta el costo de las modificaciones del contrato principal (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificación en la construcción", párrafo 8).

34. Puede que las partes deseen también prever la situación en la que el contrato se resuelva antes de la fecha de expiración de la fianza (véase el párrafo 36, *infra*). En ese caso, cabría estipular que las reclamaciones en virtud de la fianza podrán presentarse hasta la fecha de expiración de la misma, no obstante la resolución del contrato.

### 8. *Duración de la fianza*

35. El adquirente está interesado en que la fianza cubra todo el período durante el cual cualquier obligación garantizada del contratista pueda quedar pendiente. En consecuencia, una fianza de buena ejecución cubrirá no sólo el período durante el que se efectúa la construcción sino también el período cubierto por la fianza de calidad (véase el párrafo 12, *supra*).

36. Las instituciones que otorgan fianzas pueden exigir que las obligaciones que nazcan de la fianza cesen en una fecha fija de expiración. Los bancos comerciales, al otorgar fianzas financieras de buena ejecución suelen insistir en que se fije su fecha de vencimiento. Una técnica que se utiliza para delimitar el período cubierto por una fianza monetaria de buena ejecución es estipular que no podrán presentarse reclamaciones en virtud de la fianza después de determinada fecha. En esos casos, puede que las partes deseen convenir en el momento de celebrar el contrato en una fecha que se indicará en la fianza; dicha fecha se calculará basándose en la estimación del tiempo que se requiere para cumplir las obligaciones que se garantizarán. Pero aunque esa fecha satisfaga los intereses del fiador, podría causar dificultades al adquirente, pues, quizá, por diversos motivos, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones del contratista se prorrogue más allá de la misma, por ejemplo, por la demora en el cumplimiento del contratista o por la aplicación de cláusulas de exoneración (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración", párrafo 8). En consecuencia, conviene que el contrato de obras estipule que, si el cumplimiento de las obligaciones del contratista se prorroga más allá de la fecha de expiración de la fianza, el contratista estará obligado, a petición del adquirente, a obtener dentro de un plazo razonable después de la petición una prórroga del período de validez de la fianza por el tiempo que necesite para cumplir

totalmente sus obligaciones. Es aconsejable que la petición del adquirente se efectúe con tiempo suficiente a fin de que el contratista pueda obtener la prórroga antes de la fecha en que la fianza pierda su validez. La parte responsable de la prórroga del cumplimiento de las obligaciones del contratista tendría que soportar el costo de la prórroga del período de garantía.

37. Las partes en el contrato de obras deben tener presente que, en algunos ordenamientos jurídicos, la fianza puede conservar su validez después de vencido el plazo expresado en ella si el adquirente no la restituye o reintegra. Por consiguiente, es aconsejable que en el contrato se obligue al adquirente a reintegrar la fianza inmediatamente después de cumplida la obligación principal.

38. Si en una caución de buen fin el fiador no insiste en una determinada fecha de expiración, la caución seguirá cubriendo las obligaciones que garantiza hasta su cumplimiento total. No obstante, debido al carácter accesorio de la caución, cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones cesará a su vez la obligación del fiador, aunque no se haya estipulado en la caución una fecha de expiración. Otra fórmula sería estipular en la caución de buen fin que no podrán presentarse reclamaciones después de la fecha en que se haya pagado al contratista la última cuota del precio. Dado que éste se pagará sólo después de que el adquirente haya comprobado que el contratista ha cumplido sus obligaciones, es razonable que no se pueda reclamar contra el fiador después de esa fecha (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 76).

39. Por lo que respecta a la fianza de reembolso, la estipulación de una fecha determinada de expiración presenta las mismas dificultades que en la fianza de buena ejecución (véase el párrafo 36, *supra*), por lo que se podrían adoptar las fórmulas previstas para este tipo de fianza. Pero si el fiador no insiste en una fecha de expiración determinada, una de las fórmulas sería estipular que la fianza expirará cuando el contratista haya suministrado equipo, materiales y servicios por un valor equivalente al monto de la fianza. Ese suministro puede probarse con una certificación del ingeniero consultor o del adquirente, o mediante documentos que comprueben el suministro (por ejemplo, facturas o documentos de transporte certificados por el adquirente, o recibos en el emplazamiento de los representantes del adquirente).

### C. Garantía de pago del adquirente: fianzas o cartas de crédito

40. Puede que las partes deseen considerar si el contrato ha de exigir alguna garantía por el cumplimiento de la obligación principal del adquirente, esto es, el pago del precio (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago"). Una de las fórmulas que podrían adoptar sería estipular en el contrato de obras que el adquirente está obligado a pagar el precio, y que está además obligado a tomar las medidas necesarias para que un tercero otorgue una fianza por la que se obligue a pagar el precio si el adquirente no lo hace. Si las partes adoptan esta fórmula, puede que deseen tener presente el contenido de la sección B, *supra*, al convenir las cláusulas de la fianza. La fianza puede adoptar la forma de una carta de crédito contingente.

41. Otra fórmula que garantizaría al contratista el pago sería estipular que el precio se pagará en virtud de una carta de crédito documentario irrevocable emitida por un banco a la orden del adquirente. Esa carta de crédito consiste en

un compromiso escrito irrevocable que asume el banco (el banco emisor) frente al contratista. El banco se compromete a pagar hasta un importe determinado, dentro de un plazo establecido, contra la presentación por el contratista de los documentos estipulados. Según esta fórmula, el contratista estaría facultado a reclamar el precio, en el momento en que sea exigible, directamente al banco.

42. Puede que el contratista desee indicar el banco que emitirá la carta de crédito. Otra posibilidad sería establecer que lo hará cualquier banco reconocido. Pero el contratista tendrá una seguridad mayor si el contrato exige que emita la carta de crédito un banco del país del contratista, o un banco situado fuera de ese país, siempre que la confirme un banco del país del contratista. Por la confirmación, el banco confirmante acepta una responsabilidad equivalente a la del banco emisor. La confirmación por un banco del país del contratista permitirá a este último exigir el pago en virtud de la carta de crédito, sin las dificultades administrativas de la transferencia de fondos o las que crean las reglamentaciones cambiarias u otras reglamentaciones financieras del país del adquirente. Pero si se exige esa confirmación puede que al adquirente le resulte más caro obtener la emisión de la carta de crédito. Puede que las partes deseen convenir también en la fecha en que la carta se emita. Tal vez el contratista prefiera que dicha carta se emita en el mismo momento en que se celebra el contrato, pues de ese modo la garantía cubriría los primeros plazos exigibles del precio. Las partes pueden también convenir en los derechos que tendrá el contratista en virtud del contrato de obras en caso de que no se emita la carta de crédito en el momento convenido, por ejemplo, rescindir el contrato y reclamar daños y perjuicios.

43. Las condiciones de pago de la carta de crédito que exigirá el contrato de obras pueden estipularse teniendo en cuenta las prácticas comerciales de los bancos en relación con las cartas de crédito y el costo de las distintas modalidades. Es importante que las condiciones de pago de la carta de crédito sean compatibles con las condiciones de pago del contrato (por ejemplo, con respecto a la moneda de pago, al importe de cada plazo y a la fecha de pago). Puede que las partes deseen considerar en qué forma se determinará el importe pagadero de la carta de crédito. Cabría indicar en el contrato que el monto total que podrá reclamarse de la carta de crédito será el monto total del precio del contrato. Podrán reclamarse al banco las distintas cuotas del precio a medida que sean exigibles. Otra fórmula que resultaría menos cara al adquirente sería estipular que el importe que podrá reclamarse en virtud de la carta de crédito permanecerá constante durante el período de validez de ésta, de modo que cuando se efectúa un pago en virtud de la carta de crédito, ese importe se repone inmediatamente de forma automática. El importe puede fijarse, no en el monto total del precio del contrato, sino en una suma suficiente para el pago de cualquiera de las cuotas del precio que sea exigible. La carta de crédito también limitará el importe total acumulable pagadero en virtud de la misma al monto del precio del contrato.

44. Es aconsejable que las partes convengan con claridad en los documentos contra los que el banco efectuará el pago, así como su redacción y los datos consignados en ellos. Tal vez se requieran documentos que certifiquen el suministro de equipo, materiales o servicios en virtud del contrato de obras y, en consecuencia, serían de distintos tipos (por ejemplo, certificados del ingeniero consultor que indiquen la marcha de la construcción, certificados de una organización de inspección, o recibos de los representantes del adquirente en el emplazamiento relativos al suministro de equipo o materiales).

45. Conviene que el contratista exija que la carta de crédito cubra todo el período durante el que puede quedar pendiente cualquier obligación de pago del adquirente. El banco que emite la carta de crédito puede insistir en que tenga una fecha de expiración determinada. Al establecer esa fecha pueden surgir dificultades, porque si bien las condiciones de pago estipuladas en el contrato quizá indiquen una fecha en la que debe completarse el pago, esa fecha podría postergarse por distintas razones (por ejemplo, demora en el cumplimiento por parte del contratista, o impedimentos exonerantes que impidan la construcción o el pago). Una posible solución sería fijar la fecha de expiración de la carta de crédito añadiendo a la fecha que especifica el contrato para completar el pago un plazo razonable para los posibles aplazamientos. Otra posibilidad sería estipular en el contrato que, si el cumplimiento de las obligaciones de pago del adquirente se posterga más allá de la fecha de expiración de la carta de crédito, el adquirente estará obligado, a petición del contratista, a obtener una prórroga del período de validez de la carta de crédito por el tiempo que necesite para cumplir. La parte responsable de la prórroga de las obligaciones de pago tendrá que soportar el costo de la prórroga del período de validez. Si el adquirente no obtiene esa prórroga, el contratista tendrá las mismas acciones que tendría en caso de que el adquirente no pagase el importe del precio que cubriría la carta de crédito prorrogada (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 57 y 58).

*Nota del capítulo XVII:*

[1]Las cartas de crédito documentario, incluidas las cartas de crédito contingente que exigen el pago contra la presentación de determinado documento, suelen regirse por los Usos y Prácticas Uniformes en Materia de Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional. Estos Usos y Prácticas Uniformes establecen normas relativas a la emisión y al funcionamiento de las cartas de crédito. La Comisión, en su 17.° período de sesiones celebrado en 1984 (A/39/17, párrafo 129), recomendó que se utilizara la última versión revisada de los Usos y Prácticas Uniformes (Documento CCI Núm. 400).

# Capítulo XVIII. Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento


RESUMEN

El presente capítulo se ocupa de algunas acciones que pueden estar a disposición del adquirente en caso de demora en el cumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del contratista. También se ocupa de las acciones a disposición del contratista con respecto a los siguientes tipos de incumplimiento del adquirente: demora en pagar el precio o proporcionar la garantía de pago del precio; demora en la toma a cargo o aceptación de las instalaciones y falta de suministro del proyecto, el equipo o los materiales para la construcción. Además, contempla los recursos a disposición de ambas partes por demora en el pago de sumas distintas al precio, o el incumplimiento de obligaciones accesorias. Es aconsejable que en el contrato se indiquen las acciones correspondientes a los casos de incumplimiento que se acaban de mencionar. Al redactar las cláusulas contractuales relativas a las acciones, deben tenerse en cuenta aquellas previstas por la ley aplicable al contrato (párrafos 1, 2, 6 y 7).

La demora en el cumplimiento se produce cuando una de las partes cumple sus obligaciones contractuales más tarde de la fecha estipulada en el contrato o no las cumple en absoluto. El cumplimiento es defectuoso cuando una de las partes incumple las cláusulas contractuales que describen las características técnicas de la construcción que ha de efectuarse (párrafo 4).

Habida cuenta de la complejidad y larga duración de las prestaciones que debe efectuar el contratista en el contrato de obras, es preciso que el adquirente disponga de un sistema detallado de acciones. El sistema que se enuncia en este capítulo hace hincapié en dos elementos: la acción inicial que suele darse al adquirente es solicitar al contratista que termine o subsane el cumplimiento demorado o defectuoso; y la acción rescisoria se reconoce como último remedio (párrafos 9 a 12).

Algunas veces se recomienda que el adquirente tenga la posibilidad de elegir otras acciones ante determinados tipos de incumplimiento del contratista. El contrato puede prever que una vez que el adquirente haya elegido una acción no podrá optar por otra salvo que el contratista lo consienta. Si el contratista debe subsanar defectos, puede estipularse que tendrá libertad para elegir la forma en que los subsanará (párrafos 14 y 15).

En vista del carácter detallado del sistema de acciones otorgadas al adquirente, el presente capítulo contiene en el párrafo 50 un resumen de esas acciones.

Es posible que el adquirente se demore en el pago del precio o el suministro de la garantía de pago del precio (párrafo 52). Puede que las partes deseen estipular el pago de intereses si el adquirente se demora en pagar el precio (párrafos 53 a 56). Si el adquirente se demora en pagar determinado porcentaje del precio o en proporcionar una garantía de pago

de determinado porcentaje del precio, el contrato puede facultar al contratista a otorgar al adquirente un plazo suplementario para el cumplimiento, y si el adquirente incumple dentro de ese plazo, a suspender el contrato, y si no cumple dentro de determinado plazo después de la suspensión, el contratista puede estar facultado a rescindir el contrato. O bien el contrato puede facultar al contratista a rescindirlo inmediatamente si el adquirente no efectúa el pago o proporciona una fianza dentro del plazo adicional (párrafos 57 y 58).

El contrato puede estipular que se considerará que la aceptación de las instalaciones por el adquirente tiene lugar en determinadas circunstancias. Cuando no sea posible adoptar este criterio con respecto a la aceptación, y en todos los casos en que el adquirente tome a su cargo las instalaciones, se puede estipular en el contrato que, si el adquirente incurre en demora en la aceptación o la toma a cargo, el contratista estará facultado a exigirle que acepte o tome a su cargo las instalaciones dentro de un plazo suplementario. Si no lo hace dentro de ese plazo suplementario, puede estipularse en el contrato que se producirán las consecuencias de la aceptación o de la toma a cargo a partir de la fecha en que se entregue al adquirente una notificación escrita indicando que surgirán esas consecuencias (párrafos 59 a 61).

El contrato puede indicar las acciones a las que tiene acceso el contratista en caso de que el adquirente no suministre el proyecto, el equipo o los materiales que está obligado a suministrar, por ejemplo, solicitar al adquirente que suministre el proyecto, el equipo o los materiales dentro de un plazo suplementario, y si el adquirente no lo hace, rescindir el contrato (párrafos 62 y 63).

El contrato puede indicar las acciones que podrá ejercer una de las partes si la otra se demora en el pago de una suma distinta al precio o incumple una obligación accesoria (párrafos 64 a 66).

## A. Observaciones generales

1. En los contratos de obras reviste suma importancia la observancia estricta de las cláusulas contractuales relativas al cumplimiento de las obligaciones, pues el incumplimiento de esas cláusulas por una de las partes podría tener graves repercusiones económicas para la otra. El hecho de si el incumplimiento se ha producido o no y, en caso afirmativo, cuáles son sus consecuencias jurídicas a menudo provoca controversias prolongadas y complejas. En consecuencia, es aconsejable convenir claras estipulaciones contractuales que definan las obligaciones que han de cumplirse y las consecuencias de su incumplimiento (véase el capítulo IV, "Observaciones generales sobre la redacción", y el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad").

2. El presente capítulo contempla algunas de las acciones que podrían ponerse en el contrato a disposición de una de las partes si la otra incumple sus obligaciones contractuales o las obligaciones previstas en la ley aplicable al contrato.

3. Cabe observar que esta *Guía* prevé que el incumplimiento de una obligación por una de las partes suele dar a la otra derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios, salvo que no haya sido posible el cumplimiento debido a un impedimento exonerante (véase el capítulo XX,

"Daños y perjuicios", y el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración"). Puede que las partes también hayan previsto el pago de una suma convenida por el incumplimiento de algunas obligaciones (véase el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades"). Las partes deben tener en cuenta que las acciones que se mencionan en este capítulo pueden complementarse con el cobro de daños y perjuicios o el pago de una suma convenida.

4. En esta *Guía*, el término "incumplimiento" abarca dos situaciones, a saber, demora en el cumplimiento y cumplimiento defectuoso. La demora en el cumplimiento se produce cuando una de las partes cumple sus obligaciones contractuales más tarde de la fecha prevista en el contrato o en la ley aplicable a éste, o no lo hace en absoluto. La parte incurrirá en demora a partir de la fecha en que deba cumplir la obligación hasta la fecha en que la cumpla, o hasta la fecha en la que se resuelva el contrato, o se extinga, por alguna otra causa, la obligación. Sin embargo, en el contrato puede estipularse que ninguna de las partes tendrá derecho a entablar una acción por demora de la otra parte si la demora se debe a un acto u omisión suyos o de una persona contratada por ella (véanse los párrafos 16 y 66, *infra*). El cumplimiento defectuoso tiene lugar cuando una de las partes incumple las cláusulas contractuales que describen las características técnicas del equipo, los materiales y los servicios de construcción que han de suministrarse y de las instalaciones que han de construirse (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 8 y 9; el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafos 6 y 7, y el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 2).

5. Por motivos prácticos, puede estipularse en el contrato que la construcción se considerará terminada incluso si las pruebas de terminación revelan que faltan algunos elementos secundarios (por ejemplo, elementos cuya ausencia no impida la explotación de las instalaciones; véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 4). Con respecto a los elementos que falten, el contrato puede poner a disposición del adquirente las mismas acciones que le correspondan en relación con los defectos en las instalaciones aceptadas (véanse los párrafos 38 a 42, *infra*).

6. Es aconsejable que las partes consideren cuáles acciones han de prever para la demora en la construcción (véase la sección B, 2, *infra*) y la construcción defectuosa por parte del contratista (véase la sección B, 3, *infra*), la demora del adquirente en proporcionar la garantía de pago del precio o en pagar el precio (véase la sección C, 2, *infra*), la demora del adquirente en recibir o aceptar las instalaciones (véase la sección C, 3, *infra*), y en caso de que el adquirente no suministre el diseño, el equipo o los materiales para la construcción (véase la sección C, 4, *infra*). Además, es aconsejable que las partes consideren qué acciones se podrán ejercer ante la demora del contratista en pagar una suma de dinero debida al adquirente, y la demora del adquirente en pagar una suma de dinero distinta del precio (véase la sección D, 1, *infra*). Puede que las partes también deseen considerar las acciones que una de ellas podrá ejercer si la otra incumple una obligación accesoria (véase la sección D, 2, *infra*). Puede que las partes deseen estipular que si una de ellas contrata a un tercero para que cumpla sus obligaciones contractuales no disminuirá ni eliminará su responsabilidad por el incumplimiento de esas obligaciones (véase también el capítulo XI, "Subcontratación", párrafo 27).

7. Al decidir las acciones que han de preverse en el contrato para el incumplimiento, las partes deben tener presentes las acciones previstas en la ley

aplicable al contrato (véase el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafo 1). Es posible que algunas de estas acciones tengan carácter imperativo, mientras que otras no y se puedan excluir o modificar. Si las acciones no imperativas previstas en la ley aplicable son inadecuadas, deben modificarse o excluirse claramente en virtud de las disposiciones del contrato. También convendría que las partes consideraran no sólo las acciones a disposición de cada una de ellas sino la relación entre las mismas (véase la sección B, *infra*).

8. Con arreglo a la ley aplicable al contrato, el adquirente puede perder su derecho a entablar acciones en relación con los defectos que hubiera debido descubrir en el momento de la inspección o de la toma a cargo del equipo, o de la toma a cargo o aceptación de las instalaciones. No obstante, cuando ello no esté prohibido, es aconsejable estipular en el contrato que en esos casos el adquirente no pierde el derecho a entablar dichas acciones (véanse los capítulos VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafo 20; XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción", párrafos 1 y 8, y XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 12). Sin embargo, puede obligarse en el contrato al adquirente a que informe sin demora al contratista de los defectos que haya descubierto. Se puede estipular en el contrato que el adquirente deberá abonar cualquier gasto adicional razonable en que haya incurrido el contratista y que sea imputable a la falta de notificación de los defectos por parte del adquirente.

## B. Acciones a disposición del adquirente

### 1. *Características más importantes*

9. El resumen de las acciones a disposición del adquirente que figura en el párrafo 50, *infra*, tiene por objeto facilitar al lector la comprensión del sistema bastante detallado de acciones que se expone en este capítulo. Ese examen no se ocupa de las acciones a disposición del contratista pues su estructura y contenido resultan fácilmente comprensibles. El carácter detallado de las acciones del adquirente se origina en determinadas características del contrato de obras. El cumplimiento cabal de las obligaciones contractuales del contratista se desarrolla durante un plazo prolongado y abarca más de un período bien definido (por ejemplo, el período de la construcción, el período durante el que se efectúan las pruebas de funcionamiento y el período de garantía). Las obligaciones del contratista son complejas, y comprenden el suministro del equipo y los materiales y la construcción en el emplazamiento. Además, tanto si la construcción se demora como si resulta defectuosa, los incumplimientos pueden asumir distintas formas (por ejemplo, en lo tocante a la demora, ésta puede producirse al comienzo de la construcción o a su terminación, mientras que en lo concerniente a los defectos, pueden ser graves o leves, puede saberse o ignorarse que son insubsanables). Cada forma de incumplimiento puede exigir un conjunto bastante diverso de acciones.

10. Es aconsejable que se indiquen en el contrato las acciones a disposición del adquirente. De ese modo se logrará más certidumbre con respecto a las consecuencias del incumplimiento del contratista que la que se lograría si las partes contaran solamente con las acciones a disposición del adquirente en virtud de la ley aplicable al contrato. Además, las acciones previstas en algunos ordenamientos jurídicos pueden resultar inadecuadas para el incumplimiento

de un contrato de obras por parte del contratista. Pero resulta sumamente difícil a las partes prever un sistema de acciones que contenga una acción idónea para cada circunstancia, sobre todo si se observa que algunas acciones exigen que el contratista esté dispuesto a proceder de conformidad con las mismas y en condiciones de hacerlo. Por consiguiente, aunque las acciones previstas en el contrato o en la ley aplicable al mismo establezcan los derechos del adquirente en caso de que el contratista incumpla, si se produce ese incumplimiento, puede que el adquirente, en muchos casos, considere conveniente negociar con el contratista a la luz de sus derechos antes de recurrir a los procedimientos que tiene a su disposición para hacerlos valer (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 10 y 11).

11. Las acciones a disposición del adquirente se contemplan en relación con tres amplias categorías: demora en la construcción por el contratista; construcción defectuosa por el contratista, y defectos no imputables al contratista. Las acciones en caso de construcción defectuosa imputable al contratista se relacionan con cuatro subcategorías: defectos descubiertos durante la construcción; construcción que se considera defectuosa porque no se efectúan las pruebas de funcionamiento, defectos descubiertos durante las pruebas de funcionamiento, y defectos descubiertos después de la aceptación y notificados durante el período de garantía.

12. El resumen que figura en el párrafo 50 sólo contiene un esbozo de las distintas acciones. No obstante, remite a las secciones del capítulo donde se tratan en forma detallada. Por las dificultades que causa a ambas partes la resolución de un contrato de obras a largo plazo, el sistema de acciones que se recomienda en esta *Guía* pone de relieve dos aspectos. En primer lugar, como acción inicial, generalmente se faculta al adquirente a reclamar del contratista que termine o subsane la prestación demorada o defectuosa. Sin embargo, es posible que ni en el contrato ni en la ley aplicable al mismo se autorice al adquirente a exigir el cumplimiento durante el período en que éste no sea posible debido a un impedimento exonerante (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración", párrafos 9 a 26). Además, en algunos ordenamientos jurídicos, ninguna de las partes puede pedir que se obligue a la otra al cumplimiento de un procedimiento arbitral o judicial. En segundo lugar, la acción rescisoria ha sido prevista como último recurso (véase también el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafo 2).

13. En algunos casos, el contrato puede otorgar al adquirente la facultad de reclamar una reducción del precio. El objetivo de ello es restablecer una equivalencia entre el valor de lo que recibe el adquirente y el precio que debe pagar. Resulta especialmente útil al adquirente cuando los defectos en las instalaciones se originan en incumplimientos causados por impedimentos exonerantes y, conforme al contrato, el contratista no está obligado a pagar daños y perjuicios por las pérdidas causadas por esos incumplimientos (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración", párrafo 8). Si el adquirente reclama una reducción del precio y también pueden reclamarse daños y perjuicios, no debe autorizársele a reclamar daños y perjuicios por las pérdidas que estén comprendidas en la reducción del precio, pues ello, en definitiva, le daría una doble indemnización por la misma pérdida. Puede que las partes también deseen tener en cuenta que el contrato puede autorizar al adquirente a reclamar una reducción del precio incluso si ya lo ha pagado. En ese caso, el contratista

podría reembolsar al adquirente el monto que éste hubiera pagado en exceso, teniendo en cuenta la reducción del precio, sea directamente o compensándolo con las sumas que deberán pagarse más adelante al contratista.

14. Algunas veces se recomienda en este capítulo que se brinde al adquirente la posibilidad de elegir entre varias acciones frente a determinados incumplimientos del contratista. El contrato puede prever que, una vez que el adquirente opte por una de esas acciones, no estará facultado a modificar su elección sin el consentimiento del contratista. Sin embargo, si el adquirente está facultado para elegir entre contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista y algunas otras acciones, y opta por contratar a un nuevo contratista, puede tener derecho a elegir alguna de las otras acciones (por ejemplo, una reducción del precio) si los defectos resultan imposibles de subsanar. La acción especial que puede utilizar en caso de incumplimiento del nuevo contratista se indica más adelante en los párrafos pertinentes de este capítulo. Cabe observar que algunas acciones podrían ponerse a disposición de una de las partes simultáneamente (por ejemplo, subsanar defectos y reclamar daños y perjuicios), mientras que otras en forma sucesiva (por ejemplo, la rescisión sólo si se ha solicitado previamente la subsanación y ésta no se ha efectuado).

15. En general, en el presente capítulo se recomienda que, si el contratista se demora en el cumplimiento o si éste resulta defectuoso, se obligue en el contrato al adquirente a que otorgue al contratista un plazo suplementario para terminar la construcción demorada o para subsanar los defectos (véase el párrafo 12, *supra*). Es aconsejable que en el contrato no se permita que este plazo suplementario se considere una prórroga del plazo para el cumplimiento de modo que resulten afectados los derechos del adquirente resultantes de la construcción demorada o defectuosa. Si se requiere la subsanación, el contrato puede estipular que el contratista ha de tener la libertad de elegir la forma en que se efectuará (por ejemplo, reparando o sustituyendo el equipo o los materiales defectuosos). El contrato puede estipular que los costos incurridos al efectuar la subsanación correrán a cargo del contratista, incluso si se adopta en el contrato el método de costos reembolsables para la fijación del precio (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 10 a 24).

16. El contrato puede estipular que el adquirente no podrá ejercer las acciones que se le reconocen en el contrato después de transcurrido determinado plazo (por ejemplo, una vez transcurrido determinado plazo a partir de la expiración del período de la garantía de calidad: véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 28 a 30). Esa disposición aumentará la certidumbre en la relación jurídica establecida entre las partes. Puede estipularse también en el contrato que el adquirente no podrá entablar las acciones que se le reconocen para el caso de que el contratista no cumpla con sus prestaciones si el incumplimiento se debe a una acción u omisión del propio adquirente.

### 2. *Demora en la construcción por parte del contratista*

#### a) *Demora antes de iniciar la construcción*

17. Si el contratista no inicia la construcción en la fecha estipulada en el contrato, el contrato puede facultar al adquirente a solicitar por escrito al contratista que comience la construcción dentro de un plazo suplementario de

una duración determinada o razonable que comenzará en la fecha en que se entregue la notificación. Si el contratista no comienza dentro del plazo suplementario, el contrato puede facultar al adquirente a rescindirlo. Pero el contrato puede facultar al adquirente a rescindir inmediatamente si el contratista le comunica que no comenzará la construcción. Además de las acciones que se examinan en el presente párrafo, el adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

b) *Demora en terminar una parte de la construcción en la fecha jalón obligatoria de terminación*

18. Si el contratista no termina una parte de la construcción en la fecha jalón obligatoria de terminación indicada en el calendario de la construcción (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 21), el contrato podrá facultar al adquirente a solicitar por escrito al contratista que termine esa parte dentro de un plazo suplementario de una duración determinada o razonable a partir de la fecha de entrega de la notificación. Si el contratista no termina esa parte dentro del plazo suplementario, el contrato puede facultar al adquirente a rescindir el contrato con respecto a la parte de la construcción que esté en mora, o bien, en algunas situaciones, con respecto a toda la construcción incompleta (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafo 7). Puede que las partes deseen considerar si ha de facultarse al adquirente a rescindir el contrato sólo si se cumplen algunas condiciones suplementarias, por ejemplo, sólo si el contratista se ha convertido en deudor de determinado importe de una suma convenida (véase el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades") por todas las demoras en la construcción en que haya incurrido. Ese límite podrá impedir la rescisión en caso de que sólo no se haya terminado una pequeña parte de la construcción. Además de las acciones que se examinan en el presente párrafo, el adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

c) *Demora en terminar toda la construcción*

19. Si el contratista no termina la construcción en la fecha prevista para ello en el contrato, puede facultarse al adquirente a solicitar por escrito al contratista que termine la construcción dentro de un plazo suplementario de una duración determinada o razonable a partir de la fecha en que se entregue esa notificación. Si el contratista no lo hace dentro de ese plazo suplementario, el contrato puede facultar al adquirente a rescindirlo, o bien a terminar la construcción contratando a un nuevo contratista por cuenta y riesgo del primer contratista. Esta última facultad, que rara vez se ejerce en la práctica, entrañaría por lo general un aumento del precio, debido al riesgo considerablemente más elevado que debe afrontar el contratista. Con arreglo a ciertas cauciones de buen fin, puede exigirse el consentimiento del fiador para contratar a un nuevo contratista por cuenta y riesgo del primer contratista. Además de las acciones que se examinan en la presente subsección, puede otorgarse al adquirente la facultad de entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

i) *Rescisión del contrato*

20. El contrato puede facultar al adquirente a rescindir el contrato con respecto a la parte de la construcción incompleta (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato"). El pago de una suma convenida (véase el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades") o de daños y perjuicios (véase el capítulo XX, "Daños y perjuicios") puede compensar al adquirente de la diferencia entre el precio que habría debido pagarse al primer contratista si no se hubiera rescindido el contrato y el precio razonable que deba abonarse al nuevo contratista para que termine la construcción.

ii) *Contratación de un nuevo contratista por cuenta y riesgo del primer contratista*

21. El contrato puede estipular que, si el adquirente decide contratar un nuevo contratista por cuenta y riesgo del primer contratista, la elección del nuevo contratista y las condiciones con él convenidas deben ser razonables. El contrato puede obligar al adquirente a que, antes de contratar a un nuevo contratista, comunique por escrito al primer contratista el contratista que se propone contratar y las condiciones del nuevo contrato. El contratista puede estar facultado a objetar la elección del nuevo contratista propuesto o las condiciones contractuales que el adquirente ha de convenir con él entregando al adquirente una notificación escrita donde alegue que el nuevo contratista no constituye una elección razonable como contratista (por ejemplo, porque carece de la experiencia necesaria), o que las condiciones que se pretenden estipular con el nuevo contratista no son razonables. No obstante, el contrato puede facultar al adquirente a contratar al nuevo contratista aun cuando el primer contratista lo haya objetado o haya objetado las condiciones contractuales propuestas, aunque ello encierre cierto riesgo para el adquirente, como se describe a continuación.

22. El contrato puede estipular que, si el adquirente decide contratar a un nuevo contratista, estará obligado a pagar el precio al primer contratista, incluso el precio correspondiente a la parte de las instalaciones construidas por el nuevo contratista. El contrato también puede estipular que el primer contratista deberá pagar al adquirente el precio que el adquirente deba pagar al nuevo contratista, precio que el adquirente podrá compensar con el precio que deba pagarse al primer contratista en virtud del contrato. Además, el primer contratista puede estar obligado a reembolsar al adquirente los demás gastos razonables en que haya incurrido a raíz de la contratación del nuevo contratista. No obstante, si el adquirente ha contratado al nuevo contratista sin notificar al primer contratista la elección de ese nuevo contratista o las condiciones contractuales que se propone convenir con él, o bien si el adquirente ha contratado al nuevo contratista a pesar de las objeciones válidas opuestas por el primer contratista (véase el párrafo 21, *supra*), el contrato puede facultar al adquirente a recibir sólo el precio y los demás costos en que habría incurrido a raíz de la contratación del nuevo contratista si la elección del nuevo contratista y las condiciones convenidas con él hubieran sido razonables.

23. El contrato puede estipular que el primer contratista será responsable si el nuevo contratista no termina la construcción en la misma medida en que lo sería si el nuevo contratista fuera un subcontratista contratado por él (véase el capítulo XI, "Subcontratación", párrafos 27 y 28). Otra posibilidad sería estipular en el contrato que el primer contratista responderá por todo defecto

descubierto en las instalaciones terminadas, pero que estará facultado a eximirse de esa responsabilidad probando que el defecto fue causado por el nuevo contratista. No obstante, si el adquirente ha contratado al nuevo contratista sin notificar al primer contratista su propósito de contratar al nuevo contratista o las condiciones bajo las que había de contratarlo, o bien si el adquirente ha contratado al nuevo contratista a pesar de las objeciones válidas opuestas por el primer contratista (véase el párrafo 21, *supra*), el riesgo relacionado con la contratación del nuevo contratista podrá imputársele al adquirente en virtud del contrato. El contrato también puede estipular que, si el primer contratista debe responder ante el adquirente por el incumplimiento del nuevo contratista, el adquirente debe transmitir al primer contratista todos los derechos que tenga frente al nuevo contratista a raíz de ese incumplimiento, si la ley aplicable autoriza dicha transmisión.

24. Tal vez sería conveniente estipular que, si el adquirente decide contratar a un nuevo contratista para terminar la construcción, el primer contratista deberá interrumpir la construcción y dejar el emplazamiento de modo que pueda ser ocupado por el nuevo contratista. El primer contratista puede estar obligado a interrumpir la construcción y dejar el emplazamiento en el momento en que el adquirente le notifique su decisión, o en una fecha posterior que el adquirente indicará en la notificación. El contrato puede prohibir al primer contratista que saque del emplazamiento cualquiera de sus maquinarias y herramientas de construcción, o el equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones, sin el consentimiento del adquirente, pues probablemente el nuevo contratista necesitará esos elementos para terminar la construcción.

25. Si el adquirente opta por la acción mencionada en el párrafo anterior, le conviene no rescindir el contrato de obras celebrado con el primer contratista, porque es aconsejable que la responsabilidad de éste por la construcción que debe efectuar el nuevo contratista (véase el párrafo 23, *supra*) no quede excluida por la rescisión del contrato de obras (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato"). No obstante, el contrato de obras celebrado con el primer contratista puede estipular que el adquirente estará facultado a rescindirlo y a ejercer todas las acciones disponibles cuando tiene lugar la rescisión, en caso de que se rescinda el contrato de obras celebrado con el nuevo contratista y en el momento en que ello tenga lugar. En el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafos 30 y 31, se examinan los derechos del adquirente cuando se produce la rescisión. Si el nuevo contratista incumple, el adquirente también estará facultado a ejercer frente a él las acciones previstas en el contrato de obras que hayan celebrado.

### 3. *Construcción defectuosa imputable al contratista*

26. La responsabilidad del contratista, conforme al contrato, por defectos en las instalaciones, el equipo o los materiales dependerá de que éstos se ajusten a la descripción que contenga el contrato de las características técnicas de las instalaciones que han de construirse, del equipo y los materiales que han de suministrarse y de los procesos de construcción que han de aplicarse, considerada junto con las obligaciones relativas a la construcción que haya asumido el contratista. La descripción de las instalaciones, el equipo y los materiales, y de los procesos de construcción se examina en los capítulos V,

"Descripción de las instalaciones y fianza de calidad"; VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafos 6 y 7, y IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 2. Las obligaciones contractuales que puede asumir el contratista, que estarán determinadas, en parte, por el sistema de contratación elegido por el adquirente, se contemplan en el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación".

27. Las acciones a disposición del adquirente en caso de que la construcción sea defectuosa pueden depender de que los defectos sean graves o leves. Es aconsejable que el contrato defina los defectos graves teniendo en cuenta el carácter de las instalaciones que han de construirse y los parámetros de funcionamiento previstos para las mismas en el contrato. Los defectos graves pueden definirse como aquellos que impiden la explotación de las instalaciones dentro de ciertos parámetros especificados en el contrato. Ejemplos de defectos graves serían los que reducen la capacidad de producción de las instalaciones, disminuyen la calidad de su producción o aumentan el consumo de materias primas por encima de los límites de tolerancia indicados en el contrato y aceptables para el adquirente.

a) *Defectos descubiertos durante la fabricación y la construcción*

28. El contrato puede facultar al adquirente a inspeccionar durante su fabricación, o cuando se expiden al emplazamiento, el equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones (véase el capítulo XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción", párrafos 8 a 11 y 21). Si en la inspección se descubren defectos, el contrato puede facultar al adquirente a solicitar la subsanación, y a prohibir el envío del equipo y los materiales defectuosos al emplazamiento.

29. Es posible que se descubra que el equipo y los materiales suministrados por el contratista son defectuosos en el momento en que llegan al emplazamiento (por ejemplo, al inspeccionarlos: véase el capítulo XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción", párrafo 23) o en una etapa ulterior. Además, es posible que en cualquier etapa de la construcción se descubran defectos en los servicios de construcción prestados por el contratista. El contrato puede facultar al adquirente a solicitar por escrito la subsanación de esos defectos, prohibir la incorporación del equipo y los materiales defectuosos a las instalaciones, prohibir la prestación de servicios defectuosos y negarse a pagar el precio por los elementos defectuosos. Además, en el contrato se puede facultar al adquirente a solicitar al contratista que suministre equipo, materiales y servicios que se ajusten al contrato. El contrato puede estipular que, si se subsanan los defectos en el equipo y los materiales, se considerará que éstos han sido suministrados en la fecha en que se efectúe la subsanación. Si los defectos no se subsanan en la fecha jalón obligatoria prevista para el suministro, se puede considerar que el contratista ha incurrido en demora en el suministro (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 21). Además de las acciones que se examinan en el presente párrafo, el adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

30. Es posible que surjan controversias entre las partes con respecto a la validez de las reclamaciones del adquirente fundadas en defectos en el equipo, los materiales o los servicios que se suministran. El contrato puede obligar al

contratista a cumplir las instrucciones del adquirente (véase el párrafo anterior) incluso si el contratista considera que el equipo, los materiales o servicios no son defectuosos. Si se prohíbe al contratista emplear el equipo, los materiales o servicios en la construcción (véase el párrafo anterior) y más tarde se decide en los procedimientos de solución de controversias que el equipo, los materiales o servicios no eran defectuosos, el contratista podrá gozar de los mismos derechos frente al adquirente que en los casos en que el adquirente suspende la construcción por propia conveniencia (véase el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafo 4). Si el contratista, además, debe suministrar equipo, materiales o servicios diferentes (véase el párrafo anterior), podrá tener los mismos derechos frente al adquirente que los que tendría en caso de que se hubiera modificado la construcción conforme a una orden de modificación (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafo 8).

31. Si dentro del plazo razonable o determinado después de la entrega de la notificación (véase el párrafo 29, *supra*) el contratista no interrumpe la incorporación a las instalaciones del equipo o los materiales defectuosos o la prestación de servicios de construcción defectuosos, o bien se niega a interrumpir esa incorporación o prestación, y si el empleo de ese equipo, esos materiales o servicios de construcción puede dar lugar a defectos graves en las instalaciones, el contrato puede facultar al adquirente a rescindirlo (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato").

32. El contrato puede estipular que el equipo o los materiales defectuosos que el adquirente haya pagado, al menos en parte, no podrán sacarse del emplazamiento sin el consentimiento del adquirente, o sin que se reemplacen con equipo o materiales nuevos equivalentes. No obstante, si debido al carácter de los defectos, el contratista se ve obligado a sacar del emplazamiento para su reparación el equipo o los materiales defectuosos, puede autorizarse en el contrato al contratista a que lo haga, siempre que, si no resulta aplicable ninguna otra fianza, adopte las disposiciones necesarias para que un tercero idóneo garantice que si el equipo o los materiales no se devuelven reembolsará al adquirente el precio que éste haya pagado por ellos.

33. Es aconsejable que las partes presten especial atención a los problemas que podrían surgir cuando el proyecto suministrado por el contratista sea defectuoso. Especialmente si otros contratistas han de construir algunas partes de las instalaciones de conformidad con ese proyecto, el adquirente podría sufrir graves pérdidas al verse obligado a suspender o modificar los contratos celebrados con esos otros contratistas. En consecuencia, el contrato puede facultar al adquirente a solicitar por escrito al contratista que subsane los defectos del proyecto dentro de un plazo suplementario de una duración determinada o razonable que comience a correr a partir de la entrega de la notificación, y que subsane todos los defectos que hayan sido causados en el equipo y los materiales por él suministrados como consecuencia de los defectos en el proyecto. Si el contratista no lo hace dentro del plazo suplementario, el contrato puede facultar al adquirente a contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista, o bien a rescindir el contrato. Además, el adquirente puede estar facultado a las acciones examinadas en el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y en el capítulo XX, "Daños y perjuicios".

b) *Construcción que se estima defectuosa porque no se han efectuado pruebas de funcionamiento*

34. Si el contratista no efectúa pruebas de funcionamiento dentro del plazo especificado en el contrato para hacerlo, y la omisión de esas pruebas se originó en causas imputables al contratista (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 32), el contrato puede estipular que se considerará que las pruebas de funcionamiento han sido insatisfactorias y que las instalaciones tienen defectos graves. En consecuencia, el adquirente estará facultado a las mismas acciones a las que está facultado cuando se niega a aceptar las instalaciones porque se han descubierto defectos graves durante las pruebas de funcionamiento (véanse los párrafos 35 a 37, *infra*).

c) *Defectos descubiertos durante las pruebas de funcionamiento*

i) *Negativa a aceptar las instalaciones*[1]

35. Si durante las pruebas de funcionamiento previstas en el contrato se descubren defectos graves en las instalaciones (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafos 24 a 28), el contrato podrá facultar al adquirente a negarse a aceptar las instalaciones. Si después de las últimas pruebas de funcionamiento previstas en el contrato aún persisten defectos graves, el adquirente puede ejercer algunas acciones según que en el momento de la negativa a la aceptación se sepa o no que los defectos son insubsanables.

a. *Defectos cuya insubsanabilidad se desconoce en el momento de la negativa*

36. Si los defectos son graves, pero en el momento de la negativa a la aceptación no se sabe si son insubsanables, el contratista puede estar obligado a subsanarlos y probar que los ha subsanado mediante la repetición de las pruebas de funcionamiento dentro de un plazo determinado. Si el contratista no repite las pruebas dentro de ese plazo, el contrato puede estipular que las pruebas se considerarán insatisfactorias. Si las pruebas se repiten, pero las últimas pruebas de funcionamiento previstas en el contrato resultan insatisfactorias (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 26), el adquirente puede estar facultado a rescindir el contrato o a contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista. Si se opta por esto último, las partes pueden encontrarse en una situación jurídica análoga a aquella en la que el adquirente decide contratar a un nuevo contratista para que termine la construcción por cuenta y riesgo del primer contratista (véase la sección B, 2, c), ii), *supra*). Además de las acciones que se examinan en el presente párrafo, el adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

b. *Defectos cuya insubsanabilidad se conoce en el momento de la negativa*

37. Si en el momento de la negativa a aceptar las instalaciones se sabe que los defectos graves son insubsanables, el adquirente puede estar facultado a rescindir el contrato. Además el adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y en el capítulo XX, "Daños y perjuicios".

ii) *Aceptación de las instalaciones a pesar de los defectos*[2]

38. Si los defectos que se descubren en las instalaciones durante las pruebas de funcionamiento son leves, puede estipularse en el contrato que el adquirente debe aceptar las instalaciones (véase el párrafo 26, *supra*, y el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 29). También puede facultarlo a aceptar las instalaciones incluso si los defectos descubiertos son graves. En ambos casos, el contrato puede poner a disposición del adquirente las siguientes acciones con respecto a los defectos en las instalaciones aceptadas.

a. *Defectos para los que la única acción convenida sea la reducción del precio*

39. Puede que las partes deseen estipular que para determinados defectos leves (por ejemplo, una pérdida de la capacidad de producción que no supere determinado límite de tolerancia) la única acción a disposición del adquirente será la reducción del precio. Es aconsejable definir con precisión estos defectos en el contrato. Además, puede que las partes deseen convenir en un método para calcular el importe de la reducción del precio, posiblemente aplicando una fórmula matemática.

b. *Defectos para los que la reducción del precio no sea la única acción convenida*

i. *Defectos cuya insubsanabilidad se desconoce en el momento de la aceptación*

40. El contrato puede prever que el adquirente está facultado a solicitar por escrito al contratista que subsane los defectos dentro de un plazo suplementario de una duración determinada o razonable que comienza a correr a partir de la entrega de la notificación. Si los defectos no se subsanan dentro del plazo suplementario, el adquirente puede estar facultado a una reducción del precio o a contratar a un nuevo contratista para que los subsane por cuenta y riesgo del primer contratista. Además de las acciones que se examinan en el presente párrafo, el adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

41. Si el adquirente opta por la reducción del precio, el contrato puede prever que el importe de la reducción ha de ser equivalente a los costos razonables en que se habría incurrido al subsanar los defectos. Si los defectos no se subsanaron porque al intentar hacerlo (véase el párrafo precedente) se descubrió que eran insubsanables, el monto de la reducción podría ser la diferencia entre el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones sin los defectos y el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones con los defectos en el momento en que se descubrió que los defectos eran insubsanables. Si el adquirente opta por contratar a un nuevo contratista, las partes pueden encontrarse en una situación jurídica análoga a aquella en que el adquirente opta por contratar a un nuevo contratista para que termine la construcción por cuenta y riesgo del primer contratista (véase la sección B, 2, c), ii), *supra*).

ii. *Defectos cuya insubsanabilidad se conoce en el momento de la aceptación*

42. Si en el momento de la aceptación se sabe que los defectos son insubsanables, el adquirente podrá estar facultado solamente a que se reduzca el precio. El contrato puede estipular en estos casos que el importe de la reducción ha de ser la diferencia entre el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones sin los defectos y el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones con los defectos en el momento en que se descubrieron. Puede que no sea aconsejable que el importe de la reducción del precio se calcule comparando los precios vigentes en el momento de la celebración del contrato para instalaciones sin defectos y con defectos, pues no se tendrían en cuenta los cambios en el nivel de precios producidos durante el período comprendido entre la celebración del contrato y el descubrimiento de los defectos. Asimismo, si el monto de la reducción del precio se calcula comparando el precio del contrato con el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones en el momento en que se descubrieron los defectos, no se tendrían en cuenta los cambios en el nivel de precios que hubieran afectado el precio del contrato. Además de la reducción del precio, puede facultarse al adquirente a entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

d) *Defectos descubiertos después de la aceptación y notificados durante el período de garantía*

i) *Procedimiento para las reclamaciones*

43. Esta sección se ocupa solamente del procedimiento para las reclamaciones relativas a defectos descubiertos después de la aceptación y notificados durante el período de garantía. El procedimiento que ha de seguirse cuando se descubren defectos durante la construcción se examina en el capítulo XII, "Inspecciones y pruebas durante la fabricación y la construcción". El procedimiento que ha de seguirse cuando se descubren defectos durante las pruebas de terminación y de funcionamiento se estudia en el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación".

44. El contrato puede exigir al adquirente que notifique por escrito al contratista lo antes posible todos los defectos que descubra o que tendría razonablemente que descubrir. El contrato puede estipular que si el adquirente no notifica al contratista determinado defecto lo antes posible, pero lo hace antes de la expiración del período de garantía, conservará todos sus derechos y acciones contractuales con respecto a ese defecto, pero deberá pagar daños y perjuicios al contratista por las pérdidas que sufra como consecuencia de la falta de notificación oportuna. O bien el contrato puede estipular que el adquirente renuncia a las acciones que le corresponden si no ha notificado oportunamente los defectos al contratista.

45. El contrato puede estipular que el contratista no será responsable de los defectos que le hayan sido notificados después de la expiración del período de garantía. Sin embargo, puede que las partes deseen observar que es posible que disposiciones imperativas de la ley aplicable al contrato contengan excepciones a este principio (por ejemplo, el contratista puede ser responsable por los defectos descubiertos y notificados por el adquirente después de la expiración del período de garantía si el contratista tenía conocimiento de esos defectos en el momento de la aceptación y lo ha ocultado fraudulentamente).

46. El contrato puede exigir que en la notificación se indiquen los defectos y la fecha en que se descubrieron y brindar al contratista la oportunidad de inspeccionar los defectos dentro de un plazo razonable después de la notificación. El contratista puede estar obligado a informar por escrito al adquirente, dentro de un plazo determinado o razonable a partir de la fecha de la entrega de la notificación, si admite o niega su responsabilidad por esos defectos. Si el contratista niega su responsabilidad pero el adquirente sigue afirmándola, el contrato puede exigir al contratista que subsane los defectos lo más rápidamente posible. Si más adelante, en los procedimientos de solución de controversias, se decide que los defectos no son imputables al contratista, éste puede estar facultado a recibir un precio razonable por la subsanación. El contratista también puede estar obligado a dar al adquirente una estimación del plazo que se requiere para subsanar los defectos si el adquirente le solicita esa información.

ii) *Responsabilidad por los defectos*

a. *Defectos cuya insubsanabilidad se desconoce en el momento en que se descubren*

47. Si en el momento en que se descubren no se sabe que los defectos no son subsanables, puede facultarse al adquirente a que solicite por escrito al contratista que los subsane dentro de un plazo suplementario de una duración determinada o razonable, a partir de la fecha en que se entregue la notificación. Si los defectos no se subsanan dentro del plazo suplementario, el adquirente puede tener derecho a obtener una reducción del precio o bien a contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista. No obstante, en virtud de algunas cauciones de buen fin, puede exigirse el consentimiento del fiador para contratar a un nuevo contratista por cuenta y riesgo del primer contratista. Puede estipularse en el contrato que la cuantía de la reducción equivaldrá a los gastos razonables en que haya de incurrirse para subsanar los defectos. Si el adquirente opta por la segunda solución y el contrato celebrado con el nuevo contratista se rescinde porque los defectos no son subsanables, el adquirente puede tener derecho a una reducción del precio. Puede estipularse en el contrato que la cuantía de la reducción del precio será la diferencia entre el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones sin los defectos y el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones con los defectos en el momento en que el nuevo contratista incumplió su obligación de subsanarlos. Además de las acciones examinadas en este párrafo, el adquirente puede tener a su disposición las acciones examinadas en el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y en el capítulo XX, "Daños y perjuicios".

b. *Defectos cuya insubsanabilidad se conoce en el momento en que se descubren*

48. Si en el momento de descubrirlos se sabe que los defectos son insubsanables, el adquirente puede tener derecho a una reducción del precio. La cuantía de la reducción podría ser la diferencia entre el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones sin los defectos y el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones con los defectos en el momento en que se descubrieron. Además, el adquirente puede tener a su disposición las acciones examinadas en el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y en el capítulo XX, "Daños y perjuicios".

### 4. *Defectos no imputables al contratista*

49. El contrato puede obligar al contratista a subsanar, a pedido del adquirente, defectos no imputables al contratista, siempre que se le notifiquen antes de la expiración del período de garantía. El contrato puede exigir que el contratista subsane los defectos dentro de un plazo razonable a partir de la notificación, y autorizarlo a recibir un precio razonable por ello.

### 5. *Resumen de las acciones a disposición del adquirente*

50. Las acciones por incumplimiento del contratista que las partes pueden tener en cuenta al redactar su contrato, además de las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penaloidades", y XX, "Daños y perjuicios", pueden resumirse como sigue:

1. *Demora en la construcción por parte del contratista (sección B, 2)*
   a) *Demora en iniciar la construcción* (párrafo 17)
      — solicitar que la inicie;
         si el contratista no lo hace dentro del plazo suplementario,
      — rescindir el contrato.
   b) *Demora en terminar una parte de la construcción en la fecha jalón obligatoria de terminación* (párrafo 18)
      — solicitar que termine esa parte;
         si el contratista no lo hace dentro del plazo suplementario,
      — rescindir el contrato.
   c) *Demora en terminar toda la construcción* (párrafos 19 a 25)
      — solicitar que termine toda la construcción;
         si el contratista no lo hace dentro del plazo suplementario,
            podrá
      — rescindir el contrato
            o bien
      — contratar a un nuevo contratista para que termine la construcción por cuenta y riesgo del primer contratista;
         si se rescinde el contrato con el nuevo contratista,
      — rescindir el contrato celebrado con el primer contratista.

2. *Construcción defectuosa por parte del contratista* (sección B, 3)
   a) *Defectos descubiertos durante la fabricación y la construcción* (párrafos 28 a 33)
      i) *Defectos en el equipo y los materiales descubiertos durante la fabricación o la expedición* (párrafo 28)
         — solicitar la subsanación de los defectos; y
         — prohibir el suministro de equipo y materiales defectuosos para la construcción.
      ii) *Defectos en el equipo y los materiales descubiertos a la llegada al emplazamiento o más tarde, y defectos en los servicios de construcción descubiertos durante la construcción* (párrafos 29 a 33)

— solicitar la subsanación de los defectos en el equipo y los materiales;

— negar el pago del precio por defectos en el equipo, los materiales o los servicios; y

— prohibir la incorporación de equipo y materiales defectuosos a las instalaciones, o la prestación de servicios defectuosos;

si el contratista no interrumpe la incorporación de equipo y materiales defectuosos a las instalaciones, o la prestación de servicios defectuosos, y esa incorporación o prestación puede causar graves defectos en las instalaciones,

— rescindir el contrato.

b) *Construcción que se considera defectuosa porque no se efectúan las pruebas de funcionamiento* (párrafo 34)

— las mismas acciones que en el caso en el que el adquirente se niegue a aceptar las instalaciones cuando los defectos son graves (véase c), *infra*).

c) *Defectos descubiertos durante las pruebas de funcionamiento* (párrafos 35 a 42):

el adquirente podrá

— negarse a aceptar las instalaciones si los defectos son graves,

o bien

— aceptar las instalaciones si los defectos son leves, o aceptarlas a pesar de que los defectos sean graves.

i) *Negativa a aceptar las instalaciones cuando los defectos son graves* (párrafos 35 a 37)

a. si en el momento de la negativa no se sabe que los defectos no pueden subsanarse,

— solicitar que se subsanen:

si se descubren defectos graves durante las últimas pruebas de funcionamiento previstas en el contrato,

podrá

— rescindir el contrato

o bien

— contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista;

si el nuevo contratista no puede subsanar los defectos,

— rescindir el contrato celebrado con el primer contratista

b. si en el momento de la negativa se sabe que los defectos no pueden subsanarse,

— rescindir el contrato.

ii) *Aceptación cuando los defectos son leves, o a pesar de que los defectos sean graves* (párrafos 38 a 42)

a. defectos leves para los que la única acción convenida sea la reducción del precio

— reclamar una reducción del precio.

b. defectos respecto de los cuales la reducción del precio no sea la única acción convenida

i. si en el momento de la aceptación no se sabe que los defectos no pueden subsanarse,

— solicitar que se subsanen los defectos:

si los defectos no se subsanan dentro del plazo suplementario,

podrá

— reclamar una reducción del precio

o bien

— contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista;

si el nuevo contratista no puede subsanar los defectos,

— reclamar una reducción del precio.

ii. si en el momento de la aceptación se sabe que los defectos no pueden subsanarse,

— reclamar una reducción del precio.

d) *Defectos descubiertos después de la aceptación y notificados durante el período de garantía* (párrafos 43 a 48)

a. si en el momento en que se descubren no se sabe que los defectos no pueden subsanarse,

— solicitar que se subsanen los defectos;

si no se subsanan dentro del plazo suplementario,

podrá

— reclamar una reducción del precio

o bien

— contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista;

si el nuevo contratista no puede subsanar los defectos,

— reclamar una reducción del precio.

b. si en el momento en que se descubren se sabe que los defectos no pueden subsanarse,

— reclamar una reducción del precio.

