# Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

# ANUARIO

**Volumen XII: 1981**

**NACIONES UNIDAS**
**Viena, 1983**

## NOTA

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.

A/CN.9/SER.A/1981

PUBLICACION DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.82. V. 6

02300P

# INDICE


*Página*

INTRODUCCIÓN ..... v

**Primera Parte. Informes de la Comisión sobre su período de sesiones anual; observaciones y decisiones sobre el mismo**

DECIMOCUARTO PERÍODO DE SESIONES (1981)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones (Viena, 19 a 26 junio 1981) (A/36/17) ..... 3

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD); pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (23.° período de sesiones) ..... 19

C. Asamblea General: informe de la Sexta Comisión (A/36/669) ..... 19

D. Resolución 36/32 de la Asamblea General de 13 de noviembre de 1981 ... 19

**Segunda Parte. Estudios e informes sobre cuestiones concretas**

I. PRÁCTICAS CONTRACTUALES INTERNACIONALES

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales acerca de la labor de su segundo período de sesiones (Nueva York, 13 a 17 abril 1981) (A/CN.9/197) ..... 25

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales ..... 30

1. Informe del Secretario General: cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (II) (A/CN.9/WG.2/WP.33) ... 30
2. Informe del Secretario General: análisis de las opiniones de los expertos y de las respuestas al cuestionario de la Secretaría sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (A/CN.9/WG.2/WP.33/Add.1) ..... 44

C. Informe del Secretario General: cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda (A/CN.9/201) 47

II. PAGOS INTERNACIONALES

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su 10.° período de sesiones (Viena, 5 a 16 enero 1981) (A/CN.9/196) ..... 49

B. Nota del Secretario General: transferencia de fondos por medios electrónicos (A/CN.9/199) ..... 69

C. Informe del Secretario General: unidad de cuenta universal para las convenciones internacionales (A/CN.9/200) ..... 70

III. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Informe del Secretario General: posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional (A/CN.9/207) ..... 73

*Página*

IV. NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones, celebrado en Viena del 9 al 18 junio 1981: cláusulas relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales (A.CN.9/198) 91

B. Documentos de trabajo presentados al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su segundo período de sesiones (Viena, 9 a 18 junio 1981) . . . . . 98

1. Estudio del Secretario General: cláusulas relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales (A.CN.9/WG.V/WP.4 y Adds. 1 a 8) . . . . . 98

2. Nota de la Secretaría: cláusulas relativas a la cooperación industrial (A/CN.9/WG.V/WP.5) . . . . . 185

V. COORDINACIÓN DE LOS TRABAJOS

A. Informe del Secretario General: Actividades en curso de las organizaciones internacionales en relación con la armonización y la unificación del Derecho Mercantil Internacional (A/CN.9/202 y Add.1, 2, 3 y 4) . . . . . 187

B. Informe del Secretario General: Cuestión de la coordinación: rumbo de la labor de la Comisión (A/CN.9/203) . . . . . 233

C. Nota de la Secretaría: Coordinación de actividades (A/CN.9/208) . . . . . 250

VI. SITUACIÓN DE LAS CONVENCIONES

Nota del Secretario General: Situación de las convenciones (A/CN.9/205/Rev.1) . . . . . 253

VII. CAPACITACIÓN Y ASISTENCIA EN LA ESFERA DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Informe de Secretario General: Capacitatión y asistencia: posibilidad de celebrar seminarios regionales (A/CN.9/206) . . . . . 255

VIII. POSIBLES MÉTODOS PARA LA APROBACIÓN DEFINITIVA DE LAS CONVENCIONES EMANADAS DE LA LABOR DE LA COMISIÓN

Nota de la Secretaría: Posibles métodos para la aprobación definitiva de las convenciones emanadas de la labor de la Comisión (A/CN.9/204) . . . . . 259

**Tercera Parte. Anexos**

I. ASAMBLEA GENERAL: RESOLUCIÓN 36/107, DE 10 DE DICIEMBRE DE 1981, TITULADA "DESARROLLO PROGRESIVO DE LOS PRINCIPIOS Y NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL RELATIVOS AL NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL" . . . . . 265

II. ASAMBLEA GENERAL: RESOLUCIÓN 36/111, DE 10 DE DICIEMBRE DE 1981, TITULADA "EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LAS CLÁUSULAS DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA" . . . . . 266

III. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTES RELATIVAS A LA LABOR REALIZADA POR LA CNUDMI . . . . . 267

IV. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI . . . . . 270

# INTRODUCCION

El presente es el 12.° volumen de la serie de Anuarios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[1].

Este volumen consta de tres partes. La primera parte contiene el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones, celebrado en Viena del 19 al 26 de junio de 1981, y las decisiones adoptadas sobre el mismo por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Asamblea General.

La segunda parte reproduce la mayoría de los documentos examinados por la Comisión en su 14.° período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los tres Grupos de Trabajo de la Comisión que se ocupan respectivamente de las prácticas contractuales internacionales, de los instrumentos negociables internacionales y del Nuevo Orden Económico Internacional, así como informes y notas del Secretario General y de la Secretaría. Figuran además en esta parte algunos documentos de trabajo que los Grupos de Trabajo tuvieron ante sí.

La tercera parte contiene resoluciones pertinentes de la Asamblea General, una bibliografía de obras recientes relativas a la labor de la Comisión, preparada por la Secretaría, y una lista de documentos de la CNUDMI.

---

[1] Los volúmenes del *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* [denominado en adelante *Anuario*... (año)] que se han publicado hasta la fecha son los siguientes:

| *Volumen* | *Años* | *Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta:* |
|---|---|---|
| I | 1968–1970 | S.71.V.1 |
| II | 1971 | S.72.V.4 |
| III | 1972 | S.73.V.6 |
| IV | 1973 | S.74.V.3 |
| V | 1974 | S.75.V.2 |
| VI | 1975 | S.76.V.5 |
| VII | 1976 | S.77.V.1 |
| VIII | 1977 | S.78.V.7 |
| IX | 1978 | S.80.V.8 |
| X | 1979 | S.81.V.2 |
| XI | 1980 | |

# DECIMOCUARTO PERIODO DE SESIONES (1981)

## A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones (Viena, 19 a 26 junio 1981) (A/36/17)*

INDICE


| | | *Párrafos* |
|---|---|---|
| INTRODUCCIÓN | | 1–2 |
| *Capítulo* | | |
| I. | ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES | 3–11 |
| | A. Apertura del período de sesiones | 3 |
| | B. Composición y asistencia | 4–7 |
| | C. Elección de la Mesa | 8 |
| | D. Programa | 9 |
| | E. Decisiones de la Comisión | 10 |
| | F. Aprobación del informe | 11 |
| II. | PAGOS INTERNACIONALES | 12–36 |
| | A. Proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y normas uniformes aplicables a los cheques internacionales | 12–22 |
| | B. Unidad de cuenta universal para las convenciones internacionales | 23–32 |
| | C. Transferencia de fondos por medios electrónicos | 33–36 |
| III. | CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES | 37–49 |
| | A. Normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales | 37–44 |
| | B. Cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda | 45–49 |
| IV. | ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL | 50–70 |
| | A. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: directrices administrativas | 50–59 |
| | B. Ley modelo sobre arbitraje | 60–70 |
| V. | NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL | 71–84 |
| VI. | COORDINACIÓN DE LOS TRABAJOS | 85–101 |
| VII. | CAPACITACIÓN Y ASISTENCIA EN LA ESFERA DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL | 102–111 |
| VIII. | ESTADO DE LAS CONVENCIONES | 112–118 |
| IX. | LABOR FUTURA Y OTROS ASUNTOS | 119–132 |
| | A. Plan de mediano plazo de la Comisión | 119–123 |
| | B. Resoluciones de la Asamblea General | 124–127 |
| | C. Fecha del 15.° período de sesiones de la Comisión | 128 |
| | D. Períodos de sesiones de los Grupos de Trabajo | 129–131 |
| | E. Composición de la Comisión | 132 |
| *Anexo* | | |
| LISTA DE LOS DOCUMENTOS QUE TUVO ANTE SÍ LA COMISIÓN | | |


### INTRODUCCIÓN

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional abarca el 14.° período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York, del 19 al 26 de junio de 1981.

2. En cumplimiento de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, este informe se presenta a la Asamblea General y se envía asimismo a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo para que formule sus observaciones.

### CAPÍTULO I. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

#### A. *Apertura del período de sesiones*

3. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) inició su 14.° período de sesiones el 19 de junio de 1981. El período de sesiones fue abierto, en nombre del Secretario General, por el Asesor Jurídico, Sr. Erik Suy.

#### B. *Composición y asistencia*

4. La Comisión fue creada en virtud de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General con un total de 29 Estados miembros, elegidos por la Asamblea. Por su resolución 3108 (XXVIII), la Asamblea General aumentó el número de Estados miembros de la Comisión de 29 a 36.

* *Documentos Oficiales, trigésimo sexto período de sesiones, suplemento No. 17* (A/36/17).

ra, a la luz de esas observaciones. Posteriormente, los textos revisados, junto con un informe del Grupo de Trabajo sobre las decisiones que éste había adoptado, debían ser presentados a la Comisión, la que podría luego dedicar algún tiempo durante un período de sesiones a examinar y aprobar los textos. En este contexto, se expresó la opinión de que el hecho de poner las observaciones a disposición de los miembros de la Comisión que no integraran el Grupo de Trabajo antes de que éste comenzara su examen sería útil para esos miembros a los efectos de evaluar la necesidad de enviar observadores al período de sesiones del Grupo de Trabajo.

18. Con arreglo a otra opinión, las observaciones debían remitirse a la Comisión, que, a la luz de dichas observaciones, examinaría los textos en detalle y los revisaría según correspondiera.

19. En apoyo de la primera opinión se señaló que el Grupo de Trabajo podía revisar con mayor prontitud que la Comisión los proyectos de texto a la luz de las observaciones recibidas. Además, la revisión previa de los textos por el Grupo de Trabajo agilizaría considerablemente los trabajos cuando la Comisión se ocupara de examinar los textos. Se señaló que, sin esa revisión previa, era posible que al examinar detalladamente los dos textos la Comisión tuviese que dedicar excesivo tiempo a esta labor, dada la naturaleza particularmente compleja y técnica de los temas. Por consiguiente, debería considerarse por lo menos la conveniencia de adoptar procedimientos apropiados que, sin afectar la calidad de los trabajos, redujeran el tiempo necesario para ultimar esta convención o convenciones. Se señaló que todos los Estados podían asistir a los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo en calidad de observadores, como ya lo hacían varios, y que, por lo tanto, el alcance de la aprobación dada a los textos por el Grupo de Trabajo no se limitaba a los miembros de éste. Otra sugerencia formulada a este respecto fue la de ampliar la composición del Grupo de Trabajo a los efectos de revisar los textos después de que se hubieran recibido las observaciones.

20. En apoyo de la segunda opinión, se señaló que los textos presentados por la Comisión a la Asamblea General, y posteriormente a una conferencia diplomática, debían haber sido plenamente aprobados por la Comisión. Esa aprobación sólo podía lograrse si la propia Comisión examinaba cuidadosamente los textos. Además, una revisión preliminar de los textos por el Grupo de Trabajo a la luz de las observaciones recibidas no ahorraría tiempo, puesto que sería difícil evitar que las cuestiones resueltas por el Grupo de Trabajo se plantearan de nuevo durante las deliberaciones de la Comisión. Se observó que aunque los Estados que no eran miembros del Grupo de Trabajo podían asistir a los períodos de sesiones en calidad de observadores, muchos Estados, especialmente Estados en desarrollo, no podían, por limitaciones presupuestarias enviar representantes en calidad de observadores. Además, el temor de que la Comisión necesitara un tiempo excesivo para el examen detallado de los textos no estaba justificado.

21. Tras un debate, la Comisión acordó aplazar su decisión sobre el procedimiento que se seguiría hasta que se hubiesen recibido las observaciones y decidió que volvería a considerar esta cuestión en su 15.° período de sesiones después de que el Grupo de Trabajo hubiese terminado sus trabajos. Sin embargo, se convino en que, después de que la Comisión hubiese ultimado los textos, el procedimiento apropiado para su aprobación como convención o convenciones sería a través de una conferencia diplomática y no mediante su aprobación por la Asamblea General por recomendación de la Sexta Comisión.

*Decisión de la Comisión*

22. En su 244a. sesión, celebrada el 19 de junio de 1981, la Comisión aprobó la siguiente decisión:

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

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su 10.° período de sesiones;

2. *Pide* al Grupo de Trabajo que continúe sus trabajos con arreglo a su mandato actual y que los complete con prontitud;

3. *Hace suya* la decisión del Grupo de Trabajo de celebrar su 11.° período de sesiones en agosto de 1981 y lo autoriza a celebrar otro período de sesiones si los trabajos así lo requieren;

4. *Decide* que el Grupo de Trabajo prepare el proyecto de Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y las normas uniformes sobre cheques internacionales como textos separados y no en forma de texto consolidado;

5. *Pide* al Secretario General que, una vez que el Grupo de Trabajo examine los textos, los transmita, junto con un comentario, a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para que formulen sus observaciones.

## B. *Unidad de cuenta universal para las convenciones internacionales*[4]

*Introducción*

23. En su 11.° período de sesiones, la Comisión decidió que debía estudiar "los medios adecuados para establecer un mecanismo destinado a determinar una unidad universal de valor constante que sirva de referencia en las convenciones internacionales para la expresión de sumas monetarias"[5].

24. La propuesta fue examinada por el Grupo de Estudio de la CNUDMI sobre pagos internacionales en sus reuniones de 1978, 1979 y 1980. El Grupo estimó que lo más indicado era combinar el empleo de los derechos

[4] La Comisión examinó el tema en su 246a. sesión, celebrada el 22 de junio de 1981.

[5] A/CN.9/156; 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), párr. 67 *c*) iii); (*Anuario*... 1978 primera parte, II, A).

especiales de giro (DEG) con el de un índice adecuado para que preservara, a pesar del transcurso del tiempo, el poder adquisitivo de los valores monetarios expresados en las correspondientes convenciones internacionales.

25. En su período de sesiones en curso, la Comisión tuvo a la vista un informe del Secretario General titulado "Unidad de Cuentas Universal para las convenciones internacionales" (A/CN.9/200)* en que constaba la opinión del Grupo de Estudio y figuraba un anexo preparado por funcionarios del Fondo Monetario Internacional a petición de la secretaría de la Comisión. En ese anexo se exponían muchas de las consideraciones que habían conducido a la recomendación del Grupo de Estudio.

26. En el informe se sugería que si la Comisión convenía en que sería deseable preparar una cláusula de esta índole para aplicarla en las convenciones internacionales, quizá desearía aprobar dicha cláusula en su próximo período de sesiones, dado que otras organizaciones estaban elaborando varias convenciones para las que tal cláusula resultaría apropiada.

*Debate en el período de sesiones*

27. Hubo acuerdo general en que la erosión del valor adquisitivo de la indemnización máxima exigible en virtud de las convenciones que especificaban un límite de responsabilidad constituía un problema grave. Se reconoció que, en consecuencia, el límite de responsabilidad se debía reajustar periódicamente.

28. Según una opinión, no se debía adoptar una fórmula de reajuste automático. Se declaró que la indización contribuía a la inflación. Además, la erosión de las monedas no era la unica razón para modificar el límite de responsabilidad. Los cambios técnicos, como el de la naturaleza de la carga transportada, también podrían justificar la modificación del límite de responsabilidad. Estos factores sólo podrían ser considerados por una conferencia de revisión.

29. También se expresó la opinión de que cabía esperar que cualquier disposición que la Comisión aprobara sólo se aplicaría con respecto a convenciones nuevas y no con respecto a las existentes.

30. Según otra opinión, la experiencia reciente había mostrado una inflación tan rápidamente generalizada que sería preciso celebrar una conferencia de revisión por lo menos cada cinco años para cada convención a fin de que los límites de responsabilidad no se redujeran excesivamente. En esta situación, sólo cabía esperar que una fórmula de reajuste automático funcionase razonablemente bien.

31. No hubo acuerdo sobre la índole del mecanismo de reajuste automático que se podría emplear. Se expresó cierta preocupación por los problemas que ocasionaría a los Estados no miembros del Fondo Monetario Internacional un índice basado en los DEG. Se señaló que, a este respecto, sería necesaria alguna cláusula similar al artículo 26 del Reglamento de Hamburgo y basada en el valor del oro. Además, algunos representantes hicieron reserva de su posición respecto de la idea de utilizar un índice ya que habían recibido el informe en el curso del período de sesiones y, por lo tanto, no habían podido estudiarlo debidamente.

32. Tras un debate, la Comisión acordó remitir el asunto al Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales. Se pidió al Grupo de Trabajo que examinara las distintas posibilidades sobre la formulación de una unidad de cuenta de valor constante y que, de ser posible, preparara un texto. Se pidió al Secretario General que realizara los estudios que estimara convenientes a la luz del debate celebrado en el período de sesiones en curso de la Comisión y que presentara esos estudios al Grupo de Trabajo.

### C. *Transferencia de fondos por medios electrónicos*[6]

*Introducción*

33. La Comisión, en su 11.° período de sesiones, incluyó como tema de su programa de trabajo los problemas jurídicos que se planteaban a raíz de la transferencia de fondos por medios electrónicos[7]. Se confió esta tarea al Grupo de Estudios sobre Pagos Internacionales de la CNUDMI. En su 13.° período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que, en su 14.° período de sesiones, le presentase un informe sobre la marcha de los trabajos a este respecto, de manera que pudiese formular directrices sobre el alcance de la labor futura, una vez examinadas las conclusiones del Grupo de Estudio[8].

34. En su período de sesiones en curso, la Comisión tuvo a la vista una nota del Secretario General titulada "Transferencia de fondos por medios electrónicos" (A/CN.9/199)*en la que se expresaba que, en vista de que el Grupo de Estudio no se había reunido entre el 13.° y el 14.° período de sesiones de la Comisión, la Secretaría no podía presentar a la Comisión información adicional a la presentada anteriormente que ayudase a la Comisión a formular directrices sobre el alcance de la labor futura.

35. En el informe se señaló también que la Secretaría pediría al Grupo de Estudio en su reunión siguiente, en agosto de 1981, que recomendase a la Comisión que decidiera si debía emprender en ese momento trabajos sustantivos en esta materia y, en tal caso, cuál podría ser la índole de esos trabajos.

*Decisión de la Comisión*

36. La Comisión tomó nota del informe.

---

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, II, C.

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, II, B.

[6] La Comisión examinó este tema en su 246a. sesión, celebrada el 22 de junio de 1981.

[7] 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), párr. 67 *c*) ii) (*Anuario*... 1978 segunda parte, II, A).

[8] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la 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. 163 (*Anuario*... 1980, primera parte, II, A).

## CAPÍTULO III. CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES

### A. *Normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales*[9]

*Introducción*

37. En su 12.° período de sesiones, la Comisión decidió que se iniciara la labor encaminada a formular normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, y confió esta tarea a su Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, con el mandato de considerar la posibilidad de formular normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales aplicables a una amplia gama de contratos mercantiles internacionales[10].

38. En el presente período de sesiones, la Comisión tuvo a la vista el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su segundo período de sesiones, que se celebró en Nueva York del 13 al 17 de abril de 1981 (A/CN.9/197)*. En el informe del Grupo de Trabajo se indicaba que el Grupo había preparado un proyecto de normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (A/CN.9/197, anexo), y había completado su mandato. No obstante, el Grupo de Trabajo había decidido dejar librada a la Comisión la decisión acerca de la forma que podrían adoptar esas normas. El Grupo había señalado también que, según cual fuera la forma que adoptasen las normas uniformes, podrían necesitarse ciertas disposiciones de carácter suplementario y que se podría pedir a la Secretaría que redactase esas disposiciones (A/CN.9/197, párr. 46 a 48).

39. La Comisión también tuvo a la vista un informe del Secretario General titulado "Cuestión de la coordinación: rumbo de la labor de la Comisión" (A/CN.9/203)**, y una nota de la Secretaría sobre posibles métodos para la aprobación definitiva de las convenciones emanadas de la labor de la Comisión (A/CN.9/204)***. En el primer informe se consideraba la forma final de los textos que podría adoptar la Comisión y, entre otros ejemplos, se examinaba el proyecto de normas uniformes aprobado por el Grupo de Trabajo y se establecían las ventajas y desventajas de dar a las normas uniformes la forma de una convención, de una ley modelo o de recomendaciones (A/CN.9/203, párrs. 114 a 122). En la segunda nota se consideraba el procedimiento que se podría seguir en el futuro respecto del proyecto de normas uniformes, y se señalaba, entre otras cosas, que, si se optara por la forma de convención, quizá fuera posible que aprobase esa convención la Asamblea General, por recomendación de la Sexta Comisión, en lugar de una conferencia diplomática.

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, I, A.

** Reproducido en el presente volumen, segunda parte, V, B.

*** Reproducido en el presente volumen, segunda parte, VIII.

[9] La Comisión examinó este tema en su 244a. sesión, celebrada el 19 de junio de 1981.

[10] 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. 31 (*Anuario* ... 1979, primera parte, II, A).

*Debate en el período de sesiones*

40. Las deliberaciones se centraron en la posible forma del proyecto de normas uniformes. Hubo algunas expresiones de apoyo para la forma de una convención, por considerársela el tipo más eficaz de instrumento de unificación. Por otra parte, se observó que el alcance limitado de las normas hacía que la convención no fuera apropiada. A este respecto, se expresó la opinión de que sería conveniente que la Comisión supiese si la Sexta Comisión estaría dispuesta a dedicar una parte de uno de sus períodos de sesiones anuales a examinar el proyecto de normas uniformes, ya que ello podría ser pertinente a la determinación por la Comisión de la forma de las normas uniformes.

41. También hubo algunas expresiones de apoyo para la forma de una recomendación. Se señaló que la labor sustantiva correspondiente podría ser completada dentro de la propia Comisión. Además una recomendación podría tener un alcance amplio, ya que estaría dirigida tanto a los Estados, con el objeto de que sus legislaciones se conformasen a las normas uniformes, como a la comunidad comercial, para que en la medida de lo posible aplicase por acuerdo las normas uniformes a sus contratos internacionales. Se señaló en cambio que el acuerdo de las partes contratantes en cuanto a la aplicabilidad de las normas podía carecer de efecto, pues las normas se referían a cuestiones que en muchas legislaciones nacionales estaban regidas por disposiciones imperativas que eran diferentes en los distintos países.

42. La mayoría de las opiniones propiciaban la forma de una ley modelo. La ley modelo tenía la ventaja de que más adelante podría formar la base de una convención. Como en el caso de la recomendación, la labor sustantiva podría completarse dentro de la propia Comisión.

43. Tras un debate, hubo acuerdo general en aplazar la decisión de esta cuestión hasta un período de sesiones posterior. Para el futuro inmediato, el proyecto de normas uniformes, con disposiciones suplementarias que habría de redactar la Secretaría, debía ser transmitido a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas, junto con un comentario que habría de preparar la Secretaría. En la preparación de las disposiciones suplementarias, la Secretaría debería tener en cuenta las disposiciones pertinentes de las Convenciones emanadas de la labor de la Comisión. El proyecto de normas uniformes debería ir acompañado también de un cuestionario en el que se recabase la opinión de los gobiernos y las organizaciones internacionales sobre la forma más apropiada para las normas.

*Decisión de la Comisión*

44. En su 244a. sesión, celebrada el 19 de junio de 1981, la Comisión adoptó la siguiente decisión:

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

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe del Grupo de Trabajo sobre práticas contractuales internacionales acerca de la labor realizada en su segundo período de sesiones;

2. *Felicita* el Grupo de Trabajo por el rápido cumplimiento de su mandato;

3. *Pide* al Secretario General:

*a*) Que incluya en el proyecto de normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijadas convencionalmente y cláusulas penales, preparado por el Grupo de Trabajo, las disposiciones suplementarias que se requerirían si las normas revistiesen la forma de una convención o de una ley modelo;

*b*) Que prepare un comentario sobre el proyecto de normas uniformes;

*c*) Que prepare un cuestionario dirigido a los gobiernos y a las organizaciones internacionales, en el que se soliciten sus opiniones sobre la forma más apropiada para las normas uniformes; y

*d*) Que transmita el proyecto de normas uniformes, junto con el comentario y el cuestionario, a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para recabar sus observaciones.

4. *Decide* que, si los procedimientos establecidos precedentemente se completan a tiempo, el examen del proyecto de normas uniformes se incluya en el programa de su 15.° período de sesiones.

### B. *Cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda*[11]

*Introducción*

45. La Comisión, en su 12.° período de sesiones, tuvo a la vista un informe del Secretario General titulado "Claúsulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda" (A/CN.9/164)*, en que se describían las razones de orden comercial de estas cláusulas, cuyo objeto era proteger a los acreedores contra los efectos de los cambios del valor de una moneda en relación con otras, y de las cláusulas por medio de las cuales los acreedores intentaban mantener el valor adquisitivo de la obligación monetaria dimanada del contrato. En dicho informe se examinaban los diferentes tipos de cláusulas que apuntaban al logro de esos dos resultados, así como el marco jurídico y político en que se aplicaban esas cláusulas en determinados países.

46. La Comisión, en su 12.° período de sesiones, reconoció que el tema tenía actualidad e interés, dada la fluctuación de las monedas más importantes utilizadas en las transacciones comerciales[12]. No obstante, se expresaron dudas acerca de que la Comisión pudiera reglamentar en el ámbito mundial el contenido de cláusulas que apuntaran a eliminar todos o la mayor parte de los riesgos monetarios que entrañaban los contratos a largo plazo.

47. En consecuencia, la Comisión pidió a la Secretaría que llevase a cabo nuevos estudios sobre las cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda.

48. En el período de sesiones en curso la Comisión tuvo a la vista un informe del Secretario General titulado "Cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda" (A/CN.9/201)* en que se señalaba que la Secretaría estaba estudiando los problemas causados por las fluctuaciones monetarias en dos contextos:

La creación de una unidad de cuenta universal de valor constante para ser utilizada en las convenciones internacionales. Esta unidad de cuenta sería pertinente a algunos contratos internacionales.

Estudios relativos al precio en contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales, incluida la cláusula sobre revisión de precios y la cláusula sobre monedas y tipos de cambio. Estos estudios serían presentados al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su tercer período de sesiones.

*Debate en el período de sesiones*

49. Se señaló que la fluctuación del valor de las principales monedas utilizadas en las transacciones comerciales constituía un gran problema para los países en desarrollo y para los países cuyas monedas se utilizaban. En consecuencia, hubo acuerdo general en que la Secretaría debía continuar estudiando la cuestión de las claúsulas relativas a la fluctuación del valor de la moneda y presentar un informe a la Comisión en un período de sesiones futuro. Se sugirió también que la Secretaría podría ampliar el alcance de sus investigaciones a esferas no comprendidas entre las que eran objeto de estudio.

## CAPÍTULO IV. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

### A. *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: directrices administrativas*[13]

*Introducción*

50. La Comisión examinó en su 12.° período de sesiones ciertas cuestiones pertinentes en el contexto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[14]. Una de esas cuestiones se refería a la conveniencia de que la Comisión tomara medidas para facilitar el uso del Reglamento en el arbitraje administrado y para tratar de impedir la disparidad en su aplicación por las instituciones arbitrales. En ese período de sesiones, la Comisión decidió pedir al Secretario General:

"Que prepare para el próximo período de sesiones, de ser posible, previa consulta con organizaciones internacionales interesadas, directrices para la administración del arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o una lista de referencia de las cuestiones que pueden plantearse cuando se utiliza el Reglamento en el arbitraje administrado"[15].

* *Anuario* ... 1979, segunda parte, I, D.

[11] La Comisión examinó este tema en su 245a. sesión, celebrada el 22 junio 1981.

[12] 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), párrs. 32 a 40 (*Anuario* ... 1979, primera parte, II, A).

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, I, C.

[13] La Comisión examinó este tema en su 248a. sesión, celebrada el 23 de junio de 1981.

[14] 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), párrs. 57 a 66 (*Anuario* ... 1979, primera parte, II, A).

[15] *Ibid.*, párr. 71, párr. 2*a*).

51. En atención a esa solicitud, la Secretaría preparó y presentó a la Comisión en su 13.° período de sesiones una nota titulada "Arbitraje comercial internacional — cuestiones relativas a la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y a la designación de una autoridad nominadora" (A/CN.9/189)* en la que se tenían en cuenta las opiniones formuladas por la Comisión y la información obtenida en reuniones consultivas con miembros del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial y representantes de la Cámara de Comercio Internacional. En la nota se sugerían e indicaban directrices que podrían ayudar a las instituciones arbitrales a formular normas para la administración del arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y les alentarían a utilizar el Reglamento sin modificaciones.

52. En su 13.° período de sesiones, la Comisión procedió a un breve intercambio de opiniones durante el cual se apoyó la idea de preparar directrices en forma de recomendaciones, así como el enfoque adoptado en el proyecto de directrices[16]. Sin embargo, a fin de que los representantes tuvieran tiempo suficiente para consultar con los medios interesados, la Comisión decidió no examinar en detalle el contenido del proyecto de directrices y aplazar su consideración hasta el siguiente período de sesiones[17].

*Debate en el período de sesiones*

53. La Comisión examinó la conveniencia de publicar directrices para la administración del arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y consideró el proyecto de recomendaciones que figuraba en la nota de la Secretaría (A/CN.9/189)*.

54. La Comisión, tras un debate, convino en que el hecho de impartir directrices en la forma de recomendaciones podía ser útil para ayudar a las instituciones arbitrales que estuviesen dispuestas a actuar como autoridad nominadora o a proporcionar servicios administrativos para los arbitrajes sustanciados de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En apoyo de ello, se declaró que esas directrices podían servir para evitar disparidades en la aplicación del Reglamento por distintas instituciones y dar mayor seguridad a las partes en cuanto a los procedimientos que cabía prever. Además, se convino en que esas directrices debían estar dirigidas no sólo a instituciones arbitrales sino también a otros órganos, por ejemplo, las cámaras de comercio, que también podían estar dispuestas a actuar como autoridad nominadora o a proporcionar servicios administrativos en la forma prevista en las directrices.

55. En cuanto al proyecto de texto de las directrices preparado por la Secretaría (A/CN.9/189, párr. 15), se presentaron varias enmiendas. Algunas de esas enmiendas, y el debate pertinente, pusieron de manifiesto ciertas diferencias de opinión en cuanto a los intentos de desalentar a las instituciones a que se adoptasen procedimientos administratrivos para modificar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Según una opinión, en aras de la aplicación uniforme y la seguridad de las partes en las directrices había que velar por que, en la medida de lo posible, el Reglamento no sufriera modificación alguna. Según otra opinión, las directrices no debían impedir que las instituciones adoptasen procedimientos que modificaran el Reglamento de acuerdo con sus necesidades institucionales concretas.

56. Estas últimas consideraciones se referían principalmente a casos en que una institución utilizaba el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI como modelo para adoptar sus propias normas institucionales y no tanto a casos en que la institución simplemente adoptaba procedimientos para proporcionar servicios administrativos cuando el arbitraje se sustanciara de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. A este respecto, se sugirió que debía establecerse una distribución más clara entre esas dos situaciones y que las directrices debían referirse principalmente, si no exclusivamente, a la última situación. Se convino en que, cualquiera que fuese la posición que se adoptara en definitiva en cuanto a la cuestión de las modificaciones, las directrices debían contener una recomendación de que cualquier modificación de esa índole se identificara claramente mediante una referencia a la disposición modificada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

57. Otras propuestas celebradas se referían a enmiendas concretas al proyecto de texto de directrices encaminadas a aclarar algunas cuestiones y a ajustar las recomendaciones a las disposiciones pertinentes del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Asimismo, se sugirió que en las directrices se indicara expresamente que no se pretendía que los servicios previstos y los elementos mencionados en ellas fueran taxativos.

58. La Comisión tras un debate, convino en que era necesario considerar nuevamente las enmiendas propuestas y pidió a la Secretaría que revisara el proyecto de directrices a la luz de las opiniones formuladas durante el debate, a fin de que la Comisión pudiera adopter directrices apropiadas en su próximo período de sesiones. Además, se pidió que las explicaciones que figuraban en los párrafos 4 a 14 del documento A/CN.9/189, en caso de que fuesen a utilizarse como notas explicativas adjuntas a las directrices definitivas, se volviersen a formular a ese efecto.

*Decisión de la Comisión*

59. En su 248a. sesión, celebrada el 23 de junio de 1981, la Comisión adoptó la siguiente decisión:

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

1. *Decide* que sería conveniente impartir directrices en la forma de recomendaciones destinadas a instituciones arbitrales y otros órganos pertinentes, cámaras de comercio, por ejemplo, a fin de ayudarles a adoptar procedimientos para actuar como autoridad nominadora o proporcionar servicios administrativos

* *Anuario*... 1980, segunda parte, IV,D.

[16] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la 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), párrs. 110 y 111 (*Anuario*... 1980, primera parte, II, A).

[17] *Ibid.*, párr. 113, apartado 3.

para los arbitrajes sustanciados de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI;

2. *Pide* al Secretario General que prepare, a la luz de las opiniones formuladas durante el debate, una nueva nota con un texto revisado del proyecto de directrices y las explicaciones pertinentes y que la presente a la Comisión en su próximo período de sesiones.

## B. *Ley modelo sobre arbitraje*[18]

### *Introducción*

60. La Comisión examinó en su 12.° período de sesiones un informe del Secretario General titulado "Estudio sobre la aplicación e interpretación de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)" (A/CN.9/168)* y una nota de la Secretaría titulada "Arbitraje comercial internacional — nuevos trabajos relacionados con el arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/169)**[19]. En la nota se sugería que la Comisión comenzara a preparar una ley modelo sobre procediniento arbitral que podría contribuir a superar la mayor parte de los problemas individualizados en el estudio mencionado y a reducir los obstáculos de carácter jurídico que se oponían al arbitraje.

61. En ese período de sesiones la Comisión decidió pedir al Secretario General:

"*a*) Que prepare una recopilación analítica de las disposiciones de las leyes nacionales relativas al procedimiento arbitral, que incluya una comparación de esas leyes con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y la Convención de 1958;

"*b*) Que prepare, en consulta con las organizaciones internacionales interesadas, en particular el Comité Jurídico Consultativo Asiático-Africano y el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, un anteproyecto de ley modelo sobre procedimiento arbitral, teniendo en cuenta las conclusiones a que llegó la Comisión, y en particular;

"i) Que el ámbito de aplicación del proyecto de normas uniformes deberá limitarse al arbitraje comercial internacional;

"ii) Que en el proyecto de ley uniforme deberán tenerse en cuenta las disposiciones de la Convención de 1958 y del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI;

"*c*) Que presente la recopilación y el anteproyecto a la Comisión, en un período de sesiones ulterior."[20]

62. En su 13.° período de sesiones, la Comisión tuvo a la vista una nota de la Secretaría titulada "Informe sobre la marcha de los trabajos relativos a la preparación de una ley modelo sobre procedimiento arbitral" (A/CN.9/190)[21]. En dicha nota la Secretaría expuso su labor inicial y mencionó la existencia de dificultades en la obtención de la documentación necesaria para la labor preparatoria de este proyecto. A fin de ayudar a la Secretaría en ese aspecto, la Comisión decidió invitar a los gobiernos a que suministraran a la Secretaría documentación pertinente sobre legislación y jurisprudencia nacionales, y los tratados relativos al tema de que dispusieran[22]. La Asamblea General incluyó un llamamiento análogo a los gobiernos en su resolución 35/51, de 4 de diciembre de 1980 (apartado *d*) del párrafo 12).

63. La Comisión en su período de sesiones en curso, tuvo a la vista un informe del Secretario General titulado "Posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/207)*. La primera parte del informe se refería a las consideraciones a que debería responder la ley modelo y a los principios en que podría basarse. En la segunda parte del informe se procuraba indicar todas las cuestiones que sería posible tratar en el proyecto de ley modelo. Esas cuestiones se referían al ámbito de aplicación, al compromiso, a los árbitros, al procedimiento arbitral, al laudo y a los recursos. En el informe se sugería que la preparación de una ley modelo sería oportuna y conveniente en vista de los múltiples problemas que se planteaban a la sazón en la práctica del arbitraje y que, en vista de la complejidad de los asuntos, se confiara esa tarea a un grupo de trabajo.

### *Debate en el período de sesiones*

64. La Comisión tomó nota del informe del Secretario General (A/CN.9/207)* y examinó las conclusiones sugeridas en él. En general, se apoyó la sugerencia de que se iniciara la redacción de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional. Se consideró que esta medida era conveniente en vista de los múltiples problemas con que se tropezaba en la práctica vigente del arbitraje y de la necesidad de disponer de un marco jurídico de procedimientos equitativos y racionales de solución de las controversias que pudiesen surgir de las transacciones comerciales internacionales. Asimismo, en apoyo de esta opinión, se declaró que una ley modelo podía ser de gran utilidad para todos los Estados, cualquiera que fuese su sistema jurídico o económico.

65. La Comisión también estuvo de acuerdo en que el informe en que expusieran los temas, finalidades y posible contenido de una ley modelo proporcionaría una base útil para la preparación de esa ley. Si bien no examinó las cuestiones pertinentes en detalle, la Comisión consideró la orientación y el enfoque generales que debían adoptarse. La Comisión reafirmó su decisión de que, al preparar la ley modelo, se tuvieran debidamente en cuenta la Convención de Nueva York, de 1958, y el Reglamento de Arbitraje de

* *Anuario*... 1979, segunda parte, III, C.

** *Anuario*... 1979, segunda parte, III, D.

[18] La Comisión examinó este tema en su 249a. sesión, celebrada el 24 junio 1981.

[19] 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), párrs. 78 a 80 (*Anuario*... 1979, primera parte, II, A).

[20] *Ibid.*, párr. 81.

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, III.

[21] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la 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), párrs. 114 a 116 (*Anuario*... 1980, primera parte, II, A).

[22] *Ibid.*, párr. 117.

la CNUDMI. También se sugirió que se hiciera todo lo posible por tomar en consideración las condiciones y los intereses de todos los Estados, en especial de los países en desarrollo, y se trataran de satisfacer sus necesidades. Era importante lograr un equilibrio razonable entre el interés de las partes en determinar libremente el procedimiento y la necesidad de disposiciones imperativas que aseguraran procedimientos justos y equitativos.

66. Se expresó apoyo general a la sugerencia de que la tarea de preparar un proyecto de ley modelo se encomendase a un grupo de trabajo. Se decidió dar ese mandato al Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, que había completado su labor anterior.

67. Se expresaron opiniones divergentes sobre el número conveniente de miembros del Grupo de Trabajo. Según una opinión, se debería mantener la composición que tenía el Grupo de Trabajo sobre parácticas contractuales internacionales (15 Estados)[23] para asegurar un trabajo eficiente y expedito. En apoyo de esta opinión, se señaló que los Estados no miembros del Grupo de Trabajo tenían derecho a asistir a los períodos de sesiones como observadores y a participar activamente en las deliberaciones de conformidad con lo dispuesto en el inciso c) del párrafo 10 de la resolución 31/99 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1976. Según otra opinión, se debía ampliar el Grupo de Trabajo de modo que estuviera integrado, por ejemplo, por 21 Estados a fin de lograr una representación más amplia, lo cual, dado el gran interés que había en el proyecto, permitiría participar a otros Estados. En apoyo de esta opinión, se señaló que tal vez era menos problable que un Estado participara regularmente en calidad de observador que de miembro del Grupo.

68. La Comisión, si bien reconoció que se trataba de cuestiones de principio dignas de una consideración más detenida, decidió mantener el número de miembros y la composición que a la sazón tenía el Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales. Se acordó que la composición del Grupo de Trabajo se examinaría de nuevo en un período de sesiones futuro cuando fuese necesario.

69. Sin embargo, se acordó, como cuestión de principio, que la composición de los grupos de trabajo de la Comisión debía estar distribuida equitativamente entre los miembros de la Comisión, manteniendo al mismo tiempo una representación adecuada de las regiones diferentes y de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo así como de países desarrollados y países en desarrollo.

*Decisión de la Comisión*

70. En su 249a. sesión, celebrada el 24 de junio de 1981, la Comisión adoptó la decisión siguiente:

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

1. *Toma nota* del informe del Secretario General titulado "Posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/207);

2. *Decide* llevar adelante los trabajos encaminados a la preparación de un proyecto de ley modelo sobre arbitraje comercial internacional;

3. *Decide* encargar este trabajo a su Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, manteniendo su composición actual;

4. *Pide* al Secretario General que prepare los estudios de antecedentes y proyectos de artículos que requiera el Grupo de Trabajo.

## CAPÍTULO V. NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL[24]

*Introducción*

71. La Comisión tuvo a la vista el informe del Grupo de Trabajo sobe el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su segundo período de sesiones, celebrado en Viena del 9 al 18 de junio de 1981 (A/CN.9/198).* En el informe se consignaban las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre la base del estudio del Secretario General titulado "Cláusulas relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales" (A/CN.9/WG.V/WP. 4 y Add. 1 a 8)**.

72. En el informe se indicaba que el Grupo de Trabajo había examinado 12 de los 18 capítulos del estudio y que la Secretaría tenía todavía que estudiar unas 30 cláusulas que podían encontrarse en contratos de suministro y construcción de importantes plantas industriales.

73. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que continuase y completase sus estudios y convino en que debería dejarse a discreción de la Secretaría la organización de los trabajos, especialmente la selección de los temas adicionales sugeridos.

74. En cuanto a su labor futura, el Grupo de Trabajo examinó las distintas opciones, por ejemplo, la guía jurídica, las cláusulas modelo, el código de conducta, las condiciones generales y las convenciones. En el informe se señaló que había habido acuerdo en general en que por el momento, la labor debía concentrarse en la redacción de una guía jurídica y se señaló que una guía de esa índole bien podía incluir variantes de cláusulas modelo cuando procediera. Asimismo, se consideró que la preparación de una guía jurídica no excluiría la posibilidad de tomar posteriormente nuevas medidas si se consideraba necesario hacerlo. La formulación de una guía jurídica detallada que abarcase los contratos de entrega llave en mano y los de cuasi entrega llave en mano, así como sus posibles variantes, sería una primera medida práctica orientada a ayudar a los países en desarrollo a satisfacer sus necesidades y aspiraciones. El Grupo de Trabajo encomendó a la Secretaría la redacción de la guía jurídica.

[23] Los siguentes Estados son miembros del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales: Austria, Checoslovaquia, Francia, Estados Unidos de América, Filipinas, Ghana, Guatemala, Hungría, India, Japón, Kenya, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sierra Leona, Trinidad y Tabago y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, A.

** Reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1.

[24] La Comisión examinó este tema en su 250a. sesión, celebrada el 24 de junio de 1981.

75. En cuanto a las cláusulas relativas a la cooperación industrial, el Grupo de Trabajo examinó la nota de la Secretaría sobre este tema (A/CN.9/WG.V/WP.5)* y convino en aplazar los trabajos hasta que se hubiese terminado la preparación de la guía jurídica sobre cláusulas contractuales relativas a los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales.

76. Asimismo, en el informe se reflejaron los debates relativos al próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se expresó el deseo de que, al fijar las fechas del próximo período de sesiones, la Comisión tuviese en cuenta la urgencia del proyecto.

*Debate en el período de sesiones*

77. La Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo y a su Presidente, Sr. Leif Sevón, por la forma competente en que se habían llevado a cabo los trabajos. Asimismo, hubo acuerdo en general en que debía aprobarse la orientación que el Grupo de Trabajo había decidido dar a su labor futura. Se aprobó el informe del Grupo de Trabajo.

78. Se hizo hincapié en el párrafo 14 del informe del Grupo de Trabajo en el que se indicaba el acuerdo general del Grupo de Trabajo de que su labor debía encuadrarse en el contexto de los principios básicos del nuevo orden económico internacional y, en particular, orientarse hacia la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de los países en desarrollo. Se expresó la opinión de que debía hacerse hincapié no sólo en las necesidades de los países en desarrollo sino también en sus intereses y aspiraciones.

79. Asimismo, se consideró con atención el párrafo 15 del informe del Grupo de Trabajo en el que se reflejaba la opinión de que, dado el mandato del Grupo de Trabajo, su labor debía centrarse en el aspecto de desarrollo, especialmente de los países en desarrollo, para diferenciar esta labor de la de otros grupos de trabajo de la Comisión. Sin embargo, según otra opinión, el nuevo orden económico internacional debía considerarse un sistema que todos los grupos de trabajo de la Comisión y la Comisión en conjunto debían tener en cuenta.

80. Se formularon observaciones en cuanto al contenido de la futura guía. Según una opinión, la guía debía centrarse en los problemas jurídicos con que tropezaban los países en desarrollo, en particular en los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales. Según otra opinión, la transferencia de tecnología apropiada, la continua disponibilidad de piezas de repuesto y un buen servicio después de las ventas revestían especial importancia para los países en desarrollo. Según esta opinión, la guía debía ayudar a las empresas de los países en desarrollo a negociar contratos y a identificar cláusulas desfavorables. A este respecto, se señaló que la futura guía jurídica beneficiaría no sólo a los países en desarrollo sino también a todas las partes que no tuviesen experiencia en la negociación de tales contratos.

81. Se intercambiaron opiniones sobre el contenido de un futuro estudio sobre cooperación industrial. Se sugirió que, a la luz de la resolución 35/166 de la Asamblea General y de acuerdo con el debate celebrado en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional (A/CN.9/176)*, ese estudio no debía referirse solamente a las relaciones entre empresas sino también a acuerdos intergubernamentales, puesto que éstos eran sumamente importantes en las relaciones entre las partes a nivel de empresa. Esta sugerencia fue a la vez apoyada y rebatida.

82. La Comisión escuchó las declaraciones del observador de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) y de la Secretaría de la Comisión relativas a actividades en marcha, la superposición de tareas, los esfuerzos y posibilidades de coordinación y a la necesidad de una estrecha cooperación entre las dos organizaciones. Hubo acuerdo en general en que las Secretarías de la CNUDMI y de la ONUDI debían establecer una estrecha cooperación. La Comisión expresó su reconocimiento al observador de la ONUDI por su declaración, en la que se expresó la disposición favorable de la ONUDI a coordinar su labor, en la medida de lo posible, con la de la CNUDMI.

83. Aunque hubo acuerdo en general en que los trabajos en curso debían proseguir en la forma más expedita posible, las opiniones estuvieron divididas en cuanto a la rapidez con que la Secretaría y el Grupo de Trabajo debían realizar su labor. Según una opinión, en el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo debía examinarse la segunda parte del estudio del Secretario General en el que figuraban todos los temas restantes, así como una muestra representativa del proyecto de guía jurídica. Según otra opinión, la Secretaría debía disponer de más tiempo para poder estudiar cuidadosamente todas las cuestiones pertinentes. Se señaló también que la Secretaría podría verse sobrecargada de trabajo si se le pedía que preparara estudios sobre todos los temas restantes y redactara la guía jurídica al mismo tiempo. En cuanto a la fecha del próximo período de sesiones, se convino en que debía fijarse en el contexto de la labor futura de la Comisión (véase el cap. IX *infra*).

*Decisión de la Comisión*

84. En su 250a. sesión celebrada el 24 de junio de 1981, la Comisión adoptó la siguiente decisión:

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

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su segundo período de sesiones y del estudio del Secretario General titulado "Cláusulas relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales";

2. *Acoge con beneplácito y aprueba* las siguientes decisiones del Grupo de Trabajo relativas a su labor futura:

*a*) Pedir al Secretario General que continúe y complete el estudio sobre cláusulas que se pueden encontrar

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 2.

* *Anuario* ... 1980, segunda parte, V, A.

en contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales;

*b*) Encomendar al Secretario General la redacción de una guía jurídica en que se individualicen los problemas jurídicos que se plantean en esos contratos y se sugieran posibles soluciones para ayudar a las partes, especialmente a las que corresponden a países en desarrollo, en sus negociaciones;

*c*) Pedir al Secretario General que, una vez preparada la guía jurídica sobre cláusulas contractuales relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales, presente en un período de sesiones futuro un estudio preliminar sobre las características específicas de los contratos de cooperación industrial;

3. *Pide* al Grupo de Trabajo que presente un informe sobre la marcha de los trabajos a la Comisión en su 15.° período de sesiones.

## CAPÍTULO VI. COORDINACIÓN DE LOS TRABAJOS[25]

### *Introducción*

85. La Comisión tuvo a la vista la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que se estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y se le dio el mandato de coordinar las actividades jurídicas en el campo de la unificación y armonización del derecho mercantil internacional. La Comisión también tuvo a la vista las resoluciones 34/42, de 17 de diciembre de 1979, y 35/51, de 4 de diciembre de 1980, por las que se reafirmó ese mandato.

86. En su 13.° período de sesiones, celebrado en 1980, la Comisión opinó que la coordinación de las actividades jurídicas de los órganos de las Naciones Unidas cobraba especial importancia en un momento en que esos órganos se ocupaban cada vez más de la elaboración y adopción de normas jurídicas. Se opinó que se requería más información acerca de los programas y atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas antes de que fuera posible recomendar un determinado curso de acción[26].

87. En consecuencia, la Comisión pidió a su Secretaría que le presentara en su siguiente período de sesiones anual información completa acerca de las actividades de otros órganos y organizaciones internacionales[27].

88. En atención a esa solicitud, la Comisión tuvo a la vista en su 14.° período de sesiones un informe del Secretario General titulado "Actividades en curso de las organizaciones internacionales en relación con la armonización y la unificación del derecho mercantil internacional" (A/CN.9/202 y Add. 1 a 4)*, un informe titulado "Cuestión de la coordinación: rumbo de la labor de la Comisión" (A/CN.9/203)** y una nota de la Secretaría titulada "Coordinación de actividades" (A/CN.9/208)***.

89. Se informó a la Comisión de la favorable acogida dada por órganos de dentro y fuera del sistema de las Naciones Unidas a la petición que les formuló la Secretaría para que le suministraran información sobre sus actividades en curso relativas al derecho mercantil internacional. Además, representantes de las Comunidades Europeas y de las Secretarías del Consejo de Asistencia Económica Mutua, el Consejo de Europa, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Conferencia de La Haya), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Organización de los Estados Americanos (OEA), y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) hicieron declaraciones ante la Comisión sobre las actividades de esas organizaciones en el campo del derecho mercantil internacional y sobre el tema de la coordinación de actividades en esta esfera.

90. Se informó a la Comisión de que la Conferencia de La Haya convocaría un período extraordinario de sesiones en 1985 para revisar el Convenio de La Haya de 1955 sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías. La Conferencia de La Haya había decidido invitar a todos los Estados a participar en ese período de sesiones. Se invitaría a participar a los Estados no miembros de la Conferencia de La Haya, sin que esto les supusiera una carga financiera ya que el Gobierno de los Países Bajos y otros Estados miembros de la Conferencia de La Haya habían acordado aportar una contribución para este fin.

91. Respecto de los trabajos preparatorios necesarios para la revisión, la Conferencia de La Haya convocaría en 1982 una comisión especial en la que se invitaría a participar con derecho pleno a los Estados miembros de la Comisión que no fuesen miembros de la Conferencia de La Haya. Los Estados no miembros de la Comisión también podrían participar en calidad de observadores.

92. Se informó también a la Comisión de que el UNIDROIT había decidido invitar a los Estados miembros de la Comisión que no integraban el UNIDROIT a participar con derecho pleno en su Comité de expertos gubernamentales que examinaría un proyecto de Ley uniforme sobre la representación de carácter internacional en la compraventa internacional de mercaderías. La reunión se celebraría del 2 al 13 de noviembre de 1982.

### *Debate en el período de sesiones*

93. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las distintas declaraciones hechas por organizaciones que habían expresado su disposición a continuar cooperando con ella en sus esfuerzos de coordinación.

94. Con respecto a las decisiones tomadas por la Conferencia de La Haya y el UNIDROIT de invitar a miembros de la Comisión a participar en los trabajos

[25] La Comisión examinó esta cuestión en sus sesiones 246a. y 247a., celebradas en los días 22 y 23 junio 1981.

[26] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la 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. 149 (*Anuario* ... 1980, primera parte, II, A).

[27] *Ibid.*, párr. 150.

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, V, A.

** Reproducido en el presente volumen, segunda parte, V, B.

*** Reproducido en el presente volumen, segunda parte, V, C.

preparatorios indicados anteriormente, la Comisión acogió con beneplácito estas decisiones y las consideró pasos importantes hacia una colaboración estrecha en la labor de unificación de las disposiciones legislativas relacionadas con el comercio internacional. En consecuencia, la Comisión recomendó a todos sus miembros que, atendiendo a esas invitaciones, participaran activamente en los trabajos preparatorios mencionados.

95. La Comisión también expresó su reconocimiento especial por el informe presentado por la Comisión de Derecho internacional sobre sus actividades recientes y en curso que pudieran guardar relación con cuestiones pertinentes al derecho mercantil internacional. Se sugirió que se hicieran nuevos esfuerzos por fortalecer las relaciones entre estas dos Comisiones de la Asamblea General cuya responsabilidad permanente eran los asuntos jurídicos.

96. Se expresó la opinión de que se debía velar por que no se produjera una duplicación de tareas entre las actividades de la Comisión en materia de disposiciones contractuales relativas a contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales y la labor de la ONUDI en la preparación de contratos modelos para la construcción de plantas de fertilizantes.

97. También se sugirió que se realizara un mayor esfuerzo por fomentar la cooperación con organizaciones regionales interesadas en el derecho mercantil internacional. Un contacto más estrecho reduciría la probabilidad de que se duplicaran los trabajos y se aprobaran convenciones regionales contradictorias y podría ser útil para alentar la ratificación de convenciones resultantes de la labor de la Comisión. A este respecto, se señaló la necesidad de una solución global, especialmente en el campo de la reglamentación internacional del transporte marítimo. También se observó que en la resolución del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano (reproducida en el anexo del documento A/CN.9/208) se recomendaba a los Estados miembros de esa organización considerar la posibilidad de ratificar o adherirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). También se mencionó especialmente a este respecto a la OEA, que había desarrollado actividades de interés para la Comisión en varios campos del derecho mercantil internacional.

98. Se sugirió que, como primer paso, la Secretaría se asegurase de que estas organizaciones recibieran toda la documentación pertinente sobre la labor de la Comisión. Sin embargo, se indicó también que para alcanzar adecuadamente el objetivo de la Comisión en la coordinación de actividades en la esfera del derecho mercantil internacional, sería necesario que la Secretaría estableciera contactos personales con esas organizaciones, especialmente mediante la asistencia a reuniones convocadas por ellas y dedicadas a aspectos del derecho mercantil internacional. La Comisión opinó que se debía prestar el apoyo económico necesario para esta actividad en el marco de los recursos presupuestarios existentes.

99. Al mismo tiempo, la Comisión expresó la opinión de que los gobiernos representados en diversas organizaciones internacionales tenían el deber de ejercer control sobre los programas de trabajo de esas organizaciones y, en particular, velar por que al elaborarse esos programas de trabajo se tuvieran en cuenta los programas existentes.

100. La Comisión estuvo de acuerdo en que la coordinación de los trabajos en la esfera del derecho mercantil internacional dependía del intercambio de información. Se señaló que el informe sobre actividades en curso de otras organizaciones era útil para determinar la evolución en el campo del derecho mercantil internacional. Para consolidar la función de coordinación de la Comisión se sugirió que, en vez del informe sobre actividades en curso en la forma que entonces tenía, la Secretaría seleccionara una esfera especial del derecho mercantil internacional para someterla a un examen profundo y presentara un informe sobre esa esfera, que podría concentrarse, entre otros, en los temas siguientes: la labor de unificación ya emprendida en esa esfera; partes de esa esfera en que no se había iniciado la unificación y donde se podría emprender adecuadamente y el órgano más apropiado para llevar a cabo la unificación. Sin embargo, quedó entendido que esto no obstaría para que la Secretaría presentara después de cierto intervalo un informe sobre las actividades en curso en la forma en que se había hecho entonces.

101. La Comisión fue también de la opinión de que, como lo había hecho en algunas ocasiones anteriores, podría hacer suyos los textos jurídicos pertinentes que emanaran de las actividades de otras organizaciones activas en la esfera del derecho mercantil internacional.

## CAPÍTULO VII. CAPACITACIÓN Y ASISTENCIA EN LA ESFERA DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL[28]

### *Introducción*

102. La Comisión, en su 13.° período de sesiones, decidió celebrar el Segundo Simposio de la CNUDMI sobre derecho mercantil internacional en relación con la celebración de su 14.° período de sesiones, en Viena. Se informó a la Comisión en su 13.° período de sesiones que varios Estados habían decidido hacer contribuciones con el objeto de otorgar becas a participantes de países en desarrollo para cubrir sus gastos de viaje y dietas. La Comisión invitó a otros Estados a que hicieran contribuciones similares para que fuera mayor el número de participantes de países en desarrollo[29].

103. En el presente período de sesiones, se informó a la Comisión de que el Simposio se celebraría del 22 al 26 de junio de 1981, junto con el período de sesiones de la Comisión. Se habían recibido contribuciones para becas de los siguientes gobiernos: Austria, 3.000 dólares; Canadá, 2.000 dólares; Chile, 2.000 dólares; Filipinas, 1.000 dólares; Finlandia, 3.340 dólares (15.000 marcos finlandeses); Italia, 10.000 dólares; Países Bajos,

[28] La Comisión examinó este tema en su 250a. sesión, celebrada el 24 de junio de 1981.

[29] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la 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. 162 (*Anuario ...* 1980, primera parte, II, A).

9.615 dólares (25.000 florines); Qatar, 10.000 dólares y Suecia 2.000 dólares. Estas contribuciones habían permitido conceder 15 becas a participantes de cinco Estados africanos (Alto Volta, Guinea, Liberia, República Centroafricana y Sudán); cuatro Estados asiáticos (Filipinas, Papua Nueva Guinea, República Arabe del Yemen y Tailandia); tres Estados europeos (Malta, Rumania y Yugoslavia); y tres Estados de América Latina (Argentina, Chile y Honduras). Además, asistían al Simposio, a su propia costa, otros 43 participantes procedentes de 24 Estados.

104. Las conferencias del Simposio fueron pronunciadas por representantes y observadores asistentes al período de sesiones y por miembros de la Secretaría. El Simposio se ocupó de cuestiones que habían formado parte, o que formaban parte, del programa de trabajo de la Comisión, por ejemplo, la compraventa internacional de mercaderías, los pagos internacionales, el transporte marítimo de mercaderías, el arbitraje comercial internacional y los aspectos jurídicos del nuevo orden económico internacional.

105. Se informó a la Comisión de que la planificación del Simposio se había visto sumamente obstaculizada por el pago tardío de las contribuciones prometidas. Hasta los últimos días antes del Simposio no había sido posible determinar cuántas becas se podrían conceder. Además, algunas de las promesas de contribuciones no se habían recibido y, en varios casos, había sido necesario cancelar la beca prevista porque no se había dispuesto de los fondos con la antelación necesaria.

106. Con respecto a los seminarios regionales, en su 13.° período de sesiones la Comisión pidió al Secretario General que "le informase acerca de la posibilidad de celebrar seminarios regionales"[30]. En atención a esa solicitud, la Comisión tuvo a la vista un informe del Secretario General titulado "Capacitación y asistencia: posibilidad de celebrar seminarios regionales" (A/CN.9/206)*. En ese informe se examinaban algunas consideraciones de tipo administrativo que entrañaría la decisión de celebrar seminarios regionales.

107. Se informó también a la Comisión de que la Secretaría se había puesto en contacto con varias organizaciones regionales para averiguar si sería posible organizar, en ocasión de sus períodos de sesiones anuales, seminarios sobre derecho mercantil internacional. El Secretario General del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano expresó interés siempre que el Gobierno huésped de la reunión anual del Comité estuviera dispuesto a sufragar los gastos locales de la celebración de dicho seminario. Además, varias asociaciones de abogados habían indicado que estaban dispuestas a proporcionar conferenciantes para tales seminarios. Se mencionaron también las actividades de la Organización de los Estados Americanos en materia de organización de seminarios y las actividades del Consejo de Asistencia Económica Mutua respecto de la concesión de becas a candidatos de países en desarrollo.

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, VII.

[30] *Idem.*

*Debate en el período de sesiones*

108. La Comisión expresó su reconocimiento a los Estados que habían hecho contribuciones para conceder becas a participantes de países en desarrollo. Expresó también su reconocimiento a los representantes y observadores que habían pronunciado conferencias.

109. Hubo acuerdo en que la Comisión debía continuar patrocinando simposios y seminarios sobre derecho mercantil internacional. Se consideró conveniente que esos seminarios se organizaran sobre una base regional. De esa forma, podrían asistir a ellos un mayor número de participantes de la región y los propios seminarios ayudarían a promover la adopción de los textos emanados de la labor de la Comisión. La Comisión acogió con beneplácito la posibilidad de que los seminarios regionales pudieran copatrocinarse con organizaciones regionales. Se pidió a la Secretaría que hiciera los arreglos que considerara convenientes a este respecto.

110. La Comisión tomó nota de los graves problemas causados por la incertidumbre respecto de los recursos financieros disponibles para el programa de la Comisión en materia de capacitación y asistencia, y de las dificultades administrativas causadas por la demora en los pagos de las contribuciones prometidas. Se expresó la esperanza de que una vez más los Estados hicieran contribuciones para los fines del programa de la Comisión en materia de capacitación y asistencia.

111. La Comisión pidió a la Secretaría que continuara sus esfuerzos respecto de la organización de seminarios regionales.

## CAPÍTULO VIII. ESTADO DE LAS CONVENCIONES[31]

*Introducción*

112. En su 12.° período de sesiones, la Comisión decidió que en el programa de los futuros períodos de sesiones se incluyera como tema el intercambio de opiniones sobre el estado de las firmas, ratificaciones y adhesiones a convenciones que se basaran en proyectos preparados por la Comisión[32]. La Comisión tuvo ante sí una nota de la Secretaría sobre el estado de esas convenciones (A/CN.9/205)*[33].

*Debate en el período de sesiones*

113. Se celebró un intercambio de opiniones entre los representantes acerca de lo que, según preveían, probablemente harían sus Estados en relación con la firma, ratificación o adhesión a esas convenciones. Se señaló que

* Vease A/CN.9/205/Rev. 1, reproducido en el presente volumen, segunda parte, VI.

[31] La Comisión examinó este tema en su 245a. sesión, celebrada el 22 de junio de 1981.

[32] 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. 132 (*Anuario*... 1979, primera parte, II, A).

[33] El documento A/CN.9/205 se ha vuelto a publicar con la signatura A/CN.9/205/Rev. 1 a fin de incluir la información pertinente recibida en el curso del 14.° período de sesiones de la Comisión.

aunque en el caso de algunos Estados era posible prever con alguna certeza lo que probablemente harían y el plazo en que lo harían, respecto de otros Estados las formalidades gubernamentales necesarias impedían formular previsiones concretas. Sin embargo, el debate puso de manifiesto una tendencia definida hacia una mayor aceptación de las convenciones en los próximos dos a tres años. Se reconoció que el intercambio de opiniones cumplía una función útil, dado que muchos Estados, al decidir su propio proceder en el futuro, tenían en cuenta el de otros Estados.

114. Sin embargo, hubo amplio acuerdo en que era necesario tomar medidas más eficaces que el intercambio de opiniones para promover una mayor aceptación de las convenciones. Se sugirió que la Comisión se pusiera en contacto con todos los Estados, señalando a su atención las convenciones, así como la información relativa a su posible entrada en vigor, en instándolos a que firmasen, ratificasen o se adhiriesen a ellas. En respuesta, se señaló que una comunicación de la Comisión para recomendar convenciones que se basaran en sus propios trabajos podría ser improcedente. Además, algunos Estados podían mostrarse reacios a intercambiar comunicaciones con la Comisión sobre sus razones para no ratificar o adherirse a esas convenciones.

115. La Comisión tomó nota de la nota de la Secretaría titulada "Coordinación de las actividades" (A/CN.9/208)* en la que señalaba que el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano había recomendado a los gobiernos de los Estados miembros que estudiaran la posibilidad de ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978, y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980. Hubo acuerdo general en que debía alentarse a la Secretaría a aprovechar oportunidades diversas, incluidos los contactos con órganos regionales, con miras a promover las convenciones.

116. El Secretario de la Comisión indicó que una línea de acción podía consistir en que la Comisión recomendara a la Asamblea General que autorizara al Secretario General a señalar estas convenciones a la atención de todos los Estados que no las hubiesen ratificado o no se hubiesen adherido a ellas proporcionándoles asimismo información sobre el proceso de su entrada en vigor y la situación actual en cuanto a ratificaciones y adhesiones; al mismo tiempo, formularía una invitación, que debería responderse en un plazo prefijado, para que le informaran acerca de las medidas adoptadas con respecto a la ratificación o la ratificación o adhesión. Se decidió proceder de esta forma.

117. Asimismo, se decidió que la Secretaría informara a la Comisión en su próximo período de sesiones sobre los resultados de las solicitudes de información mencionadas, junto con un informe sobre el estado de las convenciones.

*Decisión de la Comisión*

118. En su 245a. sesión, celebrada el 22 de junio de 1981, la Comisión aprobó la decisión siguiente:

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

*Reconociendo* la importancia que tiene para la unificación del derecho mercantil internacional la pronta entrada en vigor y la amplia aceptación de la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974); el Protocolo de enmienda a la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980); la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías, 1978 (Hamburgo); y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980);

*Considerando* que la Asamblea General es el órgano más apropiado para iniciar actividades encaminadas a estos fines;

1. *Recomienda* a la Asamblea General que autorice al Secretario General:

*a*) a señalar estas Convenciones a la atención de todos los Estados que no las hayan ratificado o no se hayan adherido a ellas y a que les proporcione información sobre el proceso de su entrada en vigor y sobre el estado actual de las ratificaciones y adhesiones;

*b*) a invitar a los Estados a que, dentro de un plazo prefijado, le suministren información acerca de las medidas que hayan adoptado respecto de la ratificación de esas Convenciones o la adhesión a ellas;

2. *Pide* a la Secretaría que tome las medidas que considere apropiadas para promover una mayor aceptación de esas Convenciones.

## CAPÍTULO IX. LABOR FUTURA Y OTROS ASUNTOS[34]

### A. *Plan de mediano plazo de la Comisión*

119. La Comisión tuvo a la vista un proyecto, redactado por la Secretaría, de plan de mediano plazo de la Comisión para los años 1984 a 1989 (A/CN.9/XIV/R.1).

120. De conformidad con lo dispuesto en la resolución 34/224 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1979, la Comisión examinó dicho proyecto de plan.

121. El texto del párrafo 12 del proyecto de plan comenzaba así:

*"Estrategia de la Secretaría:*

12. Esta estrategia comprenderá las siguientes actividades permanentes:

Efectuar los trabajos de investigación, redacción y preparación de documentatión (cuando sea preciso con la ayuda de consultores) que precisen la CNUDMI o sus Grupos de Trabajo o que sean necesarios para conferencias diplomáticas;

..."

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, V, C.

[34] La Comisión examinó este tema en su 250a. sesión, celebrada el 24 junio 1981.

122. La Comisión suprimió las palabras entre paréntesis del texto citado y, con sujeción a esta modificación, aprobó el plan de mediano plazo. La Comisión fue de la opinión de que esta supresión no afectaba la utilización de consultores por la Secretaría de conformidad con la práctica corriente en las Naciones Unidas.

123. La Comisión fue de la opinión de que, en esa etapa, el plan no contenía actividades que pudieran considerarse anticuadas, de utilidad marginal o ineficaces. La Comisión consideró asimismo que los subprogramas indicados en el proyecto de plan debían recibir igual prioridad.

### B. *Resoluciones de la Asamblea General*

#### i) *Resolución de la Asamblea General sobre derecho económico internacional*

124. La Comisión tomó nota de la resolución 35/166 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1980, en la que se pidió a la Comisión que presentara la información pertinente y cooperase plenamente con el Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional e Investigaciones (UNITAR) en su estudio sobre los principios y normas existentes y en evolución del derecho internacional relativos al nuevo orden económico internacional que concerniesen a las relaciones económicas entre Estados, organizaciones internacionales y otras entidades del derecho internacional público y a las actividades de las empresas transnacionales.

125. La Secretaría informó a la Comisión de que había presentado al UNITAR información pertinente sobre las actividades de la Comisión relacionadas con el nuevo orden económico internacional.

#### ii) *Resolución de la Asamblea General sobre actas resumidas de la Comisión*

126. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la resolución 35/51 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1980, por la que se autorizó a que se levantaran actas resumidas de las sesiones de la Comisión cuando se tratara de períodos de sesiones dedicados a la preparación de proyectos de convenciones y otros instrumentos jurídicos.

#### iii) *Resolución de la Asamblea General sobre la labor de la Comisión*

127. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la resolución 35/51 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1980, acerca del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.° período de sesiones, así como de la resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980, acerca del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

### C. *Fecha del 15.° período de sesiones de la Comisión*

128. Se decidió que el 15.° período de sesiones de la Comisión se celebrara en Nueva York del 26 de julio al 6 de agosto de 1982.

### D. *Períodos de sesiones de los Grupos de Trabajo*

129. Se decidió que el 12.° período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales se celebrara en Viena en enero de 1982.

130. Con respecto al siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, se señalo que de acuerdo con la modalidad aceptada de alternar el lugar de celebración de los períodos de sesiones entre Nueva York y Viena, el próximo período de sesiones debía celebrarse en Viena y el subsiguiente en Nueva York. Se señaló también que, debido al trigésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, no se podía celebrar el período de sesiones del Grupo de Trabajo en Nueva York en el otoño de 1982. A fin de no excluir la posibilidad de celebrar dos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo en 1982 con miras a agilizar los trabajos, se acordó que el tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales se celebrara en Nueva York del 16 al 26 de febrero de 1982. Esta medida permitiría la celebración de un nuevo período de sesiones en el otoño de 1982 en Viena. Sin embargo, se convino también en que en el siguiente período de sesiones de la Comisión se tomaría un decisión sobre la necesidad de celebrar otro período de sesiones del Grupo de Trabajo en 1982.

131. Se decidió que el tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional se celebrara en Nueva York del 12 al 23 de julio de 1982.

### E. *Composición de la Comisión*

132. El observador de la República Popular de China señaló a la atención de la Comisión el hecho de que su país había participado activamente en los trabajos de ésta en años recientes. El observador indicó que su país deseaba pasar a ser miembro de la Comisión en la próxima oportunidad en que se renovara su composición.

## ANEXO

### Lista de los documentes que tuvo ante sí la Comisión

[No se reproduce este anexo; véase la lista de documentos de la CNUDMI al final del presente volumen.]

## B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD); pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (23.° período de sesiones)*.

"B. *Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: decimocuarto informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (Tema 10 *b*) del programa)

"526. Para el examen de este tema la Junta tuvo ante sí el informe de la CNUDMI acerca de la labor realizada en su 14.° período de sesiones[35], que se distribuyó con la signatura TD/B/868.

*"Decisión de la Junta*

"527. En su 556a. sesión, celebrada el 29 de septiembre de 1981, la Junta tomó nota del informe de la CNUDMI sobre su 14.° período de sesiones."

[35] Véase el texto impreso en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17) (Reproducido en este volumen, primera parte, A).

* *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 15.* (A/36/15) vol. II, capítulo VII: Otras cuestiones en la esfera del comercio y el desarrollo.

## C. Asamblea General: informe de la Sexta Comisión (A/36/669)*

1. Por recomendación de la Mesa, la Asamblea General, en su cuarta sesión plenaria, celebrada el 18 de septiembre de 1981, decidió incluir en el programa de su trigésimo sexto período de sesiones el tema titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones" y asignarlo a la Sexta Comisión.

2. En relación con este tema, la Sexta Comisión tuvo ante sí el referido informe, el cual fue presentado por el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en la tercera sesión de la Sexta Comisión, celebrada el 23 de septiembre[1]. Además de ese informe, la Comisión tuvo ante sí una nota del Secretario General (A/C.6/36/L.6) relacionada con el examen del informe por la Junta de Comercio y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

3. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones tercera a séptima, celebradas del 23 al 29 de septiembre, y en su 42a. sesión, celebrada el 6 de noviembre de 1981. Las actas resumidas de esas sesiones (A/C.6/36/SR.3 a 7 y 42) contienen las opiniones de los representantes que hicieron uso de la palabra en el curso del examen del tema.

4. La Comisión tuvo asimismo ante sí un proyecto de resolución (A/C.6/36/L.7), presentado por el representante de Austria en la 42a. sesión, celebrada el 6 de noviembre, y patrocinado por Alemania, República Federal de, Argentina, Australia, Austria, Brasil, Canadá, Checoslovaquia, Chile, Chipre, Egipto, España, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Italia, Jamaica, Japón, Kenya, Marruecos, Mongolia, Nigeria, Países Bajos, Rumania, Suecia, Turquía y Yugoslavia, a los que después se sumaron Bolivia, Senegal, Singapur, Tailandia, Trinidad y Tabago y Zaire.

5. En la misma sesión, la Comisión aprobó por consenso el proyecto de resolución A/C.6/36/L.7 (véase el párrafo 6).

RECOMENDACIÓN DE LA SEXTA COMISIÓN

6. La Sexta Comisión recomienda a la Asamblea General que apruebe el siguiente proyecto de resolución:

* 11 noviembre 1981, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones,* tema 117 del programa.

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17) (Reproducido en el presente volumen, primera parte, A). La presentación del informe se hizo en cumplimiento de una decisión adoptada por la Sexta Comisión en su 1096a. sesión, celebrada el 13 de diciembre de 1968 (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Anexos,* tema 88 del programa, documento A/7408, párr. 3) (*Anuario* ... 1968–1970, segunda parte, I, B, 2).

## D. Resolución 36/32 de la Asamblea General de 13 de noviembre de 1981

36/32. INFORME DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

*La Asamblea General,*

*Habiendo examinado* el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones[1].