3. *Defectos no imputables al contratista* (párrafo 49)

— solicitar que se subsanen los defectos por cuenta del adquirente.

## C. Acciones a disposición del contratista

### 1. *Características más importantes*

51. Al redactar las disposiciones relativas a las acciones que puede entablar el contratista, las partes deben tener presentes las cuestiones que se describen en los párrafos 9 a 16, *supra*, ya que algunas de ellas son también pertinentes para determinar esas acciones.

## 2. *Demora en el pago del precio o en proporcionar la garantía de pago del precio*

52. Las condiciones de pago estipuladas en el contrato indican cuándo debe pagarse el precio o una parte del mismo (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 63 a 79). El contrato también puede exigir que el adquirente proporcione una garantía de pago del precio (por ejemplo, una carta de crédito) en determinada fecha (véase el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 40 a 45).

### a) *Solicitud del pago del precio e intereses*

53. Si el adquirente no paga el precio o una parte del mismo en la fecha prevista, el contratista, conforme a la ley aplicable al contrato, tendrá derecho a reclamar el pago; en muchos ordenamientos jurídicos también puede estar facultado a reclamar intereses por la demora en el pago. No obstante, puede que las partes deseen incluir en el contrato disposiciones relativas al pago de intereses. Si así lo deciden, deben tener en cuenta todas las normas jurídicas imperativas de la ley aplicable que rijan el pago de intereses, tales como restricciones sobre el tipo de interés. También puede que deseen considerar si tendrán que pagarse intereses cuando el adquirente no haya podido pagar el precio por un impedimento exonerante (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración") y si, además de los intereses, deberán indemnizarse los perjuicios sufridos por el contratista que no resulten compensados por el pago de intereses. Si conforme a la ley aplicable no pueden reclamarse intereses por la demora en el pago de las sumas vencidas, puede que las partes deseen prever en el contrato el ejercicio de una acción adecuada que esté autorizada por esa ley, tal como el pago de una suma convenida (véase el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades").

54. Si las partes deciden prever en el contrato el pago de intereses, puede que deseen estipular el plazo durante el que habrán de pagarse. Puede que las partes deseen estipular que se pagarán intereses a partir de la fecha en que deba pagarse el precio hasta la fecha en la que el contratista reciba el pago.

55. Las partes pueden optar por fijar el tipo de interés en el contrato o por que esa cuestión se resuelva según la ley aplicable al mismo. Pero es posible que en algunos ordenamientos jurídicos las normas que rigen el pago de intereses por la mora en el pago del precio no resuelvan dicha cuestión de la manera adecuada. Si las partes deciden fijar el tipo de interés en el contrato, sería preferible establecer una fórmula para determinar el tipo de interés en lugar de fijar determinado tipo, pues puede que no sea posible predecir con exactitud qué tipo concreto podría ser adecuado durante el período en que se devenguen los intereses. Uno de los criterios puede ser basar el tipo de interés en algún tipo bancario (por ejemplo, el London Inter-bank Offering Rate) vigente durante el período en que el adquirente se demore en el pago.

56. Otros criterios podrían ser estipular que el tipo de interés ha de ser determinado tipo vigente en el país del adquirente, o determinado tipo vigente en el país del contratista, durante el período en que el adquirente se demore en el pago. Puede que sea aconsejable que en el contrato se establezca cuál de los diversos tipos de interés vigentes en el país elegido ha de aplicarse. Uno de los tipos que podría adoptarse es el tipo oficial de descuento. Si se decide aplicar

determinado tipo vigente en el país del contratista, el adquirente podría sentirse tentado a demorar el pago si el tipo de interés que obtiene por sus fondos depositados en su propio país, o el tipo al que tiene que solicitar un préstamo para financiar el pago, es más alto que el tipo escogido vigente en el país del contratista. Si se aplicara uno de los tipos vigentes en el país del adquirente, no existiría ese incentivo. Pero si se adopta este último criterio, y el tipo vigente en el país del contratista es más alto que el tipo escogido vigente en el país del adquirente, es posible que el contratista se perjudique pues no podría obtener intereses más altos depositando los fondos en su propio país o, si tuviera que solicitar en préstamo en su propio país la suma pendiente de pago, pagaría un tipo de interés más alto por el préstamo. Ello puede impedirse autorizando al contratista a reclamar daños y perjuicios por las pérdidas causadas por la diferencia entre los tipos de interés.

b) *Suspensión de la construcción y rescisión del contrato*

57. Si el adquirente incurre en demora, durante un plazo estipulado en el pago de un porcentaje determinado del precio del contrato o en proporcionar una garantía de pago de determinado porcentaje del precio, el contrato puede autorizar al contratista a solicitar por escrito al adquirente que efectúe el pago o que proporcione la garantía dentro de un plazo suplementario de una duración determinada o razonable a partir de la fecha de la entrega de la notificación. La notificación debe indicar que el contratista suspenderá la construcción si el adquirente no paga ni proporciona la garantía dentro de ese plazo suplementario. El contrato puede autorizar al contratista a suspender la construcción si el adquirente no paga el precio o una parte determinada del precio, ni proporciona la garantía dentro del plazo suplementario (véase el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafo 6). El contrato, además, puede facultar al contratista a rescindirlo si el adquirente no paga el precio ni proporciona la garantía dentro de determinado plazo después de la suspensión.

58. Otro criterio sería facultar al contratista a rescindir inmediatamente el contrato si el adquirente no paga ni proporciona la garantía dentro del plazo suplementario (véase el párrafo anterior). No obstante, cabe señalar que una vez terminada la construcción no conviene, en general, al contratista rescindir el contrato por falta de pago del precio (conforme al capítulo XV, "Transmisión de la propiedad de los bienes", párrafo 4, y al capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafo 32).

3. *Demora en la toma a cargo o la aceptación de las instalaciones*

59. El contrato puede obligar al adquirente a tomar a su cargo y aceptar las instalaciones cuando se ha terminado la construcción (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafos 21 y 29). El contrato puede prever las consecuencias jurídicas de la demora del adquirente en hacerlo. Debido al carácter de los actos que debe efectuar el adquirente en la toma a cargo y la aceptación, puede que en muchos ordenamientos jurídicos no sea posible ni viable obligar al adquirente a cumplir esos actos iniciando un procedimiento arbitral o judicial. Además, dado que la toma a cargo o la aceptación tienen lugar sólo después de que se ha terminado la construcción, es posible que la rescisión del contrato por falta de toma a cargo o aceptación de las instalaciones por parte del adquirente no reporte ninguna ventaja al contratista.

60. Si el adquirente incurre en demora en aceptar las instalaciones, el contrato puede estipular que se considerará que la aceptación tiene lugar cuando se terminan con éxito las pruebas de funcionamiento (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 31). En casos excepcionales, cuando este criterio no sea viable (por ejemplo, si el contrato no exige que se efectúen pruebas de funcionamiento), el contrato puede facultar al contratista a solicitar por escrito al adquirente que cumpla el acto de aceptación dentro de un plazo suplementario de una duración determinada o razonable a partir de la fecha en que se entregue la notificación, y estipular que si no lo hace se producirán las consecuencias jurídicas de la aceptación (por ejemplo, surgirá la obligación del adquirente de pagar una parte del precio, o comenzará a correr el período de garantía) a partir de la fecha en que el contratista entregue al adquirente una notificación donde indique que esas consecuencias se van a producir. Además de las acciones que se examinan en el presente párrafo, el adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

61. En la presente *Guía* se entiende por toma a cargo la toma de posesión material de las instalaciones por el adquirente (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 1), y puede resultar difícil establecer una presunción jurídica de que se ha producido. Por esta razón, si el adquirente incurre en demora en tomar a su cargo las instalaciones, el contrato puede facultar al contratista a solicitarle por escrito que tome a su cargo las instalaciones dentro de un plazo suplementario de una duración determinada o razonable a partir de la fecha de la entrega de la notificación, y estipular que, si no lo hace, se producirán las consecuencias jurídicas de la toma a cargo (por ejemplo, el traspaso del riesgo, el inicio del período de explotación de prueba) a partir de la fecha en que el contratista entregue al adquirente una notificación en la que indique que esas consecuencias se van a producir. Además, el adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y en el capítulo XX, "Daños y perjuicios".

### 4. *Falta de suministro del proyecto o diseño, el equipo o los materiales para la construcción a tiempo y sin defectos*

#### a) *Falta de suministro del proyecto o diseño a tiempo y sin defectos*

62. En algunos contratos de obras, el adquirente puede estar obligado a suministrar un proyecto o diseño conforme al que el contratista ha de construir las instalaciones (véase el capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación"). El contrato puede establecer las consecuencias jurídicas del incumplimiento por parte del adquirente de la obligación de suministrar el proyecto o diseño a tiempo y exento de defectos. Por ejemplo, se puede estipular que el plazo dentro del que el contratista ha de terminar la construcción comenzará a correr sólo a partir de la fecha en que el adquirente suministre un proyecto exento de defectos. El contratista también puede estar autorizado a otorgar al adquirente un plazo suplementario de una duración determinada o razonable para que suministre el proyecto y, si el adquirente no lo hace dentro de ese plazo suplementario, el contratista puede estar facultado a rescindir el contrato. Además de las acciones que se examinan en el presente párrafo, el

adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

b) *Falta de suministro del equipo y los materiales a tiempo y sin defectos*

63. En algunos contratos de obras, puede obligarse al adquirente a suministrar determinado equipo y materiales que el contratista ha de incorporar a las instalaciones (véase el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafo 27). Si el equipo y los materiales suministrados por el adquirente son defectuosos y su incorporación puede producir defectos en las instalaciones, el contrato puede excluir la responsabilidad del contratista por esos defectos. Si el adquirente no suministra el equipo y los materiales en la fecha establecida o no los suministra exentos de defectos, el contratista puede estar facultado a suspender la construcción afectada por ese incumplimiento (véase el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafos 6 y 7). Además, el contrato puede facultar al contratista a que solicite por escrito al adquirente que suministre el equipo y los materiales, o que suministre equipo y materiales exentos de defectos, dentro de un plazo suplementario de una duración determinada o razonable a partir de la fecha de entrega de la notificación, y estipular que si el adquirente no lo hace dentro del plazo suplementario, el contratista estará facultado a procurárselos por sí mismo y a reclamar al adquirente todos los gastos razonables en que haya incurrido por ello. Si el contratista no puede obtener el equipo y los materiales, podrá estar facultado a rescindir el contrato con respecto a las partes de la construcción que no puedan efectuarse sin el equipo y los materiales. Además de las acciones que se examinan en el presente párrafo, el adquirente puede estar facultado a entablar las acciones que se examinan en los capítulos XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y XX, "Daños y perjuicios".

## D. Acciones a disposición de ambas partes

### 1. *Demora en el pago de sumas distintas al precio*

64. En algunas situaciones, el adquirente puede estar obligado a pagar al contratista, en virtud del contrato o de la ley aplicable al mismo, una suma distinta del precio, y el contratista puede estar obligado a pagar al adquirente una suma determinada (por ejemplo, el reembolso de las primas del seguro que hayan sido abonadas por una de las partes por cuenta de la otra). Si estas obligaciones han de cumplirse efectuando pagos separados y no sumando o sustrayendo las sumas de que se trate al importe pagadero como precio, el contrato puede facultar a la parte a la que se debe ese pago a solicitar el pago y, si no lo efectúa, a exigir el pago del importe debido. Si las partes desean estipular que han de pagarse intereses por la demora en el pago, las cuestiones relativas al pago de intereses pueden resolverse en forma análoga a las relativas al pago de intereses por la demora en el pago de precio (véase la sección C, 1, a), *supra*). El contrato puede estipular que las partes no estarán facultadas a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o a rescindir el contrato por la demora de la otra parte en el pago de sumas distintas al precio.

## 2. *Incumplimiento de obligaciones accesorias*

65. El contrato puede prever las consecuencias del incumplimiento de una de las partes de obligaciones de carácter accesorio (por ejemplo, la obligación de notificar). El contrato puede limitar las consecuencias a la obligación de pagar daños y perjuicios (véase el capítulo XX, "Daños y perjuicios", y el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración"). En algunos casos, puede que deseen prever el pago de una suma convenida (véase el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades"). Entre otras consecuencias pueden figurar, por ejemplo, la pérdida de determinado derecho de la parte que incumple una obligación (por ejemplo, la pérdida del derecho a invocar una cláusula de exoneración si no comunica a la otra parte la existencia de un impedimento exonerante) o la aplicación de una presunción (por ejemplo, puede presumirse que el adquirente ha dado su consentimiento a la contratación de un subcontratista propuesto por el contratista si el adquirente no aprueba al subcontratista dentro de un plazo determinado a partir de la propuesta). Además, el contrato puede estipular que si una de las partes se demora en tomar a su cargo el equipo o los materiales que han de incorporarse a las instalaciones, el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales ha de pasar a esa parte en el momento en que debía tomarlos a su cargo. En el contrato puede también facultarse a una de las partes a rescindirlo por determinados incumplimientos de la otra parte; por ejemplo, puede darse al adquirente la facultad de rescindir el contrato si el contratista incumple su obligación de ofrecer una fianza de buena ejecución (véase el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafo 36). Algunos de esos casos se examinan en otros capítulos de la presente *Guía*. Puede que sea aconsejable indicar esas consecuencias en las disposiciones contractuales relativas a las obligaciones de que se trate. Las consecuencias que podrían resultar adecuadas para el incumplimiento de determinadas obligaciones accesorias se señalan en los capítulos de esta *Guía* en los que se examinan esas obligaciones.

66. En los casos en que el contrato obligue a una de las partes a prestar su colaboración a la otra parte a fin de que ésta pueda cumplir determinada obligación, el contrato puede estipular que la primera no estará facultada a ejercer las acciones que le corresponden por el incumplimiento de la otra cuando el incumplimiento se deba a que no haya prestado la colaboración que le requería el contrato.

*Notas del capítulo XVIII:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"1) Si durante las pruebas de funcionamiento efectuadas conforme al artículo ... se descubren defectos graves en las instalaciones, el adquirente podrá negarse a aceptar las instalaciones o bien aceptarlas.

"2) Si el adquirente ejerce su derecho a negarse a aceptar las instalaciones y en el momento de la negativa no se sabe si los defectos son insubsanables, el contratista deberá subsanar los defectos y probar que las instalaciones están exentas de defectos graves mediante la repetición de las pruebas de funcionamiento dentro de ... (indicar el plazo) después de la práctica de las pruebas insatisfactorias anteriores. Si el contratista no repite las pruebas dentro de ese plazo, se considerará que las pruebas de funcionamiento son insatisfactorias.

"3) Si se repiten las pruebas, pero las últimas pruebas de funcionamiento previstas en el artículo . . . son insatisfactorias, el adquirente podrá rescindir el contrato o contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista.

(El artículo debe incluir las disposiciones mencionadas en los párrafos 21 a 25 relativas a los derechos de las partes en caso de que el adquirente decida contratar a un nuevo contratista por cuenta y riesgo del primer contratista.)

"4) Si en el momento de la negativa a aceptar se sabe que los defectos son insubsanables, el adquirente estará facultado a rescindir el contrato."

[2]*Ejemplo de disposición*

"1) Si el adquirente acepta las instalaciones, podrá ejercer las siguientes acciones con respecto a los defectos descubiertos durante las pruebas de funcionamiento.

"2) Con respecto a los defectos que se describen en el presente párrafo, el adquirente sólo tendrá derecho a la reducción del precio que se indica a continuación:

| *Reducción de la capacidad de producción de las instalaciones* | *Reducción del precio* |
|---|---|
| 1% | . . . del precio |

(se podrán incluir otros defectos y las consecuentes reducciones de precios).

"3) Si en el momento de la aceptación no se sabe si son insubsanables otros defectos distintos a los indicados en el párrafo 2) del presente artículo, el adquirente podrá entregar al contratista una notificación escrita en la que le solicite que subsane esos defectos dentro de [. . . días (plazo que ha de indicarse en el contrato)] [plazo de duración razonable que debe indicarse en la notificación] adicionales, e indique que, si el contratista no los subsana dentro del plazo adicional, el adquirente se propone reclamar una reducción del precio o contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista.

"4) Si el contratista no subsana los defectos dentro del plazo adicional indicado en el párrafo 3) del presente artículo, el adquirente estará facultado, de conformidad con la notificación entregada en virtud de ese párrafo, a reclamar una reducción del precio o a contratar a un nuevo contratista para que subsane los defectos por cuenta y riesgo del primer contratista.

"5) Si el adquirente reclama una reducción del precio, estará facultado a una reducción de un monto equivalente a los costos razonables en que habría incurrido al subsanar los defectos.

(El artículo debe contener disposiciones que sigan el modelo de las disposiciones contenidas en la nota 1 con respecto a los derechos de las partes en caso de que el adquirente decida contratar a un nuevo contratista por cuenta y riesgo del primer contratista.)

"6) Si en el momento de la aceptación se sabe que son insubsanables otros defectos distintos a los indicados en el párrafo 2) del presente artículo, el adquirente estará facultado sólo a reclamar una reducción del precio. Esa reducción será de un monto equivalente a la diferencia entre el precio razonable que se habría pagado por las instalaciones sin los defectos y el que se habría pagado por las instalaciones con los defectos en el momento en que se descubrieron."

# Capítulo XIX. Indemnización pactada y penalidades


RESUMEN

En las cláusulas de indemnización pactada y en las cláusulas penales se estipula que, en el caso de incumplimiento de una de las partes, la parte agraviada tendrá derecho a recibir una suma convenida de la parte que haya incumplido. En los contratos de obras, estas cláusulas suelen incluirse en previsión de posibles incumplimientos del contratista (párrafo 1).

Estas cláusulas presentan ciertas ventajas. Al ser pagadera la suma convenida sin necesidad de que la parte agraviada pruebe las pérdidas sufridas, se eliminan los gastos y la incertidumbre relacionados con la prueba de esas pérdidas (párrafo 2). Esta suma puede servir también como límite de la responsabilidad del contratista para el que será ventajoso tener un conocimiento anticipado del límite máximo de su responsabilidad (párrafo 3).

Muchos ordenamientos jurídicos contienen normas, algunas veces imperativas, que regulan las cláusulas de indemnización pactada y las cláusulas penales. Para algunos ordenamientos únicamente son válidas aquellas cláusulas en las que la suma se haya convenido para servir de indemnización. Para otros ordenamientos estas cláusulas son válidas con independencia de si esta suma se ha convenido para servir de indemnización o para servir de estímulo o para ambos fines a la vez (párrafo 5). Puede que las partes deseen especificar que la suma convenida no será pagadera si el incumplimiento resulta de un impedimento exonerante (párrafo 6).

La ley aplicable al contrato regula a menudo la relación entre el cobro de la suma convenida y la ejecución forzosa de las obligaciones. Esa ley regula también a menudo la relación entre el cobro de una suma convenida y el resarcimiento por daños y perjuicios. Sin embargo, tal vez la ley aplicable autorice a las partes a regular en cierta medida esas relaciones y puede que las partes deseen hacer uso de ese margen de autonomía que les haya dejado la ley (párrafos 7 y 8).

Sería conveniente para ambas partes que el incumplimiento por que se haya de pagar una suma convenida haya sido claramente definido (párrafo 9). Tal vez sea conveniente para el adquirente, si la ley aplicable lo autoriza, fijar una suma convenida que, además de darle una indemnización adecuada, presione moderadamente al contratista para que cumpla sus obligaciones. Se ha de procurar no fijar sumas que puedan ser juzgadas excesivas, ya que en muchos ordenamientos jurídicos tales sumas carecerían de eficacia o serían reducidas (párrafos 10 y 11).

La suma convenida que ha de pagarse suele fijarse a modo de recargos sucesivos y es posible que se imponga un límite a la acumulación de esos recargos. Ese límite puede tener ventajas y desventajas para el adquirente (párrafo 12). Puede que las partes deseen considerar la conveniencia de que ese límite sea o no aplicable a todos los casos (párrafo 13) y las acciones que convendría dejarle al adquirente una vez alcanzado ese límite (párrafo 14).

A fin de facilitar el cobro de la suma convenida, el contrato puede autorizar al adquirente a deducir esa suma de los fondos del contratista que obren en poder del adquirente (párrafo 15). Cabría asimismo estipular en el contrato que una institución financiera otorgará una fianza respecto a la suma convenida (párrafo 16).

En aquellos casos en los que se ha previsto el pago de una suma convenida por demora en el cumplimiento, puede suceder que la fecha fijada para el cumplimiento deje de ser aplicable en determinadas circunstancias, lo que podría dificultar la aplicación de la cláusula de indemnización pactada o de la cláusula penal. Puede que las partes deseen incorporar al contrato un mecanismo para fijar la nueva fecha de funcionamiento de las instalaciones y especificar que la demora habrá de calcularse con referencia a esa nueva fecha (párrafo 17).

Puede que las partes deseen considerar cuáles son las circunstancias que darán lugar al pago de una suma convenida si el contratista incurre en demora en la terminación de una parte de las instalaciones. La cuantificación de la suma convenida estaría en función de esas circunstancias (párrafos 18 y 19).

Cuando el pago de una suma convenida haya sido fijado a modo de recargos sucesivos y se haya impuesto un límite a la suma que se podrá cobrar por este concepto, las partes deberán precisar cuándo se podrá recurrir a la rescisión, al cobro de daños y perjuicios y al cobro de la suma convenida, así como la relación entre todas estas acciones (párrafo 21).

## A. Observaciones generales

1. En la cláusula de indemnización pactada y en la cláusula penal se tiene previsto que, al incumplir alguna de las partes una determinada obligación, la parte agraviada tendrá derecho a recibir una suma de dinero, convenida cuando se celebró el contrato, de la parte que haya incurrido en incumplimiento. Las cláusulas de indemnización pactada y penales suelen convenirse para los supuestos de demora en el cumplimiento[1]. La suma convenida puede servir de acicate para el cumplimiento de la obligación o para compensar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, o para ambos fines a la vez[2]. Este tipo de cláusulas ofrece mayor interés respecto al incumplimiento de las obligaciones relativas a la construcción que respecto a la falta de pago. Por ello, se suelen incluir en los contratos de obras con miras a remediar los incumplimientos del contratista, si bien se incluyen también con respecto al incumplimiento del adquirente.

2. El haber convenido una suma pagadera por incumplimiento puede ser ventajoso en el contexto de un contrato de obras. En primer lugar, esa suma viene a ser una indemnización pactada por el incumplimiento y elimina, por ello, los gastos que supondría el tener que probar la cuantía de las pérdidas resultantes del incumplimiento. Esos gastos pueden ser considerables, especialmente si el adquirente ha de probar sus pérdidas en un proceso judicial celebrado fuera del país en el que se están construyendo las instalaciones. Además, en un contrato de obras puede ser muy difícil probar la cuantía de las pérdidas, por lo que resultaría aleatoria la cuantía de las pérdidas resarcida por vía judicial. Una suma convenida es algo conocido y esta certeza puede ayudar a ambas partes en orden a la evaluación de los riesgos del contrato.

3. En segundo lugar, la suma convenida sirve a menudo como límite de la responsabilidad del contratista por el incumplimiento de una determinada obligación (véase la sección E, *infra*). Al contratista le interesa conocer por adelantado cuál será el límite máximo de su responsabilidad.

4. Conviene distinguir las cláusulas de indemnización pactada y penales (que en adelante se denominarán cláusulas para el pago de una suma convenida) de otros dos tipos de cláusulas que en ocasiones aparecen en los contratos de obras, es decir, las cláusulas por las que se limita la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios y las cláusulas en las que se prevé una obligación alternativa. En las cláusulas por las que se limita la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios se fija la cantidad máxima a que podrá ascender la indemnización una vez probada la responsabilidad. El demandante habrá de probar además la cuantía de sus pérdidas, que es lo único que se le pagaría si resultase ser inferior al máximo previsto. En el supuesto de cláusulas para el pago de una suma convenida, en general, el demandante obtendría la suma convenida sin tener que probar la cuantía de sus pérdidas. La cláusula por la que se prevé una obligación alternativa a favor del contratista ofrece a éste la oportunidad de optar entre el cumplimiento de una determinada obligación y el pago de una suma convenida. El cumplimiento de cualquiera de estas dos prestaciones le descarga de su obligación y le da derecho a exigir del adquirente la prestación prometida a cambio. Las partes que introducen cláusulas para el pago de una suma convenida no lo suelen hacer en el entendimiento de que el pago de esa suma convenida autorice al contratista a exigir el cumplimiento de alguna prestación prometida a cambio o que ese pago sea una forma de liberarse de la obligación cuyo incumplimiento dio lugar al pago de la suma convenida (véase también el párrafo 7, *infra*).

5. Muchos ordenamientos contienen normas, algunas veces imperativas, que regulan las cláusulas para el pago de una suma convenida, y esas normas limitan con frecuencia los objetivos que las partes pueden lograr con dichas cláusulas. En algunos ordenamientos, son válidas las cláusulas por las que las partes convienen, al celebrar el contrato, en el pago de una determinada suma como indemnización de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento. No serían, en cambio, válidas las cláusulas en las que la suma convenida tuviese por objeto estimular el cumplimiento de una obligación, por lo que la parte que hubiese incumplido esa obligación respondería únicamente de los daños y perjuicios resarcibles conforme al régimen común de la indemnización por daños y perjuicios. En otros ordenamientos, sin embargo, serían en principio válidas las cláusulas en las que se haya previsto una suma convenida ya sea como indemnización o ya sea como estímulo del cumplimiento, o para ambos fines a la vez. Es posible que en estos ordenamientos los tribunales estén facultados para reducir la suma convenida en determinadas circunstancias, por ejemplo, si esa suma resultase manifiestamente excesiva a la luz de las circunstancias o si se hubiese cumplido parcialmente la obligación. Las partes no pueden excluir, de común acuerdo, esta facultad judicial de reducir la suma convenida. La elección por las partes de la ley aplicable al contrato (véase el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafo 1) puede tener, por ello, particular importancia para las cláusulas para el pago de una suma convenida.

6. En muchos ordenamientos existe la norma de que la suma convenida no será pagadera si el incumplimiento ha sido ocasionado por un impedimento

exonerante (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración"), o por actos u omisiones de la otra parte. Puede que las partes deseen respetar la aplicabilidad de esta norma (Normas Uniformes, artículo 5).

## B. Relación entre el cobro de una suma convenida y la ejecución forzosa de las obligaciones o el cobro de una indemnización por daños y perjuicios

7. La ley aplicable al contrato en general regula las relaciones entre el cobro de una suma convenida y la ejecución forzosa de las obligaciones, si bien suele hacerlo a través de normas para la interpretación del acuerdo entre las partes. En algunos ordenamientos no se suele otorgar la ejecución forzosa, por lo que el adquirente ha de limitarse a reclamar la suma convenida. En aquellos casos en los que se pueda obtener la ejecución forzosa sería, sin embargo, aconsejable que el contrato aclarase la relación entre la ejecución forzosa de las obligaciones y el cobro de la suma convenida. Por ejemplo, respecto a la estipulación de una suma convenida pagadera por demora en el cumplimiento, la suma así convenida suele destinarse únicamente a indemnizar de los perjuicios sufridos por el adquirente durante la demora. Por consiguiente, cabría prever en el contrato que el adquirente pueda reclamar el cumplimiento al mismo tiempo que reclama la suma convenida (Normas Uniformes, artículo 6)[3].

8. La ley aplicable con frecuencia regula la relación entre el cobro de una suma convenida y el resarcimiento de daños y perjuicios. Puesto que uno de los objetivos de la suma convenida es evitar las dificultades de una indagación sobre la cuantía de los daños y perjuicios resarcibles (véase el párrafo 2, *supra*), en algunos ordenamientos el adquirente no podrá renunciar a la suma convenida para reclamar una indemnización por daños y perjuicios en aquellos casos en los que conforme al régimen común de la indemnización por daños y perjuicios cabría obtener una suma superior a la suma convenida. Tampoco se permitirá al contratista afirmar que sólo habrá de responder por daños y perjuicios cuando la cuantía de esos daños y perjuicios sea inferior a la suma convenida. Sin embargo, en algunos ordenamientos, cuando el adquirente pueda probar que sus perjuicios son superiores a la suma convenida, podrá reclamar, además de esa suma, la cuantía de los daños y perjuicios no cubiertos por la suma convenida. Este derecho del adquirente puede o no estar sujeto a determinadas condiciones (por ejemplo, que el incumplimiento sea debido a negligencia o se haya cometido con la intención de ocasionar perjuicios o que se haya convenido expresamente la indemnización de los daños y perjuicios en exceso de la suma convenida). Podría ser, por ello, conveniente para las partes que el contrato regule estas cuestiones en la medida que lo permita la ley aplicable (Normas Uniformes, artículo 7)[4].

## C. Definición de la falta de cumplimiento

9. Puede ser conveniente para ambas partes haber definido claramente la falta de cumplimiento que dará lugar al pago de la suma convenida. Por ello, si se ha de pagar una suma convenida por no haberse terminado la construcción en una determinada fecha, deberá haberse definido claramente qué se entiende por terminar la construcción para saber si la suma convenida será pagadera a partir de esa fecha (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafos 1 y 4).

## D. Cuantificación de la suma convenida

10. La determinación del nivel adecuado de la suma convenida puede presentar algunas dificultades. En un contrato a largo plazo sería sumamente difícil calcular en el momento de su celebración la cuantía de los perjuicios ocasionados en el momento en que se haya de producir una falta de cumplimiento y por consiguiente sería difícil calcular el nivel al que deba fijarse la suma convenida para que sea verdaderamente indemnizatoria o para que sirva de estímulo al cumplimiento. Desde el punto de vista del adquirente, no deberá fijarse la suma convenida a un nivel que deje sin compensar una gran parte de sus perjuicios en el supuesto de producirse una falta de cumplimiento. Además, una suma que sea inferior a la cantidad que el contratista se ahorraría con su incumplimiento no serviría de estímulo para que el contratista cumpla con sus obligaciones con la oportunidad y diligencia debidas.

11. Si la ley aplicable lo autoriza, podría ser ventajoso para el adquirente que el contrato fije una suma convenida por falta de cumplimiento del contratista a un nivel que indemnice debidamente al adquirente y presione moderadamente al contratista para que cumpla sus obligaciones. Al tratar de evaluar una suma razonable, las partes pueden considerar entre otros factores los perjuicios que el incumplimiento puede ocasionar al adquirente, la posible repercusión del pago de la suma convenida sobre la situación financiera del contratista y la conveniencia de que esa suma sea lo bastante grande para servir de estímulo al cumplimiento. Conviene no fijar sumas excesivas, ya que la inclusión de tales sumas en las condiciones de licitación o de negociación puede retraer a algún contratista de renombre de presentar su oferta y no tendría el efecto disuasorio deseado si cabe prever que esa suma sería anulada o reducida por los tribunales. Además, es posible que los contratistas que acepten la imposición de una suma excesiva en el contrato aumenten como contrapartida su precio o sus márgenes de seguridad con respecto a las obligaciones asumidas (por ejemplo, postergando la fecha de terminación de las instalaciones, rebajando los parámetros de funcionamiento garantizados, recargando el diseño de las instalaciones). En aquellos ordenamientos en los que la estipulación de una suma convenida se admite únicamente a título de indemnización, las partes deberán procurar evaluar con la mayor exactitud posible los perjuicios que es probable que el adquirente pueda sufrir. Se debe conservar toda la documentación que se haya utilizado en los cálculos como prueba de que no se ha fijado arbitrariamente esa suma. Más adelante, en el párrafo 18, se examinará la cuantificación de la suma pagadera por demora en la terminación de una parte de las instalaciones.

## E. Limitación de la suma convenida

12. La suma convenida que ha de pagarse suele fijarse a modo de recargos sucesivos de determinado importe por unidad prevista de demora o por unidad prevista de desvío de las normas prescritas para el cumplimiento. Es muy frecuente, sin embargo, que la función que desempeña la suma convenida en orden a la limitación de la responsabilidad sea reforzada mediante la imposición de un límite a la posible acumulación de recargos[5]. La estipulación de este límite a la responsabilidad puede inducir al contratista a consentir una reducción del precio. Pero el adquirente debe pensarlo bien antes de aceptar un límite, no vaya a ser que una vez alcanzado ese límite incurra en graves pérdidas que no le serían compensadas.

13. Puede que las partes deseen considerar si el límite mencionado en el párrafo anterior será aplicable a todos los casos o no lo será en determinadas circunstancias. Puede que juzguen conveniente insertar una norma que haga inaplicable ese límite, por ejemplo, cuando los perjuicios han sido ocasionados por el incumplimiento cometido con la intención de causar perjuicios, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente se ocasionarían perjuicios[6].

14. Las partes tal vez deseen considerar las acciones que convendría ejercer al adquirente para el supuesto de que la demora prosiga una vez alcanzado el límite. Si la ley aplicable al contrato permite obtener la ejecución forzosa de la obligación incumplida, cabe prever en el contrato que el adquirente pueda reclamar el cumplimiento (véase el párrafo 7, *supra*). Con respecto al resarcimiento de daños y perjuicios (véase el párrafo 8, *supra*), una posible solución sería la de prever que, una vez alcanzado el límite, el adquirente no esté facultado a cobrar ningún recargo suplementario por concepto de indemnización o pena convenida ni reclamar daños y perjuicios por los perjuicios que pueda ocasionarle la no terminación de las instalaciones con posterioridad a la fecha en la que se alcanzó el mencionado límite. Otra posible solución sería la de prever que el adquirente no podrá cobrar ningún recargo suplementario pero que podrá resarcirse por concepto de daños de las pérdidas que pueda probar que ha sufrido con posterioridad a la fecha en que se alcanzó ese límite. Cualquiera que sea la solución adoptada sería aconsejable prever en el contrato que el adquirente podrá proceder a la rescisión del mismo una vez alcanzado el límite previsto de la suma convenida (véase el párrafo 21, *infra*, y el ejemplo de disposición al que se hace referencia en ese párrafo).

## F. Cobro de la suma convenida

15. Si bien la cláusula de indemnización pactada o la cláusula penal facultan al adquirente para reclamar del contratista la suma convenida en el supuesto de falta de cumplimiento, los trámites procesales para la obtención de esa suma suelen ser costosos y lentos. Es posible reducir el riesgo de que el adquirente se vea en la necesidad de recurrir a la vía procesal si el contrato le faculta a deducir la suma convenida de los fondos del contratista que obren en su poder (por ejemplo, un depósito) o de las sumas debidas por el adquirente al contratista (por ejemplo, por concepto de precio). Cabe observar, sin embargo, que en algunos ordenamientos las cláusulas por las que se autoriza a efectuar deducciones se rigen por normas imperativas. Además, una tal deducción podría ser anulada más adelante a tenor de ciertas normas jurídicas (por ejemplo, si la suma convenida fuese, más adelante, reducida por un tribunal que la considerase excesiva). Por ello, al redactar las disposiciones por las que se autoriza a efectuar deducciones se han de tener en cuenta las normas pertinentes de la ley aplicable al contrato.

16. Sería aconsejable que la cláusula precisase que la deducción es un modo facultativo de obtener la suma convenida. Cuando el adquirente y el contratista hayan concertado más de un contrato entre ellos, las partes podrían facultarse mutuamente en cada uno de esos contratos a deducir la suma de los fondos debidos en virtud de algún otro contrato o contratos[7]. El adquirente podrá además reforzar sus probabilidades de cobrar la suma convenida exigiendo al contratista que obtenga de una institución financiera una fianza para el adquirente respecto al cobro de la suma convenida. El adquirente quedaría así

facultado para reclamar la suma convenida a la institución financiera tras haber probado el incumplimiento del contratista (véase el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 10 a 12).

## G. Suma convenida pagadera por concepto de demora: algunos problemas

17. En los contratos de obras el pago de una suma convenida suele preverse para los supuestos de mora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En algunos ordenamientos pueden haberse previsto, sin embargo, circunstancias en las que la fecha inicialmente prevista para el cumplimiento dejaría de ser aplicable, lo que dificultaría el normal funcionamiento de estas cláusulas. Estas circunstancias pueden derivar de una falta de cumplimiento del adquirente (por ejemplo, la entrega tardía del emplazamiento o la entrega igualmente tardía de determinados planos o especificaciones), o de actos del adquirente que no sean *incumplimientos* (por ejemplo, la reclamación por el adquirente de trabajos adicionales conforme a lo previsto en una cláusula de modificación), así como de eventos no imputables a ninguna de las partes (por ejemplo, un incumplimiento del contratista ocasionado por un impedimento exonerante). En esos ordenamientos el contratista está únicamente obligado a cumplir dentro de un plazo razonable, por lo que la cláusula para el pago de una suma convenida dejaría de ser aplicable con respecto a la fecha inicialmente prevista para el cumplimiento. Por consiguiente, si las partes desean salvaguardar la aplicabilidad de una cláusula para el pago de una suma convenida en el supuesto de ocurrir alguna de estas circunstancias, pueden incorporar al contrato un mecanismo por el que se establezca una nueva fecha de cumplimiento y disponer que la suma convenida será pagadera si el contratista incurre en demora respecto a la nueva fecha de cumplimiento (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafo 8, y el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafos 13 y 18).

18. Las partes tal vez deseen considerar si pueden darse circunstancias para las que convendría que el contrato previese el pago de una suma convenida por la demora del contratista en la terminación de una parte de las instalaciones. El adquirente tal vez desee imponer al contratista la obligación de ir completando ciertas partes de las instalaciones conforme a un calendario que le permita comprobar que la construcción progresa como es debido, pese a que la demora en la terminación de esas partes no le ocasione de por sí pérdidas (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 18 a 23). En tales casos, las partes tal vez deseen estipular que se habrá de pagar una suma convenida si no se terminan ciertas partes de las instalaciones en determinadas fechas, pero que esa suma convenida habrá de devolverse al contratista si termina la totalidad de las instalaciones en la fecha prevista (es decir, acelerando ulteriormente la construcción). Una tal suma convenida serviría para estimular el cumplimiento y, si la ley aplicable al contrato autorizase la imposición del pago de sumas convenidas para este fin, la suma convenida podría calcularse como un porcentaje del valor de la parte de las instalaciones que no se hubiese terminado puntualmente.

19. Puede ser en ocasiones ventajoso para el adquirente imponer la obligación de terminar una determinada parte de las instalaciones si puede ocupar y utilizar esa parte con independencia de la terminación del resto de las instalaciones. Una tal obligación sería también ventajosa si se está empleando a

más de un contratista en la construcción y la demora de uno de los contratistas en la terminación de una parte de las instalaciones puede resultar en que el adquirente haya de indemnizar a otro contratista que no pueda iniciar su labor de construcción en la fecha convenida. Puede que las partes deseen prever para tales casos el pago de una suma convenida que indemnice al adquirente de los perjuicios ocasionados por la demora.

20. Puede que las partes deseen considerar el supuesto de que se haya previsto el pago de una suma convenida en razón únicamente de la demora en la terminación de la totalidad de las instalaciones y que determinadas partes de las instalaciones se hubiesen terminado y hubiesen sido puestas en funcionamiento por el adquirente en la fecha prevista, pese a no estar aún terminadas las instalaciones en su conjunto. En un tal supuesto, una posible solución sería que las partes hubiesen previsto que la suma convenida habrá de reducirse si el contratista puede probar que las pérdidas del adquirente son inferiores a la suma convenida; el contratista podrá probarlo, por ejemplo, si el adquirente ha ocupado las partes ya terminadas de las instalaciones y las está explotando. Otra posible solución sería, sin embargo, la de no prever ninguna reducción de la suma convenida para un tal supuesto, puesto que la cuantificación de la reducción apropiada podría ocasionar esas mismas controversias y dificultades de prueba que se pretende evitar con la adopción de la suma convenida. Además, si se redujese en un tal supuesto la suma convenida para adecuarla a los perjuicios efectivamente sufridos por el adquirente, cabría argüir que la suma convenida también habría de ser aumentada si los perjuicios efectivamente sufridos por el adquirente fuesen superiores a esa suma. La incertidumbre ocasionada por la posibilidad de aumentar o reducir la suma convenida haría perder a estas cláusulas buena parte de su utilidad.

## H. La rescisión del contrato y las cláusulas para el pago de una suma convenida

21. Puede que las partes deseen establecer que cuando se haya estipulado el pago de una suma convenida a modo de recargos sucesivos hasta que se alcance el límite previsto (véase el párrafo 12, *supra*), el adquirente no podrá rescindir el contrato de obras por el incumplimiento del contratista para el que se haya estipulado el pago de una suma convenida hasta que se alcance el límite previsto. Las partes tal vez deseen estipular también que la rescisión del contrato una vez alcanzado ese límite no anula la obligación previamente contraída de pagar una suma convenida (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato"). Ahora bien, si el adquirente procede a rescindir el contrato antes de que se haya alcanzado el límite previsto (por ejemplo, si el adquirente rescinde el contrato por un incumplimiento que no fuera aquel para el que se ha previsto la suma convenida), puede que las partes deseen estipular que esa rescisión no afectará al derecho de la parte agraviada a cobrar la suma convenida acumulada hasta la fecha de la rescisión, pero que perderá el derecho a cobrar cualquier suma convenida con posterioridad a esa fecha[8]. El adquirente podrá, sin embargo, reclamar daños y perjuicios por los perjuicios sufridos con posterioridad a la fecha de rescisión (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato", y el capítulo XX, "Daños y perjuicios").

*Notas del capítulo XIX:*

[1]*Ejemplo de cláusula de indemnización pactada o de cláusula penal convenida por demora en la terminación de las instalaciones*

"1) Si el contratista no termina las instalaciones en la fecha establecida, el adquirente tendrá derecho a recibir del contratista . . . [indíquese la moneda y la cantidad] por cada día de demora que transcurra desde esa fecha hasta la de terminación de las instalaciones."

[2]Se pueden consultar estudios sobre la índole de las cláusulas de indemnización convenida y penales y sobre su inclusión en los contratos internacionales en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, volumen X: 1979*, segunda parte, I, A, e *Ibid., volumen XII: 1981*, segunda parte, I, B, 1. Las "Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento" aprobadas por la Comisión figuran en el *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 16.° período de sesiones* (A/38/17), Anexo I (Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, volumen XIV: 1983, primera parte, I, A). Por su resolución A/RES/38/135, de 19 de diciembre de 1983, la Asamblea General recomendó que los Estados pongan en vigor esas normas uniformes, en forma de una ley modelo o de una convención, según proceda. Estas normas uniformes (denominadas en adelante Normas Uniformes) podrían ayudar a resolver algunas de las cuestiones que se planteen con respecto a las cláusulas de indemnización pactada y penales.

[3]*Ejemplo de disposición (demora en la terminación)*

"2) Sin perjuicio del derecho a obtener la suma mencionada en el párrafo 1) de la presente cláusula, el adquirente tendrá derecho a exigir que el contratista termine las obras."

[4]*Ejemplo de disposición (demora en la terminación)*

"3) Sin perjuicio del derecho a cobrar la suma mencionada en el párrafo 1) de la presente cláusula, no se podrán reclamar daños y perjuicios por razón de la demora en la terminación prevista en ese párrafo por ningún período para el que se haya estipulado el pago de esa suma."

[5]*Ejemplo de disposición (demora en la terminación)*

"4) La cantidad que habrá de pagarse en virtud del párrafo 1) de la presente cláusula no excederá de [indíquese la moneda y la cantidad]."

[6]*Ejemplo de disposición (demora en la terminación)*

"5) El límite máximo establecido en el párrafo 4) de la presente cláusula no se aplicará al incumplimiento cometido con la intención de causar perjuicios o temerariamente y a sabiendas de que probablemente se ocasionarían perjuicios."

[7]*Ejemplo de disposición (demora en la terminación)*

"6) Sin perjuicio de cualquier otra acción para obtener el cobro de la suma mencionada en el párrafo 1) de la presente cláusula, el adquirente tendrá derecho a deducir dicha suma, en todo o en parte, de cualquier suma que deba al contratista en virtud del presente contrato o de cualquier otro contrato celebrado entre ellos."

[8]*Ejemplo de disposición (demora en la terminación)*

"7) *a)* El adquirente tendrá derecho a rescindir el contrato por la demora en la terminación mencionada en el párrafo 1) de la presente cláusula una vez que la suma pagadera en virtud de ese párrafo haya alcanzado el máximo establecido en el párrafo 4).

"*b)* Si se produce la demora prevista en el párrafo 1) de la presente cláusula, pero el adquirente rescinde el contrato por alguna otra razón antes de que la suma pagadera en virtud de ese párrafo haya alcanzado el límite previsto en el párrafo 4), la presente cláusula no se aplicará después de la rescisión y el adquirente tendrá derecho a reclamar al contratista una indemnización por los perjuicios que la demora en la terminación le ocasione con posterioridad a esa fecha. El adquirente podrá también cobrar la suma que le fuese debida en virtud del párrafo 1) en la fecha de rescisión del contrato."

# Capítulo XX. Daños y perjuicios


RESUMEN

La ley aplicable al contrato determinará las condiciones bajo las que una parte que no cumple una obligación contractual incurre en responsabilidad por daños y perjuicios y la medida de esa responsabilidad. Es posible que las normas jurídicas que regulan ciertas cuestiones relativas a la responsabilidad sean imperativas, mientras que las normas que rigen otras cuestiones puedan ser modificadas por las partes. La mayoría de los ordenamientos jurídicos, sin embargo, autorizan a las partes a resolver en las estipulaciones contractuales las cuestiones relativas a la medida en que pueden resarcirse los daños y perjuicios (párrafo 1).

Puede que las partes deseen reservar a la ley aplicable la determinación de las condiciones y la medida en que ha de resarcir los daños y perjuicios la parte que no cumplió. No obstante, si se adopta este criterio, solamente tras un examen detenido deben las partes incluir en el contrato las otras acciones recomendadas en esta *Guía* en caso de incumplimiento, pues dichas acciones pueden ser incompatibles con las normas que rigen la indemnización de daños y perjuicios según la ley aplicable (párrafo 2).

Por otro lado, las partes pueden estipular en el contrato que la parte que no cumple una obligación debe indemnizar los daños y perjuicios causados. Asimismo, puede que deseen incluir una cláusula de exoneración que anularía esta responsabilidad en determinadas circunstancias. Además, quizá deseen establecer la medida en que la parte agraviada por el incumplimiento ha de ser indemnizada (párrafo 3).

La indemnización por daños y perjuicios puede distinguirse en ciertos aspectos del pago de una suma convenida, así como de los intereses (párrafo 4). El adquirente puede asimismo obtener una garantía para resarcirse en el caso de incumplimiento del contratista, o puede tomar un seguro para obtener protección económica (párrafo 5). Además, el contrato o la ley aplicable al mismo pueden estatuir que una parte indemnizará a la otra en circunstancias en que no ha habido incumplimiento por parte de quien paga la indemnización (párrafo 6).

Existen diferentes criterios para determinar las clases de pérdidas que dan derecho a la parte agraviada a una indemnización (párrafo 7). Tratándose de indemnizar el lucro cesante, hay varios criterios para fijar el importe de la indemnización a pagar (párrafo 8).

El contrato puede excluir el resarcimiento de pérdidas que no cabía razonablemente esperar que previese la parte que incumple. El contrato puede especificar si la previsibilidad de la pérdida se determina en el momento de celebrar el contrato o en el del incumplimiento. Además, el contrato puede aclarar si el aspecto de la pérdida que ha de preverse es el tipo o el importe de las pérdidas sufridas (párrafos 9 y 10). Puede que las partes también deseen pronunciarse sobre el mecanismo para excluir de la indemnización las pérdidas que dimanen sólo remotamente del incumplimiento (párrafos 11 y 12).

Si el incumplimiento reporta beneficios o economías a la parte agraviada, las partes pueden disponer que se deduzcan de las pérdidas que ocasione el incumplimiento al determinar el importe de la indemnización (párrafo 13). Puede que las partes deseen considerar si el contrato ha de limitar el importe de los daños y perjuicios resarcibles y, en la afirmativa, cómo se determinará esa limitación en el contrato (párrafo 14).

Puede que las partes deseen estatuir que la parte agraviada debe reducir sus pérdidas. Pueden estipular que, si no lo hace, se expone a perder el derecho a resarcirse de las pérdidas que habría podido impedir si hubiera cumplido su obligación (párrafo 15).

La construcción deficiente puede ocasionar la muerte o lesiones personales a terceros, o daños a sus bienes. La responsabilidad por daños y perjuicios a terceros en esos casos suele estar determinada por normas jurídicas imperativas extracontractuales. Sin embargo, puede que las partes deseen prever la distribución de los riesgos entre ellas respecto de los daños y perjuicios pagados a terceros (párrafos 16 a 18).

Puede que las partes deseen determinar en qué moneda se pagarán los daños y perjuicios (párrafo 19).

## A. Observaciones generales

1. La ley aplicable al contrato (véase el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafo 1) determinará las condiciones y la medida en que una parte que no cumple una obligación contractual debe pagar daños y perjuicios. Éstos sirven para indemnizar a la parte agraviada por las pérdidas sufridas como resultado de ese incumplimiento. Las condiciones en las que se genera la obligación de pagar daños y perjuicios difieren según los distintos ordenamientos jurídicos. Además, las normas jurídicas sobre algunas cuestiones relativas a la responsabilidad pueden ser imperativas, en tanto que sobre otras cuestiones dichas normas pueden ser modificadas por las partes. Sin embargo, la mayoría de los ordenamientos permiten a las partes solucionar mediante disposiciones contractuales las cuestiones que se examinan en este capítulo relativas a la medida en que pueden resarcirse los daños y perjuicios. No obstante, al formular disposiciones que regulen cuestiones concretas, las partes deben cerciorarse de que están facultadas para hacerlo según la ley aplicable al contrato.

2. Puede que las partes deseen reservar a la ley aplicable al contrato la determinación de las condiciones y la medida en que pueden reclamarse daños y perjuicios a la parte que no ha cumplido. Aun cuando las normas de la ley aplicable al contrato no sean imperativas, las partes tal vez deseen adoptar este criterio si las normas de la ley aplicable zanjan de un modo apropiado los problemas que surgen con motivo de la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato de obras. No obstante, si las partes adoptan este criterio, deben incluir en su contrato las otras acciones recomendadas en esta *Guía* para el caso de incumplimiento únicamente tras una detenida consideración, pues esas acciones en algunos casos pueden suscitar incompatibilidades con las normas que rigen el resarcimiento de daños y perjuicios según la ley aplicable.

3. Tal vez sería conveniente, en muchos casos, que las partes contemplaran en el contrato las cuestiones que podrían surgir en relación con los daños y perjuicios. Si prevén la obligación de pagar daños y perjuicios, puede que

deseen también incluir una cláusula (denominada en esta *Guía* cláusula de exoneración: véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración") que exima de esa obligación en determinadas circunstancias (por ejemplo, si no es posible el cumplimiento por determinado tipo de impedimento). Puede que las partes deseen asimismo que se determine la medida en que ha de resarcirse la parte agraviada por el incumplimiento de la otra parte. Esta última cuestión se analiza en la sección C, *infra*.

## B. Distinción entre la acción por daños y perjuicios y otros tipos de resarcimiento y de indemnización

4. Cabe distinguir los daños y perjuicios de las obligaciones en virtud de cláusulas para el pago de una suma convenida (véase el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades") pues el importe pagadero por ese concepto se evalúa después de ocurrido un incumplimiento para indemnizar las pérdidas comprobadas que ha sufrido la parte agraviada; por otra parte, la obligación en virtud de cláusulas para el pago de una suma convenida consiste en el pago de una suma de dinero convenida en el momento de celebrarse el contrato y pagadera por la parte que no cumpla una obligación sin necesidad de que la parte agraviada acredite la pérdida. La cuestión de intereses, que consisten en una suma pagadera por la parte que no ha pagado a la otra el dinero que le debía, se examina en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 53 a 56.

5. Además de los derechos eventuales a los daños y perjuicios o al pago de una suma convenida que le otorgue el contrato, el adquirente puede procurarse alguna forma de garantía que le permita resarcirse en el caso de incumplimiento del contratista. Esta garantía se examina en el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 10 a 12. Las partes pueden asimismo tomar un seguro para obtener protección financiera en caso de incumplimiento de la otra parte (véase el capítulo XVI, "Seguro", párrafo 28). Las demás acciones disponibles en caso de incumplimiento se analizan en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento".

6. El contrato o la ley aplicable al mismo pueden disponer que una de las partes indemnizará a la otra aun cuando no haya habido incumplimiento por parte de quien paga la indemnización. En esta *Guía* figuran ejemplos de esa situación. Así, esa indemnización la pagará un adquirente que suspende o resuelve el contrato por propia conveniencia (véase el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafos 15 y 16, y el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafos 34 y 35).

## C. Obligación de indemnizar por daños y perjuicios

### 1. *Tipos de pérdidas*

7. Puede que las partes deseen estipular que la parte agraviada tiene derecho al resarcimiento de toda pérdida causada por un incumplimiento, salvo ciertos tipos de pérdidas que se excluyen expresamente (véanse los párrafos 9 a 12, *infra*). Otro criterio puede ser estipular que la parte agraviada sólo tiene derecho al resarcimiento de ciertos tipos de pérdidas expresamente mencio-

nados en el contrato. Disposiciones de una u otra índole pueden también servir para limitar los daños y perjuicios resarcibles (véase la sección 5, *infra*). Los tipos de pérdidas que las partes tal vez deseen tener en cuenta al formular disposiciones relacionadas con el resarcimiento de daños y perjuicios son los siguientes:

*a)* una disminución del valor de los haberes de la parte agraviada no suministrados por la otra, por ejemplo, daños causados a los bienes de una parte, que no hayan sido suministrados por la otra parte, resultantes de defectos en el equipo suministrado o en la construcción efectuada por la otra;

*b)* gastos razonablemente efectuados por la parte agraviada que habrían sido innecesarios de haber cumplido sus obligaciones la otra parte, por ejemplo, salarios pagados al personal que hubiese contratado el contratista para iniciar la construcción durante un período en el que la construcción no pudo iniciarse porque el adquirente no entregó el emplazamiento;

*c)* pagos que la parte agraviada hace a un tercero por estar obligada a efectuarlos a raíz del incumplimiento de la otra parte;

*d)* el lucro que habría obtenido la parte agraviada si el contrato se hubiera cumplido fielmente.

8. Suele ser difícil determinar el monto del lucro cesante; además, este monto podría llegar a ser muy elevado. De ahí que los contratistas se manifiesten renuentes a asumir una responsabilidad ilimitada por el lucro cesante. Además, esa responsabilidad ilimitada puede no ser asegurable. Un criterio para limitar la responsabilidad puede ser estipular en el contrato una cláusula para el pago de una suma convenida en resarcimiento del lucro cesante (véase el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades"). Otro criterio puede consistir en restringir la responsabilidad por lucro cesante únicamente a ciertos casos de demora o cumplimiento imperfecto. Un tercer criterio puede ser el de que el contrato limite la indemnización por lucro cesante a cierto monto o al lucro cesante durante determinado período después del incumplimiento.