*Recordando* que el objetivo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional es el fomento de la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

*Recordando* a este respecto sus resoluciones 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966, por la cual estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y definió su objeto y su mandato, 3108 (XXVIII) de 12 de diciembre de 1973, por la cual aumentó

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/36/17) (reproducido en el presente volumen, primera parte, A).

el número de miembros de la Comisión, 31/99 de 15 de diciembre de 1976, por la que decidió que los gobiernos de los Estados Miembros que no fueran miembros de la Comisión tendrían derecho a asistir a los períodos de sesiones de ésta y de sus grupos de trabajo en calidad de observadores, y 34/142 de 17 de diciembre de 1979, por la que se puso de relieve la función de coordinación de la Comisión en la esfera del derecho mercantil internacional, así como sus resoluciones anteriores relativas a los informes de la Comisión sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones anuales,

*Recordando asimismo* sus resoluciones 3201 (S-VI) y 3202 (S-VI) de 1 de mayo de 1974, 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974 y 3362 (S-VII) de 16 de septiembre de 1975,

*Reafirmando* su convicción de que la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional, al reducir o eliminar los obstáculos de carácter jurídico que se oponen al comercio internacional, en especial los que afectan a los países en desarrollo, contribuirían notablemente a la cooperación económica universal entre todos los Estados sobre una base de igualdad, equidad e intereses comunes y a la eliminación de la discriminación en el comercio internacional y, por lo tanto, al bienestar de todos los pueblos,

*Teniendo en cuenta* la necesidad de tomar en consideración los diferentes sistemas sociales y jurídicos al armonizar las normas del derecho mercantil internacional,

*Destacando* la utilidad e importancia de organizar simposios para promover un mejor conocimiento y comprensión del derecho mercantil internacional y, en especial, para la formación de jóvenes abogados de países en desarrollo en esta esfera,

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones;

2. *Encomia* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por los progresos realizados en su labor y por sus esfuerzos para aumentar la eficacia de sus métodos de trabajo;

3. *Pide* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en particular a su Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, que continúe teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de las resoluciones relativas al nuevo orden económico internacional aprobadas por la Asamblea General en sus períodos extraordinarios de sesiones sexto y séptimo;

4. *Acoge con satisfacción* la decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, por recomendación del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, de comenzar su labor en la esfera del nuevo orden económico internacional con la redacción de una guía jurídica en que se individualicen los problemas jurídicos que se plantean en los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y se sugieran posibles soluciones para ayudar a las partes, especialmente a las que corresponden a países en desarrollo, en sus negociaciones[2];

5. *Reafirma* el mandato conferido a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de que coordine las actividades jurídicas en la esfera del derecho mercantil internacional con el fin de evitar la duplicación der esfuerzos y el derroche de recursos y, a este respecto:

*a*) Expresa su reconocimiento a todos los órganos de dentro y fuera del sistema de las Naciones Unidas que respondieron a la petición de la Comisión para que le suministraran información sobre sus actividades en curso relacionadas con el derecho mercantil internacional, con el fin de preparar un informe que sirviera de base a las recomendaciones sobre medidas que debería adoptar la Comisión para fortalecer la coordinación;

*b*) Aprueba los diversos métodos sugeridos por la Comisión para seguir mejorando su función de coordinación en la esfera del derecho mercantil internacional[3];

*c*) Recomienda que la Comisión mantenga una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, la Comisión de Derecho Internacional, la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial y la Comisión de Empresas Transnacionales, y continúe colaborando con las organizaciones internacionales que se ocupan del derecho mercantil internacional;

*d*) Pide a los gobiernos que aseguren la coordinación de los programas de trabajo de las diversas organizaciones en que están representados;

*e*) Acoge con satisfacción la invitación extendida por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a todos los Estados para que participen en el período extraordinario de sesiones que se celebrará en 1985 para revisar el Convenio de la Haya de 1955 sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías[4] y a los Estados miembros de la Comisión para que asistan al período de sesiones que celebrará en 1982 una comisión especial para estudiar los trabajos preparatorios necesarios para la revisión;

*f*) Acoge favorablemente la invitación extendida por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado a los Estos miembros de la Comisión que no integran el Instituto a participar en su Comité de expertos gubernamentales que examinó un proyecto de Ley uniforme sobre la representación de carácter internacional en la compraventa internacional de mercaderías, en la reunión celebrada del 2 al 13 de noviembre de 1981;

6. *Reafirma* la importancia, en particular para los países en desarrollo, de la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional relativa a la capacitación y la asistencia en materia de derecho mercantil internacional, y a este respecto:

*a*) Expresa su reconocimiento a los Estados que contribuyeron con becas para los participantes de los países en

[2] *Ibid.*, párr. 84.
[3] *Ibid.*, párrs. 93 a 101.
[4] Naciones Unidas, *Recueil de Traités*, vol. 510, núm. 7411, pág. 147.

desarrollo en el Segundo Simposio de la Comisión sobre derecho mercantil internacional, celebrado del 22 al 26 de junio de 1981, y a la Comisión por el éxito del Simposio;

*b*) Destaca la conveniencia de que la Comisión patrocine simposios y seminarios, incluso los organizados sobre una base regional, para fomentar la capacitación y la asistencia en materia de derecho mercantil internacional y recomienda que la Comisión continúe patrocinando esos simposios y seminarios;

*c*) Acoge con satisfacción las iniciativas que se están tomando para patrocinar seminarios regionales conjuntamente con las organizaciones regionales, como el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano y el Comité Jurídico Interamericano;

*d*) Invita a los gobiernos, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones e instituciones competentes y los particulares a que ayuden a la secretaría de la Comisión a financiar y organizar simposios y seminarios;

7. *Destaca* la importancia de poner en vigor las convenciones derivadas de la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y que tienen por objeto la unificación y armonización mundial del derecho mercantil internacional;

8. *Pide* al Secretario General que señale la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada en Nueva York el 12 de junio de 1974[5], el Protocolo de enmienda a la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobado en Viena el 10 de abril de 1980[6], la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías, aprobada en Hamburgo el 30 de marzo de 1978[7] y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada en Viena el 10 de abril de 1980[8], a la atención de todos los Estados que no las hayan ratificado o no se hayan adherido a ellas, y que les proporcione información pertinente sobre el proceso de su entrada en vigor y sobre el estado actual de las ratificaciones y adhesiones, y que ponga en conocimiento de esos Estados la opinión de la Comisión que figura en su decisión de 22 de junio de 1981, en la que la Comisión puso de relieve que la pronta entrada en vigor y la amplia aceptación de los instrumentos mencionados contribuirían considerablemente a la unificación del derecho mercantil internacional[9];

9. *Afirma* la conveniencia de que participen observadores de todos los Estados y de las organizaciones internacionales interesadas en los períodos de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y de sus grupos de trabajo;

10. *Recomienda* que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional continúe su labor sobre los temas incluidos en su programa de trabajo;

11. *Reafirma* la importancia del programa de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y del aumento del papel de la Dependencia de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría, en su calidad de secretaría de la Comisión;

12. *Pide* al Secretario General que remita a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional las actas de los debates celebrados en el trigésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General acerca del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 14.° período de sesiones.

*57a. sesión plenaria*

[5] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.74, V.8), pág. 107. El texto de la Comisión figura, asimismo, en el *Anuario* ... 1974, tercera parte, I, B.

[6] A/CONF.97/18, anexo II. *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.* (Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.81, IV.3), pág. 207. El texto del Protocolo figura, asimismo, en el *Anuario* ...1980, tercera parte, I, C.

[7] A/CONF.89/13, anexo I. El texto de la Convención figura, asimismo en el *Anuario* ... 1978, tercera parte, I, B.

[8] A/CONF/97/18, anexo I. *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.* (Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.81, IV.3), pág.193. El texto de la Convención figura, asimismo, en el *Anuario* ...1980, tercera parte, I, B.

[9] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17*, párr. 118, (reproducido en el presente volumen, primera parte, A).

# I. PRACTICAS CONTRACTUALES INTERNACIONALES*

## A. Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales acerca de la labor de su segundo período de sesiones (Nueva York, 13 a 17 abril 1981) (A/CN.9/197)**

INDICE


| | *Párrafos* |
|---|---|
| INTRODUCCIÓN | 1–11 |
| EXAMEN DEL PROYECTO REVISADO DE NORMAS PRESENTADO POR LA SECRETARÍA | 12–50 |
| OTROS ASUNTOS | 51 |
| ANEXO: PROYECTO DE NORMAS SOBRE CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADAS CONVENCIONALMENTE Y CLÁUSULAS PENALES, APROBADO POR EL GRUPO DE TRABAJO | |


### INTRODUCCIÓN

1. En su 12.° período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional decidió que debía iniciarse una labor destinada a formular normas uniformes que regularan las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales, y que la labor se encomendara a un grupo de trabajo sobre prácticas contractuales internacionales; asimismo pidió al Grupo de Trabajo que estudiara la posibilidad de formular normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales aplicables a una gran variedad de contratos mercantiles internacionales[1].

2. En la actualidad el Grupo de Trabajo está integrado por los siguientes Estados miembros de la Comisión: Austria, Checoslovaquia, los Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Ghana, Guatemala, Hungría, la India, el Japón, Kenya, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sierra Leona, Trinidad y Tabago y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

3. El Grupo de Trabajo celebró su primer período de sesiones en Viena del 24 al 28 de septiembre de 1979. Al finalizar dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que se justificaba proseguir con su labor relativa a las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales, y recomendó a la Comisión la celebración de otro período de sesiones del Grupo de Trabajo[2]. La Comisión aprobó esta recomendación en su 13.° período de sesiones[3].

4. El Grupo de Trabajo celebró su segundo período de sesiones en la Sede de las Naciones Unidas del 13 al 17 de abril de 1981. Todos los miembros del Grupo de Trabajo estuvieron representados salvo Ghana, Guatemala y Sierra Leona.

5. Al período de sesiones asistieron observadores de los siguientes Estados miembros de la Comisión: Australia, Cuba, Nigeria, la República Democrática Alemana y Yugoslavia.

6. Al período de sesiones asistieron asimismo observadores de los siguientes Estados Miembros de las Naciones Unidas: Canadá, El Salvador, Gabón, Grecia, Malasia, Níger, Tailandia y el Uruguay.

7. Al período de sesiones asistió un observador del siguiente órgano de las Naciones Unidas: la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial.

8. Al período de sesiones asistió además un observador de la siguiente organización internacional: La Cámara de Comercio Internacional.

9. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: . . . . . Sr. I. Tarko (Austria)
Relator: . . . . . Sr. M. Cuker (Checoslovaquia)

* Para su examen por la Comisión, véase el Informe de la misma, capítulo III (primera parte, A, *supra*).

** 8 de mayo de 1981. Mencionado en el párr. 38 del Informe (primera parte, A, *supra*). Véase también la nota de la Secretaría titulada: Posibles métodos para la aprobación definitiva de las convenciones emanadas de la labor de la Comisión (A/CN.9/204), reproducida en el presente volumen, segunda parte, VIII.

[1] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 12.° período de sesiones (1979), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/34/17), párr. 31, (*Anuario* . . . 1979, primera parte, II, A).

[2] Informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su primer período de sesiones (A/C.9/177, párr. 43) (*Anuario* . . . 1980, segunda parte, II).

[3] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 13.° período de sesiones (1980), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/35/17), párr. 16, (*Anuario* . . . 1980, primera parte, II, A).

10. El Grupo de Trabajo tuvo a la vista los siguientes documentos:

*a*) Informe del Secretario General titulado "Cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (I)" (A/CN.9/161)*;

*b*) Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales acerca de la labor de su primer período de sesiones (A/CN.9/177)**;

*c*) Informe del Secretario General titulado "Cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (II)" (A/CN.9/WG.2/WP.33 y Add. 1)***;

*d*) Programa provisional del período de sesiones (A/CN.9/WG.2/WP.32).

11. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

*a*) Elección de la Mesa;

*b*) Aprobación del programa;

*c*) Examen de la viabilidad de formular normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales aplicables a una gran variedad de contratos mercantiles internacionales;

*d*) Otros asuntos;

*e*) Aprobación del informe.

## EXAMEN DEL PROYECTO REVISADO DE NORMAS PRESENTADO POR LA SECRETARÍA

12. El Grupo de Trabajo decidió examinar el proyecto revisado de normas sobre cláusulas de indemnización fijadas convencionalmente y cláusulas penales[4], presentado por la Secretaría.

### *Ambito de aplicación*

*Proyecto de artículo 1 revisado*

13. El proyecto de artículo 1 revisado, examinado por el Grupo de Trabajo, es el siguiente:

"Las presentes normas se aplican a los contratos en que las partes hayan acordado [por escrito] que, en caso de que una parte (el deudor) incumpla total o parcialmente sus obligaciones, la otra parte (el acreedor) quedará facultada para cobrar, o confiscar, una suma convenida de dinero."

14. El Grupo de Trabajo estimó que la formulación de ese proyecto de artículo dependería de la decisión que se tomase en cuanto a la forma que adoptarían las normas uniformes (convención, ley tipo o cláusula tipo). Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen del proyecto de artículo 1 revisado hasta la conclusión de sus deliberaciones sobre los demás proyectos de artículos.

### *Regulación del contrato por las normas*

*Proyecto de artículo 2 revisado*

15. El proyecto de artículo 2 revisado, examinado por el Grupo de Trabajo, es el siguiente:

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no está facultado para cobrar o confiscar la suma convenida si el deudor no es responsable del incumplimiento."

16. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 2 revisado.

17. Se decidió que en la versión inglesa de las normas se sustituyeran los términos *"creditor"* y *"debtor"* por los términos *"obligee"* y *"obligor"*, respectivamente.

18. Un representante expresó el parecer de que era necesario aclarar la expresión "no es responsable del incumplimiento".

*Proyecto de artículo 3 revisado*

19. El proyecto de artículo 3 revisado, examinado por el Grupo de Trabajo, es el siguiente:

"1) Cuando la intención de las partes respecto de la suma convenida sea que ésta sirva de indemnización completa de una pérdida irrogada por incumplimiento, el acreedor no podrá exigir el cumplimiento si exige el cobro, o la confiscación, de la suma convenida.

"2) Cuando la intención de las partes respecto de la suma convenida sea que ésta sirva para indemnizar al acreedor, en caso de incumplimiento, de la pérdida sufrida durante el período comprendido entre la fecha de incumplimiento y la de cumplimiento perfecto, el acreedor podrá exigir el cumplimiento, y exigir también el cobro, o la confiscación, de la suma convenida.

"3) Las partes podrán, mediante acuerdo, disponer cosa distinta."

20. Hubo amplio acuerdo en que no era conveniente hacer referencia a la intención de las partes en la formulación de los párrafos 1) y 2). Había incertidumbre acerca de los criterios para determinar la intención de las partes; además en el caso de determinados contratos, podría ocurrir que la intención de las partes no pudiera determinarse partiendo de los contratos. Era preferible una fórmula en que sólo se hiciese referencia al acuerdo de las partes.

21. Se expresó el parecer de que tanto el párrafo 1) como el 2) daban a entender que en determinadas circunstancias el acreedor tenía derecho a exigir el cumplimiento. Sin embargo, con arreglo a algunos sistemas jurídicos, no se disponía normalmente del recurso de exigir el cumplimiento. Se convino en que debería aclararse que sólo era posible exigir el cumplimiento cuando el régimen jurídico aplicable permitiera tal recurso.

22. Se sugirió que la cuestión de la combinación de recursos posibles de que se ocupa este proyecto revisado de artículo podría resolverse haciendo referencia a la distinción entre incumplimiento total e incumplimiento parcial. En caso de incumplimiento total, el acreedor sólo debería tener derecho a exigir ya sea el cumplimiento de la

---

* *Anuario*... 1979, segunda parte, I, C.

** *Anuario*... 1980, segunda parte, II.

*** Reproducido en el presente volumen, segunda parte, I, B, 1 y 2.

[4] El proyecto revisado de normas figura en el documento A/CN.9/WG.2/WP.33, parte IV (Reproducido en el presente volumen, segunda parte, I, B, 1).

obligación principal o el pago de la suma convenida. En caso de incumplimiento parcial, el acreedor debería tener derecho a exigir tanto el cumplimiento como el pago de la suma convenida. No obstante, se hizo notar que en determinados casos podría ser difícil distinguir entre cumplimiento total y cumplimiento parcial.

23. Se observó que sería preferible no emplear el término indemnización en este proyecto revisado de artículo. La relación entre el derecho a la indemnización y el derecho a la suma convenida estaba regulada, no en este proyecto de artículo, sino en el proyecto de artículo 5.

24. Tras celebrar deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que presentase dos fórmulas de variantes del proyecto de artículo 3 revisado, con arreglo a las orientaciones siguientes. La primera variante establecería como norma principal que el acreedor tenía derecho a exigir tanto el cumplimiento como el pago de la suma convenida, salvo casos excepcionales que serían especificados. La segunda variante establecería como norma principal que el acreedor sólo tenía derecho a exigir ya sea el cumplimiento o el pago de la suma convenida, salvo casos excepcionales que serían especificados.

25. La Secretaría presentó al Grupo de Trabajo las variantes siguientes:

*Variante A*

"1) Al reclamar la suma convenida, el acreedor no pierde su derecho a exigir el cumplimiento, a menos que:

"*a*) las partes hayan convenido otra cosa, o

"*b*) el acreedor cobre la suma convenida que pueda considerarse razonablemente como sustituto del cumplimiento.

"2) Al exigir el cumplimiento, el acreedor no pierde su derecho a la suma convenida, a menos que:

"*a*) las partes hayan convenido otra cosa, o

"*b*) el acreedor obtenga el cumplimiento, y la suma convenida pueda considerarse razonablemente como sustituto del cumplimiento."

*Variante B*

"Al cobrar la suma convenida, el acreedor pierde su derecho a exigir el cumplimiento, y, al obtener el cumplimiento, el acreedor pierde su derecho a la suma convenida, a menos que:

"*a*) las partes hayan convenido otra cosa, o

"*b*) la suma convenida no pueda considerarse razonablemente como sustituto del cumplimiento."

26. Hubo apoyo para cada una de las variantes precedentes. En apoyo de la variante A, se hizo notar que en la práctica de los contratos internacionales, se preveían con mayor frecuencia indemnizaciones y penas de sumas fijas por demora en el cumplimiento y que la norma principal prevista en esa variante era la que generalmente se aplicaba en tales casos. Se hizo notar asimismo que la norma principal de la variante prestaba apoyo al derecho a exigir el cumplimiento, que era el derecho principal emanado del contrato.

27. En apoyo de la variante B, se hizo notar que conducía a resultados justos para ambas partes.

28. Se observó que una diferencia importante entre ambas variantes consistía en la atribución diferente de la carga de la prueba entre el deudor y el acreedor.

29. Durante el examen de las dos variantes citades, un representante presentó al Grupo de Trabajo el texto de un proyecto de artículo 3, que fue remitido por el Grupo de Trabajo a la consideración de un grupo de redacción. Ese proyecto fue aceptado por el Grupo de Trabajo, con una pequeña modificación, con el texto siguiente:

"1. Cuando la suma convenida es pagadera o confiscable en razón de la demora en el cumplimiento de la obligación, el acreedor tiene derecho a exigir tanto el cumplimiento de la obligación como la suma convenida.

"2. Cuando la suma convenida es pagadera o confiscable en razón del incumplimiento o de un cumplimiento inadecuado distinto de la demora, el acreedor puede obtener ya sea el cumplimiento o el pago, o la confiscación, de la suma convenida, a menos que la suma convenida no pueda considerarse razonablemente como sustituto del cumplimiento.

"3. Las normas precedentes no perjudicarán ningún acuerdo en contrario celebrado por las partes."

30. Un representante observó que habían ocurrido casos en que los contratos estipulaban el pago de sumas convenidas por la no aceptación de mercaderías. Los proveedores concentraban entonces sus entregas de tal manera que a los compradores les resultase materialmente imposible aceptar las mercaderías, y, más tarde, trataban de cobrar las sumas convenidas. En respuesta, se señaló que la dificultad podría resolverse con arreglo al proyecto de artículo 6 propuesto, relativo a la disminución de la suma convenida, o haciendo referencia al proyecto de artículo 2, según el cual el comprador no sería responsable de la no aceptación en tales circunstancias.

*Proyecto de artículo 5 revisado*

31. El proyecto de artículo 5 revisado, tal como fue examinado por el Grupo de Trabajo, es el siguiente:

"Si se produce un incumplimiento a cuyo respecto hayan las partes convenido en que se puede exigir el cobro, o la confiscación, de una suma de dinero, el acreedor sólo estará facultado para exigir el cobro, o la confiscación, de esa suma, pero no estará facultado para exigir daños y perjuicios. Las partes pueden convenir en que el acreedor, si prueba que su pérdida excede de la cuantía de esa suma, pueda cobrar también la cantidad en exceso."

32. El Grupo de Trabajo fue de la opinión de que debía de otorgarse a las partes la facultad de modificar, mediante acuerdo, cualquier disposición del artículo.

33. Se dividieron las opiniones respecto de los méritos del proyecto de artículo. Se expresó la opinión de que sería preferible suprimir la segunda oración del artículo, ya que así se simplificaría el texto y se reducirían las posibilidades de litigio. Por otra parte, se afirmó que, para hacer justicia

al acreedor, era necesario, que, en los casos en que su pérdida excediera la cuantía de la suma convenida, el acreedor estuviera facultado para exigir, además de la suma convenida, el pago de daños y perjuicios por la cantidad en exceso, independientemente de que existiera un acuerdo entre las partes. Conforme a una de las opiniones expresadas, ésta era la norma imperante en las prácticas contractuales internacionales vigentes.

34. Tras celebrar deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le presentara proyectos de variantes en que se reflejaran los diversos puntos de vista expresados.

35. La Secretaría presentó los siguientes proyectos de variantes:

*Variante A*

"A menos que las partes hayan convenido cosa distinta, si se produce un incumplimiento a cuyo respecto hayan las partes convenido en que se puede exigir el cobro, o la confiscación, de una suma de dinero, el acreedor estará facultado para exigir el cobro; o la confiscación, de esa suma, pero no estará facultado para exigir daños y perjuicios."

*Variante B*

"A menos que las partes hayan convenido cosa distinta, si se produce un incumplimiento a cuyo respecto hayan las partes convenido en que se puede exigir el cobro, o la confiscación, de una suma de dinero, el acreedor estará facultado para exigir el cobro, o la confiscación, de esa suma, y para exigir daños y perjuicios, siempre que demuestre que su pérdida excede de la cuantía de la suma convenida."

36. Se expresó apoyo para cada una de las dos variantes mencionadas, por las razones que se indican en el párrafo 33 *supra*.

37. También se expresó la opinión de que, en algunos casos, se producía una cierta incertidumbre si la variante A *supra* era considerada en relación con el proyecto del artículo 3. En virtud del proyecto del artículo 3, el acreedor que optara por exigir el cumplimiento podía perder su derecho a cobrar la suma convenida. Si, por cualquier motivo, el acreedor no podía lograr el cumplimiento, quedaría sin recursos de qué echar mano, dado que la variante A *supra* no le otorgaba el derecho a exigir daños y perjuicios. Se propuso que se resolviera ese problema añadiendo en la variante A una coma y las palabras "con respecto a este incumplimiento", después de la palabra "facultado" y el Grupo de Trabajo aprobó esta propuesta. Se señaló que, de aprobarse la variante B, debía introducirse una modificación análoga.

38. Se observó que el texto que se aprobara en relación con el proyecto de artículo 5 dependería de la decisión acerca del texto que se aprobara en relación con el proyecto de artículo 6 revisado, en que se reglamentaba la posible variación de la suma convenida y, en consecuencia, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 6 revisado sin adoptar una decisión definitiva sobre la formulación del proyecto de artículo 5.

*Proyecto de artículo 6 revisado*

39. El proyecto de artículo 6 revisado, tal como fue examinado por el Grupo de Trabajo, es el siguiente:

*Variante 1*

"La suma convenida no será aumentada ni reducida."

*Variante 2*

"La suma convenida estipulada podrá ser reducida cuando sea [manifiestamente] [muy] excesiva [en relación con la pérdida que se ha producido], pero sólo si esa suma no constituye una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor."

*Variante 3*

"Todo acuerdo de la clase descrita en el Artículo 1 será nulo si la suma convenida es [manifiestamente] [muy] excesiva en relación tanto con *a*) la pérdida que podría haberse previsto razonablemente debido al incumplimiento, y *b*) la pérdida efectiva ocasionada de esta manera. El acuerdo no será nulo si la pérdida no hubiese podido predecirse con precisión o no pudiera determinarse con precisión."

40. La variante 1 como artículo exclusivo recibió escaso apoyo. Sin embargo, se propuso que el principio enunciado en la variante 1 se combinara con algunas de las disposiciones de la variante 2 para obtener un resultado aceptable. En consecuencia, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que presentara una variante del proyecto de artículo 6. Combinando las dos variantes, la Secretaría presentó el siguiente proyecto de variante, partiendo del supuesto de que se aprobaría la variante A del proyecto de artículo 5 de la Secretaría (párrafo 35 *supra*).

"1. La suma convenida no será aumentada ni reducida.

"2. No obstante, la suma convenida podrá ser aumentada o reducida si es excesivamente desproporcionada en relación con la pérdida que se haya producido.

"[3. Las disposiciones del párrafo 2 podrán invocarse únicamente en los casos en que sea imposible considerar razonablemente la suma convenida como una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor.]"

41. Se observó que, en el párrafo 2 de este proyecto, el aumento o la reducción de la suma convenida dependía de la misma condición. Sin embargo, en relación con el aumento, debía tenerse en cuenta la consideración de que, a menudo, la intención era que la suma convenida sirviera como limitación de la responsabilidad y, por lo tanto, que no estuviera sujeta a aumento. En consecuencia, el aumento y la disminución debían tratarse en forma diferente. También se sugirió que la desproporción a que se hacía mención en el párrafo 2 debía juzgarse relacionando la suma convenida con una estimación previa auténtica y razonable que se haría al momento de concertarse el contrato, y no con la pérdida que hubiera ocurrido.

42. Por lo tanto, la Secretaría presentó un nuevo proyecto de artículo 5 y 6 en el que tomó en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Este proyecto fue aprobado por el Grupo de Trabajo, con sujeción a ciertas modificaciones, y su texto es el siguiente:

*Artículo 5*

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, si se produce un incumplimiento a cuyo respecto hayan las partes convenido en que se puede exigir el cobro, o la confiscación, de una suma de dinero, el acreedor estará facultado, con respecto al incumplimiento, para exigir el cobro, o la confiscación, de esa suma, y para exigir daños y perjuicios respecto de la porción de la pérdida no cubierta por la suma convenida, siempre y cuando pueda demostrar que su pérdida excede considerablemente de la cuantía de la suma convenida."

*Artículo 6*

"1) La suma convenida no será reducida por una corte o tribunal de arbitraje.

"2) No obstante, la suma convenida podrá ser reducida si se demuestra que es manifiestamente desproporcionada en relación con la pérdida sufrida por el acreedor, y si la suma convenida no puede ser considerada razonablemente como una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor."

43. Se observó que, en los casos en que las partes hubieran convenido en que la suma convenida sirviera como limitación de la responsabilidad, la frase inicial del artículo 5 ("A menos que las partes hayan convenido cosa distinta"), impediría el cobro de daños y perjuicios en exceso de la suma convenida. Sin embargo, dos representantes expresaron la opinión de que tal vez esta frase inicial no produjera este resultado, que tal vez el artículo produjera resultados inesperados y que era necesaria una redacción diferente.

44. Se señaló que, en la versión francesa de esos artículos, la palabra *"grossly"* debía traducirse por la palabra *"manifestement"*.

### *Ambito de aplicación*

*Proyecto de artículo 1 revisado*

45. Tras concluir sus deliberaciones sobre los proyectos de artículos 2 a 6, el Grupo de Trabajo reanudó el examen del proyecto de artículo 1 y examinó la forma en que podrían adoptar las normas uniformes.

46. El Grupo de Trabajo decidió que se debía remitir a la Comisión la decisión sobre la cuestión de la forma de las normas. A este respecto, el Secretario de la Comisión declaró que la Secretaría presentaría al 14.° período de sesiones de la Comisión un estudio en que se examinarían los posibles enfoques que la Comisión podría adoptar, y que tal vez la decisión sobre la cuestión de la forma de las normas podría adoptarse después de examinar ese estudio. Un representante afirmó que los círculos empresariales de su país opinaban que no sería útil que las normas uniformes se presentaran en forma de artículos de ley.

47. El Grupo de Trabajo observó que la actual formulación del proyecto de artículo 1 no abordaba las siguientes cuestiones:

*a*) definición de las circunstancias en virtud de las cuales se podría calificar de internacional a un contrato;

*b*) si debe excluirse del ámbito de las normas algún tipo de contrato y, de ser así, cómo efectuar la exclusión.

48. El Grupo de Trabajo opinó que, si las normas se redactaran en forma de convención, se necesitarían algunas disposiciones adicionales para resolver estas cuestiones de una manera adecuada. Podría pedirse a la Secretaría que redactara esos artículos adicionales.

49. Se preguntó cuál era el alcance de la facultad de confiscar una suma convenida de dinero que el proyecto de artículo 1 confiere al acreedor y a la que se hace referencia en otros proyectos de artículos. Como respuesta, se señaló que en la facultad de confiscar se incluían derechos del acreedor convenidos con el deudor en los casos siguientes:

*a*) Las partes convienen en que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor retendrá (confiscará) una suma de dinero pagada por el deudor al acreedor, pero que dicha suma se devolverá en caso de cumplimiento.

*b*) Las partes convienen en que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor retendrá (confiscará) una suma de dinero pagadera por el acreedor al deudor, pero que dicha suma se pagará en caso de cumplimiento.

50. El Grupo de Trabajo aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 1 revisado, con sujeción a ciertas modificaciones; el proyecto de artículo modificado es el siguiente:

"Las presentes normas se aplican a los contratos internacionales en que las partes hayan acordado [por escrito] que, en caso de que una parte (el deudor) incumpla total o parcialmente sus obligaciones, la otra parte (el acreedor) quedará facultada para cobrar, o confiscar, una suma convenida de dinero."

### OTROS ASUNTOS

51. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que, con miras a garantizar la concordancia, examinara los proyectos de artículos aprobados por el Grupo de Trabajo y que reprodujese como anexo al presente informe el texto de los proyectos de artículos en su forma revisada.

## ANEXO

**Proyecto de normas sobre cláusulas de indemnización fijadas convencionalmente y cláusulas penales, aprobado por el Grupo de Trabajo***

### AMBITO DE APLICACIÓN

*Proyecto de artículo 1*

"Las presentes normas se aplican a los contratos internacionales en que los partes hayan acordado [por escrito] que, en caso de que una

* Se introdujeron cambios en el texto de los proyectos de artículos 2, 3 y 4 para garantizar la concordancia de los textos.

parte (el deudor) incumpla total o parcialmente sus obligaciones, la otra parte (el acreedor) quedará facultada para cobrar, o confiscar, una suma convenida de dinero."[b]

*Proyecto de artículo 2*

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no está facultado para cobrar o confiscar la suma convenida si el deudor no es responsable del incumplimiento."

REGULACIÓN DEL CONTRATO POR LAS NORMAS

*Proyecto de artículo 3*

"1. Cuando la suma convenida es pagadera o confiscable en razón de la demora en el cumplimiento de la obligación, el acreedor tiene derecho a exigir tanto el cumplimiento de la obligación como la suma convenida.

"2. Cuando la suma convenida es pagadera o confiscable en razón del incumplimiento o de un cumplimiento inadecuado distinto de la demora, el acreedor puede obtener ya sea el cumplimiento o el pago, o la confiscación, de la suma convenida, a menos que la suma convenida no pueda considerarse razonablemente como sustituto del cumplimiento.

"3. Las normas precedentes no perjudicarán ningún acuerdo en contrario celebrado por las partes."

[b] Respecto de las disposiciones adicionales que tal vez sean necesarias, véase el párr. 48 *supra*.

*Proyecto de artículo 5*[c]

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, si se produce un incumplimiento a cuyo respecto hayan las partes convenido en que se puede exigir el cobro, o la confiscación, de una suma de dinero, el acreedor estará facultado, con respecto al incumplimiento, para exigir el cobro, o la confiscación, de esa suma, y para exigir daños y perjuicios respecto de la porción de la pérdida no cubierta por la suma convenida, siempre y cuando pueda demostrar que su pérdida excede considerablemente de la cuantía de la suma convenida."

*Proyecto de artículo 6*

"1) La suma convenida no será reducida por una corte o tribunal de arbitraje.

"2) No obstante, la suma convenida podrá ser reducida si se demuestra que es manifiestamente desproporcionada en relación con la pérdida sufrida por el acreedor, y si la suma convenida no puede ser considerada razonablemente como una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor."

[c] El proyecto de artículo 4 presentado por la Secretaría al Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones fue suprimido por el Grupo de Trabajo en dicho período de sesiones. En el proyecto revisado de normas presentado al Grupo de Trabajo en su segundo período de sesiones no se incluyó un artículo 4. A fin de facilitar la comparación con los proyectos de artículos presentados en el primer período de sesiones, se ha conservado la numeración de los proyectos de artículos 5 y 6, que corresponden a los proyectos de artículos 5 y 6 presentados en el primer período de sesiones.

## B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales

### 1. INFORME DEL SECRETARIO GENERAL: CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y CLÁUSULAS PENALES (II) (A/CN.9/WG.2/WP.33)*

INDICE


| | | Párrafos |
|---|---|---|
| INTRODUCCIÓN | | 1–7 |
| PARTE I. | FORMA EN QUE SE REDACTAN Y SE APLICAN EN DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y LAS CLÁUSULAS PENALES | 8–50 |
| | A. Posible alcance de las normas aplicables a estos contratos | 10–20 |
| | B. Carácter accesorio de estos acuerdos | 21–27 |
| | C. Relación entre el derecho a exigir el cumplimiento de una obligación contractual y el cumplimiento de acuerdos accesorios a ella | 28–39 |
| | D. Relación entre el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación accesoria y la indemnización por incumplimiento de la obligación contractual a la que es accesoria | 40–46 |
| | E. Limitaciones a la libertad de las partes para estipular una suma de dinero a modo de pena; y facultades de los tribunales judiciales y arbitrales para modificar la cuantía de la suma estipulada | 47–50 |
| PARTE II. | TIPOS DETERMINADOS DE CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES QUE CONVENDRÍA REGULAR MEDIANTE NORMAS UNIFORMES | 51–58 |
| PARTE III. | DIFICULTADES JURÍDICAS CON QUE SE TROPIEZA EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y LAS CLÁUSULAS PENALES SEGÚN LO MUESTRAN LAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES JUDICIALES Y LOS LAUDOS ARBITRALES | 59–70 |
| PARTE IV. | PROYECTO REVISADO DE NORMAS | 71–85 |


* 12 de febrero de 1981.

## INTRODUCCIÓN

1. En su 12.° período de sesiones (1979), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional pidió a su Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales que examinara la posibilidad de formular normas uniformes sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales aplicables a una gran variedad de contratos mercantiles internacionales[1].

2. Atendiendo esta petición, el Grupo de Trabajo celebró su primer período de sesiones en Viena (24 a 28 septiembre 1979)[2]. Al término de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo opinó que se justificaba una labor ulterior sobre el tema de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, y recomendó a la Comisión que el Grupo de Trabajo celebrara otro período de sesiones. Estimó asimismo que, para su consideración en ese segundo período de sesiones, la Secretaría debía presentar un nuevo estudio centrado en las cuestiones siguientes:

*a*) La forma en que se redactan y se aplican en diversos tipos de contratos mercantiles internacionales las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales;

*b*) Los tipos determinados de contratos mercantiles internacionales que convendría regular mediante normas uniformes;

*c*) Las dificultades jurídicas con que se tropieza en la aplicación de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales, según lo muestran las sentencias de tribunales judiciales y los laudos arbitrales[3].

3. El Grupo de Trabajo autorizó también a la Secretaría a presentarle, en su próximo período de sesiones, un proyecto revisado de normas sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, si la labor ulterior de la Secretaría revelaba la conveniencia de preparar tales normas revisadas[4].

4. En su 13.° período de sesiones, la Comisión aprobó la recomendación del Grupo de Trabajo, al que pidió que celebrara un nuevo período de sesiones[5].

5. El presente informe se presenta en cumplimiento de la petición formulada por el Grupo de Trabajo. Examina las cuestiones reseñadas en los incisos *a*), *b*) y *c*) del párrafo 2 *supra* y contiene un proyecto revisado de normas. Mientras que en el anterior informe del Secretario General sobre las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales[6] se atendía en especial a la forma en que enfocan tales cláusulas los diversos sistemas jurídicos, y a los obstáculos que esas diferencias de enfoque oponían a la unificación, el presente informe se concentra en la experiencia corriente en cuanto al uso de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de las cláusulas penales en los contratos mercantiles internacionales. Aparte de examinar contratos, laudos arbitrales y sentencias judiciales, se ha prestado atención también a las disposiciones que regulan las indemnizaciones fijadas convencionalmente y las penas en las leyes y en las condiciones generales de entrega concebidas con el fin de regular el comercio internacional, así como a los intentos existentes de unificación en lo que respecta a las indemnizaciones fijadas convencionalmente y a las penas.

6. La Secretaría pidió también su parecer a determinadas personas poseedoras de larga experiencia en materia de prácticas contractuales internacionales, y las opiniones de esos expertos se reflejan en el informe cuando procede. Además, a petición de la Secretaría, la Cámara de Comercio Internacional distribuyó un cuestionario a sus comités nacionales, y las respuestas recibidas se resumen en la adición 1 al presente informe.

7. En el análisis que sigue, se utilizará el término "obligación principal" para describir la obligación cuyo incumplimiento entraña el pago de la indemnización fijada convencionalmente o de una pena, mientras que el término "obligación accesoria" denotará la obligación de pagar la indemnización fijada convencionalmente o una pena; y el término "promitente" se utiliza para denotar la parte obligada a pagar la indemnización fijada convencionalmente o una pena, mientras que el término "beneficiario de la promesa" denotará la persona facultada para exigir el pago de la indemnización fijada convencionalmente o de una pena.

## PARTE I. FORMA EN QUE SE REDACTAN Y SE APLICAN EN DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y LAS CLÁUSULAS PENALES

8. La base para el estudio de esta cuestión fue el archivo de contratos de la Secretaría[7]. Al examinar con-

[1] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 12.° período de sesiones (1979), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/34/17), párr. 31 (*Anuario*... 1979 primera parte, II, A).

[2] Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales acerca de la labor de su primer período de sesiones: A/CN.9/177 (*Anuario*... 1980, segunda parte, II).

[3] A/CN.9/177, párr. 41 (*Anuario*... 1980, segunda parte, II).

[4] A/CN.9/177, párr. 42, (*Anuario*... 1980, segunda parte II). En su primer período de sesiones, el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de normas redactado por la Secretaría.

[5] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.° período de sesiones (1980) *Documentos oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17,* (A/35/17), párr. 16. *Anuario*... 1980, primera parte, II, A).

[6] A/CN.9/161 (*Anuario*... 1979, segunda parte, I, C).

[7] En la actualidad, el archivo comprende unos centenares de contratos y de cláusulas contractuales. La Secretaría ha recibido este material primordialmente de los gobiernos. Esto no obstante, el material no consiste exclusivamente en contratos en los que sea parte un gobierno o una empresa estatal. El archivo contiene muchos contratos celebrados entre empresas de países desarrollados y de países en desarrollo, así como algunos contratos entre empresas de Estados socialistas de Europa oriental y empresas de Europa occidental y de los Estados Unidos de América. Se examinaron ejemplos de los siguientes tipos de contratos: de compraventa (maquinaria, productos agrícolas, mercaderías generales), de construcción, de transporte marítimo, de concesión de licencias, de préstamo, de servicio y arrendamiento, de explotación de minas y de prospección de minerales, de distribución, de constitución de empresas mixtas, y de financiación de proyectos. También se examinaron muestras de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales tomadas de contratos cuyo texto íntegro no fue facilitado.

tratos a los fines de preparar el informe precedente, se atendió primordialmente a cláusulas impresas que figuran en condiciones generales[8] y se señaló que de esas cláusulas no podían extraerse conclusiones definitivas, dado que el texto impreso puede enmendarse o rechazarse antes de la celebración de un contrato. Además, las condiciones generales disponibles correspondían sólo a unos cuantos tipos de contrato. A los fines del presente estudio sólo se han examinado cláusulas contenidas en contratos celebrados. Con todo, el presente estudio no ha revelado ningún motivo para poner en duda las conclusiones provisionales a que se llega en el estudio precedente.

9. En vista de la labor ya realizada por el Grupo de Trabajo, los contratos y cláusulas se examinaron primordialmente con los fines siguientes: determinar si las prácticas contractuales internacionales seguidas en materia de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales indicaban posibles soluciones a las dificultades halladas por el Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones; y determinar si esas prácticas presentaban características que hubiesen de tomarse en cuenta al formular reglas uniformes. Conviene, por lo tanto, presentar las conclusiones considerándolas a la luz de su relación con las cuestiones principales abordadas en el proyecto de normas considerado por el Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones. Conforme a lo solicitado por algunos miembros del Grupo de Trabajo, se dan, cuando procede, ejemplos de cláusulas tomados de contratos y destinados a esclarecer las fórmulas y los ardides utilizados por los comerciantes.

## A. *Posible alcance de las normas aplicables a estos contratos*

### 10. *Proyecto de artículo 1*

"Las presentes normas se aplican cuando las partes en un contrato hayan acordado (por escrito) que el promitente (deudor), en caso de que no cumpla sus obligaciones o una obligación determinada, en virtud del contrato, pagará al beneficiario de la promesa (acreedor) una suma de dinero o renunciará en favor de éste a una suma de dinero (o realizará un acto específico), a modo de indemnización o pena o ambas cosas)[9]."

11. El Grupo de Trabajo decidió que las normas debían aplicarse a cláusulas de los contratos mercantiles internacionales independientemente del hecho de que en estas cláusulas se previera el pago de una suma de dinero a modo de indemnización por las pérdidas sufridas o a modo de pena a fin de coaccionar al deudor a cumplir su obligación[10]. El presente estudio confirmó lo fundado de esta decisión. En muchos casos, la suma de dinero que habría de pagarse en caso de incumplimiento no se describía en el contrato como pena ni como indemnización, y determinar si la suma caía dentro de una u otra de estas categorías sería a menudo difícil, y a veces imposible, cuando las partes tuvieran la intención de que esa suma fuera tanto pena como indemnización. Es más, las partes no siempre distinguen claramente entre los dos conceptos.

*Ejemplo:*

*"Pena por demora"*

Con excepción de las causas de fuerza mayor que entrañen la prórroga del plazo establecido conforme a... *infra,* si hubiere demora en la entrega FOB de ... se aplicará una *indemnización por demora* que se detraerá del 10% pendiente de liquidar al suministrador... (subrayado añadido). (Contrato para la venta de fábricas de neumáticos por una empresa de Europa occidental a una empresa asiática.)

12. El deseo de las partes en la fecha de celebración del contrato es cuidar de que el pago de la suma convenida, como quiera que se clasifique, sea exigible.

*Ejemplo:*

"Por la presente se acuerda, y así expresamente se declara, que, en caso de que un tribunal competente considere, por cualesquiera razones, que el pago de dicha indemnización fijada convencionalmente no es obligatorio, las mencionadas cantidades serán penas." (Contrato para la venta de equipo por una empresa norteamericana a una empresa extranjera.)

13. El Grupo de Trabajo decidió también que las normas sólo debían regir cuando las partes hubiesen acordado que, en caso de que el promitente no cumpliera la obligación principal, la obligación accesoria habría de entrañar el pago al beneficiario de la promesa de una suma de dinero, o la renuncia a una suma de dinero en favor de este último; y no debían aplicarse a casos en que la obligación accesoria entrañase cosa distinta del pago de una suma de dinero o de la renuncia a una suma de dinero[11]. Esta restricción del ámbito de aplicación parece justificada, ya que las únicas cláusulas que el estudio ha puesto de manifiesto correspondían al pago de una suma de dinero o a la renuncia a una suma de dinero.

14. El Grupo de Trabajo convino en que las normas debían ser aplicables no sólo a casos relacionados con la promesa de pagar una suma de dinero o renunciar a una suma de dinero por el incumplimiento total de las obligaciones por parte del deudor, sino también a casos de cumplimiento imperfecto o parcial de las obligaciones[12]. Corrobora esta decisión el hecho de que, en muchos casos, era difícil determinar si el incumplimiento por el que había de pagarse indemnización o pena debía considerarse como incumplimiento total o como incumplimiento parcial.

*Uso contractual de posible interés para la formulación de las normas*

### 15. *Momento en que el pago es exigible al promitente*

Se hallaron ejemplos de casos en que la obligación de pagar la suma convenida cobraba efectividad no porque el promitente hubiese incumplido el contrato sino a consecuencia de un acto de un tercero.

[8] A/CN.9/161, párrs. 30 a 40; en especial, párr. 34 (*Anuario*... 1979, segunda parte, I, C).

[9] A/CN.9/177, párrs. 14 a 19. (*Anuario*... 1980, segunda parte, II). La cuestión de los tipos de contrato mercantil internacional a los que podrían aplicarse las normas (A/CN.9/177, párr. 15) se considera en la parte, II *infra.*

[10] A/CN.9/177, párr. 15 (*Anuario*... 1980, segunda parte, II).

[11] A/CN.9/177, párr. 17. (*Anuario*... 1980, segunda parte, II).

[12] A/CN.9/177, párr. 19. (*Anuario*... 1980, segunda parte, II).

*Ejemplo:*

"En el caso que:

"*a*) a *f*)...

"*g*) La (el tercero) o cualquier Agencia de instrumentación de la misma en algún momento dejara de ser propietaria o de tener el control del capital en acciones de la Prestataria o del Garante;

"*h*)...

"En tal caso el Agente puede, mediante notificación a la Prestataria,

"*I*) donde los créditos hayan sido adelantados declarar inmediatamente vencidos y pagaderos el principal e interés acumulado del Préstamo y los Pagarés con lo cual los mismos se convertirán de inmediato en vencidos y pagaderos." (Contrato para la concesión de un crédito, por un consorcio de bancos extranjeros, a una empresa latinoamericana.)[13]

16. *La suma convenida*

En la mayoría de los casos, las partes convenían no en la suma pagadera sino en la fórmula conforme a la cual determinar la suma pagadera con arreglo a las circunstancias del incumplimiento. El valor de la cláusula dependerá de la medida en que se refiera a hechos susceptibles de originar controversias.

17. *Mecanismo para el pago de la suma convenida*

Tal como está redactada en la actualidad, la norma se refiere a un pago directo del promitente al beneficiario de la promesa[14] o a la renuncia a una suma de dinero en favor del beneficiario de la promesa. Esto no obstante, en muchos casos el mecanismo adoptado para el pago consistía en conferir al beneficiario de la promesa el derecho a exigir el pago recabándolo de una institución financiera que había prestado fianza en favor del beneficiario de la promesa[15]. Se halló además que la pérdida de derechos incluía no sólo casos de apropiación de sumas de dinero ya pagadas por el promitente al beneficiario de la promesa[16] sino también la pérdida del derecho a sumas, no pagadas, pagaderas por el beneficiario de la promesa al promitente.

*Ejemplo:*

"Si hubiere demora en la entrega de máquinas, equipo, instalaciones y materiales correspondientes a la Planta conforme al compromiso adquirido por la Firma, se detraerá de las cantidades exigibles por la Firma, o de la fianza de cumplimiento correspondiente, una suma de... por cada día civil de demora." (Contrato para la venta de una fábrica de productos químicos por una empresa de Europa occidental a una empresa asiática.)

18. Se hallaron ejemplos de casos en que la pérdida de derechos correspondía a sumas adeudadas conforme a otros contratos celebrados entre las mismas partes.

*Ejemplo:*

"Las multas o cargos que se formulen afectarán por su orden y hasta el límite precisado en el párrafo precedente, a las facturas emergentes del contrato que estén al cobro o en trámite; a los *emergentes de otro contrato que se hallaren en igual situación,* siempre dentro del ámbito de la EMPRESA; a todo otro crédito que el VENDEDOR pudiere tener en los restantes componentes de la EMPRESA y finalmente a la garantía pertinente" (subrayado añadido). (Contrato para la venta de maquinaria por una empresa de Europa occidental a una empresa latinoamericana.)

19. *Definición de lo que constituyen cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales*

En el informe anterior se llamaba la atención sobre ciertas cláusulas que, si bien difieren, en cuanto a la forma, de las cláusulas de indemnización fijadas convencionalmente y de las cláusulas penales, se aproximan a ellas en cuanto sirven los mismos fines[17]. En el presente estudio se hallaron ejemplos de cláusulas que prevén la aceleración de los pagos[18] (véase el ejemplo aclaratorio del párrafo 15 *supra*) y de cláusulas de pérdida de derechos[19] (véase el ejemplo aclaratorio del párrafo 17 *supra*). La función de cláusulas de limitación que cumplen la cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales[20] se ponía claramente de manifiesto en varios contratos en que se establecía una escala graduada de pagos, por demoras de cumplimiento, que no debían exceder de determinada cantidad máxima[21]. También se hallaron ejemplos de cláusulas en que el pago de sumas descritas como indemnización fijada convencionalmente era exigible a pesar de que los actos del promitente que creaban la exigibilidad del pago de esas sumas no constituían incumplimiento.

*Ejemplo:*

"Se conviene asimismo en que el presente arreglo, y todos los derechos y obligaciones dimanados del mismo, podrán ser rescindios por [el Vendedor] en cualquier momento por cualquier razón que, a su sola discreción, éste considere deseable, con la salvedad, no obstante, de que, salvo que el Distribuidor incurra en incumplimiento, el Vendedor deberá avisar al Distribuidor, con antelación de por lo menos 30 días, de su intención

[13] Semejante cláusula se aparta del concepto tradicional conforme al cual las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente corresponden a obligaciones accesorias. Véase también: A/CN.9/161, párr. 10 (*Anuario*... 1980, segunda parte, I, C) y el párr. 19 *infra*.

[14] Véase también lo siguiente: "Se considera como cláusula penal toda cláusula según la cual *el deudor* si no cumple sus obligaciones, *quedará obligado,* como pena o como indemnización, *al pago de una suma de dinero o a la realización de cualquier otro acto específico*" (subrayado añadido). Artículo 1 de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal, hecho en La Haya el 26 de noviembre de 1973.

[15] Si bien, formalmente, el pagador es la institución financiera, esta recuperará el dinero obeniéndolo del promitente.

[16] En la forma en que se considera la pérdida de derechos en A/CN.9/161, párr. 11 (*Anuario*... 1979, segunda parte, I, C).

[17] A/CN.9/161, párrs. 7 a 12. (*Anuario*... 1979, segunda parte, I, C).

[18] A/CN.9/161, párr. 10. (*Anuario*... 1979, segunda parte, I, C).

[19] A/CN.9/161, párr. 11. (*Anuario*... 1979, segunda parte, I, C).

[20] A/CN.9/161, párr. 12. (*Anuario*... 1979, segunda parte, I, C).

[21] Véase también lo siguiente: "Sin embargo, la suma global de la multa por retraso de entrega no podrá esceder del 8% del valor de la mercancía en relación con la cual se hubiere producido el retraso." (Artículo 83(3) de las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1968-1975).

de rescindir el presente arreglo y todos los derechos y obligaciones dimanados del mismo. La comisión devengada durante el plazo de preaviso —¬ si se requiere, y cuando se dé, tal preaviso — se considerará como indemnización fijada convencionalmente y dimanada de esa rescisión." (Contrato entre una empresa norteamericana y una empresa extranjera.)

Una cláusula de este tipo puede quizá considerarse como el precio que se ha de pagar a cambio de ejercitar una opción. (Véase también el párrafo 65 *infra*.)[22]

*Conclusión*

20. A los fines de formular una norma relativa a esta cuestión, habría que adoptar algunas decisiones sobre el alcance que se desea dar a las normas y, en particular, sobre los tipos de cláusulas que han de regularse.

### B. *Carácter accesorio de estos acuerdos*

21. *Proyecto de artículo 2*

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no está facultado para exigir la aplicación de las sanciones acordadas si el deudor no es responsable del incumplimiento de su obligación (no ha incumplido la obligación) a que se refieren las sanciones acordadas."[23]

22. El Grupo de Trabajo convino, en general, con el espíritu de este artículo, que está en consonancia de las normas contenidas en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. Con todo, no se hallaron cláusulas contractuales que establecieran esa norma en términos generales. Normalmente, el enfoque adoptado era el de vincular la obligación de pagar la indemnización fijada convencionalmente, o una pena, a las excusas del incumplimiento de la obligación principal especificadas en el contrato. Normalmente, estas excusas especificadas consistían en circunstancias definidas como caso de fuerza mayor, pero a veces se incluían también circunstancias que constituyesen caso fortuito y actos, imputables al beneficiario de la promesa, que hicieran imposible al promitente el cumplimiento de la obligación principal.

*Ejemplo:*

"Ni..., ...o.... serán responsables por cualquiera de las penalidades indicadas en la cláusula 14.1. o por cualquier demora en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones bajo el presente, si tal demora fuese originada en causas imputables a 'LA EMPRESA' o en una causa de fuerza mayor o caso fortuito indicados en la cláusula 18." (Contrato para el suministro de maquinaria eléctrica por un consorcio extranjero a una empresa latinoamericana.)

23. El efecto de la aplicación de las cláusulas de excusa del incumplimiento de la obligación principal consistía a veces en la cesación de la obligación de pagar la indemnización fijada convencionalmente o la pena, pero a menudo consistía en una modificación de esta última obligación para ponerla en consonancia con una modificación de la primera:

*Ejemplo:*

"En caso de sobrevenir circunstancias de carácter de fuerza mayor y que imposibiliten el cumplimiento de las obligaciones contractuales del vendedor, este último tendrá el derecho a prorrogar razonablemente el plazo de entrega o rescindir el contrato, en todo caso sin obligarse a indemnización alguna." (Contrato para el suministro de repuestos eléctricos por una empresa de Europa oriental a una firma latinoamericana.)

24. En todos los contratos examinados se preveía que la obligación accesoria se haría inmediatamente exigible al producirse el incumplimiento de la obligación principal, sin que el beneficiario de la promesa tuviese que cumplir formalidad ulterior alguna, y en unos pocos contratos se especificaba así expresamente:

*Ejemplo:*

"*Penalidades automáticas:* la penalidad indicada en la cláusula 14.1 será aplicada automáticamente y sin necesidad de dar notificación previa por escrito, y la demora se considerará incurrida por el mero transcurso del plazo, sin necesidad de ninguna interpelación judicial o extrajudicial." (Contrato entre una empresa latinoamericana y un consorcio extranjero para el suministro, por éste, de equipo eléctrico.)[24]

25. Al examinar contratos en relación con esta cuestión, se observó que una cláusula penal ha de evaluarse en el contexto general del contrato en que figure. Por ejemplo, mientras una parte puede negociar la inserción en el contrato de una suma penal muy elevada, la otra puede negociar la inserción en el contrato de cláusulas sobre circunstancias que dispensan del cumplimiento de la obligación principal redactadas con tanta amplitud que limiten muchísimo la probabilidad de que la pena llegue a ser exigible.

26. *Casos excepcionales*

Se hallaron algunos casos en que las sumas convenidas eran pagaderas por el promitente aun cuando éste no hubiera incumplido el contrato (véanse los párrs. 15 y 19 *supra*).

*Conclusiones*

27. La mayoría de los contratos examinados reflejaban el principio que inspira el artículo considerado. Las decisiones que han de tomarse en cuanto a los tipos de cláusulas que las normas deben regular (véase el párrafo 20 *supra*) determinarán la forma de tratar los casos excepcionales.

[22] Semejante cláusula se aparta del concepto tradicional conforme al cual las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente corresponden a obligaciones accesorias (véanse también los párrs. 21 y 22 *infra*).

[23] A/CN.9/177, párrs. 20 y 21 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

[24] Véase, de todos modos, lo siguiente: "El acreedor que exige la ejecución de la cláusula penal debe formular una citación o una declaración previa, en los casos en que tal citación o declaración sería necesaria para obtener la indemnización por daños y perjuicios acogiéndose a la ley." Artículo 3 de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal, hecho en La Haya el 26 de noviembre de 1973.

C. *Relación entre el derecho a exigir el cumplimiento de una obligación contractual y el cumplimiento de acuerdos accesorios a ella*

28. *Proyecto de artículo 3*

"1) A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no está facultado para exigir la aplicación de las sanciones acordadas cuando exige el cumplimiento de la obligación a que se refieren las sanciones.

"2) La disposición del párrafo 1) del presente artículo no se aplica cuando las sanciones acordadas se refieren a la demora en la ejecución."

*Variante del proyecto de artículo 3*[25]

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el pago de una suma convenida no exime al deudor del cumplimiento de la obligación por cuyo incumplimiento haya pagado dicha suma."

29. *Diferencias de opinión en el seno del Grupo de Trabajo*

Se expresaron distintas opiniones, según se reflejan en el párrafo 1) del proyecto de artículo 3 *supra* y en la variante al mismo, en cuanto a la medida en que debía estar facultado el beneficiario de la promesa para exigir el cumplimiento tanto de la obligación principal como de la obligación accesoria. Conforme a una de las opiniones, la exigibilidad acumulativa de ambas obligaciones sería excesivamente rigurosa para el promitente y se traduciría en un enriquecimiento injusto del beneficiario de la promesa. Se manifestó también la opinión de que la obligación principal era de importancia suprema para el beneficiario de la promesa, y sólo la exigibilidad del cumplimiento de la obligación principal junto con el pago de una indemnización por las pérdidas irrogadas por el cumplimiento imperfecto podían protegerle adecuadamente. Esto no obstante, se presenta aquí el parecer de que esta oposición marcada quizá no plantee dificultades tan serias como pudiera parecer a primera vista si la atención se orienta hacia la función que la suma convenida cumple en esta cláusula. Como puede verse más abajo, cualquiera de las dos soluciones diferentes arriba señaladas podría ser apropiada, según las circunstancias del caso.

30. *Sumas convenidas pagaderas por demora*

Hubo, empero, acuerdo general en que, en lo tocante a sumas convenidas pagaderas por demoras en el cumplimiento, el pago de la suma convenida no dispensaba al promitente del cumplimiento de la obligación principal. Aunque ninguno de los contratos examinados estaba en desacuerdo con este principio, fueron raros los casos en que se halló (como en el ejemplo *infra*) un reconocimiento explícito del principio.

*Ejemplo:*

"Si el Contratista no termina las obras conforme a las Especificaciones y Planos y dentro del plazo fijado por el Calendario de Ejecución del Proyecto, o de cualquier período de prórroga de ese plazo determinado conforme a lo dispuesto en la cláusula..., el Contratista pagará al [comprador]... por cada día que transcurra desde la fecha de terminación estipulada *hasta la fecha en que las obras queden terminadas satisfactoriamente*, sujeto a un máximo del 10% del precio total del contrato señalado en la cláusula 4." (subrayado añadido) (Contrato para el suministro de equipo por una empresa extranjera a una empresa del sudeste asiático.)

31. En tales casos, la acumulación del derecho a la suma convenida y a exigir el cumplimiento es resultado lógico del hecho de que la única finalidad de la suma convenida es indemnizar al beneficiario de la promesa por la pérdida que sufre durante el período comprendido entre la fecha de comienzo de la demora y la de cumplimiento definitivo[26].

32. La suma convenida, que normalmente variaba con la duración del período de demora, estaba sujeta a un máximo; y cuando la demora continuaba hasta un punto pasado el cual el beneficiario de la promesa ya no exigía el cumplimiento, se disponían con frecuencia otras sanciones.

*Ejemplo:*

"Esto no obstante, el período de penalización no excederá de la mitad del plazo total de entrega estipulado conforme al artículo 4 *supra*; y, si excediere, el [comprador] quedará en libertad para resolver el contrato, pero podrá, si así lo desea, prorrogar por dos meses el período de penalización. En caso de que el [vendedor] tampoco cumpla su obligación dentro de este nuevo período, el contrato quedará resuelto y la Fianza de Cumplimiento será confiscada por el [comprador]." (Contrato para el suministro, de fábricas de neumáticos por una empresa de Europa occidental a una empresa asiática.)[27]

33. *Sumas convenidas pagaderas por defectos de cumplimiento*

Si bien se hallaron frecuentes referencias a sumas convenidas pagaderas por demora, fueron raros los casos en que se encontraron referencias a sumas convenidas pagaderas por defectos de cumplimiento[28]. Al parecer, el punto hasta el cual las sumas pagaderas por defectos podían exigirse a la vez que el cumplimiento perfecto dependía de la función asignada a la suma.

i) *Reducción de precio*

34. En los casos en que se tenía la intención de que la suma pagadera constituyera una reducción del precio, a fin de establecer una equivalencia entre el nuevo precio a pagar y el cumplimiento imperfecto, no se podía reclamar, además, el cumplimiento perfecto.

*Ejemplo:*

"Si no se logra alcanzar, según lo indicado en el art. 11.12, los índices garantizados en el curso de las pruebas repetidas, el comprador tiene el derecho de exigir *únicamente* una reducción del precio de la

[25] El Grupo de Trabajo decidió suprimir el proyecto de artículo 4 (A/CN.9/177, párr. 28). (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

[26] Véase el párr. 67 *infra*.

[27] En relación con la cuestión del derecho a recuperar una pena estipulada para casos de demora cuando la demora se mantiene indefinidamente, véase el párr. 63 *infra*.

[28] A/CN.9/161, párr. 37 (*Anuario* ... 1979, segunda parte, I, C).

máquina correspondiente, igual a 1% por cada porciento entero de falta del índice garantizado sobre los límites de la tolerancia convenida o acostumbrada, teniendo en cuenta que la rebaja total no debe sobrepasar el 5% del precio de la máquina correspondiente." (subrayado añadido) (Contrato para la venta de maquinaria eléctrica por una empresa de Europa oriental a una empresa latinoamericana.)[29]

ii) *Corrección de defectos*

35. Un contrato puede disponer que la parte perjudicada por el cumplimiento imperfecto tiene derecho a exigir a la otra parte que corrija la imperfección del cumplimiento. En tal caso, si se ha convenido en una suma que cubra las pérdidas que se irrogan durante el período transcurrido entre la fecha en que se reclama la corrección y la fecha en que ésta se efectúa, el pago de la suma convenida no dispensaría al promitente de efectuar las correcciones necesarias para dar cumplimiento perfecto al contrato.

*Ejemplo:*

"En caso de que el Vendedor no efectúe, dentro de un plazo de 5 (cinco) días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción de la notificación correspondiente, las sustituciones o reparaciones que la garantía requiere, el vendedor deberá pagar una multa de 1 (uno) por ciento por cada semana o fracción de semana transcurrida tras la expiración del citado plazo de cinco días... En caso de que, por cualesquiera razones, el defecto cubierto por la garantía no sea o no pueda ser corregido por el vendedor dentro de un plazo de 35 días contado a partir de la fecha de recepción de la notificación, el comprador tendrá derecho a exigir la sustitución de la máquina o a resolver el contrato en lo que a esa máquina se refiere." (Contrato para la venta de maquinaria agrícola por una empresa norteamericana a una empresa de Europa oriental.)[30]

36. *Las sumas convenidas, como única sanción exigible*

A veces, los contratos en que se estipulaba que, en caso de incumplimiento, habría de pagarse una suma convenida no preveían, además de la recuperación de la suma convenida, la obligación de dar cumplimiento al contrato.

*Ejemplos:*

*a)* "Si el comprador se negare a recibir las mercaderías o a efectuar el pago, quedaremos facultados para retirarnos del contrato y exigir, a nuestra opción, en concepto de lucro cesante, la indemnización total correspondiente o, sin que se requiera certificado oficial alguno, el reembolso del 10% del valvor de las mercaderías." (Contrato para la venta de mercaderías por una empresa de Europa oriental a una empresa extranjera.)

En el caso anterior, si el comprador se niega a recibir la mercadería y el vendedor opta por exigir el 10% de su valor, es evidente que no puede pedir también el precio[31].

*b)* "En caso de que la Conferencia incurriere en cualquier tipo de incumplimiento de la cláusula 3 del presente contrato (haciendo así imposible para el cargador el embarque de una partida de carga de la Conferencia dentro de un plazo razonable, o haciéndolo definitivamente imposible), la Conferencia pagará al cargador una suma que le resarza de los daños sufridos—o una suma igual al 80% del flete (excluidos los cargos adicionales por transbordo) pegadero a uno o más Miembros de la Conferencia con respecto a esa partida, o que les habría sido pagadero si esa partida se hubiese embarcado en uno o más de sus buques, en caso de que esta segunda suma sea menor que la primera—y el cargador tendrá inmediato derecho a resolver el acuerdo." (Acuerdo entre una Conferencia naviera y un cargador.)

37. *Normas existentes*

*A primera vista*, las normas uniformes existentes y las leyes encaminadas a regular los contratos mercantiles internacionales parecen inspirarse en principios distintos en cuanto a la cuestión considerada, en correspondencia con las diferencias de opinión que se reflejan en el proyecto de

[29] También sería razonable prever una pena que cubriese las pérdidas sufridas durante el período que transcurre entre la fecha en que se formula la reclamación por defectos y la fecha en que se llega a un acuerdo sobre reducción del precio, en los casos en que la reducción de precio respondiese exclusivamente al objeto de establecer una equivalencia entre el precio a pagar y el cumplimiento imperfecto. Da ejemplo de esto, en sus párrs. 4 y 5, el Artículo 75 de las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1968–1975:

"4. En los casos comprendidos en el inciso 3 del presente artículo, el comprador tendrá derecho, siempre que la mercancía no pueda ser utilizada como es debido, a exigir del vendedor el pago de una multa por demora en la entrega, en la cuantía que establece el artículo 83, a partir de la fecha de presentación de la reclamación y hasta el día en que haya sido eliminado el defecto o entregada otra mercancía en sustitución de la defectuosa. Sin embargo, el total de la multa con respecto a una partida o a una unidad de la mercancía, inclusive la multa por retraso de entrega, caso de que hubiere habido tal retraso y de que se hubiere cargado ya el monto de esa multa, no podrá exceder del 8% del valor de la mercancía defectuosa o de la parte defectuosa de la mercancía sujeta a rectificación o sustitución.

"5. En los casos en que las partes acordaren rebajar el precio de la mercancía en lugar de corregir el defecto, al estipular el monto de la rebaja, deberán convenir en si la multa calculada o cargada en conformidad con el párrafo 4 del presente artículo se incluye en el monto de la rebaja o se agrega a él."

Hay una disposición semejante en los párrs. 5 y 6 del artículo 31.

[30] Véase también el artículo 75, párrs. 4 y 5, de las condiciones generales de entrega del CAEM, 1968–1975, citados en la llamda precedente.

[31] Puede encontrarse una disposición de la misma naturaleza en las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1968–1975, Artículo 86:

"1. En caso de incumplimiento del plazo de entrega en los contratos a plazo fijo el vendedor pagará al comprador una multa a razón del 5% del valor de la mercancía no suministrada, siempre que en un convenio bilateral o en el contrato no se establezca otra cuantía para la multa.

"2. Si en un convenio bilateral o en el contrato no se estipulare otra cosa, en caso de incumplimiento del plazo de entrega en los contratos a plazo fijo el comprador tendrá derecho, al resolver el contrato, a exigir al vendedor la indemnización de los perjuicios originados por el incumplimiento del contrato, en lugar de la multa establecida en el inciso 1 del presente artículo.

"3. Si el comprador diese su conformidad para recibir la mercancía con demora en un contrato a plazo fijo, la multa establecida en el inciso 1 del presente artículo no será impuesta. En ese caso el vendedor pagará al comprador una multa por cada día de retraso a partir del primer día de demora, en la cuantía establecida en el artículo 83."

Si el comprador opta por obtener la multa del 5% a que se refiere el párrafo 1, no puede exigir concurrentemente el cumplimiento del contrato. Si opta por aceptar la recepción con demora (párrafo 3), sólo tiene derecho a exigir multa en una cuantía diferente.

artículo 3 y en la variante al mismo (véanse los párrs. 28 y 29 *supra*). Los textos que siguen parecen conferir al beneficiario de la promesa el derecho a exigir acumulativamente el cumplimiento de la obligación principal y el de la accesoria:

*a*) "El pago de la pena convencional no dispensa al deudor del cumplimiento de la obligación que la multa garantiza." (Artículo 192 del Código Checoslovaco de Comercio Exterior.)

*b*) "Se puede exigir el pago de una pena además del cumplimiento de una obligación." (Artículo 304 (1) de la Ley de Contratos de Comercio Exterior de la República Democrática Alemana.)[32]

38. En los siguientes textos, parece haberse adoptado una actitud distinta:

*c*) "El acreedor no puede exigir la ejecución acumulativa de la cláusula penal y de la obligación de la cual esa cláusula depende." (Artículo 2 (1) de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal.)

*d*) "El beneficiario de una promesa no podrá obtener concurrentemente el cumplimiento de la obligación principal estipulada en el contrato y el pago de la suma estipulada en la cláusula penal a menos que esa suma se haya estipulado por la demora en el cumplimiento. Toda estipulación en contrario será nula." (Artículo 2 del apéndice a la resolución (78) 3 aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.)

39. *Posibilidad de compatibilización*

En la práctica contractual se advierte claramente la posibilidad de hacer compatibles estas posiciones aparentemente distintas aplicando un criterio basado en la función que las partes tengan intención de asignar a la suma convenida, a saber, la de operar en sustitución del cumplimiento (en cuyo caso no habría exigibilidad acumulativa de la penalidad y del cumplimiento), o la de constituir un estímulo para el cumplimiento perfecto y una indemnización por las pérdidas sufridas entre la fecha acordada para el cumplimiento perfecto y la fecha en que éste se efectúa (en cuyo caso la exigibilidad acumulativa sería permisible).

D. *Relación entre el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación accesoria y la indemnización por incumplimiento de la obligación contractual a la que es accesoria*

40. *Proyecto de artículo 5*

*Variante A*

"1) A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios, sino que sólo puede exigir la suma estipulada.

"2) No obstante, el acreedor no tiene derecho a una suma de dinero superior a la suma estipulada o superior a la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que podría haber reclamado de no haberse estipulado esta suma, cualquiera que sea la cantidad mayor."

[32] En el Comentario de la Ley se señala que las partes pueden convenir en que sólo el cumplimiento, o sólo la pena, son exigibles (*Kommentar zum Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge* — GIW — vom 5. Februar 1976, Berlin 1978, pág. 424).

*Variante B*

"1) En caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor tiene derecho a recibir la suma de dinero o a pedir la ejecución de la acción según lo estipulado en la cláusula penal. Las partes pueden acordar que esta suma de dinero o esta acción constituyen un mínimo y que el acreedor puede reclamar indemnización completa. En tal caso, el acreedor debe demostrar su pérdida real ante el tribunal competente.

"2) Las partes pueden convenir en que la suma de dinero estipulada constituye una cantidad máxima y que el deudor puede obtener una reducción de la suma estipulada hasta la cuantía de los daños y perjuicios sufridos efectivamente por el acreedor. En tal caso, el deudor debe demostrar su reclamación ante el tribunal competente."

*Variante C*

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor, además de la suma estipulada, puede obtener indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación contractual, en la medida en que tales daños y perjuicios sean superiores a la cuantía de la suma estipulada."

41. Respecto de esta cuestión se expresaron en el Grupo de Trabajo opiniones divergentes, que se reflejan en las variantes dadas más arriba[33].

42. *Recuperación exclusiva de la suma convenida*

Se hallaron muchos ejemplos de este principio (variante A, párrafo 1)), particularmente en lo tocante a sumas convenidas pagaderas por demoras de cumplimiento.

*Ejemplo:*

"El pago de una indemnización fijada convencionalmente de hasta el 10% del valor del Contrato representará el límite de la responsabilidad del Contratista" (por demora en el suministro de equipo). (Contrato para el suministro de equipo por una empresa extranjera a una empresa del sudeste asiático.)[34]

[33] A/CN.9/177, párrs. 29 a 36. (*Anuario*...1980, segunda parte, II).

[34]) Véase también: *a*) el artículo 193 del Código Checoslovaco de Comercio Exterior:

"Si, mediante un acuerdo al respecto o de alguna otra manera, se ha establecido una pena convencional, el acreedor no tendrá derecho a exigir daños y perjuicios por las pérdidas sufridas como resultado del incumplimiento de la obligación cuyo cumplimiento garantiza la pena convencional."

*b*) Capítulo 13, párrafo 4, 13.4.1, de las Condiciones generales de entrega de mercaderías de los Países Miembros del Consejo de Asistencia Económica Mutua a la República de Finlandia y de la República de Finlandia a los Países Miembros del Consejo de Asistencia Económica Mutua, 1980.

"Si en el contrato se prevé el pago de una indemnización fijada convencionalmente en caso de demora en la entrega y no se dispone al respecto ninguna otra cosa, el comprador no estará facultado para reclamar, por los daños y perjuicios irrogados por la demora del vendedor en la entrega, más indemnización que la fijada convencionalmente."

*c*) Artículo 2 (2) de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal, hecho en La Haya el 26 de noviembre de 1973: "Las sumas adeudadas en virtud de la cláusula penal reemplazan a los daños y perjuicios adeudados en virtud de la ley."

43. *Recuperación de la suma convenida y recuperación de los daños y perjuicios como sanciones posibles y mutuamente exclusivas*

Los ejemplos de este principio no fueron frecuentes. Se mencionan algunos casos en el párrafo 36 *supra*.

44. *Recuperación de la suma convenida y de daños y perjuicios en la medida en que la pérdida exceda de esa suma*

Se hallaron unos cuantos ejemplos de este principio (*variante B, párrafo 1)* y *variante C*):

*Ejemplo:*

"En caso de demora en la entrega, se aplicará una pena del ½% por día, sin perjuicio, empero, de la responsabilidad del Vendedor de reembolsar la cuantía real de los daños y perjuicios (daños y perjuicios ocasionados por las compras de cobertura efectuadas por las compras de cobertura efectuadas por los Compradores, etc.) en la medida en que escedan de la cuantía de la multa." (Contrato de venta entre una empresa de Europa oriental y una empresa extranjera.)[35]

45. No se encontró en los contratos examinados ningún ejemplo de cláusula que estipulase que, además de la suma convenida, podían recuperarse daños y perjuicios que cubriesen el total de la pérdida sufrida. Tampoxo se halló ningún ejemplo de contrato en el que se dispusiera que el promitente pudiera probar que la cuantía real de la pérdida sufrida era menor que la de la suma convenida y pagar compensación sólo por la pérdida real (variante B, párrafo 2))[36].