### 2. *Pérdidas imprevisibles*

9. Puede que las partes deseen excluir toda indemnización a la parte agraviada por pérdidas que no cabía razonablemente esperar que previese la parte que no cumple. El momento indicado para determinar la previsibilidad puede ser el de la celebración del contrato o la fecha del incumplimiento. El primero puede justificarse aduciendo que, cuando se celebró el contrato, la parte que no cumple asumió los riesgos de pérdidas que podía razonablemente haber previsto en ese momento como consecuencia de su incumplimiento. A causa de la larga duración y el carácter complejo del contrato de obras, sin embargo, muchas pérdidas que ocurren no se pueden prever al celebrarse el contrato. En consecuencia, puede ser adecuado fijar la fecha en que se produce el incumplimiento como el momento indicado para determinar la previsibilidad. Esa estipulación ampliaría el alcance del resarcimiento, pues cierto tipo de pérdida podría ser previsible entre la fecha de celebración del contrato y la del incumplimiento. No obstante, el último método adolece del inconveniente de que, tratándose de casos distintos de la demora, podría a veces ser difícil establecer la fecha del incumplimiento.

10. Puede que las partes deseen aclarar en el contrato el aspecto de las pérdidas que deben preverse para que haya obligación de indemnizar. Por ejemplo, pueden estipular que el aspecto que debe preverse es el tipo de pérdida sufrida (véase el párrafo 7, *supra*). O bien pueden disponer que el aspecto que ha de preverse es el monto de la pérdida y que ningún daño o perjuicio que rebase esa suma será resarcible[1].

### 3. *Pérdidas remotamente relacionadas con el incumplimiento*

11. Como resultado de un incumplimiento, la parte agraviada puede sufrir pérdidas cuyo nexo causal con el incumplimiento sea remoto. Casi todos los ordenamientos jurídicos prevén normas para determinar cuándo la indemnización por pérdidas no procede debido a que son demasiado indirectas. Puede que las partes deseen, pues, dejar esta cuestión sometida a las normas de la ley aplicable al contrato. Además, si las partes han identificado clases específicas de pérdidas que desean excluir de la indemnización porque resultarían demasiado remotas, pueden estipularlo así.

12. Las partes tratan a veces de resolver la cuestión de excluir la indemnización de pérdidas remotamente relacionadas con el incumplimiento estipulando que no procede indemnización por pérdidas "indirectas" o "consecuenciales". No obstante, los términos "indirectas" y "consecuenciales" son vagos y podrían suscitar interpretaciones divergentes. De aquí que convenga que las partes no adopten este criterio, salvo que la ley aplicable al contrato los utilice para resolver la cuestión de excluir la indemnización por causas remotas.

### 4. *Ganancias dimanadas del incumplimiento*

13. El incumplimiento puede significar algunas ganancias o ahorros a la parte agraviada (por ejemplo, puede ahorrarse ciertos gastos en la explotación de las instalaciones que habría efectuado de no mediar el incumplimiento). Las partes pueden estipular que esas ganancias o ahorros se deduzcan de las pérdidas al determinar el monto pagadero como indemnización. Las partes quizá deseen prever que la indemnización recibida con arreglo a una póliza que cubre pérdidas causadas por el incumplimiento no deba tenerse en cuenta, pues no se trata de una ganancia resultante del incumplimiento. Cabe advertir también que cuando la parte agraviada recibe del seguro la indemnización por las pérdidas sufridas, la reclamación por daños y perjuicios puede estar sujeta a subrogación por el asegurador, o a cesión a éste, en la medida en que se indemniza por las pérdidas. Si se reducen los daños pagaderos a la parte agraviada al monto del importe del seguro recibido por ésta se menoscabarían los derechos del asegurador contra la parte que no cumple y de ese modo se podría violar la póliza de seguro.

### 5. *Limitación del importe*

14. Puede que las partes deseen estudiar si el contrato ha de incluir un límite global al monto de los daños resarcibles por el contratista en concepto de todos sus posibles incumplimientos. La limitación de dicho importe puede traducirse en una suma fija. También se puede determinar el importe como un porcentaje

del precio de las instalaciones, como el importe resarcible por la parte que no cumple, con arreglo al seguro que cubre el incumplimiento, o como este último importe junto con un porcentaje del precio. En los contratos en que se ignora el precio exacto en el momento de su celebración (por ejemplo, un contrato de costos reembolsables) puede utilizarse una combinación de estos criterios, por ejemplo, limitando los daños y perjuicios a un porcentaje máximo o a un importe determinado. La cláusula para el pago de una suma convenida puede asimismo servir como limitación a la cuantía de la indemnización (véase el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades", párrafo 3). No obstante, las partes pueden desear que se estipule que la limitación del importe contenida en el contrato no se aplica si ocurren ciertos tipos de incumplimiento (por ejemplo, si el incumplimiento consiste en un acto u omisión ejecutado con la intención de ocasionar pérdidas, o imprudentemente y a sabiendas de que probablemente resultaría una pérdida).

### 6. *Reducción de las pérdidas*

15. Las normas imperativas de la ley aplicable suelen exigir a la parte agraviada que procure reducir las pérdidas resultantes del incumplimiento. Si la ley aplicable no contiene esas normas, o si éstas no son aplicables a un contrato de obras, puede que las partes deseen estipular en el contrato que la parte agraviada debe procurar reducir sus pérdidas. El contrato puede además estipular que, si la parte agraviada no cumple su obligación de reducir sus pérdidas, dicha parte perderá el derecho a resarcirse de pérdidas que pudieron evitarse de haber cumplido esta obligación. No obstante, la parte agraviada puede ser obligada con arreglo al contrato a tomar únicamente las medidas que cabe razonablemente esperar reduzcan las pérdidas y que sea razonable para una parte en su posición adoptar (por ejemplo, no necesita adoptar ninguna medida que haga peligrar su propia reputación comercial o que resulte demasiado onerosa). Si la parte agraviada toma medidas razonables puede tener derecho, sin perjuicio de las limitaciones contenidas en el contrato o impuestas por la ley aplicable al contrato, al resarcimiento de sus pérdidas, incluidos los gastos razonablemente efectuados al tomar esas medidas. Puede corresponderle ese derecho aun cuando las medidas adoptadas no hayan tenido éxito[2].

## D. Daños a terceros y a sus bienes

16. Una construcción deficiente puede provocar la muerte o lesiones corporales a los empleados del adquirente o a otros terceros, o daños en sus bienes. En tales casos, las cuestiones relativas a la indemnización por daños y perjuicios a terceros son complejas y pueden no regirse por las normas de la ley aplicable al contrato que regulan la responsabilidad contractual, sino más bien por las normas jurídicas aplicables que rigen la responsabilidad extracontractual. Estas últimas suelen ser imperativas. Además, el contrato no puede limitar la obligación del contratista o del adquirente de indemnizar a terceros que no sean partes en el contrato. Puede que las partes deseen estipular la distribución de los riesgos entre ellas en concepto de daños y perjuicios pagaderos a terceros por muerte, lesiones corporales o por daños en sus bienes, en la medida en que esta distribución no se rija por normas jurídicas imperativas. Asimismo, puede que las partes deseen estipular un seguro contra esos riesgos (véase el capítulo XVI, "Seguro", párrafo 36).

17. Si una persona sufre lesiones corporales o daños en sus bienes a raíz de la construcción, y entabla una reclamación contra el adquirente, el contrato puede obligar al contratista a indemnizar al adquirente en la medida de la responsabilidad de este último. Por el contrario, el contrato puede establecer la obligación de indemnizar sólo si las lesiones o los daños se debieron a que el contratista no empleó la pericia y el cuidado necesarios en la construcción de las instalaciones. El capítulo XI, "Subcontratación", párrafos 27 y 28, se ocupa del grado en que el contratista puede estar obligado a indemnizar al adquirente por reclamaciones derivadas de la construcción efectuada por subcontratistas empleados por el contratista.

18. El adquirente contra quien se interpone una demanda por lesiones o daños en los bienes de un tercero puede estar obligado a notificar esa demanda al contratista, por lo menos en aquellos casos en que se propone invocar el derecho a la indemnización del contratista (véase el párrafo precedente). El contratista puede estar facultado, si así lo desea, para participar en todas las negociaciones conducentes a zanjar la reclamación y a sumarse a cualquier vía legal que se inicie, en la medida en que lo permita la ley del país donde se entable la acción.

### E. Moneda de pago de la indemnización por daños y perjuicios

19. Como principio general, el contrato puede exigir que los daños y perjuicios se paguen en la misma moneda que el precio. No obstante, en algunos casos, sobre todo si el precio debe pagarse en una moneda no libremente convertible, el contrato puede estipular que los daños y perjuicios se abonen en la moneda en que se han sufrido las pérdidas (por ejemplo, si, como resultado del incumplimiento, la parte agraviada está obligada a resarcir a un tercero en un país de moneda libremente convertible, los daños y perjuicios correspondientes al pago de esa indemnización pueden ser cobrados por la parte agraviada en esa misma moneda).

*Notas del capítulo XX:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"Sin perjuicio de las demás disposiciones del contrato, se resarcirá de los daños y perjuicios [únicamente respecto de una clase de pérdidas] [únicamente por la cuantía de la pérdida] que la parte responsable del incumplimiento haya previsto o que sea razonable que previese en el momento de [celebrarse el contrato] [no cumplirse el contrato] a la luz de los hechos de que tuvo o cabía razonablemente esperar que tuviese conocimiento en ese momento, como posible consecuencia del incumplimiento."

[2]*Ejemplo de disposición*

"La parte que sufre una pérdida como resultado del incumplimiento de la otra parte debe adoptar todas las medidas que pueda razonablemente esperarse que adopte para reducir la pérdida. Si no adopta esas medidas, no se le resarcirá de cualquier pérdida que hubiera podido impedirse con esas medidas. Si adopta esas medidas, tendrá, con sujeción a las limitaciones sobre resarcimiento previstas en este contrato, derecho a que se le indemnice íntegramente por su pérdida, incluidos los gastos que haya razonablemente efectuado al adoptar esas medidas, aun si ellas no surtieron el efecto de reducir la pérdida."

# Capítulo XXI. Cláusulas de exoneración


RESUMEN

En el curso de la construcción, pueden ocurrir hechos que impidan a una parte cumplir sus obligaciones contractuales. El presente capítulo trata de las cláusulas con arreglo a las cuales la parte que no cumple una obligación contractual debido a un impedimento queda exonerada de ciertas consecuencias jurídicas del incumplimiento. Convendría al adquirente que el alcance de la cláusula de exoneración se limitara tanto en lo que respecta a los hechos que constituyen impedimentos exonerantes como a las consecuencias jurídicas de esos impedimentos. Puede que las partes deseen conferir a ambos contratantes la facultad de invocar una cláusula de exoneración (párrafos 1 a 4).

En algunos ordenamientos jurídicos las normas sobre la exoneración de las consecuencias jurídicas de un incumplimiento pueden llevar a resultados incompatibles con las circunstancias y necesidades del comercio internacional. En consecuencia, puede que las partes deseen incluir en el contrato una cláusula de exoneración que defina los impedimentos exonerantes y determine sus consecuencias jurídicas (párrafos 5 a 7).

Para limitar el alcance de una cláusula de exoneración, puede que las partes deseen prever que la parte que no cumpla queda exonerada únicamente del pago de daños y perjuicios o de una suma convenida a la otra parte (párrafo 8).

Las partes podrían también limitar el ámbito de la cláusula de exoneración adoptando una definición restringida de los impedimentos exonerantes. Un criterio puede ser prever sólo una definición general de los impedimentos exonerantes (párrafos 10 a 12). Otro criterio puede ser formular una definición general junto con una lista ilustrativa o taxativa de hechos que se consideren impedimentos exonerantes, o una lista de hechos que deban considerarse impedimentos exonerantes, estén comprendidos o no en la definición general (párrafos 13 a 16). Un tercer criterio puede consistir en confeccionar una lista taxativa de hechos que se consideren impedimentos exonerantes sin una definición general (párrafo 17). Puede que las partes deseen considerar diversos tipos de hechos que deban incluirse en una lista de impedimentos exonerantes (párrafos 18 a 22).

El ámbito de una cláusula de exoneración podría aclararse mejor excluyendo expresamente algunos hechos que de otro modo quedarían comprendidos en el alcance de la cláusula. Puede que las partes deseen examinar si determinados actos de un Estado o de órganos estatales, como la denegación o revocación de una licencia o aprobación, han de considerarse como impedimentos exonerantes (párrafos 23 y 24).

Puede que las partes deseen prever en el contrato las condiciones en las cuales un contratista queda exonerado cuando su incumplimiento se debe al de un tercero contratado por él (párrafos 25 y 26).

Conviene en el contrato obligar a la parte que invoque un impedimento exonerante a notificar por escrito el impedimento a la otra parte. En el contrato podría estipularse que la parte que omite hacer esa notificación pierde su derecho a invocar el impedimento exonerante. O bien podría estipularse que esa parte quedará facultada a invocar el impedimento exonerante, pero que tendrá que indemnizar a la otra parte por las pérdidas resultantes del incumplimiento. El contrato podría también exigir la verificación del impedimento para que sea admisible. Puede además, que las partes deseen disponer que, notificado un impedimento exonerante, han de reunirse y estudiar las medidas procedentes para evitar o limitar los efectos del impedimento (párrafos 27 y 28).

## A. Observaciones generales

1. En el curso de la construcción, pueden ocurrir hechos que impidan a una de las partes cumplir sus obligaciones contractuales. Estos impedimentos pueden ser de índole física, como un desastre natural, o de índole jurídica, como una reforma de la legislación en el país del adquirente después de celebrado el contrato que imposibilita utilizar cierto equipo determinado en el contrato. Los impedimentos pueden hacer imposible para una de las partes el cumplimiento de sus obligaciones ya sea permanentemente o sólo transitoriamente. Es posible que en virtud de la ley aplicable al contrato un impedimento de carácter permanente dé lugar a la resolución del contrato.

2. Un contrato de obras puede contener diversos tipos de disposiciones para hacer frente a impedimentos del cumplimiento. El presente capítulo se refiere a las cláusulas por las cuales la parte que no cumple una obligación contractual debido a un impedimento queda exonerada de ciertas consecuencias jurídicas del incumplimiento. Los impedimentos que dan lugar a esa exoneración se denominan en esta *Guía* "impedimentos exonerantes". La parte que se enfrenta con un impedimento para cumplir podría también tener otros derechos con arreglo al contrato. Por ejemplo, el adquirente podría estar facultado a modificar, mediante una cláusula de modificación (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafos 5 a 19), la estipulación contractual afectada por el impedimento; podría autorizarse a la parte a rescindir el contrato (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafo 22), o podría tener derechos en virtud de una cláusula de gravosidad (para la relación entre las cláusulas de gravosidad y las cláusulas de exoneración, véase el capítulo XXII, "Cláusulas de gravosidad", párrafo 2).

3. Si bien el adquirente debe por lo común cumplir sólo una obligación principal (por ejemplo, pagar el precio), el contratista de ordinario ha de cumplir una serie de obligaciones principales en el curso de la construcción de las instalaciones. Por consiguiente, el contratista tendrá más interés en una cláusula de exoneración que el adquirente. Sin embargo, para el adquirente las consecuencias financieras de un incumplimiento del contratista podrían ser graves. Por eso, sería de interés para el adquirente que el ámbito de la cláusula de exoneración fuera limitado, tanto en cuanto a los hechos constitutivos de impedimentos exonerantes (véanse los párrafos 9 a 23, *infra*) como a las consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes (véase el párrafo 8, *infra*).

4. Aun cuando es más probable que resulte afectado por un impedimento el cumplimiento del contratista que el cumplimiento del adquirente, podrían darse casos en los que un impedimento afectara el cumplimiento del adquirente. Este podría, por ejemplo, verse imposibilitado por un impedimento de índole jurídica de hacer un pago al contratista, o bien podría encontrarse imposibilitado por un impedimento físico para cumplir ciertas obligaciones de construcción limitadas que haya contraído. Por lo tanto, puede que las partes deseen estar facultadas ambas para invocar la cláusula de exoneración.

5. Muchos ordenamientos jurídicos consignan normas por las cuales la parte que no cumple una obligación contractual queda exonerada de ciertas consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Pero esas normas pueden provocar resultados incompatibles con las circunstancias y necesidades del comercio internacional. Por consiguiente, puede que las partes deseen incluir en su contrato una cláusula de exoneración que defina los impedimentos exonerantes y especifique las consecuencias jurídicas de tales impedimentos. Al configurar una cláusula de exoneración, las partes deben considerar si, y en qué medida, las normas imperativas de la ley aplicable al contrato limitan su facultad para hacerlo. Es conveniente que las partes tengan en cuenta que si utilizan en la cláusula la misma terminología en relación con la exoneración que la que emplea la ley aplicable al contrato, a menudo, se producirán ciertas consecuencias jurídicas que pueden ser incompatibles con sus intenciones.

6. Los distintos ordenamientos jurídicos, al tratar el tema de la exoneración, difieren acerca de los fundamentos teóricos del tema y la terminología utilizada. En relación con las exoneraciones en el contexto de los contratos de compraventa, estas diferencias han sido conciliadas por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), artículo 79[1]. El criterio adoptado en esa Convención ha procurado tener en cuenta las circunstancias particulares y las necesidades del comercio internacional. Las partes quizá estimen que ese criterio es una guía útil para formular una cláusula de exoneración en el contrato de obras. El análisis que contiene el presente capítulo de las consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes y la definición de los impedimentos exonerantes (secciones B y C, *infra*, respectivamente) se basa en el criterio adoptado en esa Convención.

7. El problema de la exoneración, y su relación con las acciones por incumplimiento, repercute en algunas otras cuestiones analizadas en esta *Guía*. El examen de estos problemas se atiene al criterio adoptado en este capítulo con respecto a las exoneraciones. En la medida en que las partes adopten un criterio diferente, es posible que el examen de esas otras cuestiones, y los criterios sugeridos para tratarlas, no sean pertinentes.

## B. Consecuencias jurídicas de los impedimentos exonerantes

8. Puede que las partes deseen prever que aquella que no cumple debido a un impedimento exonerante quedará exenta del pago de daños y perjuicios o de una suma convenida a la otra parte. Si las partes desean tratar otras acciones resultantes del incumplimiento de modo distinto a como pudieran originarse del contrato o de la ley aplicable, como el cumplimiento forzoso (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento") o la

resolución del contrato (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato"), deberán estipularlo así en el contrato. Toda alusión a impedimentos exonerantes en esta *Guía* supone que la exoneración se refiere únicamente al pago de daños y perjuicios o de una suma convenida, y no a otras acciones resultantes del incumplimiento. Otras consecuencias jurídicas que pueden preverse en el contrato en los casos de impedimentos exonerantes se examinan en otros capítulos (véase, por ejemplo, el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 53).

## C. Definición de los impedimentos exonerantes

9. Las partes podrían también limitar el ámbito de la cláusula de exoneración adoptando una definición restringida de los impedimentos exonerantes. Al definir los impedimentos exonerantes, pueden adoptar uno de los criterios siguientes:

*a)* estipular únicamente una definición general de los impedimentos exonerantes;

*b)* combinar una definición general con una lista de impedimentos exonerantes;

*c)* estipular sólo una lista taxativa de impedimentos exonerantes.

### 1. *Definición general de los impedimentos exonerantes*

10. Una definición general de los impedimentos exonerantes permitiría a las partes asegurarse de que todo hecho con las características enunciadas en la definición se considerará como impedimento exonerante. Este criterio evitaría la necesidad de compilar una lista de impedimentos exonerantes, así como el riesgo de excluir de la lista hechos que las partes habrían calificado de impedimentos exonerantes. Por otro lado, podría ser difícil en algunos casos determinar si un hecho dado está comprendido o no en la definición general. Las partes quizá deseen estudiar la posibilidad de incluir los siguientes elementos en una definición general.

11. Como primer elemento, puede que las partes deseen estipular que el cumplimiento de una obligación contractual deberá resultar imposible por un impedimento físico o jurídico (véase el párrafo 1, *supra*), y no, por ejemplo, tan sólo resultar difícil o más oneroso. Puede que las partes deseen disponer que si el impedimento imposibilita a una de las partes el cumplimiento de su obligación durante un período transitorio, quedará exonerada respecto del incumplimiento sólo durante ese período.

12. Como elemento complementario, puede que las partes deseen que se establezca que el impedimento ha de ser ajeno a la voluntad de la parte que no cumple y que no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias[2].

## 2. *Definición general seguida de una lista de impedimentos exonerantes*

13. Una definición general de impedimentos exonerantes podría ir seguida bien de una lista ilustrativa o bien de una lista taxativa de hechos que han de considerarse como impedimentos exonerantes[3]. Este criterio combinaría la flexibilidad que brinda una definición general con la certidumbre dimanada de la especificación de los impedimentos exonerantes.

### a) *Definición general seguida de una lista de carácter ilustrativo*

14. A fin de aclarar el alcance de la definición general pueden escogerse los ejemplos de impedimentos exonerantes que han de incluirse en una lista de carácter ilustrativo. Semejante criterio podría orientar a las partes y a las personas o tribunales que dirimen controversias según el contrato acerca del alcance previsto de la definición general. Además, aseguraría que los hechos enunciados en la lista se calificaran de impedimentos exonerantes si reunieran los requisitos mencionados en la definición general.

### b) *Definición general seguida de una lista taxativa*

15. Una definición general de impedimentos exonerantes podría ir acompañada de una lista taxativa de hechos que han de considerarse como impedimentos exonerantes si reúnen los requisitos contenidos en la definición general. Puede no ser aconsejable una lista taxativa, salvo que las partes estén seguras de que pueden prever y enumerar todos los hechos que desean calificar de impedimentos exonerantes.

### c) *Definición general seguida de una lista complementaria de impedimentos exonerantes estén o no comprendidos en la definición*

16. Una definición general de impedimentos exonerantes podría ser seguida de una lista de hechos que se califican de impedimentos exonerantes estén o no comprendidos en la definición general. Este criterio puede ser útil cuando las partes optan por una definición general estricta de impedimentos exonerantes, pero desean que ciertos hechos no comprendidos en el ámbito de esa definición se consideren impedimentos exonerantes. Como estos hechos constituirían impedimentos exonerantes independientemente de la definición general, las observaciones formuladas en el párrafo 17, *infra*, relativas a las salvaguardias que pueden adoptarse cuando se incluye una lista de impedimentos exonerantes sin una definición general, también son aplicables en este caso.

## 3. *Lista taxativa de impedimentos exonerantes sin una definición general*

17. Es posible que una cláusula de exoneración sencillamente consigne una lista taxativa de hechos que se consideran impedimentos exonerantes, sin una definición general. Este enfoque ofrece el inconveniente de no aportar requisitos generales que los hechos enumerados deben reunir para que se les califique de impedimentos exonerantes. Si se adopta este método, sería recomendable que las partes determinasen para cada hecho los requisitos que han de cumplirse para que se le califique de impedimento exonerante. Por ejemplo, si las partes desean mencionar la "guerra" o las "actividades

militares" como impedimento exonerante (véase el párrafo 20, *infra*), convendría especificar, por ejemplo, si es suficiente la iniciación de hostilidades que afecten al país donde está situado el emplazamiento o si las hostilidades deben producirse o debe ser probable que se produzcan en el emplazamiento.

### 4. *Posibles impedimentos exonerantes*

18. Si las partes consignan en la cláusula de exoneración una lista de hechos que han de considerarse como impedimentos exonerantes, con una definición general o sin ella, quizá deseen estudiar la conveniencia de incluir algunos de los siguientes hechos en la lista.

19. *Desastres naturales.* Los desastres naturales como tormentas, ciclones, inundaciones o tempestades de arena pueden ser condiciones normales en una determinada época del año en el emplazamiento. En esos casos, el contrato podría prohibir a una parte invocarlos como impedimentos exonerantes (véase el párrafo 12, *supra*).

20. *La guerra (declarada o no) u otras actividades militares.* Puede resultar difícil a las partes determinar si una guerra o actividades militares concretas admiten la calificación de impedimento para cumplir una obligación. Por ejemplo, los ataques aéreos frecuentes cerca del emplazamiento de la construcción pueden crear un riesgo grave para la seguridad de los empleados del contratista, pero sin que en realidad les impidan proseguir la construcción. Además, cabe la posibilidad de que una parte eluda un bloqueo militar burlando éste, pero al hacerlo podría arrostrar un grave riesgo. Puede ser aconsejable, pues, especificar claramente cuándo una guerra u otras actividades militares se consideran que impiden el cumplimiento (véase, por ejemplo, el párrafo 17, *supra*).

21. *Huelgas, boicoteos, huelgas de celo y ocupación de fábricas o locales por parte de los trabajadores.* Puede que las partes deseen examinar si, y en qué medida, estos hechos han de considerarse como impedimentos exonerantes. Por un lado, esos hechos podrían en sentido propio impedir al contratista el cumplimiento. Por otro, las partes podrían estimar que no conviene que una de ellas quede exonerada de las consecuencias del incumplimiento de una obligación cuando éste dimana de la conducta de sus propios empleados. Además, puede ser difícil determinar si las huelgas de empleados u otros conflictos laborales son o no evitables por una de las partes, así como las medidas que cabría razonablemente esperar que esa parte adoptara para evitarlas o poner fin a la huelga o conflicto (por ejemplo, accediendo a las peticiones de los huelguistas). A ese respecto, las partes tal vez deseen estipular que sólo las huelgas que no emanen de las relaciones laborales entre las partes y sus empleados (por ejemplo, huelgas de solidaridad) han de considerarse como impedimentos exonerantes. Si, según el contrato, el contratista está obligado a emplear personal del adquirente, una huelga de ese personal podría en casos apropiados estimarse como un impedimento exonerante para el contratista.

22. *Escasez de materias primas necesarias para la construcción.* Puede que las partes estudien si esto ha de considerarse como un impedimento exonerante. Podrían, por ejemplo, tratar de obligar al contratista a adquirir oportunamente las materias primas e impedirle valerse de una exoneración si no lo hace. En algunos casos, el contratista puede no recibir los materiales oportunamente

debido a un retraso de parte del proveedor. Para esos casos, sin embargo, convendría que el contratista se asegurara en su contrato con el proveedor de que podrá reclamar daños y perjuicios contra éste por la demora.

### 5. *Exclusión de algunos hechos*

23. Cualquiera que sea el enfoque adoptado para definir los impedimentos exonerantes, las partes pueden desear aclarar todavía más el alcance de una cláusula de exoneración excluyendo expresamente algunos hechos que de otro modo cabría considerar comprendidos en la cláusula. Por ejemplo, puede que las partes deseen prohibir a una de ellas que pida una exoneración si está imposibilitada para cumplir debido a su propia situación financiera adversa. Puede que deseen asimismo considerar la posibilidad de excluir de los impedimentos exonerantes hechos que ocurran después de un incumplimiento del contrato por una de las partes y que, de no mediar el incumplimiento, no habrían imposibilitado a dicha parte cumplir sus obligaciones.

24. Puede que las partes deseen examinar si determinados actos de un Estado o de órganos del Estado han de considerarse como impedimentos exonerantes. Posiblemente se exija a una de las partes que obtenga una licencia u otra aprobación oficial para el cumplimiento de algunas de sus obligaciones. El contrato podría disponer que si la licencia o aprobación es rehusada por un órgano estatal, o si se otorga pero más tarde se revoca, la parte obligada a obtener la licencia o aprobación no puede invocar el rechazo o la revocación como impedimento exonerante. Las partes podrían considerar equitativo que la pérdida causada por el incumplimiento resultante de la falta de la licencia o aprobación la soporte aquella que tenía el deber de obtenerla, pues esa parte contrajo sus obligaciones a sabiendas de la necesidad de obtener la licencia o la aprobación y de la posibilidad de que se le negara. Además, podría ser difícil a la otra parte determinar si las medidas adoptadas para obtener la licencia o aprobación fueron razonables (véase el párrafo 12, *supra*). Puede que las partes deseen tomar nota de que, con arreglo a algunos ordenamientos jurídicos, si una licencia o aprobación no es otorgada, el contrato es nulo, y las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la parte que debía obtener la licencia o aprobación se determinarán según la ley aplicable.

### 6. *Incumplimiento imputable a un tercero contratado por el contratista*

25. Es usual en un contrato de obras que el contratista recurra a terceros (por ejemplo, a subcontratistas) para que cumplan algunas de sus obligaciones contractuales (véase el capítulo XI, "Subcontratación"). Si el contratista no cumple la obligación según el contrato de obras debido al incumplimiento de un tercero, surge la cuestión de si, y hasta qué punto, el contratista queda exonerado del pago de daños y perjuicios al adquirente por ese incumplimiento.

26. En general, las partes pueden estimar conveniente prever que si el contratista recurre a un tercero para que cumpla una obligación contractual eso no disminuye ni elimina la responsabilidad del contratista frente al adquirente por el incumplimiento de esa obligación (véase el capítulo XI, "Subcontratación", párrafos 27 y 28). Consecuentes con ese enfoque, puede que las partes deseen disponer que el contratista quedará exonerado del pago de daños y

perjuicios cuando su incumplimiento se deba al de un tercero contratado por él únicamente si se cumplen dos condiciones: en primer lugar, si se cumplen los requisitos para exonerar al contratista con arreglo a la cláusula de exoneración en el contrato de obras (por ejemplo, si el incumplimiento del tercero fue inevitable y no cabía razonablemente esperar que el contratista tuviese en cuenta el incumplimiento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias); y, en segundo lugar, si el tercero estuviera exonerado con arreglo a la cláusula de exoneración en el contrato de obras si esa cláusula figurara en el contrato entre el contratista y el tercero[4].

## D. Notificación de los impedimentos

27. Conviene que el contrato obligue a la parte que invoca un impedimento exonerante a notificar por escrito el impedimento a la otra parte sin retraso indebido una vez que aquélla supo o cabía razonablemente esperar que supiera la existencia del impedimento. Esta notificación podría facilitar la adopción de medidas por la otra parte para mitigar las pérdidas causadas o que probablemente ocasione el incumplimiento. El contrato podría exigir que la notificación especifique los detalles del impedimento, junto con la prueba de que el cumplimiento de la parte se ve impedido, o es probable que resulte impedido y, de ser posible, la duración prevista del impedimento. Podría también exigirse a la parte que invoca el impedimento exonerante que mantenga a la otra parte informada de todas las circunstancias que podrían ser pertinentes para una evaluación del impedimento y sus efectos, así como que notifique a la otra parte de la cesación del impedimento. El contrato podría disponer que la parte que omita notificar oportunamente a la otra el impedimento exonerante pierde su derecho a invocarlo. O bien que cuando una de las partes no efectúe oportunamente la notificación requerida no pierde el derecho a invocar la cláusula, pero tiene la obligación de indemnizar a la otra parte por las pérdidas resultantes del incumplimiento. El contrato podría también exigir que el impedimento de que se trate ha de ser verificado, por ejemplo, por una autoridad pública, un notario público, un consulado o una cámara de comercio del país en que ocurre el impedimento.

28. Además, puede que las partes deseen estipular que, al notificarse un impedimento exonerante, han de celebrar una reunión y considerar las medidas que cabe tomar para contrarrestar o limitar los efectos del impedimento y evitar o mitigar cualquier pérdida causada por éste. Entre estas medidas podría figurar la modificación de la obligación contractual afectada por el impedimento (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción"), o, en ciertos casos, la renegociación del contrato (véase el capítulo XXII, "Cláusulas de gravosidad").

*Notas del capítulo XXI:*

[1]*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.81.IV.3.

[2]*Ejemplo de disposición*
(Definición general de impedimentos exonerantes)

"1) Una parte quedará exonerada del pago de daños y perjuicios, o de una suma convenida, por el incumplimiento de una obligación prevista en el presente contrato si prueba que el incumplimiento se debió a un impedimento físico o jurídico ajeno a su voluntad y que no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

"2) La parte quedará exonerada del pago de daños y perjuicios o de una suma convenida, según el párrafo precedente, por el incumplimiento sólo durante el período en que su cumplimiento se vio imposibilitado por el impedimento."

[3]*Ejemplo de disposición*
(Definición general seguida de una lista ilustrativa o taxativa)

"1) [Como en la nota 2, párr. 1)]

"2) [*Lista ilustrativa*]: Los siguientes son ejemplos de hechos que se califican de impedimentos exonerantes, siempre que reúnan los requisitos enunciados en el párrafo 1), *supra*: . . .

[*Lista taxativa*]: Los siguientes hechos se calificarán de impedimentos exonerantes según el párrafo 1), *supra*, siempre que reúnan los requisitos enunciados en ese párrafo; y únicamente esos hechos se conceptuarán de tales: . . .

"3) [Como en la nota 2, párr. 2)]."

[4]*Ejemplo de disposición*

"Si el incumplimiento de una de las partes se debe al incumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución de esa obligación, esa parte sólo quedará exonerada con arreglo al párrafo 1), *supra*:

"a) si, con respecto a esa parte, se reúnen los requisitos enunciados en el párrafo 1); y

"b) si el tercero estaría exonerado en el caso de que le fueran aplicables las disposiciones del párrafo 1)."

# Capítulo XXII. Cláusulas de gravosidad


RESUMEN

El término gravosidad se utiliza para describir un cambio de los factores económicos, financieros, jurídicos o tecnológicos que ocasione un grave perjuicio económico a una parte contratante, por el que se dificulta el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. La cláusula de gravosidad suele definir el concepto de gravosidad y prever la renegociación del contrato a fin de adaptarlo a la nueva situación creada por la gravosidad (párrafo 1). Estas cláusulas no deben confundirse con las de exoneración (párrafo 2).

Cabe citar entre las ventajas de la cláusula de gravosidad que el proceso de renegociación en ella previsto puede evitar los trastornos que ocasionaría el incumplimiento de la parte afectada por las nuevas circunstancias. Esta cláusula puede facilitar además esa renegociación al proporcionar un marco para la misma (párrafo 3).

La cláusula de gravosidad presenta, sin embargo, ciertas desventajas que pueden contrarrestar las ventajas anteriormente mencionadas. La posibilidad de una renegociación da cierta inestabilidad al contrato, la definición de gravosidad tiende a ser imprecisa y ambigua, y la inclusión de esta cláusula puede abrir la puerta a la alegación fraudulenta de una supuesta gravosidad para evitar el cumplimiento de alguna obligación (párrafo 4). La cláusula de gravosidad puede ser, además, particularmente desventajosa para el adquirente, ya que el contratista suele tener más oportunidades que el adquirente para invocar esta cláusula (párrafo 5). La *Guía* se ocupa de otras cláusulas que pueden incluirse en el contrato y que podrían aplicarse a un cambio de circunstancias que ocasione algún perjuicio económico grave a una de las partes. El adquirente tal vez desee considerar si con la inclusión de esas cláusulas resulta innecesaria la cláusula de gravosidad (párrafo 6).

Si, a pesar de sus inconvenientes, las partes desean incluir una cláusula de gravosidad en el contrato, sería aconsejable que se redacte en términos que disminuyan la incertidumbre que podría surgir respecto a las obligaciones de las partes. Tal vez resulte aceptable que la cláusula, además de definir el concepto de gravosidad, incluya una lista de eventos que habrán de darse, individual o conjuntamente, para que una parte pueda invocar la cláusula (párrafos 7 y 12). Se puede adoptar una definición restrictiva de la gravosidad según la cual no se daría gravosidad si no concurren todos los elementos necesarios (párrafos 8 a 11). Puede que las partes deseen imponer alguna otra limitación al derecho de invocar la cláusula de gravosidad, pues cualquier limitación contribuiría a reducir el riesgo de inestabilidad que esa cláusula introduce en el contrato (párrafo 13).

Puede que las partes deseen decidir si quedarán obligadas, en el evento de gravosidad, solamente a participar en la renegociación del contrato con miras a su posible adaptación o a adaptarlo por medio de esa renegociación (párrafo 14).

Las partes tal vez deseen prever algún procedimiento para facilitar la renegociación (párrafos 15 a 17). El contrato puede también fijar el momento en que se habrá de considerar que no hay acuerdo en la renegociación para adaptar el contrato (párrafo 18).

Puede que las partes deseen facilitar la aplicación de la cláusula de gravosidad impartiendo directrices para llegar a una adaptación equitativa del contrato (párrafo 19). Puesto que las circunstancias que al cambiar ocasionaron la gravosidad pueden volver a cambiar y retornar a un estado similar al anterior, con el consiguiente descargo de la gravosidad, cabría prever en el contrato un procedimiento de readaptación del mismo para el supuesto de que las circunstancias retornen a su estado original (párrafo 20).

Puede que las partes deseen especificar la situación de sus respectivas obligaciones contractuales durante el proceso de renegociación. En aquellos casos en los que las partes únicamente se obliguen a renegociar el contrato, tal vez sea conveniente que dispongan que el cumplimiento de las obligaciones supuestamente gravosas ha de proseguir durante el proceso de la renegociación de conformidad con las condiciones primitivas del contrato (párrafo 21). En aquellos casos en los que las partes se obliguen a efectuar la adaptación del contrato mediante su renegociación, tal vez sea conveniente que dispongan que el cumplimiento de las obligaciones ha de proseguir tanto durante el proceso de renegociación como, de no llegarse a un acuerdo de adaptación, durante el subsiguiente proceso de solución de la controversia relativa a la adaptación del contrato. Cabría también adoptar la solución contraria por la que se convendría en el contrato que la parte que haya invocado la cláusula de gravosidad estaría facultada para interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones (párrafo 22).

Cuando las partes se obligan en el contrato a adaptar el contrato después de la renegociación, sería aconsejable prever en el contrato las consecuencias de la falta de acuerdo respecto a esa adaptación (párrafo 23).

## A. Observaciones generales

1. El término "gravosidad" se emplea en esta *Guía* para describir un cambio de los factores económicos, financieros, jurídicos o tecnológicos que ocasiona grave perjuicio económico a una de las partes contratantes, por lo que resulta más difícil el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. La cláusula típica de gravosidad consta de dos elementos básicos. En primer lugar, en ella se ha de definir el concepto de gravosidad y, en segundo lugar, se ha de prever el recurso a la renegociación para adaptar el contrato a la nueva situación que resulte de la gravosidad. Las consecuencias jurídicas de las cláusulas de gravosidad suelen diferir de un ordenamiento a otro. Si bien estas cláusulas han sido admitidas por algunos ordenamientos, otros las desconocen; en algunos ordenamientos no se ha puesto aún a prueba su validez ante los tribunales.

2. No deben confundirse las cláusulas de gravosidad con las de exoneración (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración"). La cláusula de gravosidad prevista en esta *Guía* se aplicaría a aquellos cambios de circunstancias que hacen más oneroso el cumplimiento de las obligaciones de una parte, sin impedir ese cumplimiento. La cláusula de exoneración considerada en esta *Guía* sería aplicable únicamente a aquellos cambios de circunstancias que impiden el cumplimiento. Por ejemplo, sería aplicable la cláusula de gravosidad al supuesto de una modificación, con posterioridad a la celebración del contrato,

de los reglamentos administrativos de protección del medio ambiente imponiendo requisitos más severos que aumenten considerablemente el costo de la construcción. En cambio, una cláusula de exoneración sería aplicable cuando esa modificación de los reglamentos impida proseguir la construcción. También diferirán las consecuencias jurídicas de la aplicación de cada uno de estos dos tipos de cláusula previstos en la *Guía*. Conforme a lo estipulado en la cláusula de gravosidad, el contrato habrá de renegociarse en el supuesto de producirse esa gravosidad (véase el párrafo anterior). Conforme a la cláusula de exoneración, si el incumplimiento de una obligación es atribuible a un impedimento exonerante, la parte agraviada se verá privada de ciertos derechos frente a la parte que haya incumplido y, en particular, no podrá reclamar daños y perjuicios.

3. La inclusión de una cláusula de gravosidad tiene la ventaja de que, si tiene lugar un cambio de circunstancias que ocasione un grave perjuicio económico a una de las partes, es posible que se eviten, mediante la renegociación del contrato, los trastornos que derivarían para la parte afectada por ese cambio de un incumplimiento de sus obligaciones. Pese a que nada impide que las partes procedan a renegociar el contrato incluso en ausencia de una cláusula de gravosidad, esa cláusula puede facilitar la renegociación al proporcionar un marco para la misma. Esta cláusula puede prever medidas que ayuden a lograr una adaptación equitativa (véase el párrafo 19, *infra*) y regular los derechos y obligaciones de las partes durante la renegociación (véanse los párrafos 15 a 17 y 21 y 22, *infra*).

4. La cláusula de gravosidad tiene, sin embargo, considerables desventajas que pueden contrarrestar las ventajas anteriormente mencionadas. La posibilidad de renegociar el contrato prevista en la cláusula de gravosidad imprime cierta inestabilidad al contrato. Además, la propia índole de la gravosidad hace que cualquier definición de la misma tienda a ser imprecisa y ambigua. Otras desventajas de la cláusula de gravosidad son que la renegociación puede dar lugar a una interrupción en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y que esta cláusula puede abrir la vía a reclamaciones fraudulentas aduciendo una supuesta gravosidad como excusa para evitar el cumplimiento de las obligaciones. Además, cuando las partes se obligan en la cláusula de gravosidad a adaptar el contrato mediante el proceso de renegociación (véase el párrafo 14, *infra*), y no llegan a un acuerdo respecto a esa adaptación, puede que resulte difícil efectuar la adaptación a través de alguno de los procedimientos previstos para la solución de controversias (véase el párrafo 23, *infra*).

5. La cláusula de gravosidad puede ser particularmente desventajosa para el adquirente. Mientras que el adquirente suele asumir una sola obligación básica (es decir, pagar el precio), el contratista habrá de cumplir diversas obligaciones en el curso de la construcción de las instalaciones. Al contratista se le presentarán, por ello, más oportunidades de invocar la cláusula de gravosidad que al adquirente. Por consiguiente, antes de consentir en la inclusión de una cláusula de gravosidad en el contrato, el adquirente debe examinar cuidadosamente los perjuicios que esa cláusula podría ocasionarle.

6. En esta *Guía* se examinan otras cláusulas que pueden incluirse en el contrato y que serían aplicables si se producen cambios de circunstancias con posterioridad a la celebración del contrato que ocasionen graves perjuicios económicos a una de las partes. De estas cláusulas, las que más se parecen por su finalidad a la cláusula de gravosidad son la cláusula de indización y la

cláusula de la moneda de pago. En la cláusula de indización se prevé la revisión del precio cuando varíe el costo de los bienes y servicios que ha de suministrar el contratista, y la cláusula de la moneda de pago prevé la revisión del precio cuando se modifique el tipo de cambio de la moneda en que haya de abonarse el precio con relación a una moneda de referencia (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 49 a 55, 58 y 59). Estas cláusulas tratan de cambios previsibles y que pueden definirse claramente por adelantado. Por consiguiente, en estas cláusulas se pueden especificar las modificaciones que se habrán de introducir en el contrato como consecuencia de esos cambios, por lo que no se ha de prever, como en la cláusula de gravosidad, la renegociación del contrato con la consiguiente incertidumbre respecto a su resultado. Cuando, como consecuencia de un cambio de circunstancias, el adquirente desee modificar el objetivo de la construcción, podrá hacerlo dentro de ciertos límites conforme a lo previsto en una cláusula de modificación (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción", párrafos 5 a 18). Cuando un cambio de circunstancias aconseje al adquirente suspender la construcción, el adquirente podrá efectuar esa suspensión a tenor de lo dispuesto en una cláusula que haya previsto la suspensión (véase el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafos 3 y 4). Cuando la modificación sea de tal magnitud que el proyecto deje de ser viable, el adquirente podrá resolver el contrato por conveniencia según lo previsto en una cláusula de resolución (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafos 17 y 18). La inclusión de las cláusulas anteriormente mencionadas puede hacer que la cláusula de gravosidad resulte innecesaria para el adquirente. El examen que se hace en esta *Guía* de las cláusulas de gravosidad no ha de verse como indicación de que sea aconsejable incluirla en el contrato.

## B. Elementos a considerar en la redacción de una cláusula de gravosidad

7. Si, pese a sus desventajas, las partes desean incluir en el contrato una cláusula de gravosidad, es aconsejable que la redacten en términos que reduzcan el factor de incertidumbre que esa cláusula puede introducir en las obligaciones de las partes. Al señalar los supuestos de aplicabilidad de esta cláusula, se ha de evitar el empleo de criterios indefinidos y ambiguos (por ejemplo, "cambio de circunstancias", "perturbación del equilibrio inicial del contrato", y "causa de algún perjuicio económico grave"). La elaboración de una lista de supuestos de gravosidad que no sea taxativa sería también factor de incertidumbre. Una solución aceptable podría ser definir en la cláusula los elementos que han de darse para que exista gravosidad (véase la sección 1, *infra*), y complementar esa definición con una lista taxativa de los eventos que han de darse, individual o conjuntamente, para que una parte pueda invocar esta cláusula (véase la sección 2, *infra*). Si se adopta esta solución, esta cláusula podría invocarse únicamente si, al ocurrir uno de los eventos especificados en esa lista, se produce el supuesto de gravosidad definido en la cláusula.

### 1. *Definición de gravosidad*

8. Puede que las partes juzguen aconsejable adoptar una definición restrictiva de la gravosidad por la que sólo se consideraría que ésta tiene lugar si concurren los siguientes elementos: *a)* cambio de las circunstancias imperantes

en el momento de celebrarse el contrato; *b)* cambio inevitable y que la parte que invoque la cláusula no podía razonablemente prever; y *c)* cambio que ocasione un perjuicio económico grave a esa parte.

a) *Cambio de circunstancias*

9. El alcance de la cláusula de gravosidad resultaría más claro si las partes no se limitasen a requerir un "cambio de circunstancias", sino que exigiesen además que ese cambio se produzca en determinadas esferas. Por ejemplo, las partes pueden especificar que ese cambio debe relacionarse con determinadas circunstancias económicas, financieras, jurídicas o tecnológicas.

b) *Índole del cambio*

10. Puede que las partes deseen estipular que ese cambio de circunstancias ha de estar fuera de las posibilidades de control de la parte que invoque la cláusula de gravosidad, y que esa parte no haya podido razonablemente prever ese cambio de circunstancias en el momento de celebrarse el contrato o evitar o superar el cambio o sus consecuencias.

c) *Perjuicio económico grave*

11. Puede que las partes deseen especificar cuándo se considerará que el perjuicio económico ocasionado a la parte que invoque la cláusula de gravosidad es grave. La finalidad de esa definición sería la de evitar que una de las partes invoque la cláusula de gravosidad al ocurrirle un perjuicio económico cuyo riesgo era normal que asumiese al celebrar el contrato. Una solución posible sería la de utilizar un término general para cuantificar la magnitud de la gravedad requerida, por ejemplo, que ese cambio de circunstancias ocasione "una carga financiera importante" o "un perjuicio desmesurado" a la parte que invoque la cláusula. Sería, sin embargo, preferible cuantificar con mayor precisión esa gravedad, por ejemplo, especificando que ese cambio de circunstancias haya supuesto un aumento del costo superior a determinado porcentaje del precio.

2. *Lista taxativa de eventos*

12. Puede que las partes deseen estipular que para que una de ellas pueda invocar la cláusula de gravosidad es preciso que demuestre que ha ocurrido uno o más de los eventos enunciados en una lista taxativa y que ese o esos eventos ya han ocasionado la gravosidad que se define en la cláusula. A título de ejemplo de los eventos que cabría introducir en esta lista, cabe mencionar los siguientes: una reducción importante del tamaño del mercado previsto por el adquirente para dar salida al producto de las instalaciones; un aumento del costo de las materias primas necesarias para fabricar el producto de las instalaciones que reduzca gravemente su rentabilidad. Pueden producirse acontecimientos análogos que ocasionen gravosidad al contratista.

3. *Otras limitaciones posibles*

13. Puede que las partes deseen estipular que la cláusula de gravosidad no podrá ser invocada por una de ellas respecto de una obligación que hubiese ya incumplido al ocurrir la gravosidad. También cabría restringir la aplicabilidad de

esta cláusula estipulando que no podrá ser invocada durante cierto plazo a partir de la fecha de celebración del contrato. Puede que las partes deseen limitar también el número de veces que una parte puede invocar esta cláusula o estipular que esta cláusula sólo podrá invocarse cierto número de veces durante cierto plazo. Estas y otras restricciones contribuirían a reducir la inestabilidad que la cláusula de gravosidad introduce en el contrato.

## C. Renegociación

14. La cláusula de gravosidad puede imponer la obligación de renegociar el contrato al darse un caso de gravosidad. Puede que las partes deseen decidir si quedarán obligadas únicamente a participar en un proceso de renegociación con miras a una posible adaptación del contrato o si deberán efectuar esa adaptación en el proceso de renegociación. Las partes podrán, en el momento de concertar el contrato, o con posterioridad a ese momento, designar a un conciliador para que les ayude, con independencia e imparcialidad, a adaptar el contrato (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 12 a 15). Si las partes se obligan en el contrato a efectuar su adaptación en el proceso de renegociación, tal vez sea aconsejable que prevean, para el supuesto de que no se pongan de acuerdo sobre esa adaptación, que el contrato habrá de ser adaptado por un tribunal judicial, un tribunal arbitral o un perito árbitro (véase el párrafo 23, *infra*).

### 1. *Procedimiento de renegociación*

#### a) *Notificación*

15. El contrato puede prever que la cláusula de gravosidad podrá ser invocada únicamente mediante notificación escrita de una parte a la otra. Se podría estipular que esa notificación deberá efectuarse dentro de determinado plazo a partir del momento en que haya ocurrido el cambio de circunstancias alegado como fuente de la gravosidad, y que en esa notificación se ha de pormenorizar lo bastante ese cambio de circunstancias y sus consecuencias para que la otra parte pueda evaluar sus efectos. En esa notificación se habrá de indicar además la índole de la adaptación solicitada por la parte que invoca la cláusula.

16. Puede obligarse a la parte notificada a responder por escrito dentro de determinado plazo a partir de la notificación. Se puede estipular que, si la parte notificada considera que las razones aducidas en la notificación no justifican la renegociación, deberá exponer en su respuesta los motivos en que se funda esa conclusión. Si la parte notificada está dispuesta a participar en la renegociación, se la puede obligar a que señale la índole de la adaptación del contrato que juzgaría apropiada.

17. Puede que las partes deseen estipular en el contrato que, si la parte facultada para invocar la cláusula de gravosidad no hace la notificación requerida dentro del plazo especificado, perderá su derecho a invocar la cláusula. Esta solución evitaría una invocación tardía de la gravosidad con miras a evitar el cumplimiento de obligaciones que se hayan vuelto onerosas. Otra solución sería que las partes convengan en el contrato que la parte que no haga esa notificación dentro del plazo previsto podrá invocar la cláusula pero deberá indemnizar a la otra parte las pérdidas ocasionadas por la demora en la notificación.

b) *Plazo de renegociación*

18. Sería aconsejable que el contrato fijase el momento a partir del cual se habrá de considerar que ha habido falta de acuerdo en la renegociación para adaptar el contrato. El contrato puede estipular que ha habido falta de acuerdo cuando, transcurrido un cierto plazo a partir de la notificación de la situación de gravosidad, las partes no hayan llegado a un acuerdo.

c) *Directrices para la renegociación*

19. Puede que las partes deseen facilitar la aplicación de la cláusula de gravosidad señalando directrices que ayuden a lograr una adaptación equitativa del contrato. Podrían, por ejemplo, estipular que se modifiquen únicamente las condiciones originales del contrato en la medida requerida para corregir el desequilibrio que la gravosidad haya introducido en el contrato. Cabe señalar entre las directrices posibles las siguientes: la determinación de la adaptación necesaria se efectuará conforme al principio de la buena fe; debe procurarse que, dentro de lo posible, la adaptación se haga sin menoscabo del pleno cumplimiento de las obligaciones contractuales; la adaptación no deberá ocasionar perjuicio alguno injustificado a una de las partes, y se debe procurar que la adaptación mantenga el equilibrio de intereses previamente establecido entre las partes por el contrato.

20. Las circunstancias que al alterarse ocasionaron la gravosidad pueden volver a cambiar y retornar a un estado más próximo al anterior que alivie, por consiguiente, la gravosidad. Cabe estipular en el contrato que, al adaptarlo, se deberá tener en cuenta la duración probable del cambio ocurrido en las circunstancias y que, en esa adaptación, se deberá indicar, en lo posible, la manera de readaptar el contrato si las circunstancias volviesen a su primitivo estado.

d) *Situación de las obligaciones durante la renegociación*

21. Las partes tal vez deseen precisar cuál será la situación de sus obligaciones contractuales durante el proceso de renegociación. Cuando las partes se obliguen únicamente a renegociar el contrato, con miras a su adaptación, puede que deseen estipular que durante el proceso de renegociación las obligaciones contractuales supuestamente gravosas se habrán de seguir cumpliendo en los términos en que fueron concertadas. Si al renegociar el contrato, las partes convienen en adaptarlo, se deberá compensar, al hacer esa adaptación, las pérdidas en que haya incurrido la parte afectada por la gravosidad, al haber seguido cumpliendo sus obligaciones durante el proceso de renegociación.

22. Cuando las partes se comprometen a adaptar el contrato en el proceso de renegociación (véase el párrafo 14, *supra*), pueden adoptar uno de los dos criterios siguientes. Conforme al primer criterio, se estipularía en el contrato que se seguirán cumpliendo durante el proceso de renegociación las obligaciones supuestamente gravosas, así como también, de no llegarse a un acuerdo de adaptación entre las partes, durante el subsiguiente procedimiento de solución de esa controversia, a no ser que el tribunal judicial o arbitral o el perito árbitro encargado de su solución dispusiese lo contrario. Al hacer esa adaptación se deberán tener en cuenta las pérdidas en que haya incurrido la parte afectada por la gravosidad al seguir cumpliendo sus obligaciones. La

previsión de que se habrán de seguir cumpliendo las obligaciones puede reducir el riesgo de que una parte que desee incumplir ciertas obligaciones invoque fraudulentamente un supuesto caso de gravosidad. Conforme al segundo criterio, se estipularía en el contrato que la parte que haga uso de la cláusula de gravosidad tendrá derecho a interrumpir el cumplimiento de las obligaciones supuestamente gravosas. En el acuerdo de adaptación se podrá decidir si esas obligaciones se habrán de seguir cumpliendo tras la adaptación del contrato y cómo se habrá de efectuar ese cumplimiento. Si en un proceso de solución de la controversia se decide que la parte que recurrió a la cláusula de gravosidad lo hizo infundadamente, se podrá imponer a esa parte la obligación de indemnizar a la otra por haber interrumpido el cumplimiento de sus obligaciones. Admitir que se interrumpa el cumplimiento de las obligaciones podría facilitar la adaptación del contrato, ya que la obligación de seguir cumpliendo esas obligaciones puede perjudicar a la parte afectada por la gravosidad y dificultar la corrección del perjuicio ocasionado por la gravosidad que se persigue con la adaptación.

### 2. *Incumplimiento de la obligación de adaptar el contrato*

23. Cuando las partes se han obligado por el contrato a efectuar su adaptación a través de un proceso de renegociación (véase el párrafo 14, *supra*), es aconsejable haber previsto en el contrato las consecuencias de la falta de acuerdo respecto a esa adaptación. Se puede haber previsto en el contrato que la parte que haya invocado la cláusula de gravosidad podrá acudir a la vía judicial o arbitral para obtener la adaptación del contrato, o se puede haber designado a un perito árbitro para que decida sobre la oportunidad y el modo de adaptar el contrato. Estos métodos de solución de las controversias entre las partes son examinados en el capítulo XXIX, "Solución de controversias". Las partes deberán tener presente que en algunos ordenamientos no está admitida la posibilidad de adaptar un contrato en el curso de un procedimiento judicial o arbitral.

# Capítulo XXIII. Cláusulas de modificaciones en la construcción


RESUMEN

A los efectos de la presente *Guía*, la expresión "modificaciones en la construcción" se utiliza para designar los cambios introducidos en algún aspecto de la construcción de las instalaciones respecto a lo previsto en los documentos del contrato. En el curso de la construcción de las instalaciones, se puede tropezar con situaciones que hagan necesario o aconsejable modificar algunos aspectos de la construcción. Sería conveniente que el contrato contuviese algunas disposiciones que enunciasen las circunstancias en las que el contratista estaría obligado a introducir una modificación en la construcción. Al formular las disposiciones contractuales relativas a las modificaciones en la construcción, las partes deberán buscar el equilibrio adecuado entre intereses divergentes (párrafos 1 a 4).