*Conclusiones*

46. La práctica contractual parece apoyar los principios contenidos en el párrafo 1 de la variante A y en el párrafo 1 de la variante B. Cabe señalar que no hay diferencia sustancial entre los principios contenidos en dichos párrafos.

## E. *Limitaciones a la libertad de las partes para estipular una suma de dinero a modo de pena; y facultades de los tribunales judiciales y arbitrales para modificar la cuantía de la suma estipulada*

47. *Proyecto de artículo 6*

*Variante A*

"Una cláusula que estipule una suma pagadera por incumplimiento de contrato será nula si es muy excesiva en relación tanto *a*) al perjuicio que podría haberse previsto razonablemente debido al incumplimiento, como *b*) al perjuicio efectivo ocasionado de esta manera. Las relaciones precedentes no son excesivas en la medida en que tal perjuicio no pueda predecirse o determinarse con precisión."

*Variante B*

"La suma estipulada podrá ser reducida por el tribunal cuando sea manifiestamente excesiva, pero únicamente cuando dicha suma no constituya una auténtica estimación previa por las partes del perjuicio que podría sufrir el acreedor."

*Variante C*

"Una disposición en el sentido de que un tribunal no debe tener la facultad de modificar la suma estipulada."

*Variante D*

"Toda cláusula penal cuya cuantía, al momento de ser estipulada, fuera manifiestamente excesiva en relación con los daños y perjuicios que podían preverse como consecuancia del incumplimiento de la obligación se considerará como no escrita."

48. En el seno del Grupo de Trabajo se expresaron, respecto de esta cuestión, opiniones divergentes, que se reflejan en las variantes dadas más arriba[37]. Se hallaron algunos ejemplos de casos en que las partes habían indicado sus deseos en cuanto a esta cuestión. Con todo, sus deseos quedarían sujetos a una norma de derecho imperativa.

*Ejemplos:*

*a*) "Las tasas de indemnización convenidas y fijadas convencionalmente no seran aumentades o disminuidas por arbitraje." (Contrato para la exportación de produc-

[35] Véase también el artículo 304 (2) de la Ley sobre Contratos de Comercio Exterior de la República Democrática Alemana: "En todo contrato en que se haya convenido en determinada pena, la cuantía de ésta se deducirá de los daños y perjuicios que hubieren de pagarse."

El Comentario explica que, de no haber acuerdo en contrario, el beneficiario de la promesa queda en libertad para probar que la cuantía de la pérdida que ha sufrido excede de la de la pena, y recuperar ese exceso.

(Véase: *Kommentar zum Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge* — GIW — vom 5. Februar 1976, Berlin, 1978, pág. 424 y siguientes)

[36] Sin embargo, en el artículo 75 de las Condiciones generales de entrega del CAEM se dispone, entre otras cosas, que, cuando se entregan mercaderías defectuosas, el comprador puede pedir una rebaja del precio (artículo 75 (2)). En ese Artículo se dispone también que el comprador está facultado para exigir el pago de una multa por la pérdida sufrida entre la fecha de su reclamación y la fecha en que se conviene en rebajar el precio (artículo 75 (5)). Las partes pueden acordar que la cuantía de la rebaja de precio incluirá la cuantía de la multa pagadera. El párrafo 6 dispone lo siguiente:

"6. Si las partes convinieren en el monto de la rebaja pero no llegaren a un acuerdo acerca de si se debe incluir la multa prevista en el párrafo 4 del presente artículo en el monto de la rebaja o si se debe sumar a él, entonces, en los casos en que las pérdidas efectivas sufridas por el comprador por no haber utilizado la mercancía hasta el momento de llegar a un acuerdo sobre la rebaja *fueren inferiores al monto de la multa, la multa cargada o pagada se reducirá al monto de las pérdidas efectivas;* y, en los que fueren superiores a la multa, el monto en que las pérdidas efectivas excedieren a la multa deberá serle abonado al comprador por el vendedor, si así prevé en un acuerdo bilateral." (subrayado añadido)

Se encuentra una disposición similar en el artículo 31, relativo al caso de que se formule, durante el plazo de validez de la garantía, una reclamación por un defecto cubierto por una garantía, y las partes acuerden sanciones consistentes en una rebaja de precio juntamente con el pago de una multa (véase el Artículo 31 (7)).

[37] A/CN.9/177, párrs. 37 a 39 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

tos no agrícolas celebrado entre una empresa norteamericana y una empresa de Europa oriental.)

*b*) "El contratista queda obligado a pagar al comprador una pena que no podrá reducirse por ningún procedimiento jurídico." (Contrato entre una empresa de Europa oriental y una empresa extranjera.)

49. En algunas leyes y normas uniformes se hallaron disposiciones referentes a la reducción de las penas (véase la variante B):

*a*) "Cuando la pena convenida es desproporcionadamente elevada en relación con la pérdida irrogada, el deudor está facultado para pedir que se reduzca a una suma razonable." (Artículo 304(5) de la Ley de Contratos de Comercio Exterior de la República Democrática Alemana.)[38]

*b*) "Una multa convencional desproporcionadamente elevada puede ser reducida por un tribunal a la cuantía de los daños y perjuicios realmente irrogados, habida cuenta del valor y de la importancia de la obligación." (Artículo 194 del Código Checoslovaco de Comercio Exterior.)[39]

*c*) "La suma estipulada podrá ser reducida por el tribunal cuando sea evidentemente excesiva. En particular, la reducción podrá efectuarse cuando la obligación principal se haya cumplido en parte. La suma no podrá ser reducida a por debajo de la indemnización pagadera por no cumplimiento de la obligación. Toda estipulación contraria a lo dispuesto en este artículo será nula." (Artículo 7 de la resolución (78) 3 sobre cláusulas penales en Derecho Civil aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.)[40]

*Conclusiones*

50. Encuentran apoyo tanto la opinión de que se la suma convenida no debe reducirse como la de que la suma debe reducirse si es excesiva. Aunque en las tres disposiciones relativas a la reducción que se citan (en el párrafo 49 *supra*) se adoptan formulaciones diferentes, parece ser que su objeto principal es prever una reducción tal que la suma tenga primordialmente carácter de indemnización, aun cuando la cuantía de la suma reducida pueda exceder ligeramente de la de la indemnización por daños y perjuicios que pudiera otogarse conforme a un sistema jurídico nacional.

[38] El Comentario señala que la reducción puede no corresponder a la cuantía exacta de la pérdida sino a una suma que puede ser ligeramente superior (*Kommentar zum Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge* — GIW — vom 5. Februar 1976, Berlin, 1978, pág. 425).

[39] Véase también el artículo 67-B de las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1968–1975: "El arbitraje no podrá reducir la multa impuesta a tenor de las presentes Condiciones Generales de Entrega o de un convenio bilateral." Es de presumir que las multas convenidas por las partes que no queden comprendidas en ninguna de las dos categorías mencionadas pueden reducirse.

[40] El Artículo 4 de las disposiciones comunes anexas al Convenio del Benelux relativo a la cláusula penal, hecho en La Haya el 26 de noviembre de 1973, cumple los mismos fines.

## PARTE II. TIPOS DETERMINADOS DE CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES QUE CONVENDRÍA REGULAR MEDIANTE NORMAS UNIFORMES

*Definición del concepto "contrato internacional"*

51. El Grupo de Trabajo convino en que las normas propuestas debían aplicarse sólo a los contratos mercantiles internacionales[41]. Se necesita llegar a una definición, apropiada en el contexto de las normas propuestas, de los criterios que ha de cumplir un contrato mercantil para que se lo pueda calificar de internacional. En diversos sistemas legales y normas uniformes se han adoptado con este fin diferentes criterios (distintas nacionalidades de las partes en el contrato, vinculación de la transacción con sistemas jurídicos diferentes, el objeto del contrato). Si bien pudiera ser prematuro decidir esta cuestión en la fase actual, cabe señalar que el criterio adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (el de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes)[42] es sencillo y podría aplicarse a los diversos contratos a los cuales pudieran aplicarse las normas propuestas.

*Tipos de contratos internacionales en los que se utilizan cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales*

52. Durante el examen de cláusulas contractuales efectuado a los fines del presente estudio, se echó de ver que las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales se utilizaban con regularidad en diversos tipos tradicionales de contratos internacionales (por ejemplo, los de compraventa, transporte, construcción, agencia y distribución). También empero, se utilizaban tales cláusulas en contratos de origen más reciente relacionados con el desarrollo económico (por ejemplo, contratos internacionales para la concesión de licencias para la transmisión de tecnología[43] y contratos internacionales entre partes asociadas a los fines de la ejución de un proyecto concreto[44]. El análisis de estas cláusulas indicó que el empleo de las mismas se relacionaba no con el hecho de que el contrato fuera de determinado tipo, sino con la probable presencia de alguna de las características siguientes:

i) que el incumplimiento de la obligación principal fuese relativamente fácil de probar (por ejemplo, cuando no se hace la entrega en la fecha fijada, o cuando no se cumple una especificación técnica);

ii) que existiese, en la fecha de celebración del contrato, alguna base que permitiera estimar la cuantía de la pérdida que problablemente ocasionaría el

[41] A/CN.9/177, párr. 15 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

[42] Artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

[43] *Pautas para la adquisición de tecnología extranjera por los países en desarrollo* (publicación de la ONUDI, ID/98), pág. 26; y *Guide for use in drawing up contracts relating to the internacional transfer of know-how in the engineerin industry* (publicación de la CEPE, TRADE/222/R34.1), párr. 75.

[44] *Guide for drawing up internacional contracts between parties associated for the purpose of executing a specific project* (publicación de la CEPE, ECE/TRADE 131), párr. 30.

incumplimiento. En relación con ciertos tipos de contratos, parece ser que se han desarrollado, en la esfera mercantil correspondiente, normas que definen los límites de las sumas convenidas que las partes pudieran estipular;[45]

iii) que pudiera resultar costoso o difícil probar la pérdida real sufrida;

iv) que el incumplimiento de la obligación principal no revistiera tanta gravedad como para justificar, por lo menos inicialmente, la terminación de la relación entre las partes;

v) que fuese necesario limitar el riesgo que supone la responsabilidad de la parte culpable de incumplimiento de la obligación principal;

vi) que se dieran circunstancias por las cuales, para una parte, lo importante fuera que la otra cumpliese el contrato, y no recibir daños y perjuicios por incumplimiento.

53. En la inmensa mayoría de los tipos de contrato, éste puede contener una obligación en relación con la cual se den algunas de las características arriba indicadas, lo que hace que la inserción de una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o de una cláusula penal resulte apropiada. Ciertos tipos de contratos casi invariablemente contienen una obligación respecto de la cual se dan esas características (por ejemplo, la obligación, en un contrato de construcción, de terminar las obras dentro de un plazo especificado). En otros tipos de contrato, esas obligaciones pueden ser menos frecuentes. Por ejemplo, en el contrato de investigación, en el que una parte contrata a la otra para que efectúe investigaciones con vistas a obtener determinados resultados, los deberes del investigador se definen a veces con flexibilidad. El objetivo de la investigación pudiera variar a medida que ésta progresa. La parte que encarga la labor de investigación confía, por lo que se refiere al cumplimiento correcto de lo contrado, en la integridayd y solvencia profesional del investigador[46]. En vista de estas circunstancias, en tales contratos es menos frecuente hallar cláusulas de indemnizasción fijada convencionalmente y cláusulas penales.[47]

54. Las consideraciones que anteceden sugieren que pudiera convenir no excluir tipo alguno de contrato de la aplicación de las normas propuestas. Además, ese intento de exclusión sería también desaconsejable debido a la gran variedad que ofrecen las obligaciones contractuales y a la dificultad de clasificar ciertas combinaciones de obligaciones en categorías con denominaciones específicas. Esto no obstante, cabe concebir que en algunos casos, y por diferentes motivos, pudiera ser inadecuada la aplicación de las normas propuestas.

*Razones de orden público*

55. En ciertas esferas (contratos de empleo, de préstamo, de arrendamiento), muchos sistemas jurídicos contienen disposiciones especiales basadas en el orden público que pudieren relacionarse con las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales[48]. En algunos casos, estas disposiciones pudieran no ser aplicables a los contratos internacionales, bien por ser de ámbito nacional exclusivamente bien porque los abusos que tratan de refrenar no suelen darse en las transacciones internacionales. Esto no obstante, los Estados pueden preferir que esas disposiciones prevalezcan sobre las normas propuestas cuando aquéllas sean aplicables a contratos internacionales.

*Codificaciones existentes*

56. Las normas legales que regulan ciertas esferas del comercio internacional pueden codificarse en forma de tratados o leyes a nivel global o regional. Cuando estas codificaciones regulan también el empleo de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o de las cláusulas penales, se puede adoptar el criterio de que es preferible que estas codificaciones prevalezcan sobre las normas propuestas. Cuando la codificación reviste la forma de contratos modelo que son de uso general, la opción dependerá, en gran parte, de los contratos determinados de que se trate. Si, por ejemplo, los contratos están redactados con claridad, responden a las necesidades de la esfera profesional de que se trate y, mediante su utilización regular, han originado una situación en la que ya han cobrado arraigo ciertas expectativas de las partes, pudiera ser más conveniente no aplicar las normas propuestas.

*Esferas de la ley de carácter peculiar*

57. Pueden hallarse ejemplos de casos en que, en cierta esfera del comercio internacional, se usa una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o una cláusula penal con una significación o función especial. Esto puede deberse a consideraciones peculiares de la esfera en cuestión. Pudiera ser difícil lograr que las características especiales de ese uso encajaran en el contexto de unas

[45] Así, por ejemplo, en relación con los contratos internacionales de construcción se ha indicado lo siguiente: "El monto de las deducciones por retraso varía según la importancia, complejidad y tamaño del proyecto. En general, oscila entre el 0,0001 y el 0,001% del precido del contrato por día. No suele especificarse un tope, pero si se desea establecer alguno, fijarlo en el 5–10% sería razonable." *Pautas para la preparación de contratos referentes a proyectos industriales en países en desarrollo* (publicación de la ONUDI, ID/149), apartado "Deducciones por retraso" del capítulo IV.

[46] Las reglas que rigen las actividades de ciertos cuerpos profesionales impiden a sus miembros la inserción de garantías de cumplimiento en los contratos que celebren. "Todo miembro deberá negarse a despositar fianza con vistas a garantizar la fiel ejecución de los trabajos de los servicios técnicos, a menos que ello sea necesario por el uso existente en el país correspondiente" (Norma 21 de las Normas de Conducta Profesional del Instituto Estadounidense de Ingenieros Consultores, reproducidas en el *Manual sobre el empleo de consultores en países en desarrollo* (publicación de la ONUDI, ID/3/Rev. 1), anexo 4). Esto no obstante, a veces se incluyen cláusulas penales (*Draft Guide for drawing up international contracts on consulting engineering, including related aspects of technical assistance* (documento de la CEPE, TRADE/GE.1/R.22/Rev.), párrs. 75 a 77.

[47] Endre Lontai, *The Research Contracts* (Leyden, A. W. Sijhoff, 1977, pág. 164.

[48] Véase también: A/CN.9/161, párr. 14 (*Anuario . . .1979*, segunda parte, I, C).

normas uniformes adecuadas a un amplio campo de contratos[49].

58. El que sea o no necesario incorporar a las normas una limitación en cuanto a los tipos de contratos que las normas han de regular pudiera depender de las circunstancias en que las normas hayan de llegar a ser aplicables. Así pues, si las normas han de ser aplicables por elección de las partes, podría dejarse a éstas en libertad de no aplicarlas a los contratos para los cuales no resultaran adecuadas.

## PARTE III. DIFICULTADES JURÍDICAS CON QUE SE TROPIEZA EN LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIZACIÓN FIJADA CONVENCIONALMENTE Y LAS CLÁUSULAS PENALES, SEGÚN LO MUESTRAN LAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES JUDICIALES Y LOS LAUDOS ARBITRALES

59. La Secretaría tropezó con dificultades para obtener una muestra representativa de sentencias de tribunales judiciales y laudos arbitrales sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales. Por lo general, los laudos arbitrales se consideran confidenciales, y no se comunican. En cuanto a las sentencias de tribunales judiciales, se tropezó con difidultad para el acceso a las sentencias de muchos países. Además, incluso en el caso de las jurisdicciones en que se tuvo acceso a índices de sentencias sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, estos índices no puntualizaban cuáles de esas sentencias correspondían a cláusulas contenidas en contratos internacionales. Es posible que una búsqueda más prolongada revelase nuevas sentencias pertinentes[50].

### *Problemas dimanados del carácter internacional del contrato*

60. Como era de esperar, se hallaron sentencias en que los tribunales hubieron de tomar en consideración el efecto de la ley extranjera sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o cláusulas penales[51]. El grado de dificultad de la determinación de cual era la ley aplicable y de la averiguación del contenido de la ley dependía de las circunstancias de cada caso.

61. Se hallaron ejemplos de casos en que los tribunales habían aplicado las disposiciones de su propia ley, por las que se permitía la reducción de las penas, basándose en que obligar a cumplir la pena en la cuantía convenida sería contrario al orden público[52].

62. En cuanto a la exigibilidad de hacer cumplir un fallo extranjero, se decidió que la aplicación errónea de una ley inglesa por un tribunal extranjero, con el resultado de hacer exigible una pena en lugar de invalidarla, no era obstáculo para que el fallo fuese considerado como obligatorio por un tribunal inglés[53].

### *Interpretación del contrato*

63. En el caso de diversas sentencias, la cuestión planteada era la de la interpretación del contrato de que se tratase. La mayoría de esos casos no presentaban características de interés a los efectos del presente estudio. Cabe, no obstante, señalar las siguientes sentencias:

1) Se ha observado que las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales se

[49] Véanse, por ejemplo, los siguientes comentarios sobre una cláusula penal que se aplica frecuentemente en las pólizas de fletamento ("La sanción por el no cumplimiento de esta póliza de fletamento, probados los daños y perjuicios, no será superior al importe estimado del flete"): "416. ... Como se considera generalmente que esta cláusula es inoperante, y no surte efecto en las demandas por daños y perjuicios en relación con la póliza de fletamento, es difícil comprender por qué razón se mantiene en las pólizas inglesas y estadounidenses. 417. Fuera del derecho inglés y del estadounidense, parece que, en principio, la cláusula penal tiene efectividad, pero la interpretación de la cláusula, en su versión antigua o modernizada, suscita diversas dudas. Por ejemplo: ¿la cláusula es solamente aplicable al incumplimiento total del contrato—como en el caso de que el armador no proporcione el buque o el fletador no entregue la carga—o es aplicable también en caso de incumplimiento por una u otra de las partes, o sólo al incumplimiento por el fletador, como parece que indica el uso de la expresión "importe estimado de flete" para determinar la sanción? ¿Se ha de aplicar la cláusula literalmente, como límite de la responsabilidad, independientemente de la cuantía de los daños y perjuicios que en efecto se hayan sufrido? 418. No parece que ninguna de estas y otras preguntas haya recibido respuesta clara en los distintos ordenamientos jurídicos, y es evidente que la cláusula penal, por las dudas que plantea su interpretación, puede ser causa de dificultades" (*Pólizas de fletamento*, Informe de la Secretaría de la UNCTAD (TD/B/C.4/ISL/13), párrs. 416 y 418). Véase también la Parte III, párr. 66 *infra*, donde se da a una cláusula penal contenida en una póliza de fletamento una interpretacion distintiva en relación con la fuerza mayor.

[50] La Secretaría consultó, entre otras cosas, el siguiente material que contiene laudos: *Yearbook of Commercial Arbitration, vols. I (1976) a IV (1979)* (Kluwer B. V., Países Bajos); *Z orzecznictwa Kolegium Arbitrow przy Polskiej Ixbie Handlu Zagranicznego* (Wydawnictwo Prawnicze, Varsovia, 1980); *Aus der Sprachpraxis des Schiedsgerichts bei der Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik,* 1954 a 1968 y 1969 a 1976 (Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik); Digest of Court Decisions of the American Arbitration Association, vol. I a vol. IV, No. 1 (marzo 1980); Quarterly of the Japan Commercial Arbitration Association (vol. I (1958) — No. 71 (Oct a Dec 1978); *Decisions of the Moscow Foreign Trade Arbitration Commission,* Part I (1934 a 1951) a Part VII (1971 a 1974); y estudios generales sobre laudos arbitrales en números recientes de las publicaciones *Journal du droit international* (Editions Techniques, S.A., Paris) y *Revue d'Arbitrage* (Librairies Techniques, Paris). En cuanto a la jurisprudencia, aparte de consultar los libros de texto e índices disponibles, se efectuó una búsqueda de casos británicos ocurridos con posterioridad a 1945, recurriendo a los servicios de la biblioteca computadorizada LEXIS, que fueron cortésmente facilitados por la casa Butterworths (Telepublishing) Ltd., de Londres. En cuanto a la jurisprudencia estadounidense recogida en la biblioteca LEXIS, se hizo una búsqueda preliminar con la amable ayuda del Sr. E. Allan Farnsworth, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad neoyorquina de Columbia. También se buscaron antecedentes en la biblioteca computadorizada EUROLEX, gracias a las facilidades dadas cortésmente por la European Law Centre Ltd., de Londres. La Secretaría agradece profundamente la ayuda que se la ha prestado en esta labor de búsqueda. Un comentarista ha señalado recientemente, que, a juzgar por los casos comunicados, las cláusulas penales no parecen ser motivo frecuente de litigio: Georges R. Delaume, *Transnational Contracts,* vol. I, Oceana Publications, Inc. (1980), párr. 3.04.

[51] Pueden verse algunos casos recientes en: *Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht,* 1976 (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1977), págs. 46 a 52 (aplicación de la ley neerlandesa); *Ibid,* 1978 (Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1980) págs. 35 a 40 (aplicación de las leyes de Ontario (Canadá)); *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Jahre 1976* (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck, 1978), págs 398 a 400 (aplicación de la ley española). Véase tambien: Reichsgericht in Zivilsachen, vol. 19 (1887), pág. 33.

[52] OLG Hamburgo, 23 de diciembre de 1902, 59, *Seufferts Archiv,* pág. 63; T. F., 25 de febrero de 1915, *Recueil Officiel* 41, II, 138 (sentencia suiza).

[53] *Godard v Gray* (1870), Law Reports. VI, Queens Bench, pág. 139.

insertan con gran frecuencia en relación con el retraso en el cumplimiento del contrato[54]. Sin embargo, cuando el incumplimiento consiste no en la demora sino en la falta de cumplimiento, la pena es no obstante, recuperable, ya que el no cumplimiento puede interpretarse como demora indefinida[55].

2) Cuando las disposiciones contractuales referentes a sanciones por incumplimiento que figuren en un contrato escrito no incluyan cláusula penal, pero, en la esfera mercantil de que se trate, se acostumbre a conceder el derecho a recibir indemnización, por las pérdidas causadas por determinado tipo de incumplimiento, disponiendo el pago de una pena conforme a una tasa especificada, la indemnización deberá revestir la forma de pena conforme a esa tasa[56].

3) Para que una cláusula pueda calificarse de cláusula penal, ha de disponer que la suma convenida es pagadera de producirse incumplimiento de contrato. Una cláusula que estipule que un comprador que pida la prórroga del período de embarque en un contrato C. I. F. puede recibir del vendedor el asentimiento a esa prórroga con tal de que el comprador pague al vendedor una suma de dinero como precio de la prórroga, no es una cláusula penal[57].

*Interpretación de la ley*

64. Muchas sentencias tratan de la interpretación de la ley o de la aplicación de la ley a los hechos. La mayoría de estas sentencias se ocupan de cuestiones que no son pertinentes a los efectos del presente estudio[58]. Las siguientes sentencias tratan de algunas de las cuestiones pertinentes más arriba mencionadas.

*Carácter accesorio de la pena*

65. Si la obligación principal no es válida, el promitente no está obligado a pagar en virtud de la obligación accesoria[59].

66. Conforme a una póliza-tipo de fletamento, el fletador había de pagar penas al armador en caso de que ocurrieran demoras en la carga del buque. Se sostuvo que, conforme a la práctica internacional uniforme, se interpretaría el contrato en el sentido de que las penas son pagaderas aun cuando la demora en la carga se deba a caso de fuerza mayor. Al utilizar la póliza-tipo, las partes habían convenido implícitamente en esta interpretación[60].

*Derecho a obtener tanto el cumplimiento de la obligación principal como el pago de la pena o indemnización fijada convencionalmente*

67. El pago de penas pagaderas por causa de demora en la entrega de una máquina no es obstáculo para que el comprador obtenga un mandamiento por el que se disponga la entrega de la máquina[61].

*Derecho a recuperar tanto la pena como los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación principal*

68. Se hallaron algunas sentencias que apoyaban el criterio de que no se puede recuperar tanto la pena como los daños y perjuicios[62]. Sin embargo, también se ha fallado en el sentido de que cuando un vendedor sabe que los bienes que vende se destinan a formar parte de una máquina que el comprador se dispone a vender a un tercero, y la demora en la entrega de los bienes causa a su vez una demora en la entrega de la máquina, el vendedor es responsable tanto de las penas estipuladas para caso de demora como de los daños y perjuicios que el comprador haya de pagar al tercero[63].

*Reducción de la cantidad convenida*

69. El hecho de que no sufriera daños el beneficiario de la promesa, o de que los sufriera en cuantía inferior a la

[54] Véase el párr. 33 *supra*.

[55] Istvan Szaszy, „Chronique de jurisprudence hongroise de droit international privé (1945 a 1972)", *Journal du droit international*, vol. 100, No. 2 (1973), 460 a 494; Azienda cecoslovaca K contro N. E. di Mersin (Turchia), Causa N. 23/66, Corte di arbitrato della camera di commercio di Praga, *Diritto Negli Scambi Internazionali*, vol. 6 (1967), págs. 283 a 295.

[56] Yves Derains, "Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale: chronique des sentences arbitrales", *Journal du droit international*, vol. 102, No. 4 (1975) págs. 916 a 929 (sentencia dictada en el caso No. 2139, en 1974). Puede verse un caso de enfoque similar en cuanto a la concesión del derecho a indemnización en el caso No. 25, *From the practice of the Maritime Arbitration Commission (1969 a 1972)* (Moscú, 1972, pág. 92. En el proyecto de artículo 1 del párr. 10 *supra*, la cuestión de si las normas propuestas deben aplicarse sólo a las cláusulas formuladas por escrito queda pendiente.

[57] Thos, P. Gonsalez Corporation v. F. R. Waring (International Pty) Ltd. (1978) vol. 1, *Lloyd's Laws Reports*, pág. 494. Véase, respecto de esta cuestión, el párr. 19 *supra*.

[58] Por ejemplo, sentencias en cuanto a sí, en *common law*, una cláusula determinada debe calificarse de cláusula de indemnización fijada convencionalmente o de cláusula penal: Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castenada 1905, *Appeal Cases*, 6; Hellenic Lines Ltd. v. Embassy of Pakistan, 467, *Federal Reporter, 2nd Series*, 1150.

[59] *Aus der Spruchpraxis des Schiedsgerichts bei der Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik (1969 a 1976)* (Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik) 1977, pág. 14; F. Enderlein y H. Strohbach "Chronique de jurisprudence de la R. D. A." *Journal du droit international*, vol. 107, No. 3 (1980) págs. 692 a 720 (Entreprise N., Budapest, Hongrie c. VEAHB E., Berlin, R. D. A.).

[60] Svetozar Hanak, "Chronique de jurisprudence tchecoslovaque" *Journal du droit international*, vol. 93 (1966), págs. 879 a 883. Véase el párr. 57 *supra*.

[61] Sentencia dictada en el caso del litigio entre la Foreign Trade Organization COMPLEX de Hungría (suministro de conjuntos de planta y equipo) contra la V/O Tjahpromexport, No. 109, *Collected Arbitration Cases, Part IV*, The U.S.S.R. Chamber of Commerce and Industry, Law Section (Moscú). La cuestión se decidió remitiéndose al Artículo 36 de los Fundamentos del Derecho Civil de la URSS y de las Repúblicas Socialistas Soviéticas Federadas.

[62] Sentencia de 6 de marzo de 1941 dictada respecto de la reclamación de V/O Raznoimport contra la Bulgarian Joint-Stock Company Musulla and Trading House Serdika., No. 18, *ibid*, Parte I. La cuestión se decidió remitiéndose al artículo 141, Nota 1, del Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia; sentencia de 12 de marzo de 1941 dictada en el caso de la reclamación de la V/O Vostokintorg contra la empresa turca Sümmerbank (Izmir), No. 19, *ibid;* sentencia del 18 de febrero de 1966 dictada en el caso de la Maschinen-Export (Berlín) contra la V/O Machinoexport, No. 152, *ibid*, Parte V. La cuestión se decidió remitiéndose al protocolo de 11 de abril de 1958 entre la URSS y la República Democrática Alemana; Istvan Szaszy "Chronique de jurisprudence hongroise de droit international privé (1945 a 1972)", *Journal du droit international*, vol. 100, No. 2 (1973) págs. 460 a 497. La cuestión se decidió remitiéndose a las disposiciones de las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1958.

[63] F. Enderlein y H. Strohbach, "Chronique de jurisprudence de la R. D. A.", *Journal du droit international*, vol. 107, No. 3 (1980), págs. 692 a 701 (U. GmbH, R. D. A. c. Entreprise T. Yugoslavie).

de la pena, no era motivo para denegarle el derecho a la recuperación de la pena, o a su reducción, porque la cantidad convenida tenía el carácter de indemnización uniforme[64].

70. Como factores que justificaban la reducción de las penas se reconocieron los siguientes:

*a*) El que la cuantía de la pena fuera excesiva en relación con el valor de las mercaderías, y la importancia relativa de la culpa del promitente; o

*b*) Que el beneficiario de la promesa contribuyera por igual al incumplimiento del contrato[65].

*c*) La índole excesiva de la pena en relación con la pérdida sufrida; o

*d*) Cuando el beneficiario de la promesa, al actuar en contravención de la práctica establecida, hubiese contribuido a su propia pérdida[66].

## PARTE IV. PROYECTO REVISADO DE NORMAS

71. El proyecto revisado de normas, con observaciones, que se expone a continuación se presenta con la intención de asistir al Grupo de Trabajo en sus deliberaciones. La finalidad de estos proyectos de normas revisados se limita a las cuestiones suscitadas durante el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo. Las normas se han dispuesto en el mismo orden en que se presentaron en su etapa precedente de proyecto preliminar al Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones. Es posible que hayan de ampliarse para abarcar otras cuestiones que el Grupo de Trabajo quizá desee considerar (por ejemplo, atribución de la carga de la prueba, consecuencias de la anulación o resolución del contrato por una de las partes).

### *Ambito de aplicación*

72. *Proyecto de artículo 1 revisado*

"Las presentes normas se aplican a los contratos en que las partes hayan acordado [por escrito] que, en caso de que una parte (el deudor) incumpla total o parcialmente sus obligaciones, la otra parte (el acreedor) quedará facultada para cobrar, o confiscar, una suma convenida de dinero."

*Observaciones*

73. Se ha procurado reflejar las decisiones tomadas por el Grupo de Trabajo en su primer período de sesiones[67]. Por consiguiente, no se hace referencia al objeto del acuerdo (pena, indemnización, limitación) ni a la posibilidad de la realización de un acto específico por el deudor.

74. La atención se ha desplazado del deber del deudor de pagar (como en el texto anterior) al derecho del acreedor a cobrar, a fin de cubrir el caso en que el acreedor cobra cantidades en virtud de una fianza de cumplimiento (véase el párr. 17, *supra*)

75. Han de considerarse las cuestiones siguientes:

1) Definición de las circunstancias en virtud de las cuales se podría calificar de internacional a un contrato;

2) Si debe excluirse del ambito de las normas algún tipo de contrato y, de ser así, cómo efectuar la exclusión; y

3) Si se debe mantener o no la exigencia de un acuerdo escrito.

### *Regulación del contrato por las normas*

76. *Proyecto de artículo 2 revisado*

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el acreedor no está facultado para cobrar o confiscar la suma convenida si el deudor no es responsable del incumplimiento."

*Observaciones*

77. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo[68] en cuanto al fondo de este artículo. El artículo entra en juego cuando se puede oponer excepción a una acción de indemnización por incumplimiento o cuando el derecho del acreedor dimanado del incumplimiento se extingue (por ejemplo, por expiración del plazo de prescripción). Quizá haya que aclarar la cuestión de la atribución de la carga de la prueba.

78. *Proyecto de artículo 3 revisado*

"1) Cuando la intención de las partes respecto de la suma convenida sea que ésta sirva de indemnización completa de una pérdida irrogada por incumplimiento, el acreedor no podrá exigir el cumplimiento si exige el cobro, o la confiscación de la suma convenida.

2) Cuando la intención de las partes respecto de la suma convenida sea que ésta sirva para indemnizar al acreedor, en caso de incumplimiento y la de cumplimiento perfecto, el acreedor podrá exigir el cumplimiento, y exigir también el cobro, o la confiscación, de la suma convenida.

3) Las partes podrán, mediante acuerdo, disponer cosa distinta."

*Observaciones*

79. Este artículo, y el proyecto de artículo 5 *infra* corresponde a dos cuestions relacionadas entre sí: regular la combinación de posibles sanciones, y evitar abusos.

80. El Grupo de Trabajo no estuvo de acuerdo sobre los principios que debían regular esta cuestión[69]. El contar

[64] *Aus der Spruchpraxis des Schiedsgerichts bei der Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik* (1954 a 1968) (Kammer für Außenhandel der Deutschen Demokratischen Republik, 1979), pag. 140 (se decidió remitiéndose a las Condiciones generales de entrega del CAEM, 1958).

[65] Istvan Szaszy, "Chronique de jurisprudence hongroise de droit international privé (1945 a 1972), *Journal du droit international*, vol. 100, No. 2 (1973), págs. 400 a 495. Se actuó refiréndose a las disposiciones del Código Civil húngaro.

[66] Laudo de 7 de mayo de 1956 correspondiente al caso de la Deutscher Innen- und Außenhandel Chemie (Berlín) contra la V/O Soyuzkhimexport, No. 52, *Collected Arbitration Cases, Part II*, The U.S.S.R. Chamber of Commerce and Industrie, Law Section (Moscú). Se actuó remitiéndose al artículo 142 del Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia.

[67] A/CN.9/177, párrs. 14 a 19 (*Anuario* . . . 1980, segunda parte, II).

[68] A/CN.9/177, párrs. 20 y 21 (*Anuario* . . . 1980, segunda parte, II).

[69] A/CN.9/177, párrs. 22 a 28 (*Anuario* . . . 1980, segunda parte, II).

con una norma en virtud de la cual, en todas las circunstancias, el acreedor sólo tuviese derecho al cobro de la suma convenida se traduciría, en algunos casos, en que el acreedor no quedaría suficientemente indemnizado. El contar con una norma en virtud de la cual, en todas las circunstancias, el acreedor pudiese cobrar la suma convenida y también exigir el cumplimiento de la obligación incumplida se traduciría, en algunos casos, en un exceso de indemnización. En los apartados 1) y 2) del proyecto de artículo *supra* se procura atender a dos casos que se dan con frecuencia en la práctica y exponer resultados aceptables para tales casos[70]. Conforme al partado 3), las partes quedan en libertad para modificar estos resultados y prever lo necesario para enfrentar otras situaciones.

81. Es de señalar que la regulación de la posible combinación de sanciones es sólo uno de los factores de la evitación de indemnizaciones poco equitativas. También es de importancia la cuantía de la suma convenida como pena o como indemnización fijada convencionalmente. Así pues, aplicando el apartado 1) del proyecto de artículo *supra,* si la suma se fija en una cantidad que excede del valor de la pérdida ocasionada por el incumplimiento, el acreedor quedará excesivamente indemnizado. La variación de la suma especificada prevista en el proyecto de artículo 6 puede considerarse como un remedio eficaz de la indemnización poco equitativa.

82. *Proyecto de artículo 5 revisado*[71]

"Si se produce un incumplimiento a cuyo respecto hayan las partes convenido en que se puede exigir el cobro, o la confiscación, de una suma de dinero, el acreedor sólo estará facultado para exigir el cobro, o la confiscación, de esa suma, pero no estará facultado para exigir daños y perjuicios. Las partes pueden convenir en que el acreedor, si prueba que su pérdida excede de la cuantía de esa suma, pueda cobrar también la cantidad en exceso."

*Observaciones*

83. En lo que respecta a la cuestión regulada mediante esta norma, los principios contenidos en el proyecto de artículo dado más arriba se reflejaban con suma frecuencia en los contratos examinados.[72]

84. *Proyecto de artículo 6 revisado*

*Variante 1*

"La suma convenida no será aumentada ni reducida."

*Variante 2*

"La suma convenida estipulada podrá ser reducida cuando sea [manifiestamente] [muy] excesiva [en relación con la pérdida que se ha producido], pero sólo si esa suma no constituye una auténtica estimación previa por las partes de la pérdida que probablemente sufriría el acreedor."

*Variante 3*

"Todo acuerdo de la clase descrita en el artículo 1 será nulo si la suma convenida es [manifiestamente] [muy] excesiva en relación tanto con *a*) la pérdida que podría haberse previsto razonablemente debido al incumplimiento, y *b*) la pérdida efectiva ocasionada de esta manera. El acuerdo no será nulo si la pérdida no hubiese podido predecirse con precisión o no pudiera determinarse con precisión."

*Observaciones*

85. Las formulaciones dadas más arriba se basan en variantes sometidas a la consideración del Grupo de Trabajo[73]. La variante 1 dispone que la suma especificada no podrá ser reducida; la variante 2 dispone que podrá ser reducida en ciertas circunstancias; y la variante 3 dispone que puede ser nula en ciertas circunstancias. Los trabajos futuros habrán de depender de una decisión en cuanto a cuál de estos enfoques ha de adoptarse.

[70] Véase el párr. 29 *supra*.

[71] El Grupo de Trabajo decidió suprimir el proyecto preliminar de artículo 4 (A/CN.9/177, párr. 28) (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

[72] En cuanto a las variantes consideradas por el Grupo de Trabajo, véase: A/CN.9/177, párrs. 29 a 36 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

[73] A/CN.9/177, párrs. 37 a 39 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, II).

## 2. Informe del Secretario General: análisis de las opiniones de los expertos y de las respuestas al cuestionario de la Secretaría sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (A/CN.9/WG.2/WP.33/Add. 1)*

### INDICE


| | *Párrafos* |
|---|---|
| Introducción | 1–2 |
| Analisis de las opiniones y de las respuestas | 3–20 |
| Pregunta 1 | 3–4 |
| Pregunta 2 | 5–6 |
| Pregunta 3 | 7–8 |
| Pregunta 4 | 9–10 |
| Pregunta 5 | 11–12 |
| Pregunta 6 | 13–15 |
| Pregunta 7 | 16–18 |
| Pregunta 8 | 19–20 |


* 9 de marzo de 1981.

## INTRODUCCIÓN

1. Con objeto de obtener opiniones sobre la práctica comercial seguida en cuanto a cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales, y particularmente en lo tocante a su experiencia en relación con las dificultades con que se tropieza para la negociación, redacción y ejecución de dichas cláusulas, la Secretaría pidió su parecer a determinados expertos en cuestiones jurídicas. La Secretaría solicitó asimismo a la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que distribuyera a sus comités nacionales un cuestionario al respecto[1].

2. Se recibieron respuestas al cuestionario procedentes de Alemania, República Federal de, Bélgica, Finlandia, Francia, India, Israel, Italia, Japón, Noruega, República de Corea, Suecia y Turquía. Las preguntas del cuestionario se reproducen más abajo; y en el apartado dedicado a cada una se analizan las respuestas recibidas al respecto. Se recibieron algunas opiniones de expertos en asuntos jurídicos, y se ha estimado conveniente hacerlas constar en el presente documento. Esas opiniones se reflejan *en notas de pie de página* correspondientes a las preguntas del cuestionario a que se refieren.

## ANÁLISIS DE LAS OPINIONES Y DE LAS RESPUESTAS

### *Pregunta 1*

3. *¿Se incluyen en los contratos internacionales estipulaciones relativas al pago de indemnizaciones fijadas convencionalmente o de penas por el incumplimiento total o parcial de contratos?*

*a*) *¿con frecuencia?*
*b*) *¿a veces?*
*c*) *¿nunca?*

4. En la mayoría de las respuestas se señaló que tales estipulaciones se incluían con frecuencia en contratos internacionales, si bien en algunas respuestas se señaló que sólo se incluían a veces. Hubo asimismo respuestas en el sentido de que la probabilidad de que se incluyesen tales estipulaciones dependía del tipo de contrato de que se tratara, ya que tales estipulaciones solían incluirse en los contratos de suministro de mercaderías, en relación con el incumplimiento de la fecha de entrega estipulada, y en los contratos para el suministro y montaje de planta y maquinaria[2].

### *Pregunta 2*

5. *¿Ha tropezado con dificultades para ponerse de acuerdo sobre la inclusión de tales estipulaciones en contratos internacionales? Sírvase dar detalles.*

6. La mayoría de las respuestas señalaban que, aunque se estaba a menudo de acuerdo sobre la necesidad de tales estipulaciones, se tropezaba con dificultades para ponerse de acuerdo sobre su contenido (especialmente sobre la cuantía de la suma pagadera, y el límite máximo de responsabilidad). En algunas de las respuestas se indicaba que no surgían dificultades para llegar a un acuerdo cuando la suma convenida cumplía únicamente funciones de indemnización, pero sí cuando se asignaba a esa suma una función que iba más allá de la de indemnización y suponía una sanción por incumplimiento. Se señaló que a veces se tropezaba con dificultades para llegar a un acuerdo por el que se determinase qué sanciones podrían exigir los compradores además de la suma convenida[3].

### *Pregunta 3*

7. *Si la respuesta a la pregunta 1 es* a) *o* b), *¿en qué tipo de contratos internacionales se incluyen tales estipulaciones?*

8. Se señaló que tales estipulaciones se incluían en una gran variedad de contratos. Se mencionaron en especial los siguientes: suministro de mercaderías, construcción e instalación de planta y maquinaria, contratos de construcción, constitución de empresas mixtas, y prestación de servicios a largo plazo. En cuanto a los préstamos, se señaló que la pena consistiría en un recargo del tipo de interés[4].

### *Pregunta 4*

9. *¿Para qué tipos de incumplimiento (por ejemplo, demora en el cumplimiento, incumplimiento de las normas estipuladas en el contrato) se suelen incluir tales estipulaciones, y cuáles son las ventajas especiales de tales estipulaciones para esos tipos de incumplimiento?*

10. En todas las respuestas se señalaba que tales estipulaciones solían incluirse para cubrir la demora en el

[1] La Secretaría queda sinceramente agradecida a la Cámara de Comercio Internacional por su cooperación, y a la secretaría de la CCI por su ayuda.

[2] Véanse asimismo las respuestas a la pregunta 4 *infra*.

[3] *a*) Un experto observó que podrían surgir dificultades para ponerse de acuerdo sobre las cuestiones siguientes: la ley por la que se regiría el contrato y la cláusula de indemnización fijada convencionalmente o cláusula penal; la cuantía de la indemnización fijada convencionalmente cuando ésta se aplicara a la demora en la entrega de planta o de equipo (por ejemplo, si habría de ser determinada proporción del valor de toda la unidad, del valor del elemento cuya entrega se demorase o del valor de los elementos que, debido a esa demora, no pudieran utilizarse); y las sanciones adicionales que el comprador podría exigir en los casos en que, habiéndose estipulado una indemnización fijada convencionalmente para caso de incumplimiento parcial (por ejemplo, en caso de producción inferior a la especificada), se produjera el incumplimiento total (imposibilidad total de utilizar la unidad).

*b*) Otro experto señaló que podrían surgir dificultades para lograr que la cláusula propuesta fuera ejecutoria en virtud de la ley aplicable convenida. Para obviar posibles dificultades a este respecto, se habían aplicado las siguientes soluciones: i) contratos que prevén diversas posibilidades (es decir, contratos que prevén diferentes obligaciones que corresponden a distintas modalidades de cumplimiento cualitativas, cuantitativas o bien de plazo); ii) descuentos por pronto pago o primas por cumplimiento anticipado; iii) cláusulas de vencimiento anticipado; y iv) estipulación del derecho a resolver el contrato antes de la fecha en que habría de quedar rescindido de otro modo, a cambio de un pago por resolución de contrato. Una de estas soluciones pudiera ser más apropiada para determinado contrato o más aceptable para una parte determinada.

[4] Un experto señaló que el tipo de contrato de que se tratase era uno de los varios factores que se tenían en cuenta en el momento de decidir si se incluirían tales estipulaciones. Otros factores eran: la importancia de la empresa acometida (por ejemplo, la fecha de terminación podría tener repercusiones políticas o en materia de desarrollo); las dificultades para probar la cuantía de las pérdidas irrogadas por determinados tipos de incumplimiento; el posible tratamiento de tales estipulaciones conforme a la ley aplicable; y la actitud que adoptaría ante las mismas el tribunal elegido para la solución de controversias.

cumplimiento[5]. En muchas respuestas se indicaba asimisimo que esas estipulaciones se incluían a veces en relación con el incumplimiento de determinadas normas estipuladas en el contrato, generalmente en contratos para el suministro de mercaderías, incluidas planta y maquinaria.

*Pregunta 5*

11. *¿Ha tropezado con dificultades en la aplicación o ejecución de tales estipulaciones en contratos internacionales? Sírvase dar detalles. En especial, las indemnizaciones fijadas convencionalmente o las penas*

*a) ¿se han declarado nulas?*

*b) ¿han sido reducidas por tribunales judiciales o arbitrales?*

12. En la mayoría de las respuestas se indicaba que no se había tropezado con dificultades y que, de acuerdo con la experiencia, las cláusulas de indemnización fijadas convencionalmente y cláusulas penales no se habían declarado nulas ni se habían reducido las sumas convenidas. Algunas respuestas señalaban que esas cláusulas rara vez se declaraban nulas, excepto cuando la suma convenida era muy excesiva. Las sumas convenidas se reducían a veces cuando el juez o el árbitro estaban facultados para reducirlas. Se observó asimisimo que a veces las partes solucionaban las controversias sobre pago de indemnizaciones fijadas convencionalmente y penas amistosamente, sin recurrir a los tribunales judiciales[6].

*Pregunta 6*

13. *¿Sería útil redactar una ley uniforme aplicable a los contratos internacionales que aminorase las dificultades que surgen en la aplicación de tales estipulaciones?*

14. Sobre este punto, las respuestas se dividían por partes iguales. Los que señalaron que sería útil la redacción de una ley uniforme adujeron en apoyo de sus opiniones las razones siguientes: una ley uniforme disminuiría las dificultades ocasionadas por las diferencias que existen en las legislaciones nacionales respecto de las indemnizaciones fijadas convencionalmente y las penas; esa ley reduciría las negociaciones sobre las cuestiones que abarcara, y en todo caso serviría de pauta en cuanto a las cuestiones a incluir; además una ley uniforme mejoraría las posibilidades de reclamación de la parte facultada para exigir una indemnización fijada convencionalmente o una pena.

15. Los que observaron que la redacción de una ley uniforme no sería útil adujeron en apoyo de su opinión las siguientes razones: los Estados vacilaban en aceptar leyes uniformes en materia de contratos; y, en especial, los Estados que contaban con leyes nacionales para refrenar los abusos en materia de indemnizaciones fijadas convencionalmente y penas se mostrarían reacios a excluir de su esfera de aplicación los contratos comerciales internacionales; las dificultades en este campo eran de carácter práctico y diferían en cada contrato, por lo que no podían resolverse mediante una ley uniforme; además, el texto de una ley uniforme tendría carácter vago y general y, por lo tanto, valor dudoso.

*Pregunta 7*

16. *¿Existen otros métodos, que no sean la redacción de una ley uniforme, que pudieran aminorar las dificultades con que tropiezan actualmente las partes para la aplicación de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (por ejemplo, la redacción de pautas que ayuden a las partes que deseen aplicar una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o una cláusula penal)?*

17. Se señalaron otros dos posibles criterios. En primer lugar, la formulación de condiciones generales o de contratos tipo que contuvieran términos que resolviesen las dificultades con que se venía tropezando. En segundo lugar, la formulación de pautas, con un análisis de los problemas planteados, y de posibles soluciones a los mismos.

18. En la mayoría de las respuestas contrarias a la redacción de una ley uniforme se encontraba cierta utilidad a uno u otro de los criterios mencionados, y sólo en algunas de las respuestas en favor de la redacción de una ley uniforme se le encontraba cierta utilidad a esos criterios como posibilidad distinta a la de una ley uniforme[7].

*Pregunta 8*

19. *¿Desearía formular alguna otra observación?*

20. La mayor parte de las respuestas no contenían otras observaciones. Otras contenían las siguientes obser-

[5] Un experto señaló que no siempre era posible ponerse de acuerdo para cuantificar la pérdida que la demora en el cumplimiento podría ocasionar (por ejemplo, la cuantificación del lucro cesante ocasionado por falta de entrega de una unidad a tiempo, las pérdidas ocasionadas por el efecto adverso de "propagación" a otras actividades económicas dimanado de la falta de dicha unidad). Al mismo tiempo, se señaló que, como en algunos casos (por ejemplo, el de un proyecto sumamente importante de desarrollo industrial) los costos imputables a la demora podrían ser tan elevados que ningún contratista aceptaría una cláusula de indemnización fijada convencionalmente que cubriera esos costos, el hecho de que fueran cuantificables era inoperante.

[6] *a*) Un experto se refirió a un método utilizado para aumentar la validez de tales estipulaciones conforme al cual, como primera medida, se procuraba llegar a un acuerdo sobre la ley y el tribunal que regirían para la solución de controversias. Subsecuentemente, la cláusula se redactaría de tal forma que aumentara al máximo las probabilidades de que su validez fuera reconocida conforme a la ley elegida y por el tribunal elegido. Se observó que, esto no obstante, podría haber dificultades en ponerse de acuerdo sobre la ley y el tribunal, y que también podría haber límites en cuanto a la medida en que las partes podrían elegir ley o tribunal.

*b*) Otro experto señaló que a veces surgían dificultades cuando se modificaba el plan inicial de un contrato de construcción sin que se introdujeran los ajustes correspondientes en las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales. También surgían dificultades cuando las partes preveían un límite máximo general para todas las indemnizaciones fijadas convencionalmente pero omitían especificar claramente qué sanciones se aplicarían en caso de incumplimiento total.

[7] Un experto señaló que la redacción de cláusulas uniformes o de cláusulas tipo no era deseable, ya que la defensa de la validez de una cláusula de indemnización fijada convencionalmente o de una cláusula penal contra la impugnación por razones de orden público, o de otra índole, dependía fundamentalmente de que la cláusula fuese razonable en relación con las circunstancias del contrato en que figurase.

vaciones respecto de la negociación de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y de cláusulas penales:

1) Debería fijarse siempre un límite máximo a la suma pagadera. En general, dicho límite debería representar de un 5 a un 8% del importe del contrato;

2) En los contratos globales, muy frecuentes en el sector de la construcción industrial, sólo deberían insertarse cláusulas de indemnización fijada convencionalmente o cláusulas penales en relación con el incumplimiento del plazo final de entrega. En cambio, no deberían incluirse en caso de incumplimiento en las fases sucesivas de construcción, transporte y montaje;

3) El contrato no debería contener ninguna estipulación que permitiese deducir el importe de la indemnización fijada convencionalmente o de la pena de las sumas debidas al proveedor;

4) Las cláusulas que preveían indemnizaciones fijadas convencionalmente o penas en caso de demora se combinaban a menudo con cláusulas que preveían una prima en caso de cumplimiento anticipado.

## C. Informe del Secretario General: cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda (A/CN.9/201)*

1. En su 11.° período de sesiones la Comisión había decidido que, como parte del estudio general sobre las prácticas contractuales internacionales, debía prestarse especial atención a las cláusulas de los contratos mercantiles internacionales por medio de las cuales las partes procuran protegerse contra los efectos de las fluctuaciones de la moneda[1]. En ese período de sesiones la Comisión pidió al Secretario General que efectuase un estudio preparatorio del tema.

2. La Comisión, en su 12.° período de sesiones, tuvo ante sí un informe del Secretario General titulado "Cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda"[2]. En dicho informe se describían las razones de orden comercial de estas cláusulas, cuyo objeto era proteger a los acreedores contra los efectos de los cambios del valor de una moneda en relación con otras, y de las cláusulas por medio de las cuales los acreedores intentan mantener el valor adquisitivo de la obligación monetaria dimanante del contrato. En dicho informe se examinaron los diferentes tipos de cláusulas, cuyo objeto era lograr esos dos resultados, así como el marco jurídico y político en que se aplicaban estas cláusulas en determinados países.

3. La Comisión, en su 12.° período de sesiones, reconoció que el tema tenía actualidad e interés, dada la fluctuación de las monedas más importantes para las relaciones económicas[3]. La opinión general fue que la elaboración de cláusulas como las que se describían en el informe beneficiarían al comercio internacional. No obstante, se expresaron dudas en el seno de la Comisión acerca de la eficacia de dichas cláusulas como salvaguardia frente a las fluctuaciones monetarias o a la inflación mundial. También se expresó la opinión de que era dudoso que a la Comisión le fuera posible reglamentar, en el ámbito mundial, el contenido de unas cláusulas que pretendieran eliminar todos o la mayor parte de los riesgos monetarios que entrañaban los contratos a largo plazo.

4. Como resultado, la Comisión pidió a la Secretaría que llevase a cabo nuevos estudios sobre las cláusulas de protección de las partes contra los efectos de las fluctuaciones del valor de la moneda, y, con referencia concreta a la conveniencia y viabilidad de la labor de la Comisión sobre este tema, presentase a la Comisión un informe sobre sus conclusiones, con las recomendaciones pertinentes[4].

5. La Secretaría estudia en la actualidad los problemas causados por las fluctuaciones monetarias en dos contextos.

1) La Comisión tendrá ante sí en el período de sesiones en curso un informe sobre una unidad de cuenta universal de valor constante para ser utilizada en las convenciones internacionales[5]. En el informe se propone que la utilización de los DEG esté vinculada a un índice apropiado y que se hagan ajustes para los Estados no miembros del Fondo Monetario Internacional. Como se indicó en el 12.° período de sesiones, el problema no es igual al que plantean los contratos mercantiles internacionales[6]. No obstante, desde la decisión del Fondo Monetario Internacional de cambiar la composición de los DEG, pasando de una cesta de 16 monedas a una de cinco, ha resurgido el interés por utilizar los DEG en las transacciones financieras privadas. En consecuencia, las conclusiones a que se ha llegado en relación con la unidad de cuenta serán procedentes para algunos contratos internacionales.

2) La Secretaría ha presentado al segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, que se reúne del 9 al 18 de junio de 1981 en Viena, la primera parte del estudio sobre contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales[7]. En la segunda parte del

* 2 abril 1981. Documento al que se hace referencia en el Informe, párr. 48 (primera parte, A, *supra*).

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/33/17), párr. 67 (*Anuario* ... 1978, primera parte, II, A).

[2] A/CN.9/164 (*Anuario* ... 1979, segunda parte, I, D).

[3] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones*, Suplemento No. 17 (A/34/17), párrs. 32 a 40 (*Anuario* ... 1979, primera parte, II, A).

[4] *Ibid.*, párr. 40.

[5] A/CN.9/200 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, II, C).

[6] A/CN.9/SR.213, párr. 7.

[7] A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add. 1 a 8 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

estudio, que deberá ser presentado al tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo, figurarán los estudios relativos al precio, incluida la cláusula sobre revisión de precios y la cláusula sobre monedas y tipos de cambio[8].

6. De los estudios efectuados hasta el momento se desprende claramente que los problemas monetarios son diferentes y que la solución más apropiada puede también ser diferente si el contrato implica:

El suministro periódico de mercancías durante un período de tiempo;

Un contrato de fletamento[9];

Un préstamo internacional en el mercado de eurodivisas[10], o

La construcción de una gran planta industrial.

7. En algunos tipos de contrato puede ser importante correlacionar las monedas de cuenta, y tal vez también las de pago, con aquellas en que el acreedor incurrirá en gastos. En otros tipos de contrato, puede ser importante utilizar una moneda o unidad de cuenta que no esté relacionada con las monedas en que el acreedor incurrirá en gastos o en que el deudor revenderá o recuperará de otro modo sus gastos. Esas decisiones repercuten sobre la naturaleza de la cláusula no sólo respecto de las monedas y el tipo de cambio, sino también respecto del mantenimiento del poder adquisitivo. La complejidad de estos problemas es mayor en cuanto que el sistema monetario internacional se encuentra aún en proceso de transformación.

8. Esa dificultad ya la había experimentado el Comité de Derecho Monetario Internacional de la Asociación de Derecho Internacional, al que por primera vez pidió la Conferencia de la Asociación en La Haya, en 1970, que propusiese diversos tipos de fórmulas para garantías de cambio monetario basadas en una unidad de cuenta. En vista de la considerable labor efectuada por el Comité en esta materia y respecto de las cláusulas de mantenimiento del valor adquisitivo, la Secretaría permanecerá en contacto con el Comité para el caso de que se produzcan nuevos acontecimientos.

9. En consecuencia, la Comisión tal vez desee pedir al Secretario General que prosiga sus estudios sobre cláusulas por las que las partes procuran protegerse contra las fluctuaciones del valor de la moneda que se describen en el párrafo 5 *supra*.

[8] A/CN.9/WG.V/WP.4 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

[9] Véase S. Mankabady, "The Currency, escalation and bunker clauses in charter-parties", *The International Contract*, vol. 6 (1980), pág. 361; L. Gorton, "Escalation and currency clauses in shipping contracts", *Journal of World Trade Law*, vol. 12 (1978), pág. 319.

[10] Véase, A. Jacquemont, "Le contrat d'euro-crédit; un contrat à contenue variable", *Journal du droit international*, vol. 106 (1979), pág. 34.

# II. PAGOS INTERNACIONALES*

## A. Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su 10.° período de sesiones (Viena, 5 a 16 enero 1981) (A/CN.9/196)**

INDICE


| | *Párrafos* |
|---|---|
| INTRODUCCIÓN | 1–13 |
| DELIBERACIONES Y DECISIONES | 14–213 |
| I. Normas uniformes aplicables a los cheques internacionales | 16–207 |
| Proyectos de artículo 34, X, 41 a 45, 53 a 66 *bis*, 67, 68, 70, 70 *bis*, 71, 72, 74, 74 *bis*, 74 *ter*, 74 *quater*, 75 a 85 | 16–163 |
| Proyectos de artículo A a F (cheques cruzados) | 164–190 |
| Cuestiones jurídicas que se plantean al margen del cheque | 191–199 |
| Cheques posdatados | 200–203 |
| Otras cuestiones | 204–207 |
| II. Labor futura | 208–213 |


### INTRODUCCIÓN

1. De acuerdo con las decisiones adoptadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Secretario General preparó un Proyecto de ley uniforme sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, con comentarios (A/CN.9/WG.IV/WP.2)[1]. En su quinto período de sesiones (1972), la Comisión creó un Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales. La Comisión pidió que el citado proyecto de ley uniforme se presentara al Grupo de Trabajo y encomendó al Grupo la preparación de un proyecto definitivo[2].

2. El Grupo de Trabajo celebró su primer período de sesiones en enero de 1973 en Ginebra. En ese período, el Grupo de Trabajo examinó los artículos del proyecto de ley uniforme relativos a la transmisión y negociación (artículos 12 a 22), los derechos y obligaciones de los firmantes (artículos 27 a 40) y la definición de los derechos del "tenedor" y del "tenedor protegido" (artículos 5, 6 y 23 a 26)[3].

3. El segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró en Nueva York en enero de 1974. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo continuó el examen de los artículos del proyecto de ley uniforme relativos a los derechos y obligaciones de los firmantes (artículos 41 a 45) y examinó los artículos referentes a la presentación, falta de aceptación o de pago y recursos, incluso los efectos jurídicos del protesto y de la notificación de la falta de aceptación o de pago (artículos 46 a 62)[4].

4. El tercer período de sesiones se celebró en Ginebra en enero de 1975. En su transcurso, el Grupo de Trabajo prosiguió el examen de los artículos concernientes a la notificación de la falta de aceptación o de pago (artículos 63 a 66). El Grupo examinó también las disposiciones relativas a la suma adeudada al tenedor o a un firmante subsidiariamente responsable que paga el título (artículos 67 y 68), y las disposiciones relativas a las circunstancias en que se extingue la responsabilidad de un firmante (artículos 69 a 78)[5].

---

* Para su examen por la Comisión véase el Informe de la misma, capítulo II (primera parte, A, *supra*).

** 16 de febrero de 1981. Mencionado en los párrs. 12 a 15 del Informe (primera parte, A, *supra*). Véase también la nota de la Secretaría: Posibles métodos para la adopción definitiva de las convenciones emanadas de la labor de la Comisión (A/CN.9/204), reproducida en el presente volumen, segunda parte, VIII.

[1] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su cuarto período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/8417), párr. 35 (*Anuario* ... 1971, primera parte, II, A). Véase una breve reseña de la materia hasta el cuarto período de sesiones de la Comisión en el documento A/CN.9/53, párrs. 1 a 7. Véase también el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su quinto período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/8717), párr. 61 2) *c*) (*Anuario* ... 1972, primera parte, II, A).

[2] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su quinto período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/8717), párr. 61 1) *a*) (*Anuario* ... 1972, primera parte, II, A).

[3] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su primer período de sesiones (Ginebra, 8 a 19 de enero de 1973), A/CN.9/77 (*Anuario* ... 1973, segunda parte, II, 1).

[4] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su segundo período de sesiones (Nueva York, 7 a 18 enero 1974), A/CN.9/86 (*Anuario* ... 1974, segunda parte, II, 1).

[5] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor de su tercer período de sesiones (Ginebra, 6 a 17 de enero de 1975), A/CN.9/99 (*Anuario* ... 1975, segunda parte, II, 1).

5. El cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró en Nueva York en febrero de 1976. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó los artículos 79 a 86 y los artículos 1 al 11 del proyecto de ley uniforme, con lo cual completó su primera lectura del proyecto de texto de dicha ley[6].

6. En su quinto período de sesiones, celebrado en Nueva York en julio de 1977, el Grupo de Trabajo inició la segunda lectura del proyecto de ley uniforme (cuyo título se modificó en dicho período de sesiones para que dijera "proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales") y examinó los artículos 1 a 24)[7].

7. El sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró en Ginebra en enero de 1978. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo, continuando su segunda lectura del texto del proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, examinó los artículos 5 y 6 y los artículos 24 a 53[8].

8. El séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró en Nueva York en enero de 1979. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo, continuando su segunda lectura del texto del proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, examinó el artículo 24 y los artículos 53 a 70[9].

9. El octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró en Ginebra en septiembre de 1979. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo, prosiguiendo su segunda lectura del texto del proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, examinó los artículos 1, 5, 9, 11 y 70 a 86[10]. Atendiendo a una decisión de la Comisión en su 12.° período de sesiones[11], el Grupo de Trabajo, en su octavo período de sesiones, pidió a la Secretaría que iniciara la labor preparatoria respecto de las normas uniformes aplicables a los cheques internacionales.

10. El noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró en Nueva York en enero de 1980. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo, prosiguiendo su tercera lectura del texto del proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, examinó los artículos 13 a 85 y el artículo 5 10) en relación con el artículo 22[12]. El Grupo de Trabajo también examinó los artículos 1 a 30 de las normas uniformes aplicables a los cheques internacionales redactadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.15).

11. El Grupo de Trabajo celebró su décimo período de sesiones en Viena del 5 al 16 de enero de 1981. El Grupo estuvo integrado por los ocho miembros siguientes de la Comisión: Chile, Egipto, Estados Unidos de América, Francia, India, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Todos los miembros del Grupo de Trabajo estuvieron representados en el décimo período de sesiones. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Alemania, República Federal de, Argentina, Australia, Austria, Cuba, China, España, Filipinas, Italia, Japón, Luxemburgo, Malasia, Países Bajos, Pakistán, Polonia, República de Corea, Republica Democrática Alemana, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tabago y Turquía, así como observadores del Fondo Monetario Internacional, el Banco de Pagos Internacionales, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Federación Bancaria Europea y la Cámara de Comercio Internacional.

12. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente . . . . . Sr. René Roblot (Francia)
Relator . . . . . Sr. Essam El-Din Hawas (Egipto)

13. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.IV/WP.18); proyecto de ley uniforme sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, con comentarios (A/CN.9/WG.IV/WP.2); proyecto de ley uniforme sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (primera versión) (A/CN.9/WG.IV/WP.6 y Add. 1 y 2); nota de la Secretaría: conveniencia de preparar normas uniformes y aplicables a los cheques internacionales (A/CN.9/WG.IV/CRP.5); proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (primera revisión), artículos 46 a 68 revisados por un grupo de redacción (A/CN.9/WG.IV/WP.10); proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (primera revisión), artículos 24 y 68 a 86, revisados por un grupo de redacción (A/CN.9/WG.IV/WP.12), y los informes respectivos* del Grupo de Trabajo

[6] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su cuarto período de sesiones (Nueva York, 2 a 12 de febrero de 1976), A/CN.9/117 (*Anuario* ... 1976, segunda parte, II, 1).

[7] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su quinto período de sesiones (Nueva York, 18 a 29 de julio de 1977), A/CN.9/141 (*Anuario* ... 1978, segunda parte, II, A).

[8] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones (Ginebra, 3 a 13 de enero de 1978), A/CN.9/147 (*Anuario* ... 1978, segunda parte, II, B).

[9] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su séptimo período de sesiones (Nueva York, 3 a 12 de enero de 1979), A/CN.9/157 (*Anuario* ... 1979, segunda parte, II, A).

[10] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor de su octavo período de sesiones (Ginebra, 3 a 14 de septiembre de 1979), A/CN.9/178 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, III, A).

[11] 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. 44 (*Anuario* ... 1979, primera parte, III, A).

[12] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables sobre la labor realizada en su noveno período de sesiones (Nueva York, 2 a 11 de enero de 1980), A/CN.9/181 (*Anuario* ... 1980, primera parte, III, B).

* Cada uno de los proyectos de artículo está enumerado de forma que corresponda al proyecto de artículo del Proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales que trata de un asunto igual o similar al comprendido en el proyecto de artículo de las normas uniformes. En consecuencia, cuando un proyecto de artículo del Proyecto de Convención no guarda relación con los cheques, se interrumpe la secuencia de los números de los proyectos de artículo de estas normas uniformes, y cuando un proyecto de artículo de estas normas uniformes no guarda relación con las letras de cambio o los pagarés, se le identifica por medio de una letra (por ejemplo, artículos A a F sobre cheques cruzados) (nota de pie de pagina en el original).

acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones primero (A/CN.9/77), segundo (A/CN.9/86), tercero (A/CN.9/99), cuarto (A/CN.9/117), quinto (A/CN.9/141), sexto (A/CN.9/147), séptimo (A/CN.9/157), octavo (A/CN.9/178) y noveno (A/CN.9/181); proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, párrafos 8 a 10 del artículo 5, párrafo 6 del artículo 9, párafo 2 del artículo 11, párrafos 2 y 5 del artículo 70, así como los artículos 71, 72 y 74 a 86, tal como quedaron aprobados por el Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.16), el texto del párrafo 1, apartado *a*) del artículo 25, y los artículos 70, 74 *bis* y 78 tal como fueron redactados de nuevo por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.17), y dos notas de la Secretaría en la que se establecen normas uniformes aplicables a los cheques internacionales (A/CN.9/WG.IV/WP.15 y 19).

### Deliberaciones y decisiones

14. En el período de sesiones en curso, el Grupo de Trabajo continuó su intercambio preliminar de opiniones sobre los artículos 34 a 86 de las normas uniformes aplicables a los cheques internacionales y sobre los proyectos de artículo A a F relativos a cheques cruzados, en base a los textos preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.15 y A/CN.9/WG.IV/ WP.19).

15. Al clausurarse el período de sesiones, el Grupo de Trabajo expresó su reconocimiento a los observadores de Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los representantes de organizaciones internacionales que habían asistido al período de sesiones.

### I. *Normas uniformes aplicables a los cheques internacionales*

*Proyectos de artículo 34, X, 41 a 45, 53 a 66* bis, *67, 68, 70, 70* bis, *71, 72, 74, 74* bis, *74 ter, 74 quater, 75 a 85**

*Párrafo 1) del artículo 34*

16. El texto del párrafo 1) del artículo 34 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El librador, en caso de falta de pago del cheque [y una vez efectuado el protesto debido], se compromete a pagar al tenedor el importe del cheque y todos los intereses y gastos que puedan exigirse al amparo de los artículos 67 ó 68."

17. El Grupo de Trabajo examinó la índole de la responsabilidad del librador de un cheque. Señaló que en virtud de lo dispuesto en el proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales la responsabilidad del librador de una letra era de índole subsidiaria y sólo materializaba tras la debida presentación del título por el tenedor y la subsiguiente falta de pago por el librado. El Grupo de Trabajo opinó que las normas uniformes aplicables a los cheques internacionales debían estipular que:

1. El compromiso del librador consistía en pagar el importe del cheque al tenedor tras su desatención por falta de pago;

2. El librador de un cheque quedaría liberado de su responsabilidad en caso de falta de presentación del cheque por el tenedor; en caso de producirse demora en la presentación, el librador no quedaría liberado de su responsabilidad salvo en la cuantía de la pérdida atribuible a la demora.

18. El Grupo opinó que debía aplicarse una norma paralela respecto de la falta de protesto o de la demora en efectuarlo.

19. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactase de nuevo el párrafo 1) del artículo 34 de conformidad con lo convenido.

*Párrafo 2) del artículo 34*

20. El texto del párrafo 2) del artículo 34 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"2) En librador no podrá excluir o limitar su propia responsabilidad mediante una estipulación en el cheque. Esa estipulación no tiene ningún efecto."

21. El Grupo de Trabajo aprobó esta disposición sin modificaciones. Un representante propuso suprimir ese párrafo por razón de que, en su opinión, un cheque en el que el librador excluía o limitaba su responsabilidad no era un cheque según lo dispuesto en el proyecto de Convención.

*Artículo X*

22. El texto del artículo X que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) Los cheques no pueden ser aceptados. Toda mención de aceptación consignada en un cheque se reputa no escrita.

"2) Toda declaración hecha por escrito en un cheque, en la que se indique certificación, confirmación, aceptación, visa, o cualquier otra expresión equivalente tendrá efecto sólo para determinar la existencia de fondos e impedir el retiro de dichos fondos por el librador, o el uso de dichos fondos por el librado para fines distintos del pago del cheque que contenga una declaración de ese tipo, antes de la expiración del plazo de presentación."

23. El Grupo de Trabajo señaló que el párrafo 1) del artículo X, propuesto por la Secretaría, seguía al artículo 4 de la Ley Uniforme de Ginebra sobre cheques en el sentido de que un cheque no podía ser aceptado por el librado y que toda mención que pretendiera constituir aceptación sería nula. Tras debatir este asunto, el Grupo no consiguió ponerse de acuerdo sobre una norma uniforme que o bien mantuviese lo dispuesto por la norma uniforme de Ginebra o bien permitiese ceñirse a lo dispuesto en la sección 3–411 del *Uniform Commercial Code* (Código Comercial Uniforme) de los Estados Unidos de América, en virtud

* Los informes mencionados en el presente párrafo figuran en los siguientes anuarios: A/CN.9/77: *Anuario* ... 1973, segunda parte, II, 1. A/CN.9/86: *Anuario* ... 1974, segunda parte, II, 1. A/CN.9/99: *Anuario* ... 1975, segunda parte, II, 1. A/CN.9/117: *Anuario* ... 1976, segunda parte, II, 1. A/CN.9/141: *Anuario* ... 1978, segunda parte, II, A. A/CN.9/147: *Anuario* ... 1978, segunda parte, II, B. A/CN.9/157: *Anuario* ... 1979, segunda parte, II, A. A/CN.9/178: *Anuario* ... 1980, segunda parte, III, A. A/CN.9/181: *Anuario* ... 1980, segunda parte, III, B.

del cual el librador o un tenedor podían procurarse la aceptación (certificación). Por consiguiente, el Grupo opinó que el proyecto de Convención propuesto debía facultar a las Partes Contratantes a autorizar la aceptación de un cheque por parte de un banco librado, debiendo especificar, en ese caso, los efectos jurídicos de esa aceptación.

24. El Grupo de Trabajo señaló asimismo la práctica existente en varios países por la que los bancos librados certificaban un cheque o daban su conformidad al mismo o estampaban una visa sobre el cheque. El Grupo opinó que también a este respecto se debía facultar a las Partes Contratantes para autorizar este tipo de menciones y determinar sus efectos jurídicos, como se dispone, por ejemplo, en el artículo 6 de anejo II al Convenio de Ginebra estableciendo una ley uniforme en materia de cheques.

25. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactase de nuevo el artículo X de conformidad con lo convenido.

*Artículo 41*

26. El texto del artículo 41 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El endosante, en caso de que no sea atendido el cheque por falta de pago, y una vez efectuado el protesto debido, se compromete a pagar al tenedor el importe del cheque y todos los intereses y gastos que puedan exigirse al amparo de los artículos 67 ó 68.

"2) El endosante podrá eximirse de responsabilidad o limitarla mediante estipulación expresa en el cheque. Esta estipulación sólo será válida respecto de ese endosante."

27. Respecto al compromiso del endosante de pagar el cheque desatendido por falta de pago, se planteó la cuestión de si convendría exigir también la formulación de un protesto. Tras debatir el tema, el Grupo de Trabajo opinó que debía exigirse el protesto por su valor probatorio de la falta de pago. El Grupo aprobó este artículo sin modificaciones.

*Artículo 42*

28. El texto del artículo 42 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) La persona que transmite un cheque mediante simple entrega responde frente a todo tenedor posterior a ella misma por cualesquiera daños que a dicho tenedor pudiera causarle el hecho de que, antes de esa transmisión:

*a*) Se pusiera en el cheque una firma falsificada o no autorizada; o

*b*) El cheque fuera objeto de una alteración importante; o

*c*) Un firmante tenga una acción o excepción válida; o

*d*) El cheque fuera desatendido por falta de pago.

"2) La indemnización por daños según el párrafo 1 no podrá ser superior a la suma a que se refieren los artículos 67 ó 68.

"3) Sólo se responderá de los defectos mencionados en el párrafo 1 frente al tenedor que recibiere el cheque sin conocimiento de tal defecto."

29. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones.

*Párrafo 1) del artículo 43*

30. El texto del párrafo 1) del artículo 43 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El pago de un cheque podrá ser garantizado, respecto de la totalidad o de parte de la cantidad, por cuenta de cualquier firmante por cualquier persona, que puede o no haber pasado a ser firmante, con excepción del librado."

31. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones siguientes:

1. Si puede garantizarse el pago de un cheque no sólo por cuenta de un firmante sino también por cuenta de un librado;

2. Si también el librado puede garantizar el pago.

32. Respecto a la cuestión 1, el Grupo de Trabajo señaló que, en el contexto del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, se había decidido que podía garantizarse el pago de una letra por cuenta del librado. En tal caso, la persona que garantizase el pago por parte del librado se convertía en firmante con responsabilidad principal.

33. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo opinó que el propuesto proyecto de Convención sobre cheques internacionales no debía permitir que se garantizase el pago por cuenta de un banco librado. El Grupo concluyó que, a falta de pruebas sobre prácticas bancarias corrientes a este respecto, no estaría justificado redactar normas detalladas sobre la relación resultante entre el avalista del librado y el librado, el avalista y el librador, y sobre la índole de la responsabilidad del avalista.

34. Respecto a la cuestión 2, el Grupo de Trabajo opinó que el artículo 43 debía facultar al librado a convertirse en avalista. Por consiguiente, el Grupo decidió suprimir las palabras "con excepción del librado" al final del párrafo 1).

*Párrafos 2) y 3) del artículo 43*

35. El texto de los párrafos 2) y 3) del artículo 43 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"2) El aval deberá escribirse en el cheque o en hoja anexa al mismo ("añadido").

"3) El aval se expresará mediante las palabras: "garantizado", "avalado", "bueno por aval", o expresión equivalente, acompañada por la firma del avalista."

36. El Grupo de Trabajo aprobó estos párrafos sin modificaciones.

*Párrafo 4) del artículo 43*

37. El texto del párrafo 4) del artículo 43 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"4) El aval podrá efectuarse mediante una sola firma. Salvo que el contexto indique otra cosa.

*a*) La sola firma de una persona distinta del librador en el anverso del cheque es un aval;

*c*) La sola firma en el reverso del cheque es un endoso."

38. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo sin modificaciones. Si en virtud del artículo X un Estado autorizaba la aceptación de un cheque por el librado y si en ese Estado, en virtud de su propia legislación, la aceptación podía efectuarse mediante la simple firma del librado sobre el anverso del cheque se planteó la cuestión de si esa firma constituía una aceptación o un aval de pago por parte del librado. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo opinó que debía mantenerse la norma estipulada en el inciso *a*) del párrafo 4) de que la sola firma de una persona distinta del librador en el anverso del cheque era un aval. Por consiguiente, la firma de un librado otorgada en calidad de aceptante, podría considerarse únicamente como una aceptación si esa firma iba acompañada por la palabra "aceptado" u otra de alcance similar.

39. Se planteó además la cuestión de cuál sería el efecto de un cheque firmado en blanco. El Grupo de Trabajo opinó que debía mantenerse lo dispuesto en el inciso *c*) del párrafo 4) y que, por consiguiente, tal firma debía considerarse como un endoso. Respecto a la cuestión de si un cheque pagadero al portador podía convertirse en un cheque pagadero a la orden mediante un endoso especial del tenedor, el Grupo opinó que, una vez emitido el cheque al portador por el librador, un endoso especial no podía transformarlo en un cheque pagadero a la orden de un endosante. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactase un texto apropiado, inspirado en el texto del artículo 20 de la Ley Uniforme de Ginebra sobre Cheques.

*Párrafo 5) del artículo 43*

40. El texto del párrafo 5) del artículo 43 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"5) El avalista podrá indicar la persona a quien avale. A falta de esa indicación, la persona a quien avale será el librador."

41. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo sin modificaciones.

*Artículo 44*

42. El texto del artículo 44 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"El avalista responde por el cheque en la misma medida que el firmante a quien avale, a menos que el avalista haya estipulado otra cosa en el cheque."

43. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones.

*Artículo 45*

44. El texto del artículo 45 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"El avalista que pague el cheque tiene derechos basados en él frente al firmante a quien avale y frente a quienes respondan por aquél respecto de dicho firmante."

45. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones.

*Artículo 53*

46. El texto del artículo 53 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"Se considerará que un cheque ha sido debidamente presentado al pago si se presenta de conformidad con las siguientes reglas:

*a*) El tenedor deberá presentar el cheque al librado o a la cámara de compensación en día hábil y a una hora razonable;

*f*) Todo cheque deberá presentarse al pago dentro de . . . de su fecha.

*g*) El cheque deberá presentarse al pago:

i) en el lugar de pago fijado en él; o

ii) si no se ha fijado un lugar de pago, en el domicilio del librado indicado en el cheque; o

iii) si no se ha fijado un lugar de pago y no se ha indicado el domicilio del librado, en el establecimiento principal del librado."

47. Se señaló que el inciso *a*) estipulaba que la presentación de un cheque a una cámara de compensación se consideraba válida. A este respecto se plantearon las dos cuestiones siguientes: 1. Si debía estipularse que en tal caso la presentación sería válida únicamente si se efectuaba ante una cámara de compensación de la que el banco librado fuese miembro; y 2. Si, en el caso de mantenerse la presentación a una cámara de compensación, no debía reflejarse esta circunstancia en el inciso *g*) relativo al lugar en que el cheque debe presentarse al pago. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el fondo de estas observaciones y decidió suprimir en el inciso *a*) las palabras "o a la cámara de compensación" y añadir un nuevo inciso *h*) que estipulara lo siguiente:

"*h*) La presentación al pago podrá efectuarse ante una cámara de compensación de la que el librado sea miembro."

48. Como consecuencia de la norma aprobada respecto a la presentación de cheques ante una cámara de compensación, el Grupo de Trabajo decidió introducir las modificaciones correspondientes en el artículo 53 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales.

49. Respecto al inciso *f*) se expresaron opiniones divergentes sobre el plazo dentro del cual un cheque debía presentarse al pago. Conforme a una opinión, ese plazo debía ser lo más breve posible porque un cheque era básicamente un título de pago cuya reglamentación debía

impedir toda especulación por parte del tenedor con miras a demorar su presentación para beneficiarse de posibles fluctuaciones monetarias a su favor. Según otra opinión el plazo en que había de efectuarse la presentación debía fijarse teniendo en cuenta posibles demoras ocasionadas por la lentitud de los medios de comunicación y por la ausencia en algunos países de sistemas de cobro modernizados. Tras debatir esta cuestión, el Grupo examinó diversas propuestas y decidió proponer, a modo de transacción, en el proyecto de normas que el cheque debía presentarse dentro de un plazo de 120 días de su fecha.

50. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo con sujeción a las modificaciones antes indicadas.

*Párrafo 1) del artículo 54*

51. El texto del párrafo 1) del artículo 54 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) La demora en efectuar la presentación al pago se excusa cuando se deba a circunstancias ajenas a la voluntad del tenedor y que éste no pudo evitar o superar. Cuando cese la causa de la demora, la presentación deberá efectuarse con diligencia razonable."

52. El Grupo de Trabajo aprobó esta disposición sin modificaciones.

*Párrafo 2) del artículo 54*

53. El texto del párrafo 2) del artículo 54 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"2) La presentación al pago quedará dispensada:

"[*a*) Cuando el librador, un endosante o un avalista haya renunciado a la presentación expresa o tácitamente; esa renuncia:

i) si está formulada en el cheque por el librador, obliga a toda parte subsiguiente y beneficia a cualquier tenedor;

ii) si está formulada en el cheque por una parte distinta del librador, obliga sólo a esa parte pero beneficia a cualquier tenedor;

iii) si está formulada fuera del cheque, obliga sólo a la parte que la hace y beneficia únicamente al tenedor en cuyo favor se hizo.]

"*c*) Si la causa de la demora sigue existiendo pasados... días después de la expiración del plazo para efectuar la presentación al pago."

54. El Grupo de Trabajo aprobó el inciso *a*) del párrafo 2) sin modificaciones, manteniendo los corchetes.

55. Se indicó que el librador renunciaría a la presentación tácitamente si hubiera revocado el pago. No obstante, se expresó la opinión opuesta según la cual el hecho de que el librador hubiera revocado el pago no debería eximir al tenedor de la presentación del cheque al librado. Un representante expresó la opinión de que la renuncia por el librador a la presentación del cheque contradecía la naturaleza del cheque.

56. En cuanto al inciso *c*), el Grupo de Trabajo decidió que se podía prescindir de la presentación al pago si la causa de la demora mencionada en el párrafo 1) del artículo 54 había seguido existiendo pasados treinta días.

*Artículo 55*

57. El texto del artículo 55 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"Si el cheque no se presenta debidamente al pago, los endosantes y sus avalistas no responderán por él."

58. El Grupo de Trabajo examinó si la presentación debida era necesaria a fin de que el librador fuera responsable por el cheque. Se señaló que según la Ley Uniforme de Ginebra sobre Cheques la falta de presentación debida por parte del tenedor extinguía la responsabilidad del librador por el cheque. Sin embargo, el artículo 20 del Anexo II del Convenio de Ginebra estableciendo una Ley uniforme en materia de cheques reservaba la facultad a cada una de las Altas Partes contratantes "de no subordinar a la presentación del cheque y al levantamiento del protesto ... la conservación del recurso contra el librador y determinar los efectos de este recurso".

59. Según la *Bills of Exchange Act* (Ley sobre letras de cambio) británica de 1882 (sección 74 (1)), "cuando no se presente al pago un cheque dentro de un plazo razonable después de su emisión y el librador o la persona por cuya cuenta se ha librado tenga derecho frente al banquero a que se pague el cheque en el momento de la presentación y efectivamente sufre perjuicio como consecuencia de la demora, resulta liberado en la medida del perjuicio sufrido, es decir, en la medida en que ese librador o esa persona sea acreedor del banquero por una suma mayor de la que sería el caso si se hubiera pagado el cheque". Por consiguiente, según esa norma, el librador de un cheque no estaba liberado por simple demora en la presentación, excepto en la medida en que el librador hubiera sufrido daños y perjuicios como consecuencia de la demora.

60. Según el *Uniform Commercial Code* (Código Comercial Uniforme), sección 3–502, cuando sin excusa alguna la presentación se demorase más allá del plazo en que era debida "todo librador que, debido a que el librado o el banco pagador se vuelve insolvente durante la demora, resulte privado de fondos conservados en poder del librado o del banco pagador para cubrir al título, podrá liberarse de su responsabilidad mediante cesión por escrito al tenedor de sus derechos frente al librado o al banco pagador con respecto a esos fondos, pero el librador no está liberado en otro respecto".

61. Tras un debate, el Grupo de Trabajo opinó que, teniendo en cuenta las disposiciones de los diversos reglamentos mencionados anteriormente, la norma según la cual el librador resultaría liberado de su responsabilidad en caso de falta de presentación debida del cheque por el tenedor no se justificaría. Por otra parte, sería igualmente injustificado mantener la responsabilidad del librador por el cheque si no se hubiera efectuado presentación alguna. El Grupo expresó la opinión de que la norma establecida en la Ley Uniforme de Ginebra sobre Cheques debía moderarse mediante una disposición según la cual la demora en la presentación debida no conduciría a la

extinción de la responsabilidad del librador, pero, en tal caso, el librador tendría derecho a reducir su responsabilidad por el importe de la pérdida sufrida como consecuencia de la demora. En consecuencia, el Grupo decidió que, al redactar de nuevo las disposiciones a fin de cubrir la responsabilidad del librador, la Secretaría debía basarse en los siguientes principios:

1. La presentación es necesaria para que el librador sea responsable por el cheque;

2. En caso de no presentación, el librador resulta liberado de su responsabilidad por el cheque; y

3. La demora en la presentación no libera al librador de su responsabilidad, pero si la demora ha ocasionado pérdidas o daños y perjuicios, el importe del cheque por el cual es responsable el librador se reducirá por el importe de la pérdida o los daños y perjuicios sufridos.

62. El Grupo de Trabajo decidió que debían establecerse normas paralelas respecto del deber del tenedor de protestar por falta de pago.

*Artículo 56*

63. El texto del artículo 56 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) Se considerará que hay falta de pago de un cheque:

*a*) cuando, efectuada la presentación debida, se deniegue el pago o cuando el tenedor no pueda obtener el pago a que tiene derecho con arreglo a la presente Convención;

*c*) cuando se dispense de la presentación al pago de conformidad con el párrafo 2) del artículo 54 y el cheque no esté pagado.

"2) Si el cheque no es pagado, el tenedor podrá ejercer, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57, una acción contra el librador, los endosantes y sus avalistas."

64. El Grupo de Trabajo aprobó el artículo sin modificaciones, a la luz del debate sobre el inciso *a*) del párrafo 2) del artículo 54.

*Artículo 57*

65. El texto del artículo 57 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"Si un cheque no ha sido atendido por falta de pago, el tenedor sólo podrá ejercer su acción [contra los endosantes y sus avalistas] una vez que el cheque haya sido debidamente protestado por falta de aceptación o de pago, según lo dispuesto en los artículos 58 a 61."

66. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo a reserva de que se suprimieran las palabras "contra los endosantes y sus avalistas" y que se alinearan las disposiciones relacionadas con el protesto por falta de pago o aceptación con la decisión relativa al artículo 55.

*Párrafos 1), 2) y 3) del artículo 58*

67. El texto de los párrafos 1), 2) y 3) del artículo 58 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El protesto es una declaración de falta de aceptación o de pago, hecha en el lugar en el que se denegó la aceptación o el pago del cheque, y firmada y fechada por una persona autorizada a certificar la falta de aceptación o de pago de un título negociable por la ley del lugar. La declaración debe especificar:

*a*) la persona a cuyo requerimiento se protesta el cheque;

*b*) el lugar del protesto; y

*c*) la petición hecha y la repuesta dada, si la hubo, o el hecho de que no pudo hallarse al librado.

"2) El protesto puede hacerse:

*a*) en el propio cheque o en una hoja anexa a éste ("añadido"); o

*b*) en un documento separado, en cuyo caso deberá precisar claramente cuál es el cheque no atendido.

"3) A menos que en el cheque se estipule la obligatoriedad del protesto, éste puede reemplazarse por una declaración escrita en el cheque y firmada y fechada por el librado; en la declaración se debe señalar que se deniega el pago."

68. El Grupo de Trabajo aprobó estas disposiciones sin modificaciones.

*Párrafo 3* bis*) del artículo 58*

69. El texto del párrafo 3 *bis*) del artículo 58 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"3 *bis*) Cuando un cheque se presente a una cámara de compensación, se podrá efectuar el protesto mediante una declaración fechada por la cámara de compensación en la que se especifique que el cheque le ha sido presentado y no ha sido pagado."

70. El Grupo de Trabajo decidió modificar esta disposición sustituyendo las palabras "se podrá efectuar el protesto" por las palabras "se podrá sustituir el protesto". El Grupo de Trabajo decidió asimismo que se debía incluir una disposición análoga en el proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales.

*Párrafo 4) del artículo 58*

71. El texto del párrafo 4) del artículo 58 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"4) La declaración hecha de conformidad con el párrafo 3 se considera como un protesto a efectos de la presente Convención."

72. El Grupo de Trabajo decidió insertar en el párrafo una referencia al párrafo 3 *bis*).

*Artículo 59*

73. El texto del artículo 59 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"El protesto de un título por falta de pago deberá hacerse el día en que el cheque no es pagado o en uno de los dos días hábiles siguientes."

74. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones.

*Artículo 60*

75. El texto del artículo 60 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) Si el cheque que ha de protestarse por falta de pago no es debidamente protestado, los endosantes y sus avalistas no responderán por él.

"2) La falta de protesto de un cheque no exonera de la responsabilidad correspondiente al librador, sus endosantes y sus avalistas."

76. El Grupo de Trabajo, de conformidad con sus decisiones relativas al párrafo 1) del artículo 34 y al artículo 55, decidió suprimir el párrafo 2) y pedir a la Secretaría que redactase de nuevo el párrafo 1) a fin de incluir al librador, basándose en los siguientes principios: 1. El protesto es necesario para exigir el pago al librador o a su avalista; 2. La estipulación relativa a la demora en el protesto debe en tal caso redactarse a la luz de la discusión relativa al párrafo 1) del artículo 34 y al artículo 55.

*Párrafo 1) del artículo 61*

77. El texto del párrafo 1) del artículo 61 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) La demora en protestar un cheque por falta de pago se excusará cuando se deba a circunstancias ajenas a la voluntad del tenedor y que éste no pudo evitar o superar. Cuando cese la causa de la demora, deberá efectuarse el protesto con diligencia razonable."

78. El Grupo de Trabajo aprobó esta disposición sin modificaciones.

*Párrafo 2) del artículo 61*

79. El texto del párrafo 2) del artículo 61 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"2) El protesto por falta de pago quedará dispensado:

*a*) Cuando el librador, un endosante o un avalista haya renunciado expresa o tácitamente al protesto; esa renuncia:

i) si está formulada en el cheque por el librador, obliga a todo firmante subsiguiente y beneficia a cualquier tenedor;

ii) si está formulada en el cheque por un firmante que no sea el librador, obliga sólo a ese firmante pero beneficia a cualquier tenedor;

iii) si está formulada fuera del cheque obliga sólo al firmante que la hace y beneficia únicamente al tenedor en cuyo favor se hace.

*b*) Si la causa de la demora en hacer el protesto sigue existiendo pasados . . . después de la fecha de la falta de pago;

[*c*) en lo que respecta al librador de un cheque, si el librador y el librado son la misma persona;]

*e*) si se dispensa la presentación al cobro según lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 49 o en el párrafo 2) del artículo 54;

*f*) si la persona que reclama el pago de conformidad con el artículo 80 no puede efectuar el protesto debido a su incapacidad de cumplir los requisitos previstos en el artículo 83."

80. El Grupo de Trabajo aprobó el fondo de este párrafo a reserva de las siguientes decisiones:

1. En el inciso *b*) del párrafo 2), el protesto por falta de pago quedará dispensado si la causa de la demora mencionada en el párrafo 1) sigue existiendo pasados treinta días después de la fecha de la falta de pago. Se sugirió que el inciso *b*) del párrafo 2) se convirtiera en el inciso *a*) del párrafo 2).

2. Conservar las disposiciones del inciso *c*) del párrafo 2).

3. Suprimir en el inciso *e*) del párrafo 2) la referencia al párrafo 2) del artículo 49.

4. Suprimir el incisio *f*) del párrafo 2) (véase la decisión más abajo, párrafo 159).

81. Por lo que respecta al inciso *a*) del párrafo 2), una representante reservó su posición aduciendo que, en su opinión, la posibilidad, según esa disposición, de una renuncia tácita en el cheque al protesto era inaceptable.

*Artículos 62, 63 y 64*

82. El texto de los artículos 62, 63 y 64 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

*"Artículo 62*

"1) El tenedor, cuando el cheque no sea atendido por falta de pago, deberá dar aviso de ello al librador, los endosantes y los avalistas.

"3) El endosante o avalista que sean notificados deberán dar aviso de la falta de pago al firmante inmediatamente precedente que sea responsable del cheque.

"4) La notificación opera en beneficio de todos los firmantes que tengan una acción basada en el cheque frente al firmante notificado.

*"Artículo 63*

"1) La notificación de la falta de pago puede efectuarse en cualquier forma y mediante cualesquiera términos que identifiquen el cheque y declaren que no ha sido atendido. La simple devolución del cheque basta para hacer la notificación, siempre que se acompañe una declaración que indique que no ha sido atendido.

"2) La notificación de la falta de pago se considerará debidamente efectuada si se comunica o se envía por medios adecuados a las circunstancias a la persona que ha de ser notificada, independientemente de que dicha persona la reciba o no.

"3) La carga de la prueba de que la notificación ha sido debidamente efectuada incumbe a la persona obligada a efectuar esa notificación.

*"Artículo 64*

"La notificación de la falta de pago debe efectuarse dentro de los dos días hábiles siguientes:

"*a*) al día del protesto o, cuando se dispense el protesto, al día de la falta de pago; o

"*b*) al recibo de la notificación hecha por otra firmante."

83. El Grupo de Trabajo aprobó estos artículos sin modificaciones.

*Párrafo 1) del artículo 65*

84. El texto del párrafo 1) del artículo 65 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) La demora en notificar la falta de pago se excusa cuando se deba a circunstancias ajenas a la voluntad del tenedor y que éste no haya podido evitar ni superar. Cuando cese la causa de la demora, debe efectuarse la notificación con razonable diligencia."

85. El Grupo de Trabajo aprobó esta disposición sin modificaciones.

*Párrafo 2) del artículo 65*

86. El texto del párrafo 2) del artículo 65 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"2) La notificación de falta de pago quedará dispensada:

*a*) cuando [el librador], un endosante o un avalista haya renunciado expresa o tácitamente a ella; esa renuncia:

i) si está formulada en el cheque por el librador, obliga a todo firmante subsiguiente y beneficia a cualquier tenedor;

ii) si está formulada en el cheque por un firmante que no sea el librador, obliga sólo a ese firmante pero beneficia a cualquier tenedor;

iii) si está formulada fuera del cheque, obliga sólo al firmante que la hace y beneficia únicamente al tenedor en cuyo favor se hace.

*b*) si, después de actuar con debida diligencia, esa notificación no puede efectuarse;

[*c*) en lo que respecta al librador de un cheque, si el librador y el librado son la misma persona.]"

87. El Grupo de Trabajo decidió conservar las palabras "el librador" en el inciso *a*) del párrafo 2).

88. Una representante reservó su posición aduciendo que, en su opinión, la posibilidad de renunciar tácitamente a la notificación de falta de pago en el cheque era inaceptable.

89. A reserva de la decisión relativa a las palabras "el librador", el Grupo de Trabajo aprobó las disposiciones del inciso *a*).

90. El Grupo de Trabajo decidió asimismo conservar el incisio *c*) del párrafo 2).

*Artículos 66 y 66* bis

91. El texto de los artículos 66 y 66 *bis* que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

*"Artículo 66*

"La omisión de la debida notificación de la falta de pago hace que la persona que, con arreglo al artículo 62, tenga que hacer tal notificación, responda ante el firmante que deba recibirla por cualquier daño que ese firmante pueda sufrir como consecuancia directa de dicha omisión, siempre que dichos daños no excedan de la suma debida con arreglo a los artículos 67 ó 68.

*"Artículo 66* bis

"El tenedor puede ejercer los derechos que le otorga el cheque frente a cualquiera de los firmantes obligados por el mismo, frente a varios de ellos o frente a todos ellos, y no tiene obligación de respetar el orden en que los firmantes se hayan obligado."

92. El Grupo de Trabajo aprobó estos artículos sin modificaciones.

*Artículo 67*

93. El texto del artículo 67 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El tenedor puede reclamar contra cualquier firmante obligado el importe del cheque con intereses, si se han estipulado.

"2) Cuando el pago se efectúa después de que se ha incurrido en incumplimiento por falta de pago respecto del cheque, el monto del cheque con intereses, si se han estipulado, desde la fecha del incumplimiento hasta la del pago, o, en ausencia de dicha estipulación, intereses al tipo especificado en el párrafo 4), calculados a partir de la fecha del incumplimiento y sobre la suma especificada en el párrafo 2).

"3) Todos los gastos del protesto y las notificaciones que haya hecho.

"4) El tipo de interés será del [2] por ciento anual por encima del tipo de interés oficial (tipo bancario) u otro tipo similar apropiado que esté vigente en el principal centro nacional del país donde el cheque sea pagadero; si no existe ese tipo, se aplicará un [ ] por ciento anual, que se calculará sobre la base del número de días de conformidad con la costumbre en ese centro."

94. Se recordó que, durante el examen del artículo 7, el Grupo de Trabajo había dejado pendiente el problema de determinar si el proyecto de Convención propuesto debía prever la estipulación de intereses en un cheque y que había decidido abordar la cuestión en el contexto del artículo 67. Se expresaron opiniones diversas acerca de esta tema. Según una de ellas, el proyecto de Convención propuesto debía permitir la estipulación de intereses de modo que esa práctica pudiera seguir vigente en el marco de la Convención en los países donde ya existiera. Además, el proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales permitía la estipulación de intereses en las letras de cambio pagaderas a la vista.

95. Se expresó la opinión contraria de que la Convención propuesta no debía permitir una estipulación de intereses, ya que el chequa era esencialmente un título de pago y no un título de crédito. Teniendo en cuenta asimismo la existencia en muchos países de procedimientos de tratamiento automático de cheques, la manipulación de los cheques podría resultar entorpecida si los bancos tuvieran que calcular la suma pagadera debido a una estipulación de intereses. Si un acreedor deseaba que le pagaran mediante un título que incluyera una cláusula que estipulara intereses, podría solicitar una letra pagadera a la vista librada contra un banco.

96. El Grupo de Trabajo, tras un debate, decidió que el proyecto de Convención propuesto no debía incluir una disposición que previese la estipulación de intereses.

97. Como consecuencia de esta decisión, el Grupo de Trabajo decidió suprimir, en el *párrafo 1*) del artículo 67, las palabras "con intereses, si se han estipulado".

98. El Grupo de Trabajo decidió modificar el *párrafo 2*) del artículo 67 en consecuencia de la decisión antes mencionada con respecto a la estipulación de intereses. El Grupo decidió, además, sustituir, en ese párrafo, la expresión "fecha del incumplimiento" por la expresión "fecha de la presentación" por las siguientes razones. Según el párrafo 9) del artículo 5 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, la fecha de vencimiento de una letra a la vista era la fecha en que el instrumento se presentaba al pago. Según el apartado ii) del inciso *b*) del párrafo 1) del artículo 67 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, los intereses pagaderos por una letra a la vista que no hubiera sido aceptada correrían a partir de la fecha de la presentación. Por consiguiente, puesto que el cheque era un título a la vista, debería regir una norma análoga para los cheques.

99. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió sustituir los párrafos 2) y 3) del artículo 67 por el texto siguiente:

"2) Cuando el pago se efectúa después de que se ha incurrido en incumplimiento de la obligación de pagar el cheque, el tenedor puede reclamar contra cualquier firmante obligado el importe del cheque con los intereses al tipo especificado en el párrafo 4), calculados a partir de la fecha de la presentación hasta la fecha del pago y todos los gastos del protesto y las notificaciones que haya hecho."

100. Se señalo que según el inciso *b*) del párrafo 1 del artículo 67 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, los intereses pagaderos por un título que no fuera a la vista correrían a partir de la fecha del vencimiento. No obstante, en el caso de partes cuya responsabilidad es principal (aceptante y firmante), esta norma podría producir resultados inaceptables como en el caso de la presentación al pago de una letra aceptada o de un pagaré después de su vencimiento. En consecuencia, se propuso que el inciso *b*) del párrafo 1) del artículo 67 se modificara de modo que los intereses corrieran a partir de la fecha de la presentación.

101. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un memorando explicativo que expusiera los problemas planteados por la anterior propuesta y que redactara, si procediera, otros posibles proyectos.

102. El Grupo de Trabajo no conservó una propuesta en el sentido de que el proyecto de Convención sobre Cheques Internacionales propuesto debía prever la posibilidad de que se estipulara en el cheque el interés pagadero tras incumplimiento de la obligación de pagar el cheque.

103. El Grupo de Trabajo decidió que el *párrafo 4*) del artículo 67 se conservase, pero que pudiera examinarse de nuevo mas adelante. Se expresó la opinión de que el texto actual quizá no permitiría en toda circunstancia determinar el tipo de interés aplicable.

*Artículo 68*

104. El texto del artículo 68 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El firmante que pague un cheque con arreglo al artículo 67 podrá reclamar a los firmantes obligados ante él:

*a*) la suma total que estaba obligado a pagar con arreglo al artículo 67 y ha pagado;

*b*) los intereses devengados por esa suma al tipo especificado en el párrafo 4) del artículo 67, calculado a partir del día en que hizo el pago;

*c*) todos los gastos por concepto de las notificaciones que haya hecho.

"2) ..."

105. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo pero decidió agregar un párrafo 2), análogo al párrafo 2) del artículo 68 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, cuyo texto rezaría así:

"2) No obstante lo dispuesto en el párrafo 4) del artículo 25, si el firmante paga el cheque con arreglo al artículo 67 y se le transmite el cheque, esta transmisión no conferirá al firmante los derechos que tuviese sobre el cheque cualquier tenedor protegido anterior."

*Párrafos 1) y 3) del artículo 70*

106. El texto de los párrafos 1) y 3) del artículo 70 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El firmante se liberará de sus obligaciones en virtud del cheque cuando pague, al tenedor o a un firmante posterior a él mismo, la suma debida en cumplimiento de los artículos 67 y 68.

"3) El firmante no se liberará de sus obligaciones si en el momento en que efectúa el pago sabe que un tercero ha ejercido una acción válida sobre el cheque o que el tenedor adquirió el cheque mediante hurto o falsificó la firma del librado o de un endosatario, o participó en dicho hurto o falsificación."

107. El Grupo de Trabajo decidió adaptar el texto de estos párrafos al de los párrafos 1 y 3 del artículo 70 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Inter-

nacionales y Pagarés Internacionales que habían sido aprobados en su noveno período de sesiones. En consecuencia, el Grupo de Trabajo aprobó el texto siguiente:

"1) Un firmante se liberará de sus obligaciones basadas en el cheque cuando pague al tenedor o a un firmante posterior que haya pagado el cheque la suma debida en conformidad con los artículos 67 y 68.

"3) Un firmante no se liberará de sus obligaciones si paga a un tenedor que no sea tenedor protegido y si sabe en el momento del pago, que un tercero ha ejercido una acción válida sobre el cheque o que el tenedor adquirió el cheque mediante hurto o falsificó la firma del tomador o de un endosatario, o participó en dicho hurto o falsificación."

*Párrafo 4) del artículo 70*

108. El texto del párrafo 4) del artículo 70 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"4) *a*) A menos que se convenga otra cosa, toda persona que reciba pago de un cheque en virtud del párrafo 1) de este artículo debe entregar, a la persona que efectúa el pago, el cheque, todos los protestos, y una cuenta con el recibí.

*b*) Toda persona de quien se exija el pago puede retener dicho pago si la persona que lo exige no le entrega el cheque. La retención del pago en estas circunstancias no constituye incumplimiento de la obligación de pagar.

*c*) Si el pago se efectúa pero la persona que paga no obtiene el cheque, esta persona queda liberada de sus obligaciones pero esta liberación no puede oponerse contra un tenedor protegido."

109. Se observó que el *inciso a*) del párrafo 4) preveía la situación de un cheque tras incumplimiento de la obligación de pagarlo. Se sugirió que esta disposición también se refiriera a la obligación impuesta a una persona que recibiera el pago de parte del librado. El Grupo de Trabajo aceptó esta propuesta y decidió que se introdujera una modificación análoga en el inciso *a*) del párrafo 1) del artículo 70 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales. Sin embargo, se señalo que la condición de que la persona que recibiese el pago entregase a la persona que lo efectuara una cuenta con el recibí sólo se aplicaría en situaciones en que un firmante pagara en virtud de una acción recursoria. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con esta observación y pidió a la Secretaría que redactara por separado disposiciones relativas al pago por parte del librado y al pago por un firmante.

110. El Grupo de Trabajo aprobó el inciso *b*) del párrafo 4) sin modificaciones.

111. Con respecto al *inciso c*), el Grupo de Trabajo reafirmó su opinión de que, en el caso en que se hubiera pagado un cheque y la persona que hubiera recibido el importe hubiera conservado el cheque y posteriormente lo hubiera transmitido a un tenedor protegido, este tenedor protegido tenía derecho de recibir el pago correspondiente y no se podía oponer a dicho tenedor protegido la excepción de pago previo. Sin embargo, se observó que este resultado ya emanaba del artículo 25 relativo a los derechos de un tenedor protegido y que, por lo tanto, el inciso *c*) era superfluo. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con esta observación y señaló que, si la persona a quien se había transmitido el cheque no era un tenedor protegido, se podía oponer a dicha persona la excepción de liberación basada en el pago (artículo 24). No obstante, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que volviera a examinar los artículos 24 y 25 para cerciorarse si estos resultados emanaban claramente del texto de estos artículos.

*Nuevo artículo 70* bis

112. El texto del artículo 70 *bis* que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"Si el librado paga un cheque, girado sobre él, a su tenedor, sin conocimiento de que el endoso ha sido falsificado o efectuado por un mandatario sin poder [o de que un tercero ha ejercitado una acción válida sobre el cheque], al hacer ese pago no incurrirá en responsabilidad por razón únicamente de ese endoso falsificado o efectuado sin poder [o por haberse ejercitado dicha acción]."

113. Al examinar este artículo, el Grupo de Trabajo consideró el régimen aplicable, en virtud del proyecto de Convención, al pago de un título en el cual se hubiera falsificado un endoso. En virtud del artículo 22 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, que aprobó el Grupo de Trabajo, una parte que haya sufrido perjuicios como consecuencia de un endoso falsificado en una letra de cambio tendrá derecho a recibir una indemnización del falsificador del endoso y de la persona que recibió directamente el título del falsificador. Por consiguiente, en el caso en que una letra hubiera sido robada del tomador y en que el ladrón hubiera falsificado el endoso del tomador y transmitido la letra a A, quien hubiese recibido el pago de parte del librado, el tomador tendría derecho a recibir una indemnización por daños tanto de parte del ladrón como de A, incluso en el caso de que A fuera un tenedor protegido. Sin embargo, si el ladrón no hubiese transmitido el título a A, sino que hubiese recibido él mismo el pago del librado, se planteaba la cuestión de saber si la acción del tomador se dirigiría no sólo contra el ladrón sino también contra el librado. En otras palabras, ¿cabría considerar al librado como una persona que había recibido la letra directamente de manos del falsificador?

114. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que la presente redacción del artículo 22 no ponía en claro de manera inmediata si el artículo 22 abarcaba a una persona que había recibido un título directamente de manos del falsificador en razón del hecho de que pagaba tal título. Se expresaron opiniones divergentes con respecto a cuál debía ser la norma apropiada.

115. Con arreglo a una opinión, el librado que pagaba directamente al falsificador una letra con un endoso falsificado estaría obligado ante el tomador porque el librado, al recibir el título de manos del falsificador, debía estar en una situación análoga a la de un endosante que recibía un título del falsificador. Los efectos jurídicos de tal

solución serían diferentes si el proyecto de Convención hiciera una distinción entre el pago efectuado por el librado con conocimiento de que el endoso había sido falsificado o sin conocimiento de ello. El nuevo artículo 70 *bis* que proponía la Secretaría debía su existencia a esta distinción, en el sentido de que en él se estipulaba que, si el librado pagaba un título sin conocimiento de que el endoso había sido falsificado, no incurría en responsabilidad alguna por razón únicamente de ese endoso falsificado. Se sugirió que también debía reflexionarse sobre la conveniencia de disponer de diferentes normas a ese respecto, según que el título fuera una letra, un pagaré o un cheque. En el caso de una letra o un pagaré, el librado o aceptante, o el firmante, tenía la facultad de averiguar a quién pagaba el título.

116. Según otra opinión, el librado no debía ser considerado responsable porque la máxima "conozca a su endosante", en que se basaba el derecho a recibir una indemnización en virtud del artículo 22, no debía aplicarse al librado. Como en lo tocante a la primera opinión, debían aplicarse normas diferentes si el proyecto de Convención hacía una distinción entre el pago por el librado con conocimiento de que el endoso había sido falsificado o sin conocimiento de ello. Si el librado pagaba con conocimiento de la falsificación, éste debía asumir el riesgo de pérdida, puesto que pagaba con conocimiento de causa a una persona que no tenía derecho al título, es decir, al falsificador. En otras palabras, el librado no podía entonces cargar en cuenta del librador y éste no quedaba liberado de sus obligaciones. Por otra parte, si el librado pagaba el título sin conocimiento de la falsificación, éste no debía asumir el riesgo de pérdida, sino que ese riesgo debía recaer en el tomador que había perdido el título, quedando el librador liberado de sus obligaciones. Se expresó la opinión de que, si se adoptaba este criterio para letras y pagarés, también debía adoptarse para los cheques.

117. Según una tercera opinión, el pago por el librado al falsificador debía responsabilizar al librado a pagar una indemnización al tomador cuya firma hubiera sido falsificada únicamente en el caso en que dicho pago por el librado hubiera sido hecho con conocimiento de que la firma del tomador había sido falsificada. Según esta opinión, al igual que en lo tocante a la segunda, el riesgo de falsificación debía ser asumido por la persona que hubiera perdido el título si el pago hubiera sido hecho sin conocimiento de la falsificación. Por otro lado, si el pago se hubiera hecho con conocimiento de la falsificación, el riesgo de pérdida debía recaer en el librado. Sin embargo, a diferencia de la situación que se planteaba según la segunda opinión, a los fines de liberación de las obligaciones del librador era indiferente si el librado había efectuado el pago con conocimiento de la falsificación o sin conocimiento de ella.

118. El Grupo de Trabajo opinió que las diversas cuestiones planteadas durante los debates requerían examen ulterior. Por consiguiente, pidió a la Secretaría que preparara disposiciones alternativas en base a las opiniones expresadas, y que tuviera en cuenta asimismo la cuestión de los títulos al portador hurtados y pagados. El Grupo de Trabajo también pidió a la Secretaría que presentara un memorando explicativo del proyecto de disposiciones alternativas.

*Párrafo 1) del artículo 71*

119. El texto del párrafo 1) del artículo 71 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El tenedor no está obligado a aceptar un pago parcial."

120. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo sin modificaciones.

*Párrafo 2) del artículo 71*

121. El texto del párrafo 2) del artículo 71 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"2) Si el tenedor no acepta el pago parcial, se considerará que ha habido falta de pago del cheque."

122. Se observó que este párrafo, aunque expresaba correctamente la norma deseada, estaba torpemente redactado. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactara de nuevo esta disposición a fin de expresar más claramente la idea de que se considerará que ha habido falta de pago del cheque si el tenedor a quien se ofrece el pago parcial no lo acepta.

*Párrafo 3) del artículo 71*

123. El texto del párrafo 3) del artículo 71 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"3) Si el tenedor acepta un pago parcial del librado, se considerará que ha habido falta de pago del cheque por la suma que ha quedado por pagar."

124. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo sin modificaciones.

*Párrafo 4) del artículo 71*

125. El texto del párrafo 4) del artículo 71 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"4) Si el tenedor acepta un pago parcial de un firmante del cheque distinto del librado:

*a*) La parte que haga el pago quedará liberada de sus obligaciones basadas en el cheque hasta el monto de la suma pagada; y

*b*) El tenedor deberá entregar a ese firmante una copia certificada del cheque y de todo protesto autenticado, a fin de permitir el ejercicio de un recurso subsiguiente."

126. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo con sujeción a que se suprimieran las palabras "distinto del librado".

*Párrafo 5) del artículo 71*

127. El texto del párrafo 5) del artículo 71 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"5) El librado o el firmante que haga un pago parcial podrá pedir que se indique en el cheque que se ha hecho dicho pago y que se le extiende el recibo correspondiente."

128. Se puso el siguiente ejemplo: El librador emite un cheque pagadero a la orden del tomador, éste lo endosa a A y A lo endosa a B; B presenta el cheque al librado para su pago. Como el librado no lo paga, B exige el pago al

librador y éste paga parcialmente sin exigir que se haga mención del pago parcial en el cheque. Posteriormente B exige el pago del tomador, quien paga el monto total. Se planteó la cuestión de si en el párrafo 5) no se debía exigir que se hiciera mención en el cheque del pago parcial a fin de impedir que se pagara a B el monto total del cheque.

129. Se observó a este respecto que, normalmente, un firmante que pagara parcialmente exigiría que se hiciera mención en el cheque del pago parcial a fin de protegerse contra un posterior tenedor protegido. Además, si se hiciera obligatoria la mención del pago parcial en el cheque, se plantearía inmediatamente la cuestión de saber cuál sería la sanción del incumplimiento de esa obligación. El Grupo de Trabajo, tras un debate, decidió conservar el párrafo 5) en su presente redacción.

*Párrafo 6) del artículo 71*

130. El texto del párrafo 6) del artículo 71 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"6) Cuando un firmante pague el monto no pagado, la persona que reciba el monto no pagado que esté en posesión del cheque deberá entregarle el cheque cancelado y todos sus protestos autenticados."

131. Se propuso que la norma expresada en este párrafo rigiera también en el caso en que un librado pagara el monto no pagado. El Grupo de Trabajo aceptó esa propuesta y pidió a la Secretaría que enmendara también, en consecuencia, el párrafo 6) del artículo 71 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales.

*Artículo 72*

132. El texto del artículo 72 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El tenedor podrá negarse a recibir el pago en un lugar distinto de aquel en que se haya presentado debidamente el cheque al pago de conformidad con el inciso *g*) del artículo 53.

"2) Si el pago no se efectúa después en el lugar en que se presentó debidamente el cheque al pago de conformidad con el inciso *g*) del artículo 53, se considerará que ha habido falta de pago de cheque."

133. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones.

*Artículo 74*

134. El texto del artículo 74 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) Un cheque deberá pagarse en la moneda en que se exprese su importe.

"2) El librador podrá indicar en el cheque que éste deberá pagarse en una moneda determinada distinta de aquella en que se exprese su importe. En ese caso:

*a*) El cheque deberá pagarse en la moneda así determinada;

*b*) El importe exigible se calculará según el tipo de cambio indicado en el cheque. A falta de tal indicación, el importe exigible se calculará según el tipo de cambio para efectos a la vista en el día de su presentación;

i) Vigente en el lugar en que deba presentarse el cheque para su pago con arreglo al inciso *g*) del artículo 53, si la moneda determinada es la de ese lugar (moneda local); o

ii) Si la moneda determinada no es la de ese lugar, según los usos del lugar en que deba presentarse el cheque para su pago con arreglo al inciso *g*) del artículo 53.

*c*) Si dicho cheque no es atendido por falta de pago, el importe se calculará:

i) Si se indica el tipo de cambio en el cheque, según ese tipo;

ii) Si en el cheque no se indica ningún tipo de cambio, a elección del tenedor, según el tipo de cambio vigente el día de su presentación o el día en que se efectúe el pago.

"3) Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá a que un tribunal conceda una indemnización por daños y perjuicios causados al tenedor por fluctuaciones de los tipos de cambio si tales daños y perjuicios son causados por la desatención del cheque por falta de pago.

"4) El tipo de cambio vigente un día determinado será el tipo de cambio, a elección del tenedor, en el lugar en que deba presentarse el cheque para su pago con arreglo al inciso *g*) del artículo 53 o en el lugar en que se efectúe el pago."

135. Se observó que el artículo 74 no especificaba el tipo de cambio a que debía pagarse el cheque si éste había sido girado en una moneda distinta a la del lugar de pago, pero que, debido a reglamentaciones del control de cambios aplicables en el lugar de pago, debía pagarse en moneda local. Se indicó que una forma de tratar esta cuestión sería agregar bajo el artículo 74 *bis* disposiciones adicionales basadas en las correspondientes a los incisos *b*) y *c*) del párrafo 2 del artículo 74. El Grupo de Trabajo decidió volver a examinar esta cuestión a la luz del proyecto de disposiciones que había de preparar la Secretaría. El Grupo señaló que esta cuestión era pertinente no sólo respecto de las disposiciones aplicables a los cheques sino también respecto de las aplicables a letras de cambio y pagarés.

136. Respecto del inciso *b*) del párrafo 2), un representante propuso reemplazar las palabras "para efectos a la vista" por la palabra "usual". Respecto del párrafo 4), un respresentante propuso que se diera cabida a la esencia de este párrafo dentro de las disposiciones del inciso *c*) del párrafo 2) del artículo 74, que debía reflejar la disposición contenida en el inciso *b*) del párrafo 2). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que tomara en consideración esta propuesta al volver a redactar el artículo 74.

137. El Grupo de Trabajo aprobó el artículo 74 a reserva de las consideraciones arriba enunciadas.

*Artículo 74* bis

138. El texto del artículo 74 *bis* que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"Ninguna de las disposiciones de la presente Convención impedirá a los Estados Contratantes hacer efectivos los reglamentos sobre control de cambios aplicables en sus territorios, incluidos los reglamentos aplicables en virtud de acuerdos internacionales en los que sean partes."

139. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones. Se señaló, empero, que pudiera haber disposiciones de ley imperativa no relacionadas con el control de cambios a las que hubiera de darse cabida.

*Nuevo artículo 74* ter

140. El texto del artículo 74 *ter* que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"Si el librador revoca la orden dada al librado de pagar un cheque girado sobre él,

[el librado estará obligado a no pagar]

[el librado podrá optar entre pagar o no pagar hasta que expire el plazo para la presentación del cheque. Una vez expirado ese plazo, el librado estará obligado a no pagar.]"

141. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si el proyecto de Convención propuesto debía contener una norma sobre revocación. El Grupo señaló que todos los sistemas jurídicos contenían una norma de esta clase aunque los efectos jurídicos de la revocación fueran diferentes. Por consiguiente, estaría justificado que el proyecto de Convención propuesto contuviera una norma uniforme sobre la revocación del pago.

142. El Grupo de Trabajo expresó su preferencia por la norma de que si el librador hubiera revocado la orden dada al librado de pagar un cheque girado sobre él, el librado estaría obligado a no pagar. La norma alternativa propuesta por la Secretaría, es dicir, la de que una vez efectuada la revocación, el librado podía optar entre pagar o no pagar el cheque, no resulta aceptable por no lograr el grado de uniformidad necesario. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que especificase en el comentario que, una vez notificada, una revocación al librado seguía en vigor hasta que la anulase el librador.

*Nuevo artículo 74* quater

143. El texto del artículo 74 *quater* que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"[Si recibe notificación de la muerte del librador, el librado estará obligado a no pagar.]

[La muerte del librador no afectará a la orden de pago contenida en un cheque librado por él.]"

144. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si el proyecto de Convención propuesto debía contener una disposición por la que se rigiese la obligación del librado de no pagar un cheque al recibir la notificación de la muerte del librador. Se señaló que una cuestión similar respecto a la obligación del librado se plantearía en los casos en que el librador hubiese sido declarado insolvente o incapacitado o cuando una sociedad que hubiese girado un cheque estuviese en proceso de liquidación. Tras un debate, el Grupo de Trabajo opinó que estas cuestiones deberían dejarse al arbitrio del derecho nacional y que, por consiguiente, el proyecto de Convención propuesto no debía contener una disposición concreta a este respecto. Esto no obstante, el observador de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado se mostró dispuesto a preparar un breve estudio sobre los aspectos conflictivos de esta cuestión, que pudiese ayudar al Grupo de Trabajo a decidir si en el proyecto de Convención propuesto debía o no figurar una disposición sobre el derecho aplicable.

*Artículo 78*

145. El texto del artículo 78 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) Cuando un firmante es liberado total o parcialmente de sus obligaciones en virtud del cheque, todos los firmantes que tengan derecho a un recurso contra él quedan también liberados en la misma medida.

"2) El pago total o parcial de la suma debida en virtud de un cheque, hecho por el librado al tenedor del mismo, libera a todos los firmantes del cheque en la misma medida."

146. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones.

*Artículo 79*

147. El texto del artículo 79 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El derecho de acción derivado de un cheque no podrá ejercerse después de transcurridos [cuatro] años.

[*a*) Contra el librador o su avalista, después de la fecha de presentación;]

*b*) Contra [el librador o] un endosante o el avalista de [ambos] este, después de la fecha del protesto por falta de pago o bien, cuando se prescinda del protesto, de la fecha de la falta de pago.

"2) *a*) Si una parte ha recuperado y pagado el cheque de conformidad con el artículo 67 ó 68 en el plazo de un año antes de la expiración del período al que se alude en el párrafo 1) del presente artículo, esa parte podrá ejercer su derecho de acción contra una parte que le esté obligada en el plazo de [un año] después de la fecha en la que recuperó y pagó el cheque.

*b*) (se examinará posteriormente)"

148. Se observó que el artículo 79 seguía la pauta del artículo 79 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales. Al examinar la disposición original, se señaló que no estipulaba un plazo de prescripción respecto a los derechos de acción que se derivaban de un pagaré pagadero a la vista. El Grupo de Trabajo opinó que la responsabilidad del firmante por el pagaré existía a partir de la fecha de éste. Por consiguiente, el derecho de acción que se derivaba de un pagaré a la vista contra el firmante expiraría transcurridos cuatro años a partir de esa fecha. Respecto a una letra pagadera a la vista que hubiera sido aceptada, el período durante el cual podría ejercerse el derecho de acción contra el aceptante debía aplicarse a partir de la fecha en la cual hubiera sido aceptada la letra. El Grupo de

Trabajo pidió a la Secretaría que enmendase en consecuencia el artículo 79 del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales.

149. Respecto al período durante el cual podría ejercerse el derecho de acción derivado de un cheque, el Grupo de Trabajo opinó que, en atención a la uniformidad, debía conservarse el período de cuatro años. En lo tocante al período durante el cual podría ejercerse el derecho de acción contra el librador, el Grupo de Trabajo examinó dos propuestas. En virtud de una de ellas, el derecho de acción no podría ejercerse después de transcurridos cuatro años a contar de la fecha de presentación o bien después de transcurridos cuatro años y 120 días a contar de la fecha del cheque, eligiéndose en esta alternativa el caso en que resultase la fecha más próxima. Por consiguiente, el plazo de prescripción sería en realidad de cuatro años a contar de la fecha de presentación si ésta se hubiera efectuado en el plazo de 120 días dentro del cual debía presentarse el cheque y sería de cuatro años y 120 días a contar de la fecha del cheque si no se hubiese hecho la presentación dentro del plazo de 120 días. En virtud de la segunda propuesta examinada por el Grupo de Trabajo, el artículo 79 debía especificar un plazo de prescripción de cuatro años a contar de la fecha del cheque. El Grupo opinó que, aunque la primera propuesta estaba de acuerdo con los principios fundamentales de la responsabilidad, la segunda tenía la ventaja de ser de aplicación más sencilla en la práctica. El Grupo de Trabajo, tras un debate decidió adoptar un plazo de prescripción de cuatro años a contar de la fecha del cheque.

150. El Grupo de Trabajo aprobó la disposición del apartado *b*) del párrafo 1) del artículo 79 en virtud de la cual el derecho de acción en contra de un endosante no podría ejercerse tras haber transcurrido cuatro años después de la fecha del protesto por falta de pago o bien, cuando se prescindiese del protesto, de la fecha de la falta de pago.

151. El Grupo de Trabajo aprobó la disposición contenida en el apartado *a*) del párrafo 2) para transformarla en el párrafo 2) y conservó las palabras "un año" que figuraban entre corchetes.

*Artículo 80*

152. El texto del artículo 80 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) Cuando se pierda un cheque, por destrucción, hurto o cualquier otra causa, la persona que lo perdió tendrá, con sujeción a las disposiciones de los párrafos 2) y 3) de este artículo, el mismo derecho al pago que si hubiera estado en posesión del cheque, y el firmante a quien se reclame el pago no podrá oponer como excepción contra su responsabilidad por el cheque el hecho de que la persona que reclama el pago no se halla en posesión del mismo.

"2) *a*) La persona que reclame el pago de un cheque perdido deberá declarar por escrito al firmante a quien reclame ese pago:

*i*) los elementos del cheque perdido correspondientes a los requisitos establecidos en el párrafo 2) del artículo 1; dichos elementos se podrán satisfacer presentando a ese firmante una copia de dicho cheque;

ii) los hechos que demuestren que, si estuviera en posesión del cheque, tendría derecho a recibir el pago del firmante a quien se reclama el pago;

iii) las circunstancias que impidan la presentación del cheque.

*b*) El firmante a quien se reclame el pago de un cheque perdido podrá pedir al reclamante garantías de que será indemnizado por cualquier pérdida que pueda sufrir como consecuencia del pago posterior del cheque perdido.

*c*) El tipo de garantías y sus condiciones se determinarán mediante acuerdo entre el reclamante y el firmante a quien se reclame el pago. En defecto de tal acuerdo, el tribunal podrá decidir si esas garantías son necesarias y, en caso afirmativo, determinará el tipo de garantías y sus condiciones.

*d*) Cuando no puedan ofrecerse garantías, el tribunal podrá ordenar al firmante a quien se reclame el pago que deposite el importe del cheque perdido, junto con cualesquiera intereses y gastos que puedan exigirse en virtud de los artículos 67 y 68, en poder del tribunal o de cualquier otra autoridad o institución competente, y podrá determinar la duración de ese depósito. Dicho depósito se considerará como pago a la persona que ha reclamado el pago.

"Nuevo párrafo 3). La persona que reclame el pago de un cheque perdido de acuerdo con lo dispuesto por el presente artículo no tendrá que dar garantías al librador que haya insertado en el cheque, o al endosante que haya insertado en él al endosarlo, palabras tales como "no negociable", "no transmisible", "no o la orden", "pague a X solamente" u otra expresión equivalente."

153. El Grupo de Trabajo aprobó los párrafos 1) y 2) de este artículo sin modificaciones, pero no conservó el nuevo párrafo 2), ya que en virtud del inciso *c*) del párrafo 2), el tribunal podría decidir si era necesario pedir garantías en los casos estipulados en el nuevo párrafo 3 y en otros casos análogos.

*Artículo 81*

154. El texto del artículo 81 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El firmante que haya pagado un cheque perdido y a quien posteriormente otra persona le presente al pago dicho cheque deberá notificar tal presentación a la persona a la que efectuó el pago.

"2) Dicha notificación se efectuará el mismo día de la presentación al cobro del cheque o en uno de los dos días hábiles siguientes y se hará constar en ella el nombre de la persona que presenta el cheque y la fecha y el lugar de presentación.

"3) Si no realiza la notificación, el firmante que ha pagado el cheque perdido será responsable por los daños que su omisión pueda ocasionar a la persona a quien pagó el cheque, siempre que el importe total de los

daños no exceda del importe del cheque y de cualesquiera intereses y gastos que puedan reclamarse al amparo de los artículos 67 ó 68.

"4) Se excusará la demora en la notificación cuando dicha demora se deba a circunstancias que estén fuera del control de la persona que ha pagado el cheque perdido y que dicha persona no haya podido evitar ni superar. Cuando deje de actuar la causa de la demora, la notificación deberá realizarse con una diligencia razonable.

"5) Se dispensará la notificación cuando la causa de la demora de ésta siga actuando después de 30 días contados a partir de la última fecha en que hubiera debido realizarse."

155. El Grupo de Trabajo aprobó ese artículo sin modificaciones.

*Artículo 82*

156. El texto del artículo 82 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) El firmante que haya pagado un cheque perdido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 y a quien posteriormente se le pida que pague el cheque y lo hace, o que pierda el derecho a resarcirse de un firmante obligado con él, si tal pérdida de derecho se debe al hecho de que el cheque se haya perdido, tendrá derecho:

*a*) si se dio una garantía, a hacerla efectiva; o

*b*) si se depositó el importe del cheque en poder de un tribunal u otra autoridad competente, a reclamar la suma depositada;

"2) La persona que haya dado una garantía de conformidad con lo dispuesto en el apartado *b*) del párrafo 2) del artículo 80 podrá reclamar la garantía cuando el firmante en cuyo beneficio se dio ya no corra el riesgo de sufrir pérdidas debido al hecho de que se ha perdido el cheque."

157. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo a reserva de sustituir, para mayor claridad, en el párrafo 1), las palabras "que pierda" por las palabras "que pierda entonces".

*Artículo 83*

158. El texto del Artículo 83 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"La persona que reclame el pago de un cheque perdido podrá efectuar debidamente el protesto por falta de pago utilizando un escrito que satisfaga los requisitos establecidos en el apartado *a*) del párrafo 2) del artículo 80."

159. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones. Se planteó la cuestión de si el inciso *f*) del párrafo 2) del artículo 61, en virtud del cual el protesto por falta de pago quedará dispensado si la persona que reclama el pago de conformidad con el artículo 80 no puede efectuar el protesto debido a su incapacidad de cumplir los requisitos previstos en el artículo 83, se justificaba teniendo en cuenta que esa persona, en virtud del inciso *a*) del párrafo 2) del artículo 80, habrá de satisfacer esos mismos requisitos a fin de poder prevalerse de las disposiciones relativas a los títulos perdidos. El Grupo de Trabajo opinó que las disposiciones del inciso *f*) del párrafo 2) del artículo 61 contradecían las del inciso *a*) del párrafo 2) del artículo 80 y decidió, en consecuencia, suprimir el inciso *f*) del párrafo 2) del artículo 61 del propuesto proyecto de Convención sobre cheques internacionales y también del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales.

*Artículo 84*

160. El texto del artículo 84 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"La persona que reciba el pago de un cheque perdido de conformidad con el artículo 80 deberá entregar al firmante que haya pagado su importe el escrito extendido en virtud del apartado *a*) del párrafo 2) del artículo 80 cancelado por ella y todo protesto y una cuenta con el recibí."

161. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones.

*Artículo 85*

162. El texto del artículo 85 que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"*a*) El firmante que haya pagado un cheque perdido de conformidad con el artículo 80 tendrá los mismos derechos que le corresponderían si hubiere estado en posesión del cheque.

"*b*) Ese firmante podrá ejercer sus derechos solamente si se halla en posesión del escrito cancelado mencionado en el artículo 84."

163. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin modificaciones.

*Proyectos de artículo A a F*

164. El Grupo de Trabajo decidió que el propuesto proyecto de Convención sobre Cheques Internacionales debía incluir disposiciones sobre cheques cruzados y examinó los proyectos de artículo sobre cheques cruzados (A a F) preparados por la Secretaría.

*Párrafo a) del artículo A*

165. El texto del párrafo *a*) del artículo A que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"*a*) Un cheque está cruzado cuando lleva en el anverso dos rayas paralelas [transversales]."

166. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo a reserva de conservar la palabra "transversales" que figuraba entre paréntesis. Quedó entendido que la expresión "rayas transversales" incluía las líneas verticales pero no las horizontales.

*Párrafo b) del artículo A*

167. El texto del párrafo *b*) del artículo A que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"*b*) El cruzamiento es general si no contiene entre las dos barras designación alguna o si contiene la mención de "banquero" u otra equivalente [o la expresión "y compañía" o cualquier abreviatura de la misma]; y es especial si entre las barras se escribe el nombre de un banquero;"

168. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo a reserva de conservar las palabras "o la expresión" y compañía "o cualquier abreviatura de la misma" que figuraba entre paréntesis. Se observó que ese cruzamiento general se utilizaba en el Reino Unido y ciertos países del Commonwealth.

*Párrafo c) del artículo A*

169. El texto del párrafo *c*) del artículo A que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"*c*) El cruzamiento general o especial de un cheque puede ser efectuado por el librador o por el tenedor."

170. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo sin modificaciones. Se planteó la cuestión de si el avalista del librador o del endosante debía tener la facultad de cruzar un cheque. Tras un debate, el Grupo de Trabajo expresó la opinión de que un avalista no debía tener esa facultad.

*Párrafos d), e) y f) del artículo A*

171. El texto de los párrafos *d*), *e*) y *f*) del artículo A que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"*d*) El tenedor puede transformar un cruzamiento general en un cruzamiento especial.

*e*) El cruzamiento especial no puede transformarse en cruzamiento general.

*f*) El banquero designado en un cruzamiento especial del cheque puede, mediante un nuevo cruzamiento especial, designar a otro banquero para su cobro."

172. El Grupo de Trabajo aprobó estos párrafos sin modificaciones.

173. El Grupo de Trabajo no conservó una propuesta de añadir al artículo A un nuevo párrafo según la cual un banquero que reciba para su cobro un cheque no cruzado o un cheque con cruzamiento general puede hacer un cruzamiento especial a su nombre. Se observó que, en tal caso, el cheque habría sido endosado muchas veces y que el banquero se volvía así tenedor. Cuando un banco cobrador que no era tenedor cruzaba un tal cheque a su propio nombre lo hacía en calidad de agente del tenedor.

*Artículo B*

174. El texto del artículo B que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"Si en el anverso de un cheque figura una tachadura de un cruzamiento o del nombre del banquero designado,

"[se considerará la tachadura como no hecha]

"[serán aplicables las normas sobre alteraciones importantes]"

175. El Grupo de Trabajo señaló que el texto propuesto presentaba dos criterios diferentes frente a la cuestión de cuál sería el efecto de una tachadura de un cruzamiento o del nombre del banquero designado. Según el criterio adoptado en el artículo 37 de la Ley Uniforme de Ginebra sobre Cheques, se consideraba que no se había hecho la tachadura. Se expresó la opinión de que este criterio podría conducir a dificultades prácticas por el hecho de que el banquero pagador no tendría la posibilidad en todas las circunstancias de distinguir en el anverso del cheque el nombre del banquero original designado. Según el criterio de la *Bills of Exchange Act* Británica de 1882 (sección 78), el cruzamiento de un cheque se considera como parte material del cheque y, por consiguiente, su tachadura se consideraba como una alteración importante.

176. El Grupo de Trabajo, si bien reconocía la lógica del planteamiento de la *Bills of Exchange Act*, manifestó la opinión de que sería difícil, cuando no imposible, aplicar a la tachadura de un cruzamiento las normas sobre alteración material expuestas en el artículo 29. El Grupo, tras un debate, decidió atenerse al criterio de Ginebra y, por consiguiente, conservar la expresion "se considerará la tachadura como no hecha" que figuraba entre paréntesis y rechazar la segunda posibilidad relativa a alteraciones importantes.

*Párrafo 1) del artículo C*

177. El texto del párrafo 1) del artículo C que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"1) *a*) Un cheque con cruzamiento general será pagadero únicamente a un banquero o a un cliente del librado.

*b*) Un cheque con cruzamiento especial será pagadero únicamente al banquero designado o, si dicho banquero es el librado, a su cliente.

*c*) Un banquero tan sólo podrá abonar el importe de un cheque cruzado a uno de sus clientes o a otro banquero."

178. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo sin modificaciones.

*Párrafo 2) del artículo C*

179. El texto del párrafo 2) del artículo C que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"2) El librado que pague o el banquero que abone un cheque cruzado en violación de lo dispuesto en el párrafo 1) de este artículo responde de todos los daños ocasionados a terceros por esa violación, siempre que esos daños no excedan de la suma debida en virtud de los artículos 67 ó 68."

180. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo a reserva de sustituir la expresión "debida en virtud de los artículos 67 ó 68" por las palabras "del cheque".

*Artículo D*

181. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de este artículo hasta que se examinara de nuevo el artículo 70 *bis*.

*Artículo E*

182. El texto del artículo E que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"[Si el cruzamiento de un cheque contiene la expresión "no negociable", el adquirente se convertirá en tenedor del cheque, pero no en tenedor protegido por derecho propio.]"

183. El Grupo de Trabajo decidió conservar este artículo. Se observó que era frecuente hallar en la práctica bancaria de los países del *common law* un cruzamiento que contenga la expresión "no negociable".

184. Se formularon las preguntas siguientes: ¿Cuál era el efecto legal de:

1. una estipulación en el cheque en el sentido de que éste no era negociable sin que estuviera cruzado;

2. una estipulación en el cheque en el sentido de que no era negociable cuando el cheque estuviera cruzado pero el cruzamiento no contuviese esta expresión;

3. un cruzamiento sobre un cheque que contuviese las expresiones "no transmisible", "páguese a (x) solamente" u otra equivalente.?

185. Con respecto a la pregunta 1 y de conformidad con el artículo 16, el adquirente no se convertiría en tenedor excepto a efectos de cobro. Con respecto a la pregunta 2, existiría el mismo efecto legal. Con respecto a la pregunta 3, el Grupo de Trabajo opinó que el proyecto de Convención propuesto no debía ocuparse de esta cuestión; en consecuencia, el artículo E no se aplicaría a ese cruzamiento y según el artículo 16 el adquirente no se convertiría en tenedor excepto a efectos de cobro.

*Párrafo 1) del artículo F*

186. El texto del párrafo 1) del artículo F que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"[1) *a*) El librador o el tenedor de un cheque pueden impedir su pago en dinero escribiendo [transversalmente] en el anverso del cheque la expresión "para acreditar en cuenta" u otra equivalente.

*b*) En ese caso, el librado únicamente podrá abonar el cheque mediante un asiento en libros.]"

187. El Grupo de Trabajo decidió conservar este párrafo alegando que en cierto número de países existía la práctica de hacer que un cheque fuera pagadero únicamente mediante un asiento en libros, para lo cual se hacía constar en el cheque una inscripción de que éste era para acreditar en cuenta. El Grupo decidió asimismo conservar en el inciso *a*) del párrafo 1) la palabra "transversalmente" que figuraba entre paréntesis.

*Párrafo 2) del artículo F*

188. El texto del párrafo 2) del artículo F que examinó el Grupo de Trabajo es el siguiente:

"[2) El librado que abone un tal cheque por otro procedimiento que el de un asiento en libros responde de todos los daños ocasionados a terceros como resultado de ese pago, siempre que esos daños no excedan de la suma debida en virtud de los artículos 67 ó 68.]"

189. El Grupo de Trabajo decidió conservar este párrafo a reserva de sustituir la expresión "debida en virtud de los artículos 67 ó 68" por las palabras "del cheque".

190. El Grupo de Trabajo aceptó la propuesta de que el artículo F debería incluir un nuevo párrafo que tratara de los efectos legales de una tachadura de la expresión "para acreditar en cuenta". El Grupo aprobó el siguiente párrafo:

"3) Si en el anverso de un cheque figura una tachadura de la expresión "para acreditar en cuenta", se considerará la tachadura como no hecha."

*Cuestiones jurídicas que se plantean al margen del cheque*

191. El Grupo de Trabajo, en su noveno período de sesiones, pidió a la Secretaría que estudiara las cuestiones jurídicas que se planteaban al margen del cheque y que le presentase un informe al respecto. Las siguientes cuestiones fueron presentadas por la Secretaría y examinadas por el Grupo de Trabajo en el décimo período de sesiones de este último.

A. *Relaciones entre el librador y el banco librado*

192. Se señaló que esta relación era principalmente de naturaleza contractual y que se basaba totalmente o en parte en los usos y costumbres de los bancos, en condiciones generales o en acuerdos privados entre bancos y clientes. Si bien la determinación de la naturaleza jurídica de la relación entre banco y cliente tenía en la mayoría de las juridicciones consecuencias jurídicas importantes (tales como la propiedad de los fondos depositados en el banco), el Grupo de Trabajo decidió que en el propuesto proyecto de Convención no debía tratarse esta cuestión.

B. *Deber del banco de pagar los cheques*

193. La característica principal del contrato entre el banco y el cliente es el deber del banco librado de pagar los cheques librados por el cliente (librador). El pago de un cheque con cargo a fondos previamente depositados o a créditos otorgados da derecho al banco a debitar la cuenta de su cliente. El Grupo de Trabajo señaló que las leyes sobre títulos negociables de algunos países establecían la responsabilidad del banco librado ante el librador por los daños resultantes de la no ejecución de la orden del librador y de la pérdida de crédito cuando el banco incorrectamente dejaba de pagar un cheque. El Grupo de Trabajo, tras una deliberación a este respecto, consideró que en el propuesto proyecto de Convención no debían establecerse disposiciones de este tipo.

C. *Disponibilidad de fondos*

194. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si los fondos disponibles para el pago debían estar disponibles en el momento de emitirse el cheque o en el momento en que el banco decidía pagar o no pagar el cheque. Se tomó nota de que el artículo 5 del Anexo II del Convenio de Ginebra estableciendo una Ley uniforme en materia de cheques reservaba a las Altas Partes contratantes la determinación del momento en que el librador debía tener fondos disponibles en poder del librado y que la propia Ley

Uniforme no indicaba nada en este sentido. En el artículo 3 de la Ley Uniforme de Ginebra sobre Cheques se decía simplemente que "el cheque ha de librarse sobre un banquero que tenga fondos a la disposición del librador y de conformidad con un convenio expreso o tácito, según el cual el librador tenga derecho a disponer por cheque de aquellos fondos". A juicio del Grupo de Trabajo, el propuesto proyecto de Convención no debería ocuparse de esta cuestión.

### D. *Obligación del librador de disponer de fondos ("provisión")*

195. Se tomó nota de que la "provisión" resultaba de los fondos que el librado tenía a disposición del librador o del crédito que el librado había concedido al librador. También se tomó nota de que en muchas legislaciones se preveían sanciones civiles o penales en los casos de cheques librados sin provisión suficiente de fondos. El Grupo de Trabajo expresó la opinión de que la cuestión de si debían imponerse sanciones, y en caso afirmativo de qué cuantía, cuando se libraran cheques sin provisión suficiente de fondos, debía incumbir a las legislaciones nacionales.

196. Se observó a este respecto que, en virtud de la Ley Uniforme de Ginebra sobre Cheques (artículo 3), la falta de provisión no influía en la validez de título como cheque. Se planteaba la cuestión de que si en el propuesto proyecto de Convención no se establecía una disposición similar, cuando un Estado que hubiera ratificado el convenio negase validez a los cheques librados con provisión insuficiente de fondos en su jurisdicción los cheques internacionales correrían la misma suerte. El Grupo de Trabajo opinó que el propuesto proyecto de Convención debería contener una disposición que aclarase que la falta de provisión no influye en la validez del título como cheque.

### E. *Obligación por parte del banco encargado del cobro de efectuar el protesto y comunicar la falta de pago*

197. Se tomó nota de que en la sección 4–202 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de América se indicaban las responsabilidades básicas de los bancos encargados del cobro. Entre estas responsabilidades figuraba la obligación de dichos bancos de comunicar con diligencia ordinaria la falta de pago y en caso necesario proceder al protesto o adoptar las medidas necesarias para ello. Se observó que, teniendo en cuenta la brevedad del plazo para efectuar el protesto con arreglo a lo previsto en el proyecto de Convención y habida cuenta de las circunstancias que suponía la falta no excusada de protesto, la obligación a este respecto de los bancos encargados del cobro adquiría cierta importancia. Sin embargo, a juicio del Grupo de Trabajo, el protesto y la notificación de la falta de pago constituían parte de las prácticas y costumbres de los bancos cobradores, como se reflejaba en las normas de la Cámara de Comercio Internacional sobre el cobro de documentos comerciales. En consecuencia, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que no era necesario establecer normas específicas a este respecto.

### F. *Pago definitivo de un título por el banco librado*

198. Se tomó nota de que en la sección 4–213 del Código Comercial Uniforme se establecían normas por las que se definían las medidas que constituían el pago definitivo con respecto a un título. En virtud del Código Comercial Uniforme, el pago definitivo de un título era importante por cuanto constituía uno de los diversos factores que determinaban cuestiones tales como la efectividad de los avisos, de las órdenes de retención y de las compensaciones, y el momento en que la liquidación provisional de un título pasaba a ser definitiva. El Grupo de Trabajo decidió que en el propuesto proyecto de Convención no se debían tratar estas cuestiones.

### G. *Deber del cliente de descubrir y denunciar firmas no autorizadas o falsificadas y las alteraciones importantes*

199. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la negligencia concurrente del librador o de la persona de quien hubiese sido sustraido un cheque. Se hizo constar que el Código Comercial Uniforme contenía en su sección 3–406 una disposición sobre negligencia que concurra a una alteración importante o firma sin autorización de un cheque. En opinión del Grupo de Trabajo debían aplicarse los principios generales del derecho, por lo que esta cuestión quedaría bajo la competencia del orden jurídico interno, ya fuese de índole legislativa o jurisprudencial.

*Cheques posdatados*

200. Se hizo constar que en virtud del artículo 1 del proyecto de Convención propuesto el cheque era un título pagadero a la vista y que uno de sus requisitos formales era que estuviese fechado. Se planteó la cuestión de cuáles serían los efectos jurídicos del cheque posdatado y, concretamente, si la negativa del banco librado a pagar un cheque antes de la fecha consignada podía considerarse como desatención por falta de pago. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que la circunstancia de que un cheque estuviese posdatado o antedatado no lo invalidaba como título de pago. Se expresaron opiniones divergentes sobre si la negativa de un banco librado a pagar un cheque antes de su fecha constituía falta de pago.

201. Según una opinión, puesto que el cheque era un título pagadero a la vista su tenedor estaba facultado para ignorar la fecha consignada en el cheque y, por consiguiente, la negativa de un banco librado a pagarlo a la vista constituía falta de pago. Además, en el caso de que el banco librado pagase el cheque antes de la fecha consignada los firmantes del cheque quedarían liberados de su responsabilidad. Este efecto liberatorio se producía con independencia de que la presentación del cheque por su tenedor con anterioridad a la fecha consignada constituye o no una violación del acuerdo entre el librador y el beneficiario del cheque.

202. Según otra opinión, no era infrecuente posdatar los cheques, ya que se trataba de una práctica comercial. Las expectativas de los firmantes eran de que el cheque sería pagadero en el plazo determinado por la fecha en él consignada. Por ello, la falta de pago por presentación con anterioridad a la fecha consignada no constituía desatención por falta de pago, por no ser pagadero el título en esa fecha, a tenor de lo convenido por las partes.

203. Los partidarios de ambas opiniones convenían, sin embargo, en que la posibilidad de que el banco librado pudiese debitar por el importe del cheque la cuenta del librador dependía del contrato entre el banco librado y su cliente. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactase proyectos de texto que reflejasen las opiniones expresadas por los miembros y observadores del Grupo de Trabajo.

*Otras cuestiones*

204. Se hizo referencia al párrafo 2) del artículo 32 de la Ley Uniforme de Ginebra sobre Cheques conforme al cual, si un cheque no ha sido revocado, el librado puede pagarlo incluso después de expirado su plazo de presentación. Se planteó la cuestión de si, con arreglo al proyecto de Convención el banco librado que pagaba un cheque tras la expiración de su plazo de presentación (120 días) lo hacía válidamente y podía debitarlo a la cuenta del librador. El Grupo de Trabajo opinó que de la disposición relativa a la responsabilidad del librador, según la cual era necesaria una presentación tardía para debitar al librador, se deducía que ese pago efectuado por el banco librado tras la presentación tardía daba a éste derecho a debitar la cuenta del librador. Por el contrario, si el banco librado pagaba una vez expirado el plazo de prescripción aplicable entre el tenedor y el librador, la cuestión de si el banco librado tenía derecho a debitar la cuenta del librador se regía por el acuerdo existente entre el banco librado y el librador.