Las partes tal vez deseen considerar tres planteamientos básicos respecto a las modificaciones en la construcción solicitadas por el adquirente. Conforme al primer planteamiento, el contrato obligaría al contratista a introducir la modificación en la construcción ordenada por el adquirente, siempre que esa modificación satisficiese determinados criterios enunciados en el contrato. Conforme al segundo planteamiento, el contrato obligaría al contratista a introducir la modificación en la construcción ordenada por el adquirente, a no ser que el contratista se opusiese a esa modificación por motivos razonables o previstos en el contrato. Conforme al tercer planteamiento, para introducir una modificación en la construcción se habría de obtener el consentimiento escrito del contratista. Se podría incorporar en el contrato cualquiera de estos planteamientos o una combinación de los mismos. Sería conveniente que el contrato previese cómo habrán de resolverse las controversias entre las partes sobre si el adquirente está o no facultado para ordenar una modificación en la construcción (párrafos 5 a 7).

En algunos casos, puede que las partes juzguen apropiado que el contrato haya previsto los reajustes razonables que hayan de efectuarse en el precio del contrato y en la fecha de terminación de las instalaciones por el contratista en el supuesto de introducirse alguna modificación. En tales casos, el contrato puede haber previsto un mecanismo para que el contratista comunique al adquirente los puntos de vista del contratista respecto a los efectos de la modificación en la construcción sobre el precio del contrato y el plazo de terminación a fin de aportar elementos de juicio al adquirente para decidir, a la vista de esos efectos probables, si desea o no insistir en alguna modificación. Con independencia de que se haya previsto o no en el contrato este mecanismo, el contrato podrá obligar a las partes a intentar convenir entre ellas las cuantías de esos reajustes conforme a los criterios enunciados en el contrato, y podrá facultar a cualquiera de las partes a someter cualquier controversia respecto a la cuantía del reajuste al procedimiento que se haya previsto para la solución de controversias (párrafos 8 a 11).

Con respecto a las modificaciones en la construcción que el contratista estaría obligado a introducir, las partes tal vez deseen restringir el posible alcance de esas modificaciones (párrafos 12 y 13). En lo relativo a las modificaciones a las que el contratista podría oponerse, el contrato podrá facultar al contratista a oponerse por motivos razonables o especificar determinados motivos sobre los que el contratista podría fundar su objeción (párrafo 15). El contrato podrá enunciar los procedimientos que habrán de seguirse al ordenar o al introducir cualquiera de estas dos categorías de modificaciones (párrafos 14 y 16 a 18).

Con respecto a las modificaciones en la construcción para las que se necesita el consentimiento del contratista, el contrato puede haber previsto que las modificaciones reclamadas por el adquirente deberán ser introducidas por el contratista únicamente cuando el contratista haya dado su consentimiento a ellas por escrito (párrafo 19).

Sería en interés del adquirente que el contrato hubiese previsto que no se podrán introducir las modificaciones en la construcción propuestas por el contratista sin que el adquirente haya dado su consentimiento a ellas por escrito (párrafos 20 a 22).

El contrato puede contener disposiciones especiales relativas a los cambios en la construcción impuestos por obstáculos naturales que no pudieron preverse o por cambios en las reglamentaciones locales (párrafo 23).

En aquellos casos en los que la modificación en la construcción dé lugar a un reajuste del precio del contrato, sería conveniente que el contrato prevea que ese reajuste ha de ser por una cuantía razonable. Sería también conveniente que el contrato sentase algunas pautas para determinar la cuantía de un reajuste razonable. Estas directrices podrán variar según cuál sea el tipo de contrato (párrafos 24 a 32).

## A. Observaciones generales

1. A los efectos de la presente *Guía*, la expresión "modificación en la construcción" se utiliza para designar los cambios introducidos en algún aspecto de la construcción de las instalaciones respecto a lo inicialmente previsto en los documentos originales del contrato, tales como cambios en el objetivo de la construcción o las características técnicas del equipo o los materiales que habrán de incorporarse a las instalaciones o un cambio en los servicios de construcción previstos en las especificaciones, planos y requisitos técnicos de las instalaciones (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 6 a 9). En la presente *Guía*, el reajuste o revisión del precio por cambios en los costos o fluctuaciones monetarias y la revisión de las condiciones de pago (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago") no se consideran como modificaciones, si bien es cierto que una modificación en la construcción puede dar lugar a un reajuste del precio (véase más adelante el párrafo 8). La renegociación del contrato por motivo de gravosidad (véase el capítulo XXII, "Cláusulas de gravosidad", párrafo 1) y la suspensión de la construcción (véase el capítulo XXIV, "Suspensión de la construcción", párrafo 1) tampoco son consideradas en la presente *Guía* como modificaciones.

2. En el curso de la construcción de instalaciones industriales complejas, suelen presentarse situaciones que hacen necesario o aconsejable modificar determinados aspectos de la construcción. Cabe prever, por ejemplo, que se den

tales situaciones por causas como las siguientes: dificultades en la obtención de materias primas necesarias para la producción que hagan aconsejable modificar el proceso tecnológico incorporado a las instalaciones para adaptarlo a la nueva situación; problemas o acontecimientos ocurridos durante la construcción que no se previeron y que impongan algún cambio en el equipo, materiales o servicios utilizados en la construcción (véase más adelante el párrafo 23); circunstancias que afecten a la rentabilidad prevista de las instalaciones, que hagan aconsejable algún cambio en las características de las instalaciones; o la aparición de alguna innovación tecnológica que el adquirente o el contratista desee aprovechar. Puede suceder también que el contratista desee introducir modificaciones en la construcción aconsejadas por la propia índole de sus procesos de construcción.

3. Como se verá en las siguientes secciones, las partes tal vez deseen que el contratista se obligue a introducir determinadas modificaciones en la construcción cuando las ordene el adquirente; es posible que también deseen que el contratista se obligue además a introducir algunas otras modificaciones que pudiera ordenar el adquirente, pero únicamente en aquellos casos en los que el contratista no se oponga a esa modificación por motivos razonables o previstos en el contrato. En ambos casos, sería aconsejable que se incorporen al contrato disposiciones enunciando cuáles serían las circunstancias en las que el contratista estaría obligado a introducir una modificación en la construcción ordenada por el adquirente, ya que sin esas disposiciones no resultaría posible, en la mayoría de los ordenamientos, exigir del contratista la introducción de una modificación en la construcción ordenada por el adquirente[1]. Ahora bien, puede que las partes deseen tener en cuenta que en algunos ordenamientos jurídicos no se puede obligar a una parte a introducir una modificación en la construcción, salvo que esa parte haya dado expresamente su consentimiento a la modificación ya ordenada, con independencia de lo que se haya o no previsto en el contrato.

4. Al formular las disposiciones contractuales relativas a las modificaciones en la construcción, las partes deberán buscar el equilibrio adecuado entre los objetivos de seguridad jurídica respecto a las obligaciones contractuales de las partes y el principio de que toda parte en un contrato quedará obligada a cumplir lo por ella convenido, por un lado, y la conveniencia, por otro, de permitir ciertas modificaciones en la construcción que puedan ser necesarias o deseables para atender a ciertos cambios de situaciones que pueden darse durante la vida de un contrato a largo plazo y de índole muy compleja. Las partes deberán, además, procurar equilibrar de modo razonable los intereses del adquirente con los del contratista.

## B. Modificaciones en la construcción reclamadas por el adquirente

### 1. *Planteamientos básicos*

5. Se puede haber previsto en el contrato que, siempre que el adquirente desee modificar la construcción, habrá de presentar al contratista una orden de modificación por escrito especificando los detalles de la modificación que desee introducir. Las partes tal vez deseen considerar tres planteamientos básicos de las obligaciones del contratista respecto a esa orden escrita de modificación. Conforme al primer planteamiento (véanse los párrafos 12 a 14, *infra*), el

contrato impondría al contratista la obligación de introducir la modificación ordenada por el adquirente siempre que esa orden satisfaga determinados criterios enunciados en el contrato. Conforme al segundo planteamiento (véanse los párrafos 15 a 18, *infra*), el contrato impondría al contratista la obligación de introducir una modificación ordenada por el adquirente siempre que el contratista no se oponga a esa modificación por motivos razonables o previstos en el contrato. Conforme al tercer planteamiento (véase el párrafo 19, *infra*), para introducir una modificación haría falta el consentimiento escrito del contratista.

6. Cabría incorporar en el contrato cualquiera de los planteamientos mencionados en el párrafo anterior o una combinación de los mismos. Si el contrato fuese a incorporar dos de estos criterios, podría, por ejemplo, enunciar los criterios que habrá de reunir una modificación en la construcción para que sea conceptuada como una modificación que el contratista ha de introducir (véase por ejemplo, el párrafo 13, *infra*), y disponer respecto a las modificaciones que no satisfagan dichos criterios que el contratista podrá oponerse a ellas alegando motivos razonables o convenidos en el contrato o que esas modificaciones no serán introducidas a no ser que el contratista consienta a ellas por escrito. Si el contrato incorporase los tres planteamientos, podría, por ejemplo, enunciar los criterios que ha de reunir una modificación en la construcción para que el contratista esté obligado a introducirla y los criterios que darían pie a que el contratista se oponga a la modificación en la construcción alegando motivos razonables o convenidos en el contrato, disponiéndose al mismo tiempo que para introducir las modificaciones en la construcción que no respondan a ninguno de estos dos grupos de criterios será preciso obtener el consentimiento del contratista[2].

7. Sería conveniente incorporar al contrato disposiciones relativas a la solución de las controversias que pueda haber entre las partes sobre si las modificaciones en la construcción ordenadas por el adquirente satisfacen o no los criterios enunciados en el contrato. Cabría prever en el contrato que esas controversias podrán ser sometidas a un tercero independiente para que las resuelva con la deseable rapidez. Ese tercero independiente podría ser el ingeniero consultor, si se le faculta para desempeñar funciones en las que se requiera independencia de criterio (véase el capítulo X, "Ingeniero consultor", párrafos 9 a 19) o un perito árbitro (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 16 a 21). Tal vez las partes prefieran que esa controversia pueda someterse únicamente a un tribunal judicial o arbitral. Si la controversia puede someterse a un tercero independiente, tal vez se desee limitar la facultad de ese tercero de modo que sólo decida si la modificación en la construcción reclamada satisface o no los criterios enunciados en el contrato, sin que se pronuncie sobre la repercusión de esa modificación en la construcción, el precio del contrato ni la fecha de terminación. Incluso en aquellos casos en los que el criterio para determinar la admisibilidad de una modificación en la construcción sea que esa modificación no exceda de un porcentaje especificado del precio del contrato (véase el párrafo 13, *infra*), no será preciso que la decisión del tercero independiente cuantifique la repercusión de la modificación en la construcción sobre el precio, ya que bastará con que señale que esa modificación dará o no lugar a que el precio sobrepase ese límite. Cabe especificar en el contrato la importancia que habrá de darse, en el contexto del procedimiento para determinar la repercusión de la modificación en el precio del contrato, al dictamen sobre las cuestiones de hecho que el

tercero independiente haya de presentar en apoyo de su conclusión. (Véase el capítulo X, "Ingeniero consultor", párrafos 9 a 19, y el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 16 a 21.)

## 2. *Efecto de las modificaciones en la construcción sobre el precio del contrato y la fecha de terminación*

8. En algunos casos, la modificación en la construcción solicitada por el adquirente puede ocasionar al contratista costos en la construcción superiores a los que había previsto al celebrar el contrato. Esta elevación del costo puede resultar de la necesidad de suministrar equipo, materiales o servicios suplementarios o más costosos que los previstos en el contrato. El suministro de equipo, materiales o servicios diferentes o suplementarios puede ser motivo también de que no resulte razonable esperar que el contratista pueda terminar la construcción para la fecha concertada inicialmente en el contrato. Puede darse también el supuesto contrario, es decir, que la modificación en la construcción suponga una reducción de costos o permita al contratista terminar la construcción antes de la fecha fijada en el contrato. Por consiguiente, tal vez las partes juzguen oportuno disponer en el contrato que, en algunos casos, se podrán efectuar reajustes razonables en el precio del contrato y en la fecha de terminación de la construcción en el supuesto de que se introduzca alguna modificación en la construcción (véase la sección E, *infra*; cf. párrafo 23, *infra*).

9. El adquirente tal vez desee conocer el efecto que puede tener la modificación en la construcción por él solicitada sobre el precio del contrato y la fecha de terminación con anterioridad al momento en que el contratista asuma la obligación de introducirla. Si parece probable que ese efecto será excesivo, es posible que el adquirente decida no insistir en su modificación. En algunos casos, el ingeniero consultor o el personal técnico del propio adquirente podrá evaluar el efecto probable de la modificación solicitada, pero puede haber casos en que esto no sea posible. Por ello, puede que las partes deseen considerar la conveniencia de incluir en el contrato de obras un mecanismo por el que el contratista informaría al adquirente de su opinión fundada sobre el posible efecto de la modificación en la construcción sobre el precio del contrato y la fecha de terminación. Por ejemplo, puede que el contratista se obligue en el contrato, en el supuesto de que le sea presentada una orden de modificación en la construcción, a presentar por escrito al adquirente su opinión fundada sobre el efecto, si es que lo tiene, de esa modificación sobre esas cláusulas (véase también la sección E, *infra*). Las partes tal vez deseen examinar si el contrato debe fijar un plazo tras la entrega al contratista de la orden de modificación para que éste, a su vez, entregue su evaluación por escrito al adquirente o si consideran preferible que el contrato se limite a exigir del contratista que entregue esa evaluación dentro de un plazo razonable. Por una parte, el plazo que el contratista necesite para evaluar los efectos de la modificación en la construcción dependerá de la índole y del alcance de la modificación requerida. Por otra parte, si el contrato se limita a exigir que esa declaración escrita se entregue dentro de un plazo razonable, en aquellos casos en los que la fecha de entrada en vigor de la obligación de introducir la modificación dependa del cumplimiento de ese plazo (véanse, por ejemplo, los párrafos 14 y 17, *infra*), se introduciría incertidumbre respecto al momento a partir del cual sería exigible esa obligación. Una solución posible

sería la de especificar en el contrato un plazo lo suficientemente largo para que el contratista pueda evaluar los efectos de la modificación en la construcción. Otra solución sería prever en el contrato que el adquirente fije en la propia orden de modificación un plazo, que habrá de ser razonable, para que el contratista le presente su evaluación por escrito. Es posible que un mecanismo como el que se acaba de describir no sea necesario para el caso de las modificaciones que no pueden introducirse sin el consentimiento escrito del contratista (véase el párrafo 19, *infra*).

10. Las partes tal vez deseen examinar las consecuencias de la falta de presentación al adquirente por parte del contratista, dentro del plazo fijado en el contrato, de su evaluación por escrito de los efectos de la modificación. Una posible solución sería que el contrato previese que en ese supuesto el contratista no tendrá derecho a reclamar un aumento del precio o una postergación de la fecha de terminación; esta demora del contratista no afectaría, sin embargo a la posible reclamación por el adquirente de una reducción del precio o del plazo de terminación, si esa reducción resulta justificada por la modificación. Otra solución sería autorizar al contratista a que pida los reajustes del precio del contrato y de la fecha de terminación no obstante su incumplimiento pero facultar al adquirente para reclamar una indemnización por los perjuicios que le cause ese incumplimiento.

11. Con independencia de que se haya previsto en el contrato un mecanismo como el descrito anteriormente en el párrafo 9, *supra*, cuando el contrato haya previsto el reajuste del precio y de la fecha de terminación para el supuesto de que se introduzca alguna modificación en la construcción, es posible que las partes se obliguen también en el contrato a ponerse de acuerdo sobre ese reajuste de conformidad con criterios enunciados en el contrato (véase la sección E, *infra*). Se puede haber previsto que cualquiera de las partes podrá someter la posible controversia sobre la cuantía del reajuste a los procedimientos previstos en el propio contrato. Ahora bien, convendría que la falta de acuerdo o la posible controversia entre las partes a este respecto no dé lugar a que el contratista pueda aplazar su obligación de introducir una modificación en la construcción.

### 3. *Disposiciones contractuales relativas a cada uno de los planteamientos básicos*

#### a) *Modificaciones en la construcción ordenadas por el adquirente que el contratista esté obligado a introducir*

12. La obligación del contratista de introducir cualquier modificación en la construcción, con independencia de cual sea su índole o su alcance, que haya sido ordenada por el adquirente, puede perjudicar injustificadamente los intereses del contratista. Por ejemplo, cabría prever un grave perjuicio para el contratista en cualquiera de los casos siguientes: si se le obliga a introducir una modificación en la construcción que suponga un desvío tan considerable de las obligaciones por él aceptadas que resulte que le faltan medios para introducirla; si se altera de tal modo el objetivo de la construcción que dejen de ser idóneas otras disposiciones del contrato (por ejemplo, las relativas al traspaso del riesgo, las condiciones de pago o el cumplimiento de las fianzas); o si la modificación reclamada supone trabajos suplementarios que demorarán de tal

modo la fecha de terminación de la construcción que el contratista se vería en la imposibilidad de poder cumplir las obligaciones que hubiera contraído respecto a otros proyectos. El contratista que haya proporcionado el diseño de las instalaciones y garantizado el rendimiento de esas instalaciones podría verse perjudicado si se le obligase a introducir una modificación que resulte incompatible con el proyecto o el diseño. Una modificación que reduzca notablemente la importancia de las instalaciones podría hacer que el contratista perdiese todo aliciente financiero en el proyecto.

13. Por consiguiente, si las partes consideran la posibilidad de adoptar el primero de los planteamientos mencionados anteriormente en el párrafo 5, *supra*, tal vez deseen incluir en el contrato algunas disposiciones que permitan tener en cuenta los intereses legítimos del contratista (véase también el párrafo 8, *supra*). Por ejemplo, las partes tal vez deseen limitar el alcance de las modificaciones que podrá ordenar el adquirente y que el contratista estará obligado a introducir. Esta limitación se podría efectuar de diversos modos. Cabría, por ejemplo, facultar en el contrato al adquirente a ordenar únicamente modificaciones cuyo efecto sobre el precio del contrato no exceda de un determinado porcentaje del precio fijado en el contrato, o cabría facultarle a ordenar únicamente modificaciones que hagan referencia a aspectos concretos de la construcción. Cabría asimismo fijar límites cuantitativos a ciertos tipos de modificaciones de esta categoría, permitiendo, por ejemplo, que el adquirente ordene modificaciones de esta categoría, que ocasionen cambios de la capacidad de producción de las instalaciones prevista en el contrato, siempre que esos cambios no excedan de determinado porcentaje de la capacidad de producción prevista.

14. En el supuesto de que se incorpore al contrato un mecanismo como el descrito anteriormente en los párrafos 9 a 11, *supra*, cabría estipular en el contrato que, a no ser que el adquirente notifique por escrito al contratista que no introduzca la modificación, notificación que habrá de hacerse dentro de un cierto plazo a partir de la entrega por el contratista al adquirente de su declaración sobre los efectos de la modificación, el contratista estará obligado a introducir la modificación conforme a lo ordenado por el adquirente. Si el contratista no presenta una declaración al adquirente, el contrato podrá obligar al contratista a introducir la modificación tan pronto como haya transcurrido el plazo para la entrega de esa declaración. Si el contrato no incorpora dicho mecanismo, cabría obligar al contratista a introducir la modificación al serle entregada la orden de modificación del adquirente[3].

### b) *Modificaciones en la construcción a las que podrá oponerse el contratista por motivos razonables o convenidos en el contrato*

15. Conforme al segundo planteamiento mencionado anteriormente en el párrafo 5, el contrato puede facultar al contratista a oponerse por determinados motivos a una modificación en la contrucción ordenada por el adquirente. Cabe que el contrato haga simplemente referencia a motivos "razonables" (otras formulaciones posibles de este o parecido criterio pueden hacer referencia al "notable perjuicio" o a la "dificultad excesiva" que ocasionaría al contratista la introducción de esa modificación), o puede que el contrato especifique determinados motivos que facultarían al contratista para oponerse a la modificación. Si las partes optan por especificar en el contrato determinados motivos, tal vez deseen tener en cuenta, al formular esos motivos,

que cabría proteger al contratista, en la medida que su preocupación se relacione con el precio o la fecha de terminación, previendo en el contrato la posibilidad de revisar esos dos elementos del mismo (véase el párrafo 8, *supra*). Es aconsejable que el contrato indique claramente si la enumeración de motivos que podrá aducir el contratista para oponerse a una modificación en la construcción es ilustrativa o taxativa. Cabe citar como posibles motivos los siguientes:

*a)* si los medios requeridos para introducir la modificación exceden de la capacidad del contratista;

*b)* si la introducción de la modificación impide que el contratista pueda cumplir cualquiera de sus otras obligaciones derivadas del contrato o interfiere indebidamente con el cumplimiento de esas obligaciones;

*c)* si la introducción de la modificación impide el logro de las metas de rendimiento garantizadas por el contratista.

16. Cabría fijar en el contrato un plazo para la presentación por el contratista de cualquier objeción que tenga contra la modificación reclamada por el adquirente y se podría exigir que esa objeción se presente por escrito. Si el contrato ha previsto un mecanismo como el descrito anteriormente en los párrafos 9 a 11, *supra*, cabría obligar al contratista en el contrato a que entregue al adquirente una declaración escrita sobre los efectos de la modificación requerida, con independencia de si el contratista se opone o no a esa modificación. Es aconsejable que el plazo, a partir de la entrega al contratista de la orden de modificación, que se dé al contratista para presentar su declaración sobre los efectos de su modificación no sea inferior al plazo que tiene el contratista para presentar su objeción a la modificación.

17. Se puede prever en el contrato que, cuando el contratista no presenta al adquirente, a su debido momento, una objeción respecto a la modificación requerida pero sí entrega una declaración sobre sus efectos, el contratista quedará obligado a introducir la modificación a no ser que, dentro del plazo especificado tras la entrega al adquirente de la declaración del contratista, el adquirente notifique por escrito al contratista su deseo de que no se introduzca la modificación. El contrato puede obligar al contratista que, teniendo la obligación de hacerlo no presenta una declaración al adquirente, a que introduzca la modificación requerida al expirar el plazo que tenía para entregar su declaración al adquirente. Si el contrato no prevé que el contratista deba presentar una declaración sobre los efectos de la modificación, cabría obligar en él al contratista a que introduzca la modificación a partir del momento en que haya expirado el plazo para la presentación de su objeción al adquirente[4].

18. Las controversias entre las partes relativas a la validez de los motivos alegados por el contratista para oponerse a la modificación requerida podrán someterse al tercero independiente o al tribunal judicial o arbitral mencionados anteriormente en el párrafo 7, *supra*. Respecto a si debería obligarse al contratista a introducir la modificación en tanto que no se resuelva la controversia sobre la validez de los motivos que el contratista haya alegado en su objeción, podría ocasionarse un perjuicio indebido al contratista si se le obliga a introducir la modificación y se dictaminase, más adelante, que eran válidos los motivos en los que se fundaba su objeción. Por ello, tal vez las partes consideren preferible prever que el contratista no estará obligado a introducir la modificación antes de que se haya decidido que los motivos por él alegados no son válidos.

c) *Modificaciones en la construcción que requieren el consentimiento del contratista*

19. Conforme al tercer planteamiento mencionado anteriormente en el párrafo 5, *supra*, el contrato puede disponer que las modificaciones en la construcción solicitadas por el adquirente sólo habrán de ser introducidas por el contratista cuando éste haya dado su consentimiento a ellas por escrito. Cabría también estipular en el contrato que las modificaciones en la construcción no podrán suponer ningún cambio en el precio del contrato o en la fecha de terminación que no haya sido convenido por escrito entre las partes.

## C. Modificaciones en la construcción solicitadas por el contratista

20. Sería preferible para el adquirente que las modificaciones en la construcción propuestas por el contratista no puedan ser introducidas sin que medie el consentimiento escrito del adquirente[5]. En este caso, el contrato podría estipular también que las modificaciones no podrán acarrear ningún cambio en el precio del contrato o en la fecha de terminación que no haya sido convenido por escrito entre las partes.

21. Es posible que algún futuro contratista pueda presentar una oferta para construir las instalaciones a un precio relativamente bajo que obtuvo por el procedimiento de omitir en su presupuesto servicios, elementos del equipo o materiales que serán necesarios o de basar su precio en equipo, materiales y servicios de calidad inadecuada o inferior a la prescrita por los requisitos técnicos, en la expectativa de que, una vez iniciada la construcción, podrá obtener modificaciones en la construcción con sus correspondientes aumentos de precio. La exigencia de que todas las modificaciones solicitadas por el contratista estén sujetas a la aprobación del adquirente puede limitar las probabilidades de que se produzca esta situación, pero no evitarla. El adquirente que se encuentre en esta situación podría tener que elegir entre aceptar una modificación que sea necesaria o aconsejable para que la construcción y las instalaciones satisfagan las expectativas previstas, o denegar su consentimiento a la modificación confiando en las posibles acciones que pueda interponer contra el contratista fundadas en los defectos que pueda haber en las instalaciones o en la mala fe del contratista.

22. El mejor modo de precaverse contra este riesgo es que el adquirente proceda con el debido acierto y diligencia en la celebración del contrato (es decir, en los procedimientos de licitación o de negociación con posibles contratistas; véase el capítulo III, "Selección del contratista y celebración del contrato"). Sería útil por ejemplo que las disposiciones de los documentos de licitación relativas al objetivo de la construcción y a las características técnicas del equipo, materiales y servicios de construcción fuesen completas y lo bastante precisas para evitar que alguno de los contratistas presentase una oferta basada en elementos inadecuados o de baja calidad (véase también, el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", y el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafos 6 y 7). También sería conveniente pensar en un procedimiento de licitación que facilite al adquirente la tarea de identificar y excluir las empresas que sean por algún motivo inaceptables o de mala reputación. También sería aconsejable que los criterios y prácticas de evaluación de las ofertas fuesen tales que permitan la

identificación por el adquirente de las ofertas irreales y que sea el propio personal del adquirente, o un ingeniero consultor contratado por él y que reúna la experiencia necesaria (véase el capítulo X, "Ingeniero consultor"), quienes hagan la evaluación de las ofertas.

## D. Modificaciones en la construcción debido a obstáculos naturales no previsibles y cambios en los reglamentos locales

23. Durante la construcción, se puede tropezar con obstáculos naturales, tales como condiciones hidrológicas o del subsuelo que el contratista no pudo razonablemente descubrir antes de concertar el contrato. Además, durante la construcción, puede que se promulguen o enmienden normas jurídicas de carácter administrativo u otras normas públicas relativas a las características o aspectos técnicos de las instalaciones. En el contrato se podrá atribuir el riesgo de esas nuevas circunstancias ya sea al contratista o al adquirente (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 44 a 46). En algunos casos, puede que sea preciso modificar la construcción para que pueda seguir adelante. En aquellos casos en los que el riesgo de esas circunstancias haya de ser asumido por el contratista, se puede obligar en el contrato al contratista a que notifique por escrito al adquirente la modificación necesaria y que introduzca dicha modificación a no ser que, dentro de un plazo previsto que se contará a partir de la entrega de la notificación, el adquirente notifique por escrito al contratista su deseo de que no se haga esa modificación. En aquellos casos en los que el riesgo haya de ser asumido por el adquirente, convendría tal vez obligarle en el contrato a que dé la orden para que se introduzca la modificación necesaria. Pero si las modificaciones en la construcción se deben efectuar a raíz de los cambios introducidos en normas imperativas de carácter administrativo o en otras normas públicas, o de la promulgación de nuevas normas, la negativa del adquirente a ordenar la modificación de la construcción puede considerarse como un impedimento para continuar la construcción. El contrato podría disponer además que, si el contratista presenta una objeción debidamente motivada (véase el párrafo 15, *supra*) o no da su asentimiento (véase el párrafo 19, *supra*) a una modificación en la construcción, el adquirente podrá rescindir el contrato (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato"). La conveniencia de que la modificación en la construcción se refleje en el correspondiente aumento del precio del contrato o en la postergación de la fecha de terminación puede depender de que sea o no el contratista quien haya de asumir el riesgo de las circunstancias que hagan necesaria la modificación.

## E. Determinación del efecto de las modificaciones en el precio del contrato y en la fecha de terminación

24. Como se señaló anteriormente en el párrafo 8, puede que las partes deseen estipular que en el supuesto de que se introduzca alguna modificación en la construcción se procederá a una revisión razonable del precio del contrato y de la fecha de terminación. El reajuste del precio puede ser especialmente deseable en el supuesto del contrato a precio alzado, en el que no se alteraría el precio del contrato, salvo que el contrato haya previsto expresamente el reajuste del precio (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 2). Por razones análogas, en el contrato de precio unitario cabe la posibilidad de que

hayan de modificarse los precios unitarios en el supuesto de que se introduzca una modificación en la construcción (véase el párrafo 30, *infra*), y en general esto no podrá hacerse sin que el contrato lo haya previsto expresamente. Las partes tal vez deseen introducir una estipulación parecida en algunos contratos de costos reembolsables en los que se haya fijado un precio máximo, ya que en este tipo de contratos la posible elevación de los costos que ocasione la modificación no sería reembolsada al contratista en la medida en que esos costos excedan del límite fijado (véase el párrafo 32, *infra*).

### 1. *Precio del contrato*

25. En aquellos casos en los que la modificación en la construcción haya de resultar en un reajuste del precio del contrato, sería aconsejable que el contrato haya previsto que ese reajuste habrá de ser por una cuantía razonable. Convendría enunciar en el contrato directrices que ayuden a las partes a determinar la cuantía del reajuste que resultaría razonable. Estas directrices podrían ayudar a las partes a resolver esta cuestión (véase el párrafo 11, *supra*) y suministrarían criterios que el tribunal arbitral o judicial podría aplicar cuando las partes no consiguiesen llegar a un acuerdo. No sería quizá difícil formular directrices respecto a las modificaciones en la construcción que afectasen a la índole o cantidad de los materiales, equipo y servicios de construcción, pero sí lo sería respecto a las modificaciones que afectasen al diseño.

#### a) *Contrato a precio alzado*

26. Si el contrato contiene una tarifa de precios para determinados tipos de equipo, materiales o servicios de construcción, cabría estipular que cualquier modificación en la cantidad requerida de estos elementos ocasionada por la modificación en la construcción habrá de ser valorada conforme a los precios que figuren en la tarifa. Ahora bien, es posible que estos precios no siempre resulten adecuados. Por ejemplo, los precios fijados para determinados tipos de servicios de construcción podrían estar basados en un trabajo que se realiza conforme a una determinada secuencia, de tal modo que si se modifica esa secuencia es posible que esos precios ya no resulten adecuados. Por ello, si las modificaciones en las cantidades requeridas de elementos cuyos precios hayan sido fijados en una tarifa del contrato han de ser valoradas a tenor de dichos precios, tal vez sea aconsejable que se autoricen posibles desviaciones de esos precios en casos en los que, por razones similares a las anteriormente descritas, esos precios no resulten adecuados.

27. Si el contrato contiene una tarifa de precios para los materiales, el equipo y los servicios de construcción y se producen modificaciones en las cantidades requeridas de elementos que no figuran en la tarifa, los precios que aparecen en la tarifa podrán servir de base para valorar el importe de la modificación cuando los elementos objeto de la modificación sean de índole parecida a los elementos para los que se haya fijado un precio en la tarifa.

28. Cuando el contrato no contiene ninguna tarifa de precios o no se utiliza esa tarifa para fijar la cuantía del reajuste en el precio del contrato, se podrá prever en el contrato que el reajuste habrá de basarse en los cambios que puedan ocurrir en los costos de los elementos afectados y en los siguientes factores suplementarios:

*a)* adición o deducción, según proceda, de ciertas cantidades por concepto de gastos generales y beneficios en función de las modificaciones introducidas;

*b)* la modificación de un aspecto de la construcción puede afectar a los precios de otros aspectos. Por ejemplo, la modificación de algún elemento del equipo que ha de incorporarse a las instalaciones podría requerir otros servicios de construcción, más costosos que los previstos en el contrato, para instalar ese equipo. Cabría tener también en cuenta posibles efectos como los aquí descritos;

*c)* cabría tener en cuenta otras pérdidas y gastos en que pueda incurrir el contratista, tales como las pérdidas resultantes de una interrupción de la construcción y los gastos que pueda ocasionarle la resolución del contrato con algún subcontratista cuando se haya de omitir algún trabajo[6].

29. En aquellos casos en los que los costos de construcción sean importantes para evaluar las repercusiones de la modificación en la construcción sobre el precio del contrato, tal vez convenga obligar en el contrato al contratista a llevar cuentas exactas sobre los costos que le vaya ocasionando la introducción de la modificación, a fin de que pueda presentarlas cuando las solicite el adquirente.

### b) *Contrato de precio unitario*

30. En el contrato de precio unitario el precio unitario puede fijarse al suministrarse determinadas cantidades de los elementos cuyo precio se fija conforme a ese método. Por ello, el contrato puede haber previsto la posibilidad de introducir reajustes razonables en los precios unitarios de esos elementos si se alteran considerablemente las cantidades de los elementos que han de suministrarse. En algunos casos, las partes pueden cuantificar en el contrato la magnitud del cambio en los elementos que daría lugar a un reajuste del precio unitario y tal vez la cuantía de ese reajuste.

31. En los contratos que comprenden la ingeniería civil, a menudo el adquirente está facultado a exigir al contratista que efectúe obras adicionales de ingeniería civil hasta determinada proporción de las obras de ingeniería civil previstas en un principio, sin que se reajusten los precios de las unidades.

### c) *Contrato de costos reembolsables*

32. Como se menciona anteriormente (párrafo 24), el contrato de costos reembolsables puede prever también el reajuste de determinados aspectos del precio en el supuesto de una modificación en la construcción. Por ejemplo, el contrato podría haber previsto que, en el supuesto de aumentos o disminuciones de determinada magnitud en el equipo, materiales o servicios que habrán de suministrarse, se procederá al reajuste del costo proyectado y del costo máximo, si es que existe, y de la retribución conforme a una fórmula previamente definida (conforme al capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 15 y 22).

## 2. *Fecha de terminación*

33. Las repercusiones de una modificación en la construcción sobre la fecha de terminación se examinan en el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafos 24 y 25.

*Notas del capítulo XXIII:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"1) La expresión 'modificación en la construcción' significa, a los efectos del presente contrato, cualquier modificación en el objetivo de la construcción o las características técnicas del equipo, materiales o servicios que ha de proporcionar el contratista.

"2) Las modificaciones en la construcción ordenadas por el adquirente habrán de ser introducidas por el contratista de conformidad con lo previsto en el presente artículo.

"3) El contratista no introducirá ninguna modificación en la construcción que no haya sido ordenada por el adquirente de conformidad con lo previsto en el presente artículo o que no sea una modificación a la que el adquirente haya dado su consentimiento por escrito."

[2]*Ejemplo de disposición*

"1) El adquirente podrá entregar al contratista una orden por escrito para la introducción de una modificación en la construcción en la que se expongan todos los pormenores importantes de esa modificación.

"2) En aquellos casos en los que, conforme a lo previsto en el párrafo [ ] del presente artículo [véase la nota 4, *infra*] la repercusión sobre el precio del contrato de la modificación en la construcción pormenorizada en la orden por escrito no exceda del [ ] % del precio fijado en el artículo [ ], el contratista deberá introducir esa modificación al serle entregada la correspondiente orden por escrito.

"3) *a)* En aquellos casos en que, conforme a lo previsto en el párrafo [ ] del presente artículo, la repercusión sobre el precio del contrato de la modificación en la construcción pormenorizada en la orden por escrito excede del [ ] % del precio fijado en el artículo [ ], pero es inferior a un [ ] % de ese precio, el contratista podrá, dentro de los [ ] días siguientes a la fecha en la que le haya sido entregada la orden por escrito, entregar a su vez al adquirente una objeción por escrito a la modificación en la construcción indicando [motivos razonables] [uno o más de los siguientes motivos: . . .]

"*b)* Si el contratista no entrega al adquirente la objeción prevista en el inciso anterior, deberá comenzar a introducir la modificación en la construcción al expirar el plazo fijado en ese inciso.

"*c)* Cualquier controversia entre las partes respecto a la validez de los motivos enunciados por el contratista en su objeción a la modificación podrá ser sometida por cualquiera de las partes a [indicar el procedimiento de solución de controversias]. El contratista deberá introducir la modificación en la construcción siempre que y en el momento en que se decida por ese procedimiento que los motivos alegados por el contratista no son válidos.

"4) *a)* El contratista no estará obligado a introducir ninguna modificación en la construcción ordenada por el adquirente que no satisfaga los criterios enunciados en los párrafos 2) ó 3) del presente artículo, salvo que el contratista dé su consentimiento por escrito a esa modificación.

"*b)* Cualquier controversia entre las partes sobre si una modificación en la construcción ordenada por el adquirente satisface los criterios enunciados en los párrafos 2) ó 3) del presente artículo podrá ser sometida por cualquiera de las partes a [indicar el procedimiento de solución de las controversias]."

[3]Véase la nota 2.

[4]Véase la nota 2.

[5]Véanse las notas 1 y 2.

[6]*Ejemplo de disposición*
[Para un contrato a precio alzado]

"1) Salvo que el presente contrato haya dispuesto lo contrario, en el supuesto de introducirse una modificación en la construcción se procederá a un reajuste razonable del precio fijado en el artículo [ ] habida cuenta de los criterios enunciados en el párrafo 2) del presente artículo. Sin embargo, no se efectuará reajuste alguno cuando, a la luz de esos criterios, no parezca razonable.

"2) Los criterios mencionados en el párrafo anterior son los siguientes:

"*a)* Si el equipo, materiales o servicios que han de suministrarse como resultado de una modificación en la construcción son de igual índole y se suministran en las mismas condiciones que el equipo, materiales o servicios especificados en [la tarifa del contrato], se aplicarán a ese equipo, materiales o servicios los precios que en ella figuran, salvo que no resulte razonable aplicar esos precios, en cuyo caso se determinará el efecto de la modificación sobre el precio del contrato, conforme a los factores del apartado *c)* del presente párrafo que resulten aplicables.

"*b)* Si el equipo, materiales o servicios que han de suministrarse como resultado de una modificación en la construcción no son de igual índole ni se suministran en las mismas condiciones, se aplicarán los precios de [la tarifa del contrato]. Si no resulta razonable aplicar esos precios, se determinará el efecto de la modificación en la construcción sobre el precios del contrato conforme a aquellos factores del apartado *c)* del presente párrafo que sean aplicables.

"*c)* Los factores a los que se hace referencia en los apartados *a)* y *b)* del presente párrafo son los siguientes:

i) El costo real del equipo, materiales o servicios que hayan de suministrarse como resultado de la modificación en la construcción (o, en el caso de equipo o materiales omitidos, su precio de mercado);

ii) Una ganancia razonable;

iii) Los posibles efectos financieros de la modificación sobre otros aspectos de la construcción que haya de efectuar el contratista;

iv) Los posibles costos y gastos que ocasiona al contratista la interrupción de la construcción a raíz de la modificación;

v) Cualesquiera otros costos y gastos ocasionados al contratista por la modificación;

vi) Todo otro factor que sea justo atribuir a la modificación en la construcción."

# Capítulo XXIV. Suspensión de la construcción


RESUMEN

El presente capítulo se ocupa sólo de la suspensión de la construcción y no de la interrupción de las demás obligaciones dimanantes del contrato. Como la mayoría de los ordenamientos jurídicos no poseen una teoría acabada sobre la suspensión, puede que las partes deseen considerar la posibilidad de incluir en el contrato una cláusula que autorice la suspensión de la construcción, defina las circunstancias en las que puede invocarse y describa sus consecuencias jurídicas (párrafos 1 y 2).

Las partes pueden convenir en facultar al adquirente a ordenar la suspensión de la construcción sólo por las causas que se indiquen en el contrato (párrafo 3). O bien puede que las partes deseen considerar la posibilidad de incluir una disposición por la que el adquirente esté facultado a ordenar la suspensión de la construcción por propia conveniencia (párrafo 4).

El contrato puede facultar al contratista a suspender la construcción en dos circunstancias concretas: en primer lugar, como alternativa al recurso más radical de la rescisión cuando el incumplimiento de una obligación por parte del adquirente sea lo suficientemente grave como para justificar la rescisión, y en segundo lugar, cuando el incumplimiento del adquirente haga irrazonablemente difícil al contratista continuar la construcción (párrafos 5 a 7).

El contrato puede prever el procedimiento que debe adoptarse para la suspensión. Por ejemplo, puede exigir que la parte que ordena la suspensión notifique la suspensión por escrito a la otra. Puede exigirse al adquirente que notifique por escrito la suspensión al contratista indicando la fecha en que comenzará efectivamente la suspensión y las actividades de construcción que se han de suspender (párrafo 8). Además, puede que las partes deseen considerar si el ejercicio del derecho del contratista de suspender por incumplimiento del adquirente debe subordinarse a que notifique por escrito al adquirente solicitándole que cumpla dentro de determinado plazo y prever las excepciones que podrán hacerse a este requisito (párrafo 9). El contrato también puede establecer un método para determinar cuánto durará la suspensión (párrafos 10 y 11).

El contrato puede estipular que cuando se haya ordenado la suspensión de la construcción cesarán todas las actividades de construcción a las que se refiera la orden, pero continuará la construcción de las demás partes de las instalaciones (párrafo 12). El contratista podrá estar facultado en el contrato a una prórroga para terminar la construcción a fin de compensar el período de la suspensión y disponer del tiempo necesario para volver a movilizar el personal y el equipo (párrafo 13).

El contrato puede prever que sus cláusulas se aplicarán a la construcción reanudada tras el período de suspensión. Pero tal vez sea necesario armonizar las demás cláusulas contractuales, y no sólo aquellas afectadas directamente por la suspensión, con la cláusula de suspensión (párrafo 14).

La suspensión puede trastornar considerablemente la construcción de las instalaciones y poner en duda la viabilidad económica del contrato por parte del contratista. En consecuencia, el contrato puede establecer que el adquirente resarcirá al contratista las pérdidas que éste sufra. Tal vez sea difícil determinar las pérdidas que debe indemnizar el adquirente una vez transcurrida la suspensión. En consecuencia, puede que sea conveniente que el contrato especifique las pérdidas que deben indemnizarse (párrafos 15 y 16).

En determinadas circunstancias, el contrato podría autorizar al contratista a rescindir el contrato en lugar de continuar la suspensión (párrafo 17). El contrato puede obligar al contratista a reanudar la construcción sólo después de que haya transcurrido un plazo razonable desde la terminación de la suspensión (párrafo 18).

## A. Observaciones generales

1. El presente capítulo se refiere sólo a la suspensión de la construcción de las instalaciones y no a la interrupción de las demás obligaciones dimanantes del contrato de obras, tales como la obligación del adquirente de pagar al contratista. En la forma concebida en esta *Guía*, la suspensión es una interrupción de la construcción por el adquirente, por su propia conveniencia o por las causas que especifique el contrato, y por el contratista, en caso de incumplimiento del adquirente. El concepto de suspensión no abarca los casos de interrupciones de la construcción en virtud de una cláusula de gravosidad, a fin de que las partes puedan volver a negociar las cláusulas pertinentes del contrato (véase el capítulo XXII, "Cláusulas de gravosidad", párrafos 14 y 22), ni aquellos en los que determinado acontecimiento hace imposible seguir adelante con la construcción (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración"). Además, el concepto de suspensión no abarca el recurso del adquirente de ordenar al contratista que cese la construcción defectuosa (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafos 28 a 31).

2. La mayoría de los ordenamientos jurídicos no poseen una teoría acabada sobre la suspensión. Por ello, si las partes desean prever la posibilidad de la suspensión, es aconsejable que incluyan en el contrato una disposición que describa las circunstancias en las que puede suspenderse la construcción y las consecuencias jurídicas que ha de tener esa suspensión.

## B. Suspensión por el adquirente

3. Puede que las partes deseen estipular que el adquirente estará facultado a suspender la construcción de las instalaciones para hacer frente a las dificultades que pueda experimentar que no resulten del incumplimiento del contratista. Tal vez las partes deseen estipular que el adquirente podrá ordenar la suspensión sólo por determinadas causas especificadas en el contrato[1]. Por ejemplo, el contrato puede autorizar al adquirente a suspender la construcción en caso de un cambio previsto en la política económica, a fin de disponer de tiempo para evaluar la situación. Las causas especificadas no deben incluir aquellas que se considerarían impedimentos exonerantes en virtud de la cláusula de exoneración. Para evitar incertidumbres en la interpretación y reducir la posibilidad de controversias, conviene especificar claramente en el contrato las causas por las que el adquirente puede suspender la construcción.

4. Puede que las partes deseen considerar la posibilidad de estipular que el adquirente está facultado a suspender la construcción por propia conveniencia, esto es, sin indicar ningún motivo. Aunque el alcance del derecho de suspender por conveniencia es amplio, es improbable que el adquirente lo invoque arbitrariamente, no solamente porque si ordena la suspensión puede incurrir en costos elevados (véanse los párrafos 15 y 16, *infra*) sino también porque de ese modo se postergaría la fecha de terminación de las instalaciones (véase el párrafo 13, *infra*). Si no dispone del derecho de ordenar la suspensión, es posible que el adquirente tenga que valerse del recurso más radical de la resolución aun en situaciones en las que habría deseado solamente suspender la construcción si hubiera estado facultado para hacerlo (véase el examen de la resolución por conveniencia en el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafos 17 y 18).

## C. Suspensión por el contratista

5. El derecho del contratista de suspender la construcción puede diferir en cuanto a su alcance del derecho correspondiente al adquirente como consecuencia de las obligaciones que el contratista ha asumido, esto es, continuar la construcción sin interrupción y terminarla según el calendario establecido a pesar de las dificultades económicas o de otro tipo que se le presenten. Sin embargo, hay dos situaciones en las que puede convenir a las partes facultar al contratista a suspender la construcción[2].

6. En primer lugar, si el incumplimiento de la obligación del adquirente es lo suficientemente grave como para justificar la rescisión por el contratista (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato"), puede que las partes deseen facultar al contratista a suspender la construcción como alternativa al recurso de la rescisión. Un ejemplo de ese incumplimiento puede ser la falta de pago de un porcentaje considerable del precio adeudado por el adquirente.

7. En segundo lugar, puede que las partes consideren conveniente autorizar al contratista a suspender la construcción si el incumplimiento del adquirente afecta la construcción de las instalaciones de modo que ya no sea razonable para el contratista continuarla. Por ejemplo, si el adquirente suministra un proyecto defectuoso y la construcción basada en ese proyecto pondría en peligro la seguridad de las instalaciones o del personal empleado en la construcción, tal vez convenga autorizar al contratista a suspender la construcción hasta que se corrija el proyecto.

## D. Procedimiento de suspensión

8. Con respecto al procedimiento de suspensión de la construcción por el adquirente, el contrato puede exigirle que notifique por escrito la suspensión al contratista, indicando la fecha en que comenzará efectivamente la suspensión, y las actividades de construcción que se suspenderán. Si el contrato autoriza la suspensión por parte del adquirente sólo por causas determinadas, puede que también exija que en la notificación de la suspensión por el adquirente se indiquen las causas de la misma.

9. Puede que las partes deseen estipular que el contratista estará facultado a suspender siempre que notifique por escrito al adquirente solicitándole que

cumpla la obligación de que se trate dentro del plazo que se indique en la notificación. El plazo indicado debe ser razonable según las circunstancias, y puede comenzar a correr a partir de la entrega de la notificación. Si el adquirente no cumple dentro de ese plazo, el contratista puede suspender la construcción después de la entrega de una notificación al adquirente en la que declare que suspende la construcción. Si se adopta este criterio, puede que sea conveniente que en el contrato también se estipule que en los casos en que por el incumplimiento del adquirente sea necesario suspender inmediatamente la construcción (por ejemplo, si la continuación de la construcción basándose en el proyecto defectuoso suministrado por el adquirente pondría en peligro al personal del contratista), el contratista podrá hacerlo notificando por escrito al adquirente de la suspensión inmediata.

10. Puede que las partes deseen considerar distintas posibilidades con respecto a la duración de la suspensión. Si la suspensión se basa en una causa indicada en el contrato, el contrato puede estipular que la suspensión estará en vigor hasta que cese esa causa. Por ejemplo, si el contrato autoriza al contratista a suspender la construcción por la falta de pago del adquirente, se puede estipular que la suspensión terminará cuando se efectúe el pago pertinente.

11. En el caso de suspensión por el adquirente por propia conveniencia, el contrato puede obligar al adquirente a indicar en su notificación la fecha en la que terminará la suspensión. En ese caso, tal vez convenga facultar al adquirente a prorrogar el período de suspensión enviando una nueva notificación escrita al contratista. En todos los casos, puede que convenga facultar al adquirente a poner término a la suspensión antes de la fecha prevista en el contrato o de la fecha prevista en la notificación de la suspensión, notificando por escrito al contratista que la suspensión ha terminado, siempre que el adquirente indemnice adecuadamente al contratista por cualesquiera daños y perjuicios o por los gastos que haya tenido que efectuar por motivo de dicha terminación anticipada de la suspensión. (Para la reanudación de la construcción después de que termine la suspensión, véase el párrafo 18, *infra*.)

## E. Consecuencias de la suspensión

12. Con respecto a las obligaciones de las partes cuando se haya suspendido la construcción, el contrato puede estipular que todas las actividades de construcción a las que se refiera la orden de suspensión se interrumpirán por el período de la suspensión, pero que continuará la construcción de las demás partes de las instalaciones no afectadas por esa orden. En el caso en que el adquirente haya ordenado la suspensión, el contrato puede obligar al contratista a cesar las actividades de construcción afectadas en la fecha indicada en la notificación por la que se ordena la suspensión (véase el párrafo 8, *supra*). El contrato puede también estipular que si cualquiera de las partes recurre a la suspensión de la construcción no se verá privada de ejercer las demás acciones de que disponga en virtud del contrato.

13. Como consecuencia del criterio que se acaba de describir, el contrato puede estipular que durante el período de la suspensión no podrá exigirse el cumplimiento de las obligaciones que se han suspendido y que, en consecuencia, el incumplimiento de esas obligaciones no constituye demora en el cumplimiento (conforme al capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", párrafo 4). El contrato también puede prever una

prórroga en el calendario para la terminación de la construcción por un plazo al menos equivalente al período de suspensión, o tal vez por ese período más un período suplementario razonable que permita al contratista volver a movilizar al personal y al equipo a fin de reanudar la construcción. Puede que sea conveniente exigir al contratista que notifique por escrito al adquirente el plazo suplementario que considere necesario para terminar la construcción, indicando los detalles que justifiquen la duración de ese período.

14. El contrato puede estipular que cuando se reanude la construcción, salvo que se convenga otra cosa, sus cláusulas han de aplicarse del mismo modo que antes de la suspensión. Pero es posible que haya que modificar algunas disposiciones contractuales a fin de adaptarlas a las circunstancias que trajo aparejadas la suspensión. Por ejemplo, el contrato puede exigir a las partes que amplíen sus respectivas garantías de buena ejecución cuando se ordene la suspensión a fin de cubrir el plazo suplementario que se requiere para la construcción (véase el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafo 36). El contrato debe también estipular cuál de las partes ha de sufragar los costos que entrañe la prórroga de las garantías.

15. Aunque el mecanismo de la suspensión puede ser útil, también puede tener un efecto perturbador en la construcción de las instalaciones que efectúa el contratista. Por ejemplo, si el contratista emplea varios subcontratistas en la construcción, es posible que la suspensión le impida coordinar sus respectivas funciones. También se puede poner en peligro la viabilidad financiera del contrato para el contratista debido al costo que entraña interrumpir y volver a comenzar la construcción. Por consiguiente, el contrato puede obligar al adquirente a indemnizar al contratista por las pérdidas sufridas a raíz de la suspensión en las circunstancias previstas en las secciones B y C, *supra*.

16. Tal vez sea difícil una vez transcurrida la suspensión determinar las pérdidas que debe indemnizar el adquirente. En consecuencia, puede que convenga que el contrato incluya una lista, taxativa o ilustrativa, de los tipos de pérdidas que han de indemnizarse, o bien de los tipos de pérdidas que no se considerarán indemnizables. Esa indicación detallada puede también facilitar al adquirente el cálculo previo de las consecuencias económicas en caso de que desee ordenar la suspensión. Los tipos de pérdidas que han de indemnizarse pueden ser los siguientes, o algunos de ellos: las pérdidas que el contratista sufra por demoras en el cumplimiento de los demás contratos que haya celebrado; los costos incurridos en el mantenimiento y la protección de las instalaciones, el equipo y los materiales necesarios para la construcción; los costos de la desmovilización del personal, incluso los gastos incurridos por el personal del contratista (por ejemplo, las rentas anticipadas por el personal por el alojamiento que no utilizará debido a la suspensión, y el costo del transporte); todo aumento en los costos del equipo y los materiales producido entre la fecha del contrato y la reanudación de la construcción después del período de suspensión; los costos del equipo de construcción alquilado que se mantiene en el emplazamiento; los costos incurridos al reanudar la construcción y volver a movilizar al personal, incluso los costos de transporte; los gastos generales suplementarios; la indemnización pagadera a los subcontratistas por las demoras causadas en sus respectivos cumplimientos o por la resolución de sus contratos como consecuencia de la suspensión; y los costos incurridos como consecuencia de la postergación de la terminación de las instalaciones (por ejemplo, el contratista puede tener que emplear otro

subcontratista a un costo más elevado para sustituir a aquel cuyo contrato fue resuelto debido a la suspensión). El contrato también puede exigir que el contratista adopte todas las medidas razonables para mitigar las pérdidas y los gastos resultantes de la suspensión y obligar a las partes a consultarse recíprocamente la forma de hacerlo.

17. El contrato puede autorizar al contratista a resolver el contrato (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato") si la suspensión o la acumulación de suspensiones supera el plazo que se especifique en el contrato[3].

18. El contrato puede obligar al contratista a reanudar la construcción dentro de un plazo razonable después de que termine la suspensión, pues podría resultar difícil reanudarla inmediatamente. Por ejemplo, es posible que el contratista haya cancelado un pedido de materiales a raíz de la suspensión y tenga que volver a ordenarlos.

*Notas del capítulo XXIV:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"El adquirente puede, en cualquier momento, por cualquiera de las causas que a continuación se indican, ordenar la suspensión de la construcción de las instalaciones o de una parte de la misma, enviando al contratista una notificación escrita en la que indique la construcción o la parte de la misma que ha de suspenderse, las causas de esa suspensión y la fecha en que comenzará efectivamente. La suspensión no afecta la validez del contrato. Las causas por las que el adquirente puede ordenar la suspensión son las siguientes: . . ."

[2]*Ejemplo de disposición*

"1) Con sujeción a lo dispuesto en los párrafos 2) y 3) del presente artículo, el contratista puede suspender la construcción de las instalaciones o de una parte de las mismas, si el adquirente incumple algunas de las siguientes obligaciones: . . .

"2) La suspensión no afecta la validez del contrato. El contratista debe notificar por escrito al adquirente indicándole el incumplimiento que justifica la suspensión propuesta, solicitándole que cumpla dentro de un plazo determinado y señalando la construcción o la parte de la construcción que ha de suspenderse. Si el adquirente no cumple dentro de ese plazo específico, el contratista puede suspender la construcción después de la entrega al adquirente de una notificación en la que declare que suspende la construcción de conformidad con la notificación anterior.

"3) No obstante, si por el incumplimiento del adquirente es necesario suspender inmediatamente la construcción de las instalaciones o una parte de la misma, el contratista podrá hacerlo después de la entrega al adquirente de una notificación escrita de la suspensión. La notificación escrita debe indicar al adquirente el incumplimiento que justifica la suspensión."