205. Se preguntó si, en caso de que el banco no pagara inmediatamente el cheque a su presentación sino que optara por consultar a su cliente (el librador), esta falta de pago inmediata constituía una falta de pago del cheque. Se declaró, respondiendo a ello, que era indiferente a los efectos de la falta de pago que el banco no pagara inmediatamente porque deseaba consultar con su cliente.

206. Se planteó la cuestión de si, en caso de que un tenedor al presentar debidamente el cheque pidiera su pago en ventanilla y el banco librado rehusara pagarlo en efectivo, y por ejemplo, ofreciera en cambio acreditarlo a la cuenta del tenedor, esa negativa constituiría falta de pago. Se declaró, respondiendo a ello, que esa negativa constituía falta de pago porque el tenedor tenía derecho a recibir el pago en dinero.

207. Se hizo la pregunta de si un banco contra el cual había girado un cheque otro banco con el que el primero hubiera celebrado acuerdos apropiados podía justificadamente dejar de pagar un cheque si en el momento de la presentación no había sido avisado por el banco librador del libramiento de ese cheque. Se declaró, respondiendo a ello, que esto dependía del acuerdo existente entre los bancos involucrados y se trataba, en cualquier caso, de una cuestión suscitada fuera del marco de la legislación sobre cheques.

## II. *Labor futura*

208. El Grupo de Trabajo observó que la Comisión, en su 13.° período de sesiones, había autorizado al Grupo a celebrar, de ser necesario, otro período de sesiones durante 1981. El Grupo fue de la opinión de que sería necesario otro período de sesiones para examinar en segunda lectura el proyecto de normas uniformes sobre cheques internacionales, por lo cual decidió celebrar su 11.° período de sesiones en Nueva York del 3 al 14 de agosto de 1981.

209. Teniendo en cuenta la labor que todavía quedaba por cumplir, el Grupo de Trabajo consideró que en su 11.° período de sesiones podría, probablemente, terminar los trabajos relativos a instrumentos negociables internacionales, que la Comisión le había confiado en virtud de decisiones adoptadas en su quinto período de sesiones (1972) y en su 12.° período de sesiones (1979).

210. En su quinto período de sesiones, la Comisión pidió también al Grupo de Trabajo que considerara cuál sería la forma más apropiada de llevar a cabo la elaboración de normas uniformes aplicables a los cheques internacionales: mediante la extensión de la aplicación del proyecto de Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales a los cheques internacionales o mediante la preparación de un texto separado sobre cheques internacionales. El Grupo de Trabajo examinó esta cuestión en sus períodos de sesiones noveno y décimo y formula la siguiente opinión: el Grupo de Trabajo señala que aunque existe una similitud considerable entre las leyes aplicables a las letras de cambio y a los pagarés, por una parte, y a los cheques, por otra, la utilización de cheques presenta características inherentes especiales que distinguen estos instrumentos de las letras de cambio y los pagarés. Una característica importante consiste en que la letra de cambio y el pagaré son primordialmente instrumentos de crédito, mientras que la característica fundamental del cheque es que constituye un instrumento de pago. Además, en países de tradición jurídica romana la letra de cambio y el pagaré por una parte, y el cheque, por otra, se han venido considerando tradicionalmente como instrumentos diferentes y se rigen tradicionalmente por textos legales distintos. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo sugiere a la Comisión que convenga en la adopción de dos proyectos de texto separados, uno en que se establezcan normas uniformes sobre letras de cambio internacionales y otro en que se establezcan normas uniformes aplicables a los cheques internacionales. Sin embargo, se podría dejar para más adelante la decisión de si estos dos grupos separados de normas deben incorporarse, como partes independientes, en una sola convención o si deben ser objeto de dos convenciones. Un representante pidió que, con fines de trabajo exclusivamente, se preparase un texto combinado de ambos proyectos.

211. El Grupo de Trabajo escuchó una declaración del Secretario de la Comisión acerca de posibles cursos de acción que la Comisión tal vez deseara considerar al tomar una decisión sobre su propio trabajo en relación con los proyectos de texto elaborados por el Grupo de Trabajo y al formular, en su debido momento, recomendaciones a la Asamblea General. El Secretario de la Comisión observó que, en vista de la complejidad técnica del asunto considerado, el examen de fondo de los textos preparados por el Grupo de Trabajo en la Comisión y posteriormente en una conferencia diplomática a ser convocada por la Asam-

blea General, requeriría con toda probabilidad un período mucho mayor que el asignado en el pasado para ultimar convenciones como la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional del Mercaderías, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, de 1978, y la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Dado el largo tiempo necesario para ultimar satisfactoriamente una convención o convenciones en la esfera de instrumentos negociables internacionales, se produciría un aumento considerable de las consecuencias financieras para las Naciones Unidas. Por consiguiente, se podría considerar la conveniencia de adoptar otros procedimientos apropiados que, sin afectar la calidad de los trabajos, redujeran el tiempo necesario para ultimar esta convención o convenciones. El Secretario de la Comisión, sin excluir otros procedimientos posibles y con sujeción a un examen más a fondo, se refirió a la posibilidad de simplificar los procedimientos tradicionalmente seguidos para la adopción de convenciones de las Naciones Unidas. Informó al Grupo de Trabajo que tenía el propósito de consultar con la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas en Nueva York acerca de las posibilidades con que podría contar la Comisión a este respecto y presentaría a la Comisión en su próximo período de sesiones una nota sobre esta cuestión.

212. El Grupo de Trabajo señaló que estaría de acuerdo con la práctica anterior de que el Secretario General transmitiera los proyectos de texto adoptados por el Grupo de Trabajo una vez terminados, junto con un comentario, a los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para que formularan observaciones.

213. A este respecto, el Grupo de Trabajo sugiere a la Comisión que, en el momento oportuno, tal vez desee considerar, a la luz de las observaciones recibidas, si, a fin de acelerar los trabajos, debe pedir al Grupo de Trabajo que estudie y examine tales observaciones e informe al respecto a la Comisión.

## B. Nota del Secretario General: transferencia de fondos por medios electrónicos (A/CN.9/199)*

1. La Comisión, en su 11.° período de sesiones, incluyó como tema de su programa de trabajo los problemas jurídicos que se plantean a raíz de la transferencia de fondos por medios electrónicos[1]. En su 12.° período de sesiones, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Estudios sobre Pagos Internacionales de la CNUDMI, órgano consultivo compuesto por representantes de instituciones bancarias y mercantiles, se estaba ocupando del estudio de la cuestión[2]. En su 13.° período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que, en su 14.° período de sesiones, le presentase un informe sobre la marcha de los trabajos a este respecto, de manera que pudiese formular directrices sobre el alcance de la labor futura, una vez examinadas las conclusiones del Grupo de Estudio[3].

2. En sus reuniones de septiembre de 1978 y abril de 1979, el Grupo de Estudio realizó un examen preliminar de algunos de los aspectos jurídicos de la transferencia de fondos por medios electrónicos. El Grupo de Estudio estimó que se debía ampliar su trabajo para que reflejara la experiencia práctica óptima disponible sobre el establecimiento y funcionamiento de los sistemas de pagos por medios electrónicos y, en consecuencia, pidió a la Secretaría que solicitara esa información mediante un cuestionario que se distribuiría a los bancos centrales y otras organizaciones apropiadas.

3. El cuestionario fue enviado el 19 de marzo de 1980. En la reunión celebrada en Toronto (Canadá) del 23 al 27 de junio de 1980, el Grupo de Estudio tuvo ante sí varias respuestas que ya habían sido recibidas. Sin embargo, puesto que se esperaba un mayor número de respuestas, se decidió que la Secretaría preparara un análisis de las mismas para la próxima reunión del Grupo de Trabajo, para cuando se podría llegar a conclusiones más definitivas[4].

4. Se proyecta celebrar la próxima reunión del Grupo de Trabajo en Munich del 17 del 21 de agosto de 1981 y en esa oportunidad se examinará el análisis de las respuestas al cuestionario. En ciertos aspectos, se completarán las respuestas con información tomada de la publicación "Sistemas de Pagos en Once Países Desarrollados", preparada para el Banco de Pagos Internacionales por el Grupo de Expertos en Computadoras de los Bancos Centrales del Grupo de Diez Países y Suiza.

5. En vista de que el Grupo de Estudio no se reunirá entre el 13.° y el 14.° período de sesiones de la Comisión, la Secretaría no puede presentar a la Comisión en esta ocasión información adicional a la presentada anteriormente, que ayudase a la Comisión a formular directrices sobre el alcance de la labor futura.

* 29 abril 1981. Mencionado el párr. 34 del Informe (primera parte, A, *supra*).

[1] 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), párr. 67 (*Anuario* ... 1978, primera parte, II, A).

[2] 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. 55 (*Anuario* ... 1979, primera parte, II, A).

[3] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la 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. 163 (*Anuario* ... 1980, primera parte, II, A).

[4] El anexo a la presente nota contiene la lista de organizaciones que respondieron al cuestionario.

6. La Secretaría pedirá al Grupo de Estudio en su reunión de agosto que recomiende a la Comisión que decida si la Comisión debe emprender en el momento actual trabajos sustantivos en esta materia y, en tal caso, cuál podría ser la índole de esos trabajos. La Secretaría presentará la recomendación del Grupo de Trabajo a la Comisión en su próximo período de sesiones.

### ANEXO

**Instituciones que respondieron al cuestionario sobre sistemas de transferencia de fondos por medios electrónicos**

1. Reserve Bank de Australia
2. Creditanstalt-Bankverein, Austria
3. Canadian Bankers' Association
4. Banco Estatal de Checoslovaquia
5. Banco Nacional de Dinamarca
6. Banco de Finlandia
7. Banco de Francia
8. Deutsche Bank, Alemania, República Federal de
9. Banco Nacional de Hungría
10. Banco de Italia
11. Banco Central de Jordania
12. Banco Central de Kuwait
13. Banco de los Países Bajos
14. Databank Systems Limited, Nueva Zelandia
15. Banco de Noruega
16. Banco de Portugal
17. Banco de Suecia
18. Bankers' Automated Clearing Services Ltd., Reino Unido
19. Federal Reserve Bank of New York, Estados Unidos de América

## C. Informe del Secretario General: unidad de cuenta universal para las convenciones internacionales (A/CN.9/200)*

1. En su 11.° período de sesiones, la Comisión aprobó la propuesta de la delegación de Francia de que la Comisión considerase "un estudio acerca de los medios adecuados para establecer un mecanismo destinado a determinar una unidad universal de valor constante que sirva de referencia en las convenciones internacionales para la expresión de sumas monetarias[1]."

2. La propuesta fue examinada por el Grupo de Estudio sobre pagos internacionales, de la CNUDMI, en sus reuniones de 1978, 1979 y 1980. El Grupo estimó que lo más indicado era combinar el empleo de los derechos especiales de giro (DEG) con el de un índice adecuado que preservara, a pesar del transcurso del tiempo, el poder adquisitivo de los valores monetarios expresados en las correspondientes convenciones internacionales.

3. En un anexo al presente informe se exponen, mediante una nota preparada por funcionarios del Fondo Monetario Internacional (FMI) a petición de la Secretaría de la Comisión, muchas de las consideraciones que condujeron a esta recomendación. En la nota del FMI se sugiere asimismo que, para la mayor parte de los fines, un índice de precios al consumidor resultaría adecuado. Reconoce la nota, empero, que, de resultar preferible, en el texto de una convención se podría especificar cualquiera de entre otros índices de precios: precios al productor, precios de exportación, coeficientes de deflación del PNB, etc. En un anexo a la nota del FMI se da la fórmula para calcular el índice, que es la misma para cualquier índice que se elija. La nota termina diciendo que, en el caso de que se eligieran como unidad de cuenta para las convenciones internacionales los DEG en conjunción con un índice de precios adecuado, y referido a los DEG, los datos necesarios se publicarían en la publicación mensual del FMI *International Financial Statistics*.

4. Hoy en día, los DEG se aceptan bien como unidad de cuenta para las convenciones internacionales de aplicación mundial. Si bien se han formulado algunas críticas[2], y se ha tropezado con ciertos problemas respecto de Estados que no son miembros del FMI, la fórmula utilizada en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978*, es esencialmente la misma que la utilizada en otros convenios y proyectos de convenio[3]. Por consiguiente, el único elemento nuevo de esta propuesta es que el poder adquisitivo de las sumas específicas en DEG en tales convenios se mantiene mediante el uso de un índice de precios adecuado.

5. Los problemas técnicos de la redacción de una cláusula de este tipo son mínimos. La cuestión de fondo importante sería la de determinar qué índice convendría utilizar, pero esa decisión podría dejarse para el momento en que el proyecto de cláusula se sometiera a la consideración de la Comisión con vistas a su aprobación, ya que todas las demás cuestiones de fondo y de redacción serían las mismas, cualquiera que fuese el índice de precios elegido[4].

6. Dado que cada vez están más extendidas las cláusulas basadas en la fórmula utilizada en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978*, sería aconsejable preparar un texto definitivo antes de aprobar ninguna otra de las conven-

---

* 12 mayo 1981. Mencionado en el párr. 25 del Informe (primera parte, A, *supra*).

[1] A/CN.9/156; 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), párr. 67 (*Anuario* ... 1978, primera parte, A, *supra*).

* *Anuario* ... 1978, tercera parte, I, B.

[2] Véase A. Tobolweski, "The special drawing right in liability conventions: an acceptable solution?" *Uniform Law Review* (1978 II), pág. 14.

[3] Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, art. 31 (TD/MR/CONF/16), aprobado en Ginebra el 24 de mayo de 1980; proyectos de artículos para una convención sobre responsabilidades e indemnizaciones en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y peligrosas, art. 10, documento de la OCMI con la signatura LEG XLIV/2, de 10 de septiembre de 1980.

[4] Esto, no obstante, hay que tener presente que, aunque existen múltiples índices de precios que pudieran ser apropiados para su uso en diferentes convenciones, para cada índice de precio que pudiera utilizarse se requeriría que el FMI se comprometiera a calcularlo y a publicarlo. Por lo tanto, sería conveniente que se llegara a un acuerdo en el sentido de utilizar un solo índice de precios.

ciones en que esa cláusula resultaría apropiada[5]. Por lo tanto, si la Comisión conviene en que sería deseable preparar tal cláusula para aplicarla en las convenciones internacionales, quizá desee la Comisión aprobar la susodicha cláusula en su próximo período de sesiones.

7. Quizá desee también la Comisión considerar la conveniencia de pedir al Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales que prepara un proyecto de cláusula para presentarlo a la Comisión en su próximo período de sesiones, con vistas a su aprobación por la Comisión en ese momento. La Comisión quizá desee pedir también al Secretario General que efectúe los estudios que considere aconsejables a la luz de los debates habidos en la Comisión en su actual período de sesiones y que someta esos estudios a la consideración del Grupo de Trabajo junto con un proyecto preliminar del texto.

8. A este respecto, cabe señalar que el Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales espera terminar las tareas que la Comisión le tiene asignadas en su 11.° período de sesiones, en agosto de 1981[6]. Aun en el caso de que la Comisión pidiese al Grupo de Trabajo que considerase las observaciones de los gobiernos y de las organizaciones internacionales interesadas acerca del proyecto de convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, y el proyecto de normas uniformes aplicables a los cheques internacionales, como ha sugerido el Grupo de Trabajo[7], para cuando esas observaciones se hayan recibido y estén listas para su consideración ya se habrá celebrado el 15.° período de sesiones de la Comisión. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo —constituido por Chile, Egipto, Estados Unidos de América, Francia, la India, Nigeria, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas—estaría disponible para considerar, en los primeros meses de 1982, una cláusula relativa a una unidad de cuenta universal.

[5] Se espera que, en 1982, la Organización Consultiva Marítima Internacional someterá el proyecto de convención citado en la nota de pie de pagina núm. 3 a la consideración de una conferencia de plenipotenciarios.

[6] Informe del Grupo de Trabajo sobre títulos negociables internacionales acerca de la labor realizada en su 10.° período de sesiones, A/CN.9/196, párr. 208 (reproducido en el presente *Anuario*, segunda parte, II, A).

[7] *Ibid.*, párr. 213.

## ANEXO I

### Unidad de cuenta para las convenciones internacionales[1]

Cada vez se acepta más el uso de los derechos especiales de giro (DEG) como unidad de cuenta internacional. Al mismo tiempo, se formulan propuestas para afinar su aplicación en las convenciones internacionales. A raíz de la aprobación del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías*, en el que se especifica que los DEG serán la unidad de cuenta, el Grupo de Estudio sobre pagos internacionales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) empezó a examinar una propuesta formulada por el representante de Francia durante el 11.° período de sesiones de la CNUDMI (30 de mayo a 16 de junio de 1978). En la propuesta se instaba a la CNUDMI a estudiar "los medios adecuados para establecer un mecanismo destinado a determinar una unidad universal de valor constante que sirva de referencia en las convenciones internacionales para la expresión de sumas monetarias" (A/CN.9/156, 2 de junio de 1978)*.

Los DEG se definen como una cesta de monedas que contiene, en cantidades que se especifican, las monedas de los cinco países miembros del Fondo Monetario Internacional (FMI) que, en un quinquenio reciente que se toma como base (1975–1979), han sido los mayores exportadores de bienes y servicios: los Estados Unidos, la República Federal de Alemania, el Japón, Francia y el Reino Unido. Durante ese período base, correspondieron a esos cinco países, conjuntamente considerados, casi la mitad de las exportaciones totales de bienes y servicios de todos los miembros del FMI. Al quedar definidos como una cesta de monedas, los DEG mantienen su poder adquisitivo en relación con la colección de monedas componentes así como con respecto a cualesquiera otras monedas que mantengan una relación estable con los DEG. Ahora bien: el valor adquisitivo de los DEG en lo que hace a la compra de bienes y servicios varía en función del poder adquisitivo de las monedas componentes.

Para que una suma monetaria especificada en DEG representase, en lo posible, un valor real constante a lo largo del tiempo, esa suma habría de ajustarse periódicamente en relación con un índice de precios adecuado. Esos ajustes podrían efectuarse bien automáticamente bien mediante un procedimiento de revisión. Este último método podría, en principio, ofrecer cierta flexibilidad, pero tiene la desventaja de que requiere una labor periódica de administración, lo cual puede hacerle perder, en la práctica, gran parte de la flexibilidad que en principio pudiera tener. Además, el carácter discrecional del método puede introducir alguna incertidumbre. Por estas razones, quizá resulte más aconsejable un procedimiento automático.

En el caso de aplicar un procedimiento automático, las sumas monetarias utilizadas en las convenciones se especificarían en unos DEG cuyo valor de compra de bienes y servicios sería el que realmente se hubiese observado en un período base. Llegado el momento de determinar la suma nominal correspondiente expresándola en una moneda dada, la suma especificada en DEG se multiplicaría primero por el valor corriente del índice de precios elegido, antes de hacer la conversión a la moneda deseada utilizando el tipo de cambio corriente entre esa moneda y los DEG.

Con respecto a la elección de un índice de precios se plantean dos interrogantes: primero, qué índice de precios emplear, de entre los diversos índices nacionales de precios disponibles; y, segundo, qué países entrarían a componer el índice internacional. Para el primer interrogante no existe respuesta general. La elección depende en gran medida de la finalidad de las sumas monetarias que hayan de especificarse. Para la mayoría de los fines, el índice de precios al consumidor sería adecuado, por ejemplo cuando las cantidades hubieran de aplicarse al pago de indemnizaciones a personas que hubiesen sufrido lesiones o pérdidas. Los índices de precios al consumidor, a diferencia de otros índices, no suelen estar sujetos a revisión, una vez publicados, y suelen utilizarse para proteger a los contratos contra la erosión del poder adquisitivo de una moneda nacional. De todos modos, en el texto de una convención cabría especificar cualquiera de otros varios índices de precios—precios al productor, precios de exportación, coeficientes de deflación del PNB, etc.—si ello resultase preferible.

En cuanto a la composición del grupo de países utilizado para integrar el índice de precios, lo más lógico sería adaptarla a la propia composición de los DEG. Esto supondría combinar los índices nacionales de precios de los países cuyas monedas forman la cesta de monedas de los DEG, con coeficientes de ponderación correspondientes a la composición, en cuanto a monedas, de la cesta. Este método es recomendable por la siguiente e importante razón, que tiene que ver con la relación entre precios y tipos de cambio. Las diferencias entre las tendencias de los precios en dos países tienden a

* *Anuario*... 1978, tercera parte, I, B.

[1] Nota preparada por los observadores funcionarios del FMI a petición de la Secretaría de la CNUDMI.

* *Anuario*... 1978, segunda parte, IV, C.

reflejarse en el tipo de cambio de las dos monedas. Esta relación, aún distando mucho de ser perfecta, es lo bastante marcada para que no proceda desatenderla al diseñar el índice en cuestión. La consecuencia es que la mejor manera de mantener constante el poder adquisitivo de una suma expresada en una moneda determinada es corregirlo con arreglo a los cambios de un índice de precios que refleje el de los bienes y servicios que se compran con esa moneda. La extensión de este principio a una cesta de monedas conduce al índice propuesto, cuya composición y factores de ponderación se corresponden con los de la cesta.

La mejor manera de definir el índice de precios referido a los DEG consiste en señalar el objetivo perseguido: el de que una suma de DEG especificada, multiplicada por el valor corriente del índice, sea suficiente para adquirir, en el período corriente, la misma cesta de bienes y servicios que podría haberse adquirido con esa suma especificada en un período elegido como base, habiendo gastado cada una de las cinco monedas componentes en una colección de bienes y servicios representativa en el país emisor respectivo. En el Anexo se desarrolla una fórmula para la confección de un índice de ese tipo.

En rigor, para que el propuesto índice de precios referido a los DEG fuese perfectamente válido tendrían que ser constantes la cesta de monedas de los DEG y las cinco cestas de bienes y servicios en que se basan los índices de precios nacionales componentes. Mientras estas seis cestas no varíen, cabe considerar al índice de precios vinculado a los DEG como una medida del costo, expresado en DEG, de una cesta que contuviese cinco subcestas nacionales de bienes y servicios. Las variaciones de la cesta de los DEG o de una o más de las cestas de consumo nacionales entre el período base y el período corriente impiden utilizar el índice para efectuar comparaciones estrictas del costo de una colección dada de bienes y servicios entre los dos períodos. Esto no obstante, si los cambios son marginales—es decir, si se trata de cambios moderados en cuanto a la composición de monedas de los DEG que reflejen movimientos de la participación relativa de los cinco países en el comercio total; o de cambios en las cestas representativas del consumo nacional dimanados de alteraciones en los hábitos de consumo—el índice basado en el nuevo juego de cestas podría vincularse al índice basado en el juego antiguo en la forma en que es corriente hacerlo cuando se manejan índices por períodos de tiempo prolongados y los coeficientes de ponderación están sujetos a cambios. Es de esperar que esos cambios marginales no afectarían a la utilidad general del índice como instrumento práctico para medir los cambios operados, con el transcurso del tiempo, en el poder adquisitivo de los DEG.

Por consiguiente, siempre que el número de unidades de las cinco monedas de la cesta de los DEG se altere como resultado de revisiones periódicas de la composición de la cesta, el período base debe desplazarse al período (al mes, por ejemplo) precedente al cambio de la cesta. El índice en que se utilicen los nuevos coeficientes se ponderación debe vincularse al calculado con los coeficientes de ponderación antiguos a fin de que el valor del índice no oscile arbitrariamente como consecuencia del cambio de composición de la cesta de los DEG. Así actúan, en relación con los cambios que se operan en las cestas de consumo en que se basan los índices nacionales de precios, las oficinas nacionales de estadísticas que los publican.

En el caso—sumamente hipotético—de que una de las cestas se modificara en forma mucho más drástica—por ejemplo, si dejara de publicarse uno de los índices nacionales de precios o si cambiara la lista de las monedas integrantes de los DEG—habría que calcular un nuevo índice de precios referido a los DEG para el período subsiguiente a esa alteración. Entonces sería el momento de considerar si convenía reespecificar en DEG con el valor adquisitivo alcanzado durante el período de base las sumas monetarias indicadas en los diversos acuerdos y convenciones o limitarse a vincular el nuevo índice con el antiguo en el período de superposición (es decir, el período de base del nuevo índice). Probablemente, daría casi igual aplicar el uno o el otro de estos dos procedimientos, ya que la revisión de las sumas monetarias especificadas que se requiere conforme al primer procedimiento se haría, con toda probabilidad, conforme al valor calculado del antiguo índice de precios referido a los DEG durante el período tomado como período base para el nuevo índice.

Si se eligiese como unidad de cuenta utilizable en las convenciones internacionales los DEG juntamente con un índice de precios adecuado referido a los DEG, los datos necesarios para calcular los valores mensuales del índice, así como los tipos de cambio mensuales entre los DEG y las monedas de los países miembros del FMI (y las de algunos países no miembros) se facilitarían en la publicación mensual del FMI *International Financial Statistics*. Además, en principio, nada se opondría a que el personal de FMI calculase el índice mensual de precios, con demora no superior a los tres meses.

## ANEXO II

### Fórmula para la confección de un índice de precios referido a los DEG

El índice de precios referido a los DEG que se pretende elaborar puede definirse como la cantidad de DEG necesaria en un momento dado, $t$, para adquirir la cesta de bienes y servicios que podría haberse adquirido durante un período base predeterminado con las cantidades de las cinco monedas que componen los DEG, gastando cada moneda en una colección de bienes y servicios representativa del país emisor respectivo. Los elementos necesarios para calcular un índice de este tipo son los siguientes:

$P_{it}$ = índice de precios del país $i$ en el momento $t$ ($P_{i0} = 1{,}0$, siendo el período 0 el período base);

$C_i$ = número de unidades de la moneda $i$ en la cesta de los DEG; y

$R_{it}$ = tipo de cambio de la moneda $i$, definido como número de DEG por unidad de moneda $i$ en el momento $t$.

El producto $C_iP_{it}$ representa el número de unidades de la moneda $i$ que se necesitan en el momento $t$ para adquirir la misma cesta de bienes y servicios en el país $i$ que podría haberse adquirido con $C_i$ unidades de moneda en el período base.

El valor de los DEG, en el momento $t$, de la colección de las cinco sumas monetarias $C_iP_{it}$, conforme a la definición dada en el párrafo precedente, representa el índice de precios propuestos para los DEG en el momento $t$. Este índice, $P_{st}$, se representa a continuación en tres formas distintas, pero equivalentes:

$$P_{st} = \sum_{i=1}^{5} (C_iP_{it})\ R_{it} = \sum_{i=1}^{5} (C_iR_{it})\ P_{it} = \sum_{i=1}^{5} (C_iR_{i0})\ P_{it}\ (R_{it}/R_{i0}).$$

La primera de estas formas (la de la izquierda) sugiere la definición básica del índice, a saber: el valor, en DEG, de las cinco sumas monetarias necesarias para adquirir, en el momento $t$, las cinco subcestas nacionales que podrían haberse comprado con las cinco monedas componentes de los DEG en el período base.

La segunda de las formulaciones dadas más arriba (la del centro), indica que este índice de precios referido a los DEG es la media ponderada de los cinco índices de precios nacionales componentes, utilizando como coeficientes de ponderación los índices de participación relativa a las cinco monedas que componen los DEG en el valor de éstos.

La tercera formulación (la de la derecha) sugiere que el índice puede también considerarse como una media ponderada de los índices nacionales de precios, medidos en DEG—es decir, $P_{it}$ multiplicado por $(R_{it}/R_{i0})$—utilizando como coeficientes de ponderación los índices de participación relativa de las cinco monedas en el valor de los DEG que regían en el período base.

Si se desea, el índice puede multiplicarse por cien para darle la forma que suelen tener los índices.

# III. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL*

## Informe del Secretario General: posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional (A/CN.9/207)**

INDICE


| | Párrafos |
|---|---|
| INTRODUCCIÓN | 1–8 |
| A. TEMAS Y PRINCIPIOS DE UNA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL | |
| I. Temas y problemas de carácter general | 9–15 |
| II. Propósitos y principios generales | 16–27 |
| B. DETERMINACIÓN DE LAS CUESTIONES QUE PODRÍAN TRATARSE EN LA LEY MODELO | |
| I. Ambito de aplicación | 28–38 |
| 1. "Arbitraje" | 29–30 |
| 2. "Comercial" | 31 |
| 3. "Internacional" | 32–38 |
| II. Acuerdo arbitral | 39–63 |
| 1. Forma, validez y contenido | 41–47 |
| 2. Las Partes en el acuerdo | 48–54 |
| 3. Esfera del arbitraje | 55–57 |
| 4. Posibilidad de separación de la cláusula arbitral | 58 |
| 5. Efecto del acuerdo | 59–61 |
| 6. Terminación | 62–63 |
| III. Arbitros | 64–70 |
| 1. Requisitos | 64 |
| 2. Recusación | 65–66 |
| 3. Número de árbitros | 67 |
| 4. Nombramiento (y sustitución) de árbitros | 68–69 |
| 5. Responsabilidad | 70 |
| IV. Procedimiento arbitral | 71–81 |
| 1. Lugar del arbitraje | 71–72 |
| 2. Actuaciones arbitrales en general | 73–74 |
| 3. Pruebas | 75 |
| 4. Peritos | 76 |
| 5. Medidas provisionales de protección | 77–78 |
| 6. Representación y asistencia | 79 |
| 7. Rebeldía | 80–81 |
| V. Laudo | 82–101 |
| 1. Tipos de laudos | 82 |
| 2. Dictado del laudo | 83–85 |
| 3. Forma del laudo | 86–87 |
| 4. Declinatoria de la competencia del árbitro | 88–89 |
| 5. Ley aplicable al fondo del litigio | 90–91 |
| 6. Transacción | 92 |
| 7. Rectificación e interpretación del laudo | 93 |
| 8. Honorarios y costas | 94 |
| 9. Entrega y registro del laudo | 95–96 |
| 10. Fuerza ejecutoria y ejecución del laudo | 97–100 |
| 11. Publicación del laudo | 101 |
| VI. Medios de impugnación | 102–111 |
| 1. Apelación contra el laudo arbitral | 102–104 |
| 2. Recursos contra la declaración de ejecutoriedad (exequatur) | 105–106 |
| 3. Invalidación o anulación del laudo (y procedimientos similares) | 107–111 |
| Conclusión y medidas que se sugieren | 112–114 |


### INTRODUCCIÓN

1. En su 12.° período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional examinó un informe del Secretario General titulado "Estudio sobre la aplicación e interpretación de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)" (A/CN.9/168)*** y una nota de la Secretaría sobre los nuevos trabajos relacionados con el arbitraje comercial internacional (A/CN.9/169)****[1]. En la nota se sugería que la Comisión comenzara a preparar una ley modelo sobre procedimiento arbitral que podría contribuir a superar la mayor parte de los problemas identificados en el estudio mencionado y a reducir los obstáculos de carácter jurídico que se oponen al arbitraje.

2. En ese período de sesiones la Comisión decidió pedir al Secretario General:

"*a*) Que prepare una recopilación analítica de las disposiciones de las leyes nacionales relativas al procedimiento arbitral, que incluya una comparación de esas leyes con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI* y la Convención de 1958;

"*b*) Que prepare, en consulta con las organizaciones internacionales interesadas, en particular el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano y el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, un anteproyecto de ley modelo sobre procedimiento arbitral, teniendo en

* Para su examen for la Comisión véase el capítulo IV del Informe (primera parte, A, *supra*).

** 14 mayo 1981. Mencionado en los párrs. 63 y 64 del Informe (primera parte, A, *supra*).

*** *Anuario* ... 1979, segunda parte, III, C.

**** *Anuario* ... 1979, segunda parte, III, D.

[1] 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), párrs. 78 a 80.

* *Anuario* ... 1976, primera parte, II, A, párr. 57.

cuenta las conclusiones a que llegó la Comisión, y en particular:

i) Que el ámbito de aplicación del proyecto de normas uniformes deberá limitarse al arbitraje comercial internacional;

ii) Que en el proyecto de ley uniforme deberán tenerse en cuenta las disposiciones de la Convención de 1958 y del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI;

"*c*) Que presente la recopilación y el anteproyecto a la Comisión, en un período de sesiones ulterior[2]."

3. En su 13.° período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí una nota de la Secretaría titulada "Informe sobre la marcha de los trabajos relativos a la preparación de una ley modelo sobre procedimiento arbitral" (A/CN.9/190)[3]. En dicha nota la Secretaría puso de manifiesto su labor inicial y mencionó la existencia de dificultades en la obtención de la documentación necesaria para la labor preparatoria de este proyecto. A fin de ayudar a la Secretaría en ese aspecto, la Comisión decidió invitar a los gobiernos a que suministraran a la Secretaría documentación pertinente sobre legislación y jurisprudencia nacionales, y los tratados relativos al tema de que dispusieran[4]. La Asamblea General incluyo un llamamiento análogo a los gobiernos en su resolución 35/51* de 4 de diciembre de 1980 (apartado *d*) del párrafo 12).

4. La Secretaría da las gracias a los gobiernos que ya le han suministrado las publicaciones pertinentes. Se necesita documentación de tantos Estados y sistemas jurídicos como sea posible, a fin de obtener información completa y actual sobre las diferentes leyes y usos jurídicos en materia de arbitraje. El disponer de información exacta y actualizada resultará especialmente decisivo cuando, en una etapa posterior, se discutan en detalle cuestiones específicas, para hallar soluciones que tengan amplia aceptación. Los informes sobre leyes nacionales relativas a las diversas cuestiones específicas podrían entonces ayudar a la Comisión o al Grupo de Trabajo, en el caso de que la Comisión desee encomendar dicha tarea a un Grupo de Trabajo, en sus debates y en la preparación de un proyecto de disposiciones.

5. Antes de eso, parece aconsejable debatir y decidir cuestiones preliminares, de tipo más general, relativas a los principios, el ámbito y el posible contenido de una ley modelo. El presente informe se ha concebido para ayudar a la Comisión en el examen de tales características y de las orientaciones básicas que ella desee determinar.

6. La primera parte del informe (A) trata de las preocupaciones a las que debería responder la ley modelo y de los principios en los que podría basarse. La claridad y el acuerdo sobre estos temas no sólo deberían ayudar a encontrar el enfoque más adecuado en este proyecto, sino que también ayudarían a definir el ámbito de la futura ley modelo, en combinación con las orientaciones ya establecidas por la Comisión, es decir, abarcar sólo el arbitraje comercial internacional y tener en cuenta las disposiciones de la Convención de 1958 y del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (véase la decisión *supra*, incisos i) y ii) del apartado *b*) del párrafo 2).

7. En la segunda parte del informe (B) se trata de catalogar todas las cuestiones que sea posible tratar en el proyecto de ley modelo. No se enumeran meramente los temas que normalmente se regulan en las disposiciones legales sobre arbitraje o las partes pertinentes de los códigos de procedimiento civil. Más bien se concentra en las cuestiones cuya inclusión parecería deseable habida cuenta de los principios y propósitos sugeridos. En particular, el informe destaca los asuntos en los que se han hallado dificultades en los usos internacionales. Así, se hace referencia a los problemas derivados de las diferencias entre las leyes nacionales o de las omisiones de las normas jurídicas o de las actitudes divergentes en distintas jurisdiciones, teniendo en cuenta las críticas y sugerencias formuladas por abogados y tratadistas. Este informe no intenta, sin embargo, discutir estas cuestiones en detalle y presentar propuestas elaboradas, puesto que su propósito consiste solamente en catalogar las cuestiones y en afirmar las razones pertinentes para decidir acerca de su inclusión en el proyecto de ley modelo. Independientemente de que en el proyecto de ley modelo lleguen a tratarse, o no, todas las cuestiones enumeradas, su examen debería proporcionar una idea más clara sobre el posible ámbito de dicha ley y sobre la labor y la capacidad técnica necesaria para su preparación.

8. Debe señalarse también que el orden y la clasificación de las cuestiones empleados en este informe de ningún modo indica que la estructura definitiva de ley modelo podría ser semejante. El orden empleado en la parte B (excepto el capítulo I) es simplemente el esquema de clasificación de los informes nacionales publicados en el *Yearbook Commercial Arbitration*[5]. En el presente documento se ha adoptado este razonable esquema para facilitar la referencia y la consulta de estos informes nacionales, de gran abundancia de datos, con los que ha contado la Secretaría para preparar este informe[6].

---

[*] *Anuario* . . . 1980, primera parte, II, D.

[2] *Ibid.*, párr. 81.

[3] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la 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), párrs. 114 a 116.

[4] *Ibid.*, párr. 117.

[5] Publicación del International Council for Commercial Arbitration; Director General: Prof. Pieter Sanders; publicada por Kluwer, Postbox 23, 7400 GA Deventer, Netherlands. En las sucesivas notas a pie de página el *Yearbook Commercial Arbitration* se indica como "YCA".

[6] En los volúmenes I a VI del *Yearbook Commercial Arbitration* se han publicado informes sobre las leyes de los siguientes Estados: Alemania, República Federal de, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia, Chile, China, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Indonesia, Irán, Iraq, Israel, Italia, Jamahiriya Arabe Libia, Japón, Kuwait, México, Mongolia, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Democrática Alemana, Sudáfrica, Rumania, Suecia, Suiza, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Venezuela, Yugoslavia.

## A. TEMAS Y PRINCIPIOS DE UNA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

### I. *Temas y problemas de carácter general*

9. La meta fundamental de una ley modelo sería la de facilitar el arbitraje comercial internacional y la de lograr su funcionamiento y reconocimiento apropiados. Su valor práctico dependería, en especial, de la amplitud con la que proporcionara respuestas a los múltiples problemas y dificultades que se encuentran en la práctica. De este modo, en la preparación de la ley modelo debería intentarse abordar los temas que se han suscitado repetidamente en los últimos años, y que incluso se han calificado como "defectos" o "escollos ocultos" del arbitraje comercial internacional.

10. Una de las quejas principales a este respecto consiste en que las expectativas de las partes, expresadas en sus acuerdos sobre procedimiento arbitral, resultan a menudo frustradas por disposiciones imperativas opuestas, emanadas de la ley aplicable. Para dar sólo algunos ejemplos, tales disposiciones pueden referirse a la libertad de las partes para someter futuras controversias al arbitraje, pueden ser consideradas como una indebida restricción, o bien a la elección y nombramiento de árbitros, o a la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia o para dirigir las actuaciones del modo que juzgue apropiado, teniendo en cuenta los deseos de las partes. Otras restricciones de este tipo pueden referirse a la elección de la ley aplicable, tanto la ley que regula el procedimiento arbitral como la que resulta aplicable al fondo de la controversia. La supervisión y el control a cargo de los tribunales de justicia es otra importante característica no siempre bien recibida por las partes, especialmente si se ejercen sobre el fondo del asunto.

11. Estos y otros factores restrictivos que se ponen de manifiesto detalladamente *infra* (en la parte B) tienden a crear la desilusión antes mencionada con respecto a las disposiciones imperativas de la ley. Es esta preocupación la que, por ejemplo, inspiró la recomendación del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC), tal como fue examinada por la Comisión en su décimo período de sesiones: "Cuando las partes hayan adoptado un reglamento para que rija un arbitraje entre ellas, ya se trate de un reglamento para un arbitraje *ad hoc* o para un arbitraje institucional, las actuaciones tendrán lugar de conformidad con dichas reglas, aunque haya disposiciones en contrario en las leyes locales, y todos los Estados contratantes [de la Convención de Nueva York de 1958] reconocerán y ejecutarán el laudo arbitral"[7].

12. Sin embargo, esta sugerencia no debería ser interpretada en el sentido de que sostiene la libertad total de las partes y se opone a todas las disposiciones imperativas en la esfera del arbitraje comercial internacional. Ello resulta claro en la segunda recomendación del AALCC: "Cuando se haya dictado un laudo arbitral siguiendo procedimientos que no resulten equitativos para cualquiera de las partes, deberá negarse reconocimiento y ejecución a dicho laudo"[8]. Los tribunales de justicia pueden desempeñar una función correctiva a este respecto cuando en un país se pretende el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero con arreglo a lo previsto por la Convención de Nueva York de 1958. Pero también pueden desempeñarla por medio de disposiciones imperativas de la *lex loci arbitri* relativas a defectos en el procedimiento, denegación de justicia y falta del debido proceso legal.

13. Otra fuente de preocupación y de consecuencias jurídicas tal vez inesperadas es la parte no imperativa de la ley aplicable. Aunque, por definición, tales disposiciones pueden suspenderse, invalidándose de este modo el efecto de toda norma cuya aplicación se desea evitar, las partes pueden no haber formulado una estipulación en contrario, especialmente cuando no estaban al tanto de dicha norma. Asimismo, cuando las partes no se han puesto de acuerdo sobre una determinada cuestión de procedimiento, todavía puede surgir otra preocupación del hecho de que la ley aplicable no contenga una disposición que resuelva esta cuestión. La falta de esta norma "suplementaria" puede crear incertidumbres y controversias perjudiciales para el desarrollo fluido de las actuaciones arbitrales.

14. Los problemas y las consecuencias no deseadas que se acaban de mencionar, ya sea que provengan de disposiciones imperativas o no imperativas, o de la falta de disposiciones pertinentes, puede deberse al hecho de que una determinada ley nacional trata sólo de algunos aspectos del arbitraje, o de que resulta anticuada y necesita una revisión, o de que ha sido redactada para satisfacer las necesidades del arbitraje nacional, tal vez destacando particularidades locales, o bien que por otras razones no resulta satisfactoria para los usos del arbitraje internacional moderno. Esta situación resulta más grave por el hecho de que la ley aplicable a menudo no tiene una relación real con las partes o con la controversia de que se trate. Por lo general, es la ley del lugar del arbitraje, y este lugar, de hecho, puede ser elegido simplemente por razones de conveniencia, por ejemplo, porque allí reside el árbitro único o el presidente de un tribunal arbitral.

15. En estos casos de una determinación más bien casual de la ley aplicable, las partes pueden hallarse frente a disposiciones y procedimientos que no les resulten familiares. Las posibles consecuencias adversas de esto se ven intensificadas por el hecho bien conocido de que existen grandes diferencias entre las leyes nacionales relativas al procedimiento arbitral. Incluso cuando se ha logrado una cierta uniformidad, por ejemplo, mediante una convención multilateral ampliamente aceptada, puede llegarse a resultados inesperadamente diferentes debido a interpretaciones divergentes de sus disposiciones. Con respecto a la convención más importante, esto ha sido demostrado por el estudio sobre la aplicación e interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, presentado a la Comisión en su 12.° período de sesiones[9]. Además,

[7] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su décimo período de sesiones. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/32/17), párr. 39 y anexo II, párrs. 27 a 36 (*Anuario* ... 1977, primera parte, II, A). La recomendación de AALCC ha sido reproducida en el documento A/CN.9/127 (*Anuario* ... 1977, segunda parte, III), con observaciones de la Secretaría en el documento A/CN.9/127/Add. 1.

[8] *Ibid.*

[9] A/CN.8/168 (*Anuario* ... 1979, segunda parte, III, C).

quedan en pie muchas cuestiones no resueltas y preguntas no contestadas (que se examinarán más adelante en la parte B), que podrían crear incertidumbres y controversias.

### II. *Propósitos y principios generales*

16. De los temas de carácter general antes expuestos se pueden extraer algunas conclusiones provisionales que podrían servir como pautas en la preparación de una ley modelo de arbitraje. Se entiende que, para reducir al mínimo las dificultades indicadas, la ley modelo que se proyecte debería basarse en los siguientes principios y propósitos.

17. Probablemente el principio más importante sobre el que la ley modelo debería basarse es el de la libertad de la partes para facilitar el funcionamiento apropiado del arbitraje comercial internacional, de conformidad con sus expectativas. Esto les permitiría someter libremente sus controversias al arbitraje y adaptar las "reglas de juego" a sus necesidades específicas. También les permitiría aprovechar plenamente las normas y las políticas que armonizan con los usos modernos del arbitraje internacional, como, por ejemplo, las incluidas en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

18. Sin embargo, conceder a las partes la máxima libertad posible no significa dejarlo todo a su cargo mediante el recurso de no regularlo en la ley modelo. Además de que sería deseable que se proporcionaran normas "suplementarias" (párrafo 13 *supra*), lo que se necesita es una confirmación o garantía concreta de su libertad. De este modo, la ley modelo proporcionaría un "marco constitucional" que reconocería la libre voluntad de las partes y la validez y los efectos de sus acuerdos basados en ella.

19. No obstante, como ya se ha indicado (párrafo 12), no se sugiere conceder absoluta prioridad a los deseos de las partes, por encima de toda disposición legal. Su libertad debería verse limitada por disposiciones imperativas concebidas para prevenir o para subsanar algunos defectos importantes en el procedimiento, todo caso de denegación de justicia o de violación del debido proceso. Tales restricciones no serían opuestas al interés de las partes, por lo menos de la parte más débil y vulnerable en un caso determinado. También satisfarían el interés legítimo del Estado interesado, del que difícilmente podría esperarse que proveyera las garantías antes mencionadas sin que se aplicaran sus ideas fundamentales de justicia.

20. Esos principios fundamentales, tal como se encuentran usualmente en el *ordre public* de un Estado, sólo podrían dejarse de lado si se tratara de favorecer procedimientos de arbitraje internacional y laudos que serían "supranacionales", en el sentido de una plena separación de toda ley nacional. Sin embargo, este informe se basa en la opinión de que resulta deseable, cuando no perentorio, concebir un cierto vínculo entre los procedimientos de arbitraje, incluido el laudo, y una ley nacional que otorgaría reconocimiento y efectos a los acuerdos y laudos arbitrales y proporcionaría la correspondiente asistencia de los tribunales de justicia, por ejemplo en lo relativo a mandamientos para hacer cumplir el arbitraje o para citar testigos o para ejecutar medidas provisionales de protección o para proporcionar un último recurso en caso de estancamiento. Mediante el establecimiento de tal vínculo se debería también evitar el problema de un laudo "flotante" o "sin Estado" que podría aparecer cuando ni siquiera los tribunales de justicia del Estado en el cual el laudo fue dictado confirman (o rechazan) su carácter vinculante, por falta de jurisdicción o de "nacionalidad" del laudo[10].

21. En vista de lo dicho, uno de los problemas más delicados y complejos en la preparación de una ley modelo será el de establecer un equilibrio entre el interés de las partes de determinar libremente el procedimiento a seguir y los intereses del sistema jurídico del que se espera que otorgue reconocimiento y efectos. Esto entraña, sobre todo, una demarcación exacta del ámbito de la posible intervención y supervisión por parte de los tribunales y, en particular, de los criterios sustantivos para la revisión y las motivaciones para anular un laudo. Se considera que el resultado de este esfuerzo ejercerá una influencia considerable sobre el éxito de todo el proyecto. Sin embargo, la tarea se ve algo facilitada por la tendencia a someter las transacciones transnacionales a pautas menos estrictas que las transacciones meramente nacionales. Esta tendencia reciente puede advertirse, por ejemplo, en la distinción que se formula cada vez más entre el orden público internacional y el orden público nacional de un Estado, cuando se procura el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero[11].

22. Por supuesto, las características específicas del arbitraje comercial internacional no sólo se deberían enfocar con respecto a tales pautas sustantivas de revisión y control. Las necesidades de los usos internacionales modernos y los principios de imparcialidad e igualdad deberían guiar la redacción de todas las disposiciones de una ley modelo. La aplicación de la decisión de la Comisión en el sentido de que "en el proyecto de ley uniforme deberán tenerse en cuenta las disposiciones de la Convención de 1958 y del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI" (párrafo 2 *supra*) contribuiría en gran medida al logro de estos fines.

23. A fin de facilitar la práctica fluida del arbitraje comercial internacional, otro principio podría ser el de procurar un conjunto de normas tan amplias y completas como fuera posible. Esto podría responder a la preocupación mencionada (párrafo 13), en el sentido de que la falta de una disposición sobre una cuestión determinada puede crear inseguridad y controversia. La amplitud de contenido podría también extenderse incluso a asuntos quizá regulados en otras ramas del derecho, ya que su inclusión en la ley modelo permitiría adoptar respuestas uniformes, adaptadas al arbitraje de tipo internacional. De este modo, se podría también examinar la inclusión de por lo menos algunas de las cuestiones no incluidas en la *Strasbourg Uniform Law on Arbitration*, de 1966 (Ley Uniforme sobre Arbitraje de Estrasburgo) que, por otra parte, es bastante amplia: capacidad para celebrar un acuerdo de arbitraje,

[10] Véase, por ejemplo, la decisión de la *Cour d'Appel de Paris* de 21 febrero 1980, *1ère Chambre civile*, publicada en *Recueil Dalloz Sirey* 1980, pág. 568, con nota de Robert.

[11] Véase A/CN.9/168, párr. 46 (*Anuario* ... 1979, segunda parte, III, C).

requisitos que debe reunir el árbitro, reconvenciones, los poderes de investigación de un tribunal arbitral, la ejecución provisional de laudos arbitrales, las costas del arbitraje y los honorarios de los árbitros, la jurisdicción de las autoridades judiciales llamadas a intervenir[12].

24. Otras cuestiones cuya inclusión resultaría útil son aquellas que han dado lugar a dificultades debido a interpretaciones divergentes u omisiones de la Convención de Nueva York de 1958, que se detallan en el estudio del Secretario General (A/CN.9/168)*. Así, debería procurarse aclarar, por ejemplo, el significado exacto de la exigencia de que el arbitraje se lleve a cabo "por escrito". También se podría tratar de alcanzar un acuerdo sobre la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. Otra pregunta a la cual quizá se podría responder en la ley modelo es la de si los embargos previos al arbitraje y medidas análogas resultan compatibles con el acuerdo de arbitraje. Para mencionar todavía otra cuestión de la larga enumeración de temas que han dado lugar a dificultades, se podría concebir una disposición en el sentido de que cuando las partes se han remitido a la ley de un Estado determinado como aplicable al fondo de la controversia, esta elección de la ley sería considerada como que se remite directamente al derecho sustantivo de ese Estado y no a las normas de conflicto incluidas en su derecho internacional privado.

25. El principio de alcanzar la máxima amplitud debería vincularse con otra idea que podría fortalecer los efectos positivos de ayudar a los abogados, árbitros y hombres de negocios en su difícil tarea de averiguar las normas legales de un sistema extranjero. Esta idea es la de considerar que se conceda prioridad (como *lex specialis*) a la ley sobre arbitraje comercial internacional, con respecto o otras leyes, excepto que se establezca otra cosa en la ley (modelo) de arbitraje. Con el mismo propósito se podría, por ejemplo, exigir la enumeración de determinadas cuestiones que a menudo se regulan en otras leyes por razones de fondo; por ejemplo, todos los asuntos que no pueden ser materia de arbitraje o todas las personas o sociedades que carecen de capacidad para celebrar acuerdos de arbitraje. Esto por lo menos aseguraría un fácil acceso a la ley, aunque no conduciría necesariamente a la uniformidad, puesto que los Estados podrían enumerar diferentes categorías de tales exclusiones.

26. En cuanto a la uniformidad que se desea en general, puede exponerse aquí que una ley modelo no es necesariamente menos conducente que una convención para lograr criterios uniformes. Aparte de todas las consideraciones relativas al tiempo que demanda y al alto costo de los procedimientos para aprobar y ratificar una convención, lo que determina la aceptabilidad de la ley propuesta es finalmente la calidad de su contenido. Sin embargo, en aras de la uniformidad, y aunque se trata de un modelo, se debería concebir un llamamiento para la adopción de la ley *in toto*. Otra medida de armonización sería la de "vigilar" la interpretación y aplicación de la ley mediante la publicación de decisiones judiciales pertinentes y la indicación de cualquier divergencia. Por supuesto, esto es, en el verdadero sentido de la expresión, una *cura posterior*.

27. Lo que debe hacerse en primer lugar es trabajar para lograr un conjunto claro y completo de normas que establezcan criterios razonables y modernos de arbitraje internacional, que resulten aceptables para los diversos sistemas jurídicos y económicos del mundo. Con este propósito, a continuación se intentará detallar las cuestiones que eventualmente debería tratar la ley modelo y se mencionarán los problemas y los argumentos pertinentes.

## B. Determinación de las cuestiones que podrían tratarse en la ley modelo

### I. *Ambito de aplicación*

28. Con arreglo a la decisión adoptada por la Comisión en su 12.° período de sesiones, "el ámbito de aplicación del proyecto de normas uniformes deberá limitarse al arbitraje comercial internacional" (véase párrafo 2 *supra*). Parece evidente que esta limitación, si se mantiene, tendrá que consignarse en la ley modelo. Pero no está tan claro si deben definirse los tres elementos que delimitan el ámbito de aplicación, a saber "arbitraje", "comercial" e "internacional", y, de hacerlo así, habrá que determinar en qué forma.

#### 1. *"Arbitraje"*

29. Por lo que respecta al primer elemento, es decir, "arbitraje", parece aconsejable definir este término puesto que expresa el "fondo de la materia" o actividad regida por la ley modelo. Tal definición tendría que abarcar el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*. De alguna manera también habría de indicar que el arbitraje es un procedimiento de arreglo de controversias al margen del sistema judicial. Pero, más allá de esto, será muy difícil distinguir con precisión entre el arbitraje regulado en la ley modelo y los procedimientos, a veces denominados arbitraje, semejantes al mismo, como el *"arbitrato irrituale"* italiano, el *"bindend advies"* holandés y el *"Schiedsgutachten"* alemán.

30. Si bien en estos tres ejemplos de "arbitraje libre" pueden advertirse ciertos rasgos comunes (por ejemplo, la determinación de las cuestiones de hecho en lugar de las de derecho y la decisión que obliga simplemente como una cláusula contractual), estos procedimientos no son idénticos, y en otros ordenamientos jurídicos existen otros parecidos. Así pues, no será tarea fácil trazar la distinción con la suficiente claridad. A lo menos, se debería pensar en pedir a los Estados que adopten la ley modelo que enumeren cualesquiera procedimientos afines al arbitraje pero excluidos de su ámbito de aplicación.

#### 2. *"Comercial"*

31. En cuanto al segundo elemento que delimita el ámbito de aplicación, es decir "comercial", es dudoso que deba definirse en la ley modelo. Cabe pensar que este término, aunque no siempre se interpreta de la misma manera en todos los contextos, ha adquirido ya un significado suficientemente claro, por lo menos como término

* *Anuario* ... 1979, segunda parte, III, C.

[12] Véanse las Consideraciones Generales, parr. 7, del Informe Explicativo sobre la Convencion Europea que prevé una ley uniforme sobre arbitraje, Consejo de Europa, 1967.

calificativo del arbitraje, que excluye otros arbitrajes de carácter diferente, como los practicados en los conflictos laborales o en cuestiones de derecho de familias. Sobre la base de la experiencia habida respecto de párrafo 3 del artículo I de la Convención de Nueva York de 1958[13] se sugiere además no matizar el término con arreglo al siguiente criterio: "relaciones consideradas comerciales en el derecho interno del Estado (de que se trate)".

3. *"Internacional"*

32. Por lo que se refiere al tercer elemento, es decir, "internacional", parece necesario, aunque difícil, definir ese término, puesto que la ley modelo ha de establecer un régimen jurídico especial para aquellos arbitrajes en los que se trata de intereses no estrictamente internos. Hay varios posibles criterios para considerar "internacional" un arbitraje en el sentido de "no estrictamente interno". Uno de ellos sería que por lo menos una de las partes tenga su domicilio social en un Estado distinto del interesado (en lo sucesivo denominado Estado X) o sea nacional del mismo. Otra podría ser que el lugar del arbitraje se hallara fuera del Estado X. Otros factores pueden ser que el acuerdo de arbitraje (o el contrato que contiene la cláusula arbitral) se celebre en un Estado distinto de X o que el objeto de la controversia se refiera a un territorio situado fuera del Estado X (por ejemplo el mercado regulado en un acuerdo de distribución).

33. Los dos primeros criterios se utilizan, por ejemplo en la Ley de Arbitraje del Reino Unido de 1979, que en su artículo 43 (7) define:

el "acuerdo de arbitraje interno" como un "acuerdo de arbitraje en el que no se prevé, ni en forma expresa ni tácita, el arbitraje en un Estado distinto del Reino Unido y en el cual no es parte:

*a*) un individuo que sea nacional de un Estado distinto del Reino Unido o que resida habitualmente en él, ni

*b*) una persona jurídica constituida en un Estado distinto del Reino Unido o cuyas actividades de dirección y control central se ejerzan en ese Estado,

en el momento en que se concierta el acuerdo de arbitraje.

Se ha hecho observar que en esta definición el ámbito del arbitraje no interno tiene unos límites muy amplios con el fin de dar a los arbitrajes básicamente internacionales todas las ventajas de la relajación introducida por la nueva legislación[14]. Dada esta dimensión internacional y la técnica empleada (es decir, definir el arbitraje interno y no el no interno) la definición mencionada puede considerarse como un modelo interesante.

34. No obstante, a efectos del ámbito de aplicación de la ley modelo, que ha de abarcar diversas etapas del arbitraje (por ejemplo celebración del acuerdo arbitral, procedimientos arbitrales, anulación del laudo, reconocimiento y ejecución del laudo), no deben pasarse por alto ciertas dificultades que pueden surgir, en particular cuando se utiliza como factor diferenciador el lugar del arbitraje. Una dificultad es la relativa al hecho de que la cuestión de la aplicabilidad de la ley modelo, basada en el carácter no interno del arbitraje, puede plantearse antes de que se haya iniciado el arbitraje, por ejemplo en el contexto de la remisión al arbitraje prevista en el párrafo 3 del artículo 2 de la Convención de Nueva York de 1958. En tal caso existiría incertidumbre si, como sucede a veces, en el acuerdo de arbitraje no se especifica el lugar del arbitraje sino que se deja al árbitro la facultad de determinarlo. Tal acuerdo de arbitraje, si se concierta entre dos nacionales del Estado X, con arreglo a la definición antes mencionada podría considerarse como arbitraje interno puesto que "no prevé el arbitraje en un Estado distinto de X". En caso de que una de las partes fuese un extranjero ahí estaría la conexión internacional que lo incluiría en el ámbito de la ley modelo. En consecuencia, cabe pensar en atenerse únicamente a este criterio, es decir que por lo menos una de las partes sea de nacionalidad extranjera o tenga su domicilio social en el extranjero.

35. Esta sugerencia podría salvar también la siguiente dificultad: Un Estado (X) puede no estar dispuesto a aplicar sus disposiciones menos rigurosas sobre arbitraje internacional a una situación en la que, con arreglo a la definición anterior, dos nacionales de ese Estado elijan un lugar de arbitraje situado en el extranjero (y puedan evitar así el procedimiento más restrictivo aplicable a los casos de arbitraje interno). Por otra parte, el Estado en que tiene lugar el arbitraje puede no poner objeciones a la aplicación de su legislación sobre arbitraje "internacional" aun cuando ambas partes sean del mismo país extranjero. Lo mismo puede ocurrir cuando en ese Estado se pide una declinatoria de competencia basada en tal acuerdo de arbitraje.

36. Hay todavía otro problema en relación con las disposiciones de la ley modelo que regularían el procedimiento de arbitraje y cualesquiera procedimientos de anulación. Es de suponer que estas disposiciones se aplicarían ante todo, aunque no de manera exclusiva, a los arbitrajes "internacionales" que tienen lugar dentro de las fronteras del Estado interesado (X). Este supuesto se basa en las normas existentes sobre conflictos, con arreglo a las cuales el procedimiento aplicable suele ser la legislación del lugar del arbitraje, salvo cuando las partes eligen válidamente otra legislación. Aunque la definición antes mencionada podría ser técnicamente aplicable en este caso, puesto que no impediría la aplicación de la ley a los arbitrajes en el Estado X, mientras por lo menos una de las partes fuese nacional de otro Estado, el uso del lugar del arbitraje (extranjero) como uno de los dos posibles criterios podría considerarse desorientador o como una cuestión a la que no se debería dar tal importancia. De hecho, el domicilio social (o la nacionalidad) de las partes sigue siendo el factor decisivo.

37. Así pues, si se exigiera que las partes pertenecieran a Estados diferentes, ciertamente se excluirían los arbitrajes estrictamente internos. De este modo se incluirían también los casos en que ninguna de las partes es nacional del Estado interesado. Sin embargo, puede ser dudoso que

[13] Cf. A/CN.9/168, párr. 11 (*Anuario*... 1979, segunda parte, III, C).

[14] Schmitthoff, *The United Kingdom Arbitration Act 1979*, YCA V-1980, págs. 231, 234.

la ley del Estado X sea aplicable a esos casos "absolutamente no internos", puesto que cabe suponer que ha de existir una cierta relación con ese Estado. A este respecto se podría tomar la posición de que no se trata de una cuestión que haya de tratarse en relación con el "ámbito de aplicación", cuyo objeto es indicar en general qué tipo de casos ha de regular la ley.

38. Los ejemplos anteriores, a los que podrían añadirse otros muchos, indican no sólo la complejidad de la cuestión de que se trata sino también la interrelación o interdependencia de ámbito de aplicación y normas pertinentes sobre conflictos. Por consiguiente, la Comisión quizá desee examinar en qué medida deben tomarse en cuenta estas consideraciones cuando se defina el ámbito de aplicación y tal vez desee incluso decidir si no sería apropiado pensar en incluir algunas normas modelo sobre conflictos. Sea cual fuera la respuesta definitiva, se habrían de tener en cuenta las disposiciones pertinentes de la Convención de Nueva York de 1958 a fin de evitar toda incompatibilidad y, por lo menos con respecto al ámbito de aplicación, se debería intentar aplicar el mismo criterio o los mismos criterios a las diversas etapas del arbitraje regulado por la ley modelo.

## II. *Acuerdo arbitral*

39. En contraste con el litigio judicial, los procedimientos arbitrales por lo general sólo se celebran cuando las partes así lo acuerdan. Por consiguiente, la ley modelo debe contener disposiciones sobre este acuerdo básico. No obstante, hay que señalar que existen excepciones a esta regla cuando la legislación hace innecesario tal acuerdo al exigir el sometimiento al arbitraje. El ejemplo más destacado son las controversias entre empresas de los Estados miembros del Consejo de Asistencia Económica Mutua, que, en virtud de la Convención de Moscú de 1972 o de las condiciones generales de entrega de mercaderías entre organizaciones de los Estados miembros del CAEM, de 1968 (artículos 90, 91) se remiten a los tribunales arbitrales adscritos a las cámaras de comercio exterior, de comercio o de industria. Para que la información sea completa se podría pensar en incluir en la ley modelo una referencia a las excepciones pertinentes en un determinado ordenamiento jurídico.

40. Volviendo a los casos en que es necesario un acuerdo, el estudio de lo que constituye un compromiso arbitral, la forma y el contenido que debe tener y otros puntos con ello relacionados que se han de tratar en la ley modelo debe basarse en las disposiciones pertinentes de la Convención de Nueva York de 1958:

"Artículo II

"1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

"2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas."

"Artículo V

"1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

"*a*) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; ..."

En aras de la compatibilidad entre los principales textos legales que rigen la práctica del arbitraje internacional, sería conveniente no incluir en la ley modelo disposiciones que estuvieran en contradicción con cualesquiera de las normas mencionadas.

### 1. *Forma, validez y contenido*

41. Cabe pensar en adoptar en la ley modelo el requisito de que el acuerdo de arbitraje se haga constar por escrito, como se prevé en el párrafo 1 del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958. Un estudio de las leyes nacionales revelan que ésta es la forma que se exige en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Cuando no es así se ha indicado que, no obstante, en la práctica casi todos los acuerdos se celebran por escrito o que los acuerdos verbales no tienen gran valor debido a que las normas relativas a la prueba son muy estrictas. En algunos otros Estados (latinoamericanos) sólo se dispensa de la forma escrita en el caso de un acuerdo para arbitrar futuras controversias que, con todo, es de menor utilidad práctica puesto que, en todo caso, una vez que la controversia ha surgido se requiere un compromiso formal.

42. Habida cuenta de esta última situación, cabe sugerir ya aquí que no se mantenga en la ley modelo la distinción clásica entre *compromis* y *clause compromissoire*. Más bien, de conformidad con los principios del arbitraje moderno, un acuerdo de arbitraje podría referirse a controversias presentes o futuras, como se prevé en el párrafo 1 del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958. Tal compromiso, sea objeto de una cláusula arbitral o de un acuerdo aparte, representa una expresión definitiva y suficiente de la voluntad de las partes. No sería necesario un compromiso adicional y, por lo tanto, no habría que observer sus formalidades, que a menudo son estrictas (por ejemplo, acto público, registro en los tribunales). Dada la amplitud de los sistemas afectados, la propuesta anterior relativa a la forma escrita podría considerarse como una transacción aceptable.

43. Si se adoptase el requisito de la forma escrita, cabe sugerir además que se incluya en la ley modelo una definición clara y detallada de lo que significa "por escrito". Tal definición puede contribuir a lograr una interpretación uniforme que sería muy de desear, no sólo a efectos de la propia ley modelo, sino también de otros

textos legales, como la Convención de Nueva York de 1958 (artículo II) o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (artículo 22)*. Cabría pensar incluso en hacer constar de manera expresa en la ley modelo que la definición dada en ella sería aplicable a las disposiciones pertinentes de otros textos legales. En cuanto a la posible forma de tal definición, puede basarse en la que figura en la Convención de Nueva York de 1958 (artículo I, párrafo 2). No obstante, dadas las dificultades con que se tropieza en la práctica, como se indica en el estudio del Secretario General (A/CN.9/168, párrafos 19 a 26), la definición de la ley modelo debería ser más precisa y detallada. En particular, se debería tratar, mediante esa definición, de abordar los problemas que se refieren, por ejemplo, a la participación de intermediarios, a la práctica comercial de las confirmaciones de las ventas o al uso de formas o referencias normalizadas a las condiciones generales.

44. Pasando a la cuestión de la validez de acuerdo arbitral, parece dudoso que en la ley modelo haya que intentar enumerar exhaustivamente las causas de invalidez. Probablemente el mejor procedimiento sería incluir únicamente aquellas que se relacionan directamente con el artibtraje y omitir las demás causas pertinentes a cualquier acuerdo o contrato (por ejemplo, el error). Un ejemplo del primer tipo es el que ofrece el artículo 3 de la Ley Uniforme de Estrasburgo: "La convención de arbitraje no será válida si confiere a una Parte una situación de privilegio en lo que concierne a la designación del árbitro o los árbitros".

45. Cuanto menos se regulen en la ley modelo las cuestiones relativas a la validez, más necesaria será una disposición en la que se determine la ley aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje. No se puede adoptar sin más la norma de la Convención de Nueva York de 1958 (artículo V, párrafo 1) *a*). Su primera opción ("la ley a que las partes lo han sometido") crea dificultades cuando se ve limitada la libertad de las partes para elegir una ley y, lo que es más importante, la opción suplementaria ("la ley del país en que se haya dictado la sentencia") no es suficiente pues, como se señaló con anterioridad (párrafo 33) la cuestión puede plantearse en un momento en que todavía no se ha determinado el lugar del arbitraje o del laudo. Así pues, si en la ley modelo se ha de abordar esta cuestión controvertida, habría que considerar otros criterios (por ejemplo, lugar de celebración del acuerdo, ley aplicable al fondo de la controversia).

46. Una cuestión relacionada con ésta es el contenido del acuerdo de arbitraje. Como se señaló anteriormente (párrafo 40) el compromiso de someterse a arbitraje puede referirse a controversias actuales o futuras. Habrá que considerar si el tipo de controversia debe describirse de una manera más específica y si deben incluirse en la ley modelo otros requisitos en cuanto al contenido mínimo de un acuerdo de arbitraje. Por ejemplo en el párrafo 1 del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 se hace referencia a las discrepancias "respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje".

47. En consecuencia, también en la ley modelo se puede imponer el requisito de que las partes especifiquen el contrato o la relación pertinente. Por otra parte, la restricción en cuanto a la posibilidad de someter la cuestión a arbitraje no tiene por qué consignarse en el acuerdo de arbitraje. En cambio sí se debe consignar esta limitación en la ley modelo, posiblemente junto con una lista de las cuestiones no arbitrales, por ejemplo los asuntos excluidos del ámbito del arbitraje que se examinan más adelante (párrafos 55 y 56). Otro requisito que se halla en algunas legislaciones nacionales es que en el acuerdo se designen ya el árbitro o los árbitros o por lo menos se determine el procedimiento de nombramiento. Si bien cabe recomendar que las partes así lo hagan, un requisito estricto a tal efecto no parece justificado. En este contexto cabe hacer una última sugerencia en el sentido de que la ley modelo ofrezca normas subsidiarias sobre el procedimiento de nombramiento para aquellos casos en que tal procedimiento no haya sido acordado por las partes o no se desarrolle como estaba previsto (párrafo 69 *infra*).

### 2. *Las Partes en el acuerdo*

48. Para facilitar el acceso al arbitraje, en consonancia con una tendencia claramente discernible en la práctica moderna del arreglo de controversias, debe procurarse dar a todas las personas (físicas o jurídicas) la posibilidad de concertar acuerdos de arbitraje. La idea de no establecer restricciones al respecto sólo se relaciona, por supuesto, con la capacidad específica de someterse a arbitraje y no con la capacidad general de concertar acuerdos (limitada, por ejemplo, en el caso de los menores). Además, no se pretende impedir, por ejemplo, que una asociación comercial limite exclusivamente a sus miembros el acceso a sus servicios de arbitraje. Lo que se pretende es, simplemente, que ninguna clase de persona, sociedades u organismos quede excluida *per se* en la ley.

49. El intento de suprimir las restricciones existentes para dar pleno acceso al arbitraje quizá resulte difícil con respecto a organismos gubernamentales o entidades similares de derecho público, ya que en esos casos están en juego intereses públicos importantes, que incluyen la competencia de la organización interna y la división de la autoridad. Sin embargo, tal vez se puedan salvar las dificultades dado el ámbito específico de aplicación, es decir, el arbitraje comercial internacional. En cuanto al aspecto comercial de las transacciones de que se trata, quizá suscite menos objeciones una norma liberal sobre la capacidad de someterse a arbitraje, pues el arbitraje es un procedimiento común de arreglo de controversias, en esta esfera y este tipo de actividad no está estrechamente relacionada con el interés del Estado en configurar su política y dirigir los asuntos públicos como desee. En cuanto al aspecto internacional, los Estados pueden adoptar una actitud más amplia con respecto a las transacciones y controversias internacionales que con respecto a asuntos puramente internos; en Francia, por ejemplo, esta distinción es muy clara[15].

* *Anuario* . . . 1978, tercera parte, I, B.

[15] El Tribunal Supremo decidió, el 2 de mayo de 1966, que el artículo 2060 del Código Civil, según el cual ni el Estado ni las entidades públicas pueden concertar acuerdos de arbitraje, no se aplica a los contratos internacionales (Cass. Civ. 1, Dalloz 1966, 575).

50. En vista de lo expuesto anteriormente, se podría considerar la adopción de una norma semejante a la del parágrafo 1 del artículo II de la Convención Europea de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional según el cual "las personas morales calificadas por la ley que les es aplicable como 'personas morales de derecho público', tienen la facultad de concluir válidamente convenciones de arbitraje". El parágrafo 2 de ese artículo permite a cualquier Estado Contratante "declarar que limite esta facultad a las condiciones precisadas por su declaración". Se podría pensar en incluir en la ley modelo una "reserva" similar pidiendo a los Estados que enumerasen cualesquiera exclusiones si esas exclusiones se consideran necesarias.

51. En este contexto de participación del Estado en el arbitraje, quizá la Comisión desee considerar si en la ley modelo deben regularse los aspectos pertinentes de la inmunidad del Estado. Se recordará que una de las recomendaciones del Comité Jurídico Consultivo Asiático Africano (AALCC) considerada por la Comisión en su Décimo período de sesiones[16], fue la siguiente: "Cuando un organismo gubernamental sea parte de una transacción comercial en la cual haya suscrito un acuerdo de arbitraje, dicho organismo no podrá invocar inmunidad soberana respecto de un arbitraje conforme a tal acuerdo".[17] Como especificó el Subcomité de derecho mercantil del AALCC, la intención de esa propuesta es evitar que un organismo gubernamental que haya suscrito un acuerdo de arbitraje válido en una transacción mercantil pueda invocar la inmunidad de soberanía, en todas las etapas de arbitraje, incluida la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral[18].

52. Cabe pensar que la cuestión de la inmunidad de soberanía en el contexto del arbitraje no es sino una parte de un problema más general y complejo de evidente carácter político y de derecho internacional público[19]. Sin embargo, se sugiere que no se excluya la cuestión de los trabajos preparatorios sobre la ley modelo sin estudiarla antes. Quizá hasta sea posible encontrar una solución aceptable teniendo en cuenta que sólo se trataría de las actividades comerciales de los Estados y de sus órganos que son generalmente consideradas, como se refleja en la mayoría de las legislaciones[20], no como un ejercicio del poder soberano que justifica privilegios especiales (*"acta jure imperii"*) sino en pie de igualdad con las actividades de empresas o personas privadas (*"acta jure gestionis"*).

53. Otra consideración alentadora podría ser que, al depender el arbitraje de un compromiso, cualquier restricción en cuanto a la inmunidad de soberanía sólo se aplicaría en la práctica si un organismo gubernamental concertara un acuerdo de arbitraje. Si, en efecto, un organismo gubernamental o entidad similar decidiera participar en un acuerdo de arbitraje, parece que debería cumplir su compromiso con respecto a la otra parte que razonablemente lo invocara.

54. Por tanto, podría considerarse la inclusión en la ley modelo de una disposición sobre alguna forma de renuncia a hacer valer la inmunidad de soberanía; o una renuncia implícita o, al menos, una recomendación encaminada a que se convenga expresamente en no invocar la inmunidad de soberanía. En ambos casos habría que estudiar en detalle la viabilidad y los efectos jurídicos de este enfoque, tanto con respecto al procedimiento de arbitraje propiamente dicho, incluida la competencia de los tribunales a cuyo control se someta el arbitraje, como al reconocimiento y ejecución del laudo.