[3]*Ejemplo de disposición*

"Si la suspensión o la acumulación de suspensiones supera los . . . días, el contratista estará facultado a resolver el contrato y a recibir una indemnización por las pérdidas ocasionadas por la resolución en la misma medida en que lo estaría si el adquirente resolviera el contrato por conveniencia. Por acumulación de suspensiones se entiende la suma de los períodos de suspensión que tienen lugar en diferentes momentos, tanto si esos períodos se refieren a una misma parte de la construcción como si se refieren a distintas partes."

# Capítulo XXV. Resolución del contrato


RESUMEN

Es aconsejable que el contrato contenga una cláusula de resolución a fin de prever un procedimiento regular y equitativo en caso de que las circunstancias hagan prudente o necesario resolver el contrato. Antes de la resolución del contrato, ambas partes estarán interesadas en intentar otras medidas o acciones previstas en el contrato a fin de hacer frente a esas circunstancias. Además, puede que, en muchos casos, convenga que en el contrato se exija a la parte que desee resolverlo que notifique a la otra parte la existencia de una situación que justifique la resolución y que se dé a la otra parte un plazo para superar o rectificar esa situación, antes de facultar a la primera a la resolución (sistema de doble notificación). Al redactar una cláusula de resolución, las partes deben tener en cuenta todas las normas jurídicas imperativas sobre esa materia que contenga la ley aplicable al contrato, y estar al tanto de cualquier norma no imperativa (párrafos 1 a 6).

Puede que las partes deseen prever la resolución del contrato con respecto a las obligaciones que aún no se hayan cumplido, así como la rescisión con respecto a las obligaciones que se hayan cumplido defectuosamente (párrafo 7).

El contrato podría facultar al adquirente a rescindirlo en determinadas situaciones en que se da un incumplimiento del contratista de alguna de sus obligaciones o de las limitaciones relativas a la cesión del contrato y, posiblemente, a la subcontratación (párrafos 8 a 10).

Convendría que en el contrato se facultase al adquirente a resolver en caso de que el contratista sea declarado en quiebra. Puede que las partes deseen considerar si se debe facultar al adquirente a resolver el contrato por la iniciación del procedimiento de quiebra contra el contratista (párrafos 11 a 14). Puede que las partes también deseen considerar si el adquirente debe estar facultado a resolver el contrato en caso de que se entablen procedimientos análogos o conexos a los procedimientos de quiebra contra el contratista, o en caso de quiebra o procedimientos análogos o conexos contra un fiador (párrafos 15 y 16).

Puede que las partes deseen considerar si el adquirente debe estar facultado a resolver el contrato por propia conveniencia (párrafos 17 y 18).

El contrato podría facultar al contratista a rescindirlo en determinados casos de incumplimiento del adquirente, o si éste dificulta u obstaculiza la labor del contratista, y si se inicia un procedimiento de quiebra o procedimientos análogos o conexos contra el adquirente (párrafos 19 a 21).

Si no es posible el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato debido a un impedimento exonerante, puede que las partes deseen establecer que cualquiera de ellas estará facultada a resolver el contrato si el impedimento persiste durante determinado tiempo o si la duración acumulada de dos o más impedimentos supera determinado plazo (párrafo 22).

El contrato podrá indicar los derechos y obligaciones de las partes al producirse la resolución. Sería conveniente que el contrato estipulase que, cuando se produzca la resolución por cualquiera de las partes, el contratista debe interrumpir la construcción y desocupar el emplazamiento. El contrato podría dar al adquirente la opción de utilizar el equipo y las herramientas de construcción del contratista, quizá pagando un alquiler razonable, y de comprarle al contratista el equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones (párrafos 23 a 25).

En caso de resolución, el contrato puede obligar al adquirente a que se haga cargo de las partes de las instalaciones que ya se hayan construido y que no sean objeto de la resolución. No obstante, puede hacerse una excepción en algunos casos, cuando el contratista rescinda el contrato por incumplimiento del adquirente (párrafo 26).

Puede que las partes deseen considerar la posibilidad de obligar al contratista a ceder al adquirente los contratos que haya celebrado con subcontratistas y proveedores, en caso de que el contrato haya sido rescindido por causas imputables al contratista. Convendría que el contrato autorizase expresamente al adquirente a pagar directamente a los subcontratistas y proveedores las sumas adeudadas por el contratista, y que facultase al adquirente a exigir al contratista que le reembolse esos pagos (párrafos 27 y 28).

En algunos casos, si el adquirente resuelve el contrato por motivos que no le sean imputables, el contrato puede obligar al contratista a entregar al adquirente los planos, documentos descriptivos y elementos análogos relacionados con las instalaciones que tenga en su poder, y disponer la producción de los elementos que aún no se hayan producido y su entrega al adquirente (párrafo 29).

El contrato podrá indicar los pagos que han de efectuarse entre las partes en caso de resolución. El hecho de que los pagos deban efectuarse o no, y la cuantía de los mismos, puede depender de la causa de la resolución (párrafos 30 a 35).

El contrato puede indicar qué disposiciones seguirán en vigor y cuáles tendrán fuerza obligatoria para las partes después de la resolución (párrafo 36).

## A. Observaciones generales

1. Pueden surgir circunstancias que hagan prudente o necesario resolver el contrato de obras antes de que se haya ejecutado por completo. Conviene incluir en el contrato una cláusula de resolución a fin de que se proceda con orden y equidad a la resolución en caso de que se planteen dichas circunstancias. El presente capítulo contempla las disposiciones que podrían incluirse en una cláusula de resolución. Además de las situaciones que contempla el presente capítulo, en otras partes de la *Guía* se examinan otras situaciones en las que se puede resolver o rescindir el contrato.

2. La resolución de un contrato de obras puede considerarse como una solución extrema. Incluso si ocurren acontecimientos que podrían justificar la resolución, sería en interés de ambas partes que se intentara hacer frente a la situación recurriendo a otras medidas o ejerciendo las acciones previstas en el contrato (por ejemplo, exigir el cumplimiento según lo acordado, interrumpir la

ejecución del contrato, exigir que se subsanen los defectos, renegociar y modificar las disposiciones contractuales o reclamar daños y perjuicios). Además, en muchos casos puede que convenga que el contrato exija que la parte que desee resolverlo notifique a la otra parte que existe una situación que se alega como causa de resolución, y que dé a la otra parte un plazo para superar o rectificar la situación antes de que la primera esté facultada a resolver el contrato (véanse, por ejemplo, los párrafos 9, 19 y 20, *infra*; conforme a los párrafos 12 y 17, *infra*). Es aconsejable que el contrato exija que su resolución, por cualquier motivo, se haga por escrito.

3. Al redactar una cláusula de resolución, las partes deben tener en cuenta todas las normas imperativas al respecto que haya en la ley aplicable al contrato. Las partes también deben estar al tanto de todas las normas no imperativas de la ley aplicable al contrato relativas a la resolución, y considerar si esas normas son suficientes y apropiadas para regir la resolución del contrato que celebren.

4. A menudo se han establecido normas jurídicas generales sobre la resolución de contratos en relación con la compraventa y otros tipos de contratos que son considerablemente menos complejos que los contratos de obras y cuya duración es mucho más breve, y es posible que esas normas resulten inadecuadas para la resolución de los contratos de obras. Como se vio en varios capítulos de la presente *Guía*, puede haber situaciones en las que sería apropiado autorizar a las partes en el contrato de obras a resolver el contrato en otras circunstancias, además de las previstas en esos ordenamientos jurídicos. Por otra parte, pueden surgir situaciones en que sería conveniente limitar la posibilidad de resolución del contrato permitida por las normas jurídicas generales. Además, con frecuencia las normas jurídicas generales no prevén procedimientos adecuados para una resolución ordenada del contrato de obras ni contemplan otras cuestiones, tales como los derechos y obligaciones de las partes cuando se produce la resolución, en una forma que responda satisfactoriamente a las necesidades de las partes.

5. Si las partes incluyen en el contrato disposiciones relativas a la resolución del contrato, convendría que se indicara en éste si las causas de resolución establecidas en esas disposiciones complementan o sustituyen las causas previstas en la ley aplicable al contrato.

6. En algunos ordenamientos jurídicos, sólo puede resolverse un contrato con autorización judicial, salvo que en el contrato se autorice expresamente a las partes a resolverlo sin esa autorización. En esos ordenamientos jurídicos, si se desea prever la posibilidad de resolución por las partes sin autorización judicial, el contrato deberá indicarlo especialmente.

## B. Alcance de la resolución

7. Puede que las partes deseen prever la resolución del contrato con respecto a las obligaciones que aún no se hayan cumplido, así como con respecto a las obligaciones que se hayan cumplido en forma defectuosa. En los casos en que el contratista incurra en demora en la terminación de una parte de la construcción para una fecha jalón obligatoria (véase el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 21), el contrato pueda autorizar al adquirente a rescindirlo con respecto a la parte de la construcción demorada.

Pero en los casos en que, debido al carácter de la construcción, no sea aconsejable separar la parte de la construcción demorada del resto de la construcción por terminar, el contrato puede facultar al adquirente a rescindirlo con respecto a toda la construcción pendiente de terminación.

## C. Causas de resolución del contrato

### 1. *Resolución por el adquirente*

#### a) *Incumplimiento del contratista*

8. En otros capítulos, sobre todo en el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 22, y en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento", se estudian las circunstancias en las que el contrato puede facultar al adquirente a la rescisión en caso de incumplimiento del contratista.

9. En algunos casos de incumplimiento del contratista, el contrato puede darle a éste un plazo para rectificar su incumplimiento, antes de que el adquirente esté facultado a rescindir el contrato. En esos casos, el contrato podría adoptar un sistema de doble notificación. Conforme a este sistema, el contrato puede exigir al adquirente que notifique al contratista indicándole su incumplimiento y comunicándole que rescindirá el contrato si el contratista no rectifica el incumplimiento dentro de un plazo razonable o de un plazo fijado en el contrato. Si el contratista no ha rectificado el incumplimiento a la expiración de ese plazo, el adquirente puede estar facultado a rescindir el contrato notificando la rescisión por escrito al contratista. No obstante, es aconsejable que ese plazo no se considere una prórroga del plazo fijado en el contrato para el cumplimiento de la obligación de que se trata, sin perjuicio de los derechos y acciones que pueda hacer valer el adquirente por la demora del contratista en el cumplimiento de esa obligación[1]. En otros casos de rescisión por incumplimiento del contratista (por ejemplo, si no inicia la construcción en la fecha fijada, y declara que no lo hará), nada se ganaría exigiendo al adquirente que esperara para proceder a la rescisión; podría autorizársele a rescindir inmediatamente cuando se produzca el incumplimiento del contratista notificándole a éste por escrito la rescisión. Los casos en que puede exigirse el sistema de la doble notificación y aquellos en los que el adquirente podría estar facultado a rescindir inmediatamente se indican también en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento".

#### b) *Incumplimiento de las limitaciones relativas a la cesión de contratos y a la subcontratación por parte del contratista*

10. En el capítulo XXVII, "Transmisión de derechos y obligaciones contractuales", párrafo 12, se examina la rescisión por incumplimiento del contratista de las disposiciones contractuales relativas a la cesión del contrato o de determinados derechos y obligaciones contractuales. Con respecto a las limitaciones relativas a la subcontratación por parte del contratista (véase el capítulo XI, "Subcontratación", párrafos 7 a 9), puede que las partes deseen considerar si debe facultarse al adquirente a rescindir el contrato cuando el contratista subcontrata sin respetar esas limitaciones. El contrato puede prohibir al adquirente que rescinda si, a pesar de que el contratista ha celebrado un subcontrato sin respetar las disposiciones contractuales, el adquirente ha dado su consentimiento a la subcontratación.

c) *Quiebra o insolvencia del contratista*

11. En el supuesto de quiebra de una de las partes, el contrato y su cumplimiento estarán sujetos a normas jurídicas imperativas. Es importante que las partes tengan en cuenta esas normas al redactar las disposiciones contractuales sobre la resolución. Por ejemplo, es posible que algunos ordenamientos jurídicos prohíban que una de las partes resuelva el contrato exclusivamente por la quiebra de la otra.

12. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el activo de la persona o la empresa declarada en quiebra, que comprende, en el caso del contratista, sus derechos derivados del contrato de obras, se pone bajo la administración de un funcionario designado conforme a las normas del ordenamiento de que se trate. Ese funcionario, en general, interrumpirá el curso ordinario de los negocios del quebrado, salvo en la medida necesaria para proteger su activo y los derechos de los acreedores. En consecuencia, tal vez sea aconsejable facultar en el contrato al adquirente a resolver en caso de que el contratista sea declarado en quiebra, si esa rescisión no es incompatible con las normas imperativas de la ley aplicable. El contrato podría autorizar al adquirente a resolver inmediatamente después de la declaración de quiebra notificando por escrito al contratista la rescisión.

13. En algunos ordenamientos jurídicos, incluso antes de la declaración de quiebra, la simple iniciación del procedimiento de quiebra puede limitar la capacidad del contratista para subcontratar o comprar a terceros materiales o suministros necesarios para ejecutar la construcción, efectuar pagos vencidos, o proseguir sus negocios de alguna otra manera. En consecuencia, puede que las partes deseen considerar si la iniciación del procedimiento de quiebra contra el contratista facultará al adquirente a resolver el contrato. Por una parte, cuando se inician los procedimientos de quiebra contra el contratista a instancia de otra empresa o de un tercero, existiría la posibilidad de que el contratista se opusiera con éxito a la declaración de quiebra; por lo tanto, las partes podrían considerar conveniente exigir al adquirente que esperase a la declaración de quiebra para resolver el contrato. En caso de que se iniciase el procedimiento de quiebra a instancia del propio contratista, la quiebra podría declararse dentro de un breve plazo, y si el adquirente tuviera que esperar esa declaración no resultaría en modo alguno perjudicado. Por otra parte, si la iniciación del procedimiento de quiebra limitara gravemente la capacidad del contratista de cumplir el contrato, las partes podrían considerar apropiado facultar al adquirente a resolver el contrato incluso por la mera iniciación del procedimiento.

14. Si las partes deciden autorizar al adquirente a resolver el contrato por la iniciación del procedimiento de quiebra, sea a instancia del contratista o contra éste, puede que deseen considerar si el adquirente debe estar facultado a resolver inmediatamente cuando se inicia el procedimiento, o si en esos casos la resolución debe subordinarse al sistema de doble notificación (véase el párrafo 9, *supra*). En caso de que se haya iniciado el procedimiento de quiebra contra el contratista a instancia de los acreedores, y el adquirente estuviera facultado a resolver el contrato sólo después de transcurrido determinado plazo a partir de la notificación al contratista, éste tendría la posibilidad de que se desechase el procedimiento. Cabe observar, sin embargo, que ese criterio, en algunos casos, podría ocasionar perjuicios al adquirente, por ejemplo, porque no podría contratar a otro contratista hasta que haya transcurrido el plazo. En el caso de

que el procedimiento de quiebra se haya iniciado a instancia del propio contratista, el contrato podría autorizar al adquirente a resolver inmediatamente después de la iniciación del procedimiento.

15. En muchas legislaciones nacionales, además de la quiebra hay varios procedimientos similares o conexos (por ejemplo, sindicatura, liquidación, insolvencia, cesión de bienes, reorganización) que podrían dificultar el cumplimiento del contrato de obras por parte del contratista. Puede que las partes deseen considerar si el adquirente estará facultado a resolver el contrato en caso de que se inicien procedimientos de ese tipo. A ese respecto, muchas de las cuestiones que se examinan en los párrafos 11 a 14, *supra*, en relación con la quiebra, también serán aplicables en lo concerniente a esos otros procedimientos.

16. Cuando el contrato exija que el contratista proporcione una fianza de buena ejecución (véase el capítulo XVII, "Garantías de buena ejecución", párrafos 10 a 12), puede que las partes deseen considerar la posibilidad de facultar al adquirente a resolver el contrato de obras si se inician procedimientos de quiebra o procedimientos análogos o conexos contra el fiador, y el contratista no consigue que otro fiador aceptable para el adquirente proporcione una nueva fianza de buena ejecución dentro de un plazo razonable o específico.

### d) *Resolución por conveniencia*

17. Cuando el adquirente sea un gobierno o una empresa estatal, puede que desee estar facultado en el contrato para resolverlo por propia conveniencia, es decir, sin tener que demostrar determinadas causas que se estipulen en el contrato. En algunos ordenamientos jurídicos, dicho adquirente puede resolver el contrato por motivos distintos a los previstos especialmente en el mismo, incluso sin que una disposición contractual lo autorice a hacerlo, siempre que indemnice totalmente a la otra parte por los perjuicios que le cause esa resolución. Pero en otros ordenamientos jurídicos es posible que dicho adquirente no pueda proceder de esa forma salvo que el contrato prevea esa resolución. Además, incluso si el contrato se rige por un ordenamiento jurídico del tipo mencionado en primer lugar, puede que las partes deseen excluir algunos tipos de indemnización (por ejemplo, el lucro cesante: véase el párrafo 34, *infra*) de la indemnización que en otro caso el adquirente que resuelve el contrato por propia conveniencia tendría que pagar al contratista. Por razones tales como éstas, puede que las partes consideren la posibilidad de estipular en su contrato disposiciones que contemplen la resolución por conveniencia por parte de dicho adquirente. Si el adquirente está facultado a resolver por propia conveniencia, el contrato puede estipular que la resolución tendrá efectos inmediatamente después de que se le notifique al contratista[2].

18. Es posible que el ejercicio por parte del adquirente del derecho a resolver el contrato por propia conveniencia tenga consecuencias distintas a las de la resolución por otras causas determinadas (véase el párrafo 34, *infra*). En particular, el costo que puede significar al adquirente el ejercicio de este derecho podría disuadirlo de recurrir a ese tipo de resolución salvo en circunstancias excepcionales.

## 2. *Resolución por el contratista*

### a) *Incumplimiento del adquirente*

19. La obligación principal del adquirente en virtud del contrato es el pago del precio convenido. Pero también puede tener obligaciones relacionadas con el derecho del contratista a recibir el pago, tales como adoptar disposiciones para obtener una carta de crédito, o hacerse cargo o aceptar la construcción terminada. Además puede tener otras obligaciones en virtud del contrato, tales como suministrar el proyecto o el equipo y los materiales. Las circunstancias bajo las que el contrato podría autorizar al contratista a rescindir en caso de que el adquirente incumpla esas obligaciones se examinan en el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento". El contrato podría exigir un sistema de doble notificación (véase el párrafo 9, *supra*) en caso de rescisión por el contratista por incumplimiento del adquirente.

### b) *Dificultades u obstáculos a la labor del contratista*

20. El contrato puede facultar al contratista a resolver si el adquirente dificulta u obstaculiza gravemente la labor del contratista. En estos casos, el contrato podría exigir el sistema de doble notificación (véase el párrafo 9, *supra*).

### c) *Quiebra o insolvencia del adquirente*

21. Puede que las partes deseen considerar si deberá facultarse al contratista a resolver el contrato en caso de que se inicien procedimientos de quiebra, insolvencia o procedimientos análogos contra el adquirente. Muchas de las consideraciones examinadas en los párrafos 11 a 15, *supra*, con respecto a la resolución por el adquirente debido a quiebra o insolvencia del contratista, también son aplicables en este contexto.

## 3. *Imposibilidad de cumplimiento debido a un impedimento exonerante*

22. Durante el curso de la construcción, pueden ocurrir acontecimientos que impidan a una de las partes cumplir sus obligaciones contractuales. El contrato podría estipular que, si esos acontecimientos constituyen impedimentos exonerantes (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración", párrafos 9 a 26), esa parte quedará exenta del pago de daños y perjuicios por su incumplimiento. También podría obligarla a notificar a la otra parte la ocurrencia del impedimento exonerante, y estipular que ambas estudiarán las medidas que deben adoptarse para hacerle frente (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración", párrafos 27 y 28). Puede que las partes deseen estipular en el contrato que, si el impedimento exonerante persiste durante cierto tiempo, o si la acumulación de dos o varios impedimentos exonerantes supera determinado plazo, cualquiera de las partes podrá resolver inmediatamente el contrato notificando por escrito la resolución a la otra parte. El contrato puede cuantificar el plazo que facultaría a cualquiera de las partes a la resolución. A ese respecto, puede que las partes deseen fijar un plazo tal que podría ocasionar una grave demora en la terminación de las instalaciones. Si sólo una parte de la construcción resulta afectada por el impedimento exonerante, el contrato podría autorizar a las partes a resolver solamente la parte del contrato correspondiente a esa parte de la construcción.

## D. Derechos y obligaciones de las partes al producirse la resolución

### 1. *Interrupción de la construcción y desocupación del emplazamiento por parte del contratista*

23. Convendría que el contrato estipulara que al producirse la resolución por cualquiera de las partes el contratista deberá interrumpir la construcción. Pero en muchos casos, no será viable ni conveniente que el contratista se limite a interrumpir la construcción y dejar el emplazamiento en el momento en que tiene lugar la resolución. Es posible que tengan que terminarse algunas operaciones en marcha, y haya que adoptar medidas para proteger o asegurar distintos elementos de las instalaciones parcialmente terminadas. Si las partes convienen en que el contratista estará obligado a adoptar dichas medidas, es aconsejable que el contrato contenga una disposición expresa a ese efecto. Con respecto a la cuestión de cuál de las partes ha de sufragar los costos de dichas medidas, véase la subsección 5, *infra*. El contrato puede también obligar expresamente al contratista a desocupar el emplazamiento sin demora cuando se haya interrumpido definitivamente toda la construcción, o bien cuando se lo ordene el adquirente, y exigirle que vele porque las personas o empresas por él contratadas también desocupen el emplazamiento bajo esas circunstancias.

24. La disposición contractual que obliga al contratista a desocupar el emplazamiento, o la orden de desocuparlo dada por el adquirente, también podrían obligar al contratista a retirar su equipo y herramientas de construcción, así como el equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones y que le pertenecen. Si el contratista no retirara esos elementos, el contrato podría facultar al adquirente a hacer que se retirasen y almacenasen por cuenta del contratista. Si el contrato se rescinde por causas imputables al contratista, también podría darse al adquirente la opción de utilizar el equipo y las herramientas de construcción del contratista a fin de continuar la construcción, tal vez pagando un alquiler razonable, y de comprar a un precio razonable el equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones que se encuentren en el emplazamiento. Pero las partes deben tener en cuenta que estos criterios podrían estar regidos o limitados por normas imperativas de la ley aplicable.

25. En algunos casos, es posible que las partes consideren conveniente estipular que la facultad del adquirente o del nuevo contratista de utilizar el equipo y las herramientas de construcción del contratista se subordinará a los derechos de terceros (por ejemplo, arrendadores) sobre esos elementos. Pero en otros casos, las partes pueden considerar preferible no incluir esa condición y estipular que el contratista que acepte dar al adquirente o al nuevo contratista la facultad de utilizar su maquinaria y herramientas de construcción debe cerciorarse de que ello no afectará los derechos de terceros y soportar ese riesgo.

### 2. *Toma a cargo de las instalaciones por el adquirente*

26. Salvo la excepción que se señala más adelante, el contrato puede, en caso de resolución, obligar al adquirente a hacerse cargo de las partes de las instalaciones que hayan sido construidas y que no sean objeto de resolución. El contrato puede fijar un breve plazo después de que tenga efecto la resolución dentro del cual el contratista debe entregar las instalaciones al adquirente y el

adquirente hacerse cargo de las mismas. Pero en el caso de rescisión por parte del contratista debido al incumplimiento del adquirente, el contrato puede estipular que el adquirente no estará facultado a hacerse cargo de las instalaciones si ello es incompatible con los derechos del contratista derivados del incumplimiento del adquirente (por ejemplo, derechos del contratista conforme a una reserva de la cláusula de propiedad; véase el capítulo XV, "Transmisión de la propiedad de los bienes", párrafo 8).

### 3. *Cesión de contratos celebrados con subcontratistas y proveedores y pago del adquirente de las sumas debidas a los subcontratistas y proveedores*

27. Cuando se resuelve el contrato de obras, es posible que sigan pendientes los contratos que el contratista haya celebrado con los subcontratistas y proveedores. En algunos casos, el adquirente no estará interesado en esos contratos a raíz de la resolución del contrato de obras. Pero en otros casos, por ejemplo, si el adquirente, o un nuevo contratista contratado por el adquirente, ha de terminar la construcción, puede que el adquirente o ese nuevo contratista deseen hacerse cargo de algunos de esos contratos. Otra posibilidad sería que el adquirente o el nuevo contratista deseasen celebrar nuevos contratos con esos subcontratistas o proveedores. Ello podría ocurrir si los primeros contratos son intransferibles, o si el adquirente, o el nuevo contratista, no desea asumir todas las obligaciones del contratista del contrato resuelto frente a los subcontratistas o proveedores aceptando la cesión de esos contratos (véase también el párrafo 28, *infra*). Sólo será posible celebrar nuevos contratos si los subcontratistas o proveedores quedan liberados de los contratos que habían celebrado con el primer contratista. En consecuencia, si se resuelve el contrato por causas imputables al contratista (esto es, debido al incumplimiento del contratista o a su quiebra o insolvencia), puede que las partes deseen considerar la posibilidad de obligar al contratista a ceder los contratos al adquirente o al nuevo contratista, o bien a resolverlos, si el adquirente le solicita que proceda de esa forma cuando le notifique la resolución del contrato, y siempre que la cesión o la resolución sean posibles. Tal vez convenga que en el contrato de obras se estipule la obligación del contratista de incluir en los contratos que celebre con los subcontratistas o proveedores una disposición que le autorice a resolver esos contratos si se resuelve el contrato de obras.

28. Cuando se prevé la cesión de un contrato o la concertación de un nuevo contrato con un subcontratista o proveedor, es posible que se planteen dificultades en torno a las sumas que el contratista deba pagar a esos terceros. Puede que el tercero no desee seguir participando en la construcción sin que se le paguen las sumas que le debe el contratista. Además, es posible que ese tercero se niegue a entregar los elementos que antes de la resolución se había obligado a suministrar y que aún no se hubiesen pagado, o incluso que retire el equipo y los materiales que haya entregado. Por lo tanto, el adquirente estaría interesado en que se lo autorizara a pagar directamente al tercero las sumas debidas por el contratista, y a exigir a este último que se las reembolsase. Si el adquirente acepta la cesión del contrato celebrado con el tercero, algunos ordenamientos jurídicos le exigirán el abono de las sumas vencidas. Convendría autorizar expresamente en el contrato de obras esos pagos directos y facultar al adquirente a reclamárselos al contratista.

## 4. *Planos, documentos descriptivos y elementos análogos*

29. Si el adquirente se propone terminar la construcción inacabada por el contratista del contrato resuelto, puede que desee obtener los diseños, planos, cálculos, descripciones, documentación relativa al *know-how* y a la ingeniería y demás elementos de esa índole relacionados con la construcción que haya terminado el contratista, así como con la que esté aún por terminar. Es posible que sea importante obtener esa documentación o información si el contratista es el único que conoce la construcción o la tecnología, o si, por otros motivos, un ingeniero o un nuevo contratista no pueden producir esos elementos. En consecuencia, puede que las partes deseen estipular que si el adquirente resuelve el contrato por causas imputables al contratista o, en términos más generales, por causas que no le sean imputables al adquirente (es decir, su incumplimiento, quiebra o insolvencia), el contratista estará obligado a entregar al adquirente aquellos elementos que obren en su poder. Al asumir esa obligación, es posible que el contratista deba obtener el consentimiento de terceros que sean titulares de derechos de propiedad industrial u otros derechos de propiedad intelectual con respecto a los elementos que han de entregarse al adquirente. Además, convendría que en el contrato se obligara al contratista a adoptar las medidas necesarias para la producción de planos y documentos (por ejemplo, manuales de explotación) que aún no se hubieran producido y su entrega al adquirente, sobre todo cuando resultase difícil o imposible que otro contratista los produjese.

## 5. *Pagos que han de hacerse entre las partes*

### a) *Resolución por causas imputables al contratista*

30. Puede que las partes deseen estipular que, si el contrato se resuelve por causas imputables al contratista (esto es, incumplimiento, quiebra o insolvencia del contratista), éste no estará facultado a recibir el pago por la construcción que aún no haya ejecutado. Pero podría facultársele a recibir la parte del precio correspondiente a la construcción que haya ejecutado satisfactoriamente antes de la resolución. En un contrato de costos reembolsables o de precio unitario, la fijación de este precio no presentará dificultades excepcionales. En un contrato a precio alzado, se facilitaría la fijación del precio correspondiente a la construcción que se hubiera ejecutado si en el contrato se asignaran partes del precio a elementos concretos de la construcción (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 7).

31. Cuando el adquirente resuelve el contrato, puede incurrir en gastos y sufrir pérdidas que no habría tenido si el contrato no se hubiera resuelto y el contratista hubiera terminado la construcción. Si se rescinde el contrato por incumplimiento del contratista, el contrato puede prever que el adquirente se resarcirá de esos gastos y pérdidas mediante daños y perjuicios (véase el capítulo XX, "Daños y perjuicios"). En el caso de resolución por quiebra o insolvencia del contratista, convendría indicar en el contrato los tipos de gastos y pérdidas que el contratista deberá resarcir al adquirente. Por ejemplo, el contrato puede obligar al contratista a indemnizar al adquirente por los gastos en que haya incurrido a fin de asegurar o proteger las instalaciones parcialmente terminadas hasta que un nuevo contratista pueda reanudar la construcción, así como las penalidades o costas en que haya incurrido a raíz de

la resolución de los contratos celebrados con los demás contratistas o proveedores. Además, el contrato puede obligar al contratista a reembolsar al adquirente la diferencia entre el costo que entrañe terminar la construcción con un nuevo contratista y la suma que, en virtud del contrato, hubiera debido pagar al contratista con respecto a esa parte de la construcción. El contrato también podría obligar al contratista a resarcir al adquirente las pérdidas sufridas a raíz de la demora en la terminación de la construcción ocasionada por la resolución y la necesidad de contratar a un nuevo contratista para que termine la construcción.

b) *Resolución por causas imputables al adquirente*

32. Si se resuelve el contrato por causas imputables al adquirente (esto es, incumplimiento, quiebra o insolvencia del adquirente), el contrato podrá facultar al contratista a recibir la parte del precio correspondiente a la parte de la construcción que haya ejecutado satisfactoriamente. En caso de rescisión por incumplimiento del adquirente, el contrato puede estipular que el contratista tendrá derecho a daños y perjuicios por los gastos y pérdidas resultantes de la rescisión (véase el capítulo XX, "Daños y perjuicios"). En el caso de resolución debida a quiebra o insolvencia del adquirente, sería aconsejable que en el contrato se indicaran los tipos de gastos y pérdidas que el adquirente debe resarcir al contratista. Éstos podrían incluir, por ejemplo, los costos de las medidas que deban adoptarse, o que solicite el adquirente, para asegurar o proteger las instalaciones, el costo de repatriar al personal del contratista y su equipo y herramientas de construcción, en la medida en que no se hayan incluido en el importe pagado o pagadero al contratista, así como las penalidades o gastos en que incurra el contratista a raíz de la resolución de los contratos que haya celebrado con los subcontratistas o proveedores.

c) *Resolución basada en circunstancias no imputables a ninguna de las partes*

33. El contrato podría estipular que, en caso de resolución por circunstancias no imputables a ninguna de las partes (por ejemplo, un impedimento exonerante), el contratista estará facultado a recibir la parte del precio correspondiente a la construcción que haya ejecutado satisfactoriamente. Las partes deben considerar, sin embargo, cuál será el procedimiento más equitativo con respecto a los gastos y pérdidas que a cada una de ellas haya ocasionado la resolución. Una de las posibilidades sería compartir esos gastos y pérdidas por partes iguales o de conformidad con una fórmula convenida al efecto. Otra posibilidad sería que cada una de ellas se hiciese cargo de sus propios gastos y pérdidas.

d) *Resolución por conveniencia*

34. Si el contrato autoriza al adquirente a la resolución por propia conveniencia, podría exigirse al adquirente que, si se produce esa resolución, pague al contratista la parte del precio correspondiente a la construcción que haya ejecutado en forma satisfactoria, así como los gastos y pérdidas que la resolución le haya ocasionado (véase el párrafo 33, *supra*). Puede que las partes deseen considerar si el contratista estará facultado a recibir una indemnización por el lucro cesante relacionado con la parte del contrato que se haya resuelto por conveniencia. Además, es posible que el contratista haya perdido otras oportunidades de contratación previendo que cumpliría el contrato en su totalidad. Por otra parte, si el adquirente debe indemnizar al contratista por el

lucro cesante, podría resultarle prohibitivo, desde un punto de vista económico, ejercer su derecho a resolver el contrato por propia conveniencia. Un criterio sería establecer en el contrato una escala de los pagos que ha de efectuar el adquirente al contratista por concepto de indemnización por el lucro cesante, dependiendo el importe de los pagos de la etapa de la construcción que se haya terminado en el momento en que el contrato se resuelve por conveniencia. Estos importes serían pagaderos sin necesidad de que el contratista demostrara la cuantía del lucro cesante. En el capítulo XX, "Daños y perjuicios", párrafo 8, se examinan las cuestiones que se plantean en relación con el cobro de la indemnización por el lucro cesante.

35. Es posible que en el momento en que se resuelva el contrato por conveniencia, el adquirente haya recibido el proyecto de las instalaciones enviado por el contratista, pero que el valor de ese proyecto aún no se refleje en forma adecuada en el precio que el adquirente ha pagado o que debería pagar al contratista sobre la base de la construcción que haya terminado en forma satisfactoria. Para contemplar estos casos, el contrato puede indicar que el adquirente deberá resarcir al contratista por el diseño en la medida en que el importe no se refleje de alguna otra forma en el precio ya pagado o que se deba pagar al contratista.

## E. Supervivencia de algunas disposiciones contractuales

36. En algunos ordenamientos jurídicos puede interpretarse que la resolución del contrato ha hecho caducar todas las disposiciones contractuales, incluso las que las partes podrían estar interesadas en que persistan, tales como las que rigen sus respectivos derechos y obligaciones cuando se produce la resolución, las fianzas de calidad correspondientes a la construcción terminada, las acciones por cumplimiento defectuoso, y disposiciones tales como las relativas a la solución de controversias y la protección de la confidencialidad. Es aconsejable que las partes procuren asegurar que los derechos, obligaciones y acciones que desean preservar no caduquen cuando se produce la resolución. A ese efecto, pueden indicar en el contrato las disposiciones que se mantendrán en vigor y tendrán fuerza obligatoria para las partes incluso después de la resolución del contrato.

*Notas del capítulo XXV:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"1) El adquirente puede, sin autorización judicial o de otra índole, resolver el presente contrato con respecto a las obligaciones que aún no se hayan cumplido, de conformidad con las siguientes disposiciones:

"*a)* Si el contratista no inicia la construcción en la fecha prevista en el artículo . . . del presente contrato, el adquirente podrá exigirle por escrito que la inicie, indicándole que, si no lo hace dentro de un [plazo razonable] [. . . días] después de la entrega de la notificación, el adquirente rescindirá este contrato. Si el contratista no inicia la construcción a la expiración de ese plazo, el adquirente podrá rescindir este contrato notificándole por escrito al contratista la rescisión. No obstante, el adquirente podrá rescindir inmediatamente el contrato si el contratista le comunica que no iniciará la construcción.

"*b)* Si el contratista no termina una parte de la construcción para una fecha jalón estipulada en el artículo [ ] del presente contrato, el adquirente podrá exigirle por escrito al contratista que termine esa parte de la construcción indicándole que, si no lo hace dentro de [un plazo razonable] [. . . días] después de la entrega de la notificación, el adquirente rescindirá este contrato. Si el contratista no termina esa parte de la construcción a la expiración de ese plazo, el adquirente podrá rescindir este contrato [con respecto a la parte de la construcción demorada] [con respecto a toda la construcción pendiente] notificándole al contratista por escrito la rescisión.

"2) Los plazos suplementarios que se conceden al contratista para el cumplimiento en los incisos *a)* y *b)* del párrafo 1), *supra*, no deben considerarse como una prórroga de los plazos indicados en el artículo [ ] para el cumplimiento de las obligaciones de que se trata, ni perjudicar los derechos y acciones que pueda hacer valer el adquirente por la demora del contratista en el cumplimiento de esas obligaciones.

"3) Las causas de rescisión enumeradas en este artículo [complementan] [sustituyen] las causas de rescisión que puede alegar el adquirente en virtud de la ley aplicable al presente contrato."

[2]*Ejemplo de disposición*

"El adquirente podrá, en cualquier momento, y sin autorización judicial o de otra índole, resolver el presente contrato o una parte del mismo por causas distintas a las que se indican en el artículo [ ] notificando la resolución por escrito al contratista."

# Capítulo XXVI. Suministro de piezas de repuesto y prestación de servicios después de la construcción


RESUMEN

Cuando se haya terminado la construcción y el adquirente se haya hecho cargo de las instalaciones, tendrá que conseguir piezas de repuesto, para sustituir las que se desgasten o dañen, y mantener, reparar y hacer funcionar las instalaciones. Puede que el adquirente desee que el contratista le suministre las piezas de repuesto y le preste los servicios de reparación, mantenimiento y explotación que necesite. La asistencia que el adquirente necesite del contratista con respecto al suministro de piezas de repuesto y la prestación de servicios depués de la construcción dependerá de la tecnología que posea y del personal calificado que tenga a su disposición el adquirente (párrafos 1 a 3).

Sería ventajoso para el adquirente de un país en desarrollo el adquirir u obtener en el país las piezas de repuesto y la tecnología y pericia necesarias para mantener, reparar y explotar las instalaciones. A este efecto el adquirente podría tratar de obtener en el contrato que celebre con el contratista la transferencia de tecnología y la pericia necesarias para fabricar piezas de repuesto y prestar los servicios. La transferencia de tecnología y pericia al personal del adquirente puede asegurarse con la ejecución de las obligaciones de capacitación que el contratista ha contraído. Esa transferencia puede resultar útil para el propio país en desarrollo pues podría fomentar su proceso de industrialización (párrafos 4 y 5).

Las partes facilitarían considerablemente la planificación del suministro de piezas de repuesto y la prestación de servicios después de la construcción si previeran y establecieran en el contrato de obras las necesidades del adquirente a ese respecto. Si no es posible, tendrán que adoptar otros criterios (párrafos 7 a 9). Para el adquirente es sumamente importante disponer ininterrumpidamente de piezas de repuesto durante la vida útil de las instalaciones (párrafos 10 y 11).

Puede exigirse a la persona que ofrece construir las instalaciones que indique las piezas de repuesto que se necesitarán durante determinado período de explotación, los precios a los que podrá suministrarlas y el plazo durante el que podrá hacerlo (párrafos 12 y 13). La constante disponibilidad de piezas de repuesto reviste una importancia fundamental para el adquirente de un país en desarrollo y, en consecuencia, tal vez deba adoptar medidas, mediante disposiciones contractuales adecuadas, para asegurarse el suministro de éstas, sea del contratista o de otros proveedores (párrafo 14). Si no es el contratista quien fabrica las piezas de repuesto sino sus proveedores, puede que el adquirente prefiera celebrar contratos con esos proveedores en lugar de obtenerlas del contratista, o bien puede que desee que el contratista las adquiera actuando como su mandatario (párrafos 15 a 16).

En su contrato las partes pueden contemplar cuestiones relacionadas con el pedido y la entrega de piezas de repuesto. El contrato puede describir las especificaciones de las piezas de repuesto que han de suministrarse, y prever una fianza de calidad con respecto a las mismas (párrafos 18 a 20).

Puede exigirse que el futuro contratista indique los servicios de mantenimiento que está dispuesto a prestar y por cuánto tiempo. También puede exigírsele que presente un programa de mantenimiento destinado a asegurar la correcta explotación de las instalaciones durante su vida útil, sobre cuya base podrían definirse sus obligaciones de mantenimiento (párrafos 22 a 24).

Pueden especificarse en el contrato las normas que debe respetar el contratista al efectuar su trabajo de mantenimiento. Se puede obligar al contratista a presentar un informe sobre cada operación de mantenimiento. El contrato puede describir cómo se ha de fijar el precio de la prestación de los servicios de mantenimiento y las condiciones de pago aplicables (párrafos 25 a 28).

El contrato debe definir claramente el alcance de las obligaciones de reparación del contratista. Conviene al adquirente concertar arreglos contractuales que aseguren la rápida reparación de las instalaciones en caso de avería (párrafos 29 y 30). Para asegurar que las reparaciones se efectúen rápidamente, debe convenirse en el contrato el procedimiento para notificar al contratista la necesidad de reparaciones y para que el contratista aconseje al adquirente cualquier otra reparación que sea necesaria. Puede exigirse al contratista que presente al adquirente un informe sobre las reparaciones efectuadas. También puede exigírsele que proporcione una fianza conforme a la que asuma la responsabilidad por defectos en las reparaciones (párrafos 31 a 35).

Es aconsejable que en el contrato se defina cuidadosamente el alcance de las obligaciones impuestas al contratista con respecto a la explotación técnica de las instalaciones. Ello puede hacerse basándose en un organigrama que indique las funciones que tendrá el personal del contratista durante la explotación técnica. La distribución de la supervisión entre el adquirente y el contratista durante la explotación de las instalaciones debe describirse con claridad (párrafos 37 y 38). El contrato puede estipular la forma en que se fijará el precio de esos servicios y las condiciones de pago aplicables (párrafo 39).

El contrato puede exigir al adquirente que facilite al contratista el mantenimiento, la reparación y la explotación de las instalaciones. Puede que el adquirente desee considerar la posibilidad de suministrar equipo y materiales disponibles en el país para el mantenimiento y las reparaciones (párrafo 40).

El contrato debe especificar el momento en que comenzarán las obligaciones del contratista con respecto al suministro de piezas de repuesto y a la prestación de servicios de mantenimiento, reparación y explotación, y también puede indicar la duración de esas obligaciones o establecer algún mecanismo para determinarla más adelante. Si el contrato impone al contratista obligaciones durante un período prolongado, tal vez convenga prever mecanismos para modificar esas obligaciones, sobre todo en lo relativo a su alcance y al precio pagadero por el adquirente. Si el plazo de duración de las obligaciones es breve, puede acordarse su renovación automática (párrafos 41 y 44).

Puede que las partes deseen prever en el contrato lo relativo a la extinción de las obligaciones de suministrar piezas de repuesto y prestar servicios de mantenimiento, reparación y explotación. El contrato puede facultar al adquirente a resolver las obligaciones dando un preaviso determinado (párrafo 45). Puede que las partes también deseen prever un sistema de acciones distintas a la rescisión por incumplimiento de una de las partes de sus obligaciones contractuales con respecto al suministro de piezas de repuesto y a la prestación de servicios de mantenimiento, reparación y explotación (párrafo 46).

## A. Observaciones generales

1. Después de que se haya terminado la construcción y el adquirente se haya hecho cargo de las instalaciones (véase el capítulo XIII, "Terminación, toma a cargo y aceptación", párrafo 1), tendrá que obtener piezas de repuesto para sustituir las que se desgasten o dañen, y mantener, reparar y explotar las instalaciones. En algunos casos, puede que el adquirente desee obligar al contratista a que suministre algunas o todas las piezas de repuesto y a que preste los servicios de mantenimiento, reparación y explotación que se necesiten. Con respecto al suministro de piezas de repuesto y a la reparación de las instalaciones, puede que el adquirente necesite la asistencia del contratista durante la vida útil de las instalaciones, mientras que con respecto al mantenimiento y a la explotación de las mismas, es posible que esa asistencia sólo sea necesaria por un plazo limitado, después de que las instalaciones comiencen a funcionar.

2. Aunque el suministro de piezas de repuesto y el mantenimiento, la reparación y la explotación de las instalaciones se estudian por separado en distintas secciones del presente capítulo, esos temas, en algunos aspectos, están interrelacionados. Por ejemplo, el mantenimiento periódico cumple principalmente una función preventiva. Ayuda a impedir averías costosas que exigen la reparación de parte de las instalaciones o de algunos elementos del equipo. En consecuencia, es esencial para el adquirente que el mantenimiento se efectúe regularmente, a fin de que se requieran menos reparaciones. Además, las piezas de repuesto se necesitan tanto para el mantenimiento como para la reparación de las instalaciones y de los elementos del equipo.

3. El grado de asistencia que el adquirente necesitará del contratista con respecto al suministro de piezas de repuesto y a la prestación de servicios dependerá de la tecnología y del personal calificado que tenga a su disposición el adquirente. Por ejemplo, es posible que cuando el adquirente se haga cargo de las instalaciones no cuente con personal suficientemente calificado para su explotación técnica. En ese caso, puede que el adquirente desee que el contratista le preste asistencia en la explotación, al menos por un período inicial. En algunos casos, puede que el adquirente desee que el contratista proporcione el personal necesario para cubrir muchos puestos técnicos en las instalaciones, mientras que en otros casos, puede que desee que el contratista sólo proporcione peritos para que colaboren en calidad de asesores con el personal del adquirente en la ejecución de algunas operaciones sumamente especializadas. Con respecto al suministro de piezas de repuesto y a la prestación de servicios de reparación y mantenimiento, es posible que no puedan obtenerse en el país o de cualquier otra fuente, y que el adquirente deba depender del contratista para que se los suministre.

4. Sería ventajoso para el adquirente de un país en desarrollo adquirir u obtener de fuentes locales la tecnología y la pericia necesarias para fabricar las piezas de repuesto que se requieran para mantener y reparar las instalaciones. Ello, a largo plazo, disminuirá los gastos en divisas del adquirente y su dependencia del contratista. En consecuencia, puede que el adquirente considere conveniente celebrar acuerdos contractuales conforme a los que se transfiera la tecnología y la pericia necesarias a su propio personal o a empresas situadas en su país que se especialicen en la fabricación de piezas de repuesto. Esa transferencia también será útil, de una manera más general, al

propio país en desarrollo, pues aumentará su autosuficiencia gracias al dominio de la tecnología y la difusión de conocimientos industriales, fomentando de ese modo su industrialización.

5. La transferencia de tecnología y pericia al personal del adquirente puede efectuarse en el marco de las obligaciones de capacitación asumidas por el contratista. En algunos contratos, puede obligarse al contratista a capacitar al personal del adquirente en el mantenimiento y explotación de partes específicas de las instalaciones o determinados elementos del equipo (véase el capítulo VI, "Transferencia de tecnología", párrafos 26 a 32). En otros contratos, las obligaciones del contratista pueden incluso ir más allá. Por ejemplo, en un contrato producto en mano, puede obligarse al contratista no sólo a capacitar al personal del adquirente sino también a demostrar que el personal del adquirente puede hacer funcionar las instalaciones y lograr las metas de producción, utilizando materias primas y otros insumos especificados en el contrato (véase el capítulo II, "Selección de los criterios de contratación", párrafo 7).

6. Las partes deben tener en cuenta que en el país donde se encuentran las instalaciones puede haber reglas jurídicas de carácter imperativo que rijan determinados aspectos relacionados con el suministro de piezas de repuesto y con el mantenimiento, la reparación y la explotación de las instalaciones (por ejemplo, con el propósito de que las instalaciones funcionen en forma segura). Las partes deben tener presentes esas reglas al formular las disposiciones contractuales sobre estas cuestiones.

## B. Arreglos contractuales

7. Las partes podrían facilitar considerablemente la planificación del suministro de piezas de repuesto y la prestación de servicios después de la construcción si previeran y establecieran en el contrato de obras las necesidades del adquirente a ese respecto. Puede que el adquirente descubra que le resulta más fácil ponerse de acuerdo con el contratista con respecto a la cantidad de piezas de repuesto y servicios que ha de suministrar, la duración de las obligaciones de suministro y los precios que han de pagarse, durante las negociaciones que preceden a la celebración del contrato que en una etapa posterior.

8. Pero en muchos casos, cuando se celebran las negociaciones no se sabe con exactitud las piezas de repuesto y los servicios que necesitará el adquirente (por ejemplo, quizá no pueda preverse el personal calificado que habrá disponible en el país cuando se termine la construcción, o la cantidad exacta de piezas de repuesto que se necesitarán). En esos casos, una posibilidad sería indicar en el contrato los tipos de asistencia que podrían necesitarse y estipular que, si el adquirente solicita esos tipos de asistencia antes de terminar la construcción, el contratista estará obligado a suministrarlos en la medida en que esté en condiciones de hacerlo. El contrato puede especificar los medios por los que se fijará el precio que ha de pagar el adquirente por esos servicios. Es aconsejable que el contrato contenga disposiciones relativas a las cuestiones sobre las que pueda llegarse a un acuerdo en el momento de su celebración (por ejemplo, la calidad de las piezas de repuesto o servicios, y las condiciones de pago). Pero si las condiciones contractuales sobre algunos asuntos deben convenirse más adelante, se puede indicar en el contrato el procedimiento que ha de seguirse en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafo 3).

9. Otro criterio para hacer frente a la incertidumbre en el momento en que se celebra el contrato de obras con respecto a las necesidades del adquirente de piezas de repuesto y servicios es que las partes celebren un contrato separado que contemple esos asuntos. Ese contrato podría celebrarse en un momento más cercano a la terminación de la construcción, cuando el adquirente tenga un panorama más claro de sus necesidades[1]. Será preciso celebrar contratos separados cuando los arreglos contractuales para el suministro de piezas de repuesto o la prestación de servicios de mantenimiento o reparación no se hayan concertado con el contratista sino con los proveedores de las piezas de repuesto o los servicios (véanse las secciones C y D, *infra*).

## C. Piezas de repuesto

10. Reviste gran importancia para el adquirente disponer sin interrupción de piezas de repuesto durante la vida útil de las instalaciones. Esta disponibilidad es sobre todo importante para los adquirentes de países en desarrollo, donde a menudo se espera que las instalaciones tengan una vida útil más larga que en los países desarrollados. En consecuencia, el adquirente puede exigir a la empresa que presenta una oferta o con la que esté negociando que incluya en su oferta una propuesta relativa a los tipos y cantidades de piezas de repuesto que se necesitarán durante un plazo específico (por ejemplo, en el curso de dos años de explotación de las instalaciones), el plazo, a partir del momento en que las instalaciones comiencen a funcionar, durante el que la empresa está dispuesta a suministrar piezas de repuesto, los precios a los que las suministrará y el plazo durante el que estará dispuesta a mantener esos precios. El adquirente también puede exigir a la empresa que indique las piezas de repuesto que fabricará ella misma y las que obtendrá de otros proveedores, y que designe a esos proveedores. Pero en algunas circunstancias es posible que el contratista no pueda prever con exactitud los tipos o cantidades de piezas de repuesto que necesitará el adquirente. Estas necesidades pueden variar según la forma en que se exploten las instalaciones. Además, si por una parte se podrían hacer estimaciones bastante exactas de las cantidades de piezas de repuesto necesarias cuando se trata de piezas sometidas corrientemente a desgaste y que, en consecuencia, hay que sustituir periódicamente, por otra parte será difícil calcular cuáles y cuántas piezas habrá que sustituir por motivos excepcionales (por ejemplo, roturas provocadas por accidentes o por mala utilización del equipo).

11. El contrato puede contener disposiciones destinadas a proteger al adquirente de las consecuencias de una estimación inexacta del contratista de las piezas de repuesto necesarias para la sustitución de rutina. Por ejemplo, el contrato puede exigir que el contratista acepte la devolución al precio de costo de las piezas de repuesto que el adquirente haya adquirido en exceso siguiendo las estimaciones del contratista. A la inversa, el contrato puede también estipular que el adquirente estará facultado a comprar nuevas piezas a los precios a los que se suministraron al principio, o con descuento, para cubrir la diferencia entre las cantidades estimadas por el contratista y las realmente necesarias.

12. Las piezas de repuesto suelen corresponder a dos categorías. La primera consiste en piezas normalizadas que pueden obtenerse del contratista y de varias otras fuentes. La segunda categoría consiste en piezas no normalizadas

que fabrica el contratista, u otra empresa siguiendo las especificaciones del contratista, y que son idóneas sólo para el equipo instalado en las instalaciones que está construyendo el adquirente. Las piezas de repuesto normalizadas, en muchos casos, pueden obtenerse a un precio inferior y en mejores condiciones de otras fuentes distintas al contratista. Pero al adquirente tal vez le convenga que el contratista esté obligado a suministrar, en el momento en que se termine la construcción, determinada cantidad de esas piezas para cubrir el período desde el inicio de la explotación de las instalaciones hasta el momento en que organice sus propias fuentes de suministro. El contrato puede exigir al contratista que comunique al adquirente los nombres de los proveedores que pueden suministrar las distintas piezas normalizadas y las ventajas que ofrecen cada uno de ellos. Además, el contrato puede obligar al contratista a proporcionar las especificaciones de las piezas y demás información que permita al adquirente obtener los mejores precios y servicios posibles de los proveedores.

13. Con respecto a las piezas de repuesto no normalizadas puede que el adquirente considere conveniente exigir al contratista que suministre una cantidad suficiente de esas piezas (por ejemplo, para dos años de explotación de las instalaciones) en el momento en que se termine la construcción. De esta manera sería posible producir las piezas al mismo tiempo que el equipo que ha de incorporarse a las instalaciones, y transportarlos juntos al emplazamiento, lo que, en general, permitirá ahorrar costos de producción y de transporte. Puede que el adquirente desee adquirir una cantidad mayor de esas piezas de repuesto si es probable que los precios del contratista aumenten considerablemente después de la celebración del contrato. Al decidir la cantidad de piezas de repuesto que han de suministrarse, puede que el adquirente desee tener en cuenta su vida en almacén.

14. Debido a la fundamental importancia que tiene para el adquirente de un país en desarrollo la posibilidad de disponer ininterrumpidamente de piezas de repuesto, es posible que deba adoptar medidas para asegurarse el suministro de estas piezas en el momento de la celebración del contrato. Sobre todo es aconsejable que el adquirente se asegure la disponibilidad ininterrumpida de piezas de repuesto no normalizadas (véanse los párrafos 12 y 13, *supra*). Puede que el adquirente necesite tomar precauciones contra la posibilidad de que el contratista deje de producir esas piezas. Una forma de asegurarse esa disponibilidad sería que en el contrato se estipulara la obligación del contratista de suministrar las piezas por un plazo relativamente prolongado, tal vez incluso equivalente a la vida útil de las instalaciones. Otra posibilidad sería que el adquirente tratara de obligar al contratista a proporcionarle planos, especificaciones, información técnica y licencias necesarios para poder fabricar o encargar la fabricación de piezas no normalizadas. Pero este último criterio puede resultar inadecuado si el adquirente es de un país en desarrollo cuyas empresas no tienen la capacidad para fabricar esas piezas (véase el párrafo 17, *infra*). Con respecto a piezas no normalizadas fabricadas por otros proveedores según las especificaciones del contratista, el adquirente puede tratar de obligar al proveedor a suministrar esas piezas por un plazo relativamente prolongado, o bien procurarse él mismo los planos, especificaciones, información técnica y licencias necesarios para su fabricación.

15. Con respecto a las piezas de repuesto no normalizadas fabricadas por otros proveedores según las especificaciones del contratista (véase el párrafo 12, *supra*), el contrato de obras también puede obligar al contratista a suministrar

esas piezas de repuesto. El contratista cumplirá esa obligación obteniendo las piezas de repuesto de otros proveedores. En esos casos, es aconsejable que en el contrato se estipule que el contratista será responsable con respecto a esas piezas de repuesto en la misma medida en que lo es con respecto al equipo por él fabricado y suministrado (véase el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales"). La ventaja de este criterio es que el contratista, cuya solvencia conoce el adquirente y con quien, para el momento en que se suministran las piezas de repuesto, ya habrá mantenido desde hace tiempo una relación contractual, responderá por las piezas que resulten defectuosas. Otra posibilidad sería que el adquirente celebrara sus propios contratos con esos proveedores (en lo que respecta a algunas de las obligaciones que pueden incluirse en esos contratos, véase el párrafo 14, *supra*). Si el contratista ha suministrado a los proveedores las especificaciones para las piezas no normalizadas, puede que el adquirente deba obtener su consentimiento para tratar directamente con esos proveedores. En ese caso, el contrato podría obligar al contratista a no rehusar su consentimiento injustificadamente.