### 3. *Esfera del arbitraje*

55. La mayoría de los ordenamientos jurídicos excluyen de la esfera del arbitraje una o varias materias, a menudo atribuyendo competencia exclusiva a determinados tribunales. Los asuntos comerciales de este tipo se relacionan, por ejemplo, con la quiebra, los monopolios, los valores, las patentes, las marcas de fábrica y los derechos de autor. Sin embargo, como puso de manifiesto el examen de fallos judiciales basados en la Convención de Nueva York de 1958[21], las leyes nacionales restrictivas se están aplicando con menos rigor a las transacciones internacionales que a las puramente internas o incluso se interpreta que solamente se aplican a los asuntos internos.

56. De conformidad con esta tendencia y en beneficio de la práctica del arbitraje comercial internacional se podría tratar de limitar, en lo posible, el número de asuntos no susceptibles de arbitraje. En cuanto a aquellos cuya exclusión parece necesaria, es decir, los referentes a reglamentos de aduanas o de control de divisas, cabría pensar en pedir a todos los Estados que aprueben la ley modelo que los enumeren. Esto facilitaría la consulta y daría seguridad al respecto y con ello sería de utilidad para los abogados y hombres de negocios extranjeros.

57. Otra cuestión que deberá considerarse en el contexto de la arbitrabilidad es si el arbitraje de una controversia relativa a un contrato se puede hacer extensivo a lo que a menudo se denomina "colmar lagunas". Al examinar esta cuestión polémica debe hacerse una distinción entre las verdaderas lagunas, es decir, puntos que las partes deseaban incluir en su acuerdo pero no lo hicieron así, deliberadamente o no, y la adaptación de contratos debida a la aparición de nuevas circunstancias que eran imprevisibles y, por lo tanto, no podían ser tomadas en consideración por las partes al concertar el acuerdo. Habrá que estudiar por separado, respecto de cada una de estas funciones, si los árbitros pueden desempeñar esa tarea sin autorización previa de las partes y, de no ser así, si deben imponerse límites a los efectos jurídicos de una autorización previa.

---

[16] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su décimo período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/32/17), Anexo II, párrs. 27 a 37 (*Anuario* ... 1977, primera parte, II, A).

[17] A/CN.9/127, Anexo, párr. 3 *c*) (*Anuario* ... 1977, segunda parte, III).

[18] A/CN.9/127/Add. 1, párrs. 11 y 12.

[19] Véanse las reservas expresadas respecto a Estados y gobiernos durante los debates del décimo período de sesiones de la Comisión, *ibid.*, párr. 33.

[20] Véase por ejemplo la colección de artículos sobre diversos sistemas nacionales en *Netherlands Yearbook of International Law, 1979*, volumen X, pág. 3 *et seq.*

[21] A/CN.9/168, párr. 45 (*Anuario* ... 1976, primera parte, II, A, párr. 57).

4. *Posibilidad de separación de la cláusula arbitral*

58. Se sugiere que en la ley modelo se tome una posición en favor de la posibilidad clara de separación o autonomía de la cláusula arbitral, prevista en leyes y normas de arbitraje modernas[22]. Esto significa que la cláusula arbitral que forme parte de un contrato será tratada como acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato. Esta independencia puede ser importante en relación con un fallo del tribunal arbitral sobre las objeciones de que carece de competencia, y puede facilitar tal fallo, cuando esas objeciones se refieran a la existencia o validez de la cláusula arbitral. Otra ventaja de la posibilidad de separación es que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la invalidez de la cláusula arbitral.

5. *Efecto del acuerdo*

59. La finalidad del acuerdo de arbitraje es dirimir mediante arbitraje cualquier controversia, con la exclusión de la competencia judicial normal. Si, no obstante, una de las partes presenta ante un tribunal una demanda relativa al asunto en litigio, la otra parte ha de poder invocar con éxito el acuerdo de arbitraje. La cuestión que se plantea entonces es si el tribunal debe tener facultades discrecionales y qué cuestiones debe examinar al decidir si ha de remitir a las partes al arbitraje. El párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 de la repuesta siguiente:

> "El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

60. Se propone que en aras de la conformidad, se adopte en la ley modelo el fondo de esta disposición. Sin embargo, algunas disposiciones suplementarias, que no sean contrarias a ella, podrían ayudar a aclarar algunos puntos. Por ejemplo, se podría tratar de especificar el tipo de decisión judicial por la que se remite a las partes al arbitraje, es decir, declinatoria de competencia judicial. En este contexto, también se podría prever una orden para imponer el arbitraje. Otra cuestión que precisa aclaración, como ha hecho ver el examen de los fallos judiciales[23], es la situación compleja, no infrecuente en el comercio internacional, en la que hay más de dos partes y no todas ellas están obligadas por acuerdos de arbitraje. Otro punto que posiblemente se deberá tratar es hasta qué fase del proceso judicial podrá invocar una parte con éxito el acuerdo de arbitraje.

61. Una cuestión más que requiere aclaración es la relativa al ámbito de aplicación antes examinado (párrafos 31 a 38, *supra*). Es evidente la utilidad de una disposición clara sobre este punto si se consideran las dificultades y disparidades causadas por la falta de tal disposición en la Convención de Nueva York de 1958[24]. Finalmente, la ley modelo puede dar respuesta a la cuestión de si el embargo u otras medidas judiciales de protección similares son compatibles con un acuerdo de arbitraje. Una vez más, la falta de una disposición pertinente en la Convención de Nueva York de 1958 ha originado fallos judiciales divergentes[25]. Se podría incluir aquí una disposición, probablemente en favor de la compatibilidad, ya que también concierne a la fase de prearbitraje, o se podría combinar esa disposición con las relativas al procedimiento de arbitraje (*infra*, párrs. 77 y 78).

6. *Terminación*

62. Se puede considerar la especificación en la ley modelo de ciertas circunstancias en las cuales se daría por terminado o no el acuerdo de arbitraje. La Ley Uniforme de Estrasburgo de 1966 ofrece ejemplos, que no es forzoso seguir. Según el párrafo 1) del artículo 10 de dicha Ley, el acuerdo de arbitraje concluirá de pleno derecho si el árbitro designado normalmente en el acuerdo muriera o no pudiera desempeñar su misión por una razón de derecho o de hecho, si rehusare asumirla o no la cumpliere, o si se hubiere puesto fin a su misión de común acuerdo por las Partes. El artículo 19 regula el plazo en el que deberá dictarse el laudo y después dispone, en el párrafo 4, que "cuando los árbitros han sido designados nominalmente en la convención de arbitraje y la sentencia no es dictada dentro de los plazos, la convención de arbitraje concluye de pleno derecho, a menos que las Partes hubieran convenido algo distinto". El artículo 11 ofrece un ejemplo de no terminación: "La muerte de una Parte no pone fin ni a la convención de arbitraje ni a la misión de los árbitros, a menos que las Partes hayan convenido algo distinto".

63. Otro detalle que quizá convenga tratar es si se puede poner fin al acuerdo de arbitraje mediante una solución acordada (*"accord des parties"*), por medio del cual se puede establecer una distinción entre soluciones acordadas en forma de laudo y en forma de acuerdo normal.

## III. *Arbitros*

1. *Requisitos*

64. Caben dudas sobre si la ley modelo debería contener disposiciones relativas a las personas que pueden actuar como árbitros. Sería difícil indicar los requisitos exigibles salvo los de carácter muy general, que tendrían escasa utilidad en la práctica. Asimismo, sería difícil llegar a un acuerdo sobre la exclusión de una determinada clase de personas (por ejemplo, los jueces), aunque se debería convenir en que no se excluya a los extranjeros[26]. En caso de que se prevea incluir alguna norma sobre condiciones o requisitos para la elección, tal norma debería indicar en

[22] Véase, por ejemplo, el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (*Anuario*... 1976, primera parte, II, A, párr. 57).

[23] A/CN.9/168, párrs. 27 y 28 (*Anuario*... 1979, segunda parte, III, C).

[24] Véase A/CN.9/168, párrs. 16 a 18 (*Anuario*... 1979, segunda parte, III, C).

[25] A/CN.9/168, párr. 29 (*Anuario*... 1979, segunda parte, III, C).

[26] Véase por ejemplo el artículo 2 de la Convención de Estrasburgo de 1966: "Cada Parte Contratante se compromete a no mantener ni introducir en su legislación disposiciones que excluyan a los extranjeros de las funciones de árbitro."

qué medida prevalecerían las restricciones que contenga sobre cualquier disposición contraria de un acuerdo de arbitraje dado o sobre las normas uniformes aplicables de las instituciones de arbitraje o de las asociaciones comerciales.

2. *Recusación*

65. En lo que se refiere a la recusación de árbitros, habrá que considerar los problemas relacionados con las razones por las que un árbitro puede ser recusado y el procedimiento aplicable, incluida la intervención de los tribunales. Las legislaciones nacionales indican a menudo con detalle las causas de recusación, generalmente las mismas que se aplican a los jueces. Esas causas se relacionan con el litigio de que se trata, por ejemplo intereses económicos o participación previa en el asunto objeto del litigio, o bien cierta relación con una de las partes. Habrá que estudiar si se puede llegar a un acuerdo sobre una lista "uniforme" de razones o si se debe incluir únicamente una fórmula general como "las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro".

66. En lo que se refiere al procedimiento de recusación de un árbitro, se sugiere que la ley modelo garantice la libertad de las partes para decidir el procedimiento aplicable en caso de recusación. En especial, debería reconocer cualquier acuerdo respecto de la persona o el organismo a los que corresponderá decidir sobre la recusación (por ejemplo, el tribunal arbitral, el Tribunal de Arbitraje, el Secretario o un comité especial de una sociedad de arbitraje, o una autoridad nominadora). No obstante, se habrá de considerar, y hacer constar expresamente en la ley modelo, si el recurso ante los tribunales debe permitirse únicamente cuando así se estipule en el acuerdo de arbitraje o si, independientemente de lo estipulado, debe preverse como último recurso con objeto de evitar un estancamiento. Por último, cabe pensar en prever normas "subsidiarias" para los casos en que las partes no hayan regulado el procedimiento de recusación. Se podrían añadir normas subsidiarias en materia de revelación y de restricciones al derecho de recusación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 y en el párrafo 2 del artículo 10 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[27], y en el párrafo 2 del artículo 12 de la Ley Uniforme de Estrasburgo de 1966[28].

3. *Número de árbitros*

67. El número de árbitros es quizá uno de los problemas que debería dejarse por entero a la discreción y acuerdo de las partes. No obstante, cabe considerar la posibilidad de exigir un número imparte de árbitros, como se hace, por ejemplo, en los párrafos 1) y 2) del artículo 5 de la Ley uniforme de Estrasburgo de 1966[29]. Sin embargo, aunque ese requisito tal vez aumente la efectividad del arbitraje, puede considerarse como una medida de protección excesiva. Respecto de la institución especial, conocida en algunos sistemas, de un tercer árbitro que actúa como "superárbitro" o como "árbitro adicional con voto dirimente", se sugiere que la ley modelo reconozca esa función cuando se prevea en un acuerdo de arbitraje, pero que no la incluya en ninguna norma "subsidiaria". Como "norma supletoria", se podría establecer el arbitraje de tres árbitros si las partes no se han puesto de acuerdo para determinar su número.

4. *Nombramiento (y sustitución) de árbitros*

68. La ley modelo debería garantizar la libertad de las partes para acordar el procedimiento de nombramiento, siempre que quede asegurada la igualdad (véase el párrafo 43 *supra*). Ello incluiría el sistema común, de conformidad con el cual cada una de las partes ha de nombrar un árbitro y los dos árbitros así nombrados nombran un tercero.

69. Asimismo, se puede prever que las "normas subsidiarias" contengan un mecanismo de "reserva" para aquellos casos en que las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento, o una parte no nombrara el árbitro que le corresponde o los dos árbitros no nombraran el tercero, de exigirlo así el sistema convenido. Cabría examinar en qué medida y en qué condiciones se puede recurrir a los tribunales en estos casos de omisión. Además, tal vez sea conveniente incluir algunas disposiciones relativas a las razones en que se funda la sustitución de un árbitro y los procedimientos pertinentes.

5. *Responsabilidad*

70. Actualmente se discute con frecuencia la cuestión de en qué medida puede exigirse responsabilidad a un árbitro por mala conducta o por error. Las legislaciones nacionales que tratan este problema tienden todas a aplicar las normas (indulgentes) adoptadas para los jueces. Teniendo en cuenta que el problema de la responsabilidad no siempre está regulado y sigue siendo sumamente polémico, es dudoso que la ley modelo pueda ofrecer una solución satisfactoria. No obstante, la Comisión quizá desee examinar a este respecto si no sería conveniente iniciar la preparación de un código de conducta, o de un código de ética, que, independientemente de la ley modelo, pudiera servir de orientación a los árbitros para el cumplimiento de sus importantes funciones.

## IV. *Procedimiento arbitral*

1. *Lugar del arbitraje*

71. La ley modelo debería reconocer la libertad de las partes para determinar el lugar del arbitraje, excepto en los

[27] Artículo 9: "La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado o elegido, el árbitro revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas."

Artículo 10, 2: "Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación."

[28] Artículo 12, 2: "Una parte no puede recusar el árbitro que ella misma hubiera designado, salvo por una causa de la que hubiera tenido conocimiento después de la designación."

[29] Artículo 5: "1. El tribunal deberá componerse con un número impar de árbitros. Puede haber un árbitro único.

"2. Si las partes no han fijado el número de árbitros en la convención de arbitraje y no se ponen de acuerdo para determinarlo, el tribunal arbitral se compondrá de tres árbitros."

casos en que esa libertad esté limitada por una cláusula obligatoria, como la del artículo 22 de las Reglas de Hamburgo. En los casos en que las partes no hayan determinado el lugar del arbitraje ni confiado a una tercera persona u organismo (por ejemplo, tribunal arbitral, secretaría de la institución arbitral) esa decisión, la ley modelo podría facultar al tribunal arbitral para determinar el lugar del arbitraje.

72. La determinación del "lugar del arbitraje" no significará necesariamente que todas las reuniones o audiencias se celebren de hecho en ese sitio (véanse, por ejemplo, los párrafos 2 y 3 del artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), pero el que quede claramente determinado tiene importancia jurídica en diversos sentidos. El laudo se dictará en ese lugar y, como lo requieren a menudo las legislaciones nacionales, deberá registrarse o depositarse en ese mismo lugar dentro de un plazo determinado. Sobre todo, el lugar del arbitraje en que se dictó el laudo es el principal criterio para determinar la aplicabilidad de la Convención de Nueva York de 1958 en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de los laudos (párr. 1) del artículo 1). Otra consecuencia jurídica deriva del hecho, no infrecuente, de que la elección del lugar del arbitraje por las partes se interpreta en el sentido de que implica, a su vez, una elección del derecho procesal aplicable, de no haber estipulación expresa sobre ese particular. Cabe considerar la posibilidad de estudiar esta interpretación, discutible y no enteramente incuestionable, si la ley modelo ha de contener normas sobre conflictos (párr. 38 *supra*).

### 2. *Actuaciones arbitrales en general*

73. La ley modelo debería facultar al tribunal arbitral para dirigir las actuaciones arbitrales en la forma que considere apropiada, siempre que se atenga a las restricciones siguientes: el tribunal arbitral deberá tratar a las partes en pie de igualdad y en cada etapa del procedimiento dará a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Debe asimismo atenerse a las instrucciones de procedimiento que las partes le hayan dado específicamente o por referencia a una serie de normas de arbitraje.

74. Además, la ley modelo puede imponer ciertas normas que tengan fuerza obligatoria para los árbitros, independientemente de cualquier acuerdo en contrario concertado por las partes, o únicamente si las partes no han convenido otra cosa. Ejemplos del primer tipo, es decir, normas imperativas, son las disposiciones relativas a la adopción de medidas provisionales de protección por los tribunales (párr. 78 *infra*), a la rebeldía de una parte (párrs. 80 y 81), y a la declinatoria de competencia de los árbitros, que se examinan en la sección correspondiente a los laudos por tratarse de asuntos que se suelen abordar dentro de ese tema (párrs. 88 y 89). Ejemplos del segundo tipo, es decir, normas que las partes pueden dejar sin efecto, son las disposiciones relativas a las pruebas (párr. 75), los peritos (párr. 76), y la representación y asistencia (párr. 79). Se podrían añadir las disposiciones relativas a audiencias, a modificaciones de la demanda o de la contestación, o al idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones, en las que el idioma del acuerdo de arbitraje podría considerarse como un posible factor determinante.

### 3. *Pruebas*

75. Con sujeción a cualesquiera normas convenidas por las partes, el tribunal arbitral debería, en virtud de la ley modelo, tener libertad para adoptar y aplicar sus propias normas en relación con las pruebas, incluido el derecho a determinar la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas. Dado que el tribunar arbitral carece de la facultad de ejecutar sus decisiones de procedimiento, tales como citar a un testigo o requerir de una de las partes la presentación de un documento, en la ley modelo se puede prever a este respecto la asistencia de los tribunales. En este caso, habría que definir claramente las posibles medidas judiciales y sus condiciones concretas. Además, la ley modelo podría contener normas "subsidiarias" (por ejemplo, en consonancia con los artículos 24 y 25 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) para aquellos casos en que las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre las normas relativas a las pruebas.

### 4. *Peritos*

76. En lo que se refiere a la designación de peritos en el procedimiento de arbitraje, valen en general las mismas consideraciones expuestas en relación con las pruebas. Así, a reserva de cualquier acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral estaría facultado para nombrar peritos, en cuyo caso la ley modelo debería indicar si sólo podrá hacerlo a petición de una parte o bien de oficio. En este caso, las normas subsidiarias pueden ser especialmente útiles, ya que hay toda una serie de cuestiones importantes que normalmente las partes no tienen en cuenta cuando redactan el acuerdo de arbitraje y que sólo se regulan con todo detalle en algunas normas uniformes de arbitraje. Por consiguiente, sería conveniente incluir disposiciones subsidiarias, formuladas con arreglo al tenor del artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en relación con temas tales como el mandato de los peritos y los derechos y obligaciones de las partes respecto del desempeño de las funciones de aquéllos.

### 5. *Medidas provisionales de protección*

77. Se sugiere que se incluyan en la ley modelo disposiciones sobre medidas provisionales de protección, tales como ordenar el depósito de los bienes en manos de un tercero, la venta de los bienes perecederos, o bien el embargo o el secuestro de activos. Uno de los problemas que hay que solucionar es el de si el tribunal arbitral podrá tomar esas medidas aun cuando las partes no lo hayan facultado expresamente para ello. Por consiguiente, habrá que determinar qué tipos de medidas se incluirán y si debería preverse la asistencia de los tribunales para su ejecución.

78. Los tribunales pueden intervenir no sólo dando fuerza ejecutoria a las medidas tomadas por el tribunal arbitral, sino también adoptando ellos mismos en primer lugar esas decisiones a instancia de parte. Cabe considerar si esas medidas judiciales y sus condiciones pueden regu-

larse en la ley modelo o si será mejor que esas cuestiones se rijan por el derecho procesal general. No obstante, en cualquier caso, sería conveniente responder, probablemente en forma afirmativa, a la cuestión de si una solicitud de esas medidas provisionales sería compatible con el acuerdo de arbitraje y no constituiría una renuncia al mismo. Como se indicó anteriormente (párr. 61 *supra*), esta cuestión pudiera ser pertinente ya antes de que se incoe el procedimiento de arbitraje.

6. *Representación y asistencia*

79. Las cuestiones relacionadas con la representación y la asistencia consisten, por ejemplo, en determinar si una parte podrá ser representada o asistida y por qué personas, si el tribunal arbitral podrá requerir a una parte que comparezca personalmente y si habrá que dar notificación previa sobre las personas que representan o prestan asistencia a una parte. Aunque en varias legislaciones nacionales (y en la Ley uniforme de Estrasburgo de 1966, artículo 16, 4)) figuran disposiciones sobre este extremo, cabe dudar de que sea verdaderamente necesario regularlo en la ley modelo.

7. *Rebeldía*

80. La ley modelo debe regular las consecuencias que entraña la rebeldía de una parte, por lo menos respecto del demandado. Para que el arbitraje tenga la efectividad necesaria, podría facultarse al tribunar arbitral para proseguir las actuaciones y dictar un laudo obligatorio aun cuando el demandado deje de comparecer sin invocar causa suficiente para ello. No obstante, esa medida potencialmente severa estaría justificada únicamente si se reúnen ciertas condiciones, basadas en los principios de las garantías procesales y de la justicia, que deben hacerse constar detalladamente en la ley modelo.

81. Primero, la parte en rebeldía deberá haber sido debidamente convocada con antelación. Un segundo requisito es que el tribunal de arbitraje verifique claramente su competencia. Para ello, tendrá que determinar la existencia de un acuerdo de arbitraje válido, lo que pude resultar difícil en caso de no comparecencia del demandado. La tercera restricción se relaciona con el fondo del litigio y la decisión sobre el mismo. El tribunal arbitral puede no aceptar las razones y explicaciones que el demandante exponga en apoyo de su demanda sin una investigación adecuada, incluida la recepción de pruebas. Será preciso definir con exactitud este requisito de investigación, que es contrario a la mayoría de las leyes procesales relativas a la rebeldía en litigios judiciales.

## V. *Laudo*

1. *Tipos de laudos*

82. Parece dudoso que sea realmente necesario que la ley modelo trate de los diferentes tipos posibles de laudos. Si se considerara que este punto se ha de incluir, se debería facultar al tribunal arbitral para dictar, además del laudo definitivo, laudos provisonales, interlocutorios o parciales, y el tribunal debería hacerlo si las partes lo solicitan conjuntamente.

2. *Dictado del laudo*

83. Con relación al dictado del laudo, son fundamentalmente dos las cuestiones de procedimiento que hay que considerar. Una de ellas es el plazo dentro del cual debe dictarse, y la otra es el proceso de adopción de la decisión que se plasmará en el laudo.

84. La idea de establecer un plazo, como se hace en algunas legislaciones nacionales, podría considerarse buena, ya que contribuiría a evitar demoras, pero reglamentarlo en la forma adecuada no será una tarea fácil. Una dificultad consiste en que un plazo fijo uniforme no resultaría adecuado en todos los casos y requeriría un mecanismo detallado para las prórrogas. Se añadirían formalidades adicionales, no siempre conducentes a la rapidez de las actuaciones, en caso de que el plazo fuera fijado por un tribunal (como, por ejemplo, en el artículo 19 2) de la Ley Uniforme de Estrasburgo de 1966[30]. Pueden surgir otros problemas derivados de la eventual sanción por incumplimiento del plazo, que podría consistir en la terminación del mandato del árbitro o de los árbitros[31]. En vista de estas dificultades, cabría razonablemente pensar en dejar esta cuestión enteramente a la voluntad de las partes, que podrían resolverla estableciendo un plazo y un procedimiento ajustados a sus necesidades o, ante todo, eligiendo árbitros eficientes.

85. En cuanto al proceso de adopción de decisiones en los procedimientos arbitrales en que haya más de un árbitro, la cuestión fundamental será determinar si la ley modelo debe imponer ciertas pautas o si debe dejar esta cuestión a las partes y establecer sólo reglas "subsidiarias", si se juzga conveniente. Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del laudo desde el punto de vista de su reconocimiento y posibilidad de ejecución, puede parecer preferible una norma imperativa. Esa norma podría exigir que el laudo sea dictado por mayoría de votos de los árbitros; incluso, en el caso excepcional de que no se pudiera obtener la mayoría, se podría reconocer en la ley modelo un acuerdo de las partes en el sentido de que el voto del presidente será decisivo. Para mayor claridad, se podría añadir que todos los árbitros deben tomar parte en las deliberaciones previas al laudo.

3. *Forma del laudo*

86. Un requisito obvio con respecto a la forma del laudo es que sea dictado por escrito. Otro requisito obvio, también usual en las legislaciones nacionales, es que sea firmado por el árbitro o los árbitros. Sin embargo, las leyes nacionales difieren en cuanto a la posibilidad de admitir excepciones en los procedimientos de arbitraje en que hay más de un árbitro. Probablemente, la transacción más aceptable en el contexto del arbitraje comercial interna-

[30] Artículo 19, 2): "En el caso de que las partes no hayan establecido ese plazo o que no hayan previsto las modalidades de su determinación y que el tribunal demore en dictar su sentencia, habiendo transcurrido un lapso de tiempo de seis meses contados desde el día en que los árbitros aceptaron su misión respecto del litigio promovido, la autoridad judicial puede fijar un plazo al tribunal arbitral, a petición de una de las partes."

[31] Además de esta sanción, la Ley Uniforme de Estrasburgo de 1966 dispone incluso que la convención de arbitraje concluirá si los árbitros han sido designados nominalmente en la misma (*supra*, párr. 62).

cional consistiría en no exigir que el laudo sea firmado por todos los árbitros, sin excepción alguna, sino preceptuar que la falta de un firma y la causa de esta omisión se hagan constar en el laudo y que éste vaya firmado a lo menos por la mayoría de los árbitros.

87. Otra cuestión que hay que examinar es si la ley modelo debe establecer algunos requisitos con respecto al contenido del laudo[32]. Algunos de estos elementos pueden considerarse demasiado obvios para ser enunciados expresamente en la ley, por ejemplo, la parte dispositiva (decisión), los nombres y domicilios de las partes y de los árbitros y el objeto del litigio. No obstante, existen puntos que pueden resultar no sólo menos obvios sino también muy importantes, por ejemplo, el lugar y la fecha del laudo. Por último, debe incluirse un punto sobre el cual difieren las leyes nacionales y que resulta discutible, es decir, si el laudo debe ser motivado. Probablemente, la solución más aceptable en el plano internacional sería exigir la motivación, a menos que las partes hayan acordado que el laudo no sea motivado.

4. *Declinatoria de la competencia del árbitro*

88. El tribunal arbitral debería estar facultado para decidir acerca de todas las objeciones relativas a su competencia. En especial, debería estar facultado para determinar la existencia y la validez del acuerdo de arbitraje. Si el acuerdo está expresado en una cláusula compromisoria, la determinación de la "competencia sobre la competencia" del tribunal arbitral se vería facilitada por la separabilidad de dicha cláusula, como se expuso anteriormente (párr. 58).

89. Resta una cuestión difícil, a saber, si la decisión del tribunal arbitral acerca de su competencia será definitiva o si estará sujeta a revisión por un tribunal. En apoyo del control judicial, se podría argumentar que los árbitros no pueden tener la última palabra sobre su competencia puesto que ésta excluye la competencia judicial. Si se siguiera este razonamiento, aunque se puede considerar menos convincente en el plano internacional, se podría pensar en imponer alguna restricción al derecho de solicitar la revisión por un tribunal judicial. Por ejemplo, el artículo 18 3) de la Ley Uniforme de Estrasburgo dispone que "la decisión por la cual el tribunal arbitral se ha declarado competente no puede ser apelada ante la autoridad judicial sino al mismo tiempo que la sentencia sobre el fondo y por la misma vía".

5. *Ley aplicable al fondo del litigio*

90. La primera pregunta es en qué medida deben los árbitros observar normas de derecho al decidir sobre el litigio. Se sugiere que en la ley modelo se reconozca un acuerdo de las partes en el sentido de que los árbitros decidirán como amigables componedores (o *ex aequo et bono*). Resultaría útil, aunque difícil, definir tal mandato, por ejemplo, en los siguientes términos: los amigables componedores deben observar las disposiciones legales imperativas que en el país de que se trate sean consideradas como garantía del orden público (internacional). Teniendo en cuenta el contexto comercial, se podría añadir que los árbitros, actúen o no como amigables componedores, decidirán de conformidad con el contrato, teniendo en cuenta los usos mercantiles pertinentes.

91. La ley modelo puede también facultar al tribunal arbitral para determinar el derecho aplicable al litigio, a menos que las partes hayan indicado la aplicación de una determinada legislación. Con respecto a esta última posibilidad, la ley modelo podría no sólo reconocer la elección de una legislación nacional determinada, sino también permitir la remisión a una ley uniforme o a una convención, aun cuando no estén todavía en vigor. También sería provechoso, como se indicó anteriormente (párr. 24), incluir una disposición en el sentido de que la elección de la legislación de un Estado determinado significa la remisión directa al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas sobre conflictos.

6. *Transacción*

92. Cuando las partes, como suele suceder, llegan a un arreglo amistoso de su litigio, durante el procedimiento de arbitraje, se plantean cuestiones relativas a la forma y a la naturaleza jurídica de esa transacción. Si bien las leyes nacionales y los reglamentos de arbitraje proporcionan respuestas diversas, un enfoque aceptable podría ser que la ley modelo autorizara al tribunal arbitral, sin carácter obligatorio, a registrar dicha transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes (*accord des parties*). Entonces, sería necesario decidir si tal laudo debería ser considerado exactamente como un laudo "normal", por ejemplo, con respecto al registro, ejecución o cualquier recurso, o bien si serían necesarias algunas normas especiales.

7. *Rectificación e interpretación del laudo*

93. Resultaría útil incluir una disposición según la cual una de las partes podría solicitar, dentro de plazo determinado, que el tribunal arbitral interpretara el laudo o rectificara algún error (cf. por ejemplo, los artículos 35 y 36 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). Tal disposición, aunque de importancia limitada, podría ayudar a superar cualquier problema derivado del hecho de que el mandato del tribunal arbitral concluye al dictar el laudo.

8. *Honorarios y costas*

94. En el acuerdo de arbitraje se suelen incluir disposiciones relativas a las costas del arbitraje, incluidos los honorarios de los árbitros, mediante la remisión a reglamentos de arbitraje que pueden establecer aranceles de honorarios o procedimientos para fijar los importes correspondientes. Parece que es poco lo que la ley modelo debería regular a este respecto. Tal vez se podría mencionar en ella específicamente el derecho de pedir depósitos, que tiene importancia práctica en el plano internacional. Además, se podría autorizar a los árbitros para que, con

[32] Cf., por ejemplo, el art. 22 5) y 6) de la Ley Uniforme de Estrasburgo de 1966:

"5. La sentencia abarcará, aparte de su dispositivo, sobre todo las siguientes indicaciones: *a*) Los nombres y domicilios de los árbitros; *b*) Los nombres y domicilios de las partes; *c*) El objeto del litigio; *d*) La fecha en la cual es dictada; y *e*) El lugar del arbitraje y el lugar donde se dictó la sentencia.

"6. La sentencia debe ser motivada."

sujeción a cualquier norma adoptada por las partes, fijaran sus propios honorarios, tal vez con alguna disposición relativa a la revisión judicial.

9. *Entrega y registro del laudo*

95. Es obvio que el laudo debe ser entregado a las partes, para lo cual podrían utilizarse copias firmadas por los árbitros o copias debidamente autenticadas. Tal entrega o notificación debería requerirse en la ley modelo, puesto que constituye una de las condiciones del carácter definitivo y obligatorio del laudo, que, a su vez, es una condición para su ejecución.

96. Otra condición, en virtud de un número considerable de leyes nacionales, es que el laudo, por lo general el original autenticado, se registre o se deposite ante un determinado tribunal u oficina, que se denomina de modo diferente en los diversos Estados. Habrá que decidir si en la ley modelo debe exigirse tal depósito, pese a que éste no se requiere en todos los países y, cuando se requiere, su reglamentación presenta amplias variaciones con respecto a la forma, el procedimiento y la autoridad competente. Otro posible argumento contra tal requisito se refiere al hecho de que el depósito, cuando ha de hacerse, se requiere sobre todo para la ejecución del laudo. En este punto entran en juego consideraciones especiales relativas a la ley modelo, que se examinarán a continuación.

10. *Fuerza ejecutoria y ejecución del laudo*

97. Las leyes nacionales disponen por lo general que el laudo adquiere fuerza ejecutoria mediante un *exequatur* (autorización para la ejecución), respecto del cual los detalles del procedimiento y la autoridad que adopta la decisión varían de un Estado a otro. Al redactar las disposiciones correspondientes de la ley modelo se debe tomar en consideración el ámbito especial de aplicación, así como su relación con el ámbito de la Convención de Nueva York de 1958. Si, por ejemplo, se pide la ejecución de un laudo dictado en el Estado X (y de conformidad con sus leyes) en el Estado Y, no se necesita *exequatur* en el Estado X (ni, por lo tanto, se necesita depósito allí con esa finalidad) en virtud de la Convención de Nueva York de 1958 cuyo logro principal consistió en suprimir la exigencia de un doble *exequatur*. Si se pide la ejecución de ese mismo laudo en el propio país de origen (Estado X), entonces la Convención de Nueva York de 1958 no es aplicable y la norma reguladora sería la ley modelo.

98. Cabe pensar que las disposiciones de las diversas leyes nacionales sobre ejecución de laudos internos podrían proporcionar la base para la formulación de normas aceptables en la ley modelo, las cuales, en tal caso, probablemente incluirían el depósito del laudo un requisito para el *exequatur*. No obstante, reflexionando sobre las dos situaciones descritas en el párrafo precedente, se sugiere aquí un enfoque distinto, esto es, que en la medida de lo posible, ambas situaciones se traten de la misma manera y, por lo tanto, en la ley modelo deberían adoptarse las mismas condiciones y procedimientos establecidos en la Convención de Nueva York de 1958 para la ejecución de laudos "extranjeros". Este enfoque, que también debería adoptarse con respecto a todos los medios de impugnación (véase *infra*, párrs. 105 a 111), reforzaría la unificación y, de este modo, facilitaría las cosas en una materia de gran importancia práctica; también subrayaría el carácter internacional de los arbitrajes a los que se refiere la ley modelo y los separaría claramente de los casos estrictamente internos.

99. Si se decidiera seguir este enfoque, las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958, especialmente los artículos III y IV, determinarían la dirección que debe adoptarse al formular las normas de la ley modelo relativas a la ejecución:

"Artículo III

"Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, no honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales."

"Artículo IV

"1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

*a*) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;

*b*) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

"2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular."

100. La referencia, en el artículo III, a "las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada" muestra que la Convención misma no regula por entero el procedimiento. Por consiguiente, en la ley modelo habría que incluir algunas de estas normas procesales. Para cumplir los requisitos establecidos por el artículo III con respecto a la "carga" impuesta a la parte que pide el reconocimiento y la ejecución, en estas disposiciones se debería prever un procedimiento lo más sencillo posible. En ellas se tendría que determinar la autoridad competente y su procedimiento, mientras que las obligaciones impuestas a la parte solicitante se regularían como en el artículo IV. Habida cuenta del requisito contenido en el artículo IV de que la parte solicitante deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, se podría considerar la

posibilidad de no exigir el depósito del laudo una vez dictado por el tribunal arbitral. Esto estaría en perfecta constancia con el resultado deseable de que en la práctica fuese indiferente que el reconocimiento y la ejecución de un laudo "internacional" se pidieran en el país de origen o en otro país.

11. *Publicación del laudo*

101. Cabe dudar de que la ley modelo deba tratar la cuestión de si el laudo se puede hacer público. Aunque es discutible, ya que hay buenas razones en favor y en contra de tal publicación, puede dejarse la decisión al acuerdo de las partes o a las normas de arbitraje escogidas por ellas. Sin embargo, si se incluyera una disposición al respecto, probablemente podría ser aceptable como transacción que el laudo sólo se hiciera público con el consentimiento expreso de las partes.

## VI. *Medios de impugnación*

1. *Apelación contra el laudo arbitral*

102. La cuestión de la apelación contra el laudo se relaciona con la cuestión de en qué momento adquiere el laudo "fuerza de cosa juzgada", como se dice en el artículo 24 de la Ley Uniforme de Estrasburgo de 1966, o es obligatorio para las partes, que es una de las condiciones para que la sentencia sea ejecutoria (véase el inciso *e*) del párrafo 1 del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958). La respuesta parece sencilla cuando se trata de la apelación ante cualquier tribunal arbitral (segunda instancia). La ley modelo debe reconocer esta apelación si ha sido acordada por las partes, como no es raro que suceda en los arbitrajes referentes a productos básicos.

103. Sin embargo, la respuesta es más difícil cuando se trata de una apelación ante los tribunales judiciales. Este examen judicial del fundamento, por lo menos de ciertas cuestiones de derecho, está previsto en algunas legislaciones nacionales. No obstante, como muestra la modificación reciente relativa al ejemplo más destacado, el "procedimiento para casos especiales" de la legislación del Reino Unido[33], hay una tendencia clara hacia una mayor limitación de la función de control de los tribunales en el contexto internacional. Esta evolución se basa en las mismas consideraciones que la tendencia a aplicar de manera restrictiva cualquier disposición de orden público, consideraciones basadas en las características específicas del arbitraje comercial internacional, en particular su limitada relación con cualquier ordenamiento jurídico interno.

104. Por tanto, se sugiere que se limite al máximo el control judicial sobre el fundamento. Claro está que hay ciertas normas mínimas que los Estados desean que se respeten hasta en los arbitrajes internacionales. Sin embargo, estas normas, que forman parte de su orden público internacional, incluida cualquier restricción sobre la arbitrabilidad del objeto del litigio, no requieren un procedimiento de apelación; podían, y se sugiere que deberían, ser considerados en la forma adecuada en los procedimientos de anulación o, como se prevé en el párrafo 2 del artículo V de la Convención de 1958 de Nueva York, en los procedimientos referentes al reconocimiento y la ejecución del laudo. En cuanto el método de exclusión de apelaciones ante los tribunales, se podría pensar en un "acuerdo de exclusión" por las partes. Sin embargo, sería más claro y más eficaz que la ley modelo excluyera expresamente la apelación ante los tribunales.

2. *Recursos contra la declaración de ejecutoriedad* (exequatur)

105. En cuanto a los recursos contra la declaración de ejecutoriedad, cabe hacer consideraciones similares a las expuestas anteriormente con respecto a la fuerza ejecutoria y la ejecución (párr. 98 a 100). En particular, se puede recomendar el mismo criterio de ajustar los requisitos y procedimientos de la ley modelo a las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958. El resultado deseable sería que en la práctica una parte pudiera oponerse con éxito al reconocimiento y a la ejecución, y éstos fueran denegados, esencialmente por los mismos motivos, independientemente de que la ejecución se pida en el país de origen o en otro país. La única diferencia, que se justifica en la Convención de Nueva York de 1958, deriva del hecho de que los motivos expuestos en el párrafo 2 del artículo V se refieren a la ley del Estado en que se pide la ejecución y pueden, por tanto, conducir a resultados divergentes.

106. Si se adoptara este enfoque "internacionalista", en favor de la uniformidad, las razones en que se podría basar un recurso contra la declaración de ejecutoriedad, según la ley modelo, serían las establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958. Además de las normas sobre la motivación, la ley modelo tendría que regular el procedimiento que habrá de seguir la parte que se oponga a la declaración de ejecutoriedad. Probablemente se preverá recurrir a la misma autoridad que conceda el *exequatur,* permitiendo posiblemente un recurso (apelación) ulterior ante una instancia superior.

3. *Invalidación o anulación del laudo (y procedimientos similares)*

107. Las cuestiones relativas a la invalidación o anulación de los laudos arbitrales figuran entre las más difíciles que hay que resolver en la ley modelo. Se estima también que las disposiciones que se redactan a este respecto tendrán una influencia decisiva sobre la utilidad de la ley modelo como régimen jurídico orientado exclusivamente hacia el arbitraje internacional. Esto es especialmente aplicable a los fundamentos de la petición de invalidación o anulación del laudo. Hasta cierto punto, es aplicable también a los procedimientos previstos en las legislaciones nacionales.

108. Para empezar por el problema menor, es decir, el procedimiento, en los ordenamientos jurídicos nacionales existe una gran variedad de acciones diferentes para "atacar" un laudo, no sólo para pedir su invalidación o anulación, a veces tratadas por separado, sino también para conseguir otros fines, por ejemplo, la suspensión o la reiniciación[34]. Las disparidades se extienden a pormenores

[33] Sobre las modificaciones, véase Schmitthoff, *op. cit.* (14), págs. 233 a 237.

[34] En los informes nacionales se enumeran los múltiples tipos de recursos. Véase el párr. 5 del capítulo VI del YCA.

procesales como forma, plazos y autoridad competente. En gracia a la uniformidad, que facilitaría la práctica internacional en lo que respecta a la etapa posterior al laudo, se debía tratar de establecer procedimientos comúnmente aceptables, especialmente para prever un solo tipo de solicitud y de actuaciones que se podrían denominar "procedimiento de anulación".

109. Sin embargo, el punto más importante será determinar los motivos en que se puede basar este solicitud de anulación. Las leyes nacionales contienen a menudo listas de razones bastante extensas y detalladas a las que puede acogerse la parte descontenta. Es verdad que algunas de estas razones pueden descartarse fácilmente por corresponder a situaciones nacionales específicas o por ser mínima su importancia en la práctica, pero no será tarea fácil ponerse de acuerdo sobre los motivos que deban incluirse en la ley modelo. Con todo, se sugiere que se haga todo lo posible por limitar su número al máximo aceptable.

110. Lo ideal sería elaborar una lista, más breve que la expuesta en la Ley Uniforme de Estrasburgo de 1966[35], en la que sólo figuraran los motivos por los que se pueden denegar el reconocimiento y la ejecución en virtud de la Convención de Nueva York de 1958, es decir, los incisos *a*) a *d*) del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo V. Este enfoque restrictivo, adoptado en el artículo IX de la Convención Europea de 1961 a efectos de ejecución[36], satisfaría las inquietudes subyacentes en la propuesta de la Cámara de Comercio Internacional que figura en la "lista de temas para su posible inclusión en el programa de trabajo futuro", considerada por la Comisión en su 11.° período de sesiones[37]. Ello contribuiría a evitar que un laudo internacional fuera víctima de particularidades legales nacionales aunque el caso en cuestión no tuviera relación real con el Estado de que se trate.

111. Si se siguiera esta recomendación, se llegaría a una completa uniformidad de las causas de anulación y denegación del reconocimiento y de la ejecución. Sin embargo, el procedimiento de anulación no sería superfluo, ya que permitiría que una parte presentara objeciones contra un laudo internacional en el país en que fue dictado o con arreglo a cuya legislación fue dictado, independientemente de que la otra parte pidiera su ejecución en el mismo. Al propio tiempo, el Estado (de origen) de que se trate tendría la oportunidad de "controlar" la observancia, por parte de los árbitros que actuaran dentro de sus fronteras, de sus disposiciones legales en la medida en que sean imperativas para asuntos internacionales.

## CONCLUSIÓN Y MEDIDAS QUE SE SUGIEREN

112. En este informe no se examinan en detalle todas las cuestiones y consideraciones relacionadas con la preparación de una ley modelo. Sin embargo, se espera que proporcione una base suficiente para que la Comisión decida sobre las medidas que ha de adoptar con respecto a este proyecto. Se puede formular la conclusión de que la

[35] Artículo 25: "1. La sentencia arbitral no puede ser apelada ante la autoridad judicial sino por vía de anulación y no podrá ser anulada sino en los casos enumerados en el presente artículo.

"2. La sentencia arbitral puede ser anulada:

*a*) Si es contraria al orden público;

*b*) Si el litigio no era facible de regulación por arbitraje;

*c*) Si no hay convención válida de arbitraje;

*d*) Si el tribunal ha excedido su competencia o sus poderes;

*e*) Si el tribunal arbitral ha omitido estatuir sobre uno o varios puntos del litigio y ellos no puede separarse de aquellos sobre los que se pronunció; o si ha habido de su parte desconocimiento de toda otra regla imperativa del procedimiento arbitral, siempre que dicho desconocimiento haya tenido influencia en la sentencia arbitral;

*f*) Si la sentencia ha sido dictada por un tribunal irregularmente constituido;

*g*) Si no se ha dado a las Partes la posibilidad de hacer valer sus derechos y medios de defensa o si ha habido desconocimiento de toda otra regla imperativa del procedimiento arbitral, siempre que dicho desconocimiento haya tenido influencia en la sentencia arbitral;

*h*) Si no se han cumplido las formalidades prescritas por el párrafo 4 del artículo 22;

*i*) Si la sentencia no es motivada; y

*j*) Si la sentencia contiene disposiciones contradictorias.

"3. Puede igualmente anularse la sentencia:

*a*) Si ha sido obtenida por fraude;

*b*) Si se funda en una prueba declarada falsa por decisión judicial pasada en autoridad de cosa juzgada o sobre una prueba reconocida como falsa;

*c*) Si con posterioridad a haber sido dictada se descubriera un documento o cualquier otro elemento probatorio de haberse ejercido una influencia decisiva sobre la sentencia y que hubiera sido retenido por la acción de la Parte contraria.

"4. No se consideran causas de anulación de la sentencia los casos previstos por el párrafo 2, apartados *c*), *d*) y *f*), cuando la Parte que se ampare en ellos hubiera tenido conocimiento de ellos durante el procedimiento arbitral y no los hubiera invocado.

"5. Las causas de recusación y de exclusión de los árbitros previstas en los artículos 12 y 14 no constituyen causas de anulación en el sentido del párrafo 2, apartado *f*), del presente artículo, aun cuando no hubieran sido conocidas sino con posterioridad al dictado de la sentencia."

[36] Artículo IX

"1. La anulación en un Estado Contratante de una sentencia arbitral regida por la presente Convención no constituirá una causa para negar su reconocimiento o su ejecución en otro Estado Contratante, salvo que esta anulación haya sido pronunciada en el Estado en el cual o según cuya ley haya sido dictada la sentencia, y ello por una de las razones siguientes:

*a*) Las Partes de la convención de arbitraje estaban—en virtud de la ley que les era aplicable—afectadas de una incapacidad; o dicha convención no es válida en virtud de la ley a la cual las Partes la han sometido; o, a falta de indicación a este respecto, en virtud de la ley del país donde la sentencia ha sido dictada; o

*b*) La Parte que demanda la anulación no ha sido debidamente informada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o le ha sido imposible hacer valer sus defensas, por cualquier otra razón; o

*c*) La sentencia versa sobre un diferendo no aludido en el compromiso o que no entra en las previsiones de la cláusula compromisoria; o contiene decisiones que exceden los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Sin embargo, no podrán anularse las disposiciones de la sentencia que tienen relación con cuestiones sometidas al arbitraje si ellas pueden ser disociadas de las referentes a cuestiones no sometidas al mismo; o

*d*) La constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han conformado al acuerdo de las Partes o, a falta de acuerdo, a las disposiciones del artículo IV de la presente Convención.

"2. En las relaciones entre Estados Contratantes, igualmente Partes de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, el párrafo 1 del presente artículo tiene por efecto limitar la aplicación del artículo V, párrafo 1 *e*), de la Convención de Nueva York únicamente a las causas de anulación que enumera."

[37] 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), párr. 41, I, *e*) iii) (*Anuario* . . . 1978, primera parte, II, A).

preparación de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional es conveniente en vista de los múltiples problemas que se plantean en la práctica actual del arbitraje y de las dificultades mencionadas, que una ley ampliamente aceptable podría soslayar. También parece que es el momento adecuado para tal empresa ya que el número de arbitrajes internacionales va en aumento y en varios Estados se tiene el propósito de aprobar leyes sobre la materia.

113. Basándose en este informe, quizá la Comisión desee examinar los temas y principios generales que serían el fundamento de la ley modelo. Quizá también desee examinar las cuestiones señaladas en el informe y las recomendaciones pertinentes acerca de los enfoques más adecuados. Este intercambio de opiniones, que ayudaría a determinar la orientación, especialmente con respecto al alcance y contenido probable de la ley, parece necesario para poder preparar un anteproyecto de la ley modelo.

114. En vista de la complejidad de los asuntos y del trabajo que requiere la preparación de un proyecto de ley modelo, quizá la Comisión desee confiar esa tarea a un grupo de trabajo. Debido a las restricciones presupuestarias, se podría considerar la solución de encomendarla al Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, que ha finalizado su labor. El Grupo de Trabajo podría usar como programa este informe, empezando quizá por el acuerdo de arbitraje y seguir las instrucciones dadas por la Comisión en este período de sesiones. Después, con ayuda de la Secretaría y en consulta con organizaciones interesadas, prepararía las disposiciones del proyecto que se presentaría a la Comisión en un período de sesiones ulterior.

# IV. NUEVO ORDEN ECONOMICO INTERNACIONAL*

## A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones, celebrado en Viena del 9 al 18 junio 1981**: cláusulas relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales (A.CN.9/198)

### INTRODUCCIÓN

1. En su 11.° período de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional decidió incluir en su programa de trabajo un tema titulado "Las consecuencias jurídicas del nuevo orden económico internacional" y estableció un Grupo de Trabajo para que se ocupara de este tema[1].

2. En su 12.° período de sesiones, la Comisión designó a los Estados miembros del Grupo de Trabajo[2]. El Grupo de Trabajo celebró su primer período de sesiones en Nueva York del 14 al 25 de junio de 1980 y recomendó a la comisión el siguiente tema, entre otros, para su posible inclusión en su programa de trabajo:

> "4. Armonización, unificación y examen de las disposiciones contractuales que se incluyen corrientemente en los contratos internacionales en la esfera del desarrollo industrial, tales como los contratos sobre investigación y desarrollo, servicios de consultores, ingeniería, suministro y construcción de importantes obras industriales (incluidos los contratos llave en mano o *contrats produits en main*), transferencia de tecnología (incluida la concesión de licencias), servicios y conservación, alquiler, empresas conjuntas y cooperación industrial en general[3]."

3. En su 13.° período de sesiones, la Comisión decidió que el Grupo de Trabajo estaría compuesto por todos los Estados miembros de la Comisión y convino en acordar prioridad a la labor relativa a los contratos en la esfera del desarrollo industrial. Se pidió a la Secretaría que llevase a cabo la labor preparatoria respecto de los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y de cooperación industrial[4].

4. El Grupo de Trabajo celebró su segundo período de sesiones en Viena, del 9 al 18 de junio de 1981. Estuvieron representados todos los miembros del Grupo de Trabajo con excepción de Burundi, Colombia, Cuba, Chipre, Perú, Senegal y Sierra Leona.

5. Asistieron al perído de sesiones observadores de los siguientes Gobiernos: Argentina, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, China, Ecuador, Gabón, Malasia, Países Bajos, Pakistán, República de Corea, Rumania, Suecia, Suiza, Suriname, Tailandia, Togo, Túnez, Turquía, Uruguay y Venezuela.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes órganos de las Naciones Unidas: Centro sobre Empresas Transnacionales, Comisión Económica para Africa, Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional y la Investigación y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial.

7. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales: Asociación Europea de Libre Intercambio, Asociación Internacional de Abogados, Asociación Internacional de Abogados Democráticos, Cámara de Comercio Internacional de Abogados Democráticos, Cámara de Comercio Internacional, Comisión de las Comunidades Europeas y Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado.

8. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente: . . . . . Sr. Leif Sevón (Finlandia)
Relator: . . . . . Sr. Stephen K. Muchui (Kenya)

9. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí el estudio del Secretario General titulado "Cláusulas relativas a contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales" (A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add. 1 a 8)* y una nota sobre "Cláusulas relativas a la cooperatión industrial" (A/CN.9/WG.V/WP.5).**

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

*a*) Elección de la Mesa

*b*) Aprobación del programa

*c*) Examen de contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y de cooperación industrial

*d*) Otros asuntos

*e*) Aprobación del informe

---

* Para su examen por la Comisión véase el capítulo V del Informe (primera parte, A, *supra*).

** 19 junio 1981. Mencionado en el párr. 71 del Informe (primera parta, A, *supra*).

[1] 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), párr. 71 (*Anuario* ... 1978, primera parte, II, A).

[2] 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* ... 1979, primera parte, II, A).

[3] A/CN.9/176, párr. 31 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, V, A).

[4] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la 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. 143 (*Anuario* ... 1980, primera parte, II, A).

---

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1.

** Reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 2.

EXAMEN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES RELATIVAS A CONTRATOS DE SUMINISTRO Y CONSTRUCCIÓN DE IMPORTANTES OBRAS INDUSTRIALES

11. El Grupo de Trabajo inició su deliberación con el examen de los párrs. 39 a 46 de la Parte Primera del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.4, en los que se señalan las direcciones que podrían tomar los trabajos. Hubo un intercambio de opiniones sobre los diversos enfoques sugeridos, es decir, los correspondientes a la guía jurídica, las cláusulas modelo, el código de conducta, las condiciones generales y la convención.

12. Hubo sugerencias en favor de la formulación de una guía jurídica. Se señaló que este enfoque sería más flexible y que, además, una labor de esa índole serviría sin duda para identificar las cuestiones jurídicas involucradas y sugeriría posibles soluciones para ayudar a las partes en sus negociaciones.

13. Se indicó que una guía de esa índole no debería excluir cláusulas modelo. De incluirse en la guía una cláusula modelo, deberían darse diversas variantes. Además, la cláusula modelo debería orientarse hacia la práctica.

14. Se indicó que la guía debería ser cuidadosamente examinada en el contexto del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI). Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo de que su labor debía encuadrarse en el contexto de los principios básicos del NOEI y, en particular, orientarse hacia la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de los países en desarrollo.

15. Según una opinión, la labor del Grupo de Trabajo sobre este tema debía centrarse, dado el mandato del Grupo, en el aspecto del desarrollo, especialmente el de los países en desarrollo, para diferenciar su labor de la de otros Grupos de Trabajo de la CNUDMI.

16. Se expresaron algunas opiniones en el sentido de que la labor debería concentrarse únicamente en los contratos de entrega llave en mano parcial, y no en los de entrega llave en mano, ya que estos últimos suponían la realización de obras de ingeniería civil, que eran de índole especializada. Conforme a otra opinión, al formular la guía, se deberían considerar no sólo los dos tipos de contrato sino también otras variantes de los mismos, ya que esto llevaría a examinar todas las cuestiones relativas a un contrato de obras. Se señaló que, al discutir cualquier cuestión, habría que tomar en consideración los diferentes tipos de contratos.

17. Se suscitó la cuestión de si el Grupo estaba duplicando la labor actualmente realizada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) respecto a modelos de contrato para la construcción de plantas de fertilizantes. Se señaló que la tarea prevista por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI tendría más amplio alcance, ya que había de abarcar todo tipo de industrias.

18. Se señaló además que otros órganos de las Naciones Unidas se ocupaban también de algunos aspectos de los contratos industriales. Se observó, a este respecto, la enorme importancia de la labor de coordinación. Por ser la CNUDMI un órgano central dedicado a cuestiones jurídicas en la esfera del derecho mercantil internacional, la preparación de una guía jurídica sería de utilidad para otros órganos que hubiesen de examinar determinadas cuestiones jurídicas de los contratos industriales. De este modo se podría lograr la unificación y armonización en esta esfera.

19. La labor considerada por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI había de ser de más completa índole jurídica. Se llegó a un consenso general de que sería conveniente, como primera medida práctica, iniciar la formulación de una guía jurídica detallada que abarcase los contratos tanto de entrega llave en mano como los de entrega llave en mano parcial, así como sus posibles variantes. Los problemas planteados por las diversas cláusulas se examinarían en el contexto de esos contratos. Se indicarían, asimismo, las ventajas y desventajas de las diversas soluciones posibles a los problemas que pudieran plantearse.

20. El Grupo de Trabajo pasó luego a entablar un debate y un intercambio preliminar de opiniones sobre determinados temas, basándose en la documentación proporcionada por la Secretaría. La finalidad de estas deliberaciones, que se resumen en los apartados siguientes[5], era la de proporcionar a la Secretaría indicaciones para la redacción de una guía, y no la de redactar recomendaciones concretas sobre el contenido final de la guía.

EXONERACIÓN[6]

21. En el Grupo de Trabajo hubo diversas opiniones respecto a la definición de la exoneración. Se expresó una opinión en favor de una definición general basada en las "exenciones" definidas en el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención sobre compraventa). Se señaló que la Convención sobre compraventa se aplicaba únicamente a la compraventa de mercaderías, mientras que la guía jurídica había de aplicarse a los contratos de importantes obras industriales. También se manifestó otra opinión en favor de la elaboración de una lista exhaustiva. Hubo, asimismo, otra sugerencia tendiente a que se estableciera una definición general complementada por una lista de ejemplos sobre circunstancias eximentes.

22. Hubo un consenso amplio en cuanto a que las circunstancias eximentes, estipuladas en un contrato deberían ser pocas y de carácter exhaustivo. No sería conveniente que se aceptaran otras circunstancias exonerantes sobre la base de la ley aplicable. Se observó, sin embargo, que las normas de la ley aplicable podrían ser obligatorias. Se sugirió que la cuestión de las dificultades "económicas" se tratara en una cláusula "de iniquidad" y no en una cláusula sobre exoneración, a reserva de la definición de estos términos.

[5] Los resúmenes de los debates sobre cuestiones jurídicas concretas se exponen más adelante, conforme al orden del debate. Este orden se decidió habida cuenta de la disponibilidad de los documentos básicos, de la complejidad de los temas y de sus mutuas relaciones.

[6] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.5: párrs. 1 a 48 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8: párrs. 98 a 113 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

23. El Grupo de Trabajo opinó que el incumplimiento de la obligación de notificar a la otra parte el evento eximente de responsabilidad no debería entrañar la pérdida del derecho de invocar dicho evento. Sin embargo, si no se comunicaba a la otra parte el impedimento, la parte que no hubiese dado cumplimiento a su obligación debería responder por los daños resultantes de la omisión de notificación.

24. En el Grupo de Trabajo se plantearon opiniones divergentes en cuanto a la cuestión de las consecuencias de la exoneración. Se opinó que había de tenerse an cuenta el carácter especial de los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales. Así, en el caso de un impedimento no permanente, el contrato debería suspenderse pero no rescindirse.

25. Se observó que se debería distinguir entre el incumplimiento parcial y el incumplimiento total. Otro factor que debía tenerse en cuenta era el de la etapa en que se producía el impedimento. La guía debería incluir sobre este particular distintas soluciones. Se expresó la opinión de que las consecuencias de la exoneración deberían limitarse a la exclusión de responsabilidad por los daños y que los problemas relativos a la rescisión del contrato deberían tratarse en el capítulo correspondiente. Hubo acuerdo general en cuanto a que la rescisión de un contrato debería ser la última solución a la que se recurriera.

### RENEGOCIACIÓN[7]

26. El Grupo de Trabajo estimó que la cuestión de la renegociación debería tratarse en la guía de los casos en que una circunstancia exonerante suspendiese temporalmente las obligaciones de las partes si ello se consideraba útil. El objeto de la renegociación sería adaptar el contrato a los cambios de circunstancias.

27. Se formularon algunas opiniones respecto a la metodología de la renegociación. Se sugirió que la guía debería enumerar diversas formas de asistencia a las partes en su renegociación, señalando las ventajas e inconvenientes de cada sistema. Se formuló también una sugerencia en cuanto a la necesidad de prever las consecuencias en caso de que una de las partes se negase a participar en la renegociación. Se mencionaron la conciliación y el arbitraje como métodos posibles a los que las partes podrían recurrir, con miras a ayudarlas en su renegociación.

28. El Grupo de Trabajo observó que las situaciones de iniquidad constituían otro sector en el que podía estipularse la renegociación de un contrato para adaptarlo a un cambio de las circunstancias. El Grupo de Trabajo procedió en primer lugar a estudiar si debería apoyarse la inserción de una cláusula de iniquidad en un contrato de obras. Las opiniones sobre este tema estaban divididas.

29. A favor de la inclusión se argumentó que los contratos de obras eran complejos y de larga duración. Una modificación de las circunstancias podría producir un cambio que afectase al equilibrio contractual de las partes y causase iniquidad en el caso de que el contrato se siguiese aplicando con arreglo a sus condiciones originales. Se consideró también que una cláusula de iniquidad podría ayudar no sólo al contratista sino también al comprador a mitigar la iniquidad.

30. Según otra opinión una cláusula de iniquidad era algo que debería estudiarse con gran precaución. Se observó que, en el momento actual, el concepto de "iniquidad" era aún impreciso y estaba mal definido. Se corría el riesgo de que un contratista de un país desarrollado lo utilizase para no cumplir sus obligaciones dimanantes de un contrato, perjudicando así a un comprador de un país en desarrollo. Debido a ello, se manifestó también oposición a la inclusión de toda claúsula de iniquidad. Se señaló que todo negocio entrañaba un elemento de riesgo, y que permitir a una parte invocar la renegociación en una situación de "iniquidad" menoscabaría la seguridad del contrato.

31. A pesar de que se formularon algunas dudas sobre la eficacia de una cláusula de iniquidad, hubo consenso general de que la guía jurídica debería tratar de esa cláusula, pero señalando sus ventajas e inconvenientes.

32. Se convino en general en que la cláusula de iniquidad debería distinguirse de la cláusula de revisión de precios, que suscitaba problemas especiales. Se observó que el tema de la revisión de precios se estudiaría en un capítulo aparte.

33. El Grupo de Trabajo opinó que debería tratarse de que la guía enunciase claramente los criterios para identificar las situaciones de iniquidad que traerían consigo la renegociación del contrato. La guía debería también explicitar la situación del contrato durante la renegociación y considerar las diversas consecuencias que llevaría consigo su ejecución, teniendo presente el tipo de circunstancias que habían originado la renegociación.

### CALIDAD[8]

34. El Grupo de Trabajo estimó que la cuestión de la calidad era importantísima y que debía estipularse detalladamente en el propio contrato. Al ocuparse de esta cuestión, debía tomarse en consideración la distinción entre los contratos de entrega llave en mano y otros tipos de contratos.

35. Se expresaron diferentes opiniones en cuanto a si el contratista debía quedar obligado, en caso necesario, a cumplir normas más rigurosas conforme a la ley del país en que hubiera de montarse la planta. Se expresó una opinión en el sentido de que el contenido del contrato debía ser decisivo. Otra opinión expresada fue la de que el contratista debía cumplir normas más rigurosas si así lo disponía la ley del país en que hubiera de montarse la planta, siendo de cuenta del comprador sufragar la diferencia de costo, en caso de haberla. Se sugirió que, en cualquier caso, el comprador debía poner esas normas en conocimiento del contratista.

[7] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.5: párrs. 49 a 79 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8: párrs. 114 a 123 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

[8] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.2: párrs. 38 a 74 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8: párrs. 50 a 55 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

### INSPECCIÓN Y PRUEBAS[9]

36. Se observó que la inspección y las pruebas tenían por objeto asegurarse de que la planta satisfacía la calidad prevista y cumplía las especificaciones enunciadas en el contrato de obras. Los defectos descubiertos durante la inspección, en fase de producción, contribuirían a reducir el costo de su corrección y a evitar demoras. Los ensayos efectuados una vez terminada la obra servirían para averiguar si la planta funcionaba conforme a lo estipulado en el contrato. Se señaló que un ejercicio de esta índole redundaría en provecho tanto del contratista como del comprador.

37. Tras haber deliberado sobre ello, el Grupo de Trabajo recomendó que en la guía se tratasen los siguientes asuntos:

Costos de inspección y pruebas.

Derecho del comprador a rechazar materiales defectuosos.

Aportación por el contratista de los elementos necesarios para la inspección y pruebas.

Especificación detallada de los tipos de inspección y pruebas que deban realizarse.

Indicación de las partes de la planta que no precisen de inspección o prueba.

Conveniencia de efectuar inspecciones y pruebas "conjuntas".

Cláusulas sobre la intervención de terceros, por ejemplo, designando a un ingeniero para que asesore a las partes en caso de desacuerdo sobre si la planta es o no defectuosa.

38. Se expresaron opiniones diametralmente opuestas sobre si la índole del contrato, es decir, de entrega llave en mano o de entrega llave en mano parcial, afectaría a los derechos y obligaciones de las partes en materia de inspección y pruebas.

39. Se observó que la guía debería ocuparse de las pruebas de funcionamiento, ya que estas pruebas no estaban lo suficientemente reguladas en los contratos existentes de suministro y construcción de importantes obras industriales.

40. Hubo una sugerencia en favor de incluir en la guía formularios ilustrativos de certificados de inspección y pruebas y se dijo que la CNUDMI debería intentar unificar y simplificar dichos certificados.

41. Se expresaron opiniones divergentes sobre cuáles serían las acciones que podría ejercitar el comprador en caso de que la inspección o las pruebas revelaran defectos en los materiales o en la planta. Según una opinión, no deberían ser aplicables, en esta fase, los efectos jurídicos de la falta de conformidad. Sin embargo, debería habilitarse al comprador para exigir del contratista que preparase los defectos o sustituyera lo que procediese por nuevos materiales y/o planta. Según otra opinión, el comprador estaría habilitado a rechazar los materiales y/o la planta incluso en la fase de producción.

42. Hubo consenso general de que el comprador no debería perder su derecho a obtener la reparación de los defectos aun cuando no hubiese indicado defectos o no hubiese efectuado la inspección y las pruebas durante la construcción.

### TERMINACIÓN[10]

43. Hubo acuerdo general en cuanto a que la noción de "terminación" no era suficientemente clara y era deseable que la guía la explicase. Se subrayó que este término no significaba necesariamente que el contrato se hubiese finalizado. Se formuló la opinión de que "terminación" debía interpretarse como la terminación fisicomecánica de los trabajos o la terminación material relativa al montaje de las obras. Hubo consenso sobre la conveniencia de definir la "terminación" en los contratos de obras, especialmente en lo referente al programa relativo a la construcción de obras.

44. Se expresó apoyo general para que se explicasen o definiesen los principales términos utilizados en la guía con miras a facilitar su comprensión. A ese respecto, sería deseable establecer una distinción entre cada fase de la construcción de la planta.

### RECEPCIÓN Y ACEPTACIÓN[11]

45. El Grupo de Trabajo observó que los conceptos de "recepción" y "aceptación" no se habían interpretado en el mismo sentido. Se expresó la opinión de que esos términos no deberían distinguirse en cuanto determinaban el momento de la transmisión de los riesgos y el inicio del período de garantía. Por otro lado, se observó que esa distinción podría ser útil. Se señalo que "recepción" debería significar la toma de posesión de las obras, y "aceptación" la aprobación de los trabajos.

46. Hubo acuerdo general en cuanto a que las definiciones de los términos anteriormente mencionados deberían estar formuladas en el propio contrato, explicándose sus consecuencias jurídicas. Habida cuenta de la necesidad de simplificar y clarificar cada una de las fases de la construcción, se observó que sería conveniente recomendar que la guía estableciese una destinción entre "recepción" y "aceptación" en el caso de que esa distinción fuese necesaria para determinar claramente la posición jurídica de las partes.

47. Se sugirió que la cuestion de la existencia de defectos ocultos de la planta podría suscitarse incluso después de la aceptación de los trabajos, pero no cuando se tratase de defectos manifiestos.

48. Se pidió que la guía se ocupase de los problemas relativos a la aceptación presunta así como de la aceptación parcial y provisional.

[9] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 3: párrs. 1 a 90 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 8: párrs. 56 a 67 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

[10] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 3: párrs. 91 a 104 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 8: párrs. 68 a 74 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

[11] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 6: párrs. 105 a 113 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 8: párrs. 75 a 80 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

### GARANTÍAS[12]

49. Hubo acuerdo general en cuanto a que la cuestión de la garantía era una de las más importantes que había de tratarse en la guía. Se hizo hincapié en que el Grupo de Trabajo abordaría en esta ocasión sólo las garantías referentes a las plantas y aplazaría el examen de las garantías bancarias y las demás garantías, con inclusión de la fianza de cumplimiento del contrato.

50. En el Grupo de Trabajo las opiniones estuvieron divididas en cuanto a la cuestión de si convenía distinguir entre garantía mecánica y garantía de funcionamiento o si era preferible que hubiera sólo una garantía única que abarcara los materiales, el diseño y la calidad y ejecución, y el funcionamiento adecuado de la obra.

51. Se expresaron distintos puntos de vista en cuanto a la duración del período de garantía. Se observó que para los países en desarrollo se necesitaba un período de garantía considerablemente largo. Se sugirió sería conveniente establecer un período de garantía de una duración de un tercio de la vida probable de la planta. Se señaló que la vida de una planta, su utilización, el mantenimiento y los cambios en la tecnología, así como la calificación técnica del personal, eran factores que debían tenerse en cuenta. Se observó que la duración del período de garantía podría influir en el precio de la planta.

52. Se expresó apoyo general a la opinión de que la duración del período de garantía debía ser estipulada por las partes en el contrato y que la guía debía señalar a la atención de las partes las cuestiones de derecho que podrían determinar su posición jurídica.

53. Se sugirió que al preparar la guía se tuviesen también en cuenta las condiciones generales aplicadas a los contratos de suministro de importantes obras industriales de los Estados miembros del Consejo de Asistencia Económica Mutua, entre otros.

54. Se señaló que la guía debía referirse a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de garantía por parte del contratista. Además, era importante examinar si la expiración del período de garantía eximiría totalmente al contratista de toda obligación ulterior.

55. Se observó que también era importante la cuestión de la garantía de suministro de piezas de recambio y la capacitación adecuada del personal para la explotación de la planta. Se observó al respecto que la parte segunda del estudio de la Secretaría, que se sometería a la consideración del Grupo de Trabajo en su próximo período de sesiones, se referiría a esos asuntos.

### CORRECCIÓN DE DEFECTOS[13]

56. Se notó que el término "defectos" no era claro y que se debería aclarar en la guía. Al considerar este término, se sugirió que se deberían tener en cuenta otras nociones tales como "fallas", "inconformidad" y "omisiones". También se debería hacer una distinción clara entre tipos diferentes de defectos, atendiendo a si eran importantes o ligeros, ya que esto afectaría a las consecuencias jurídicas.

57. Se expresaron opiniones divergentes sobre si se debería hacer una distinción entre la corrección de defectos durante la ejecución y después de la recepción.

58. En favor de la distinción se dijo que, como la planta se encontraba en manos del contratista durante la ejecución, el comprador no tendría el derecho de rehusar la aceptación ya que el contratista todavía podría reparar los defectos y suministrar una planta conforme a los términos del contrato. Sin embargo, si los defectos se descubrieran en el momento de la recepción, el comprador tendría el derecho de rehusar la aceptación. Después de la recepción y la aceptación, el comprador sólo tendría derecho a la corrección.

59. En favor de la opinión de que no se debía distinguir entre las etapas de ejecución y entrega, se argumentó que las consecuencias jurídicas debían ser las mismas, es decir, el contratista debía ser responsable de entregar una planta en conformidad con el contrato. De otra manera, el contratista sería responsable de los daños y perjuicios y el comprador tendría el derecho de rechazar la planta o hacer que se corrigiera.

60. También se planteó la cuestión de a qué parte se debía dar la posibilidad de elegir el medio de corrección. Una opinión favoreció el otorgamiento al contratista del derecho de decidir sobre las medidas que se debían tomar, mientras que otra opinión favoreció la concesión de la elección al comprador.

61. Sobre la cuestión de la notificación, hubo consenso general de que se requería notificación cuando los defectos se descubrieran después de la recepción. Se expresaron algunas opiniones en el sentido de que la falta de notificación no debía hacer perder al comprador el derecho a exigir que se corrigieran los defectos, y que sólo debía afectar a la cuestión de los daños y perjuicios. La notificación debía hacerse dentro de un plazo razonable después del descubrimiento de los defectos.

62. Sin embargo, hubo diferencia de opiniones sobre si era necesaria la notificación antes de la recepción. Se observó que en la práctica el comprador notificaría en todo caso al contratista de los defectos durante la ejecución. Aunque el comprador vigilase las distintas etapas de la ejecución y no descubriera los defectos durante este período tendría no obstante derecho a recibir la planta en conformidad con el contrato. No se plantearía ninguna cuestión de notificación.

63. Se señaló que la guía jurídica debía proporcionar orientación con respecto al plazo en que se debían corregir los defectos así como prever la posibilidad de utilizar a un tercero independiente en la evaluación de la importancia del defecto.

64. También se sugirió que, aparte de examinar las diversas etapas en las que pueden producirse defectos, se debía describir un análisis de conjunto de los efectos de los defectos.

---

[12] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.6: párrs. 1 a 72 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8: párrs. 124 a 133 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

[13] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.6: párrs. 73 a 118 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.6: párrs. 134 a 140 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

### DEMORAS Y RECURSOS[14]

65. Se indicó que la guía debería subrayar la importancia de prever en el contrato la estipulación del programa y calendario para la construcción de las obras. Deberían, asimismo, especificarse las consecuencias del incumplimiento del programa y calendario. Se señaló que la índole del contrato podría tener influencia sobre la apreciación de la demora, y concretamente sobre si podía aplicarse este concepto a determinadas fases de la construcción de las obras o únicamente a la terminación de las mismas.

66. El Grupo de Trabajo indicó diversas opiniones sobre las consecuencias jurídicas de la falta de pago a su debido tiempo. Se expresaron algunas opiniones en el sentido de que debería facultarse al contratista a aplazar el cumplimiento o incluso rescindir el contrato si resultase claro que la demora proseguiría o que no se efectuaría el pago (por ejemplo, en casos de quiebra). Por otra parte, se expresó la opinión de que el pago de intereses debería ser la única consecuencia de la demora en el pago. Se observó a este respecto que la introducción de una cláusula de intereses pudiera ser contraria a la legislación aplicable. Otra opinión se mostró favorable a que ambas partes dispusiesen del mismo sistema de recursos.

67. Se observó además que la guía debería tratar adecuadamente el problema del incumplimiento previsible de un contrato.

### INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD[15]

68. Con respecto a las responsabilidades derivadas de daños personales y daños materiales que no constituyesen el objeto del contrato, se subrayó que el contrato de suministro y construcción de importantes obras industriales no podía privar a una tercera persona (que no fuese parte en ese contrato) del derecho de reclamar daños y perjuicios. Se observó que las únicas cuestiones de las que podría ocuparse la guía eran la distribución de riesgos con respecto a esos daños y perjuicios así como los seguros para protegerse de esos riesgos. No obstante, se observó también que el tema de los seguros correspondía a cada una de las partes dilucidarlo y que, aun en el caso de que se ocupase de dicho tema, la guía sólo debía abarcar los riesgos que pudieran derivarse de la relación contractual. Se observó además que la Secretaría había pensado ocuparse del seguro en un capítulo especial de su futuro estudio.

69. Se expresó la opinión de que la guía debería indicar la relación entre las condiciones de garantía y la responsabilidad del contratista, ya que, al menos en algunos casos, aquéllas podrían traducirse en una limitación o exclusión de ésta conforme al derecho aplicable.

70. Se observó que habría una obligación general de mitigar los daños y perjuicios.

71. Una opinión estuvo a favor de que sólo se considerasen los daños y perjuicios previsibles. Se expresó también la opinión de que no se debían excluir los daños y perjuicios imprevisibles. Conforme a otra opinión, el momento pertinente para considerar la imprevisibilidad no debería ser el de la conclusión del contrato sino el del incumplimiento de contrato.

72. Se expresó la opinión de que la guía debía subrayar que la validez de las cláusulas sobre limitación de la responsabilidad contractual pudiera quedar limitada en virtud de normas preceptivas del derecho aplicable.

73. Dado que la noción de "daños y perjuicios" difería según los sistemas jurídicos, la guía debería explicar con claridad lo que había de entenderse por daños y perjuicios "directos" e "indirectos". A ese respecto, se observó que deberían distinguirse los diferentes tipos de daños y perjuicios, a saber, lucro cesante, daños materiales y daños personales.

74. Se expresaron diversas opiniones en cuanto a la conveniencia del concepto de falta grave que figura en las Condiciones Generales de la CEPE y que se relaciona también con el lucro cesante. Según una opinión, este concepto resultaba demasiado duro para el comprador. Otra opinión consideró que la terminología utilizada en la cláusula de la CEPE era suficiente para proteger al comprador.

75. La Secretaría de la Comisión informó al Grupo de Trabajo sobre la labor del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales de la CNUDMI, con respecto a los progresos que éste había realizado en la formulación de un proyecto sobre cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales. El informe de las deliberaciones se presentaría a la CNUDMI en su 14.° período de sesiones. El Grupo de Trabajo convino en que la guía debería reflejar debidamente la solución definitiva que la Comisión diese a este tema.

### RESCISIÓN[16]

76. Hubo consenso general en cuanto a que la rescisión de un contrato debería ser el último recurso a que tuvieran derecho las partes y sólo cuando los demás recursos resultaran inadecuados. El Grupo de Trabajo convino en que sólo debían rescindirse contratos en los casos de incumplimiento fundamental. Las partes deberían enunciar con toda claridad, en su contrato, las circunstancias en que se podría recurrir a la rescisión.

77. En el Grupo de Trabajo hubo división de opiniones en lo tocante a la conveniencia de distinguir entre los casos en que la falta de ejecución se debiese a circunstancias de exoneración y los casos en que cualquiera de ambas partes fuese responsable del incumplimiento. Se expresó la opinión de que las condiciones de rescisión de un contrato deberían ser más estrictas en los casos en que el incumplimiento del contrato obedeciera a impedimentos no imputables a la parte. Según otra opinión, no sería

[14] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.4: párrs. 1 a 22 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8: párrs. 81 a 85 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

[15] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.4: párrs. 23 a 52 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8: párrs. 86 a 97 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

[16] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7: párrs. 1 a 86 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8: párrs. 141 a 157 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

conveniente distinguir entre las circunstancias de exoneración y el incumplimiento del contrato, dado que la rescisión del contrato debería limitarse únicamente a los casos en que no hubiera otras soluciones o éstas fueran impracticables. Sin embargo, esta distinción debía tener importancia en lo tocante a otras consecuencias jurídicas, y particularmente en lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios.

78. Se expresó una opinión en el sentido de que la guía debería tratar también del concepto de la rescisión parcial, aclarando bien sus consecuencias jurídicas.

79. Se sugirió que se empleara la expresión "resolución" (que se aplica en la Convención de Compraventa) en vez de la expresión "rescisión".

80. Se expresó la opinión de que la guía debería referirse también a los distintos métodos que permitieran al comprador obligar al contratista a completar las obras cuando los recursos de indemnización de daños y perjuicios y de rescisión no fueran adecuados. Según otra opinión, no había ningún medio que permitiera obligar al contratista a proseguir las obras. Este último tendría, no obstante, interés en completar las obras, pues de otro modo podría dañarse su reputación.

81. La opinión de que la rescisión requería notificación recibió un apoyo considerable, si bien se señaló que la exigencia de notificación no debería regir en algunos casos excepcionales, como el de desistimiento del contrato. Se hizo notar al respecto que algunas legislaciones disponían que sólo pudieran rescindirse los contratos que contuvieran un acuerdo expreso al respecto.

### Transferencia de tecnología[17]

82. Hubo acuerdo general sobre la inclusión en la guía de los aspectos jurídicos apropiados de la transferencia de tecnología. El hecho de que otras organizaciones, concretamente la UNCTAD, la ONUDI y la OMPI, se ocupasen también de la transferencia de tecnología no era óbice para que la CNUDMI abordase este tema. Se opinó que la CNUDMI pudiera tener algo que decir sobre este tema en orden a la resolución de las cuestiones jurídicas con él relacionadas. Se hizo referencia a la determinación del derecho aplicable y a la solución de controversias.

83. Hubo también acuerdo de que la transferencia de know-how era indispensable para ayudar al comprador en orden a la utilización, el mantenimiento, y la reparación de la planta. Se señaló que, a la larga, la transferencia de know-how era esencial para sentar las bases del progreso industrial y tecnológico de los países en desarrollo. Se mencionó la necesidad de incluir en la guía indicaciones relativas a la posibilidad de que el contratista emplease ingenieros y administradores de la parte compradora en todas las fases de los trabajos para lograr así una adecuada transferencia de tecnología. Había además otras cuestiones, tales como la de la capacitación del personal, que deberían abordarse en la segunda parte del estudio.

84. Se expresaron diversas opiniones respecto a los problemas de la concesión de licencias por terceros. La guía debería dejar claramente establecidas las condiciones en que el propio contratista habría de ocuparse del suministro de la tecnología.

85. Respecto a la restricción usual de que el comprador no pueda vender los productos de la planta en terceros países, se expresó la opinión de que deberían abolirse las prácticas restrictivas. Se argumentó, por otra parte, que algunas restricciones pudieran estar justificadas.

86. Se expresaron dudas sobre la necesidad de que, tal como se estipula en muchos contratos, toda la información conexa tuviese carácter confidencial.

87. Respecto a la obligación de retrotransferencia de tecnología desde el comprador al contratista hubo un parecer contrario a dicha obligación, mientras que, según otro parecer, debería pagarse dicha retrotransferencia y aplicarse el mismo principio para la transferencia de perfeccionamientos tecnológicos desde el contratista al comprador.

88. Se convino en que la CNUDMI no debería duplicar la labor efectuada respecto al propuesto código de conducta para la transferencia de tecnología. Sin embargo, se estimó en general que convendría que la guía jurídica hiciese referencia a las cuestiones pertinentes que la UNCTAD tuviese en estudio, a fin de que las partes tuviesen conocimiento de ellas.

### Labor futura

89. Hubo consenso general de que los restantes temas enumerados en el párrafo 36 del estudio del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.4) deberían ser completados por la Secretaría y examinados por el Grupo de Trabajo.

90. Se señaló la posibilidad de incluir también otros temas, como los siguientes: mantenimiento, repuestos, servicios al cliente, asistencia técnica, variaciones, disposiciones financieras, plazos, estudios de viabilidad, modalidades y efectos de las notificaciones, suministro de materias primas e insumos industriales, licitaciones, responsabilidad de los ingenieros consultores, responsabilidad conjunta y solidaria de varios contratistas, y quiebras.

91. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que completase la labor preparatoria restante para su próximo período de sesiones. Se indicó que convendría dejar a la Secretaría tiempo suficiente para preparar los restantes aspectos de este tema a fin de facilitar los documentos a los países participantes con anticipación holgada para su estudio. Sin embargo, el Grupo convino en que debería dejarse a discreción de la Secretaría la organización de los trabajos, así como la selección de los temas adicionales sugeridos.

92. El Grupo de Trabajo encomendó asimismo a la Secretaría la redacción de la guía jurídica.

93. En cuanto a las cláusulas relativas a la cooperación industrial, el Grupo de Trabajo examinó la nota de la

[17] A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.2: párrs. 1 a 37 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1). A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8: párrs. 38 a 49 (reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1).

Secretaría sobre este tema (A/CN.9/WG.V/WP.5)* y convino en aplazar los trabajos sobre el mismo. El Grupo de Trabajo convino en concentrar su labor, en el momento actual, sobre los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales. Sin embargo, pidió a la Secretaría que presentase, a un período futuro de sesiones, un estudio preliminar sobre rasgos peculiares de los contratos de cooperación industrial, una vez que hubiese terminado la preparación de la guía jurídica sobre cláusulas contractuales relativas a los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales.

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 2.

94. Se expresaron algunas opiniones sobre cuándo debería celebrarse el período de sesiones siguiente. Hubo una sugerencia de celebrarlo a principios de 1982. Conforme a otra opinión, quizá se podría organizar el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo de modo tal que se celebrara inmediatamente antes del próximo período de sesiones de la Comisión, como se había hecho esta vez, a fin de que, una vez más, pudiesen estar representados muchas miembros. El Grupo de Trabajo expresó a la Comisión su deseo de que tuviese en cuenta la urgencia del proyecto al fijar la fecha del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo.

## B. Documentos de trabajo presentados al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su segundo período de sesiones (Viena, 9 a 18 junio 1981)

### 1. Estudio del Secretario General: cláusulas relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales (A.CN.9/WG.V/WP.4 y Adds. 1 a 8)*

INDICE


**Parte I**

[A/CN.9/WG.V/WP.4]

| | *Párrafos* |
|---|---|
| Introducción | 1–7 |
| A. Labor realizada por otras organizaciones internacionales | |
| 1. Condiciones y modelos en estudio | 8–9 |
| 2. Labor de la ONUDI | 10–13 |
| 3. Labor de la CEPE | 14–16 |
| 4. Labor de la FIDIC | 17–18 |
| B. Objetivo y alcance del estudio | |
| 1. Objetivo del estudio | 19–21 |
| 2. Definición del contrato de suministro y construcción de grandes obras industriales | 22–27 |
| 3. Naturaleza jurídica de los contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales | 28–34 |
| 4. Alcance del estudio | 35–37 |
| 5. Terminología y conceptos | 38 |
| C. Labor futura | 39–46 |

**Parte II**

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 1]

| | |
|---|---|
| I. Planos y documentos descriptivos | |
| A. Observaciones preliminares | 1–2 |
| B. Tipos de documentos y momento en que deben entregarse | 3–17 |
| 1. Documentos preliminares | 3 |
| 2. Especificaciones y planos | 4 |
| 3. Programa y calendario | 5–8 |
| 4. Planos que ha de proporcionar el contratista | 9–13 |
| 5. Documentos que se han de proporcionar el terminarse las obras | 14–17 |
| C. Modificaciones o variaciones | 18–37 |
| D. Propiedad de los documentos | 38–43 |
| II. Sumnistro | |
| A. Observaciones generales | 44–45 |
| B. Obligaciones de las partes | 46–63 |
| 1. Obligación de suministro | 46–52 |
| 2. Obligación de transportar los materiales | 53–57 |
| 3. Obligación de proteger la maquinaria y los materiales durante el transporte | 58–60 |
| 4. Obligación de suministrar instalaciones para el almacenamiento de los materiales en el emplazamiento | 61–63 |
| C. Plazo de entrega | 64–65 |
| III. Montaje | |
| A. Introducción | 66–67 |
| B. Obligaciones y responsabilidades del contratista, del ingeniero y del comprador | 68–113 |
| 1. Montaje de la planta | 68–74 |
| 2. Materiales para la montaje de la planta | 75–80 |
| 3. Trabajos preparatorios | 81–83 |
| 4. Supervisión de los trabajos | 84–92 |
| 5. Acceso a las obras | 93–104 |
| 6. Mano de obra y condiciones de trabajo | 105–109 |
| 7. Varios | 110–113 |
| IV. Transmisión del riesgo | |
| A. Observaciones preliminares | 114–116 |
| B. Determinación del momento de la transmisión del riesgo | 117–129 |
| 1. Maquinaria y materiales | 117–119 |
| 2. Obras terminadas | 120–125 |
| C. Obligaciones del contratista | 126–129 |
| V. Transferencia de la propiedad | |
| A. Observaciones preliminares | 130–131 |
| B. Criterios seguidos en materia de transferencia de la propiedad | 132–138 |
| C. Consecuencias de la transferencia de la propiedad | 139–140 |

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 2]

| | |
|---|---|
| VI. Transferencia de tecnología | |
| A. Observaciones preliminares | 1 |
| B. Objeto de la transferencia de tecnología | 2–14 |
| 1. Objeto de la obligación | 2–6 |
| 2. El precio | 7–10 |
| 3. Transferencia de tecnologías ulteriores | 11–13 |
| 4. Retrotransferencia de tecnología | 14 |
| C. Propiedad de la tecnología que se ha de transferir | 15–18 |
| D. Carácter confidencial | 19–26 |
| E. Infracciones | 27–37 |


* Mencionado en el párr. 71 del Informe (primera parte, A, *supra*).

| | | *Párrafos* |
|---|---|---|
| VII. | CALIDAD | |
| | A. La calidad en los contratos de obra | 38–40 |
| | B. Estipulación de la calidad | 41–45 |
| | 1. Calidad de la ejecución y materiales | 46–47 |
| | 2. Rendimiento de la planta | 48–50 |
| | C. Ejecución del proyecto | 51–61 |
| | 1. Falta de idoneidad de las especificaciones | 51–53 |
| | 2. Errores en las especificaciones | 54–56 |
| | 3. Normas | 57–61 |
| | D. Inmutabilidad de las condiciones del contrato | 62–74 |
| | 1. Necesidad de modificaciones | 62–68 |
| | 2. Derecho a variaciones | 69–74 |
| [A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 3] | | |
| VIII. | INSPECCIÓN Y PRUEBAS | |
| | A. Observaciones generales | 1–5 |
| | B. Inspección durante la etapa de ejecución | 6–58 |
| | 1. Derechos y obligaciones | 6–15 |
| | 2. Lugar y oportunidad de la inspección | 16–31 |
| | 3. Procedimiento de inspección | 32–34 |
| | 4. Disconformidad y derechos del comprador | 35–39 |
| | 5. Deberes del contratista | 40–41 |
| | 6. Costos de inspección | 42–48 |
| | 7. Certificación | 49–52 |
| | 8. Efectos jurídicos de la inspección | 53–58 |
| | C. Pruebas de recepción o funcionamiento | 59–90 |
| | 1. Observaciones generales | 59–62 |
| | 2. Fecha de realización de las pruebas de funcionamiento | 63–65 |
| | 3. Procedimiento para la realización de las pruebas de funcionamiento | 66–74 |
| | 4. Obligaciones del comprador respecto de las pruebas de funcionamiento | 75–77 |
| | 5. Omisión de las pruebas de funcionamiento | 78–83 |
| | 6. Prueba de funcionamiento insatisfactoria | 84–88 |
| | 7. Acta de la prueba de funcionamiento | 89–90 |
| IX. | TERMINACIÓN | |
| | A. Definición de terminación | 91–94 |
| | B. Momento de la terminación | 95–103 |
| | 1. Momento convenido | 95–99 |
| | 2. Prórroga del plazo | 100–103 |
| | C. Terminación con retraso | 104 |
| X. | RECEPCIÓN Y ACEPTACIÓN | |
| | A. Observaciones generales | 105–107 |
| | B. Condiciones previas de la recepción y la aceptación | 108–115 |
| | C. Acto de aceptación | 116–120 |
| | D. Aceptación parcial de las obras | 121 |
| | E. Aceptación presunta | 122 |
| | F. Negativa a aceptar | 123–124 |
| | G. Efectos jurídicos de la recepción y aceptación | 125–133 |
| [A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 4] | | |
| XI. | DEMORAS Y RECURSOS | |
| | A. Observaciones preliminares | 1–3 |
| | B. Clases de demoras y sus remedios | 4–22 |
| | 1. Demora en el cumplimiento de las obligaciones principales | 4–15 |
| | 2. Demora en el cumplimiento de otras obligaciones | 16 |
| | 3. Demoras debidas a circunstancias de exoneración | 17–22 |
| XII. | INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD | |
| | A. Introducción | 23–24 |
| | B. Exclusión de daños imprevisibles | 25–28 |
| | C. Exclusión de las pérdidas indirectas y consecuenciales, y de las ganancias previstas | 29–31 |
| | D. Reducción del monto de los daños y perjuicios en casos en que no se haya procurado mitigar la pérdida | 32–35 |
| | E. Estipulación de un monto limitado para los daños y perjuicios | 36–42 |
| | F. Exclusión de los daños causados por defectos de los materiales proporcionados por el comprador, o de los diseños estipulados por éste | 43–45 |
| | G. Exclusión de lesiones corporales y daños a bienes que no constituyan el objeto del contrato | 46–52 |
| [A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 5] | | |
| XIII. | EXONERACIÓN | |
| | A. Introducción | 1–4 |
| | B. Circunstancias de exoneración | 5–25 |
| | 1. Cláusulas de "fuerza mayor" en estipulaciones contractuales | 5–7 |
| | 2. Condiciones de la CEPE 188A y 574A | 8–11 |
| | 3. FIDIC-CEC | 12–14 |
| | 4. FIDIC-EMW | 15–17 |
| | 5. Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial) | 18 |
| | 6. Convención sobre los contratos de compraventa | 19–21 |
| | 7. Cláusula de "fuerza mayor" de la CCI | 22–25 |
| | C. Notificación | 26–38 |
| | 1. Obligación de notificar | 26–32 |
| | 2. Incumplimiento de la obligación de notificar | 33–38 |
| | D. Consecuencias de la exoneración | 39–48 |
| | 1. Efectos contemplados por las partes en estipulaciones contractuales | 39 |
| | 2. Textos de la CEPE 188A y 574A | 40 |
| | 3. FIDIC-CEC | 41–42 |
| | 4. FIDIC-EMW | 43–45 |
| | 5. Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial) | 46 |
| | 6. Convención relativa a las compraventas | 47 |
| | 7. Cláusula de "fuerza mayor" de la CCI | 48 |
| XIV. | RENEGOCIACIÓN | |
| | A. Observaciones generales | 49–53 |
| | B. Renegociación en caso de "fuerza mayor" | 54–64 |
| | 1. Estipulaciones contractuales | 55–59 |
| | 2. Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial) | 60–63 |
| | 3. Cláusula de "fuerza mayor" de la CCI | 64 |

| | Párrafos |
|---|---|
| C. Renegociación en situaciones de iniquidad | 65–79 |
| 1. Estipulaciones contractuales | 65–75 |
| 2. Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial) | 76 |
| 3. "Cláusula de iniquidad sugerida" de la CCI | 77–79 |

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 6]

| | |
|---|---|
| XV. GARANTÍAS | |
| A. Observaciones generales | 1–3 |
| B. Garantía mecánica | 4–5 |
| 1. Alcance de la garantía | 6–13 |
| 2. Excepciones | 14–18 |
| 3. Período de garantía | 19–38 |
| 4. Contenido de la garantía | 39–54 |
| 5. Procedimiento de reclamaciones | 55–57 |
| 6. Limitación o exención de la responsabilidad | 58–60 |
| C. Garantía de funcionamiento | |
| 1. Alcance de la garantía | 61–66 |
| 2. Demostración | 67 |
| 3. Contenido de la garantía | 68–72 |
| XVI. CORRECCIÓN DE DEFECTOS | |
| A. Significado de "defecto" en el contrato de obras | 73–74 |
| B. Defectos durante la ejecución | 75–85 |
| 1. Eliminación de defectos | 75–81 |
| 2. Suspensión de los trabajos | 82–85 |
| C. Defectos en el momento de la entrega | 86–95 |
| D. Defectos durante el período de garantía | 96–102 |
| E. Necesidad de notificar | 103–109 |
| 1. Obligación de notificar y forma de la notificación | 103–107 |
| 2. Falta de notificación | 108–109 |
| F. Omisión de la corrección de defectos | 110–117 |
| G. Manifestación de defectos con posterioridad al período de garantía | 118 |

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 7]

| | |
|---|---|
| XVII. RESCISIÓN | |
| A. Observaciones generales | 1–2 |
| B. Causas de rescisión | 3–41 |
| 1. Incumplimiento del contrato | 3–27 |
| 2. Circunstancias de exoneración | 28–33 |
| 3. Otras causas de rescisión | 34–41 |
| C. Plazos para la rescisión y procedimiento a seguir | 42–56 |
| D. Consecuencias de la rescisión | 57–86 |
| 1. Incumplimiento del contrato | 62–75 |
| 2. Circunstancias de exoneración | 76–83 |
| 3. Otras causas de rescisión | 84–86 |
| XVIII. LEY APLICABLE | |
| A. Observaciones generales | 87–88 |
| B. Elección de la ley aplicable | 89–94 |
| C. Disposiciones jurídicas adicionales | 95–105 |
| 1. Leyes administrativas y otras leyes municipales | 95–100 |
| 2. Notificación de la ley aplicable a las obras | 101–105 |
| D. Cambios subsiguientes en la legislación | 106–110 |

**Parte III**

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 8]

Lista de cuestiones para su posible examen por el Grupo de Trabajo

| | Párrafos |
|---|---|
| A. Introducción | 1–3 |
| B. Cuestiones específicas | 4–162 |
| I. Planos y documentos descriptivos | 4–8 |
| II. Suministro | 9–17 |
| III. Montaje | 18–24 |
| IV. Traspaso de los riesgos | 25–34 |
| V. Transferencia de la propiedad | 35–37 |
| VI. Transferencia de tecnología | 38–49 |
| VII. Calidad | 50–55 |
| VIII. Inspección y pruebas | 56–67 |
| IX. Terminación | 68–74 |
| X. Entrega y aceptación | 75–80 |
| XI. Demoras y sanciones | 81–85 |
| XII. Daños y limitación de la responsabilidad | 86–97 |
| XIII. Exoneración | 98–113 |
| XIV. Renegociación | 114–123 |
| XV. Garantías | 124–133 |
| XVI. Rectificación de defectos | 134–140 |
| XVII. Rescisión | 141–157 |
| XVIII. Derecho aplicable | 158–162 |


## Parte I

[A/CN.9/WG.V/WP.4*]

### INTRODUCCIÓN

1. En el período de sesiones que celebró en Nueva York en enero de 1980, el Grupo Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional recomendó a la Comisión, para su posible inclusión en el programa de trabajo de ésta, entre otras cosas, el tema:

"4. Armonización, unificación y examen de las disposiciones contractuales que se incluyen corrientemente en los contratos internacionales en la esfera del desarrollo industrial, tales como los contratos sobre investigación y desarrollo, servicios de consultores, ingeniería, suministro y construcción de importantes obras industriales (incluidos los contratos llave en mano o *contrats produits en main*), transferencia de tecnología (incluida la concesión de licencias), servicios y conservación, alquiler, empresas conjuntas y cooperación industrial en general."[1]

2. El Grupo de Trabajo opinó que este tema sería de especial importancia para los países en desarrollo y para la labor de la Comisión en el contexto del nuevo orden económico internacional. En consecuencia, el Grupo pidió a la Secretaría que preparara un estudio sobre este tema y lo presentara a la Comisión en su 13.° período de sesiones.

* 21 abril 1981.

[1] A/CN.9/176, párr. 31 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, V, A).

Ese estudio[2] examinó los diversos tipos de contratos utilizados en el contexto de la industrialización, describió sus principales características y contenido e hizo referencia a la labor realizada en esta esfera por otras organizaciones.

3. La Comisión, en su 13.° período de sesiones, acogió favorablemente las recomendaciones del Grupo de Trabajo relativas a los temas que se habrían de incluir en el programa de trabajo de la Comisión y acordó asignar prioridad a los trabajos relacionados con los contratos en la esfera del desarrollo industrial[3].

4. En la consideración de los diferentes tipos de contratos mencionados en el informe del Secretario General, hubo acuerdo general en la Comisión en que se comenzara la labor sobre disposiciones contractuales relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y sobre contratos de cooperación industrial en general. Se señaló que esos contratos eran de carácter complejo y comprendían que, por lo tanto, esos contratos servirían de base para los posibles trabajos futuros con respecto a otros contratos conexos. También se consideró que la elaboración de modelos de cláusulas, contratos o normas respecto del suministro de importantes obras industriales era una consecuencia lógica del derecho de compraventa[4].

5. En consecuencia, la Comisión pidió al Secretario General que realizase los trabajos preparatorios respecto de los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y de cooperación industrial[5]. El presente estudio se presenta en atención a esta solicitud.

6. Se convino en general en que la Secretaría debía actuar con cierta discreción al llevar a cabo trabajos preparatorios[6]. La Comisión hizo suya la sugerencia de la Secretaría de que su labor comprendiera estudios de la documentación disponible y los trabajos pertinentes de otras organizaciones, así como un análisis de las prácticas contractuales internacionales. Se señaló que se facilitaría la labor de la Secretaría si los miembros de la Comisión le proporcionaran copias de tales contratos[7].

7. La Secretaría no se encuentra aún en situación de basar su estudio en un análisis de los contratos vigentes, salvo en unos pocos casos. Hasta ahora, la serie de contratos de que dispone la Secretaría en la esfera de la industrialización es demasiado limitada para que se puedan sacar conclusiones válidas. No obstante, la Secretaría ha fundamentado sus conclusiones en el estudio de las condiciones generales, los modelos de contrato y la documentación pertinente disponible.

[2] A/CN.9/191 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, V, B).

[3] Informe de la CNUDMI sobre la 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. 143 (*Anuario* ... 1980, primera parte, II, A).

[4] *Ibid.*, párr. 136.

[5] *Ibid.*, párr. 143.

[6] *Ibid.*, párr. 141.

[7] *Ibid.*, párr. 139. Mediante nota verbal de fecha 31 de octubre de 1980, el Secretario General pidió a los Estados Miembros de la Comisión que proporcionasen copias de esos contratos y de otros documentos pertinentes, asegurándoles que mantendría el carácter confidencial de cuantos documentos lo tuviesen en la fecha de recepción. En la fecha de preparación del presente estudio, sólo un Estado industrializado se había manifestado dispuesto a proporcionar a la Secretaría documentos de ese tipo en un futuro próximo.

## A. Labor realizada por otras organizaciones internacionales

### 1. *Condiciones y modelos en estudio*

8. En el presente estudio se han tenido en cuenta, en particular, los siguientes documentos:

*a*) Condiciones generales del suministro y montaje de material para la importación y la exportación, No. 188A y 574A, preparado por la Comisión Económica para Europa (Naciones Unidas) (CEPE), denominadas Condiciones Generales de la CEPE o ECE 188A-574A;

*b*) Guía para la redacción de contratos sobre grandes obras industriales ("Guide on Drawing up Contracts for Large Industrial Works (ECE-TRADE-117), denominada Guía de la CEPE:

*c*) Condiciones de los contractos (internacionales) para trabajos eléctricos y mecánicos (con inclusión de la instalación en el emplazamiento) con formularios de propuesta y de contrato (Conditions of Contract (International) for Electrical and Mechanical Works (including Erection on Site)), with Forms of Tender and Agreement), preparadas por la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), segunda edición, 1980; denominadas FIDIC-EMV; y

*d*) Condiciones de los Contratos (internacionales) para Obras de Construcción de Ingeniería Civil, con formularios de propuesta y de contrato, preparadas asimismo por la FIDIC, tercera edición, 1977; denominadas FIDIC-CEC.

9. Además de las condiciones generales destinadas a regir las relaciones comerciales internacionales, el presente estudio tomó en consideración la labor realizada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), que lleva a cabo proyectos de modelos de contratos para la industria de los fertilizantes. Los documentos pertinentes son:

*a*) Segundo proyecto del modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano con pago global para la construcción de plantas de fertilizantes (ID/WG.318/1); denominado UNIDO-TKL;

*b*) Primer proyecto del modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano parcial para la construcción de plantas de fertilizantes (ID/WG.318/2); denominado UNIDO-STC;

*c*) Tercer proyecto del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables para la construcción de plantas de fertilizantes (ID/WG.318/3); denominado UNIDO-CRC;

*d*) Comentarios refundidos al Segundo proyecto del modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano para la construcción de plantas de fertilizantes (Consolidated Comments upon the Second Draft of the UNIDO Model Form of Turn-key Contract for the Construction of a Fertilizer Plant) (ID/WG.318/4), denominado "Comentarios";

*e*) Propuesta opcional al Tercer proyecto del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables para la construcción de plantas de fertilizantes (Alternative Draft

to the Third Draft of the UNIDO Model Form of Cost Reimbursable Contract for the Construction of a Fertilizer Plant) (ID/WG.318/5); denominado "Contrapropuesta".

### 2. *Labor de la ONUDI*

10. La Segunda Reunión de Consulta sobre la Industria de los Fertilizantes, celebrada en Innsbruck (Austria) del 6 al 10 de noviembre de 1978, examinó un proyecto preliminar de modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables para la construcción de plantas de fertilizantes (ID/WG.281/12). En esa reunión se estudió asimismo la preparación de otros modelos de la ONUDI de contratos para la construcción de plantas de fertilizantes (ID/WG.281/2)[8].

11. Una Reunión de Expertos sobre modelos de la ONUDI de contrato para la construcción de plantas de fertilizantes celebrada en Viena (Austria) del 26 al 30 de noviembre de 1979 tuvo a la vista los siguientes documentos:

*a*) Segundo proyecto del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables para la construcción de plantas de fertilizantes (ID/WG.306/1);

*b*) Primer proyecto del modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano mediante pago global para la construcción de plantas de fertilizantes (ID/WG.306/2).

12. Después de esa Reunión de Expertos, la Secretaría de la ONUDI elaboró nuevos proyectos (ID/WG.318/1 a 3, véase el párr. 10 *supra*). Algunos miembros del Grupo de Expertos, representantes de contratistas de Alemania, República Federal de, los Estados Unidos de América, Francia, el Japón y el Reino Unido, denominados en este estudio "Grupo internacional de contratistas", prepararon sus comentarios refundidos al segundo proyecto del modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano y su propuesta opcional al modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables (ID/WG.318/4 y 5, véase el párr. 10 *supra*).

13. Esos documentos de la ONUDI fueron presentados a la Tercera Consulta sobre la Industria de los Fertilizantes, celebrada del 29 de septiembre al 2 de octubre de 1980 en São Paulo (Brasil), pero sólo se discutió parte del modelo de la ONUDI de contrato TKL[9]. En consecuencia, tuvo lugar otra Reunión de Expertos sobre modelos de contratos para la construcción de plantas de fertilizantes, celebrada en Viena (Austria) del 23 de febrero al 6 de marzo de 1981, en la que se estudiaron los modelos de la ONUDI de contrato TKL y CRC. Del 13 al 16 de abril de 1981 tendrá lugar una nueva reunión en la que se espera finalizar esos dos modelos. En cuanto al modelo de la ONUDI de contrato STC, así como otro modelo relativo al know-how y la transferencia de tecnología, se espera que para finales de año hayan quedado terminados.

[8] Informe de la Segunda Reunión de Consulta sobre la Industria de los Fertilizantes (ID/221).

[9] ID/260, párrs. 49 a 56.

### 3. *Labor de la CEPE*

14. La CEPE ha publicado diversos juegos de condiciones generales de contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales[10]. Entre ellos, sólo se han tenido en cuenta el ECE 188A y el 574A, preparados en 1957, por considerarlos representativos de los enfoques aplicados por la CEPE.

15. Las diferencias entre el ECE y el ECE 574A son marginales. Radican básicamente en la formulación de las circunstancias eximentes y en la solución de controversias mediante arbitraje. Esas diferencias tienen su origen en la elaboración de las Condiciones Generales No. 188 por los países europeos occidentales en 1953 y su posterior revisión en un contexto Este-Oeste, en 1955, que condujo a la adopción del No. 574.

16. Las Condiciones Generales de la CEPE se relacionan con un contrato que puede denominarse contrato de entrega llave en mano parcial. No se relacionan con ninguna rama industrial determinada y, en general, están inspiradas en el esquema de relaciones que se da entre partes de países desarrollados.

### 4. *Labor de la FIDIC*

17. Las Condiciones de la FIDIC se han redactado separadamente para las obras de ingeniería civil y para los trabajos eléctricos y mecánicos. Estas últimas se relacionan en mayor o menor medida en todas las ramas de la industria. En ambos casos se parte del supuesto de que el comprador contratará los servicios de un ingeniero que actuará como su agente pero que, ello no obstante, el ingeniero actuará imparcialmente entre el contratista y el comprador.

18. Las Condiciones de la FIDIC tienen como objeto mantener un equilibrio justo y razonable entre las necesidades y los intereses de las partes interesadas. Los dos juegos de Condiciones de la FIDIC (véase el párr. 8 *supra*) se omitieron por inadvertencia en el estudio sobre los contratos internacionales en la esfera del desarrollo industrial (véase la nota de pie de página núm. 2, *supra*).

## B. Objetivo y alcance del estudio

### 1. *Objetivo del estudio*

19. El presente estudio tiene como objeto fundamental identificar las cuestiones jurídicas que han de tenerse presentes en los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales (denominados "contratos de obras"). En relación con cada tema, el estudio procura describir las principales características, examina y compara las disposiciones que figuran en los diversos modelos en estudio (véanse los párrafos 8 y 9 *supra*) y las comenta, si procede.

20. El análisis de los diversos modelos en estudio no es exhaustivo. Ello se debe a que su finalidad no es evaluar los modelos existentes en sí sino identificar cuestiones jurídicas con respecto a las cuales podría la Comisión cumplir una

[10] Véase A/CN.9/191, párr. 47 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, V, B).

labor eficaz sin duplicar necesariamente la actuación de otras organizaciones. Así pues, no importa que los modelos de la ONUDI de contrato tengan aún forma de proyecto, ni que todos los modelos en estudio hayan sido preparados para diferentes tipos de contratos, para sectores específicos de la industria o para una industria en general.

21. Debe señalarse que nuestro estudio acomete fundamentalmente el examen y comparación de disposiciones similares sobre una cuestión determinada que se halla en los diversos modelos en estudio. Esto obliga a desgajar esas disposiciones sacándolas de su contexto. No obstante, cuando se efectúan comparaciones no se pretende formular juicios de valor, pues cada disposición debe ser evaluada en su propio contexto. En los casos en que una disposición parece que favorece a una parte, puede que existan otras disposiciones que favorezcan a la otra; y debe tenerse presente que toda disposición puede contrarrestarse en mayor o menor medida mediante el precio.

### 2. *Definición del contrato de suministro y construcción de grandes obras industriales*

22. En un estudio anterior, el contrato de suministro y construcción de grandes obras industriales fue definido como "un contrato global celebrado entre el cliente [el comprador] y *un solo* contratista (proveedor) únicamente. Este contrato abarca todos los diversos aspectos de la operación: diseño, dibujos, documentación, entrega, montaje, construcción, instalación, puesta en funcionamiento, ensayos de demostración, controles, explotación inicial de la planta y ocupación. La característica principal de este contrato es, pues, su naturaleza global y su complejidad".[11]

23. Este contrato global, en realidad, sería un contrato llave en mano. No obstante, por diversas razones económicas, financieras y técnicas, no todos los compradores están a favor de ese concepto.

24. A menudo, el comprador participa en la construcción de la planta (por ejemplo, proporcionando las necesarias conexiones para la electricidad y el agua, así como suministrando materiales). Con mucha frecuencia, el comprador proporciona todas las obras de ingeniería civil, inclusive la construcción de edificios; puede asimismo proporcionar el personal para el montaje e instalación y para los ensayos y puesta en marcha de la planta[12]. Esa participación del comprador hace que el contrato pase a ser un contrato de entrega llave en mano parcial.

25. Cuando se trata de un contrato llave en mano, y, con más frecuencia, de un contrato de llave en mano parcial, el comprador puede utilizar los servicios de un ingeniero consultor. No obstante, la participación de ese ingeniero no convierte al contrato en una transacción tripartita, puesto que el ingeniero actúa en nombre del comprador.

26. Cuando el ingeniero representa los intereses del proveedor, él mismo pasa a ser el contratista, responsable de la adquisición de todos los suministros y servicios necesarios. En esta situación, suele celebrarse un contrato de costos reembolsables.

27. Estos son sólo los principales tipos de contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales. Diversas industrias requieren, hasta cierto punto, enfoques diferentes (véase, por ejemplo, la parte segunda, XV, *Garantías*). Una planta química es diferente de un taller de laminación, y las instalaciones para la construcción de máquinas-herramientas son diferentes de las de una factoría textil. Así pues, la división del trabajo y de la responsabilidad entre el contratista y el comprador puede variar de acuerdo con sus fines concretos.

### 3. *Naturaleza jurídica de los contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales*

28. Aunque es posible que no siempre sea fácil distinguir entre un contrato de suministro de mercancías a fabricar, en el que el contratista proporciona también los materiales, y un contrato de compraventa de mercaderías que aún no se han producido, los contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales son claramente diferentes de los contratos de compraventa de mercaderías[13]. Aun así, los contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales tienen algunas características comunes con los contratos de compraventa de mercaderías, dado que una parte de la obligación del contratista consiste en entregar una planta o equipo.

29. El artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, concluida en Viena en abril de 1980* (A/CONF.97/18, en adelante denominada Convención relativa a las compraventas) dispone que se considerarán compraventas los contratos de suministro de productos que hayan de ser manufacturados o producidos. Hay, no obstante, dos excepciones importantes.

30. El contrato no es de compraventa cuando la parte que encarga los productos se compromete a suministrar una parte sustancial de los materiales necesarios para fabricarlos o producirlos. En la esfera de la construcción de plantas, el suministro de materiales por el comprador es bastante frecuente, excepto cuando se trate de un contrato de entrega llave en mano puro.

31. Tampoco es de compraventa el contrato cuando el grueso de la obligación de la parte que proporciona los productos consiste en proveer la mano de obra u otros servicios, y la "ejecución" del proyecto, la transferencia de tecnología, la instalación de la planta y su puesta en funcionamiento se efectúan mediante aportación de mano de obra y prestación de otros servicios.

32. No obstante, la Convención relativa a las compraventas puede llegar a ser aplicable en los casos en que un contratista y un comprador celebran una serie de contratos por separado en materias tales como suministro de equipo, concesión de licencias o montaje.

33. Aun admitiendo que la Convención relativa a las compraventas puede no ser aplicable a todo contrato de

[11] A/CN.9/191, párr. 40 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, V, B).
[12] *Ibid.*, párr. 42.

* (*Anuario* ... 1980, tercera parte, I, B.
[13] *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. VIII, *Specific Contracts*, chapter 8, "Contracts for Work on Goods and Building Contracts", Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pág. 3 y siguientes (*Anuario* ... 1980, tercera parte, I, B).

obras, se hace referencia a ella en atención a que, por analogía, puede proporcionar la solución a cuestiones conexas en un contrato de obras.

34. No obstante, el estudio no analizó ninguna legislación nacional. Ya se ha señalado que la mayoría de las legislaciones nacionales no contienen disposiciones que traten específicamente de contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales[14]. La mayoría de las disposiciones que los tribunales aplicarían no tienen carácter imperativo. En cuanto se refiere a las normas imperativas, la Secretaría no pudo obtenerlas.

### 4. *Alcance del estudio*

35. En la parte segunda de este estudio se examinan cláusulas relativas a las siguientes materias:

I. Planos y documentos descriptivos
II. Suministro
III. Montaje
IV. Traspaso de los riesgos
V. Transferencia de la propiedad
VI. Transferencia de tecnología
VII. Calidad
VIII. Inspección y pruebas
IX. Terminación
X. Entrega y aceptación
XI. Demoras y sanciones
XII. Daños y limitación de la responsabilidad
XIII. Exoneración
XIV. Renegociación
XV. Garantías
XVI. Rectificación de defectos
XVII. Rescisión
XVIII. Derecho aplicable

36. A continuación se enumeran algunos de los temas que no están incluidos en la parte segunda y sobre los que la secretaría se propone proseguir sus trabajos preparatorios para el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo:

*a*) formación de contratos; *b*) definiciones; *c*) subcontratistas; *d*) cesion; *e*) fianzas de cumplimiento; *f*) seguros; *g*) cálculo de precios; *h*) revisión de precios; *i*) facturación; *j*) condiciones de pago; *k*) moneda y tipos de cambio; *l*) almacenamiento en el emplazamiento; *m*) agentes de enlace; *n*) personal y mano de obra adicional; *o*) capacitación; *p*) impuestos y derechos aduaneros; *q*) solución de controversias; *r*) idioma del contrato; y, *s*) interpretación del contrato.

37. En la parte tercera figuran algunas cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar además de las cuestiones generales relativas a la labor futura que se describen acontinuación.

### 5. *Terminología y conceptos*

38. Los nombres de las partes en un contrato de obras se han denominado de forma diferente en los diversos modelos en estudio así como en aquellos contratos que forman parte del repertorio de la Secretaría. Así, al "contratista" se le denomina también "constructor", "titular del contrato", "parte contratante del cliente", "vendedor" o "proveedor" (siempre que los términos "proveedor" y "vendedor" no se definan en un contrato como indicadores de la existencia de un tercero, como en el caso del contrato de costos reembolsables). Al "comprador" se le denomina también "cliente", "adquirente" o "empleador". No obstante, a lo largo de nuestro estudio las partes en un contrato de obras serán denominadas "contratista" y "comprador".

## C. Labor futura

39. En el estudio anterior se indicó a la Comisión, al referirse a la labor que podía realizar la CNUDMI, que podía adoptar diversas medidas, a saber: *a*) examinar las posibilidades de ampliar el alcance de las Condiciones Generales elaboradas por la CEPE; *b*) preparar nuevas condiciones generales; *c*) preparar un modelo de contrato para las transacciones en la esfera de las plantas industriales en general; *d*) estudiar determinadas cláusulas de estos contratos; y, *e*) estudiar la conveniencia de un proyecto de convención sobre contratos internacionales de suministro y construcción de grandes obras industriales[15].

40. Al mismo tiempo, no obstante, se sugirió también que toda decisión acerca de la dirección que debían tomar los trabajos y el producto final definitivo debía adoptarse por etapas sobre la base de los progresos realizados en el curso de la labor preliminar[16]. Esto fue confirmado por la Comisión en su 13.° período de sesiones[17].

41. No obstante, habría que llegar a un acuerdo sobre la dirección que deben tomar los trabajos en general. A ese respecto, dada la importancia que la Comisión concede a los aspectos jurídicos de los contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la preparación de una guía jurídica que ayudase a las partes en la negociación de contratos podría constituir un objetivo preliminar adecuado.

42. Desde luego, ya existen diversas guías o manuales como los preparados por la CEPE y la ONUDI[18]. Con todo, la Guía de la CEPE está destinada a empresas europeas. Además, esa Guía es bastante sucinta y general, y no trata a fondo todas las cuestiones jurídicas. Por otro lado, los diversos documentos de la ONUDI se ocupan principalmente de los aspectos económicos, técnicos, administrativos y financieros de la instalación de grandes obras industriales.

43. Parece conveniente disponer de una guía más completa que, entre otras cosas, identifique las cuestiones jurídicas que han de tenerse presentes para negociar y redactar contratos de obras industriales; describa varios enfoques, señalando las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos; y sugiera soluciones opcionales.

[14] A/CN.9/191, párr. 46 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, V, B).

[15] A/CN.9/191, párrs. 52 a 55 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, V, B).

[16] *Ibid.*, párr. 148.

[17] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.° período de sesiones (A/35/17), párr. 141 (*Anuario* ... 1980, primera parte, II, A).

[18] A/CN.9/191, párrs. 48 y 50 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, V, B).

44. A medida que los trabajos avancen puede que se vea con más claridad las materias que deberán integrar esa guía; y quizá se alcance una fase en la que sería posible, en el contexto de algunas cláusulas, establecer un enfoque centrado en cláusulas modelo. De esos trabajos puede también desprenderse la conveniencia de aplicar un enfoque centrado en la uniformidad jurídica, a la luz del conflicto entre normas nacionales divergentes en cuanto a otras cuestiones jurídicas implicadas (actuando, por ejemplo, en forma similar a la que se sigue en relación con el actual proyecto del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en materia de cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales). Del examen podría también desprenderse la conveniencia de que la CNUDMI prepare definiciones de algunos términos contractuales, dado el frequente empleo de designaciones abreviadas de conceptos jurídicos al redactar contratos, ya que pueden originarse confusiones en cuanto a su significado, especialmente cuando las partes en un contrato internacional pertenecen a diferentes sistemas jurídicos o cuando las prácticas comerciales son diferentes (una consideración similar impulsó a la Cámara de Comercio Internacional a adoptar los INCOTERMS con vistas a eliminar esas dificultades[19].

45. El proceso de identificación de la fórmula más apropiada para conseguir productos finales definitivos sobre cuestiones jurídicas precisas, así como su aplicación puede muy bien avanzar paralelamente al de preparación de pautas. A medida que los trabajos progresen, el ámbito de cada esfera (por ejemplo, qué tipos de contrato abarcaría) quedaría asimismo delimitado con más precisión. De hecho, ese proceso por etapas resultaría esencial para conseguir una guía útil concebida con el fin de contribuir de forma pragmática al establecimiento de un nuevo orden económico internacional. Sólo una vez finalizados esos procesos puede ser más factible aplicar un enfoque más ambicioso[20].

46. Cualquiera que sea la decisión futura, parece indispensable analizar primero a fondo todas las cuestiones pertinentes en relación con cada una de las cuestiones jurídicas concretas implicadas, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes y la necesidas de soluciones justas y equilibradas. Teniendo presentes estas consideraciones, se ha preparado este estudio preliminar para ayudar al Grupo de Trabajo en sus deliberaciones[21].

[19] En las Condiciones Generales de la CEPE no figura ninguna disposición precisa sobre definiciones. Las Condiciones de la FIDIC y el modelo de contrato de la ONUDI contienen muchas definiciones pero con frecuencia difieren unas de otras.

[20] Dado que los contratos de suministro y construcción de grandes obras industriales se celebran con frequencia sobre la base de licitaciones públicas, se ha sugerido que la redacción de reglamentos de adquisiciones junto con las condiciones del contrato podría constituir un enfoque útil y prometedor para la CNUDMI. Cuando los trabajos alcancen mayor madurez, esa labor puede también convertirse en una tarea relativamente fácil.

[21] Puesto que, finalmente, correspondería a la Comisión tomar una decisión futura, quizá el Grupo de Trabajo desee también tomar nota de que, en un informe del Secretario General (A/CN.9/203) (Reproducido en el presente volumen, segunda parte, V, B), que la Comisión tendrá ante sí en su 14.° período de sesiones, se han estudiado, entre otras cosas, las posibilidades de actuación futura de la Comisión.

## Parte II

[A/CN.9/WG. V/WP. 4/Add. 1*]

### I. Planos y documentos descriptivos

#### A. *Observaciones preliminares*

1. Durante las diversas fases de los contratos para la construcción de importantes obras industriales, las partes emiten diversos documentos con el objeto de determinar el alcance de la labor que se ha de realizar, vigilar su ejecución y permitir al comprador que explote la planta. Estos documentos pueden consistir en catálogos, prospectos, circulares, anuncios, folletos ilustrados, listas de precios, especificaciones, dibujos, documentos técnicos, programas y manuales. El momento en que una de las partes debe suministrar los documentos a la otra y los derechos y obligaciones que de ello resulten dependerán del tipo de documento de que se trate.

2. Por lo general, a los ingenieros les corresponde una función importante en los contratos del tipo que se estudia. Su función es aun más importante con respecto a los planos y documentos descriptivos. En algunos casos, el comprador se basa enteramente en la experiencia del ingeniero en esta esfera. Las referencias a la actuación del ingeniero en esta capacidad pueden encontrarse sobre todo en las condiciones generales de la FIDIC.

#### B. *Tipos de documentos y momento en que deben entregarse*

##### 1. *Documentos preliminares*

3. En las Condiciones Generales de la CEPE se contempla la posibilidad de que una parte entregue a la otros los documentos en las etapas preliminares de la negociación del contrato. Por lo general, se trata de catálogos, prospectos, circulares, anuncios, material ilustrado o listas de precios. La cláusula 3.1 de los textos ECE 188A y 574A expresa que "los pesos, dimensiones, capacidades, precios, rendimientos y otros datos" incluidos en estos documentos "tendrán carácter informativo". Estos datos serán obligatorios para las partes "solamente cuando en el contrato se haga referencia a ello expresamente".

##### 2. *Especificaciones y planos*

4. A fin de otorgar el contrato, el comprador debe solicitar ofertas. En virtud de las condiciones de la FIDIC, el llamado a licitación incluye no sólo las condiciones generales del contrato sino también las especificaciones (cláusula 1.1 del texto FIDIC-EMW y cláusula 1.(1) (k) del texto FIDIC-CEC), que a menudo contienen planos (cláusula 1.1 del texto FIDIC-EMW y 1(1) (1) del texto FIDIC-CEC).

##### 3. *Programa y calendario*

5. Para el caso en que las especificaciones y los planos contengan los detalles técnicos de la labor que ha de realizar el contratista, la cláusula 12.1 del texto FIDIC-EMW dispone que el "programa" que presenta el con-

* 26 mayo 1981.

tratista representa "la secuencia" con arreglo a la cual se han de realizar las obras, "incluido el diseño, la manufactura, la entrega en el emplazamiento, el montaje y la puesta en marcha".

6. La cláusula 12.1 del texto FIDIC-EMW dispone además que el contratista indicará también en el "programa":

"... las fechas en que el empleador deberá proporcionar al contratista las licencias de importación, los vistos buenos, los derechos de paso y las aprobaciones necesarias a los fines de la realización de las Obras."

7. El artículo 12.3 del modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano con pago global (UNIDO-TKL) dispone que el calendario se ha de incluir como un anexo al contrato. Respecto de alguno de los documentos enumerados es preciso obtener la aprobación del comprador.

8. Según la cláusula 5.1 *a*) del texto FIDIC-EMW, una vez que se ha celebrado el contrato el contratista debe proporcionar los "planos, muestras, matrices y modelos que se requieran en las especificaciones o en el programa".

4. *Planos que ha de proporcionar el contratista*

9. En virtud de las disposiciones de la cláusula 5.4 del texto FIDIC-EMW, el contratista deberá también:

"... proporcionar planos en que se indique la forma en que se ha de instalar la maquinaria, junto con toda la información relacionada con las obras, que se requieran para preparar cimientos apropiados, proporcionar acceso adecuado para todo el equipo necesario hasta el punto del emplazamiento en que se ha de montar la Planta, así como para hacer todas las conexiones que requiera la Planta (ya sea que esas conexiones las realice o no el contratista en virtud del contrato)."

10. En las Condiciones Generales de la CEPE hay una disposición similar. La cláusula 12.1 de los textos ECE 188A y 574A dice:

"El constructor deberá facilitar oportunamente los planos de instalación de la maquinaria y cuantas instalaciones se requieran—en relación únicamente con la obra, si no existe otra disposición expresa—para preparar los cimientos apropiados, para garantizar el acceso del material y el equipo necesarios al lugar del montaje, y para realizar todas las conexiones necesarias con el material "independientemente de que estas últimas hayan de ser efectuadas o no por el constructor en virtud del contrato."

11. En virtud de la cláusula 5.1 6) del texto FIDIC-EMW, durante el transcurso de las obras el ingeniero puede exigir al contratista que le proporcione los "planos de la distribución general y los detalles de las obras"; el contratista está obligado a proporcionar esos planos al ingeniero. El único caso en que puede negarse a cumplir con el pedido del ingeniero se da cuando este último le pide copias de los planos de taller.

12. En virtud de la cláusula 5.1 del texto FIDIC-EMW, los planos y otros documentos presentados deberán ser aprobados por el ingeniero. Los documentos se considerarán aprobados después de transcurridos 28 días de su recepción por el ingeniero. Si los documentos son rechazados por el ingeniero, deberán ser modificados y vueltos a presentar.

13. En el modelo UNIDO-TKL se indican los procedimientos para la entrega de la documentación. Los párrafos 2.2.1 y 2.2.2 del anexo XV de dicho contrato disponen lo siguiente:

"2.2.1 La documentación se entregará al representante del COMPRADOR en las oficinas del CONTRATISTA o se enviará al COMPRADOR por vía aérea, con franqueo pagado; el COMPRADOR deberá acusar recibo de cada envío inmediatamente después de recibido. La fecha de entrega será la de la entrega al representante del COMPRADOR o la del comprobante del envío por vía aérea, según sea el caso.

"2.2.2 Los documentos deberán suministrarse en seis (6) ejemplares y una copia para reproducción (con exclusión de los catálogos, prospectos y manuales proporcionados por los proveedores)."

5. *Documentos que se han de proporcionar al terminarse las obras*

14. Al finalizarse las obras, y antes de que el comprador se haga cargo de ellas, el contratista deberá proporcionar a este último otros documentos. En virtud de la cláusula 5.6 del texto FIDIC-EMW, estos documentos son:

"... Instrucciones de funcionamiento y mantenimiento, junto con planos (aparte de los planos de taller) de las obras terminadas..."

Estos planos se proporcionan con el objeto de que el comprador pueda mantener, desmontar, volver a montar y ajustar todas las partes de las obras.

15. En virtud de la cláusula 5.6 del texto FIDIC-EMW, estos textos se consideran de importancia tal que:

"... a menos que se convenga otra cosa, las obras no se considerarán terminadas a los fines de la aceptación en virtud de la cláusula 32 (aceptación) hasta que no se hayan proporcionado al empleador las instrucciones y los planos mencionados."

16. En el artículo 3.1.2 del modelo UNIDO-TKL se dispone que el contratista debe proporcionar al comprador los manuales de funcionamiento y de mantenimiento. En el artículo 3.2.6 del mismo modelo se dispone que "los servicios relativos a la gestión del funcionamiento de la Planta, la prestación optativa de asistencia en materia de gestión y los servicios consultivos técnicos ... deberán ser incorporados en disposiciones y acuerdos...", y en el artículo 1 del anexo XXI se enumeran los diversos manuales que el contratista deberá proporcionar como parte de los servicios que ha de prestar en virtud del contrato, a saber: manual de operaciones, manual de mantenimiento, manual sobre procedimientos de seguridad, manual de procedimientos analíticos, manual para el control de los aspectos ambientales, manual de mantenimiento de instrumentos, e instrucciones especiales para el mantenimiento y la calibración de los analizadores de línea.

17. Además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del anexo XXI del mismo modelo:

"... el CONTRATISTA proporcionará al COMPRADOR los originales de todos los folletos, instrucciones de instalación, funcionamiento y mantenimiento, etc., que reciba de los fabricantes de equipo y los subcontratistas, y, cuando se le solicite, identificará el equipo al que se refieren las instrucciones."

### C. *Modificaciones o variaciones*

18. La cláusula 5.2 del texto FIDIC-EMW expresa que un vez que los planos han sido aprobados por el ingeniero, no será posible "apartarse de ellos salvo en virtud de lo dispuesto en la cláusula 34 (variaciones)".

19. Cabe concebir que durante la ejecución de las obras, las partes y el ingeniero puedan verse ante la necesidad de modificar o alterar los planos originales a fin de satisfacer las normas sobre calidad impuestas por el contrato. (Véase la parte segunda VII, *Calidad**.) También puede ser preciso realizar modificaciones o variaciones debido a errores u omisiones en los planos.

20. En la cláusula 12.3 de los textos ECE 188A y 574A se dispone:

"Serán de cuenta del constructor todos los gastos que se ocasionen por errores u omisiones en los planos e indicaciones..., si esos errores u omisiones se ponen de manifiesto antes de la aceptación del material..."

21. En las condiciones FIDIC-EMW hay una disposición similar; la cláusula 5.5 dispone:

"... serán de cuenta del constructor ... todos los gastos que se ocasionen por errores u omisiones o por demoras en la entrega de los planos e indicaciones..."

22. No obstante, en la cláusula 6.1 del mismo texto una excepción a esta responsabilidad del contratista:

"El contratista será responsable por toda discrepancia, error u omisión en los planos y la información proporcionados por él, hayan sido o no aprobados por el ingeniero, siempre que esas discrepancias, errores u omisiones no se deban a planos incorrectos o a información imprecisa proporcionada por escrito al contratista por el empleador o el ingeniero."

23. En virtud del artículo 6.3 del texto FIDIC-EMW, el comprador es responsable por "los planos y la información proporcionada por el empleador o el ingeniero, por escrito, así como por los detalles de los trabajos especiales especificados por cualquiera de ellos". En consecuencia, el artículo 6.3 del mismo texto continúa de la siguiente manera:

"El empleador pagará al contratista, por las alteraciones que se requieran en las obras a raíz de los dibujos o la información incorrectos proporcionados al contratista, una suma evaluada y determinada de la misma forma en que se evalúan las variaciones previstas en la cláusulas 34 (variaciones)."

24. La situación es algo diferente en el modelo UNIDO-TKL. A pesar de tratarse de un contrato de entrega llave en mano, el artículo 15.1 dispone que el comprador tendrá plenas facultades "... para dar instrucciones... al CONTRATISTA para que éste altere, enmiende, omita, cambie, modifique, agregue o de cualquier otra forma varíe cualquiera de las obras..."

25. Estas instrucciones deban darse por escrito. Una vez que se le han impartido esas instrucciones, el contratista "... deberá ejecutar estos trabajos y estará obligado por las mismas condiciones, en la medida en que sean aplicables, que regirían en caso de que dichas modificaciones estuvieran expresadas en el Contrato y las especificaciones".

26. En el párrafo 2 del artículo 15 del modelo UNIDO-TKL se hace referencia al "COMPRADOR" y al "Ingeniero". Esto parecería indicar que el comprador puede contratar los servicios de un ingeniero o que hay un ingeniero estrechamente vinculado al proyecto y que sus decisiones o instrucciones deben considerarse como emanadas del comprador.

27. En virtud del artículo 15.3 del mismo modelo, si los cambios solicitados por el comprador se deben exclusivamente a "defectos, omisiones o errores en la(s) Planta(s) o la(s) Obra(s)", que se produzcan a causa de "discrepancias o errores en el diseño, los procesos, la proyección técnica, las instrucciones, las especificaciones, las inspecciones, la compra, la fabricación y el suministro, las obras de ingeniería civil, el montaje, y errores y/u omisiones (según sea el caso)", el contratista deberá sufragar los gastos que ello ocasione.

28. Por otra parte, el artículo 15.2 del modelo UNIDO-TKL dispone que si los cambios solicitados por el comprador no resultan de esos defectos, omisiones o errores, la diferencia en el costo deberá agregarse o deducirse del precio del contrato, y el ingeniero deberá intervenir en la evalución de esa diferencia. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo a este respecto, deberán referirse a las disposiciones del contrato relativas a la solución de controversias y al arbitraje.

29. En virtud del artículo 15.4 del modelo UNIDO-TKL, el contratista también puede tomar la iniciativa en cuanto a las modificaciones si "a juicio del contratista esta modificación es necesaria para corregir cualquier defecto de las obras que haya ocurrido o que de lo contrario ocurriría..."

30. Según lo dispuesto en el artículo 15.5 del mismo contrato en tal caso el contratista no tiene derecho a que se le justifiquen costos adicionales "... aun cuando estos cambios o modificaciones sean consecuencia de cambios en el calendario detallado de los proyectos ocasionados por alteraciones en la entrega de materiales y/o resultantes de modificaciones en los plazos en relación con la terminación fisicomecánica, o debidos a cambios en el trazado del sistema de tuberías o en el deseño ejecutado por el CONTRATISTA como resultado de las proyecciones técnicas detalladas".

31. El procedimiento que se ha de seguir para variar o modificar los planos difiere según el tipo de contrato de que

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 2 (reproducido más adelante).

se trate. Por supuesto, en los contratos que disponen la participación activa de un ingeniero, la intervención de este último en estos asuntos será muy importante.

32. En virtud de las condiciones de la FIDIC, el procedimiento que se ha de seguir para modificar los planos varía ligeramente de un conjunto de condiciones a otro. Sin embargo, como regla general puede decirse que nada se puede modificar o variar sin la autorización por escrito del ingeniero.

33. En virtud de la cláusula 34.1 del texto FIDIC-EMW, el ingeniero debe dar al contratista notificación razonable de las variaciones que se han de realizar, de modo que este último puede tomar las disposiciones necesarias. El mismo artículo dispone que una vez que se le han comunicado al contratista las variaciones, éste "deberá realizarlas con sujeción a las mismas condiciones, en la medida en que sean aplicables..."

34. En el artículo 15.6 del modelo UNIDO-TKL se dispone que cuando las modificaciones provienen de la iniciativa del contratista, deben ser aprobadas por el comprador. No obstante, dada la naturaleza del contrato, el artículo dispone además que:

> "El COMPRADOR no negará su aprobación a ninguna modificación que fuese necesaria para corregir cualquier defecto de las Obras que haya ocurrido o que de lo contrario ocurriría en caso de que no fuera aceptada la propuesta del CONTRATISTA o si las modificaciones o rectificaciones son indispensables... En todos los demás casos, el COMPRADOR podrá dar o negar su aprobación según lo considere conveniente y su decisión será final."

35. Puede suceder que las modificaciones o variaciones que solicite el comprador sean de tal naturaleza que impidan al contratista "cumplir sus obligaciones en virtud del Contrato". En tal caso, el artículo 15.8 del mismo modelo dispone que el contratista:

> "... lo notificará al COMPRADOR por escrito, y el COMPRADOR deberá decidir de inmediato si se realiza o no la modificación. Si el COMPRADOR vuelve a confirmar por escrito su propósito de que se introduzcan las modificaciones, las obligaciones mencionades del CONTRATISTA se modificarán en la medida en que se justifique ..."

36. En virtud del artículo 15.12 del mismo modelo de contrato, una vez que el comprador ha aprobado las modificaciones, éstas deben incluirse en una orden de modificación que ha de ser firmada por las partes o por sus representantes autorizados, y:

> "... esta orden u órdenes de modificación se considerarán como parte del Contrato y estarán sujetas a todos los términos y condiciones del mismo, a menos que se especifique otra cosa."

37. El artículo 15.10 del mismo modelo de contrato dispone que si se plantea una controversia respecto de si las variaciones están incluidas o no en las obligaciones contractuales del contratista, la cuestión deberá ser decidida por una persona imparcial. El mismo artículo dispone también que si el comprador considera que los servicios que se han de prestar como resultado de esas variaciones son exorbitantes, la cuantía del pago que se ha de realizar a este respecto será también decidida por una persona imparcial. Mientras se decide esta cuestión, el contratista debe proceder sin demora a efectuar las modificaciones.

### D. *Propiedad de los documentos*

38. Dada la naturaleza de algunos de los datos contenidos en los planos y documentos presentados por una parte a la otra, algunos de los formularios en estudio contienen disposiciones que tratan de la propiedad de los documentos.

39. Las cláusulas 3.2 y 3.3 de los textos ECE 188A y 574A disponen que "los planos y documentos técnicos para la fabricación y el montaje total o parcial de la obra", presentados por una parte a la otra (comprador a contratista o viceversa), continuarán siendo "de propiedad exclusiva" de la parte que los ha proporcionado.

40. Esta restricción tiene el efecto de imponer a la parte que recibe los documentos la obligación de mantener el carácter confidencial. Por este motivo, las cláusulas 3.2 y 3.3 de ambos textos citados expresan que dicha parte no puede copiarlos, reproducirlos, transferirlos ni comunicarlos a terceros sin el consentimiento de la otra parte.

41. Para el caso de los documentos proporcionados por el contratista al comprador, el artículo 3.3 prevé una excepción con la siguiente formulación:

> "los planos y documentos serán de propiedad del comprador:
>
> *a*) si así se establece en una cláusula expresa;
>
> *b*) si se refieran a un contrato de estudio preliminar, distinto del de la fabricación del material, en el cual no se haya reservado la propiedad al constructor."

42. En cuanto a los documentos que deberá proporcionar el contratista al iniciarse el período de la garantía, la cláusula 3.4 de ambos textos de la CEPE dispone que serán de propiedad del comprador y no estarán sujetos a ninguna restricción. No obstante, el contratista puede estipular que tendrán carácter confidencial.

43. Los otros formularios en estudio no contienen disposiciones de este tipo. Sin embargo, no hace falta recalcar que los documentos que tratan de cuestiones relacionadas con la transferencia de tecnología están sujetos a la obligación de confidencialidad impuesta a las partes a este respecto. (Véase la parte segunda, VI, *Transferencia de Tecnología.*)*

## II. SUMINISTRO

### A. *Observaciones generales*

44. Los elementos que el contratista deberá suministrar a fin de iniciar el montaje de las obras son diversos y numerosos y comprenden maquinaria, materiales, equipo de montaje, mano de obra, servicios públicos e instalaciones temporales y auxiliares. En el presente capítulo se examinarán sólo las obligaciones de las partes en cuanto al

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.2 (reproducido a continuacion).

suministro, transporte y almacenamiento de maquinaria y materiales; los materiales pueden ser para incorporarlos en las obras permanentes o pueden requerirse sólo para la construcción. (Para un examen del suministro de equipo y mano de obra de montaje, véase III, *Montaje, infra.*)

45. El tipo de disposiciones contractuales relativas al suministro de la maquinaria y los materiales necesarios dependerá en gran medida de la índole del contrato y del propio contenido de la obra que se deberá ejecutar en virtud del contrato. Un contrato de entrega llave en mano completa comprende de ordinario el suministro por el contratista del diseño de la planta, la maquinaria, la documentación técnica y los materiales necesarios.

### B. *Obligaciones de las partes*

#### 1. *Obligación de suministro*

46. En un contrato de obras, la obligación del contratista de montar y terminar las obras descritas supone de su parte la realización de cualquier trabajo y el suministro de los materiales que sean necesarios para llevar a cabo las obras de conformidad con el contrato. En las Condiciones FIDIC-CEC se indica expresamente esta obligación del contratista. La cláusula 8.1 estipula que:

> "El Contratista, con sujeción a las disposiciones del Contrato, y con la atención y diligencia debidas... deberá suministrar toda la mano de obra—encargándose también de su supervisión—los materiales, la Planta de construcción y todos los demás elementos, ya sean temporales o permanentes, necesarios en la ejecución y mantenimiento o para estas actividades, en la medida en que la necesidad de suministrar dichos elementos se especifique en el Contrato o se puede inferir razonablemente de él."

47. En las Condiciones FIDIC-EMW sólo se expresa la obligación del contratista de suministrar la mano de obra y el equipo del contratista. La responsabilidad por el suministro de la maquinaria y los materiales necesarios se determinará mediante acuerdo entre las partes. La cláusula 7.1 dice:

> "El Contratista, con sujeción a las disposiciones del Contrato... suministrará toda la mano de obra—encargándose también de su supervisión—y el equipo del Contratista, necesarios para esta tarea y para el cumplimiento de sus obligaciones... en la medida en que la necesidad de suministrar dichos elementos se especifique en el Contrato o se pueda inferir razonablemente de él."

48. Con arreglo a los modelos de contrato de la ONUDI, el contratista es también responsable por el suministro de maquinaria y materiales. La descripción de la maquinaria y los materiales y, de ser necesario, su aprobación por el comprador, es siempre beneficiosa para este último; con este fin, de acuerdo con los modelos de la ONUDI, el contratista debe proporcionar al comprador una lista detallada de la maquinaria y los materiales que debe suministrar con arreglo al contrato. En el artículo 4.9 del Modelo UNIDO-KTL se estipula:

> "El Contratista será responsable por el suministro de la planta y del equipo completos... La lista de la Planta y el equipo y de otros materiales... representará la Planta completa..."

49. Sin embargo, la obligación del contratista no se limita al suministro de los elementos especificados, sino que deberá suministrar también los materiales que sean necesarios para las obras. En el artículo 4.9 del Modelo UNIDO-TKL se agrega:

> "... Todo(s) (los) artículo(s) adicional(es) necesario(s) pero no especificado(s) ... será(n) suministrado(s) por el CONTRATISTA. No obstante cualquier disposición en contrario expresada en el Contrato, el CONTRATISTA suministrará llave en mano una Planta completa... junto con todas las instalaciones auxiliares, de servicios..."

50. Con arreglo al Modelo UNIDO-CRC, el contratista se encarga de la adquisición de los materiales por cuenta del comprador. Sin embargo, el alcance de sus obligaciones es el mismo. El artículo 4.12 dispone:

> "El CONTRATISTA comprará todas las instalaciones y el equipo, los materiales y las piezas de recambio en nombre del COMPRADOR... Aunque la compra final se hará por cuenta del COMPRADOR, el CONTRATISTA estará obligado a velar por que todas las adquisiciones se realicen de modo que la Planta pueda cumplir los objetivos expresados en el Artículo 2, con sujeción a que el COMPRADOR cumpla con sus obligaciones. El CONTRATISTA realizará las adquisiciones de forma tal que la Planta esté en condiciones de alcanzar los niveles de garantías de funcionamiento... El CONTRATISTA prestará también asistencia al COMPRADOR respecto de reclamaciones a los proveedores (cuando ello sea necesario); los servicios del CONTRATISTA relacionados con cualquier tipo de adquisición y/o inspección requeridos se prestarán sin cargo adicional para el COMPRADOR..."

51. El Modelo UNIDO-STC es explícito en lo tocante a la responsabilidad del contratista de suministrar los materiales necesarios no descritos en el contrato. El artículo 4.8 dispone:

> "... sin embargo, si para completar la Planta se requieren elementos de equipo no especificados en este Contrato... tales elementos deberán formar parte de los suministros del CONTRATISTA con arreglo a este Contrato y deberán ser suministrados FOB, sin costo o gasto adicional para el COMPRADOR, dentro del precio global acordado..."

52. Las Condiciones Generales de la CEPE contienen disposiciones sobre responsabilidad compartida en lo que respecta al suministro de la planta, los materiales y demás instalaciones relacionadas con las obras. El contratista es responsable por el suministro de la planta, los materiales y el equipo de construcción, mientras que el comprador asume la responsabilidad por la mayor parte de las obras previas a la construcción, comprendido el suministro de los servicios públicos y de otra índole necesarios para la ejecución del contrato. La cláusula 6.1 de las Condiciones ECE 188A/574A dispone:

> "A menos que el constructor haya recibido del comprador información en contrario, se entenderá que

la validez de los precios está supeditada a las siguientes condiciones:

...

*c*) que el constructor disponga oportunamente en el lugar de la construcción, sin cargo alguno de no convenirse otra cosa, de la maquinaria, los materiales fungibles, el agua y la energía mencionados en el contrato;

*d*) que el comprador ponga a disposición del constructor en un lugar próximo a la zona de instalación, sin cargo alguno de no convenirse otra cosa, locales cerrados o guardados que le permitan poner a cubierto del robo y del deterioro el material destinado al montaje, la maquinaria y las herramientas necesarias así como la ropa del personal; ..."

2. *Obligación de transportar los materiales*

53. En un contrato de entrega llave en mano con pago global, las responsabilidades del contratista no se agrupan en función de las diversas actividades. El contratista es responsable por el suministro y el transporte de los materiales y el precio contractual estipulado con arreglo a un contrato llave en mano incluye el costo del transporte de la maquinaria y los materiales. En otros tipos de contrato, es posible que los costos de transporte se estipulen por seperado. Alguno de los modelos analizados no contienen disposiciones explícitas sobre la responsabilidad de las partes en cuanto al transporte de la maquinaria y los materiales. Algunas veces esta responsabilidad está indicada sólo en forma implícita.

54. Con arreglo a las Condiciones FIDIC-CEC y FIDIC-EMW, el contratista está obligado a concertar directamente los arreglos para el transporte de la planta y los materiales, a su propio costo, ya que en virtud de la cláusula 70.1 de las Condiciones FIDIC-CEC y de la cláusula 52.1 de las Condiciones FIDIC-EMW los costos de transporte están comprendidos en el precio del contrato.

55. En los Modelos UNIDO-TKL y UNIDO-STC se estipula expresamente la responsabilidad por el transporte del equipo. El artículo 4.13 de UNIDO-TKL dispone:

"El CONTRATISTA será responsable del transporte del equipo desde el puerto de envío FOB hasta el recibo CIF en el puerto de entrada en el país del COMPRADOR y del envío ulterior hasta el Emplazamiento."

56. Con arreglo al Modelo UNIDO-CRC, el contratista no es directamente responsable por el transporte de la planta y los materiales. Sin embargo, está obligado a prestar asistencia al comprador para lograr que los fabricantes efectúen diligentemente el suministro y el transporte del equipo necesario. El artículo 4.14 dispone:

"El CONTRATISTA ... estará obligado a exigir de los proveedores el embalaje adecuado y el envío del equipo FOB hasta el punto de despacho."

57. En las Condiciones Generales de la CEPE se prevé que el comprador será responsable por los trabajos preparatorios y el transporte de los materiales y el equipo. En la cláusula 12.2 de las Condiciones ECE 188A/574A se estipula:

"La ejecución de los trabajos preparatorios será de la incumbencia del comprador de conformidad con los planos e indicaciones facilitados por el constructor... Los trabajos preparatorios habrán de quedar terminados en el momento oportuno y los cimientos tendrán que estar en condiciones de recibir el material a su debido tiempo. Cuando el comprador sea responsable del transporte del material, éste deberá encontrarse oportunamente en el lugar de la instalación."

3. *Obligación de proteger la maquinaria y los materiales durante el transporte*

58. En la responsabilidad del contratista en cuanto al transporte de la maquinaria y los materiales está comprendida la obligación de embalar y rotular los materiales para garantizar su seguridad durante el transporte normal. Como se indicó en el párrafo 53, en un contrato de entrega llave en mano el costo de embalaje estará incluido en el precio del contrato. El artículo 4 de las Condiciones ECE 188A/574A estipula:

"De no existir otra disposición expresa:

"...

"*b*) los precios especificados en las propuestas y en el contrato comprenden el embalaje o la protección necesaria para evitar deterioros, durante el transporte en las condiciones ordinarias, hasta el punto de destino fijado en el contrato."

59. El Modelo UNIDO-TKL contiene disposiciones muy pormenorizadas que determinan las obligaciones del contratista respecto de la rotulación, embalaje y envío de los materiales. El artículo 12.2.1 dispone:

"Todas las mercancias deberán estar debidamente rotuladas y las facturas se deberán preparar de conformidad con las instrucciones del COMPRADOR..."