16. Si el adquirente desea contratar con los proveedores, puede que desee que el contratista actúe como su mandatario al comprarle las piezas de repuesto. El contrato de obras puede enunciar los servicios que ha de prestar el contratista en relación con esa compra. Entre estos servicios podrían figurar, por ejemplo, ponerse en contacto con los posibles proveedores, determinar las cantidades de piezas de repuesto que pueden necesitarse, conseguir ofertas competitivas, evaluarlas, formular recomendaciones con respecto a la compra, organizar la entrega y capacitar al personal del adquirente en la gestión de las existencias. También podría autorizarse al contratista para que celebre contratos con los proveedores por cuenta del adquirente.

17. En casos excepcionales, el adquirente u otras empresas de su país tienen los conocimientos técnicos necesarios para fabricar piezas de repuesto para las instalaciones. En esos casos, el contrato puede exigir al contratista que proporcione al adquirente las especificaciones, planos y datos técnicos necesarios para la fabricación. Este criterio tal vez no sea viable con respecto a los elementos que haya fabricado determinado proveedor para el contratista, sobre todo si el proveedor tiene derechos de propiedad industrial con respecto a ese elemento que pueden hacerse valer en el país del contratista o en el país del adquirente. En esos casos, es conveniente que el adquirente obtenga una licencia de fabricación de las piezas de repuesto, o el consentimiento del proveedor para su fabricación, con anterioridad a la entrada en vigor del contrato. Cabe observar que las fianzas de buena ejecución del contratista u otras fianzas podrían ser nulas si el adquirente emplea piezas de repuesto distintas a aquellas cuyo empleo haya autorizado el contratista.

18. El contrato de obras puede contemplar cuestiones relacionadas con el pedido y la entrega de piezas de repuesto. Por ejemplo, puede estipular cuándo ha de efectuarse la entrega (por ejemplo, puede exigir que algunas piezas de repuesto se entreguen automáticamente a intervalos determinados, y otras a pedido del adquirente). El contrato puede también indicar la forma en la que han de transmitirse los pedidos y dentro de qué plazo después del pedido se efectuará la entrega (por ejemplo, dentro de un mes de la recepción del pedido). Puede que el adquirente desee estipular el pago de una suma convenida en caso de demora en la entrega (véase el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades"). El contrato podría prever que cuestiones tales como el traspaso

del riesgo, el embalaje, el pago de derechos aduaneros e impuestos, y otras cuestiones accesorias a la entrega de las piezas de repuesto, se resuelvan de conformidad con un término comercial reconocido (por ejemplo, FOB, CIF)[2]. Los precios de las piezas de repuesto pueden convenirse basándose en los precios cotizados por el contratista (véase el párrafo 11, *supra*). Puede que las partes también convengan en las condiciones de pago aplicables (por ejemplo, la moneda, la fecha y el lugar de pago; véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago").

19. El contrato puede describir las especificaciones técnicas de las piezas de repuesto que han de suministrarse, o bien estipular que las piezas de repuesto han de cumplir las mismas especificaciones que las piezas que se han incorporado al principio a las instalaciones. Además, el contrato puede prever una fianza con respecto a las piezas de repuesto conforme a la que el contratista asuma la responsabilidad por los defectos que se descubran y se le notifiquen antes de la expiración del período de garantía (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento"). Como es probable que las piezas de repuesto que se suministren en determinada fecha no se utilicen hasta más tarde, puede resultar difícil fijar la duración del período de garantía y la fecha en que comenzará a correr. Una posible solución sería prever un período de garantía relativamente breve, a partir de la fecha en que comiencen a utilizarse las piezas, y estipular además que, se utilicen o no las piezas, la fianza expirará al término de un período más largo que comience a contarse a partir de la fecha de entrega de las piezas de repuesto. Pueden fijarse distintos períodos con respecto a distintas clases de piezas de repuesto, según el tipo de las piezas y el empleo que se les dará. Una solución más sencilla sería prever un sólo período de garantía, que comenzaría a correr a partir de la fecha de entrega de las piezas de repuesto, pero también en este caso podría preverse otro período de garantía diferente para distintos tipos de piezas de repuesto.

20. Una vez terminadas las instalaciones, el contratista puede mejorar o volver a diseñar algunos de los elementos que fabrica y que se ha comprometido a suministrar como piezas de repuesto. Las partes pueden estar interesadas en reemplazar los elementos suministrados al principio por aquellos mejorados o rediseñados. Tal vez convenga estipular en el contrato que el contratista deberá comunicar al adquirente todas las mejoras o nuevos diseños que haga, de modo que si el adquirente lo desea pueda negociarse el suministro de las piezas de repuesto mejoradas o rediseñadas en lugar de las convenidas al principio.

21. Conviene que el personal del adquirente desarrolle la capacidad técnica para instalar las piezas de repuesto. A este efecto, el contrato podría obligar al contratista a suministrar los manuales de instrucción, herramientas y equipo necesarios. La presentación y redacción de los manuales de instrucción debe resultar fácilmente comprensible al personal del adquirente. El contrato también puede obligar al contratista a suministrar planos del equipo ya montado, indicando cómo sus distintas piezas están relacionadas entre sí y la forma de acceder a las mismas para instalar las piezas de repuesto y también para efectuar el mantenimiento y las reparaciones. En algunos casos, tal vez convenga que el contratista esté obligado a capacitar al personal del adquirente en la instalación de las piezas de repuesto.

## D. Mantenimiento

22. A fin de facilitar al adquirente el mantenimiento de las instalaciones, el contrato puede obligar al contratista a presentar, antes de la terminación de la construcción, un programa de mantenimiento destinado a mantener en funcionamiento las instalaciones durante su vida útil al nivel de rendimiento exigido en el contrato. El programa de mantenimiento incluiría cuestiones tales como la inspección periódica de las instalaciones, la lubricación, la limpieza, el reajuste y la sustitución de las piezas defectuosas o desgastadas. El mantenimiento también puede consistir en actividades de organización, tales como fijar un calendario o confeccionar registros de mantenimiento. El contrato también puede exigir al contratista que suministre manuales de mantenimiento que indiquen los procedimientos adecuados. La presentación y redacción de esos manuales debe resultar fácilmente comprensible al personal del adquirente.

23. El adquirente puede solicitar al licitante, o a la empresa con la que se negocie el contrato, que indique si está dispuesto a prestar los servicios de mantenimiento necesarios para explotar correctamente las instalaciones, el plazo durante el que está dispuesto a prestarlos y el precio que exigirá por ello.

24. Puede que el adquirente desee que el ingeniero consultor examine el programa y los procedimientos de mantenimiento presentados por el contratista (véase el capítulo X, "Ingeniero consultor"). Con el informe del ingeniero consultor el adquirente puede determinar, por un lado, qué parte del mantenimiento estará en condiciones de efectuar (teniendo en cuenta el personal calificado de que dispone, las obligaciones de capacitación asumidas por el contratista (véase el capítulo VI, "Transferencia de tecnología", párrafos 26 a 32) y el equipo de mantenimiento que posee), y por otro, el trabajo de mantenimiento para el que necesitará la asistencia del contratista. Conviene que las disposiciones contractuales relativas al mantenimiento especifiquen los elementos de cuyo mantenimiento ha de encargarse el contratista (por ejemplo, todas las instalaciones o sólo algunos elementos específicos del equipo) y que describan las obligaciones de mantenimiento que éste asume. Cuando los principales elementos del equipo han sido fabricados para el contratista por otros proveedores, puede que el adquirente considere preferible celebrar contratos de mantenimiento separados con esos proveedores, pues tal vez estén más capacitados para mantener esos elementos. A fin de que el adquirente pueda celebrar esos contratos, el contrato de obras puede obligar al contratista a comunicar al adquirente, antes de terminar la construcción, los nombres de los proveedores del equipo que necesite servicios de mantenimiento.

25. Es aconsejable que el contrato de obras especifique las normas que ha de seguir el contratista al efectuar el trabajo de mantenimiento. Si existen directrices o normas de mantenimiento establecidas por alguna entidad profesional, podrían definirse las obligaciones del contratista haciendo referencia a ellas. Pero si no existen, se podría indicar en el contrato que el mantenimiento se efectuará conforme a las normas que debería respetar un ingeniero profesional al prestar esos servicios en el país del contratista. Otra solución sería especificar los resultados que han de lograrse como consecuencia del mantenimiento. Por ejemplo, el contrato puede exigir al contratista que mantenga las instalaciones (o una parte de las mismas) a un nivel tal que asegure que las instalaciones (o la parte de que se trate) funcionen de conformidad con el contrato por determinado porcentaje del período de

explotación previsto durante un plazo específico. Puede excluirse del alcance de una obligación de esa índole la falta de funcionamiento de las instalaciones por causas no imputables al contratista (por ejemplo, explotación defectuosa por el personal del adquirente).

26. El contratista puede obligarse a presentar un informe sobre cada operación de mantenimiento inmediatamente después de efectuarla. El contrato puede exigir que el informe describa las operaciones de mantenimiento efectuadas y que vaya acompañado de actas donde consten el tiempo dedicado por las distintas categorías del personal y los procesos seguidos. El contrato también puede exigir que el informe contenga una descripción de los defectos descubiertos en las instalaciones y de las reparaciones o trabajos de mantenimiento necesarios que no estén comprendidos en las obligaciones del contratista, junto con una estimación de los costos de esos trabajos, si el contratista puede efectuarlos.

27. Es posible facilitar la prueba del mantenimiento correcto de las instalaciones estipulando en el contrato que el personal del adquirente se encargará del mantenimiento junto al personal del contratista. Ello también puede servir como un medio eficaz para capacitar al personal del adquirente en los procedimientos de mantenimiento. El precio que ha de pagar el adquirente por el mantenimiento puede consistir en una suma alzada por todas las obligaciones asumidas y costos incurridos por el contratista con respecto a las operaciones de mantenimiento. Este criterio podría ser adecuado si las operaciones de mantenimiento tienen carácter rutinario. Otro criterio sería que las partes convinieran en un precio por las unidades de tiempo dedicadas a los distintos procesos que abarca el mantenimiento. El tercer criterio sería estipular en el contrato que el contratista recibirá una retribución para cubrir sus gastos generales y utilidades, y que los gastos directos se le reembolsarán aplicando el método de costos reembolsables. En ese caso, es aconsejable que el contrato indique con claridad los gastos directos que han de reembolsarse al contratista (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 16 a 20).

28. El contrato puede enunciar las condiciones de pago del precio pagadero por el mantenimiento. También puede prever cuestiones tales como la moneda, la fecha y el lugar de pago (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago"). Con respecto a la fecha de pago, el contrato puede exigir que el pago se efectúe dentro de un plazo específico a partir de la presentación por el contratista de una factura al finalizar cada operación de mantenimiento, acompañada por el informe mencionado en el párrafo 26, *supra*.

## E. Reparaciones

29. Interesa al adquirente concertar disposiciones contractuales que aseguren la rápida reparación de las instalaciones en caso de avería. En muchas ocasiones, el contratista estará mejor calificado que un tercero para efectuar las reparaciones. Además, si el contrato impide al adquirente revelar a terceros la tecnología suministrada por el contratista, sólo podrían elegirse para efectuar las reparaciones los terceros que ofrecieran las garantías de confidencialidad con respecto a la tecnología del contratista que le resulten aceptables a este último. Por otra parte, si los proveedores del contratista han fabricado los principales elementos del equipo, puede que el adquirente considere preferible

celebrar contratos de reparación separados con esos proveedores pues podrían estar mejor calificados para reparar esos elementos. Al definir las obligaciones de reparación impuestas al contratista, es aconsejable hacerlo con claridad y distinguirlas de las obligaciones asumidas por el contratista, conforme a las fianzas de calidad, de subsanar defectos en las instalaciones (véase el capítulo V, "Descripción de las instalaciones y fianza de calidad", párrafos 26 a 31).

30. El alcance de las obligaciones de reparación que han de imponerse al contratista puede depender de que el adquirente desee encargarse él mismo de algunas operaciones de reparación (por ejemplo, sustituir elementos menores del equipo defectuoso). Además, las obligaciones de reparación que han de imponerse al contratista durante el período de la fianza de calidad pueden ser menos extensas que las que han de imponerse tras la expiración de este período, pues los defectos de funcionamiento estarán cubiertos por la obligación de subsanar defectos (véanse los párrafos precedentes). No es posible definir las obligaciones del contratista en términos de operaciones específicas de reparación, pues las reparaciones que se necesiten dependerán del carácter de la avería de que se trate. Aunque sea el propio adquirente quien efectúe las reparaciones, es posible que siga necesitando la asistencia del contratista para poner en marcha las instalaciones después de que se hayan efectuado las reparaciones. En consecuencia, puede que el adquirente desee considerar la posibilidad de incluir una disposición en la que se exija al contratista que preste esa asistencia una vez que se haya terminado la reparación emprendida por el adquirente.

31. Como algunas reparaciones pueden ser urgentes, es aconsejable que el contrato prevea con claridad los procedimientos que ha de seguir el adquirente para solicitar al contratista que las efectúe. El contrato puede indicar los medios por los que se notificará la avería al contratista (por ejemplo, télex, teléfono) y los plazos a partir de la notificación dentro de los que el contratista debe inspeccionar la avería e iniciar las reparaciones. Las partes pueden convenir en que las reparaciones han de efectuarse según el método de costos reembolsables, esto es, que se reembolsarán al contratista los costos razonables en que haya incurrido al efectuar las reparaciones más una cantidad fija como retribución. El contrato también puede estipular que mientras se efectúen las reparaciones el adquirente estará facultado a utilizar las instalaciones o partes de las mismas en la medida en que puedan funcionar y siempre que ese funcionamiento no perturbe excesivamente el trabajo de reparación.

32. Si las instalaciones funcionan a pesar de la existencia de defectos, es posible que algunas reparaciones no tengan que efectuarse inmediatamente. En esos casos, el contrato puede exigir al contratista que presente un informe describiendo las reparaciones necesarias, estimando sus costos y fijando un calendario para las mismas (véase el párrafo 26, *supra*). Basándose en ese informe, las partes podrán estipular las condiciones bajo las que han de efectuarse las reparaciones. Puede que consideren conveniente estipular en el contrato que, si el desacuerdo sobre los aspectos técnicos les impide convenir en el calendario de las reparaciones, éste será fijado por un perito árbitro (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 16 a 21). Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el precio pagadero al contratista por las reparaciones, el contrato puede prever que el pago ha de efectuarse aplicando el método de costos reembolsables. Es aconsejable que todo acuerdo entre las partes relativo a las reparaciones se haga por escrito.

33. El contrato de obras puede establecer las condiciones de pago del precio pagadero por las reparaciones. Puede prever cuestiones tales como la moneda, la fecha y el lugar de pago (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago"). Con respecto a la fecha de pago, el contrato puede estipular que el pago debe efectuarse dentro de un plazo determinado a partir de la presentación por el contratista, al terminar las reparaciones, de una factura acompañada de un informe (véase el párrafo 34, *infra*). Si el contratista está obligado a inspeccionar una avería dentro de un plazo breve después de que se le notifique, puede que las partes deseen estipular quién ha de sufragar los costos en que incurra el contratista por tener a su personal constantemente disponible para esa inspección. Puede que las partes deseen especificar las normas que ha de seguir el contratista al efectuar las reparaciones (véase también el párrafo 25, *supra*).

34. Sería aconsejable que el adquirente tenga una prueba de que las reparaciones se han efectuado correctamente, y las partes pueden convenir en la forma en que se suministrará. El contrato puede obligar al contratista a presentar un informe después de terminar las reparaciones en el que se describan las causas de la avería, el trabajo realizado y los materiales empleados en las reparaciones. Se puede exigir que el informe vaya acompañado de actas donde conste el tiempo dedicado por las distintas categorías del personal y los procedimientos seguidos. En algunos casos, la corrección de la reparación puede comprobarse mediante una inspección conjunta efectuada por las partes, mientras que en otros, el contratista puede proporcionar esa prueba haciendo funcionar correctamente las instalaciones. En otros casos, la participación del personal del adquirente junto al del contratista en las operaciones de reparación, como se describió con respecto al mantenimiento en el párrafo 27, *supra*, puede servir para verificar la corrección de la reparación. El contrato también puede estipular que si las partes no llegan a un acuerdo con respecto a la corrección de la reparación efectuada, la cuestión ha de someterse a un perito árbitro para su solución (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 16 a 21).

35. El contrato también puede obligar al contratista a proporcionar al adquirente una fianza conforme a la que responda por los defectos en las reparaciones que haya efectuado, que se descubran y se le notifiquen antes de la expiración de un período de garantía específico para las reparaciones. Además, si como parte de una reparación, se monta un nuevo equipo o se instalan nuevas piezas en el equipo existente, el contratista podrá proporcionar una fianza de calidad con respecto al nuevo equipo o a esas piezas (véase el párrafo 19, *supra*). Tal vez sea conveniente estipular que, si al efectuar las reparaciones, el contratista descubre que se necesitan otras reparaciones, deberá presentar un informe al respecto al adquirente.

36. Si bien las reparaciones normalmente se llevan a cabo en el emplazamiento o en otro lugar del país donde se encuentran las instalaciones, en algunos casos puede ser necesario enviar un elemento al país del contratista para su reparación. El contrato puede obligar al adquirente a organizar el transporte de ese elemento al país del contratista y a tomar el seguro necesario para cubrir ese elemento hasta que se entregue al contratista. El contrato puede obligar al contratista a prestar asistencia al adquirente en esos trámites (por ejemplo, asesorándolo sobre el embalaje adecuado, obteniendo los permisos de importación que se necesiten en su país). El contratista puede estar obligado a

organizar el transporte del elemento reparado al país del adquirente y a tomar el seguro necesario. Es aconsejable que el contrato indique cuál de las partes habrá de hacerse cargo de los riesgos y los gastos del transporte, así como de los gastos del seguro contra esos riesgos. También puede exigir que las partes cooperen en los diversos trámites que acompañan al transporte (por ejemplo, despacho de aduanas).

## F. Explotación

37. Es aconsejable que el contrato defina cuidadosamente el alcance de las obligaciones impuestas al contratista con respecto a la explotación técnica de las instalaciones. Para facilitar esta labor, el adquirente y el contratista pueden considerar conveniente preparar, consultándose mutuamente, un organigrama que indique el personal indispensable que se requiere para la explotación técnica de las instalaciones y las funciones que cumplirá cada persona. Luego podrían indicarse los puestos que ocupará el personal empleado por el contratista así como sus calificaciones y experiencia. Es preciso definir con especial atención las funciones asignadas a los puestos que cubrirán los empleados del contratista. Al determinar qué personal ha de suministrar el contratista, las partes deben tener en cuenta todas las disposiciones imperativas vigentes en el país del adquirente con respecto al empleo de personal extranjero.

38. A fin de evitar roces e ineficiencia, es aconsejable que la autoridad que ha de ejercer el personal de cada una de las partes frente al personal de la otra se defina claramente. Por ejemplo, podría ser necesario que el administrador general de las instalaciones empleado por el adquirente dé algunas directrices generales a los ingenieros empleados por el contratista. A la inversa, tal vez el ingeniero empleado por el contratista tenga que dar instrucciones a los ingenieros subordinados, empleados por el adquirente. Puede que las partes deseen convenir en un procedimiento por el que una de ellas pueda oponerse, por motivos específicos, a las instrucciones que reciba su personal del personal de la otra parte. Además, puede que las partes deseen convenir en un procedimiento para solucionar las reclamaciones de una de ellas contra la otra (por ejemplo, incompetencia, ineficiencia, desobediencia de las instrucciones). Este procedimiento, por ejemplo, puede consistir en una investigación confiada a un grupo integrado por un funcionario superior de cada una de las partes. El contrato puede estipular que, si se justifican determinadas reclamaciones graves contra los empleados, esos empleados deben sustituirse a costa de la parte que los haya contratado, dentro de un plazo específico. Además, el contrato puede facultar al adquirente a exigir al contratista que sustituya cualquiera de sus empleados, incluso cuando no haya una reclamación justificada contra ese empleado. Puede que las partes deseen estipular cómo se distribuirán entre ellas los gastos de esa sustitución.

39. Si antes de celebrar el contrato es posible estimar razonablemente los costos en que incurrirá el contratista al prestar los servicios de explotación que se le exigen, el precio de esos servicios puede fijarse en el contrato como una suma global pagadera por todas las obligaciones por él asumidas dentro de un plazo específico. Otro criterio para determinar el precio sería combinar el pago de sumas fijas con el método de costos reembolsables (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 2). Es posible pagar sumas fijas con

respecto a los componentes cuyo costo pueda calcularse razonablemente (por ejemplo, los salarios del personal que ha de explotar las instalaciones, el costo de su alojamiento y viaje) y aplicar el método de costos reembolsables para los restantes componentes. En los casos en los que las funciones de explotación desempeñadas por el contratista se vinculen estrechamente a la productividad y rentabilidad de las instalaciones, puede que el adquirente desee considerar la posibilidad de pagar al contratista una retribución con carácter de incentivo (por ejemplo, determinado porcentaje del valor de la producción anual), siempre que el adquirente pague también esos incentivos a sus propios empleados. Es aconsejable que las condiciones de pago aplicables (por ejemplo, con respecto a asuntos tales como la moneda, la fecha y el lugar de pago) se prevean en el contrato (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago").

## G. Medios que el adquirente puede utilizar para facilitar al contratista la prestación de los servicios

40. El adquirente puede obligarse a facilitar de la forma indicada en el contrato los trabajos de mantenimiento, reparación y explotación de las instalaciones por parte del contratista. Por ejemplo, puede convenir en que prestará asistencia al contratista para obtener visados o permisos de trabajo para su personal, le asegurará el acceso a las instalaciones, le comunicará las modificaciones en la construcción prevista de las instalaciones que puedan afectar las operaciones de mantenimiento, reparación y explotación, así como los reglamentos imperativos y otros reglamentos de seguridad que las partes deban respetar durante el mantenimiento, la reparación y la explotación. Puede que el adquirente desee considerar la posibilidad de suministrar equipo y materiales disponibles en el país necesarios para el mantenimiento y las reparaciones, pues de ese modo reduciría los costos. De ser así, se podría indicar en el contrato el equipo y los materiales que el adquirente se obliga a suministrar. Además, el adquirente puede considerar la posibilidad de brindar otras facilidades al personal del contratista, tales como alojamiento y transporte. Si desea hacerlo, es aconsejable indicar en el contrato la forma en que se distribuirán entre las partes los costos de esas facilidades.

## H. Fecha del comienzo de las obligaciones de las partes y duración de las mismas

41. Es aconsejable indicar en el contrato cuándo comenzarán las obligaciones del contratista relativas al suministro de piezas de repuesto y a la prestación de servicios de mantenimiento, reparación y explotación. Con respecto al suministro de piezas de repuesto, véanse los párrafos 13 y 14, *supra*. La fecha en que comienzan las obligaciones de mantenimiento puede depender de las demás obligaciones que haya contraído el contratista. Por ejemplo, si el contratista ha asumido la responsabilidad total por la explotación de las instalaciones durante determinado plazo a partir de la aceptación de las instalaciones por el adquirente y esa responsabilidad comprende el mantenimiento, las obligaciones adicionales de mantenimiento pueden comenzar a la expiración de ese período. Las obligaciones de reparación pueden comenzar en la fecha en que el adquirente tome a su cargo las instalaciones. La fecha en que comienzan las obligaciones del contratista con respecto a la explotación de las

instalaciones puede fijarse teniendo en cuenta las demás condiciones que han de cumplirse para que las instalaciones comiencen a funcionar (por ejemplo, disponibilidad del personal que ha de emplear el adquirente).

42. Algunas veces, puede que las partes tengan dificultades para determinar la duración de las obligaciones de suministro de piezas de repuesto y de mantenimiento, reparación y explotación. Un criterio sería estipular que estas obligaciones han de continuar por un plazo fijo, relativamente prolongado, quizá incluso por un plazo que coincida con la vida útil de las instalaciones. Este criterio podría adoptarse si el adquirente no prevé que él u otras empresas de su país desarrollarán la capacidad para fabricar piezas de repuesto o prestar servicios dentro de un plazo breve después de la toma a cargo de las instalaciones. Un segundo criterio sería estipular que las obligaciones continuarán por un plazo fijo, relativamente breve, y que han de renovarse automáticamente por plazos de la misma duración, salvo que esté prohibida esa renovación (véase el párrafo 44, *infra*). Si las obligaciones del contratista siguen en pie por un plazo breve y el adquirente desea que esas obligaciones persistan después de la expiración de ese plazo, tendrá que negociar su prórroga por un nuevo plazo. Pero este criterio podría resultar perjudicial para el adquirente si el contratista no acepta la prórroga.

43. Tal vez convenga prever en el contrato mecanismos para modificar las obligaciones impuestas al contratista con respecto a las piezas de repuesto, al mantenimiento, a la reparación y la explotación, sobre todo con respecto al alcance de esas obligaciones y al precio pagadero por el adquirente. El adquirente podría aumentar sus propias capacidades, y puede que desee asumir la obligación de suministrar algunas piezas de repuesto o servicios que al principio proporcionaba el contratista. A la inversa, durante la explotación de las instalaciones es posible que el adquirente se percate de que no podrá proporcionar determinadas piezas de repuesto o servicios que había supuesto que podría proporcionar, y que desee que lo haga el contratista. Cualquier modificación del alcance de las obligaciones asumidas por el contratista, generalmente, exigirá un reajuste del precio. En consecuencia, el contrato puede estipular que las partes han de revisar periódicamente y acordar el precio y el alcance de las obligaciones (por ejemplo, cada dos años con respecto a la duración de las obligaciones, o en cada renovación de las obligaciones) y que, en la revisión, el adquirente estará facultado a solicitar una reducción o aumento del alcance de las obligaciones. El contrato puede estipular que el contratista no estará obligado a aceptar una solicitud de que preste más servicios si no está en condiciones de hacerlo.

44. Incluso en caso de que en la revisión periódica no se modifique el alcance de las obligaciones del contratista, puede que sea necesario modificar el precio que se ha de pagar porque han variado los costos de los bienes y servicios necesarios para cumplir esas obligaciones. Puede que las partes deseen estipular que, en cada revisión periódica, deben tenerse en cuenta las variaciones de los costos y, si es necesario, ha de convenirse en un nuevo precio. O bien las partes pueden vincular el precio a un índice de precios adecuado, si hubiera uno disponible. En ese caso, el precio se modificaría automáticamente de conformidad con las variaciones que se produjeran en el índice (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 49 a 55). El índice debe estructurarse de conformidad con las circunstancias particulares de la obligación de que se trate. Por lo general, no conviene emplear con respecto a las obligaciones del contratista que se contemplan en este capítulo el mismo índice que se utiliza para la modificación del precio de la construcción de las instalaciones.

## I. Resolución

45. Puede que las partes también deseen estipular la forma de poner fin a las obligaciones relativas al suministro de piezas de repuesto y a la prestación de servicios de mantenimiento, reparación y explotación. Si las obligaciones tienen un plazo fijo, relativamente prolongado (véase el párrafo 42, *supra*), el contrato puede autorizar al adquirente a resolver las obligaciones antes de la expiración de ese plazo notificándolo por escrito al contratista. El contrato puede prever que las obligaciones de que se trate se extinguirán a la expiración de determinado plazo tras la notificación por parte del adquirente. El plazo debe ser suficientemente largo para permitir al contratista liberarse de sus obligaciones sin sufrir pérdidas por las disposiciones que haya adoptado para el cumplimiento de dichas obligaciones. Para brindar mayor protección al contratista, puede estipularse que las obligaciones sólo podrán resolverse después de que haya prestado el servicio durante un período específico. Si las obligaciones tienen un plazo fijo, que se renueva automáticamente (véase el párrafo 42, *supra*), el contrato puede estipular que el adquirente podrá impedir esa renovación notificándolo por escrito dentro de un plazo determinado antes de que expire el plazo inicial o el plazo renovado de las obligaciones del contratista, según el caso. Si las obligaciones tendrán un único plazo específico relativamente prolongado o plazos más breves que se renuevan sucesivamente, puede facultarse, además, al adquirente a resolverlas por propia conveniencia en otros momentos distintos a los mencionados antes, debiendo indemnizar al contratista por las pérdidas que sufra como consecuencia de la resolución (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafos 17 y 18). Puede que el adquirente desee tener esa facultad en el caso de que, imprevistamente, esté en condiciones de obtener de otras fuentes las piezas de repuesto y los servicios a un costo inferior; no obstante, no deberá facultársele para cancelar los pedidos ya efectuados a la fecha de la resolución (véase el párrafo 18, *supra*). El contrato también puede prever la rescisión por cualquiera de las partes por incumplimientos específicos de la otra parte, tales como demora en el cumplimiento por determinado plazo o en el caso de que no se alcancen los niveles de funcionamiento estipulados. Además, el contrato puede disponer que cualquiera de las partes podrá resolver las obligaciones por quiebra o insolvencia de la otra, o si la otra parte se ve imposibilitada de cumplir sus obligaciones por determinado plazo debido a *impedimentos* exonerantes (véase el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafo 22).

## J. Otras acciones distintas a la resolución

46. Puede que las partes deseen estipular en el contrato un sistema de acciones distintas a la rescisión por incumplimiento de la otra parte de sus obligaciones con respecto al suministro de piezas de repuesto, y a la prestación de servicios de mantenimiento, reparación y explotación. Puede que deseen seleccionar las acciones adecuadas a las obligaciones de que se trate entre las que se describen en esta *Guía* con respecto al incumplimiento de las obligaciones de construcción (véase el capítulo XVIII, "Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento"; el capítulo XIX, "Indemnización pactada y penalidades", y el capítulo XX, "Daños y perjuicios"). Otra posibilidad sería atenerse a las acciones previstas por la ley aplicable al contrato.

*Notas del capítulo XXVI:*

[1]La Comisión Económica para Europa (CEPE) ha preparado una guía sobre redacción de contratos internacionales de prestación de servicios relativos al mantenimiento, la reparación y la explotación de instalaciones industriales y de otra índole, que servirá de ayuda a las partes para redactar un solo contrato o contratos separados relativos al mantenimiento, la reparación y la explotación (documento de la CEPE/TRADE/154).

[2]El término comercial podrá indicarse haciendo referencia a las Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (INCOTERMS), preparadas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (Publicación de la CCI No. 350, 1980).

# Capítulo XXVII. Transmisión de derechos y obligaciones contractuales

RESUMEN

La transmisión de derechos y obligaciones contractuales que se examina en este capítulo comprende, en primer lugar, la transmisión del contrato en su totalidad, por la que una nueva parte reemplaza a una de las partes originales en el contrato, así como la transmisión de algunos derechos y obligaciones contractuales determinados (párrafos 1 a 4).

Puede que las partes consideren conveniente que el contrato autorice a una de ellas a transmitir el contrato en su totalidad, o determinadas obligaciones contractuales sólo con el consentimiento escrito de la parte no transmitente (párrafos 5 y 6). Puede que las partes deseen también que la transmisión de derechos contractuales se subordine al consentimiento, o bien a la falta de objeción, de la otra parte. Pueden exceptuarse las transmisiones de algunos derechos contractuales, por ejemplo, la transmisión por el contratista de su derecho a recibir pagos del adquirente (párrafo 7).

El contrato puede contener disposiciones destinadas a proteger los intereses de la parte no transmitente en caso de transmisión, por ejemplo, una disposición que establezca que si el contratista transmite su derecho a recibir pagos del adquirente, éste seguirá teniendo los mismos derechos de compensación que tenía en virtud del contrato de obras con respecto a los pagos debidos al contratista. Además, en aquellos casos en que la transmisión sólo se puede hacer con el consentimiento de la parte no transmitente, puede que las partes deseen establecer que, al hacer la transmisión, la parte transmitente debe respetar las condiciones impuestas para dar el consentimiento. El contrato puede exigir a la parte transmitente que notifique por escrito la transmisión a la parte no transmitente (párrafos 8 a 11).

Puede ser conveniente que el contrato indique las consecuencias de una transmisión que infrinja las disposiciones del contrato (párrafo 12).

## A. Observaciones generales

1. La transmisión de derechos y obligaciones contractuales que se examina en el presente capítulo comprende, en primer lugar, la transmisión del contrato en su totalidad, en la que una nueva parte reemplaza a una de las partes originales en el contrato, así como la transmisión de algunos derechos y obligaciones contractuales específicos. En esta *Guía* se establece una diferencia entre la transmisión del contrato en su totalidad o de obligaciones contractuales específicas, por una parte, y la transmisión de derechos contractuales, por otra.

2. Casi todos los ordenamientos jurídicos contienen normas que regulan el derecho de las partes a efectuar esas transmisiones y definen las consecuencias jurídicas de las mismas. Normalmente las partes pueden establecer en su

contrato los términos y condiciones bajo los cuales se puede efectuar la transmisión; pero al hacerlo deben tener presentes las disposiciones imperativas de la ley aplicable (por ejemplo, la exigencia de que toda transmisión se someta a la aprobación de un órgano estatal), que pueden limitar el derecho a efectuar una transmisión o regular sus consecuencias jurídicas.

3. Este capítulo se ocupa de la transmisión voluntaria del contrato o de los derechos y obligaciones que de él derivan, efectuada por una de las partes y, por consiguiente, no contempla las transmisiones efectuadas por un imperativo legal. Temas tales como la sucesión, la fusión y la reorganización de las partes, que entrañan transmisiones de derechos y obligaciones contractuales, normalmente se rigen por la ley aplicable y, por lo tanto, no se consideran en este capítulo. Además, en aquellos casos en que un Estado sea parte en el contrato, ese Estado designará la empresa estatal que se encargará de ejecutar el contrato y no se producirá ninguna transmisión cuando se designe o sustituya esa empresa. La subcontratación, tal como se concibe en esta *Guía*, no constituye una transmisión de obligaciones y es objeto de un análisis independiente (véase el capítulo XI, "Subcontratación", párrafo 1).

4. Al examinar los términos y condiciones que rigen la transmisión del contrato o de los derechos y obligaciones contractuales, las partes deben tener presentes las consecuencias de dicha transmisión para los derechos y obligaciones contractuales que cada una de ellas puede tener frente a terceros. Por ejemplo, si un tercero ha proporcionado una fianza como garantía de que el contratista cumplirá sus obligaciones, la transmisión de las obligaciones del contratista que sean objeto de la fianza efectuada sin el consentimiento del fiador puede invalidar la fianza. Por consiguiente, es conveniente obtener el consentimiento del fiador antes de la transmisión de las obligaciones del contratista.

## B. Transmisión del contrato en su totalidad o de las obligaciones contractuales

5. La relación contractual entre las partes en un contrato de obras se basa generalmente en la confianza mutua. En especial, el adquirente suele seleccionar al contratista por su capacidad y experiencia técnicas, reputación, estabilidad financiera y otros factores similares propios del contratista. El adquirente podría encontrarse con problemas importantes si, por ejemplo, el contratista pudiera transmitir el contrato o algunas de sus obligaciones a un tercero que no posea el mismo nivel de conocimientos y pericia del contratista. Igualmente, el adquirente podría resultar perjudicado si el contratista hiciera esa transmisión a una filial que no posea bienes o recursos financieros propios para indemnizar al adquirente en caso de incumplimiento. En cuanto al contratista, podría resultar perjudicado si el adquirente transmitiera el contrato, o su obligación contractual de pagar el precio, a un tercero que no pueda seguir haciendo los pagos estipulados.

6. Por las razones anteriores, puede que las partes consideren conveniente que el contrato permita la transmisión del mismo, o de determinadas obligaciones contractuales, sólo con el consentimiento escrito de la parte que no hace la transmisión. En ese caso, el contrato puede obligar a la parte transmitente a entregar a la parte no transmitente una notificación escrita de su intención de hacer la transmisión, señalando que va a transmitir el contrato en su totalidad,

o bien indicando las obligaciones concretas que va a transmitir, el nombre y la dirección del receptor a quien se propone hacer la transmisión y la fecha en que sería efectiva la transmisión propuesta. El contrato puede prohibir a la parte transmitente que efectúe la transmisión mientras la parte no transmitente no dé su consentimiento por escrito.

## C. Transmisión de derechos contractuales

7. Puede que las partes quieran también establecer que para transmitir determinados derechos contractuales (conforme al párrafo 6, *supra*) se requiere el consentimiento escrito de la parte no transmitente. O bien el contrato puede permitir que la parte transmitente haga la transmisión si la parte no transmitente no le entrega ninguna objeción por escrito a la transmisión propuesta, indicando los motivos razonables de su objeción, dentro de un plazo determinado a partir del momento en que se le haya entregado una notificación escrita de la parte transmitente indicando la intención de ésta de hacer la transmisión. Los motivos razonables para oponerse a la transmisión de derechos contractuales pueden fundarse en que, si se efectuara la transmisión, la parte no transmitente se vería imposibilitada de cumplir sus obligaciones correspondientes, o en que el derecho transmitido estuviera tan estrechamente ligado a determinada obligación que la transmisión de ese derecho amenazaría el cumplimiento de esa obligación. En caso de que se plantee una controversia entre las partes sobre la razonabilidad de los motivos alegados, dicha controversia se podría resolver conforme a las disposiciones contractuales sobre solución de controversias (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias"). No obstante, puede que las partes quieran estipular excepciones al requisito del consentimiento o de la falta de una objeción razonable a la transmisión de determinados derechos contractuales. En algunos casos, el contrato puede establecer que no es necesario el consentimiento del adquirente para que el contratista pueda transmitir su derecho a recibir pagos del mismo[1]. Muchas veces, los contratistas consideran necesario hacer esas transmisiones con el objeto de obtener el crédito o la financiación necesarios para comprar equipo y suministros, pagar los salarios o sufragar otros costos de la ejecución del contrato, o bien beneficiarse de un programa de fianzas y créditos a la exportación.

## D. Otras disposiciones para proteger los intereses de las partes

8. En el contrato se pueden incorporar otras disposiciones para proteger los intereses de las partes en caso de que se transmita el contrato en su totalidad o determinados derechos u obligaciones contractuales. En los siguientes párrafos se examinan algunos ejemplos de disposiciones.

9. Cuando se transmite el contrato o algunos derechos y obligaciones contractuales determinados, puede haber casos en que, según la ley aplicable, la parte no transmitente no tenga frente al receptor los mismos derechos que tenía frente a la parte transmitente en virtud del contrato de obras. Por consiguiente, el contrato puede incluir disposiciones destinadas a garantizar que, en relación con el contrato o con los derechos u obligaciones transmitidos, la situación de la parte no transmitente no resulte perjudicada por la transmisión. Por ejemplo,

el contrato de obras puede establecer que si el contratista transmite su derecho a recibir pagos del adquirente, éste seguirá teniendo los mismos derechos de compensación que tenía en virtud del contrato de obras con respecto a los pagos debidos al contratista. Puede ser conveniente estipular disposiciones de este tipo en el contrato de obras aunque la validez de la transmisión no dependa del consentimiento o, en caso de transmisión de derechos, de la falta de objeción de la parte no transmitente.

10. En segundo lugar, cuando el contrato no permita la transmisión sin el consentimiento previo de la parte no transmitente, es posible que esa parte desee subordinar su consentimiento a determinadas condiciones. Por ejemplo, en aquellos casos en que, en virtud de la ley aplicable, la transmisión del contrato libere a la parte transmitente del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es posible que la parte no transmitente desee dar su consentimiento sólo a condición de que la parte transmitente afiance el cumplimiento de esas obligaciones por parte del receptor. Puede que las partes quieran establecer en el contrato que toda transmisión a la que se dé el consentimiento siempre que se cumplan determinadas condiciones debe respetar esas condiciones[2].

11. Para la parte no transmitente es importante saber cuándo se ha efectuado la transmisión. Tanto si la transmisión propuesta depende de su consentimiento o falta de objeción como si no, es conveniente que reciba la confirmación de que la transmisión se ha efectuado realmente. Por consiguiente, el contrato puede exigir a la parte transmitente que notifique por escrito a la parte no transmitente la transmisión, la fecha en que ha surtido, o surtirá, efectos y la identidad del receptor. El contrato puede establecer además que, mientras la parte no transmitente no reciba la notificación, estará autorizada a dirigirse a la parte transmitente como a la única persona titular de los derechos o de las obligaciones contractuales[3].

### E. Consecuencias de una transmisión que infrinja el contrato

12. Puede ser conveniente que el contrato señale las consecuencias de una transmisión que infrinja sus disposiciones. El contrato puede establecer que la transmisión no surtirá efectos entre la parte transmitente y la parte no transmitente y, con respecto a los derechos u obligaciones que se pretendían transmitir, que la parte transmitente seguirá teniendo todas las obligaciones que tenía y deberá respetar todos los derechos contractuales de la parte no transmitente[4]. O bien puede que las partes quieran incluir en su contrato una disposición que faculte a la parte no transmitente a rescindir el contrato cuando la parte transmitente haya infringido las disposiciones contractuales que rigen la transmisión. El contrato puede también facultar a la parte no transmitente a reclamar daños y perjuicios a la parte transmitente por las pérdidas sufridas como consecuencia de una transmisión que infrinja el contrato (véase el capítulo XX, "Daños y perjuicios").

*Notas del capítulo XXVII:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"1) Ninguna de las partes podrá transmitir sus derechos u obligaciones contractuales a terceros excepto en las condiciones establecidas a continuación.

"2) La parte que quiera transmitir algunos de sus derechos u obligaciones contractuales debe notificar por escrito a la parte no transmitente su intención de efectuar la transmisión, indicando los derechos u obligaciones objeto de la transmisión, el nombre y la dirección del receptor propuesto, y la fecha en que la transmisión surtirá efecto.

"3) [Variante 1] La parte que desee transmitir algunas de sus obligaciones [o derechos] contractuales podrá hacerlo únicamente si la parte no transmitente da su consentimiento por escrito a la transmisión propuesta, y sólo en la fecha de dicho consentimiento.

"[Variante 2] La parte que desee transmitir algunos de sus derechos contractuales podrá hacerlo después de que hayan transcurrido [. . .] días a partir de la entrega a la parte no transmitente de la notificación a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo, a no ser que, dentro de dicho plazo de [. . .] días, la parte no transmitente entregue a la parte que desea hacer la transmisión una objeción por escrito a la transmisión indicando los motivos en los que se funda. Toda controversia entre las partes sobre la razonabilidad de los motivos en la que se funda la objeción podrá ser sometida por cualquiera de las partes al procedimiento de solución de controversias de conformidad con las [disposiciones previstas en el presente contrato para la solución de controversias].

"4) No obstante lo dispuesto en los párrafos 2) ó 3) del presente artículo, el contratista podrá transmitir su derecho a recibir los pagos que deba hacerle el adquirente en virtud de este contrato con el objeto de obtener crédito o financiación de un banco u otra institución financiera, beneficiarse de un programa de crédito y fianza a la exportación o para fines similares."

[2]*Ejemplo de disposición*

"Cuando en virtud del presente contrato una de las partes no esté facultada a efectuar una transmisión sin el consentimiento de la parte no transmitente, esta última podrá indicar que la transmisión sólo se podrá efectuar si la parte transmitente cumple determinadas condiciones y, al efectuar la transmisión, la parte transmitente deberá ajustarse a esas condiciones."

[3]*Ejemplo de disposición*

"Cuando una parte transmita algunos de sus derechos u obligaciones contractuales deberá notificar a la parte no transmitente los derechos u obligaciones objeto de la transmisión, el nombre y la dirección del receptor y la fecha en que ha surtido, o surtirá, efectos y, mientras la parte no transmitente no reciba dicha notificación, estará autorizada a dirigirse a la parte transmitente como a la única persona titular de los derechos u obligaciones contractuales."

[4]*Ejemplo de disposición*

"Si una parte transmite cualquiera de sus derechos u obligaciones derivados del presente contrato infringiendo sus disposiciones, la transmisión no surtirá efectos entre la parte transmitente y la parte no transmitente y, con respecto a los derechos que se pretendían transmitir, la parte transmitente seguirá teniendo todas las obligaciones que tenía y deberá respetar todos los derechos de la parte no transmitente derivados del presente contrato."

# Capítulo XXVIII. Elección de la ley aplicable


RESUMEN

Las partes podrán, dentro de determinados límites, elegir las normas jurídicas que regirán sus obligaciones contractuales (párrafos 1 a 3). A falta de esa elección, la incertidumbre con respecto a esas normas puede resultar de dos factores. En primer lugar, es posible que tribunales de distintos países sean competentes para decidir las controversias que se planteen entre las partes. Dado que cada uno de los tribunales aplicará las normas de derecho internacional privado de su propio país, habría varios sistemas de derecho internacional privado que determinarían la ley aplicable al contrato. En segundo lugar, aunque se sepa qué sistema de derecho internacional privado determinará la ley aplicable al contrato, algunas veces las normas de ese sistema son demasiado generales como para determinar la ley aplicable con certeza razonable (párrafos 4 a 6).

Por consiguiente, puede que las partes deseen estipular en la cláusula de elección de la ley que su contrato se regirá por la ley de un país determinado. Es posible que surjan algunas dificultades si las partes eligen como ley aplicable a su contrato los principios generales del derecho o los principios comunes a varios ordenamientos jurídicos en lugar de la ley de un país determinado (párrafo 9).

En muchos casos, las partes elegirán como ley aplicable la ley del país donde se construirán las instalaciones. En algunos, elegirán la ley del país del contratante, o de un tercer país (párrafo 11). Si se trata de países donde pueden aplicarse a los contratos varios ordenamientos jurídicos (por ejemplo, algunos Estados federales), quizá sea conveniente indicar cuál de esos ordenamientos se aplicará (párrafo 12). Algunos factores podrían ser pertinentes al elegir la ley (párrafo 13).

Incluso cuando las normas de derecho internacional privado autoricen a las partes a estipular que se aplicarán normas jurídicas de diferentes ordenamientos a distintos derechos y obligaciones derivados del contrato, quizá sea preferible elegir un solo ordenamiento jurídico para que rija todos los derechos y las obligaciones (párrafo 14). Si las partes desean que por ley aplicable al contrato se entienda las normas vigentes en el momento de la celebración, sin modificaciones ulteriores, podrán estipularlo expresamente. Pero esa estipulación será nula si es imperativo el carácter retroactivo de las modificaciones (párrafo 15).

Es posible adoptar diferentes soluciones con respecto a la redacción de una cláusula de elección de la ley aplicable. Uno sería estipular simplemente que el contrato se regirá por la ley elegida. Otra, estipular que la ley elegida regirá el contrato e indicar también ejemplos de las cuestiones que se regirán por esa ley. Una tercera fórmula sería estipular que la ley elegida regirá sólo las cuestiones que ella contemple (párrafo 16).

Si en la construcción participan varios contratistas, es conveniente que el adquirente elija una misma ley como ley aplicable a los contratos que

celebre con todos ellos. También es aconsejable que el contratista elija esa misma ley como ley aplicable a todos los contratos que celebre con subcontratistas y proveedores (párrafo 19).

Puede que las partes deseen tener en cuenta la posibilidad de que se aplique al contrato de obras la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y preverlo en forma adecuada (párrafos 20 y 21).

Además de las disposiciones jurídicas aplicables al contrato en virtud de la elección de la ley efectuada por las partes o de las normas de derecho internacional privado, es posible que algunas normas imperativas de carácter administrativo u otras normas públicas vigentes en los países de las partes afecten algunos aspectos de la construcción. Las partes deben tener en cuenta esas normas al redactar el contrato (párrafos 2 y 22). Algunas de esas normas se refieren a los aspectos técnicos de las instalaciones que se construirán, otras prohíben o restringen las exportaciones, las importaciones, la transferencia de tecnología y el pago de divisas, y, por último, otras imponen aranceles aduaneros e impuestos a las actividades relacionadas con la construcción de las instalaciones (párrafos 23 a 25).

## A. Observaciones generales

1. Las normas jurídicas que rigen las obligaciones contractuales mutuas de las partes se designan en esta *Guía* "la ley aplicable al contrato". Las partes pueden ejercer cierto control en cuanto a la aplicación de estas normas, pues muchos ordenamientos jurídicos les autorizan a elegir mediante acuerdo la ley aplicable al contrato. Algunos ordenamientos imponen ciertos límites a esta elección (véase el párrafo 7, *infra*).

2. Es posible que normas jurídicas de carácter administrativo u otras normas públicas vigentes en los países de las partes, y en el país en el que se construyen las instalaciones (si es distinto del país del adquirente), cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, afecten determinados aspectos de la construcción. Dichas normas pueden regular algunas cuestiones de interés público, por ejemplo, los requisitos de seguridad que deberán respetarse durante la construcción, protección del medio ambiente, las restricciones a la importación y la exportación y el control de cambios y los aranceles aduaneros y los impuestos (véanse los párrafos 22 a 25, *infra*).

3. Además, la autonomía de la voluntad de las partes para indicar que determinadas cuestiones se regirán por la ley aplicable puede estar limitada. Por ejemplo, independientemente de la ley aplicable al contrato que las partes hayan elegido, la ley del país en el que se encuentren el equipo o los materiales puede regir la transmisión de la propiedad de esos bienes, y la ley del país donde se encuentre el emplazamiento puede regir la transmisión de la propiedad de las instalaciones (véase el capítulo XV, "Transmisión de la propiedad de los bienes", párrafo 3). La cuestión de cuál será el ordenamiento jurídico cuyas normas procesales se aplicarán en el procedimiento judicial o arbitral de solución de las controversias que surjan a raíz del contrato se examina en el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafos 8, 33 y 52.

## B. Elección de la ley aplicable al contrato

4. Conviene que las partes elijan la ley aplicable al contrato. Si no lo hacen, puede haber incertidumbre al respecto, con lo que les resultará difícil observar las normas jurídicas pertinentes en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales. La incertidumbre por la falta de elección de la ley se debe a dos factores.

5. En primer lugar, la ley aplicable al contrato se determina con arreglo a lo previsto en las normas de derecho internacional privado de un determinado ordenamiento jurídico nacional. Si surge una controversia con respecto al contrato o a su ejecución que se somete a un procedimiento judicial, la ley aplicable al contrato se determinará conforme a las normas de derecho internacional privado que aplique el tribunal que soluciona la controversia. Todo tribunal aplica las normas de derecho internacional privado de su propio país. Si en el contrato no se ha convenido en una cláusula de competencia exclusiva (véase el capítulo XXIX, "Solución de controversias", párrafo 52), es posible que los tribunales de varios países sean competentes para decidir las controversias que se planteen entre las partes y, en consecuencia, habría varios sistemas de derecho internacional privado que podrían determinar la ley aplicable al contrato. Si las controversias se someten a arbitraje, el tribunal arbitral determinará cuál será la ley aplicable. Si las partes no han elegido la ley aplicable al contrato, en algunos casos puede resultar difícil prever cuál será la ley que se determinará como ley aplicable al contrato sobre la base del sistema de derecho internacional privado que el tribunal arbitral estime adecuado.

6. El segundo factor que provoca incertidumbre con respecto a la ley aplicable al contrato consiste en que, aunque se conozca el sistema de derecho internacional privado que determinará la ley aplicable, es posible que las normas de ese sistema sean demasiado generales o vagas como para que se pueda determinar con certeza razonable la ley aplicable al contrato de obras.

7. La amplitud con la que las partes están facultadas para elegir la ley aplicable al contrato viene impuesta por las normas del sistema pertinente de derecho internacional privado. Conforme a algunos sistemas, la autonomía de las partes es limitada y éstas sólo pueden elegir un ordenamiento jurídico que guarde alguna relación con el contrato, como el ordenamiento del país de una de las partes o el del lugar en que deba cumplirse el contrato. Dado que todo tribunal soluciona las controversias con arreglo a las normas de derecho internacional privado vigentes en su país, las partes deben convenir en una elección de la ley que esté sustentada por las normas de derecho internacional privado de los países cuyos tribunales podrían ser competentes para solucionar sus controversias. Si estipulan de común acuerdo una cláusula de competencia exclusiva, deben asegurarse especialmente que los tribunales de la competencia elegida confirmarán la elección de la ley que han hecho.

8. Conforme a otros sistemas de derecho internacional privado las partes están autorizadas a elegir la ley aplicable al contrato sin esas restricciones. Cuando las controversias se solucionan en procedimientos arbitrales, los árbitros suelen aplicar la ley elegida por las partes.

9. En general, es conveniente que las partes elijan la ley de un país determinado para que rija su contrato. Puede que las normas de derecho internacional privado de determinado país donde se entable el procedimiento

judicial no reconozcan la validez de la elección de principios generales del derecho o de principios comunes a varios ordenamientos jurídicos (por ejemplo, de los países de ambas partes). Incluso si esa elección fuera válida, podría resultar difícil identificar los principios del derecho idóneos para solucionar controversias del tipo de las que se plantean en un contrato de obras. No obstante, esa elección podría resultar práctica y viable en determinadas circunstancias.

10. En muchos ordenamientos jurídicos, se interpreta que la cláusula de elección de la ley no incluye la aplicación de las normas de derecho internacional privado del ordenamiento jurídico elegido, aunque la cláusula no permita expresamente tal interpretación. Pero si no tienen la seguridad de que se dará esa interpretación, puede que las partes deseen indicar en la cláusula que al contrato se aplicarán las normas jurídicas de fondo del ordenamiento que han elegido. De no ser así, podría también interpretarse que la elección del ordenamiento jurídico incluye las normas de derecho internacional privado de ese ordenamiento, y tal vez esas normas estipulen que se aplicarán al contrato normas de fondo de otro ordenamiento jurídico.

11. En muchos casos, las partes pueden elegir como ley aplicable al contrato la ley del país donde se construirán las instalaciones o la ley del país del adquirente, si es distinto del país donde se construirán las instalaciones. En algunos contratos de obras, puede que las partes deseen elegir la ley del país del contratista. En otros, quizá prefieran elegir la ley de un tercer país que ambas conocen y que resuelva en forma apropiada las cuestiones jurídicas que se plantean en los contratos de obras. Si el contrato establece que los tribunales de determinado país tendrán competencia exclusiva para solucionar las controversias resultantes del contrato, es posible que las partes deseen elegir la ley de ese país como ley aplicable al contrato. Ello podría acelerar el procedimiento judicial y reducir sus costos, pues el tribunal normalmente tendrá menos dificultades para determinar y aplicar su propia ley que la de otro país.

12. En el caso de países donde son aplicables a los contratos varios ordenamientos jurídicos (como en algunos Estados federales), quizá sea conveniente indicar cuál de esos ordenamientos se aplicará a fin de evitar incertidumbres.

13. Puede que las partes deseen también tener en cuenta los siguientes factores al elegir la ley aplicable al contrato:

*a)* el conocimiento que las partes posean de la ley o la posibilidad que tengan de conocerla;

*b)* la adecuación de la ley para resolver de manera apropiada los problemas jurídicos que se deriven del contrato;

*c)* el número de normas imperativas que contiene la ley y que impedirían a las partes estipular en el contrato las cuestiones que plantee de conformidad con sus necesidades.

14. Conforme a las normas de derecho internacional privado de algunos ordenamientos jurídicos, las partes están facultadas a estipular que se apliquen las normas de diferentes ordenamientos a diferentes cuestiones jurídicas, o derechos y obligaciones derivados del contrato. Algunas veces las partes proceden de este modo porque estiman que determinado ordenamiento jurídico resuelve mejor que otro algunas cuestiones o porque partes importantes del

contrato se ejecutarán en distintos países. Pero si adoptan este criterio, pueden surgir dificultades pues es posible que las normas de los distintos ordenamientos no concuerden entre sí, lo que podría dar lugar a lagunas o incongruencias al aplicarlas al contrato. Por consiguiente, quizá deseen elegir un solo ordenamiento jurídico como ley aplicable al contrato que regirá todos los derechos y obligaciones de él derivados, salvo que los factores que las inclinen a preferir la solución opuesta revistan especial importancia.

15. Las modificaciones de las normas de un ordenamiento jurídico que rige los derechos y obligaciones de las partes en un contrato pueden ser retroactivas o no; si son retroactivas, los contratos que se celebren antes de la entrada en vigor de las modificaciones no son afectados por éstas. Si las partes desean que se apliquen al contrato solamente las normas jurídicas vigentes al momento de celebrarse aquél, podrán estipularlo expresamente en el contrato. Ahora bien, las partes no deben ignorar que dicha restricción no tendrá valor alguno si la retroactividad de las modificaciones tiene carácter imperativo.

16. Es posible elegir entre distintas fórmulas con respecto a la redacción de una cláusula de elección de la ley aplicable. Una de ellas sería sencillamente estipular que el contrato se regirá por la ley elegida[1]. Esta fórmula bastará si es evidente que el órgano elegido para solucionar las controversias entre las partes aplicará la ley elegida a todas las cuestiones que las partes desean que se regulen por ella. Una segunda posibilidad sería estipular que la ley elegida regirá el contrato, e incluir también una lista ilustrativa de las cuestiones que se regirán por esa ley[2]. Esta solución sería útil si las partes consideran conveniente asegurarse de que la ley elegida regirá sobre todo las cuestiones que contiene la lista ilustrativa. La tercera fórmula sería estipular que la ley elegida regirá sólo las cuestiones enumeradas en esa cláusula[3]. Esta solución podría adoptarse si las partes desean delimitar claramente las cuestiones que regirá la ley elegida. Conforme a ella, las cuestiones que no se enuncian en la cláusula se regirán por la ley que indiquen las normas aplicables de derecho internacional privado (véase el párrafo 5, *supra*).

17. Conforme a los sistemas de derecho internacional privado de algunos países, la cláusula de elección de la ley aplicable puede considerarse como un acuerdo independiente del resto del contrato celebrado entre las partes. En esos sistemas, la cláusula de elección seguirá siendo válida aunque el resto del contrato sea nulo, salvo que las causas de nulidad abarquen también la cláusula de elección. Si el contrato es nulo pero la cláusula de elección de la ley sigue siendo válida, la formación, la nulidad y las consecuencias de la nulidad del contrato se regirán por la ley elegida.

18. Conforme a algunos sistemas de derecho internacional privado, la ley elegida podrá regir la prescripción de derechos, mientras que conforme a otros las normas relacionadas con la prescripción (prescripción de acciones) tienen carácter procesal y no pueden ser elegidas por las partes en el contrato; en estos casos, se aplicarán las normas procesales del lugar donde se entable la acción.

19. La elección por las partes de la ley aplicable al contrato se refiere sólo a las normas que rigen sus derechos y obligaciones contractuales recíprocos; generalmente, esa elección no afectará directamente la ley aplicable a los derechos y obligaciones de personas que no sean partes en el contrato de obras (por ejemplo, subcontratistas, el personal empleado por el contratista o el adquirente, o los acreedores de una de las partes). Si en la construcción

participan varios contratistas (véase el capítulo II, "Selección de los criterios de contratación", párrafos 17 a 25), tal vez convenga que el adquirente elija una misma ley como ley aplicable a cada uno de los contratos que celebre con todos los contratistas a fin de armonizar y coordinar las prestaciones de los contratistas en virtud de esos contratos, así como las consecuencias jurídicas del incumplimiento. Por razones análogas, es aconsejable que el contratista elija una misma ley como ley aplicable a todos los contratos que celebre con subcontratistas y proveedores relacionados con la construcción de las instalaciones.

20. Conviene que las partes tengan en cuenta que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[4] se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes y esos Estados son partes en la Convención o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante, por ejemplo, cuando las partes eligen la ley de un Estado contratante (artículo 1). El artículo 3 de la Convención dispone que los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas se considerarán compraventas con dos excepciones. En primer lugar, la Convención no se aplica a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones del contratista consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. En segundo lugar, tampoco se aplica a los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas si la parte que las encarga asume la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. En virtud de estos artículos, podría considerarse que la Convención se aplica a algunos contratos de obras. Si al aplicar el artículo 3 a las circunstancias de un contrato de obras determinado persiste la incertidumbre con respecto a si la Convención se aplicará o no a ese contrato, conviene que las partes resuelvan expresamente esa incertidumbre.

21. Aunque la Convención no soluciona las cuestiones especiales que se relacionan con los contratos de obras, brinda un marco para muchas cuestiones generales derivadas de ese tipo de contrato. Además, conforme a la Convención, las partes podrán excluir su aplicación y, con muy pocas limitaciones, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos (artículo 6). En consecuencia, las partes están facultadas a adaptar las disposiciones de la Convención a las necesidades del contrato.

### C. Normas jurídicas imperativas de carácter público

22. Además de las normas jurídicas aplicables en virtud de la elección efectuada por las partes o de las normas de derecho internacional privado, algunas normas de carácter administrativo u otras normas públicas vigentes en los países de las partes y en otros países (por ejemplo, el de uno de los subcontratistas) afectarían determinados aspectos de la construcción. Estas normas, que suelen ser imperativas, por lo general se dirigen a todos los residentes o ciudadanos del Estado que las promulgó y, en algunas ocasiones, a los extranjeros que realizan determinadas actividades comerciales en el territorio de ese Estado. Es posible que se encarguen principalmente de su aplicación funcionarios administrativos. Su finalidad es asegurar el cumplimiento de la política económica, social, financiera o exterior del Estado. En consecuencia, las partes deben tenerlas en cuenta al redactar el contrato.

23. Algunas de estas normas se refieren a los aspectos técnicos de las instalaciones que se construirán. A menudo establecen obligaciones relativas a seguridad durante el funcionamiento de las instalaciones, la protección del medio ambiente, y las condiciones sanitarias y de trabajo. Es preciso tenerlas en cuenta al diseñar las instalaciones. Si esas normas se modifican o si se promulgan otras después de la celebración del contrato, quizá sea necesario modificar la construcción (véase el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción"). Además, es posible que haya normas jurídicas relacionadas únicamente con el proceso de construcción, por ejemplo, normas de seguridad para la maquinaria, las herramientas y los servicios que se utilizarán durante la construcción. Estas cuestiones se contemplan en el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 3.

24. Otras normas jurídicas prohíben o limitan las exportaciones, las importaciones, la transferencia de tecnología y el pago de divisas. Como consecuencia de su aplicación, el contrato puede resultar nulo, extinguido o jurídicamente imposible de cumplir (véase el capítulo XXI, "Cláusulas de exoneración", párrafo 1, y el capítulo XXV, "Resolución del contrato", párrafo 22). Las cuestiones relativas a la obtención de los permisos necesarios para el suministro del equipo y los materiales se examinan en el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafos 17 y 18; las relativas a las restricciones cambiarias en el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 4, y las relativas a la transferencia de tecnología en el capítulo VI, "Transferencia de tecnología", párrafo 8. La obligación de obtener la aprobación oficial para utilizar el emplazamiento para la construcción se examina en el capítulo IX, "Construcción en el emplazamiento", párrafo 8.

25. También hay normas jurídicas que imponen aranceles aduaneros e impuestos sobre las actividades relacionadas con la construcción de las instalaciones. Estas normas podrían tener importantes repercusiones económicas para la construcción. Los aranceles aduaneros se contemplan en el capítulo VIII, "Suministro del equipo y los materiales", párrafos 15 y 16, y los impuestos en el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafo 5.

*Notas del capítulo XXVIII:*

[1]*Ejemplo de disposición*

"El presente contrato se regirá por la ley de . . . (indicar el país, o si el país tiene más de una unidad territorial y cada una se rige por sus propias leyes, la unidad territorial de que se trate) [en vigor al . . . (indicar la fecha de celebración del contrato)]. [No se aplicarán las normas de derecho internacional privado de . . . (indicar el mismo país o unidad territorial que se indicó *supra*)]."

[2]*Ejemplo de disposición*

"La ley de . . . (indíquese el país o la unidad territorial) [en vigor al . . . (indíquese la fecha de celebración del contrato)] regirá el presente contrato, sobre todo la formación del contrato, la validez del contrato y las consecuencias de su nulidad."

[3]*Ejemplo de disposición*

"La ley de . . . (indíquese el país o la unidad territorial) [en vigor al . . . (indíquese la fecha de celebración del contrato)] se aplicará a [la formación del contrato] [la validez del contrato y las consecuencias de su nulidad] [la interpretación del contrato] [los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato] [el traspaso del riesgo de pérdidas o daños] [el incumplimiento del

contrato y sus consecuencias] [la prescripción de los derechos] [la modificación de los derechos y obligaciones contractuales] [la suspensión de los derechos y obligaciones contractuales] [la transferencia y extinción de los derechos y obligaciones contractuales] [la resolución del contrato]."

[4]Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.81.IV.3).

# Capítulo XXIX. Solución de controversias


RESUMEN

Las controversias que surgen en los contratos de obras a menudo presentan problemas que no suelen plantearse en las controversias que surgen a raíz de otros tipos de contratos (párrafos 1 a 3). El contrato puede prever para la solución de controversias, entre otros mecanismos, la negociación (sección B), la conciliación (sección C), el arbitraje (sección E) o el procedimiento judicial (sección F). También es posible facultar a un perito árbitro para que solucione las controversias (sección D).

Convendría que en el contrato se estipularan algunos medios para facilitar la solución de dos o varias reclamaciones relacionadas entre sí en el mismo procedimiento (párrafo 4).

En general, el método más satisfactorio para solucionar controversias es la negociación entre las partes (párrafos 10 y 11). Si las partes no logran solucionar su controversia mediante la negociación, puede que deseen intentar hacerlo mediante la conciliación antes de recurrir al procedimiento arbitral o judicial. Puede que las partes deseen someter la conciliación al Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (párrafos 12 a 15).

Puede que las partes deseen estipular que las controversias que no sea posible solucionar desde un punto de vista jurídico o por razones de conveniencia en los procedimientos arbitral o judicial se sometan a un perito árbitro. El procedimiento que sigue el perito árbitro puede ser bastante informal y rápido. Pero es posible que haya pocas garantías jurídicas para que las actuaciones ante el perito se sustancien con el debido cuidado e imparcialidad. Además, al contrario del laudo arbitral o de las decisiones judiciales, puede que no sea posible hacer cumplir la decisión adoptada por el perito árbitro (párrafos 16 a 21).

Las controversias que se plantean a raíz de un contrato de obras con frecuencia se resuelven mediante el arbitraje. El arbitraje sólo puede efectuarse sobre la base de un acuerdo entre las partes. Ese acuerdo puede constar en una cláusula compromisoria incluida en el contrato (párrafo 24). Puede que las partes deseen comparar las ventajas y desventajas del procedimiento arbitral con las del procedimiento judicial (párrafos 22 y 23).

Sería aconsejable indicar en el contrato las controversias que han de someterse al arbitraje. También podría autorizarse al tribunal arbitral a dictar medidas provisionales. Es aconsejable que la cláusula compromisoria obligue a las partes a cumplir las decisiones del tribunal arbitral (párrafos 25 a 27).

Las partes pueden escoger el tipo de arbitraje que responda mejor a sus necesidades. Las partes pueden establecer mediante acuerdo las normas procesales que regirán el procedimiento arbitral, tales como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (párrafos 30 a 36). Además, puede que deseen solucionar distintas cuestiones prácticas relacionadas con el proce-

dimiento arbitral, incluso el número y la designación de los árbitros, el lugar del arbitraje y el idioma que se va a emplear en el procedimiento (párrafos 37 a 49).

Si las partes desean solucionar sus controversias en un procedimiento judicial, se podría convenir que el contrato contenga una cláusula de competencia exclusiva para reducir la incertidumbre con respecto a la competencia judicial. Es preciso considerar la validez y eficacia de la cláusula de competencia exclusiva a la luz de la ley del país del tribunal que se ha escogido, así como de las leyes de los países de las partes (párrafos 50 a 53).

## A. Observaciones generales

1. Con frecuencia las controversias que se plantean en los contratos de obras presentan problemas que no suelen plantearse en las controversias que surjen en otros tipos de contratos. Ello se debe a la complejidad del contrato de obras, al hecho de que su ejecución lleva mucho tiempo y a que pueden participar varias empresas en la construcción. Además, las controversias relacionadas con los contratos de obras pueden versar sobre asuntos sumamente técnicos relacionados con los procesos de construcción y con la tecnología incorporada a las instalaciones. Las controversias que se planteen durante la construcción deben solucionarse con rapidez a fin de no perturbar la construcción. Las partes deben tener en cuenta estas consideraciones al decidir los mecanismos de solución de controversias que estipulen en el contrato.

2. La cuestión que con más frecuencia da lugar a controversias en el contrato de obras es la determinación del incumplimiento de las obligaciones contractuales de una de las partes y, en caso afirmativo, las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento. No obstante, suelen plantearse otras cuestiones para las que convendría prever un mecanismo de solución de controversias adecuado en el contrato. Por ejemplo, el contrato puede estipular que en determinadas circunstancias se pueden modificar o complementar sus condiciones. Pueden surgir cuestiones con respecto a si esas circunstancias se han producido o no, y en caso afirmativo, la forma en que se modificarán o complementarán las condiciones contractuales (véase el capítulo XXII, "Cláusulas de gravosidad", y el capítulo XXIII, "Cláusulas de modificaciones en la construcción"). El contrato también puede estipular que una de las partes ha de dar su consentimiento a determinados actos de la otra. Si esa parte niega injustificadamente su consentimiento, podría plantearse si un tribunal arbitral o un tribunal judicial puede suplir mediante su decisión el consentimiento que la parte haya negado. También puede plantearse si deberán adoptarse medidas provisionales mientras esté pendiente la solución definitiva de algunas controversias (véanse los párrafos 21 y 26, *infra*).

3. En algunos ordenamientos jurídicos, ni los tribunales judiciales ni los árbitros son competentes para modificar o complementar condiciones contractuales o suplir el consentimiento negado injustificadamente por una de las partes. En otros ordenamientos jurídicos, los tribunales judiciales y los árbitros sólo pueden proceder de esa manera si los autorizan expresamente las partes. Aun en otros ordenamientos jurídicos, los árbitros pueden hacerlo pero los tribunales judiciales no. Cuando la ley aplicable al contrato o al procedimiento no permita que el tribunal judicial o los árbitros modifiquen las condiciones

contractuales, puede que las partes deseen prever otros medios para modificar determinadas condiciones, siempre que sea posible. Por ejemplo, pueden estipular que el precio del contrato se modificará automáticamente mediante una cláusula de indización en caso de que cambien los niveles de precios del equipo, los materiales o la mano de obra (véase el capítulo VII, "Precio y condiciones de pago", párrafos 49 a 55). Pueden estipular que otras condiciones contractuales serán modificadas o complementadas en las actuaciones celebradas ante un perito árbitro (véase la sección D, *infra*). Cuando los tribunales judiciales o los árbitros no tengan la facultad de suplir con su consentimiento el consentimiento injustificadamente negado por una de las partes, el contrato puede estipular que las partes sólo podrán rehusar el consentimiento por determinadas causas y que, a falta de las mismas, se considerará que han prestado el consentimiento. En ese caso los tribunales judiciales o los árbitros tendrán que decidir solamente si existen o no las causas establecidas.

4. Es posible que surjan controversias a propósito de la construcción en la que intervengan varias empresas. Por ejemplo, si el adquirente alega que la construcción es defectuosa, es posible que no se sepa cuál de los diversos contratistas que ha contratado es responsable. Si el adquirente entabla acciones contra cada uno de los contratistas y esas acciones se solucionan en distintos procedimientos ante distintos tribunales judiciales o arbitrales, es posible que haya decisiones incompatibles. Ello podría ocurrir aunque todos los contratos se rijan por la misma ley como consecuencia, por ejemplo, de la aplicación de distintas normas procesales o de la evaluación diferente de las pruebas pertinentes. Si se ventilan todas las acciones conexas en un mismo procedimiento se evitarían decisiones incompatibles, se facilitaría la práctica de pruebas y se reducirían los gastos. No obstante, los procedimientos multilaterales suelen ser más complejos y menos flexibles, y es posible que a las partes les resulte más difícil organizar y exponer su argumentación en esos procedimientos. Muchos ordenamientos jurídicos prevén un medio para que las controversias en las que intervienen varias partes se solucionen en el mismo procedimiento judicial multilateral. A fin de que las controversias en las que intervengan varias empresas puedan solucionarse en un procedimiento judicial multilateral, convendría que todos los contratos que celebre el adquirente para la construcción de las instalaciones contengan una cláusula que confiera competencia exclusiva a determinado tribunal judicial, facultado para sustanciar esos procedimientos (párrafos 51 a 53, *infra*). Es más difícil organizar un procedimiento multilateral en el caso de que se recurra al arbitraje para la solución de las controversias. No obstante, podrían lograrse algunos de los beneficios del procedimiento multilateral si se designaran los mismos árbitros para solucionar las controversias que se planteen en todos los contratos relativos a la construcción de las instalaciones.

5. En general, conviene que las partes intenten, en un principio, solucionar sus controversias mediante la negociación (véase la sección B, *infra*). Las partes podrían, si lo desean, proseguir las negociaciones incluso después de que se hayan iniciado otros medios de solución de controversias. En algunos casos en que las partes hayan sometido la controversia a la conciliación (véase la sección C, *infra*) y luego se haya iniciado el procedimiento arbitral o el procedimiento judicial, es posible que les siga resultando útil proseguir la conciliación.

6. A menudo conviene que las controversias que se planteen en un contrato de obras se solucionen mediante el arbitraje: un procedimiento por el que las

partes someten las controversias que podrían surgir entre ellas, o que hayan surgido, a la decisión obligatoria de una o varias personas imparciales (árbitros), elegidas por ellas (véase la sección E, *infra*). En general, el procedimiento arbitral sólo puede iniciarse sobre la base de un acuerdo de arbitraje. Generalmente las partes están obligadas a aceptar la decisión del árbitro (laudo arbitral) como definitivo y vinculante. El laudo arbitral, casi siempre, es ejecutable en forma análoga a la decisión de un tribunal. A falta de un acuerdo de arbitraje, las controversias que se planteen entre las partes tendrán que solucionarse en el procedimiento judicial (véase la sección F, *infra*).

7. En un contrato de obras pueden surgir controversias que no correspondan, desde un punto de vista jurídico, a la competencia de tribunales judiciales o arbitrales (véase el párrafo 3, *supra*), o que no convenga resolver en esos procedimientos (por ejemplo, controversias de carácter técnico que deban solucionarse con más rápidez que la que consienten el procedimiento arbitral o el judicial). Puede que las partes deseen estipular que esas controversias serán solucionadas por un tercero (que en esta *Guía* se denomina "perito árbitro"; véase la sección D, *infra*; véase también el párrafo 3, *supra*).

8. Al considerar el método o los métodos de solución de controversias que estipularán en el contrato, las partes deben examinar cuidadosamente la ley que regirá dichos métodos. En particular, deben cerciorarse del alcance de las facultades que pueden ejercer los jueces, los árbitros o el perito árbitro en virtud de la ley aplicable al procedimiento. También deben considerar hasta qué punto la decisión del perito árbitro, el laudo arbitral o la decisión judicial son ejecutables en los países de las partes. El hecho de que una de las partes en el contrato de obras sea un Estado o una empresa estatal también puede ser un factor que influya en la elección del método de solución de controversias.

9. Durante la ejecución de un contrato de obras las partes generalmente mantienen conversaciones en las que podrían solucionar problemas y malentendidos sin recurrir a un procedimiento de solución de controversias. Puede que las partes exijan que cuando una de ellas se proponga recurrir a un procedimiento de solución de controversias que no sea la negociación notifique por escrito a la otra su intención.

## B. Negociación

10. El método más satisfactorio para solucionar controversias suele ser la negociación entre las partes. Si se logra una solución amistosa mediante la negociación, se evita la interrupción de la relación comercial establecida entre las partes. Además podría ahorrarse el costo elevado y la gran cantidad de tiempo que en general requiere la solución de las controversias por otros medios.

11. Aunque las partes deseen intentar solucionar sus controversias mediante la negociación antes de recurrir a otros medios, tal vez no sea conveniente que en el contrato se impida a las partes que inicien otros procedimientos de solución hasta que haya expirado el plazo asignado a la negociación. Además, si el contrato prevé que no se pueden iniciar otros procedimientos de solución de controversias durante el período de la negociación, es aconsejable que en determinados casos las partes puedan iniciar otros procedimientos incluso antes

de la expiración de ese período, por ejemplo, si una de las partes durante las negociaciones declara que no está dispuesta a seguir las negociaciones, o si es necesario iniciar el procedimiento arbitral o judicial antes de que expire el período de negociación a fin de evitar la pérdida o la prescripción de un derecho. Es aconsejable que en el contrato se requiera que todo acuerdo al que se llegue mediante la negociación se haga por escrito.

## C. Conciliación

12. Si las partes no solucionan una controversia mediante la negociación, puede que deseen intentar hacerlo mediante la conciliación, antes de recurrir al procedimiento arbitral o judicial. El objetivo de la conciliación es lograr una solución amistosa de la controversia con la asistencia de un conciliador neutral, respetado por ambas partes. Al contrario del árbitro o del juez, el conciliador no dirime una controversia; más bien ayuda a las partes a lograr una solución de común acuerdo, a menudo proponiendo soluciones para que las examinen.

13. La conciliación no es contenciosa. En consecuencia, es más probable que las partes mantengan la buena relación comercial existente entre ellas que en el procedimiento arbitral o judicial. La conciliación incluso puede mejorar la relación entre las partes, pues el alcance de la misma y el acuerdo al que en definitiva lleguen las partes podrá superar los límites estrictos de la controversia que dio lugar a la conciliación. Por otra parte, un posible inconveniente de la conciliación es que, si fracasa, se habría desperdiciado tiempo y dinero. Ese inconveniente puede mitigarse hasta cierto punto si el contrato no exige a las partes que intenten la conciliación antes de iniciar el procedimiento arbitral o judicial, pero se limita a autorizar la iniciación del procedimiento de conciliación. La conciliación tendría lugar sólo en caso de que hubiera una probabilidad real de alcanzar una composición amistosa.

14. Si las partes prevén en el contrato la conciliación, tendrán que arreglar varias cuestiones para que resulte eficaz. No es posible organizar todas esas cuestiones en el cuerpo del contrato; más bien, las partes pueden remitirse en su contrato a un conjunto de normas de conciliación preparadas por una organización internacional, tal como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[1].

15. Como una modalidad de la conciliación puede que las partes deseen considerar la posibilidad de designar, antes de iniciar la construcción, una o varias personas con conocimientos técnicos y experiencia suficientes para resolver las cuestiones que normalmente se plantean en la construcción de instalaciones. Se puede proporcionar a estas personas informes periódicos sobre la marcha de la construcción y comunicarles inmediatamente las diferencias que surjan entre las partes sobre cuestiones relacionadas con la construcción. Podrían reunirse con las partes en el emplazamiento, a intervalos regulares o cuando sea necesario, para considerar las diferencias que hayan surgido y sugerir las formas en que se podrían resolver. En un proceso de conciliación de esa índole, las partes pueden tener libertad de aceptar o rechazar las sugerencias de ese órgano e iniciar el procedimiento judicial o arbitral en cualquier momento, especialmente si su iniciación es necesaria para impedir la pérdida o la prescripción de un derecho. Es posible que gracias al establecimiento de ese órgano se evite que los malentendidos o diferencias entre las partes se conviertan en controversias formales, que deban solucionarse en procedimientos arbitrales o judiciales.

## D. Actuaciones ante un perito árbitro

16. Puede que las partes deseen considerar la posibilidad de que determinados tipos de controversias sean solucionadas por un perito árbitro. Las actuaciones ante el perito pueden ser bastante informales y rápidas, adaptadas a las características de la controversia que se debe solucionar. Muchos ordenamientos jurídicos no reglamentan las actuaciones ante el perito árbitro; otros las reglamentan sólo en forma muy limitada. Sobre todo, es posible que la ley aplicable al procedimiento establezca sólo limitadas salvaguardias jurídicas para asegurar que el procedimiento se sustancie en forma imparcial y con el cuidado debido. Además, en muchos ordenamientos jurídicos, la decisión del perito árbitro carece de fuerza ejecutoria pues no tiene el carácter de un laudo arbitral o de una decisión judicial. Algunas organizaciones internacionales y asociaciones comerciales han establecido normas relativas a la actuación del perito árbitro en la solución de controversias, pero generalmente contemplan sólo algunos aspectos de la cuestión. Por consiguiente, si las partes consideran la posibilidad de prever actuaciones ante un perito árbitro, deberán solucionar distintos aspectos de las mismas en su contrato.

17. Es aconsejable que el contrato designe el perito árbitro o establezca el procedimiento mediante el que se lo designará. Ese procedimiento puede ser análogo al de designación de árbitros (véase el párrafo 40, *infra*). En algunos casos, podrá nombrarse o designarse como perito árbitro al ingeniero consultor (véase el capítulo X, "Ingeniero consultor").

18. Convendría que en el contrato se delimitaran con la mayor precisión posible las facultades conferidas al perito árbitro. Se podrían indicar las funciones que ha de cumplir y el tipo de cuestiones que puede tratar. Es aconsejable circunscribir las facultades del perito árbitro a las cuestiones de carácter predominantemente técnico. Una forma posible de expresar esa limitación en el contrato es incluir una lista de cuestiones técnicas que el perito esté autorizado a resolver.

19. Con respecto al carácter de las funciones del perito árbitro, el contrato podría autorizarlo a dictaminar sobre ciertos hechos y a ordenar medidas provisionales. El contrato también podría facultarlo a modificar o complementar las condiciones contractuales cuando lo consienta la ley aplicable al mismo (véase el párrafo 3, *supra*). Puede que las partes deseen considerar si el perito árbitro debe estar facultado a decidir sobre el fondo de algunos tipos de controversias (por ejemplo, si los resultados obtenidos en las pruebas de terminación o en las pruebas de funcionamiento fueron satisfactorios o no, o con respecto a las causas alegadas por el contratista para objetar una modificación en la construcción ordenada por el adquirente), o si esas controversias deben solucionarse en el procedimiento arbitral o judicial.

20. En la medida en que lo autorice la ley aplicable al procedimiento, puede que las partes deseen prever en el contrato la relación entre las actuaciones ante el perito árbitro y el procedimiento ante un tribunal judicial o un tribunal arbitral. Por ejemplo, el contrato podría estipular que las controversias que correspondan a la competencia del perito árbitro deben presentarse a éste en primer lugar, y que no se podrá iniciar el procedimiento arbitral o el judicial hasta que expire determinado plazo que comenzará a correr cuando se someta la controversia al perito árbitro.

21. Es posible que la ley que rige el procedimiento arbitral o el procedimiento judicial indique hasta qué punto las partes pueden facultar a los árbitros o al tribunal judicial a revisar la decisión adoptada por el perito árbitro. Si se excluye esa posibilidad, la decisión del perito árbitro sería inmediatamente definitiva y vinculante, lo que significaría una ventaja. No obstante, si autorizan esa revisión las partes tendrían mayor garantía de la corrección de la decisión adoptada. Es posible combinar hasta cierto punto las ventajas de ambos criterios estipulando que la decisión del perito árbitro será vinculante para las partes, salvo que una de ellas inicie el procedimiento arbitral o judicial dentro de un breve plazo específico después de que se le comunique la decisión del perito árbitro. Si están facultadas a proceder de esta forma, las partes podrían indicar que las decisiones sobre cuestiones de hecho adoptadas por el perito árbitro no podrán impugnarse en un procedimiento arbitral o judicial. El contrato también podría obligar a las partes a ejecutar la decisión adoptada por el perito árbitro con respecto a medidas provisionales o sobre el fondo de algunas cuestiones determinadas; si las partes no lo hacen, se considerará que han incumplido una obligación contractual.

## E. Arbitraje

### 1. *Consideraciones relativas a la celebración del acuerdo de arbitraje*

22. Hay varios motivos por los que se utiliza con frecuencia el arbritraje para solucionar las controversias que se plantean en los contratos internacionales de obras. Las partes pueden organizar el procedimiento arbitral de modo que resulte menos formal que el procedimiento judicial y responda mejor a sus necesidades y a las características concretas de las controversias que suelen plantearse en ese tipo de contratos. Las partes pueden elegir como árbitros personas con conocimientos especializados en materia de contratos internacionales de construcción. Pueden también elegir el lugar donde se sustanciará el procedimiento arbitral, así como el idioma o idiomas que se utilizarán en ese procedimiento. Además, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato, elección que casi siempre será respetada por los árbitros; lo que no siempre sucede en el procedimiento judicial (véase el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafos 7 y 8). Si las partes convienen en el arbitraje, ninguna de ellas se presentará a los tribunales del Estado de la otra parte. Es posible que el procedimiento arbitral no perturbe tanto las relaciones comerciales establecidas entre las partes como el procedimiento judicial. El procedimiento arbitral y los laudos arbitrales pueden mantenerse confidencialmente, lo que no suele suceder cuando se trata del procedimiento judicial y de las decisiones judiciales. El procedimiento arbitral suele ser más rápido y, en algunos casos, menos costoso que el procedimiento judicial. Pero cabe observar que algunos ordenamientos jurídicos prevén un procedimiento judicial sumario para algunos tipos de controversias (por ejemplo, las relativas a una suma de dinero que no supere determinado importe), aunque muchas controversias que se plantean en los contratos de obras no son idóneas para recurrir a ese tipo de procedimiento. Por último, como consecuencia de las convenciones internacionales que facilitan el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, con frecuencia estos laudos se reconocen y ejecutan con más facilidad que las decisiones judiciales extranjeras[2].

23. Por otra parte, es posible que el laudo arbitral sea anulado en el procedimiento judicial. La iniciación de este procedimiento postergará la solución definitiva de la controversia. Pero en muchos ordenamientos jurídicos el laudo arbitral sólo puede anularse por un número limitado de causas, por ejemplo, falta de competencia de los árbitros para solucionar la controversia, imposibilidad de una de las partes de fundamentar su pretensión en el procedimiento arbitral, incumplimiento de las normas aplicables a la designación de árbitros o al procedimiento arbitral o laudo contrario al orden público. Cabe también observar que en algunos ordenamientos jurídicos las partes no pueden impedir que los tribunales judiciales intervengan en algunos tipos de controversias.

## 2. *Disposiciones de la cláusula compromisoria*

### a) *Alcance de la cláusula compromisoria y mandato del tribunal arbitral*

24. En general, el procedimiento arbitral sólo puede sustanciarse sobre la base de un acuerdo celebrado entre las partes en el que estipulan que recurrirán al arbitraje. El acuerdo puede constar tanto en una cláusula compromisoria incluida en el contrato como en un acuerdo de arbitraje separado celebrado entre las partes, antes o después de que se plantee la controversia. Dado que puede ser más difícil llegar a un acuerdo con respecto al arbitraje una vez que se ha planteado la controversia, es aconsejable incluir en el contrato una cláusula compromisoria, o celebrar por separado un acuerdo de arbitraje en el momento en que se celebre el contrato. Pero en algunos ordenamientos jurídicos, ese tipo de acuerdo sólo es eficaz en cuanto a la forma y al fondo si se celebra después de que ha surgido la controversia.

25. Sería conveniente que en el contrato se indiquen las controversias que han de solucionarse mediante arbitraje. Por ejemplo, la cláusula compromisoria puede estipular que todas las controversias resultantes del contrato o relacionadas con éste, así como la violación, resolución o nulidad del mismo, se han de solucionar mediante arbitraje. En algunos casos, puede que las partes deseen excluir de esa amplia competencia algunas controversias que no desean que se solucionen mediante arbitraje.

26. Si la ley aplicable al procedimiento arbitral lo consiente, puede que las partes deseen autorizar al tribunal arbitral a dictar medidas provisionales mientras esté pendiente la solución definitiva de la controversia. Pero en algunos ordenamientos jurídicos los tribunales arbitrales no están facultados para dictar esas medidas. En otros ordenamientos jurídicos donde el tribunal arbitral puede dictar medidas provisionales, no es posible ejecutarlas. En esos casos sería preferible que las partes recurrieran a un tribunal judicial para que ordenara dichas medidas. En muchos ordenamientos jurídicos el tribunal judicial puede ordenar medidas provisionales aunque la controversia deba someterse o haya sido sometida al arbitraje.

27. Es aconsejable que la cláusula compromisoria obligue a las partes a ejecutar las decisiones arbitrales, incluso aquellas que ordenan medidas provisionales. La ventaja de estipular este tipo de obligación en el contrato es que en algunos ordenamientos jurídicos, cuando el laudo arbitral no tiene fuerza ejecutoria en el país de una de las partes, en caso de que una de las partes no cumpla el laudo, si está obligada a hacerlo en virtud del contrato, el tribunal puede considerar que ha incumplido una obligación contractual.

28. Cuando se inicia un procedimiento judicial con respecto a una controversia que ha sido prevista en una cláusula compromisoria reconocida como válida, si se presenta oportunamente la petición pertinente, el tribunal judicial, en general, remite la controversia al arbitraje. Sin embargo, es posible que el tribunal judicial conserve la facultad de adoptar medidas provisionales y generalmente estará facultado para supervisar algunos aspectos del procedimiento arbitral (por ejemplo, entender en la recusación de los árbitros) y anular laudos arbitrales por determinadas causas (véase el párrafo 23, *supra*).

29. Es aconsejable que las partes procedan con cautela al facultar al tribunal arbitral a decidir las controversias *ex aequo et bono* o a proceder como amigable componedor, porque en algunos ordenamientos jurídicos los árbitros no están autorizados a hacerlo. Además, autorizaciones de ese tipo podrían prestarse a distintas interpretaciones y provocar incertidumbre jurídica. Por ejemplo, sus términos podrían interpretarse en el sentido de que autorizan a los árbitros a guiarse solamente por principios de justicia o equidad o, además, por aquellas disposiciones de la ley aplicable al contrato que se consideren en el ordenamiento jurídico al que pertenezca esa ley como fundamentales. Otra fuente de incertidumbre podría originarse en el hecho de que los árbitros, aplicando los principios que se acaban de mencionar, se apartaran de algunas condiciones contractuales. Si las partes desean autorizar al tribunal arbitral a decidir las controversias sin aplicar al contrato todas las normas jurídicas de un Estado, puede que deseen indicar las pautas o normas conforme a las que el tribunal ha de decidir el fondo de la controversia, y obligarlo a que aplique las condiciones contractuales y los usos pertinentes del comercio internacional.

b) *Tipo de arbitraje y normas procesales apropiadas*

30. Las partes pueden escoger el tipo de arbitraje que responda mejor a sus necesidades. Es aconsejable que convengan en normas apropiadas para regir el procedimiento arbitral. Hay una amplia gama de sistemas de arbitraje disponibles, con diversos grados de participación de órganos permanentes (por ejemplo, instituciones de arbitraje, tribunales de arbitraje, asociaciones profesionales o comerciales y cámaras de comercio) o de terceros (por ejemplo, presidentes de tribunales de arbitraje o de cámaras de comercio). En uno de los extremos se encuentra el simple tipo de arbitraje *ad hoc*, en el que no interviene ningún órgano permanente ni terceros. Ello significa, en la práctica, que no se cuenta con ninguna ayuda externa (salvo, quizá, de un tribunal judicial nacional) en caso de que, por ejemplo, se planteen dificultades para designar o recusar un árbitro. Además, las partes o los mismos árbitros deberán encargarse de todos los arreglos necesarios administrativos. En el otro extremo, hay arbitrajes administrados y supervisados totalmente por un órgano permanente, que puede revisar el mandato y el proyecto de laudo así como la forma del mismo y hacer recomendaciones en cuanto al fondo.

31. Entre estos dos tipos de arbitraje hay una enorme variedad de sistemas de arbitraje, en todos ellos interviene una autoridad nominadora, pero se diferencian en cuanto a los servicios administrativos que proporcionan. La función fundamental, si bien no necesariamente exclusiva, de la autoridad nominadora es constituir o ayudar a constituir el tribunal arbitral (por ejemplo, designando a los árbitros, decidiendo con respecto a la recusación de un árbitro, o sustituyendo a un árbitro). Entre los servicios administrativos o logísticos que pueden brindarse como paquete de servicios o en forma

separada, figuran los siguientes: envío de comunicaciones escritas de una de las partes o de los árbitros; asistencia al tribunal arbitral para fijar y notificar la fecha, hora y lugar de las audiencias y otras reuniones; facilitación de salas para las audiencias o deliberaciones del tribunal arbitral; arreglos para las transcripciones estenográficas de las audiencias y la interpretación durante las mismas y, posiblemente, la traducción de los documentos; asistencia en el archivo o registro del laudo arbitral, cuando sea necesario; custodia de depósitos y administración de cuentas relativas a honorarios y gastos; y otros servicios de secretaría u oficina.

32. Salvo que las partes opten por un simple arbitraje *ad hoc*, puede que deseen convenir en el órgano o la persona que ha de cumplir las funciones que requieren. Entre los factores que vale la pena considerar al escoger un órgano o persona apropiados se encuentran los siguientes: disposición para cumplir las funciones requeridas; competencia, en particular con respecto a asuntos internacionales; razonabilidad de los honorarios en relación con los servicios solicitados; sede del órgano o residencia de la persona y posible limitación de sus servicios a determinada zona geográfica. Este último punto debe examinarse junto al lugar probable o convenido del arbitraje (véanse los párrafos 41 a 47, *infra*). No obstante, es posible que algunas funciones (por ejemplo, la designación) no deban cumplirse necesariamente en el lugar del arbitraje, y que algunas instituciones de arbitraje estén dispuestas a prestar servicios en otros países y no sólo en el que tienen su sede.

33. En la mayoría de los casos, el procedimiento arbitral se regirá por la ley del país donde se sustancie. Muchos Estados tienen leyes que rigen distintos aspectos del procedimento arbitral. Algunas disposiciones de estas leyes son imperativas, otras no. Al escoger el lugar del arbitraje (véanse los párrafos 41 a 47, *infra*), puede que las partes deseen considerar hasta qué punto la ley del lugar de que se trate reconoce las necesidades y características especiales del arbitraje comercial internacional y, sobre todo, si es suficientemente liberal como para que las partes puedan adaptar las normas procesales a sus necesidades y deseos particulares, asegurando, al mismo tiempo, la equidad y eficacia del procedimiento. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[3] ha impulsado y fortalecido una reciente tendencia en esta dirección, perceptible en la legislación moderna de algunos Estados. La Ley Modelo está siendo aceptada por un número cada vez mayor de Estados de distintas regiones, con diferentes sistemas jurídicos y económicos.

34. Dado que las normas procesales de las leyes sobre arbitraje vigentes en algunos Estados no siempre se adaptan a las características y necesidades especiales del arbitraje comercial internacional y que, en todo caso, esas leyes no contienen normas que prevean todas las cuestiones procesales que se pueden plantear en relación con el procedimiento arbitral, puede que las partes deseen adoptar un conjunto de normas de arbitraje para que rija el procedimiento arbitral previsto en su contrato. Si las partes deciden que los arbitrajes que tengan lugar entre ellas sean administrados por una institución, es posible que dicha institución les exija que apliquen sus propias normas, y que se niegue a entender en el caso si las partes han modificado disposiciones de normas que la institución considera fundamentales para su sistema de arbitraje. Pero la mayoría de las instituciones de arbitraje ofrecen una opción entre dos, o algunas veces más, conjuntos de normas, y generalmente permiten a las partes que modifiquen algunas de esas normas. Si la institución no exige a las partes

que apliquen determinado conjunto de normas de arbitraje o que elijan entre determinados conjuntos de normas, o si las partes optan por el arbitraje *ad hoc*, podrán elegir libremente un conjunto de normas. Al escoger un conjunto de normas procesales, puede que las partes deseen considerar su adaptabilidad a los casos internacionales, así como si el procedimiento que prevé resulta aceptable.

35. De las varias normas de arbitraje promulgadas por organizaciones internacionales o instituciones de arbitraje, merece especial atención el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[4]. Sus normas han resultado aceptables en distintos ordenamientos jurídicos y sistemas económicos, y se conocen y aplican ampliamente en todas las regiones del mundo. Las partes podrán aplicarlas en los arbitrajes *ad hoc* así como en los arbitrajes donde intervenga una autoridad nominadora, con la prestación de servicios administrativos adicionales o sin ellos. Un gran número de instituciones de arbitraje de todas las regiones del mundo han adoptado este Reglamento como conjunto de normas propias que aplican a los casos internacionales, o se han ofrecido para actuar como autoridad nominadora. La mayoría proporciona servicios administrativos en los arbitrajes que se sustancian conforme al Reglamento de la CNUDMI.

36. Cuando las normas de arbitraje van acompañadas de un modelo de cláusula para regir el arbitraje en virtud de un contrato de obras, o cuando la institución de arbitraje sugiere esa cláusula, si las partes la adoptan, podrían lograr en la cláusula compromisoria más certeza y eficacia. Algunos modelos de cláusula, tales como el que acompaña al Reglamento de la CNUDMI, permiten a las partes solucionar algunas cuestiones prácticas mediante acuerdo. Por ejemplo, la intervención de una autoridad nominadora, el número de árbitros (véanse los párrafos 37 a 39, *infra*), la designación de los árbitros (véase el párrafo 40, *infra*), el lugar del arbitraje (véanse los párrafos 41 a 47, *infra*) y el idioma o los idiomas que han de utilizarse en el procedimiento arbitral (véase el párrafo 48, *infra*)[5].

### c) *Cuestiones prácticas que han de resolver las partes*

#### i) *Número de árbitros*

37. Puede que las partes deseen indicar en la cláusula compromisoria el número de árbitros que han de integrar el tribunal arbitral. Si no lo hacen, el número, o la forma en la que ha de fijarse, será el previsto en las normas de arbitraje que hayan elegido o, en algunos casos, en la ley de arbitraje aplicable. Si las partes estipulan el número de árbitros pueden asegurarse de que ese número responda a sus necesidades y deseos, y habrá certeza en lo tocante a ese aspecto del proceso de designación. Pero deben tener en cuenta que algunas leyes nacionales limitan la libertad de las partes de convenir en el número de árbitros, por ejemplo, prohibiendo que el número de los árbitros sea par.

38. Además de las posibles limitaciones jurídicas que se acaban de mencionar, las consideraciones relativas al número de árbitros tienen fundamentalmente un carácter práctico. A fin de asegurar que el procedimiento arbitral y la adopción de decisiones procedan en forma eficaz, generalmente conviene indicar un número impar, esto es, uno o tres, aunque en la práctica las partes, en algunas ocasiones, indican grupos de dos miembros, utilizando también un mecanismo para recurrir a un tercer árbitro, "superárbitro" o "tercer árbitro", para que dirima cualquier dificultad que surja entre los otros dos.

39. En lo concerniente a si debe indicarse uno o tres árbitros, puede que las partes deseen tener en cuenta que el procedimiento arbitral dirigido por un sólo árbitro suele resultar menos costoso y, en general, más rápido que el procedimiento donde hay que pagar los honorarios de tres árbitros y adaptar sus respectivos programas. Por otra parte, tres árbitros aportarían más conocimientos y experiencia técnica al procedimiento. Dado que pueden requerirse pericia y experiencias de distintos tipos, pueden preverse diferentes métodos para designar los árbitros.

ii) *Designación de los árbitros*

40. Por una parte, en un caso internacional, puede que cada una de las partes desee elegir uno de los árbitros, que esté familiarizado con el medio económico y jurídico en que la parte opere. En consecuencia, las partes podrían convenir en un método por el que cada una de ellas designe uno de los árbitros, y que los dos así designados elijan al tercero, o bien que lo elija una autoridad nominadora. Por otra parte, en controversias complejas que involucren cuestiones jurídicas, técnicas y económicas, puede resultar sumamente conveniente contar con árbitros competentes y con pericia suficiente en las materias de que se trate. Si las partes asignan a este aspecto especial importancia, puede que deseen confiar a una autoridad nominadora la designación de los tres árbitros y, tal vez, especificar la competencia o pericia que deben tener los árbitros.

iii) *Lugar del arbitraje*

41. Puede que las partes deseen indicar en la cláusula compromisoria el lugar donde se sustanciará el procedimiento y se dictará el laudo arbitral. La elección de un lugar de arbitraje adecuado puede ser decisiva para el funcionamiento del proceso arbitral así como para la ejecución del laudo arbitral. Para elegir el lugar del arbitraje pueden ser importantes las siguientes consideraciones.

42. En primer lugar, las partes pueden considerar conveniente elegir el lugar del arbitraje teniendo en cuenta la posibilidad de que el laudo dictado en ese lugar sea ejecutable en los países donde las partes tengan su domicilio comercial o principales bienes. En muchos Estados, los laudos extranjeros son fácilmente ejecutables sólo en virtud de tratados multilaterales o bilaterales y, a menudo, sobre la base de la reciprocidad. En consecuencia, puede que las partes deseen elegir el lugar del arbitraje en un Estado que tenga una relación basada en tratados con los Estados donde más tarde se podría intentar la ejecución.

43. En segundo lugar, las partes pueden considerar conveniente elegir un lugar cuya ley de arbitraje proporcione un marco jurídico adecuado para casos internacionales. Algunas leyes sobre arbitraje podrían resultar inadecuadas, por ejemplo, porque limitan la autonomía de las partes o no contienen un marco procesal amplio que asegure un procedimiento eficaz y equitativo.

44. Entre las consideraciones de carácter más práctico figuran las siguientes: la conveniencia de las partes y de las demás personas que intervengan en el procedimiento; la disponibilidad de los servicios necesarios, entre ellos, salas de reunión, servicios de apoyo y comunicación; la disponibilidad de servicios administrativos de una institución arbitral o una cámara de comercio, si las

partes lo desean; los costos y gastos pertinentes, incluso gastos de alojamiento, salas de reunión y servicios de apoyo; la posibilidad de que el asesor jurídico de las partes las represente sin que tengan que contratar abogados locales.

45. Otra consideración que ha de tenerse en cuenta es que puede resultar conveniente que el procedimiento arbitral se celebre en un lugar vecino al objeto de la controversia. Por ejemplo, si el arbitraje ha de celebrarse en el país del emplazamiento o cerca del mismo, se facilitaría la práctica de pruebas.

46. Otras consideraciones aún llevan con frecuencia a las partes a convenir en un lugar que no se encuentra en los Estados en los que tienen su domicilio comercial. Por ejemplo, las partes pueden elegir un tercer Estado porque cada una de ellas puede tener desconfianza de que el arbitraje se celebre en el país de la otra parte; es posible que sospeche que la parte en cuyo Estado se sustancie el procedimiento se beneficie gracias al medio jurídico y sicológico familiar y a otras circunstancias que le faciliten la exposición de su pretensión.

47. En lugar de indicar un solo lugar de arbitraje para todas las controversias que se planteen a raíz del contrato de obras, en algunos casos, puede que las partes deseen estipular que el arbitraje tendrá lugar en el país de la parte contra la que se entable la acción. De ese modo, la ejecución del laudo dictado contra esa parte en su propio país no encontraría los problemas relacionados con la ejecución de un laudo extranjero. Pero si se utiliza el arbitraje institucional, las partes podrían convenir en dos instituciones de arbitraje, cada una de ellas situada en el país de cada una de las partes, y estipular que el arbitraje con respecto a determinadas controversias será administrado por la institución del país de la parte contra la que se interponga la acción (la denominada "cláusula compromisoria mixta"). Puede que las partes deseen adoptar este criterio cuando no puedan ponerse de acuerdo en una sola institución de arbitraje. Pero los arreglos con respecto a dos lugares de arbitraje podrían plantear dificultades en algunos casos. Es posible que las normas jurídicas aplicables al procedimiento arbitral en los respectivos países sean diferentes y podría resultar más dificultoso, o por otro motivo menos satisfactorio, para una de las partes que se sustancie en un país y no en el otro. Además, el procedimiento arbitral sustanciado en los respectivos países sería supervisado por distintos tribunales judiciales, que podrían ejercer diferentes grados de supervisión sobre el procedimiento.

iv) *Idioma del procedimiento*

48. Puede que las partes también deseen indicar el idioma que ha de emplearse en el procedimiento arbitral. La elección del idioma puede influir en la eficacia con la que marche el procedimiento así como en su costo. Siempre que sea posible, conviene especificar un solo idioma, por ejemplo, el idioma en que se redactó el contrato. Si se indica más de un idioma, en general, los costos de traducción e interpretación de un idioma al otro se consideran parte de los costos del arbitraje y se prorratean en la misma forma que los demás.

49. Puede que las partes deseen indicar los tipos de documentos o comunicaciones que deben presentarse en determinado idioma o traducirse a ese idioma. Por ejemplo, pueden exigir que los alegatos escritos, testimonios orales en las audiencias y todo laudo, decisión u otra comunicación del tribunal arbitral se hagan en determinado idioma. El tribunal puede tener la facultad discrecional de decidir si debe traducirse la prueba documental y hasta qué

punto. Esa facultad podría ser conveniente dado que los documentos presentados por las partes pueden ser voluminosos y que tal vez sólo una parte del documento sea pertinente a la controversia.

## F. Procedimiento judicial

50. Si las partes no acuerdan remitir sus controversias al arbitraje, éstas tendrán que solucionarse en el procedimiento judicial. Es posible que sean competentes para dirimir determinada controversia entre las partes tribunales de dos o varios países, y la situación jurídica de las partes en la controversia puede diferir según el tribunal judicial que entienda en la misma. Por ejemplo, la validez y el efecto de la elección de las partes de la ley aplicable al contrato dependerá de las normas de derecho internacional privado vigentes en el país del tribunal judicial que entienda en la controversia en la que se plantee esa cuestión (véase el capítulo XXVIII, "Elección de la ley aplicable", párrafos 7 y 8).

51. Es posible reducir la incertidumbre que se plantea cuando más de un tribunal judicial es competente para entender en una controversia incluyendo en el contrato una cláusula de competencia exclusiva por la que se obligue a las partes a someter las controversias que surjan entre ellas a raíz del contrato a un tribunal judicial determinado, de determinado lugar, en determinado país. Conviene que la cláusula indique un tribunal del país escogido en lugar de referirse simplemente a un tribunal competente de ese país, a fin de evitar que se plantee cuál será el tribunal que ha de entender en determinada controversia. La cláusula puede indicar los tipos de controversias que rige, de manera análoga a la indicación que se hace en la cláusula compromisoria (véase el párrafo 25, *supra*).

52. En muchos ordenamientos jurídicos, la cláusula que confiere competencia exclusiva a un tribunal judicial sólo es válida si el tribunal escogido está facultado a decidir las controversias que se le someten en virtud de esa cláusula. Por consiguiente, al escoger un tribunal, las partes deben cerciorarse de que sea jurídicamente competente para dirimir los tipos de controversias que han de someterle. También será importante para la elección del tribunal la posibilidad de ejecutar la decisión que adopte en los países de las partes (véase el párrafo 42, *supra*).

53. Si bien una cláusula de competencia exclusiva puede reducir la incertidumbre con respecto a cuestiones tales como la ley aplicable al contrato y la ejecución de una decisión, y puede facilitar la solución multilateral de controversias (véase el párrafo 4, *supra*), también puede tener algunos inconvenientes. Si se confiere competencia exclusiva a un tribunal del país de una de las partes, y la cláusula de competencia exclusiva es nula conforme a la ley del país del tribunal escogido, pero válida conforme a la ley del país de la otra parte, la iniciación del procedimiento judicial en cualquiera de esos países podría plantear dificultades. Esas dificultades podrían agravarse si las partes confieren competencia exclusiva a un tribunal de un tercer país.

*Notas del capítulo XXIX:*

[1]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre labor realizada en su 13.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/35/17), párr. 106 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XI: 1980, primera parte, II, A (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.81.V.8)). El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI también se ha publicado en forma de folleto (Publicación de las Naciones Unidas No. de venta S.81.V.6). Acompañando al Reglamento se presenta el siguiente modelo de cláusula de conciliación: "Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor". La aplicación del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI ha sido recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980.

[2]Véase la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, *United Nations Treaties Series*, vol. 330, pág. 60, No. 4739 (1959), reproducido en *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, vol. II (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.71.V.3).

[3]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/40/17), párr. 332 y Anexo I. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó "que todos los Estados examinen debidamente la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional".

[4]Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su noveno período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/31/17), párr. 57 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. VII: 1976, primera parte, II, A (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.77.V.1)). El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI también se ha reproducido en forma de folleto (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.77.V.6). La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976.

[5]*Ejemplo de disposición (cláusula compromisoria)*

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI recomienda la siguiente cláusula:

"Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

"*Nota: las Partes tal vez deseen considerar si han de agregar lo siguiente:*

"*a)* La autoridad nominadora será . . . (nombre de la persona o instituto)

"*b)* El número de árbitros será de . . . (uno o tres);

"*c)* El lugar del arbitraje será . . . (ciudad o país);

"*d)* El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n) . . ."

# Índice

(Los números romanos indican los números de los capítulos. Los números arábigos indican los números de los párrafos de los capítulos pertinentes. Por ejemplo, "IV 10" se remite al párrafo 10 del capítulo IV. El símbolo "—" se utiliza para sustituir el texto del lema principal a fin de no tener que repetir el mismo texto en los sublemas.)


*Acceso al emplazamiento*

— por el ingeniero consultor X 6, 29
alcance del — IX 31
características del — IX 32
dar — IX 7, XIII 23

*Accesorio a las instalaciones XIV 16*

*Aceptación de las instalaciones*

— a pesar de los defectos en las instalaciones XVIII 38 a 42
— limitada a determinadas partes XIII 33
— provisional XIII 35, 36
— sin pruebas de funcionamiento XIII 25
consecuencias de la — XIII 23, 34, XIV 20, 21
declaración de — XIII 29, 30
definición de la — XIII 1
falta de — del adquirente XVIII 59 a 61
fecha de la — XIII 17, 25, 29, 31, 32, XVIII 60
importancia del período de funcionamiento a prueba para la — XIII 15 a 19
negativa a la — XVIII 35 a 37
obligación de la — por el adquirente XIII 29, XVIII 38, 59
plazo para la — XIII 2, 14, 17 a 19, 29, 33

*Almacenamiento en el emplazamiento*

— del equipo y los materiales suministrados por el adquirente XIV 19
— por el adquirente VIII 25, 26
— por el contratista VIII 22 a 24
asunción del riesgo durante el — XIV 10 a 13
importancia del sistema de contratación elegido para el — VIII 23
instalaciones para el — VIII 24
responsabilidad por el — VIII 24, 25

*Anticipo*

— conforme a las condiciones de pago VII 67
fianza de reembolso del — XVII 13
características del — VII 67

*Arbitraje*

acuerdo de — XXIX 6, 24 a 29
cláusula compromisoria mixta XXIX 47

designación de los árbitros en el — XXIX 40
empleo del — para la solución de controversias XXIX 22, 23
ley aplicable al — XXIX 33 y 34
lugar del — XXIX 32, 33, 41 a 47
medidas provisionales en el — XXIX 26
normas de — que pueden elegir las partes XXIX 34 a 36
número de árbitros en el — XXIX 37 a 39
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI XXIX 35 y 36
relación entre el — y otros métodos de solución de controversias XXIX 5 a 7, 28
tipos de — XXIX 30 a 32, 34

*Calendario*

— de capacitación VI 28
— de la construcción empleando el método del camino crítico IX 19
— de la construcción IX 18 a 23
— para el suministro del equipo y los materiales VIII 9, 10, 28
— para el trabajo preparatorio en el emplazamiento IX 7
— para la subsanación de los defectos XIII 30
— y sistema de contratos separados IV 16
cambios en el — IX 24 a 26

*Capacitación*

— del personal del adquirente VI 26 a 32
— en la explotación de las instalaciones XXVI 5
— para el mantenimiento de las instalaciones XXVI 5, 27
— para la instalación de piezas de repuesto XXVI 21
alcance de la — VI 26
costos de la — del personal del adquirente durante el período de funcionamiento a prueba XIII 20
lugar de la — VI 29, 31
obligaciones de las partes con respecto a la — VI 28 a 30
plazo para la — VI 27, 28, 32
selección de personas para la — VI 27, 30

*Características técnicas*

— de las instalaciones V 8, XXVIII 23
— de los materiales V 9, XXVIII 23

*Carta de crédito*

— contingente XVII 7, 17
— documentario irrevocable XVII 1, 41 a 45
empleo de la — XVII 1, 17

*Carta de crédito contingente*

descripción de la — XVII 17
función de la — XVII 7

*Caución de buen fin* XVII 7, 11, 23, 30, 38

*Caza de ofertas más baratas* XI 13

*Certificado provisional de pago* VII 72, 74

*Cláusula de competencia exclusiva* XXIX 4, 51 a 53

*Cláusula de indización*

características de la — VII 49
empleo de una fórmula algebraica en la — VII 50
fechas importantes para la aplicación de la — VII 53
índices que han de utilizarse en la — VII 54 y 55
limitación a la aplicación de la — VII 48
parte del precio cubierto por la — VII 52

*Cláusula de la moneda de pago*

— con una sola moneda de referencia VII 58
— con varias monedas de referencia VII 59
características de la — VII 58

*Cláusula de la unidad de cuenta*

características de la — VII 60, 61
elección de la — VII 62

*Cláusulas penales* XIX 1 a 5 (véase "Pago de una suma convenida")

*Compra del equipo y de los materiales*

asesoramiento brindado por el contratista al adquirente para la — IX 35
servicios prestados por el contratista al adquirente para la — IX 33, 34

*Comunicación* (véase también "Notificación")

— entre el adquirente y los subcontratistas XI 35 y 36
— entre el contratista y el adquirente II 16, IV 1

*Concesión de licencias*

— de propiedad industrial VI 3, 7

*Conciliación*

características de la — XXIX 12
normas aplicables a la — XXIX 14
objetivo de la — XXIX 12, 15
Reglamento de — de la CNUDMI XXIX 14
relación entre la — y otros métodos de solución de controversias XXIX 5, 12

*Condiciones de pago*

— cuando se aplica el método de costos reembolsables para la fijación del precio VII 65
— cuando se aplica el método del precio alzado para la fijación del precio VII 64
— cuando se aplica el método del precio unitario VII 66
— de las piezas de repuesto XXVI 18
— de los servicios de explotación XXVI 39
— de los servicios de reparación XXVI 33
— del mantenimiento XXVI 28
— y la ley aplicable VII 4
anticipo en virtud de las — VII 67
crédito otorgado en virtud de las — VII 77 a 79
descripción de las — VII 63
pago después de la toma a cargo o de la aceptación de las instalaciones conforme a las — VII 75
pago durante la construcción conforme a las — VII 68 a 74, VIII 14
pago posterior a la expiración del período de garantía conforme a las — VII 76

*Condiciones de trabajo* IX 3

*Confidencialidad*

— con respecto a la información revelada durante las negociaciones III 44
— con respecto a las especificaciones, planos y otros documentos técnicos V 23
— de la tecnología y el diseño XI 8, 29
— durante el proceso de construcción IX 31
alcance de la — VI 24
consecuencias de la resolución del contrato en la — VI 24, XXV 36
disposiciones relativas a la — de los conocimientos técnicos VI 23 a 25
duración de la — VI 24

*Conocimiento de embarque* VIII 14

*Conocimientos técnicos*

— como forma de transferencia de tecnología VI 5
carácter confidencial de los — VI 23 a 25

*Consorcio* II 11

*Construcción*

calendario de la — IX 18 a 23
características técnicas de la — V 3, 4, 8, 9
definición de la — IX 1
equipo y materiales que se utilizarán en la — VIII 1
fechas de inicio y terminación de la — IX 14 a 17
interrupción de la — al producirse la resolución del contrato XXV 23
maquinaria y equipo para efectuar la — IX 11 a 13
método del camino crítico para la — IX 19
normas imperativas sobre la — VII 46, XXVIII 23
objetivo de la — V, 3, 4, 6, 7
registros de la — XII 26

*Construcción en el emplazamiento*

asesoramiento con respecto a la — IX 30
definición de la — IX 2
normas jurídicas que exigen determinados requisitos técnicos o procedimientos durante la — IX 3
supervisión de la — IX 27 a 29

*Contrato*

adaptación del — XXII 14, 23, XXIX 3 (véase también "Modificaciones en la construcción")
celebración del — III 1 a 9, 48 a 50
definición del — de obras Intr. 6, 7
definiciones en el — IV 23 a 26 (véase también "Significado de las expresiones")
documentos contractuales IV 11 a 16
documento principal del — IV 11, 15, V 3
entrada en vigor del — III 50, VIII 18
forma del — III 44, 49, IV 11
idioma del — IV 7 y 8
interpretación del — IV 12 a 15
métodos para celebrar el — III 1 a 9, 47
modificaciones en el — mediante acuerdo III 49
partes en el — de obras IV 9 y 10

*Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* XXI 6, XXVIII 20, 21

*Cooperación*

— entre el adquirente y el contratista IV 17, IX 15
— entre el adquirente y el subcontratista XI 35 y 36
— para mitigar pérdidas XXI 28

*Costos proyectados* VII 13, 15

*Crédito*

— otorgado por el contratista VII 77, 78
— otorgado por el país del contratista VII 79

*Daños* (véase también "Pérdidas")

— causados por el subcontratista XI 28
— en los bienes de terceros XI 28, XX 16 a 18
indemnización de los — en virtud de otras disposiciones que no versan sobre daños y perjuicios XX 6
subsanación de los — cubiertos por el riesgo a cargo del adquirente XIV 23
subsanación de los — cubiertos por el riesgo a cargo del contratista XIV 23

*Daños y perjuicios*

— por el lucro cesante XX 8
— por incumplimiento de la obligación de suscribir una póliza de seguro XVI 39 a 41
— relacionados con lesiones a terceros y daños a sus bienes XX 16 a 18
alcance de la indemnización por — XX 2 y 3, 7 a 12
distinción entre la acción por — y otras acciones XX 4 a 6
limitación del importe de los — XX 14
moneda de pago de la indemnización por — XX 19
normas jurídicas aplicables a los — XX 1 a 3, XXVIII 9, 16 y 17
obligación de indemnizar por — XX 3, 7
reducción de los — debido a las ganancias dimanadas del incumplimiento XX 13
reducción de los — debido al incumplimiento de la obligación de reducir las pérdidas XX 15
relación entre la obligación de pagar — y la asunción del riesgo de pérdidas o daños XIV 4
tipos de pérdidas cubiertos por los — XX 7 a 12 (véase el término "Pérdidas")

*Defectos*

— en el equipo y los materiales no descubiertos por el adquirente durante la fabricación y la construcción XII 1, 8, XVIII 8
— cubiertos por la fianza de calidad V 26 y 27, XVIII 42 a 47
— cuya insubsanabilidad se conoce en el momento de la negativa a aceptar las instalaciones XVIII 37
— cuya insubsanabilidad se desconoce en el momento de la negativa a aceptar las instalaciones XVIII 36
— descubiertos durante las pruebas de funcionamiento XVIII 35 a 42
— en el equipo y los materiales VIII 20, XVIII 26, 28 a 32
— en el proyecto o diseño XI 29, XVIII 33
— en las instalaciones aceptadas XVIII 38 a 48
— en los servicios de construcción XVIII 29 a 31
— graves XIII 24, XVIII 27
calendario para la subsanación de los — XIII 30
falta de notificación de los — en el equipo o los materiales en el momento de la toma a cargo por parte del contratista VIII 29
notificación de los — en las instalaciones durante el período de garantía XVIII 43 a 46
omisión de notificar los — descubiertos durante la fabricación XII 1, XVIII 8

omisión de notificar los — descubiertos durante la construcción XII 1, XVIII 8
omisión de notificar los — descubiertos en el momento de la expedición VIII 20, XII 1, XVIII 8
omisión del adquirente de notificar los — en el equipo o los materiales en el momento de la toma a cargo VIII 20, XVIII 8
omisión del adquirente de notificar los — en el momento de la aceptación XIII 1, XVIII 8
subsanación de los — no imputables al contratista XVIII 49

*Demora*

— antes de iniciar la construcción XVIII 17
— del adquirente en el suministro del proyecto XVIII 62
— del adquirente en el suministro del equipo y los materiales XVIII 63
— en aceptar las instalaciones XVIII 59, 60
— en el cumplimiento de obligaciones accesorias XVIII 65, 66
— en el pago de sumas distintas al precio XVIII 64
— en el pago del precio XVIII 52 a 58
— en la toma a cargo de las instalaciones XVIII 59, 61
— en proporcionar una garantía de pago del precio XVIII 51, 57, 58
— en terminar toda la construcción XVIII 19 a 25
— en terminar una parte de la construcción XVIII 18
definición de — XVIII 4
suspensión que excluye la — XXIV 13

*Derechos de patente* VI 18 a 20

*Descripción de las instalaciones*

— mediante los planos V 17 a 19
— mediante las especificaciones V 10 a 13
— mediante los requisitos técnicos V 14 a 16
características técnicas de la construcción en la — V 3 a 5, 8 y 9
criterios con respecto a la — V 8 y 9
objetivo de la construcción en la — V 3 a 7
preparación de documentos para la — V 2

*Despacho de aduanas y derechos aduaneros*

— correspondientes a la maquinaria y las herramientas para la construcción IX 12
— correspondientes al equipo y a los materiales que han de incorporarse a las instalaciones VIII 15, 16
normas jurídicas sobre — XXVIII 22, 25

*Diseño industrial* VI 3

*Diseño (o proyecto)*

carácter confidencial del — XI 8, 29
defectos en el — II 25, XVIII 33, XXIV 7
entrega del — II 2, 4, 24, 25, V 2
falta de suministro del — a tiempo y sin defectos por parte del adquirente XVIII 62
fianza con respecto al — XI 30
seguro de responsabilidad por el — XVI 30

*Documentación técnica*

indicación de la — que se debe proporcionar VI 33
errores y omisiones en la — VI 34
examen de la — para la explotación y el mantenimiento XIII 5
plazo para la entrega de la — VI 34

*Edificación*

— como parte de la construcción IX, 1, 2
indicación de las características técnicas de la — V 3, 3
método de fijación del precio con respecto a la — VII 26

*Elección de la ley aplicable al contrato*

— por las partes IV 4, XXVIII 8 a 19
restricciones a la — XVIII 7

*Emplazamiento*

acceso al — IX 7, 31, 32, X 6, 29, XIII 23
desocupación del — después de la resolución del contrato XXV 23, 24
entrega del — IX 6
identificación del — IX 6
idoneidad del — IX 6, XII 26
inspección del — III 25, IX 6
limpieza del — IX 36
trabajos preparatorios en el — IX 7

*Equipo*

— accesorio a las instalaciones XIV 16
almacenamiento del — en el emplazamiento VIII 21 a 26
características técnicas del — V 8
defectos en el — XVIII 8, 28 a 32
descripción del — VIII 6 y 7
despacho de aduanas y derechos aduaneros correspondientes al — VIII 15 y 16
embalaje del — VIII 12
falta de suministro del — por el adquirente XVIII 63
método de fijación del precio con respecto al suministro del — VII 7, 17, 26
método de fijación del precio con respecto a la instalación del — VII 26
piezas de repuesto del — XXVI 10 a 21
prohibiciones y obligaciones relativas a licencias con respecto al — VIII 17 y 18
retiro del emplazamiento del — defectuoso XVIII 32
seguro del — XVI 24 a 26
suministro del — por el adquirente VIII 27 a 29 (véase también "Suministro del equipo")
suministro del — por el contratista VIII 6 a 26 (véase también "Suministro del equipo")
toma a cargo del — por el contratista VIII 29
toma a cargo del — por el adquirente VIII 19 y 20
transmisión de la propiedad del — XV 6 y 7
transporte del — VIII 11 a 14
traspaso del riesgo con respecto al — suministrado por el contratista XIV 7 a 17
traspaso del riesgo con respecto al — suministrado por el adquirente XIV 18, 19

*Especificaciones*

— del equipo y los materiales V 12, 13
— relativas a la edificación V 13
— relativas a la ingeniería civil V 13
características de las — V 3, 10
incumplimiento de la obligación de confidencialidad con respecto a las — V 25
protección de las — V 23
responsabilidad por las — V 20 a 22
tipos de — V 10

*Estudios*

— "de sensibilidad" I 11
— de oportunidad I 6
— de viabilidad I 9 a 11
— detallados I 12
— preliminares I 7, 8

*Exoneración*

— en caso de incumplimiento de terceros contratados por el contratista XXI 25 y 26
características de la — XXI 1, 2
distinción entre — y gravosidad XXII 2
normas jurídicas sobre — XXI 5 y 6
relación de la — con otras acciones por incumplimiento XVIII 13, XXI 7
relación entre la — y la asunción del riesgo de pérdidas o daños XIV 4

*Fiador*

carácter de la obligación del — XVII 17 a 24
elección del — XVII 14 a 16

*Fianza*

— a la primera solicitud XVII 17
— accesoria XVII 19, 27
— con respecto a las piezas de repuesto XXVI 19
— de buena ejecución VII 76, XVII 9 a 12, 14 a 39
— de calidad V 26 a 31, XIII 23
— de conservación XVII 12
— de los servicios de reparación XXVI 35
— de oferta III 28 a 30, XVII 9, 25
— de pago del adquirente XVII 40
— de reembolso — XVII 13
consecuencias del cambio de la fecha de terminación para la — de buena ejecución IX 26

*Fianza de buena ejecución*

— monetaria XVII 11, 24
alcance de la obligación creada en virtud de la — XVII 26 a 29
características de la — XVII 11
duración de la — XVII 35 a 39
efectos de la resolución del contrato para la — XVII 34
efectos de las modificaciones en la — XVII 30 a 33
falta de otorgamiento de la — XVII 25
función de la — XVII 10
plazo para proporcionar la — XVII 25
prórroga de la — XVII 36
reducción del importe de la — XVII 28
tipos de — XVII 11

*Fianza de calidad*

— proporcionada por el fabricante V 31
alcance de la — V 26 y 27
características de la — V 26
comienzo de la — V 29, XIII 23
duración de la — V 28
prórroga de la — V 30

*Fianza de reembolso*

alcance de la responsabilidad en virtud de la — XVII 29
características de la — XVII 13
duración de la — XVII 39
efectos de la resolución del contrato para la — XVII 34
función de la — XVII 9
plazo para proporcionar la — XVII 25

*Fijación del precio*

método de — para el pago de los servicios que requiere el personal del contratista IX 9
método de costos reembolsables VII 10 a 25
método del precio alzado VII 6 a 9
método del precio unitario VII 25 a 27
métodos de — VI 18 a 20, VII 2 a 4
normas jurídicas de carácter público sobre la — VII 4, 5

*Garantía real constituida sobre los bienes* XVII 2

*Gravosidad*

alcance de la cláusula de — XXII 8 a 13
aplicación de la cláusula de — XXII 3 a 6, XXIII 1
consecuencias de la — XXII 14 a 23
criterio para redactar la cláusula de — XXII 7 a 13
definición de — XXII 1, 8 a 11
diferencia entre la — y la exoneración XXII 2
relación entre la cláusula de — y otras cláusulas contractuales con una finalidad semejante XXII 6, XXIII 1
renegociación debida a — XXII 14 a 22

*Guía*

características de la — Intr. 9, 16
definiciones en la — Intr. 13
ejemplos de disposiciones en la — Intr. 17, IV 6
estructura de la — Intr. 10 a 13
finalidad de la — Intr. 8
función de las observaciones generales en la — Intr. 15
recomendaciones que figuran en la — Intr. 16
resúmenes en la — Intr. 14

*Impedimentos exonerantes*

consecuencias de los — XXI 8, XXV 22
definición de los — XXI 2 y 3, 9 a 26
función de los — XVIII 3, XXI 2, 8
influencia de los — cuando se aplica la cláusula de indización VII 53
influencia de los — en el cumplimiento forzoso XVIII 12, XXI 8
influencia de los — en la resolución del contrato XXI 8, XXV 22

*Incorporación del equipo y los materiales a las instalaciones*

características de la — XIV 7, 8
consecuencias de la — en la asunción del riesgo de pérdidas o daños XIV 7, 8
consecuencias de la — en la transmisión de la propiedad XV 6 y 7

*INCOTERMS* VIII 3, XIV 15

*Incumplimiento*

— cubierto por una indemnización pactada o una penalidad XIX 9
— de la obligación de adaptar el contrato XXII 14, 22, 23
— de las obligaciones relativas a la transmisión de derechos y obligaciones XXVII 12
— en la etapa posterior a la construcción XXVI 46
características del — XVII 4
construcción defectuosa XVIII 26 a 48
demora en el pago del precio XVIII 51 a 58
demora en la construcción XVIII 17 a 25
demora en proporcionar la garantía de pago del precio XVIII 51, 57 y 58
elección de acciones frente al — XVIII 14
plazo suplementario en caso de — XVIII 15

*Indemnización pactada* XIX 1 a 5 (véase "Pago de una suma convenida")

*Informe*

— sobre el mantenimiento XXVI 26
— sobre las pruebas de funcionamiento XIII 28
— sobre las pruebas de terminación XIII 12
— sobre las reparaciones necesarias XXVI 32

*Ingeniería civil*

— como parte de la construcción IX 1 y 2
indicación del objetivo y las características técnicas de la — V 3, 13
método de fijación del precio con respecto a la — VII 26

*Ingeniero consultor*

acceso al emplazamiento del — X 29
adopción de medidas en nombre del adquirente por parte del — X 7, 8
características del — X 3
consejo y asesoramiento técnico brindado por el — X 5, 6
delegación de facultades del — X 27
designación del — en los documentos de licitación X 21
elección del — X 20 a 26
emisión de un certificado provisional de pago por parte del — VII 72, 74
función del — relacionada con el mantenimiento de las instalaciones XXVI 24
funciones independientes del — X 9 a 19
información que se debe facilitar al — X 29
necesidad de contratar al — X 1 a 4
objeciones del contratista al — X 24
solución de controversias por el — X 15, 17 a 19
sustitución del — X 25

*Inspección durante la construcción*

— del equipo y los materiales suministrados por el adquirente efectuada por el contratista VIII 29
— en el momento en que el adquirente toma a cargo el equipo y los materiales VIII 20
facilidades que se darán al adquirente a efectos de la — XII 11
institución contratada para la — XII 6
normas jurídicas relativas a la — XII 2 y 3
objeto de la — XII 1
solución de controversias relacionadas con la XII 2510

*Inspección durante la fabricación*

acceso del adquirente a los lugares de fabricación a los efectos de la— XII 11
costos de la — XII 20
descripción de la — XII 8, 9
facilidades que han de darse al adquirente a efectos de la — XII 1
finalidad de la — XII 1, 8
institución contratada para la — XII 6
normas jurídicas relativas a la — XII 2, 3
omisión de notificar defectos descubiertos durante la — XII 1

*Inspección en el momento de la expedición o de la llegada al emplazamiento*

consecuencias del descubrimiento de defectos durante la — XII 23
finalidad de la — XII 21
omisión de la — VIII 20, XII 22

*Instalación del equipo*

— como parte de la construcción IX 1, 2
asesoramiento del contratista con respecto a la — IX 30
inspección de la — IX 30
método de fijación del precio con respecto a la — VII 26
sistemas de contratación con respecto a la — IX 27
supervisión de la — IX 2, 28 y 29

*Intereses por demora en el pago* XVIII 52 a 56, 64

*Interpretación*

— de las cláusulas contractuales IV 12 a 15
— del contrato celebrado en varios idiomas IV 8

*Lesiones* XX 16 a 18

*Ley*

— aplicable al procedimiento arbitral o judicial XXVIII 3, 18, XXIX 33, 34, 51 a 53
— aplicable a la transmisión de la propiedad de los bienes XV 3, XXVIII 3
definición de la expresión "— aplicable al contrato" XXVIII 1, 19
determinación de la — aplicable al contrato XXIX 5 a 19
elección de la — aplicable al contrato XXVIII 4 a 21, XXIX 22
normas de derecho internacional privado XXVIII 5 a 8, 16 a 18, XXIX 50
normas jurídicas de carácter administrativo u otras normas públicas XXVIII 2, 22 a 25

*Licencias de importación y exportación* VIII 17, 18, XXI 24

*Licitación*

— y el sistema del contrato llave en mano II 5
celebración del contrato según el procedimiento de — III 42
condiciones contractuales en el procedimiento de — III 27
cuestionario en el procedimiento de — III 13, 19, 41
designación del ingeniero consultor en la — X 21
elección del contratista en el procedimiento de — III 42
fianza de buena ejecución exigida en el procedimiento de — XVII 4
modificaciones en el procedimiento de — III 25
negociación en el procedimiento de — III 27, 40, 47
preparación del procedimiento de — IV 2
procedimiento de — III 10 a 43
selección posterior en el procedimiento de — III 41

selección preliminar en el procedimiento de — III 7, 11 a 14
sistema de — limitada III 5, 8
sistema de — pública III 5 a 7
sistema de los dos sobres en el procedimiento de — III 21, 35

*Límite máximo a los costos reembolsables* VII 13, 15

*Mantenimiento*

condiciones de pago por los servicios de — XXVI 28
descripción del — XXVI 22
especificación del — XXVI 25
facilidades para la prestación de los servicios de — XXVI 40
informe sobre el — XXVI 26
inicio y duración de los servicios de — XXVI 42 a 44
modificación de los servicios de — XXVI 43 y 44
normas que han de seguirse en el — XXVI 25
otras acciones distintas a la resolución con respecto a los servicios de — XXVI 46
resolución de los servicios de — XXVI 45
servicios de — que debe proporcionar el contratista XXVI 24 y 25

*Marcas comerciales* VI 3

*Maquinaria y herramientas para la construcción*

— después de la resolución del contrato XXV 25
asunción del riesgo con respecto a — XIV 24
licencias y despacho de aduanas correspondientes a — IX 12
pago de — IX 11
retiro del emplazamiento de — IX 36
seguro de — XVI 27
suministro de — IX 11
transporte de — en el emplazamiento IX 13

*Materiales para la construcción*

almacenamiento de los — en el emplazamiento VIII 21 a 26
características técnicas de los — V 9, VIII 6 y 7
defectos en los — XVIII 28 a 32
despacho de aduanas y derechos aduaneros correspondientes a los — VIII 15 y 16
embalaje de los — VIII 12
incumplimiento del adquirente de suministrar los — XVIII 63
prohibiciones y obligaciones relativas a licencias con respecto a los — VIII 17 a 18
seguro de los — XVI 5, 24 a 26
suministro de los — por el adquirente VIII 27 a 29
suministro de los — por el contratista VIII 6 a 26
toma a cargo de los — por el adquirente VIII 19 y 20
toma a cargo de los — por el contratista VIII 29
transporte de los — VIII 11 a 14
traspaso del riesgo con respecto a los — XIV 7 a 19

*Medidas provisionales en la solución de controversias* XXIX 2, 19, 26 a 28

*Método de costos reembolsables*

aplicación del — VII 10 a 24
comprobación de los gastos en el — VII 73
condiciones de pago en el — VII 65
costos que serán reembolsados cuando se aplica el — VII 16 a 20

definición del — VII 2
efecto de las modificaciones cuando se aplica el — XXIII 32
elección del — VII 11
métodos para reducir el riesgo cuando se aplica el — VII 13 a 15
retribución proyectada en el — VII 23
retribución en el — VII 21 a 23
riesgo al aplicar el — VII 12
sistema de registros en el — VII 24

*Método de la prueba documental*

características del — para la revisión del precio VII 56
diferencia entre el — y el método de costos reembolsables VII 56
limitación de la aplicación del — VII 48
revisión del precio mediante el — VII 56 y 57
parte del precio que está sujeta a revisión conforme al — VII 57
procedimiento empleado en el — VII 57

*Método del camino crítico para la construcción* IX 19

*Método del precio unitario*

condiciones de pago en el — VII 66
conveniencia del — VII 26
definición del — VII 2
reducción del riesgo relacionado con el — VII 27
repercusión de la modificación del precio cuando se aplica el — XXIII 30, 31
riesgos relacionados con el — VII 27
unidades empleadas en el — VII 25

*Modificaciones en la construcción*

— debido a cambios en los reglamentos locales XXIII 23
— debido a obstáculos naturales imprevisibles XXIII 23
— que requieren el consentimiento del contratista XXIII 19
— solicitadas por el contratista XXIII 20 a 22
base jurídica para las — XXII 3, 12 a 19
consecuencias de las — en la fianza de buena ejecución XVII 30 a 33
consecuencias de las — en las pruebas de funcionamiento XIII 27
definición de las — XXIII 1
efecto de las — en el calendario y en la fecha de terminación IX 24 a 26, XXIII 9 a 11
orden de — y sus consecuencias XXIII 5, 6, 12 a 18
planteamientos básicos para la redacción de la cláusula de — XXIII 5 a 7, 19 a 22
procedimiento de las — XXIII 9 a 19
recurso a las — XXIII 2, 4, 12

*Moneda*

— del precio VII 31 a 37
— en la que se efectuará el pago VII 32
— nacional VII 35
reducción de los riesgos relacionados con la — VII 33, 34, 36
riesgos relacionados con la — VII 31, 34

*Negociación*

— al margen del procedimiento de licitación III 9, 44 a 46, IV 2 y 3
— de la continuación de los servicios después de la construcción XXVI 42
— en caso de incumplimiento XVIII 10
— en el procedimiento de licitación III 27, 47
— para la solución de controversias XXIX 5, 10 y 11

*Notificación*

— de la disponibilidad del equipo y los materiales para la inspección XII 21
— de la elección del ingeniero consultor X 23
— de la gravosidad XXII 15 a 17
— de la necesidad de servicios de reparación XXVI 31
— de la suspensión XXIV 8, 9 y 11
— de las pruebas durante la construcción XII 24 y 25
— de las pruebas durante la fabricación XII 18
— de los defectos descubiertos al inspeccionar la instalación del equipo IX 29 y 30
— de los defectos en las instalaciones descubiertos durante el período de garantía XVIII 43 a 46
— de los impedimentos para el cumplimiento XXI 27 y 28
— de pérdidas o daños durante el almacenamiento en el emplazamiento VIII 25
— del hecho que justifique la prórroga del plazo para la terminación IX 25
— del inicio de la construcción IX 20
— del personal que ha de ser supervisado en la instalación del equipo IX 28
— dirigida al grupo de empresas y en nombre del grupo de empresas II 16
— por conducto del ingeniero consultor X 8
— por conducto del representante IV 21
— por parte del contratista de las pérdidas o daños en el equipo y los materiales almacenados VIII 26
consecuencias de la — IV 19 y 20
falta de — IV 22, VIII 26, 29, IX 20, XVIII 65
forma de la — IV 19

*Nulidad de las cláusulas contractuales* III 49 y 50, IV 4 y 5, VI 8 y 12, VII 3 a 5

*Oferta*

apertura de las ofertas III 31 y 32
convocatoria a licitación III 15 a 18
documentos que han de proporcionarse a los futuros licitadores III 19
evaluación de las ofertas III 33 a 40
examen preliminar III 37 a 39
fianza de — III 28 a 30
instrucciones a los licitadores III 20 a 25
modelo de — III 26
rechazo de la — III 10, 43
validez de la — III 24

*Operaciones conjuntas*

— entre el contratista y el adquirente II 26 a 31
"joint venture" como contratista II 11

*Operaciones de crédito documentario* VIII 14

*Pago*

— a los subcontratistas por parte del adquirente XI 32 a 34
— de la transferencia de la tecnología VI 18 a 20
— de los derechos aduaneros VIII 16
— del equipo y los materiales suministrados VII 70, VIII 14
— después de la resolución del contrato XXV 30 a 35
— después de la toma a cargo o de la aceptación de las instalaciones VII 75, XIII 23
— durante la construcción VII 68 a 74
— posterior a la expiración del período de garantía VII 76
anticipo VII 67

documentos que se exigirán para el — VII 71
prima VII 28 a 30
solicitud del — del precio e intereses XVIII 52 a 55

*Pago de una suma convenida*

— por la demora XIX 17 a 20
cobro de la suma pagadera en virtud de la cláusula para el — XIX 15 y 16
consecuencias de los impedimentos exonerantes para el — XIX 6, XXI 8
consecuencias de la rescisión del contrato para el — XIX 21
cuantificación de la suma pagadera en virtud de una cláusula para el — XIX 10 y 11
definición del incumplimiento del contrato que dará lugar al — XIX 9
examen de la expresión — XIX 4
función del — XIX 1 a 3
limitación de la suma pagadera en virtud de la cláusula para el — XIX 12 a 14
normas imperativas sobre el — XIX 5
relación entre el — y la ejecución forzosa XIX 7
relación entre el — y los daños y perjuicios XIX 8
relación entre el — y otras acciones XIX 4
rescisión del contrato en virtud de una cláusula para el — XIX 14, 21

*Pérdidas*

— "consecuenciales" XX 12
— imprevisibles XX 9, 10
— indirectas XX 12
— remotamente relacionadas con el incumplimiento XX 11 y 12
— resultantes de la suspensión XXIV 16
deducción de las — de las ganancias dimanadas del incumplimiento XX 13
mitigación de las — causadas por impedimentos exonerantes XXI 28
reducción de las — XX 15
resarcimiento de las — XX 3, 6 y 7
subsanación de las — cubiertas por el riesgo a cargo del adquirente XIV 23, XVIII 49
subsanación de las — cubiertas por el riesgo a cargo del contratista XIV 23
tipos de — XX 7 a 12

*Período de funcionamiento a prueba*

costos durante el — XIII 20
duración del — XIII 20, XVIII 61
finalidad del — XIII 15
producto de las instalaciones durante el — XIII 20
supervisión de las instalaciones durante el — XIII 16

*Perito árbitro para la solución de controversias*

contratación de un — XXIX 16 y 17
cuestiones que el — está facultado a tratar XXIX 18
funciones del — XXIX 18 y 19
relación entre las facultades del — y el procedimiento arbitral y el judicial XXIX 20
revisión de la decisión adoptada por el — XXIX 21

*Personal*

capacitación del — del adquirente VI 26 a 32
condiciones de trabajo para el — IX 3
participación del — del adquirente en las pruebas durante la fabricación XII 9
seguro con respecto al — XVI 32 a 37
servicios para el — del contratista IX 9
visados y permisos de trabajo para el — del contratista IX 8

*Piezas de repuesto*

adquisición de — a los proveedores del contratista XXVI 16
asistencia en la instalación de las — XXVI 21
categorías de — XXVI 12 a 15
comienzo y duración del suministro de — XXVI 41 a 44
disponibilidad de — XXVI 10, 11, 14
especificaciones técnicas de las — XXVI 19
fianza con respecto a las — XXVI 19
modificación del suministro de — XXVI 43 y 44
otras acciones distintas a la resolución con respecto al suministro de — XXVI 46
suministro de — cuando se termina la construcción XXVI 12 y 13
suministro de — después de que se ha terminado la construcción XXVI 1, 7 a 21
terminación del suministro de — XXVI 45
verificación de las — al terminar la construcción XIII 5

*Planos*

— complementarios V 17
— después de la resolución del contrato XXV 29
— de taller V 18
aprobación de los — V 19
descripción de los — V 3, 17
empleo de los — V 24
entrega de los — V 18
incumplimiento de la obligación de confidencialidad con respecto a los — V 25
propiedad de los — V 24
protección de los — V 23
responsabilidad por los — V 20 a 22

*Precio*

— alzado VI 19 y 20, VII 2, 6 a 9
— definitivo a convenir VII 3
— de la capacitación VI 31
— del mantenimiento XXVI 28
— de las piezas de repuesto XXVI 18 a 20
— de la transferencia de tecnología VI 17 a 19
— de los servicios de explotación XXVI 39
— de los servicios de reparación XXVI 33
— del taller IX 10
— fijo VII 3
— provisional VII 3
— unitario VII 2, 25 a 27
fijación del — VII 3
método de costos reembolsables VII 2, 10 a 24
moneda del — VII 31 a 37
reajuste del — VII 3, 38 a 46 (véase también "Reajuste del precio")
retención del — VII 76
revisión del — VII 3, 38 a 40, 47 a 62 (véase también "Revisión del precio")

*Precio alzado*

— como método de fijación del precio VII 6 a 9
— por la transferencia de tecnología VI 19 y 20
— y sistema de contratación VII 6
condiciones de pago del — VII 64
consecuencias de las modificaciones en la construcción en el — XXIII 26 a 29
definición del — VII 2
desglose del — VII 7, XXV 30

*Prima*

fijación de la — VII 28 y 29
plazo para el pago de la — VII 30

*Procedimiento judicial* XXIX 50 a 53

*Prohibición de importar o exportar* VIII 17 y 18

*Propiedad industrial*

distintas formas de — VI 3
reclamaciones de terceros fundadas en derechos de — VI 21, 22

*Pruebas de funcionamiento*

consecuencias de la omisión por parte del contratista de las — XIII 26, XVIII 34
consecuencias de las — insatisfactorias XIV 26, XVIII 35 a 37
consecuencias de las — satisfactorias XIII 29, XVIII 60
consecuencias de las modificaciones en la construcción en las — XIII 27
costo de las — XIII 27
definición de las — satisfactorias XIII 24
descripción de las — XIII 27
duración de las — XIII 27
evaluación de las — XIII 28
finalidad de las — XIII 24
formalidades durante las — XIII 27
informe sobre las — XIII 28
plazo para la práctica de las — XIII 14, 17 a 19, 26
práctica de las — XIII 27
repetición de las — XIII 26
responsabilidad del contratista por las — XIII 27

*Pruebas después de la construcción*

pruebas de funcionamiento XIII 14, 17 a 19, 24 a 28 (véase "Pruebas de funcionamiento")
pruebas de terminación XIII 4 a 12 (véase "Pruebas de terminación")

*Pruebas de terminación*

consecuencias de las — satisfactorias XIII 7
costos de las — XIII 9 y 10
descripción de las — XIII 5
formalidades durante las — XIII 11
función de las — XIII 4
imposibilidad de practicar las — XIII 7, 32
informes sobre las — XIII 12
normas imperativas sobre las — XIII 5, 11
plazo para las — XIII 4, 6
postergación de las — XIII 8
práctica de las — XIII 8, 11, XIV 22
repetición de las — XIII 7
responsabilidad del contratista por las — XIII 4

*Pruebas durante la construcción*

— como parte del sistema de control del contratista XII 4
— practicadas por el contratista con respecto a los suministros del adquirente XII 7
institución contratada para efectuar las — XII 6

normas jurídicas sobre las — XII 2 y 3
práctica de las — XII 25
requisitos técnicos relativos a las — XII 5

*Pruebas durante la fabricación*

— adicionales o modificadas XII 15
— como parte del sistema de control del contratista XII 4
— insatisfactorias XII 16
acceso del adquirente a las — XII 10
costo de las — XII 20
descripción de las — XII 8 y 9
facilidades que han de darse al adquirente a los efectos de las — XII 11
finalidad de las — XII 8
inasistencia del adquirente a las — XII 14
informes y certificados de las — XII 17 a 19
institución contratada para la práctica de — XII 6
normas jurídicas sobre las — XII 2 y 3
omisión de la notificación de los defectos durante las — XII 1, 8, 17
plazo para la práctica de — XII 12 a 14
requisitos técnicos para las — XII 5

*Reajuste del precio*

— de conformidad con los criterios del contrato VII 40
— debido a cambios en las reglamentaciones locales VII 39, 46
— debido a la incorrección de los datos suministrados VII 39, 43
— debido a modificaciones en la construcción VII 39, 42, XXIII 8 a 11, 24 a 32
— debido a obstáculos naturales imprevisibles VII, 39, 44, 45
— debido al cambio de la fórmula de construcción VII 39, 43
— mediante acuerdo VII 40
— por la subsanación de pérdidas o daños cubiertos por el riesgo a cargo del adquirente XIV 23, XVIII, 49
— por un tribunal arbitral o judicial VII 40
definición de — VII 39

*Reducción del precio*

— por defectos en las instalaciones XVIII 39 a 42, 47 y 48
relación entre la — y los daños y perjuicios XVIII 13

*Registros*

— de la construcción XII 26
— de las inspecciones y pruebas XII 27

*Renegociación*

directrices para la — XXII 19 y 20
imposibilidad de llegar a un acuerdo mediante la — XXII 14, 23, XXIX 3
notificación de la — XXII 15 a 17
obligación de renegociar XXII 1, 3, 14
plazo de — XXII 18
situación de las obligaciones durante la — XXII 21 y 22

*Requisitos técnicos*

— con respecto a los servicios necesarios para el personal del contratista IX 9
— internacionales V 15
características de los — V 14
especificación de los — V 3, 16

*Rescisión del contrato*

— como acción por el incumplimiento XVIII 12, XXV 8 a 21
— en virtud de una cláusula de indemnización pactada o de una cláusula penal XIX 14, 21
— por defectos graves descubiertos durante la construcción XVIII 31
— por defectos graves descubiertos durante las pruebas de funcionamiento XVIII 36 y 37, XXV 8 y 9
— por demora del adquirente en el pago del precio XVIII 57 y 58, XXV 19
— por demora en iniciar la construcción XVIII 17, XXV 8 y 9
— por demora en la emisión de la carta de crédito XVII 42
— por demora en terminar toda la construcción XVIII 19 y 20, XXV 8 y 9
— por demora en terminar una parte de la construcción XVIII 18, XXV 8 y 9
— por dificultar u obstaculizar la labor del contratista XXV 20
— por incumplimiento de la obligación de suscribir una póliza de seguro XVI 40, XXV 8 y 9
— por incumplimiento de la obligación de proporcionar la fianza de buena ejecución XVII 25, XXV 8 y 9
— por incumplimiento de la obligación relativa a la confidencialidad V 25
— por incumplimiento de las disposiciones relativas a la transmisión de derechos y obligaciones XXVII 12
— por incumplimiento del adquirente de la obligación de suministrar el proyecto XVIII 62, XXV 19
— por incumplimiento del adquirente de la obligación de suministrar el equipo o los materiales XVIII 63, XXV 19
— por incumplimiento del contratista de las limitaciones relativas a la cesión del contrato XXV 10
— por incumplimiento del contratista de las limitaciones relativas a la subcontratación XXV 10
— por incumplimiento del nuevo contratista contratado por cuenta y riesgo del primer contratista XVIII 25
— por superar el costo proyectado VII 15
— y pago de una suma convenida XIX 21
efectos de la — en la fianza de buena ejecución y en la fianza de reembolso XVII 34
recurso a la — XVIII 12

*Resolución del contrato*

— con respecto a las piezas de repuesto y los servicios que han de suministrarse después de la construcción XXVI 45
— cuando la suspensión supera determinado plazo XXIV 17
— debido a obstáculos naturales imprevisibles XXIII 23
— debido a cambios en los reglamentos locales XXIII 23
— mediante acuerdo III 49
— por imposibilidad de continuar la construcción debido a un impedimento exonerante XXV 22
— por no haber exigido que se inicie la construcción IX 20, XXV 8 y 9
— por propia conveniencia XXV 17 y 18
— por quiebra o insolvencia XXV 11 a 16, 21
alcance de la — XXV 7
causas de — XXV 8 a 22
consecuencias de la — XXV 23 a 36
normas jurídicas sobre la — XXV 3 a 5
recurso a la — XXV 2

*Responsabilidad solidaria de los contratistas* II 13

*Restricciones*

— a la exportación e importación VIII 17 y 18, XXVIII 22, 24
— al transporte VIII 13

— cambiarias VII 4, XXVIII 22, 24
— con respecto a la transferencia de tecnología VI 8 y 9, XXVIII 22, 24

*Retención de la propiedad* XV 8

*Retribución en el método de fijación del precio de costos reembolsables*

— como porcentaje de los costos efectivos VII 22
— proyectada VII 23
suma determinada como — VII 21 y 22

*Revisión del precio*

— de conformidad con los criterios indicados en el contrato VII 40
— de conformidad con una fórmula matemática VII 40
— debido a fluctuaciones del tipo de cambio VII, 39, 47, 58 a 62
— debido a variaciones de los costos VII 39, 47, 49 a 57
— mediante acuerdo VII 40
— mediante el método de la prueba documental VII 56 y 57
— mediante la cláusula de indización VII 49 a 55
— mediante la cláusula de la unidad de cuenta VII 60 a 62
— mediante una cláusula monetaria VII 58 y 59
— por un tribunal judicial VII 40
definición de la — VII 39
limitación de la aplicación de las cláusulas sobre — VII 48

*Riesgo de pérdidas o daños*

— causados por hechos fortuitos XIV 4
— causados por terceros XIV 3
— con respecto a las herramientas y maquinaria del contratista XIV 24
— con respecto a las instalaciones XIV 20 a 22
— exceptuado XIV 6
asunción del — antes de la incorporación del equipo y los materiales XIV 9 a 15
asunción del — con respecto al equipo y los materiales almacenados XIV 10 a 13
asunción del — con respecto al equipo y los materiales suministrados por el adquirente XIV 18 y 19
características del — XIV 1, 3
consecuencias de la asunción del — XIV 2, 23
importancia de la transmisión de la propiedad con respecto a la asunción del — XV 2
relación entre la asunción del — y la obligación de pagar daños y perjuicios XIV 4
seguro que cubre el — XVI 17 a 26
subsanación de la pérdida o el daño cubiertos por el riesgo a cargo del adquirente XIV 23

*Riesgos exceptuados* XIV 6

*Seguridad* III 11, IX 3

*Seguro*

— a todo riesgo XVI 20
— de cosas XVI 5, 16 a 27
— de estructuras temporales XVI 17 a 23
— de la maquinaria y herramientas del contratista XVI 27
— de las instalaciones durante la construcción XVI 17 a 23
— de las instalaciones terminadas XVI 17 a 23
— de responsabilidad contractual XVI 29
— de responsabilidad extracontractual XVI 28

— de responsabilidad XVI 5, 28 a 37
— del equipo y los materiales XVI 24 a 26
— durante el período de garantía XVI 17
— global XVI 14
cobertura del — XVI 4 a 6, 15
consecuencias del cambio de la fecha de terminación para el — IX 26
coordinación del — XVI 13
costos del — XVI 10 a 12
cuantía del — XVI 8, 10, 11, 12, 26
disposiciones relativas al — XVI 6
duplicación del — XVI 13
especificación del — XVI 8
incumplimiento de la obligación de suscribir una póliza de — XVI 39 a 41
normas imperativas sobre — XVI 15
obligación de tomar el — XVI 2 a 4
omisiones relativas al — XVI 13
pago del — XVI 6
parte asegurada en la póliza de — XVI 19, 26
pérdidas o daños cubiertos por el — XVI 21 y 22
prueba del — XVI 38
relación entre el — y la responsabilidad de las partes XVI 7
riesgos que debe cubrir el — XVI 20, 21, 24, 26
transmisión de los derechos del — en el momento de la aceptación XIII 30

*Selección*

— de las empresas para los estudios previos al contrato I 13 a 16
— del contratista III 33 a 42, 44
— del fiador XVII 14 a 16

*Servicios de construcción*

— defectuosos XVIII 29 a 31
descripción de los — IX 1

*Servicios de explotación*

alcance de los — XXVI 37
autoridad que ha de ejercer el personal con respecto a los — XXVI 38
comienzo y duración de los — XXVI 41 a 44
modificación de los — XXVI 43 y 44
otras acciones distintas a la rescisión con respecto a los — XXVI 46
resolución de las obligaciones relativas a los — XXVI 45

*Servicios de reparación*

alcance de los — XXVI 30
características de los — XXVI 29
facilidades para la prestación de los — XXVI 40
inicio y duración de los — XXVI 41 a 44
modificación de los — XXVI 43 y 44
normas que han de seguirse en los — XXVI 33
notificación de la necesidad de los — XXVI 31
otras acciones distintas a la rescisión relacionadas con los — XXVI 46
precio de los — XXVI 32 y 33
reparaciones XXVI 29
resolución de las obligaciones relativas a los — XXVI 45
transporte relacionado con los — XXVI 36

*Significado de las expresiones*
aceptación de las instalaciones XIII 1
anticipo VII 67
carta de crédito contingente XVII 17
caución de buen fin XVII 11
cláusula de indización VII 49
cláusula de la moneda de pago VII 58
cláusula de la unidad de cuenta VII 60
cláusula para el pago de una suma convenida XIX 4
cláusulas penales XIX 1, 4
conciliación XXIX 12
condiciones de pago VII 63
construcción IX 1
construcción en el emplazamiento IX 2
contrato IV 25
contrato de obras Intr. 6
cumplimiento defectuoso XVIII 4
defectos graves XVIII 27
demora en el cumplimiento XVIII 4
entrega de la notificación IV 25
envío de la notificación IV 25
equipo y materiales que han de incorporarse a las instalaciones VIII 1
estudios previos al contrato I 1
exoneración XXI 2
fianza de buena ejecución XVII 11
fianza de calidad V 26
fianza de oferta III 28
fianza de reembolso XVII 13
gravosidad XXII 1
impedimento exonerante XXI 2
incorporación del equipo y los materiales a las instalaciones XIV 7 y 8
incumplimiento XVIII 4
indemnización pactada XIX 1, 4
instalaciones industriales Intr. 6
ley aplicable al contrato XXVIII 1
mantenimiento XXVI 22
maquinaria y herramientas para efectuar la construcción IX 11
método de fijación del precio de costos reembolsables VII 2
método de la prueba documental VII 56
método del precio alzado para la fijación del precio VII 2
método del precio unitario para la fijación del precio VII 2
modificaciones en la construcción XXIII 1
pago de una suma convenida XIX 1
por escrito IV 25
prima VII 28
pruebas de funcionamiento satisfactorias XIII 24
proveedor XI 1 y 2
reajuste del precio VII 39
reparaciones XXVI 29
revisión del precio VII 39
riesgo de pérdidas o daños XIV 1 a 3
servicios de construcción IX 1 y 2
servicios de explotación XXVI 37
sistema de designación para la elección de los subcontratistas XI 22
sistema del contrato producto en mano II 7
sistema del contrato llave en mano II 4 a 6
subcontratación XI 1 y 2

suministro del equipo y los materiales por parte del adquirente VIII 27
suministro del equipo y los materiales por parte del contratista VIII 2, 5
suspensión de la construcción XXIV 1
terminación de la construcción XIII 1
toma a cargo de las instalaciones XIII 1
toma a cargo del equipo y los materiales VIII 19

*Sistema de contratación*

— del contrato único II 4 a 8
— llave en mano II 4 a 6
— producto en mano II 7
consecuencias de la elección del — en la asunción del riesgo XIV 20 a 22
contratación con un grupo de empresas II 9 a 16
importancia del — para el calendario IX 20 a 23
importancia del — para la selección de los subcontratistas XI 12
sistema de varios contratos II 17 a 25

*Sistema de designación de los subcontratistas* XI 20 a 26

*Sistema del contrato llave en mano*

características del — II 4 a 6
objetivo de la construcción en el — V 6

*Sistema del contrato producto en mano*

características del — II 7
objetivo de la construcción en el — V 6
obligaciones de capacitación en el — VI 30

*Solución de controversias*

— cuando se deben complementar las condiciones contractuales XXIX 3
— cuando se debe suplir el consentimiento de una de las partes XXIX 3
— en el procedimiento judicial XXIX 4, 6, 50 a 53
— *ex aequo et bono* XXIX 29
— mediante arbitraje XXIX 6, 7, 22 a 49
— mediante conciliación XXIX 12 a 15
— mediante negociación XXIX 10 y 11
— por el árbitro facultado a proceder como amigable componedor XXIX 29
— por el ingeniero consultor X 15 a 19
— por el perito árbitro XXIX 16 a 21
— relativas a la evaluación de las pruebas de funcionamiento XIII 28
— relativas a la modificación de las condiciones contractuales XXIX 3
— relativas a la transmisión de los derechos contractuales XXVII 7
— relativas a las modificaciones en la construcción XXIII 7, 18, XXIX 3
— relativas a las renegociaciones XXII 14, 23, XXIX 3
— relativas a los servicios de reparación XXVI 34
— relativas al subcontratista XI 17, 18, 26
métodos de — XXIX 5 a 9
— multilateral XXIX 4

*Subcontratación*

alcance que puede tener la — XI 4
características de la — XI 1 y 2
limitación de la — XI 7 a 9

*Subcontratistas*

— locales IX 3, 11
características de los — XI 1
cesión de contratos celebrados con los — después de la resolución del contrato XXV 27 y 28
elección de los — VII 14, 73, XI 4, 10 a 26
mención de los — en el contrato XI 13 y 14
método de costos reembolsables y empleo de — VII 14, 19, 73
objeción a los — por el adquirente XI 16 a 19
objeción a los — por el contratista XI 24 y 25
pago a los — XI 32 a 34
reclamaciones del adquirente contra los — XI 29 a 31
relaciones entre el adquirente y los — XI 5, 6, 7, 29 a 34
responsabilidad por los — XI 23, 27, XVIII 6, XXI 25 y 26
seguro relativo a los — XVI 28, 32 a 37
sistema de designación de los — XI 20 a 26
solución de controversias relativas a los — XI 17, 18, 26
traspaso del riesgo en relación con los suministros efectuados por los — XIV 14

*Suministro del equipo y los materiales por el adquirente*

características del — VIII 27
especificación del — VIII 28
incumplimiento de las obligaciones relativas al — XVIII 63
inspección del equipo y de los materiales suministrados por el adquirente VIII 29

*Suministro del equipo y los materiales por el contratista*

almacenamiento relacionado con el — VIII 21 a 26
características del — VIII 2
descripción del — VIII 6 y 7
despacho de aduanas y derechos aduaneros con respecto al — VIII 15 y 16
equipo y materiales disponibles en el lugar VIII 4
fecha del — VIII 8 y 9
incumplimiento de las obligaciones relativas al — XVIII 17 a 19, 28 a 32
inspecciones y pruebas del equipo y los materiales suministrados por el contratista XII 8 a 27
lugar del — VIII 10
prohibiciones y obligaciones relativas a licencias con respecto al — VIII 17 y 18
responsabilidad por el — VIII 2, 5
seguro con respecto al — XVI 24 a 26
toma a cargo del equipo y los materiales suministrados por el contratista VIII 19 y 20
transporte relacionado con el — VIII 11 a 14
traspaso del riesgo con respecto al equipo y los materiales suministrados por el contratista XIV 9 a 17

*Suspensión de la construcción*

— por demora del adquirente en el pago del precio XVIII 57
— por el adquirente XXIV 3 y 4
— por el contratista XXIV 5 a 7
— por incumplimiento del adquirente de suministrar el equipo y los materiales XVIII 63
consecuencias de la — XXIV 12 a 18
consecuencias de la — en el calendario y la fecha de la terminación IX 24 a 26
definición de la — XXIV 1
duración de la — XXIV 10 y 11
empleo de la — XXIV 1 y 2
interrupción de la construcción debido a la — XXIV 12

interrupción de la construcción distinta de la — XXIV 1
procedimiento para la — XXIV 8 a 11
reanudación de la construcción después de que termine la — XXIV 18
relación entre la — y otras acciones XXIV 12

*Tecnología*

adaptación de la — VI 14
características de la transferencia de — VI 1
condiciones que limitan la utilización de la — VI 12 a 16
descripción de la — VI 11
elección de la — VI 10
entrega de la documentación relativa a la — VI 33 y 34
fianzas por la — XI 17
innovaciones en la — VI 14
mejoras en la — VI 15
normas imperativas sobre la transferencia de — VI 8
pago por la — VI 18 a 20
reclamaciones de terceros con respecto a la — VI 21 a 22
sistemas de contratación para la transferencia de — VI 2, 4, 5, 11
tipo de contrato sobre transferencia de — VI 3 a 6
transferencia de — con respecto a piezas de repuesto, servicios de mantenimiento y de reparación XXVI 3 a 5, 17
transferencia de — mediante la entrega de documentación técnica VI 33
transferencia de — VI 1 a 34
violación de los derechos de propiedad industrial a raíz de la transferencia de — VI 22

*Terminación de la construcción*

cambios en la fecha de — IX 24 a 26, XXIII 9 a 11, 33, XXIV 13
consecuencias de la falta de elementos menores en las instalaciones para la — XIII 4, XVIII 5
definición de — XIII 1
documentación técnica que se requiere para la — VI 34
fecha de la — XIII 2, 4, 13
plazo para la — IX 14 a 17

*Toma a cargo de las instalaciones*

— debido a la resolución del contrato XXV 26
consecuencias de la — XIII 23, XIV 20 a 22
declaración de — XIII 22
definición de la — XIII 1
fecha de la — XIII 2, 22
obligación del adquirente de hacerse cargo de las instalaciones XIII 21, XVIII 59
plazo para la — XIII 14, 17 a 19, 21

*Toma a cargo del equipo y los materiales*

— suministrados por el adquirente VIII 29, XIV 18 y 19
— suministrados por el contratista VIII 19 y 20
consecuencias de la — VIII 19 y 20, XIV 12, 18, 19
definición de la — VIII 19
fecha de la — VIII 19
omisión de la — VIII 19

*Trabajos preparatorios para la construcción* IX 6 a 10

*Transmisión* (véase también el término "Contrato")

— de los derechos contractuales XXVII 1 a 12
— de los derechos del contratista frente a los subcontratistas XI 31
— del contrato o de las obligaciones contractuales XXVII 1 a 6, 8 a 12

*Transmisión de derechos y obligaciones contractuales*

características de la — XXVII 1, 3
incumplimiento de las obligaciones relativas a la — XXVII 12
limitaciones a la — XXVII 4 a 7
normas jurídicas sobre la — XXVII 2
notificación de la — XXVII 11
protección de los derechos de la parte no transmitente XXVII 9 y 10

*Transmisión de la propiedad*

— de las instalaciones durante la construcción XV 8
— de las instalaciones terminadas XV 8
— del equipo suministrado por el adquirente XV 7
— del equipo y los materiales suministrados por el contratista XV 6 y 7
fecha de la — XV 4, 6 a 8
importancia práctica de la — XV 1
ley aplicable a la — XV 3 y 4, XXVIII 3
normas imperativas sobre la — XV 3 y 4
relación entre la — y el traspaso del riesgo XV 2
retención de la propiedad en relación con la — XV 8

*Transporte*

— de la maquinaria y las herramientas para efectuar la construcción IX 13
— del equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones VIII 11 a 14
— en relación con los servicios de reparación XXVI 36
entrega de los documentos de — VII 70, VIII 14

*Traspaso del riesgo*

— con respecto a las instalaciones XIII 23, XIV 20 a 22, XVIII 61
— con respecto a los suministros efectuados por los subcontratistas XIV 14
— con respecto al equipo que no ha de incorporarse a las instalaciones XIV 16 y 17
— con respecto al equipo y los materiales que ha de almacenar el adquirente XIV 10 a 13
— con respecto al equipo y los materiales suministrados por el adquirente XIV 18 y 19
— con respecto al equipo y los materiales suministrados por el contratista VIII 20, XIV 9 a 17
— con respecto al equipo y los materiales que han de incorporarse a las instalaciones XIV 7 a 15
— conforme a las INCOTERMS XIV 15
consecuencias del — XIV 23
factores que han de tenerse en cuenta al prever el — XIV 5

*Tributación*

— y precio VII 5, 7
disposiciones contractuales sobre la — IV 5, VII 5
influencia de la — en el sistema de contratación II 3, IV 5
tratados para evitar la doble imposición IV 5, VII 5

*Validez del contrato* III 50