60. El transporte de la maquinaria puede exigir el cumplimiento de las reglamentaciones locales del país del comprador. Con arreglo al modelo UNIDO-TKL, el comprador deberá prestar asistencia al contratista para la obtención de los permisos necesarios. En el artículo 12.2.7 se señala:

"El CONTRATISTA declara que está familiarizado con las instalaciones y servicios de los puertos (tanto en el país del fabricante como en el del COMPRADOR) y entre el puerto y el Emplazamiento. El CONTRATISTA será responsable por el embalaje y expedición del equipo (embalado en fardos de dimensiones adecuadas a su tamaño) de modo que el equipo llegue al Emplazamiento para el montaje dentro de los plazos fijados en el Contrato. El CONTRATISTA será responsable por la obtención de los permisos de transporte por ferrocarril o por carretera necesarios a estos efectos, aunque el COMPRADOR prestará ayuda al CONTRATISTA para la obtención de estos permisos."

4. *Obligación de suministrar instalaciones para el almacenamiento de los materiales en el emplazamiento*

61. El alcance de la obligación del contratista en cuanto al suministro de instalaciones seguras de almacenamiento de materiales dependerá igualmente del

tipo de contrato. En un contrato llave en mano el cuidado y almacenamiento adecuado de la maquinaria y los materiales del contratista serán responsabilidad de este mismo.

62. En virtud del Modelo UNIDO-TKL el almacenamiento adecuado de la maquinaria es responsabilidad del contratista. El artículo 12.4 dispone:

"El CONTRATISTA tendrá la obligación de preparar y tener listas en el Emplazamiento instalaciones adecuadas para el almacenamiento de los fardos. En caso de que las instalaciones permanentes no estén listas o disponibles, el CONTRATISTA proporcionará oportunamente, y a su propio costo, instalaciones provisionales suficientemente adecuadas en el Emplazamiento, a satisfacción del COMPRADOR. No obstante las disposiciones sobre rotulación de los fardos... en caso de que se requiera protección adicional para el almacenamiento, se seguirán las instrucciones pertinentes del ingeniero."

63. En las Condiciones Generales de la CEPE se prevé que el comprador será responsable por el almacenamiento de los materiales. El artículo 6.1 de las Condiciones ECE 188A/574A dispone:

"A menos que el contructor haya recibido del comprador información en contrario, se entenderá que la validez de los precios está supeditada a las siguientes condiciones:

"...

"*e*) que el constructor no tenga que... adoptar otras medidas... para trasladar el material desde el punto de descarga al montaje, salvo en el caso de haberse comprometido a entregar el material precisamente en el lugar del montaje.

"En el caso de no cumplirse alguna de estas condiciones, los precios serán objeto de un aumento."

### C. *Plazo de entrega*

64. El plazo de entrega dependerá de la índole de cada obra. En algunos de los modelos estudiados se encuentran disposiciones generales que exigen al contratista la entrega "pronta" u "oportunamente".

65. En el artículo 14 del Modelo UNIDO-TKL, por ejemplo, se estipula:

"14.15 El CONTRATISTA velará por que el envío y entrega de las instalaciones y el equipo se efectúen sin tropiezos y se coordinen eficazmente... en plena conformidad con los términos, condiciones y procedimientos de entrega establecidos en este Contrato y/o así como con los estipulados en las órdenes de compra expedidas a los proveedores.

"14.16 El CONTRATISTA tomará todas las medidas necesarias para garantizar que todas las licencias de exportación (de ser necesarias) y la documentación de embarque sean tramitadas y expedidas en forma oportuna."

## III. MONTAJE

### A. *Introducción*

66. La índole y el alcance de las obligaciones y responsabilidades de las partes en lo que se refiere al montaje de planta, maquinaria u otro equipo dependen en gran parte de dos factores: primero, del tipo de contrato de obras de que se trate, es decir, si se trata de un contrato de entrega llave en mano o de entrega llave en mano parcial; en segundo lugar, del tipo de planta que haya de montarse. La construcción de un tren de laminación es muy distinta de la de un fábrica de fertilizantes.

67. Al considerar la cuestión del montaje ha de tenerse presente la índole de las diversas formas consideradas (véase la parte primera, *Introducción*). En el presente texto sólo se consideran las principales obligaciones y responsabilidades del contratista, del ingeniero y del comprador en lo que al montaje respecta.

### B. *Obligaciones y responsabilidades del contratista, del ingeniero y del comprador*

#### 1. *Montaje de la planta*

*a) Contrato de entrega llave en mano con pago global: UNIDO-TKL*

68. Para dar idea de las principales diferencias existentes en cuanto a obligaciones y responsabilidades del contratista y del comprador en lo que respecta al montaje de una planta en un contrato de entrega llave en mano con pago global y en un contrato de entrega llave en mano parcial, se considerarán los modelos de contrato UNIDO-TKL y UNIDO-STC.

69. En el modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano con pago global para la construcción de plantas de fertilizantes (UNIDO-TKL), el contratista se compromete a montar toda la planta y equipo con arreglo a las estipulaciones contractuales (artículo 3.2.5). Esto incluye en efecto todo el trabajo requerido para el establecimiento de la planta hasta que ésta funcione debidamente conforme a las especificaciones estipuladas en el contrato (artículo 3.1). Esta responsabilidad se contiene en cierto número de disposiciones. Por ejemplo, el artículo 4.9 dice así:

"El CONTRATISTA será responsable por el suministro de la planta y del equipo completos de conformidad con el artículo 12 y según lo expresado en otras partes de este Contrato. ... el CONTRATISTA suministrará llave en mano una Planta completa para la producción de (1.000) toneladas diarias de amoniaco y (1.725) toneladas diarias de urea, ..."

70. Las responsabilidades que incumben al contratista en relación con el montaje de la planta y el equipo conforme al artículo 12.7 incluyen los aspectos siguientes:

"12.7.1.1: Montaje de todo el equipo en su lugar.

"12.7.1.2: Montaje de todas las estructuras de acero, pasaderas, rampas, escaleras, plataformas, etc.

"12.7.1.3: Instalación y soldadura de todas las tuberías, accesorios, etc., tanto superficiales como subterráneos.

"12.7.1.4: Montaje e instalación de instrumentación, tableros y paneles de control y todos los sistemas de cables, tuberías y equipo de interconexión.

"12.7.1.5: Instalación de todo el equipo eléctrico y conexión de todos los cables, interruptores y todos los demás elementos.

"12.7.1.6: Instalación de todo el equipo de servicios públicos y conexión del mismo.

"12.7.1.7: Aislamiento de todo el equipo cuando sea necesario (comprendido el suministro de los materiales de aislamiento).

"12.7.1.8: Pintura de todo el equipo (comprendido el suministro de materiales de pintura).

"12.7.1.9: Instalación de todo el equipo de talleres, laboratorios y oficinas, incluido el equipo de acondicionamiento de aire y los servicios telefónicos.

"12.7.1.10: Instalación y montaje de todos los sistemas de tratamiento de desechos y alcantarillado.

"12.7.1.11: Instalación de todos los dispositivos de seguridad y alarma.

"12.7.1.12: Todos los demás trabajos de montaje de otro tipo que pudieran ser necesarios para terminar la Planta, salvo los exceptuados...

"12.7.1.12.1: El montaje de la planta y el equipo deberán conformarse a los detalles..."

71. El contratista será responsable por que todos los trabajos de suministro, construcción y montaje se ejecuten de modo que la planta pueda alcanzar los objetivos indicados en el contrato (artículo 4.10).

*b) Modelo de contrato de entrega llave en mano parcial: STC-ONUDI*

72. Al tratarse de un contrato de entrega llave en mano parcial, el establecimiento de la planta puede no incumbir al contratista, pues el comprador tiene opción a designar a otra parte para que monte la planta. El artículo 3.2.18 dice así:

"La PLANTA será montada (subcláusula 3.1.15) por el CONTRATISTA *o por cualquier otra parte que designe el* COMPRADOR (a condición de que esta otra parte no sea un competidor del CONTRATISTA), bajo la dirección y supervisión técnicas del personal del CONTRATISTA."

73. Así pues, en caso de que el comprador designara a otra persona para montar la planta, la función del contratiste en relación con el montaje de la planta sería sólo la de un supervisor. Entre las principales responsabilidades de supervisión del contratista conforme al artículo 13.5.1 figuran las siguientes:

"El CONTRATISTA será responsable por la dirección y *supervisión* técnicas del montaje de toda la planta y el equipo... Sin restringir el carácter general de lo que antecede, los servicios de supervisión abarcarán:

"13.5.1.1: Montaje de todo el equipo en su lugar.

"13.5.1.2: Montaje de todas las estructuras de acero, pasaderas, rampas, escaleras, plataformas, etc.

"13.5.1.3: Instalación y soldadura de todas las tuberías, accesorios, etc., tanto superficiales como subterráneos.

"13.5.1.4: Montaje e instalación de instrumentación, tableros y paneles de control y todos los sistemas de cables, tuberías y equipo de interconexión.

"13.5.1.5: Instalación de todo el equipo eléctrico y conexión de todos los cables, interruptores y todos los demás elementos.

"13.5.1.6: Instalación de todo el equipo de servicios públicos y conexión del mismo.

"13.5.1.7: Aislamiento de todo el equipo cuando sea necesario (comprendido el suministro de los materiales de aislamiento).

"13.5.1.8: Pintura de todo el equipo (comprendido el suministro de materiales de pintura)."

74. Otros aspectos de la supervisión corresponden a la instalación de ciertos elementos de equipo y servicios necesarios para el montaje de la planta.

2. *Materiales para el montaje de la planta*

75. Hay que distinguir entre los materiales necesarios para el montaje de la planta—llamados a veces "equipo del contratista"—y el "equipo" que ha de montarse. La distinción entre ambos conceptos se hace en los modelos de contrato de la ONUDI y en las Condiciones FIDIC-EMW. Por ejemplo, en el UNIDO-TKL se define el "equipo del contratista" como "... todo el equipo, cobertizos, materiales, herramientas, aprovisionamientos u objetos llevados al Emplazamiento por el CONTRATISTA, o por un tercero en su nombre, para la ejecución del Contrato, pero no para su incorporación permanente a la Planta" (artículo 1.11). En cambio, la definición de "equipo" es "todos los elementos de equipo, la maquinaria, los materiales ... que se deberán incorporar permanentemente a la(s) Planta(s) (excluidos los materiales destinados a las obras de ingeniería civil) a fin de que la Planta se construya de conformidad con el Contrato" (artículo 1.17).

76. Conforme al artículo 4.9 del UNIDO-TKL, el contratista deberá preparar "una lista más detallada del equipo y los materiales que se deberán adquirir" dentro de un plazo de cuantro meses a partir de la fecha efectiva del contrato, para someterla a la aprobación del comprador.

77. Por lo general, incumbe al contratista, por lo menos en el contrato de entrega llave en mano, la responsabilidad de proporcionar todos los materiales de montaje y el equipo del contratista. En el ártículo 4.22 del UNIDO-TKL se dice que corresponderá al contratista proporcionar "todo el equipo y los materiales de montaje para el montaje y la instalación de la Planta". Y el artículo 12.7.2 menciona expresamente algunos de esos elementos de equipo:

"El CONTRATISTA suministrará todos los materiales necesarios para el montaje e instalación de las Obras, así como todas las herramientas, aparejos, grúas y demás equipo de montaje necesario, y proporcionará todos los instrumentos indispensables para el montaje y prueba adecuados de las Obras."

78. Conforme al modelo de contrato UNIDO-STC, el contratista queda también obligado a proporcionar al comprador, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha efectiva del contrato, una lista de equipo y materiales de montaje. Los materiales han de ser suministrados por el contratista (artículo 1.10).

79. Igualmente, en las Condiciones FIDIC-EMW, el contratista ha de proporcionar, a expensas propias, todo el "equipo del contratista", así como el material de transporte y la energía que la ejecución y terminación de las obras requieran (cláusula 14.1).

80. De todos modos, si el comprador tiene ya cierto equipo en su zona de instalación, el contratista podrá utilizarlo, pero pagando por ello una suma razonable. En las Condiciones FIDIC-EMW se tiene prevista una situación de ese tipo:

> Cláusula 14.4: "A petición del Contratista y a los fines de la ejecución de las Obras, el Empleador hará funcionar cualquier equipo de elevación adecuado que le pertenezca y que se encuentre disponible en la zona de instalación, conforme al detalle dado en la Parte II de las presentes Condiciones, y el Contratista deberá pagar una suma razonable por ese servicio. Durante la operación, el Empleador conservará el control del equipo de elevación y la responsabilidad de su funcionamiento seguro, pero no será responsable de ninguna negligencia del Contratista."

3. *Trabajos preparatorios*

81. Cae fuera del ámbito del presente capítulo ocuparse de la construcción de los diversos elementos de infraestructura, como son las obras viarias o ferroviarias dentro de la zona de producción directa de la planta. Esto no obstante, deben mencionarse ciertos trabajos preparatorios que están directamente relacionados con las operaciones de montaje.

82. Así pues, por ejemplo, conforme a las Condiciones FIDIC-EMW, el contratista queda obligado a presentar a la aprobación del ingeniero un programa en que se indique la secuencia con arreglo a la cual se han de efectuar los trabajos, incluido el de diseño, la manufactura, la entrega en el emplazamiento, el montaje y la puesta en marcha. En el programa se deben indicar también las fechas en que el empleador deberá proporcionar al contratista las licencias de importación, los vistos buenos, los derechos de paso y las aprobaciones necesarias a los fines de la realización de las obras (cláusula 12.1).

83. Las Condiciones Generales de la CEPE 188A/574A dan un ejemplo de la situación correspondiente a un contrato de entrega llave en mano parcial conforme al cual el comprador tiene que ejecutar los trabajos preparatorios conforme a los planos y otra información proporcionados por el contratista. La cláusula 12.2 de las dos Condiciones Generales de la CEPE dispone que los trabajos preparatorios habrán de quedar terminados en el momento oportuno y los cimientos tendrán que estar en condiciones de recibir el material a su debido tiempo. Se dispone asimismo que, cuando el comprador sea responsable del transporte del material, éste deberá encontrarse oportunamente en el lugar de instalación.

4. *Supervisión de los trabajos*

*a) UNIDO-TKL*

84. La expresión "supervisión" abarca "la dirección y responsabilidad respecto de las actividades o cuestiones o trabajos o procedimientos que fueren objeto de supervisión y administración... de todas las Obras hasta la aceptación provisional" (artículo 13.8).

85. Se asigna al contratista la responsabilidad de la supervisión de todos los trabajos en el emplazamiento hasta la aceptación provisional de las obras (artículo 13.1). El contratista deberá suministrar un número suficiente de personal adecuadamente calificado y experimentado. Los servicios de supervisión incluidos en el artículo 13 son los siguientes:

> "13.1.1: Supervisión y administración del equipo de transporte.
>
> "13.1.2: Supervisión y administración del equipo de construcción y de montaje.
>
> "13.1.3: Supervisión y administración de las obras de ingeniería civil.
>
> "13.1.4: Supervisión y administración del montaje.
>
> "13.1.5: Supervisión y administración de depósitos de almacenamiento y administración de bodegas.
>
> "13.1.6: Supervisión y administración de todas las pruebas.
>
> "13.1.7: Supervisión y administración de las actividades previas a la puesta en marcha y de la iniciación de operaciones.
>
> "13.1.8: Supervisión y administración de todas las Obras hasta la aceptación provisional."

86. Una vez iniciadas las operaciones de la planta, el contratista ha de supervisar su funcionamiento hasta que se hayan terminado satisfactoriamente los ensayos de garantía.

*b) UNIDO-STC*

87. En cuanto al suministro de servicios de supervisión, en el UNIDO-STC se prevé una situación en la que el comprador designa a un tercero para que monte la planta (véanse los párrafos 72 y 73 *supra*). En ese caso, la función del contratista se limita principalmente a la de ser un supervisor de proyecto. El comprador mismo puede encargarse del montaje. El artículo 13.1.1 se refiere a la "supervisión del equipo fabricado por el COMPRADOR o para el COMPRADOR" como labor que corresponde al contratista. Otros aspectos de la supervisión previstos en el artículo 13 son los siguientes:

> "13.1.2: Supervisión del montaje y de la instalación del equipo de montaje.
>
> "13.1.3: Supervisión de depósitos de almacenamiento y de bodegas.
>
> "13.1.4: Supervisión de las pruebas previas a la puesta en marcha y de la iniciación de operaciones.
>
> "13.1.5: Supervisión y demostración de las pruebas de garantía de funcionamiento."

88. Debe señalarse que, a diferencia de lo previsto en el UNIDO-TKL, la supervisión no incluye administración. (Véase el párrafo 84 *supra*.)

89. Como se señala en el párrafo 73 *supra*, si el comprador designa a un tercero para que monte la planta, la supervisión por el contratista abarcará todos los aspectos del montaje enunciados en el artículo 13.5.1.

90. Cuando la función del contratista queda limitada a la labor de supervisión, le incumbirá responsabilidad, durante el montaje, por los aspectos siguientes:

Artículo 13.6

"El CONTRATISTA será responsable durante el montaje, entre otras cosas, por los siguientes aspectos:

"13.6.1: La exactitud e idoneidad de las instrucciones impartidas por él o por su Ingeniero Jefe.

"13.6.2: Las garantías de que las instalaciones sean montadas o conectadas, de ser necesario, de acuerdo con los requisitos previstos en los documentos técnicos redactados por el CONTRATISTA o con las instrucciones complementarias relativas a modificaciones, correcciones y cambios de otra índole, según sea el caso.

"13.6.3: La comprobación técnica de los trabajos de montaje, a fin de descubrir los errores de montaje, si los hubiere. El CONTRATISTA dará instrucciones apropiadas y competentes para eliminar estos defectos.

"13.6.4. La comprobación del cumplimiento de las instrucciones impartidas por él. En caso de que se encuentren deficiencias, el Ingeniero Jefe las hará constar durante la ejecución en el diario de montaje de la sección pertinente y sugerirá medidas correctivas."

*c) Condiciones FIDIC-EMW*

91. En las Condiciones FIDIC-EMW, el contratista queda obligado a emplear representantes competentes para supervisar la ejecución de las obras. La cláusula 13.1 dispone lo siguiente:

"El Contratista empleará uno o más representantes competentes, cuyo(s) nombre(s) habrá previamente comunicado al Ingeniero por escrito, para que supervise(n) la realización de las Obras en el Emplazamiento. Dicho representante—o uno de estos representantes, si se ha designado más de uno—deberá encontrarse presente en el Emplazamiento durante todas las horas de trabajo, y cualesquiera órdenes o instrucciones que dé el Ingeniero a dicho representante del Contratista se considerará como dada al Contratista."

92. La cláusula 13.2 dice así:

"El Ingeniero estará facultado para, mediante comunicación escrita dirigida al Contratista, expresar sus objeciones con respecto a cualquier representante o persona empleada por el Contratista en o con respecto a la ejecución de las Obras que, al parecer del Ingeniero, lleve mala conducta o sea incompetente o negligente, y exigir que el Contratista aleje a dicha persona de las obras."

5. *Acceso a las obras*

93. El acceso del contratista, del ingeniero y el comprador a las obras es muy importante, puesto que les permite ejecutar, supervisar y/o dirigir el montaje debidamente. Por consiguiente, todo contrato de obras contiene disposiciones relativas al acceso a las mismas.

*a) Obligación del contratista*

94. El contratista queda obligado a autorizar el acceso del ingeniero a las obras en todo momento durante la vigencia del contrato. (Véase UNIDO-TKL, artículo 13.6, y UNIDO-STC, artículo 13.11.)

95. En relación con la ejecución de los trabajos previstos en el contrato, el contratista dará todas las facilidades de acceso a cualquier lugar en que se estén realizando trabajos y prestará toda la ayuda necesaria para obtener el derecho a ese acceso (UNIDO-TKL, artículo 13.9, y UNIDO-STC, artículo 13.11).

96. De la misma forma, en las Condiciones FIDIC-EMW se dispone que el contratista queda obligado a permitir acceso razonable a las obras a los empleados del comprador. La cláusula 14.5 dice así:

"El Contratista deberá, en conformidad con las necesidades del ingeniero, dar todas las oportunidades razonables para la ejecución de sus trabajos a cualesquiera otros contratistas empleados por el Empleador y a sus operarios, así como a los operarios del Empleador y de cualesquiera otras autoridades debidamente constituidas que puedan haber sido empleadas para la ejecución en el Emplazamiento, o cerca del mismo, de cualquier trabajo no incluido en el Contrato o de cualquier contrato que el Empleador pueda concertar en relación con las Obras o como elemento auxiliar de las mismas."

*b) Obligación del comprador*

97. El comprador habrá de facilitar el acceso del contratista a las obras y al emplazamiento. Así pues, por ejemplo, en el artículo 13.10 del UNIDO-TKL se dispone que "El COMPRADOR dará todas las facilidades de acceso, o la ayuda para obtener el derecho de acceso... al Emplazamiento, los talleres o personas en (país del COMPRADOR), en la medida necesaria en relación con [el] Contrato".

98. En el artículo 13.11 del UNIDO-TKL se dispone además que el contratista y su personal autorizado tendrán libre acceso al emplazamiento de las obras, patios de almacenamiento, cobertizos de fabricación, instalaciones de servicios públicos y laboratorios instalados o que se vayan a utilizar para construir las obras con arreglo al contrato. En las zonas del emplazamiento donde el contratista esté realizando trabajos, el acceso estará limitado al contratista exclusivamente.

99. En los modelos de contrato de la ONUDI (es decir, UNIDO-TKL y el UNIDO-STC), el comprador ha de prestar la asistencia necesaria para obtener del gobierno de su país los permisos de visita, permanencia y viajes del contratista o de su personal autorizado (UNIDO-TKL, artículo 13.11; UNIDO-STC, artículo 13.13).

100. A partir de la aceptación provisional, el comprador ha da permitir al contratista que visite las obras en funcionamiento durante un período de tres años (3), con objeto de examinar los resultados de las obras en funcionamiento, etc. Esto no obstante, el comprador podrá negar a los nacionales de algunos países la autorización para visitar la planta y/o el emplazamiento (UNIDO-TKL, artículo 13.12; UNIDO-STC, artículo 13.14).

101. En las Condiciones FIDIC-EMW, en las que el contratista es empleado para ejecutar las obras para el comprador, se imponen a éste las siguientes obligaciones en cuanto al acceso:

*Acceso al emplazamiento y ocupación del mismo*

Cláusula 20.1: "Con sujeción a lo dispuesto en la Subcláusula 4 de la presente Cláusula, el Empleador facilitará al Contratista el acceso al emplazamiento y la ocupación del mismo en un tiempo razonable y, salvo en la medida en que el Contrato disponga específicamente lo contrario, el Empleador dispondrá un camino o línea férrea adecuados para el transporte de toda la Planta y del Equipo del Contratista necesario para la ejecución de las Obras desde un camino o una vía férrea que sean adecuados y estén a disposición del Contratista hasta el lugar del Emplazamiento en que esa Planta y Equipo hayan de entregarse o utilizarse."

*Cimientos*

Cláusula 20.2: "Si, conforme al Contrato, el Empleador ha de suministrar los cimientos o los accesos destinados a una estructura de construcción, esos cimientos o accesos deberán estar en condiciones adecuadas para el eficiente transporte, recepción, instalación y mantenimiento de las Obras."

*Autorización del acceso*

Cláusula 20.3: "Durante la ejecución de las Obras, no se permitirá la presencia en el Emplazamiento de ninguna persona distinta del Contratista, los Subcontratistas y los empleados de aquél de éstos, si no es con el permiso escrito del Ingeniero; esto no obstante, en todo momento se deberán dar facilidades para inspeccionar las Obras al Ingeniero y a sus representantes y a otras autoridades, funcionarios o representantes del Empleador."

*Acceso no exclusivo*

Cláusula 20.4: "El acceso al Emplazamiento y la ocupación del mismo a que se hace referencia en la Subcláusula 1 de la presente cláusula no estará limitado al Contratista exclusivamente sino que se concederá sólo en la medida que le permita ejecutar las Obras."

102. La cláusula 18 de las Condiciones ECE 188A y 574A dispone que hasta que sea entregada la obra durante los trabajos a que dé lugar la aplicación de la garantía, el contructor tendrá en todo momento el derecho de hacer inspeccionar la obra por su cuenta, en la zona de instalación, durante las horas de trabajo. Para entrar en dicha zona, los inspectores deberán atenerse a las disposiciones de circulación que rijan en los terrenos del comprador.

*c) Acceso de terceros*

103. Cuando, a juicio del ingeniero (actuando en nombre del comprador) sea necesario que terceras partes, p. e., otros contratistas, tengan acceso a los trabajos, el contratista deberá autorizar ese acceso. Con todo, esas terceras partes no podrán ser competidores directos del contratista (UNIDO-TKL, artículo 13.14.1).

104. Cuando el contratista haya incurrido en gastos en el cumplimiento de lo estipulado en la subcláusula 13.14.1 en relación con la visita de terceras partes, el comprador pagará al contratista el costo de todos los servicios que el contratista hubierse prestado (UNIDO-TKL, artículo 13.14.2).

6. *Mano de obra y condiciones de trabajo*

105. La cuestión de la mano de obra y de las "condiciones de trabajo" depende de los tipos de contrato de obras, el tipo de planta que haya de montarse y el precio. Por ejemplo, en un contrato de entrega llave en mano con pago global, incumbe al contratista la responsabilidad del montaje de la planta hasta el punto en que sólo falta dar vuelta a la llave. El precio del contrato de esa planta incluye la ejecución del contrato, el cumplimiento de los servicios del contratista y la terminación de las obras. Por consiguiente, el propio contratista suele ser responsable de la mano de obra y de todo cuanto con ella se relaciona, y no haya necesidad de estipular detalladamente las cuestiones referentes a la mano de obra.

106. Teniendo presente que las Condiciones Generales de la ECE 188A/574A están orientadas hacia los contratos de entrega llave en mano parcial, debe advertirse que en la cláusula 14.1 de ambas Condiciones Generales "si el constructor lo solicita a su debido tiempo, el comprador pondrá gratuitamente a disposición de aquél la mano de obra complementaria, especializada o no especializada, que se haya previsto en el contrato; y, dentro de los límites razonables, facilitará asimismo la mano de obra complementaria no especializada que sea necesaria, incluso si no está prevista en el contrato".

107. Las condiciones de trabajo influyen en la cuestión del precio. Por ejemplo, la cláusula 6.1 de las Condiciones Generales de la CEPE, tanto la 188A como la 574A, dispone lo siguiente:

"A menos que el constructor haya recibido del comprador información en contrario, se entenderá que la validez de los precios está supeditada a las siguientes condiciones:

"*a*) que los trabajos no se efectúen en lugares insalubres ni peligrosos;

"*b*) que el personal del contructor tenga la posibilidad de encontrar en las cercanías de la zona de instalación alojamiento y pensión adecuados y convenientes, así como los servicios sanitarios apropiados;

"*c*) que el constructor disponga oportunamente en el lugar de la construcción, sin cargo alguno de no convenirse otra cosa, de la maquinaria, los materiales fungibles, el agua y la energía mencionados en el contrato;

"*d*) que el comprador ponga a disposición del contructor en un lugar próximo a la zona de instalación, sin cargo alguno de no convenirse otra cosa, locales cerrados o guardados que le permitan poner a cubierto del robo y del deterioro el material destinado al montaje, la maquinaria y las herramientas necesarias así como la ropa del personal;

"*e*) que el constructor no tenga que hacer trabajos de construcción ni de demolición, ni haya de adoptar otras medidas excepcionales para trasladar el material desde el punto de descarga al de montaje, salvo en el caso de haberse comprometido a entregar el material precisamente en el lugar del montaje.

"En el caso de no cumplirse alguna de estas condiciones, los precios serán objeto de un aumento."

Y, la cláusula 6.2 dispone lo siguiente:

"Si el incumplimiento de una o más de estas condiciones creara una situación tal que no fuera razonable exigir del constructor que ejecute la obra, éste podrá negarse a hacerlo sin perjuicio de los derechos que le correspondan en virtud del contrato."

108. Otros aspectos de la mano de obra de que se ocupan las dos Condiciones Generales de la CEPE son los siguientes:

*Horas extraordinarias*

Cláusula 16.1: "Las partes se pondrán de acuerdo sobre las condiciones en que han de trabajarse las horas extraordinarias, cuando haya lugar a ello, a condición de atenerse tanto a la reglamentación del país en que se efectúa el montaje como a la del país del contructor."

*Trabajos al margen del contrato*

Cláusula 17.1: "El comprador no podrá emplear al personal del constructor, sin previa autorización de éste, en ningún trabajo ajeno al objeto del contrato. En el caso de haber dado su autorización para ello, el constructor no asumirá en modo alguno la responsabilidad de ese trabajo y el comprador habrá de cuidar de la seguridad del personal del constructor mientras dicho trabajo se lleve a cabo."

*Medidas de seguridad*

Cláusula 15.1: "El comprador deberá comunicar con todo detalle al constructor las medidas que en relación con la seguridad imponga a su propio personal, y el constructor estará obligado a hacerlas respetar por sus empleados."

"15.2: Si comprueba que se han infringido esas medidas, el comprador deberá comunicarlo sin demora y por escrito al constructor y tendrá el derecho de prohibir inmediatamente a los autores de las infracciones que penetren en la zona de instalación.

"15.3: El constructor deberá explicar con todo detalle al comprador los riesgos particulares que presente la ejecución de los trabajos."

109. En las condiciones FIDIC-EMW, se dispone expresamente que el contratista ha de adoptar sus propias disposiciones para la contración de toda la mano de obra, sea o no local, y pagar los gastos que ocasione el transporte y el alojamiento de esa mano de obra. También se adoptan disposiciones con relación al suministro de servicios públicos a los empleados del contratista. Hay estipulaciones que se ocupan de la responsabilidad del contratista respecto de sus subcontratistas, agentes y empleados por lo que toca a ciertas materias, tales como la venta o importación de drogas o licores alcohólicos, la venta de armas y de munición, y la mala conducta (véase la cláusula 22). Aun en el caso de que no hubiera disposiciones expresas a ese respecto en el contrato, la mayoría de estos asuntos se solventarían conforme a las disposiciones legales del lugar en que se realizasen las obras.

### 7. *Varios*

110. En las Condiciones Generales ECE 188A/574A, se reseñan ciertos conceptos que son objeto de cargos separados cuando el montaje se hace "a destajo" o "a tanto alzado".

Cláusula 7: "Montaje a destajo y montaje a tanto alzado

"7.1 Cuando se convenga que el montaje ha de hacerse "a destajo", se facturarán por separado:

"*a*) todos los gastos que se originen al constructor por concepto de viajes de sus empleados y transporte del equipo y efectos personales (dentro de límites razonables) con arreglo a las formas y clases de transporte previstos en el contrato;

"*b*) las dietas correspondientes durante todo el tiempo que el personal del constructor esté ausente de su residencia habitual, incluídos los días de descanso y los días de fiesta;

"*c*) el tiempo empleado en el trabajo, a base del número de horas que consten en las listas de asistencia firmadas por el comprador. Las horas extraordinarias, las horas de trabajo en domingos y días de fiesta así como las horas de trabajo nocturno se calcularán con arreglo a las tarifas especiales mencionadas en el contrato. De no existir otra disposición expresa, las tarifas horarias comprenderán el desgaste y la amortización de las herramientas y del equipo portátil del constructor;

"*d*) el tiempo que requieran:

i) los preparativos y formalidades tanto a la ida como a la vuelta;

ii) los viajes de ida y vuelta;

iii) el trayecto cotidiano desde el lugar de alojamiento hasta el de trabajo, mañana y tarde, cuando exceda de media hora y no sea posible encontrar un alojamiento más cercano;

iv) los intervalos de espera, cuando el trabajo quede detenido por causas de las que el constructor no fuera responsable en virtud del contrato..."

111. La cuestión de la retirada del equipo del contratista y de las pérdidas o daños que pueda sufrir ese equipo puede tratarse sobre una base general. Por ejemplo, en las Condiciones FIDIC-EMW, estos dos asuntos se abordan en la forma siguiente.

112. La cláusula 36.1 de las Condiciones FIDIC-EMW trata de la primera de estas cuestiones:

"Todo el Equipo del Contratista que éste proporcione se considerará destinado exclusivamente, una vez traído al Emplazamiento, a la ejecución de las Obras, y el Contratista no lo retirará total ni parcialmente, salvo con el fin de trasladarlo a otra parte del Emplazamiento, sin consentimiento escrito del Ingeniero, consentimiento que no deberá denegarse sin causa justificada."

113. La cláusula 36.2 se ocupa de la segunda de estas cuestiones:

"El Contratista será responsable de las pérdidas o daños que sufra cualquier elemento del Equipo del Contratista, salvo en el caso de que la pérdida o daño se hayan ocasionado por incumplimiento de Empleador."

## IV. Transmisión del riesgo

### A. *Observaciones preliminares*

114. El presente capítulo se centra principalmente en el examen de las distintas modalidades para determinar el momento de la transmisión del riesgo al comprador. Por regla general, se distingue entre la transmisión del riesgo en el caso de la maquinaria y los materiales, por una parte, y la transmisión del riesgo en el caso de las obras terminadas, por la otra.

115. La asunción del riesgo por parte del contratista significa que en caso de pérdida, deterioro o destrucción fortuitos de las obras, el contratista estará obligado a repararlas o reponerlas a su costa. La asunción del riesgo por parte del comprador significa que en caso de pérdida o deterioro fortuitos el comprador deberá cumplir no obstante las obligaciones contraídas en virtud del contrato. Existen, sin embargo, excepciones. En efecto, se considera que los riesgos imprevistos e inesperados escapan a la previsión de las partes y, por lo tanto, reciben un tratamiento diferente. En la sección XIII de la parte segunda, titulada *Exoneración**, se examinan las consecuencias de esos riesgos en lo que respecta a las obligaciones de las partes.

116. Los modelos en estudio no contienen disposiciones concretas sobre las consecuencias dimanantes de la transmisión del riesgo. La Convención sobre los contratos de compraventa incluye una disposición sobre esta cuestión que es también aplicable a los contratos de obras. El artículo 66 prevé que:

"La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor."

### B. *Determinación del momento de la transmisión del riesgo*

#### 1. *Maquinaria y materiales*

117. Las condiciones Generales de la CEPE 188A y 574A tratan sólo de la transmisión del riesgo en el caso de la maquinaria y los materiales. En las dos Condiciones se prevé que la transmisión del riesgo dependerá de las modalidades de la venta.

118. La ECE 574A prevé tres situaciones distintas:

*a*) Cuando en el contrato no se indican modalidades de venta, el párrafo 1 del artículo 9 señala que:

"Cuando en el contrato no se haga indicación alguna sobre la modalidad de la venta, se supondrá que el material se vende "puesto en fábrica".

En este caso, de conformidad con lo dispuesto en el apartado *a*) del párrafo 2 del artículo 9:

"... los riesgos pasarán del constructor al comprador en el momento en que el material sea puesto a disposición del comprador..."

*b*) Cuando en el contrato se indican modalidades concretas de venta, el párrafo 2 del artículo 9 dispone que:

"*b*) en el caso de una venta FOB o CIF, los riesgos pasarán del constructor al comprador en el momento en que el material haya traspuesto la borda del barco en el puerto de embarque convenido.

"*c*) En el caso de una venta franco frontera, los riesgos pasarán del constructor al comprador en el momento en que terminen los trámites aduaneros en la oficina fronteriza del país de exportación."

*c*) Cuando en el contrato se indican otras modalidades de venta, el párrafo 3 del artículo 9 dispone que:

"En las otras modalidades de venta, las partes determinarán en el contrato el momento del traspaso de los riesgos."

119. Por una parte, el artículo 9 del texto ECE 188A se remite a las reglas internacionales sobre interpretación de los términos comerciales (Incoterms) de la Cámara de Comercio Internacional que estén vigentes el día del perfeccionamiento del contrato.

#### 2. *Obras terminadas*

120. La mayoría de los modelos en estudio no regulan la transmisión del riesgo en el caso de las obras terminadas; sólo en la cláusula 32.1 del texto FIDIC-EMW existe la siguiente disposición:

"Tan pronto como las obras hayan sido terminadas... y hayan sido sometidas a las pruebas de terminación, el Ingeniero deberá expedir un... "certificado de toma de posesión" ... y una vez emitido tal certificado ... el riesgo de pérdida o deterioro de las obras ... se transmitirá al Contratante ..."

121. Algunos modelos que no contienen cláusulas sobre transmisión del riesgo tienen en cambio disposiciones relativas al cuidado de las obras. La cláusula 20.(1) del texto FIDIC-CEC estatuye que:

"Desde el comienzo de las Obras hasta la fecha estipulada en el Certificado de Terminación de la totalidad de las Obras ... el Contratista deberá asumir completa responsabilidad por el cuidado de las mismas ..."

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 5 (reproducida más adelante).

122. Los certificados de terminación pueden emitirse en forma parcial, a medida que se terminan las distintas secciones de los obras. El texto FIDIC-CEC prevé que el contratista dejará de ser responsable con respecto a aquella parte de la obra para la que se haya emitido un certificado de terminación. La cláusula 20 del texto FIDIC-CEC dispone que:

"No obstante, si el Ingeniero emitiera un Certificado de Terminación respecto a cualquier parte de la Obra Permanente el Contratista dejará de ser responsable por el cuidado de aquella parte de la Obra Permanente a partir de la fecha estipulada en el Certificado de Terminación con respecto a aquella parte y la responsabilidad por el cuidado de aquella parte pasará a ser del Contratante . . ."

123. En la cláusula 15.1 del texto FIDIC-EMW hay una disposición análoga.

124. La Convención sobre los contratos de compraventa incluye diversas disposiciones relativas al momento de la transmisión del riesgo. Por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 "el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador . . ."

125. En los casos no comprendidos en las disposiciones generales, el artículo 69 de la Convención sobre los contratos de compraventa dispone que:

". . . el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción."

### C. *Obligaciones del contratista*

126. El contratista está obligado a reparar o reponer las obras a su propia costa en el caso de pérdida o deterioro fortuitos de las mismas y hasta que el riesgo se transmita al comprador.

127. Esta obligación del contratista está expresamente señalada en algunos de los modelos estudiados. La cláusula 20 del texto FIDIC-CEC prevé que:

". . . En caso de que se produzca daño, pérdida o desperfecto de las obras, o de alguna parte de las mismas por cualquier causa que sea, con la salvedad y la excepción de los riesgos exceptuados que se definen en la subcláusula 2 de esta cláusula, mientras el Contratista debe asumir responsabilidad por el cuidado de las mismas, el Contratista deberá reparar y reponer las mismas a su propia costa, de manera que a su terminación las obras Permanentes estén en buenas condiciones y en buen estado y de conformidad en todos los aspectos con los requisitos del Contrato y las instrucciones del Ingeniero . . ."

128. La cláusula correspondiente del texto FIDIC-EMW tiene una redacción ligeramente diferente pero sus efectos prácticos son los mismos. La cláusula 15.1 dispone que:

". . . en caso de que se produzca cualquier deterioro o pérdida en alguna sección de las obras de la que no se haya tomado posesión en la forma antes señalada, por cualquier causa que sea (con la salvedad y la excepción de los riesgos exceptuados que se definen en el párrafo *b*) de esta subcláusula) el Contratista deberá reparar y reponer las mismas a su propia costa y a satisfacción del Ingeniero . . ."

129. La transmisión del riesgo no obsta a la responsabilidad del contratista por todo deteriodo que sea ocasionada por él con posterioridad a la entrega. La cláusula 15.1 del texto FIDIC-EMW señala que:

". . . El Contratista también será responsable . . . por cualquier pérdida o daño que sufran las obras y que sea ocasionado por él o por cualquier Subcontratista en el curso de cualesquiera operaciones llevadas a cabo por él o por sus Subcontratistas con el fin de terminar cualquier obra pendiente o de dar cumplimiento a sus obligaciones . . ."

En las Condiciones FIDIC-CEC figura una cláusula análoga.

## V. Transferencia de la propiedad

### A. *Observaciones preliminares*

130. En este capítulo se exponen los criterios que siguen los modelos en estudio en lo que respecta a la transferencia de la propiedad de la planta o de las obras terminadas.

131. Con arreglo a lo dispuesto en algunos de los modelos en estudio, la propiedad se transferirá al comprador en cualquiera de los casos siguientes: cuando la planta esté consignada en el contrato; cuando la planta se entregue con arreglo al contrato; cuando el contratista tenga derecho a pedir que el precio contratado de la planta se incluya en un certificado provisional.

### B. *Criterios seguidos en materia de transferencia de la propiedad*

132. De conformidad con lo dispuesto en las Condiciones FIDIC-EMW, la transferencia de la propiedad de la planta tendrá lugan cuando se dé uno cualquiera de los casos estipulados. La cláusula 35.1 dispone que:

"La planta que se suministre o que se haya de suministrar con arreglo al contrato pasará a ser propiedad del Contratante en cualquiera de los casos siguientes que primero ocurra:

"*a*) cuando la planta esté consignada en el contrato;

"*b*) cuando en virtud de lo dispuesto en las cláusulas 26 (entrega) o 27 (suspensión de las obras) el Contratista tenga derecho a pedir que el precio contratado de la planta se incluya en un certificado provisional; o

"*c*) cuando la planta se entregue con arreglo al contrato."

133. Cabe notar que en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de la subcláusula 1 de la cláusula 1 de las Condiciones FIDIC-EMW, se entiende por "planta" la maquinaria, los aparatos, los materiales, los artículos y los

elementos de todo tipo, que no sean el equipo del Contratista, que hayan de suministrarse en virtud del contrato.

134. El texto FIDIC-EMW prevé también la transferencia de la propiedad de las obras en relación con la toma de posesión. La subcláusula 1 de la cláusula 32 señala que:

"Tan pronto como las obras se hayan completado... y hayan sido sometidas a las pruebas de terminación el Ingeniero deberá emitir un... "certificado da toma de posesión" ... y se considerará que el Contratante ha tomado posesión de las obras ... tras lo cual ... éstas pasarán a ser propiedad del Contratante..."

135. Las Condiciones FIDIC-CEC no incluyen cláusulas sobre la transferencia de la propiedad de la planta. En esas Condiciones se reconoce, sin embargo, el interés que tiene el comprador en asegurarse la disponibilidad de los equipos y materiales necesarios para las obras. Por consiguiente, el artículo 53.(1) prohibe al contratista retirar los materiales que haya traído al emplazamiento de la obra. El artículo dispone que:

"Todos los ... materiales que aporte el Contratista deberán considerarse, cuando hayan sido traídos al Emplazamiento, como exclusivamiente destinados a la ejecución de las Obras y el Contratista deberá abstenerse de retirar los mismos o parte de ellos (salvo con el objeto de pasarlos de una parte del Emplazamiento a otra) sin el consentimiento por escrito del Ingeniero..."

136. En la cláusula 36.1 del texto FIDIC-EMW figura una disposición análoga que pone restricciones al retiro del equipo del contratista.

137. Los modelos de contrato de la ONUDI no contienen cláusulas relativas a la transferencia de la propiedad.

138. Las Condiciones Generales de la CEPE no regulan la transferencia de la propiedad en cuanto tal pero prevén la retención de la propiedad en caso de que el comprador no efectúe el pago. La cláusula 11.3 de las Condiciones Generales 188A y 574A de la CEPE señala lo siguiente:

"Si la entrega del material se efectúa antes de pagarse la totalidad de las cantidades debidas en virtud del contrato, el material entregado seguirá siendo de propiedad del constructor — siempre que lo permita la ley del lugar en que se encuentre el material entregado — hasta que éste haya sido pagado íntegramente. En caso de que dicha ley no admita la reserva de propiedad, el constructor tendrá sobre el material todos los demás derechos que esa ley le permita reservarse. El comprador deberá prestar toda su ayuda al constructor, si éste se ve obligado a adoptar medidas destinadas a proteger su derecho de propiedad o cualesquiera otros derechos sobre el material."

### C. *Consecuencias de la transferencia de la propiedad*

139. En el caso en que la propiedad de la planta se transfiera al comprador cuando el contratista esté aún en posesión del equipo, el contratista tendrá la responsabilidad de proteger la propiedad del comprador. La cláusula 35.2 de las Condiciones FIDIC-EMW dispone que:

"Cuando la propiedad del equipo se transfiera al Contratante antes de la entrega de dicho equipo, el Contratista deberá, en la medida de lo posible y a la entera satisfacción del Ingeniero, apartar el equipo y marcarlo como propiedad del Contratante ... Dicho equipo estará bajo el cuidado del Contratista y en su posesión para el solo efecto de lo dispuesto en el contrato; el Contratista no tendrá la propiedad de equipo ni podrá disponer de éste..."

140. La transferencia de la propiedad no supone aprobación de los materiales por parte del comprador. Con arreglo al texto FIDIC-EMW, el comprador conserva el derecho dimanante del contrato de rechazar los materiales. La cláusula 35.2 señala lo siguiente:

"... los certificados provisionales que emita el Ingeniero no obstarán a que éste ejerza el derecho estipulado en el contrato de rechazar la planta que no sea conforme al contrato y, en ese caso, la planta rechazada volverá inmediatamente a la propiedad del Contratista."

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.2*]

## VI. Transferencia de tecnología

### A. *Observaciones preliminares*

1. La expresión "transferencia de tecnología" se usa cada vez con más frecuencia en los contratos comerciales internacionales, ya sea que las partes provengan de países desarrollados o en desarrollo. Comprende un gran número de cosas, desde el derecho a utilizar las mercaderías vendidas hasta el suministro de capacitación y asistencia al personal del comprador para que éste pueda utilizar las obras. El presente Capítulo se limita al estudio de la situación que aperece con más frecuencia en los contratos para la construcción de importantes obras industriales en que el contratista transfiere tecnología, no sólo proporcionando las instalaciones, el equipo y la maquinaria, sino tambien mediante la transferencia de know-how y métodos para utilizarlos.

### B. *Objeto de la transferencia de tecnología*

#### 1. *Objeto de la obligación*

2. De los formularios estudiados, sólo en los modelos de contrato de la ONUDI se describe detalladamente el objeto del contrato a este respecto. Por ejemplo, en el artículo 2 modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano con pago global (TKL), el objeto general del contrato incluye, entre otras cosas, "la concesión de licencia y know-how, a fin de proporcionar las proyecciones técnicas básicas y detalladas". En este modelo de contrato se dan algunas indicaciones sobre el singnificado de estas palabras:

* 21 abril 1981.

*Artículo 3.1.2:* "Suministro de know-how y proyecciones técnicas básicas, comprendidos, aunque no con carácter exclusivo:

"Diagramas de desarrollo de procesos

"Correlaciones entre materiales y energía

"Datos y especificaciones de equipo

"Diagramas y especificaciones de redes de tuberías y de instrumentos

"Trazado de la Planta

"Red de distribución de energía eléctrica y otros sistemas de distribución

"Especificaciones sobre efluentes y descargas

"Manuales de funcionamiento

"Manuales de mantenimiento"

*Artículo 3.1.3:* "Las proyecciones técnicas detalladas para la Planta."

3. El artículo 4.5 del mismo modelo de contrato se ocupa de esta cuestión:

"El CONTRATISTA proporcionará u obtendrá (según sea el caso) el know-how para los diversos procesos, de los siguientes licenciantes:

Planta de amoniaco (*nombre del (de los) licenciante(s)*)

Planta de urea (*nombre del (de los) licenciante(s)*)

(Especifíquese cualquier otro proceso, por ejemplo, tratamiento de aguas)

y proyectará la Planta de conformidad con los criterios técnicos básicos de los licenciantes de los procesos. EL CONTRATISTA proporcionará al COMPRADOR la documentación relativa a la totalidad del know-how y las proyecciones técnicas básicas suministrados por el propio CONTRATISTA u obtenidos de los licenciantes."

4. Dado que ese know-how invariablemente es objeto de nuevos adelantos, existe siempre la posibilidad de que esos adelantos se produzcan durante la negociación y la firma del contrato, por una parte, y el tiempo en que se proporcionan los documentos al comprador, por la otra. En el artículo 4.5 del modelo de contrato TKL se impone al contratista la obligación de proporcionar al comprador:

"... el know-how más avanzado y comercialmente reconocido de que dispongan los licenciantes de los procesos en el momento de suministrar dichos documentos (en esta documentación se deberá exponer el estado de los conocimientos técnicos aplicables a la fecha de firmar el Contrato o, previo acuerdo mutuo, en una fecha posterior) y el CONTRATISTA se compromete a ejecutar las proyecciones técnicas datalladas de conformidad con las normas de realizar el diseño."

5. Parecería haber una ligera discrepancia entre el artículo 4.5 y la última oración del artículo 7.2 del mismo contrato que dice lo siguiente:

"El CONTRATISTA se compromete también a poner a disposición del COMPRADOR el know-how y las técnicas más recientes de que dispongan los licenciantes de los procesos a la firma del Contrato y el CONTRATISTA en el momento de ejecutar el diseño."

6. En sus observaciones sobre el artículo 4.5 del modelo de la ONUDI de contrato TKL, un grupo de contratistas internacionales opinó que el contratista debería estar obligado sólo a proporcionar la tecnología a la que tuviera acceso en la fecha de la firma del contrato.

### 2. *El precio*

7. El precio expresado en el contrato incluye el costo de la tecnología que adquiere el comprador. En la Convención de Compraventa, en las Condiciones Generales de la CEPE y en las condiciones de la FIDIC no se hace ninguna referencia específica al precio de la tecnología transferida. En los modelos de contrato de la ONUDI, en cambio, se trata esta cuestión con bastante detalle.

8. El texto de las disposiciones de los diversos modelos de contrato de la ONUDI que se refieren al precio difieren entre sí según que el contrato sea de entrega llave en mano con pago global, de costos reembolsables o de entrega llave en mano parcial. Sin embargo, cualquiera que se el tipo de contrato, el precio está desglosado, indicándose la cantidad del precio total que se refiere a las licencias, al know-how y a la proyección técnica básica. En el artículo 20.2 del modelo de contrato de costos reembolsables (CRC) se indican también las cantidades que corresponden a la planta de amoniaco, a la planta de urea y a los servicios públicos.

9. En el artículo 20.11 del modelo de contrato CRC se indica la forma en que se ha de efectuar el pago:

"(25%) (*suma*) en calidad de adelanto.

"(50%) (*suma*) cuando el COMPRADOR reciba los documentos indicados en los párrafos 3.1.2 y 4.5 (documentos sobre know-how y proyecciones técnicas básicas)...

"(25%) (*suma*) a la terminación de los ensayos de garantía de la planta y emisión, por el COMPRADOR, del certificado de aceptación."

10. En las contrapropuestas al modelo de contrato CRC se modifica en gran medida esta distribución. En el artículo 20.12 se dispone que el precio se ha de pagar a razón del 50%, el 45% y el 5% cuando se cumplan las mismas circunstancias.

### 3. *Transferencia de tecnologías ulteriores*

11. Los adelantos tecnológicos se pueden producir no sólo entre el momento de la firma del contrato y el momento del suministro de los documentos, sino también después que se han completado las obras. El comprador tiene interés en que se le proporcionen estos adelantos. En el artículo 7.3.1 del modelo de contrato TKL se dispone que se pongan a disposición del comprador "los avances tecnológicos y las mejoras introducidas en las técnicas de explotación, mantenimiento preventivo y medidas de seguridad aplicables a las plantas construidas en virtud de este contrato, así como todos los demás datos e información de propiedad privada que pudieran llegar o no a ser objeto de licencia por los licenciantes del proceso...". El comprador no estará obligado a ningún precio por esta información adicional.

12. Sin embargo, en virtud del artículo 7.3.2 del modelo de contrato TKL, el comprador deberá pagar una suma razonable si quiere obtener:

"los derechos a utilizar procesos de propiedad privada desarrollados o adquiridos por el CONTRATISTA, comprendidos los procesos patentados que pudieran traducirse en mejoras significativas en la capacidad, seguridad de funcionamiento y de la Planta y en la calidad de los productos."

13. El período durante el cual se imponen obligaciones a los licenciantes del proceso o al contratista varía según el modelo de contrato de que se trate: 10 años en el TKL, de 8 a 10 años en el CRC, y 5 años en las contrapropuestas al modelo de contrato CRC. Este período debe ser negociado por las partes en cada caso específico.

4. *Retrotransferencia de tecnología*

14. Una vez que el comprador se ha hecho cargo de la planta y ha iniciado las operaciones, puede muy bien descubrir él mismo nuevos métodos o técnicas. En este caso ¿cuál es su obligación respecto del contratista o del licenciante del proceso? En el modelo de contrato TKL no se impone al comprador ninguna obligación respecto del contratista como tal; su obligación es sólo frente al licenciante del proceso, ya sea el contratista o una tercera parte. En virdud del artículo 7.3.1:

"... El COMPRADOR, por su parte, pondrá a disposición del licenciante del proceso, sin costo alguno, todas las mejoras en las técnicas de explotación que el COMPRADOR haya introducido en el mismo período." (es decir, los 10 años mencionados en el párrafo 13 *supra*).

C. *Propiedad de la tecnología que se ha de transferir*

15. Puede que el contratista no sea el dueño de toda la tecnología que se ha de transferir. Por la tanto, tendrá que obtenerla de un licenciante de procesos que puede no ser parte en el contrato; en el artículo 7.1 del modelo de contrato TKL se prevé tal situación:

"El CONTRATISTA afirma que posee o ha obtenido el (los) derecho(s) ilimitado(s) a conceder, y por el presente Contrato concede al COMPRADOR, licencia o licencias irrevocables, no exclusivas, intransferibles y completamente pagadas, para su utilización en la explotación de todos los procesos..."

16. En el artículo 7.2 se prevé:

"El CONTRATISTA (mediante arreglos especiales y proporcionando pruebas al COMPRADOR) dispondrá lo necesario para que los licenciantes de los procesos pongan a disposición del COMPORADOR, por conducto del CONTRATISTA, todos los datos básicos sobre los procesos (recibidos por el CONTRATISTA de los licenciantes de los procesos) pertinentes al Contrato y para que toda la documentación básica sobre procesos y todos los diagramas preparados por el CONTRATISTA sean puestos también a disposición del COMPRADOR, junto con copias de todos los documentos mencionados en el Artículo 3."[1]

17. Y en el artículo 7.4 se dispone:

"El CONTRATISTA deberá concertar arreglos específicos con los licenciantes de los procesos (proporcionando las pruebas satisfactorias pertinentes al COMPRADOR) a fin de garantizar el acceso permanente del COMPRADOR a información confidencial similar por su alcance y contenido a la proporcionada con arreglo a lo dispuesto en la cláusula 7.3."

18. No obstante, por más estrechamente que esté vinculado el contrato, el licenciante del proceso no es parte del mismo. Por lo tanto, no hay ninguna relación contractual entre él y el comprador y, en consecuencia, este último no tiene obligación contractual de comunicarse con el licenciante directamente a menos que el contratista lo haya autorizado expresamente a hacerlo. En el modelo de contrato TKL esa autorización se concede al comprador en dos casos:

*Artículo 7.2.1:* "Si por alguna circunstancia el CONTRATISTA no puede o no está dispuesto a poner a disposición del COMPRADOR el know-how sobre procesos y la información conexa necesaria, el COMPRADOR estará en libertad de ponerse directamente en contacto con el licenciante o licenciantes de los procesos."

*Artículo 7.2.2:* "El COMPRADOR tendrá asimismo el derecho a concertar directamente arreglos contractuales con el licenciante de los procesos, en caso de que se den las circunstancias previstas en el Artículo 33."[2]

D. *Carácter confidencial*

19. Dada la propia naturaleza de la tecnología, el comercio y los secretos industriales que pueden estar involucrados, así como de toda otra información que no se deba comunicar a terceras personas, en el modelo de contrato TKL se impone al comprador la obligación de mantener el carácter confidencial:

*Artículo 7.8:* "El COMPRADOR conviene en considerar de carácter confidencial toda la información técnica y sobre los procesos, el know-how de propiedad privada, los procesos patentados, los documentos, los datos y los dibujos suministrados por el CONTRATISTA (ya sean de propiedad de éste o de terceras partes) en conformidad con este Contrato, todo lo cual se denominará en adelante "información confidencial". El COMPRADOR no podrá, sin la aprobación previa del CONTRATISTA, transmitir a terceras partes esta información confidencial, a menos que la ley lo requira y siempre que, en tal caso, el COMPRADOR notifique debidamente de ello al CONTRATISTA."

20. En virtud del artículo 7.10 del modelo de contrato TKL, el comprador tiene derecho a utilizar la información confidencial así obtenida sólo "para completar, explotar, utilizar, reparar, mantener o modificar las plantas".

21. Por otra parte, el comprador puede haber proporcionado alguna información similar al contratista. En el artículo 7.10 del modelo de contrato TKL se impone al contratista una obligación similar:

[1] El artículo 3 trata del alcance general de las obras y la división de responsabilidades.

[2] El artículo 33 trata de la terminación o cancelación del contrato.

"... Del mismo modo, el CONTRATISTA no podrá utilizar o divulgar ningún dato técnico, dibujo o documento técnico confidenciales que le hayan confiado al COMPRADOR, su representante o su asesor técnico, excepto con fines estrictamente relacionados con el Contrato."

22. Hay excepciones a esta obligación de mantener el carácter confidencial. Un tipo de excepción figura en los artículos 7.9.1 y 7.9.2 del modelo de contrato TKL según los cuales las disposiciones no se aplicarán:

"A la información confidencial que sea o pase a ser del dominio público, por causa no imputable al COMPRADOR.

A la información confidencial que ya fuera conocida por el COMPRADOR, por sus representantes o asesor técnico, antes del acuerdo sobre carácter confidencial..."

23. El otro tipo de casos en que el comprador puede ser eximido de su obligación de mantener el carácter confidencial se produce cuando el comprador tiene acceso a las plantas de terceros por motivos específicos, por ejemplo, modificaciones en las plantas que, a juicio del comprador, derían por resultado un mejor funcionamiento de la planta, o cuanto ésta deba ser ampliada o modernizada con la incorporación de tecnología contemporánea. En tales casos, el comprador primero debe pedir al contratista que efectúe la modificatión, ampliación o modernización requeridas. Sólo cuando el contratista no pueda o no quiera hacerlo (artículo 7.5 del modelo de contrato TKL):

"...el COMPRADOR tendrá entonces derecho a emplear o contratar cualquier otra persona, empresa o entidad para que realice y termine los trabajos a que se ha hecho referencia anteriormente, y, en tal caso, no se considerará que el COMPRADOR ha contravenido las disposiciones sobre carácter confidencial estipuladas en este Artículo."

24. En este contrato, la obligación de mantener el carácter confidencial es limitada en cuanto al tiempo. En el artículo 7.13 se expresa:

"A menos que se convenga otra cosa, las obligaciones del COMPRADOR... serán válidas por un período de ocho (8) años a partir de la fecha efectiva del Contrato."

25. En otros contratos, esta obligación debe mantenerse por un período diferente. En las contrapropuestas al modelo de contrato CRC no se especifica ningún período. Este período puede también ser negociado por las partes en cada caso específico; las partes también pueden tener en cuenta otros criterios, por ejemplo, el período que resta de la vigencia de la patente.

26. La obligación de mantener el carácter confidencial excede la vigencia del contrato en el caso de que éste sea cancelado o rescindido durante el período previsto. (Véase el artículo 7.12 del modelo de contrato TKL.) Esto parecería deberse a la naturaleza de esta obligación y al tipo de información privilegiada que una de las partes ha adquirido en virtud del contrato.

### E. *Infracciones*

27. Del mismo modo, en un contrato de compraventa el vendedor es responsable frente al comprador en caso de que una tercera parte alegue derechos sobre las mercaderías vendidas; el contratista tiene ciertas obligaciones en el caso de que una tercera parte inicie juicio contra el comprador alegando un derecho basado en la propiedad industrial o en otro tipo de propiedad intelectual sobre la tecnología transferida.

28. En la Convención de Compraventa se prevé que las mercaderías vendidas pueden estar sujetas a derechos de propiedad intelectual; en el artículo 42 se impone al vendedor la obligación de:

"...entreger las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato..."

29. Sin embargo, esta obligación existe sólo cuando el derecho o la pretensión se plantean en virtud de la ley del Estado en que las mercaderías se han de revender o utilizar de alguna otra forma, y sólo si las partes lo tuvieron en cuenta cuando celebraron el contrato, o en virtud de la ley del Estado en que el comprador tiene su sede de negocios.

30. Además, en virtud del párrafo 2 del mismo artículo:

"La obligación del vendedor... no se extenderá a los casos en que:

"*a*) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o

"*b*) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador."

31. En caso de que se plantee una pretensión contra el comprador de las mercaderías, éste puede, mediante notificación al vendedor, invocar los derechos y acciones previstos en los artículos 44 y 45 de la Convención de Compraventa.

32. De las condiciones de la FIDIC, sólo el texto FIDIC-EMW contiene disposiciones relativas a este caso. La cláusula 19.1 dispone:

"El Contratista indemnizará plenamente al Contratante por todas las acciones o procedimientos que se inicien a raíz de infracción de derechos de patente, diseños registrados, derechos de autor, marcas o nombres comerciales, o derechos de propiedad industrial protegidos a la fecha del Contrato en el país del Contratista o en el país en el que se ha de construir la planta, y que se planteen con motivo de la construcción de las obras o del uso de cualquier planta suministrada por el Contratista, pero esa indemnización no abarcará el uso de las obras para fines distintos de los indicados o que razonablemente se puedan inferir de las especificaciones, ni tampoco infracciones debidas al uso de la planta en asociación o combinación con otra planta no proporcionada por el Contratista."

33. En las Condiciones Generales de la CEPE no hay ninguna disposición a este respecto.

34. En el modelo de la ONUDI de contrato TKL, el contratista se compromete a proporcionar garantías en cuanto a que el comprador podrá utilizar el know-how y el proceso transferido en virtud del contrato. En caso de acción contra el comprador, el artículo 7.17 dispone:

"El CONTRATISTA indemnizará y protegerá al COMPRADOR en conexión con cualquier obligación que resulte de la violación de patentes y/o asuntos de carácter confidencial y/o información de marca registrada ..."

35. En caso de que se exprese una pretensión o se inicie un juicio contra el comprador, el artículo 7.14 del modelo de la ONUDI de contrato TKL exige al comprador que notifique de ello sin demora y por escrito al contratista a fin de que éste pueda defenderse de esa pretensión o juicio a su propia costa. El comprador deberá proporcionar toda la asistencia razonable que sea posible pero no tendrá a su cargo ningún gasto salvo cuando desee hacerse representar por un asesor jurídico de su elección.

36. El arreglo de ese juicio o pretensión puede tener algunas consecuencias para el comprador o para el contratista. En esa situación, el artículo 7.16 dispone:

"Ni el CONTRATISTA ni el COMPRADOR podrán solucionar por conciliación ninguna reclamación o acción judicial sin el consentimiento escrito de la otra parte si ese arreglo implica para la otra parte la obligación de hacer algún pago, entregar algún bien, asumir cualquier responsabilidad, conceder cualquier licencia o derecho, o someterse a interdicto judicial."

37. A fin de subsanar la supuesta infracción, y quizá también de evitar un nuevo litigio, en virtud del artículo 7.15 el contratista tiene el derecho de:

"... obtener inmunidad contra acciones judiciales y a introducir o hacer introducir a su costa modificaciones en las plantas a fin de eliminar la violación alegada, siempre que tales modificaciones no impidan a las plantas cumplir con las garantías de funcionamiento ..."

## VII. CALIDAD

### A. *La calidad en los contratos de obra*

38. En los contratos de obras, calidad significa la capacidad de las obras para desempeñar una función determinada en conformidad con los términos del contrato. En las grandes obras industriales, la obligación de producir una obra de buena calidad es una cuestión compleja que comprende no sólo la estructura, dimensiones, forma y ubicación de las obras, sino también detalles específicos de los procesos técnicos y los productos.

39. Las partes de un contrato de obras tienen mucho interés en garantizar que sus obligaciones contractuales sean tan precisas y predecibles como sea posible. En estos contratos, la tendencia es a describir precisamente la extensión y calidad de las obras que se han de realizar, ya sea en el contrato principal o en los documentos técnicos anexos, y utilizar esta descripción como base y medida de la labor del contratista. Probablemente se incluirán disposiciones expresas sobre cuestiones importantes de diseño, selección de materiales y calidad de la ejecución. Los aspectos relativos a la calidad que las partes pueden estipular en el contrato comprenden lo siguiente: dimensiones, medidas estructurales y cálculos, diseño de las obras, ubicación y distribución de las obras, elección de ciertos materiales en relación con el fin previsto, requisitos de seguridad, tasas de rendimiento, capacidad de producción, calidad de los productos, y consumo de materias primas y energía. Además de las disposiciones del contrato, en algunos formularios el ingeniero tiene instrucciones adicionales relativas a la calidad de las obras.

40. En los formularios analizados, las responsabilidades del contratista respecto del diseño, la calidad de la ejecución y los materiales están viculadas entre sí. La ejecución no puede ser satisfactoria si los materiales son defectuosos. Dado que estas cuestiones de calidad son muy específicas, las partes en el acuerdo deberán determinar las estipulaciones precisas. No cabe prever que en los modelos de contrato y en las condiciones generales se incluyan detalles específicos respecto de las tareas de construcción. No obstante, hay ciertas cuestiones que deben ser consideradas en los formularios.

### B. *Estipulación de la calidad*

41. En la mayoría de los formularios en estudio se encuentran disposiciones en que se indica sólo de manera general la forma en que se ha de ejecutar la obra. En estas cláusulas se exige que los materiales y la ejecución se conformen al acuerdo celebrado entre las partes en la medida en que ese acuerdo pueda deducirse del contrato. En la cláusula 36.(1) del texto FIDIC-CEC se dispone:

"Todos los materiales y la ejecución deberán ser de las categorías respectivas descritas en el Contrato y de acuerdo con las instrucciones del Ingeniero ..."

42. En la cláusula 1.(1) del mismo texto figura la definición de "Contrato", que comprende, entre otras cosas, las condiciones, las especificaciones, los planos y las notas de las cantidades de obras con precios.

43. Según el texto FIDIC-EMW, cuando en el contrato no hay especificaciones deben seguirse las instrucciones y directrices del ingeniero. La cláusula 23 dispone:

"Todas las instalaciones que se han de suministrar y todas las obras que se han de realizar en virtud del Contrato deberán ser fabricadas y ejecutadas en la forma establecida en las Especificaciones o, cuando no figuren en ellas, a satisfacción del Ingeniero, y todas las obras en el emplazamiento deberán realizarse en conformidad con las directrices razonables que pueda dar el Ingeniero."

44. Los modelos de contrato de la ONUDI tratan separadamente las obligaciones del contratista con respecto a la calidad de la ejecución y los materiales, por una parte, y el rendimiento de la planta, por la otra. Se garantizan importantes aspectos de la calidad relacionados con el diseño, la ejecución, los materiales y el rendimiento de la Planta (en la parte segunda, XV, *Garantías,* se dan más detalles)*.

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.6 (reproducido más adelante).

45. Las Condiciones Generales de la CEPE no contienen disposiciones específicas relativas a la calidad de la ejecución, el diseño o los materiales. En estas condiciones, la política es que las cuestiones relativas a la calidad de las obras deben dejarse al acuerdo de las partes.

1. *Calidad de la ejecución y materiales*

46. En virtud del modelo de la ONUDI de contrato CRC, el contratista tiene la responsabilidad de garantizar que las instalaciones y los materiales sean nuevos y se conformen a las especificaciones. El artículo 25.1 expresa:

"El CONTRATISTA, mediante las órdenes de compra expedidas a los proveedores y por inspección, será responsable por la calidad de todos los materiales y por la calidad de la terminación de todas las Obras y ... todas las instalaciones, equipo, materiales, aparatos, artículos, instrumentos y todos los demás bienes que deberá suministrar el CONTRATISTA en virtud de este Contrato serán nuevos y de la calidad más adecuada a los efectos previstos, y deberán conformarse a las especificaciones, normas y reglamentaciones ... así como (cuando proceda) a las normas y reglamentaciones nacionales del país del COMPRADOR."

47. En virtud de las Condiciones Generales de la CEPE, el contratista garantiza también la calidad de las instalaciones durante un período estipulado. No obstante, no se especifican las obligaciones concretas del Contratista durante este período; se prevé que se las habrá de indicar en el contrato. La cláusula 23.1 de los textos ECE 188A y 574A expresa:

"El Constructor estará obligado a corregir todo vicio de funcionamiento motivado por algún defecto del diseño, de los materiales o de la fabricación, con las limitaciones que se establecen en las disposiciones que siguen."

2. *Rendimiento de la planta*

48. En virtud de los modelos de contrato de la ONUDI, la planta debe estar en condiciones de satisfacer normas de rendimiento, ya sea que haya sido comprada en conformidad con las recomendaciones del contratista o suministrada por el propio contratista. Por ejemplo, el artículo 26.2 del modelo de contrato TKL dispone:

"La planta suministrada por el CONTRATISTA deberá estar en condiciones de satisfacer todos los requisitos de funcionamiento normal, capacidad, calidad de los productos, consumo de materias primas y servicios ..."

49. Los modelos de contrato de la ONUDI contienen descripciones muy detalladas de las exigencias en cuanto a la calidad. No obstante, esas exigencias son demasiado específicas para ser tratadas en las Condiciones Generales o en los modelos de contrato y deben dejarse al arbitrio de las partes.

50. La Convención de Compraventa también hace hincapié en el deber del vendedor de entregar mercaderías adecuadas para el propósito previsto o descrito. El artículo 35 dice:

"1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

"2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

"*a*) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;

"*b*) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor; ..."

C. *Ejecución del proyecto*

1. *Falta de idoneidad de las especificaciones*

51. Como ya se ha expresado, en las grandes obras industriales sería mejor para ambas partes que se describieran claramente, ya sea en el contrato principal o en documentos suplementarios, todos los requisitos relacionados con la calidad que se han de cumplir en la planta. No obstante, por más detallada que sea la descripción, en un contrato de obras a menudo es imposible prever y resolver por anticipado todos los detalles.

52. Cuando se plantea una controversia relativa a las obligaciones del contratista, deben considerarse dos cuestiones: si la obligación del contratista de completar las obras sin defectos abroga las especificaciones contenidas en el contrato, y si las obras auxiliares necesarias omitidas del contrato están comprendidas en las obligaciones generales del contratista en cuanto a la terminación de las obras.

53. Se considera que el contratista ha comprobado la idoneidad de su oferta para realizar la obra descrita. En virtud de las condiciones FIDIC-CEC y FIDIC-EMW, el contratista está obligado a completar las especificaciones de modo que las obras puedan realizarse en conformidad con el contrato. La cláusula 11 del texto FIDIC-CEC dice:

"El Contratista ... se ha asegurado, antes de presentar la propuesta, de la idoneidad y suficiencia de la misma para las obras ... en relación ... con el alcance y la naturaleza de las obras y los materiales necesarios para la terminación de las obras ... y en general habrá obtenido toda la información necesaria ... que pueda tener influencia o efectos sobre su oferta."

2. *Errores en las especificaciones*

54. La descripción insuficiente o errónea de la obra en las especificaciones puede conducir a errores en el proyecto que afecten la calidad de la obra. Entre las cuestiones que se plantean figura la de si el contratista estará obligado a modificar la obra, y de hacerlo, si tendrá derecho a pago adicional.

55. Los diferentes formularios analizados contienen posiciones diferentes. En algunos formularios, la situación varía considerablemente según cuál sea la parte que prepara el diseño o proporciona la información que cons-

tituye el plan de la obra. En la cláusula 17 del texto FIDIC-CEC se dispone:

"El Contratista asumirá la responsabilidad por el fiel y debido trazado y disposición de la obra en relación con los puntos originales y los niveles y líneas de referencia dados por el Ingeniero por escrito, así como por la exactitud (con sujeción a lo antedicho) de la posición, los niveles, dimensiones y alineación de todas las partes de la obra y por la provisión de todos los necesarios instrumentos, aparatos y mano de obra para este fin. Si en cualquier momento en el curso de la realización de las obras surge o se presenta algún error en la posición, los niveles, las dimensiones o la alineación de alguna parte de las obras, el Contratista, al requerírselo el Ingeniero o el Representante del Ingeniero, deberá a su propia costa rectificar dicho error a la satisfacción del Ingeniero o del Representante del Ingeniero, a menos que dicho error esté basado en los datos incorrectos suministrados por escrito por el Ingeniero o por el Representante del Ingeniero, en cuyo caso los gastos de rectificar el error correrán a cargo del Contratante . . ."

56. La disposición pertinente del texto FIDIC-EMW (cláusula 7.2) es similar, salvo que da al contratista protección adicional. El contratista también es eximido de la responsabilidad si el error se basa en datos incorrectos suministrados por otros contratistas.

### 3. *Normas*

57. Las partes pueden estipular las normas que se han de utilizar en la construcción, o pueden dejar que esta cuestión sea determinada en conformidad con las normas profesionales corrientes. En algunos casos, las normas pueden estar determinadas por leyes nacionales de cumplimiento obligatorio.

58. En los modelos de contrato de la ONUDI TKL y CRC, la acción del contratista no está limitada por los códigos o normas especificados en el contrato: está obligado a utilizar normas superiores a las contenidas en las especificaciones. El artículo 25.4 del modelo de contrato CRC dispone:

"Las normas y códigos a utilizar para la(s) Planta(s) se hallan estipulados en el Anexo II. El CONTRATISTA utilizará estas normas (o normas obligatorias nacionales donde proceda) y/o normas superiores si son conocidas por el CONTRATISTA (según lo requieran las estipulaciones del párrafo 4.7) para el diseño y adquisición de toda la planta y el equipo. Siempre que no se especifiquen expresamente en el Contrato las normas o códigos, podrán utilizarse normas o códigos reconocidos internacionalmente, o que hayan sido empleados anteriormente por el CONTRATISTA en una Planta de urea o amoniaco, con notificación previa al COMPRADOR."

59. En caso de controversia en cuanto a la calidad de las normas, el artículo 25.5 del modelo de contrato CRC dispone:

"En caso de que haya discrepancia en cuanto a la aceptabilidad o el nivel cualitativo de las normas o códigos, el CONTRATISTA tendrá que demostrar al COMPRADOR la superioridad o mayor conveniencia de las normas o códigos recomendados (o adoptados) por el CONTRATISTA en virtud de este Contrato."

60. Como se ha indicado precedentemente (véanse los párrafos 41 y 43 *supra*) en virtud de los textos FIDIC-CEC y FIDIC-EMW el ingeniero puede dar instrucciones adicionales en cuanto a las normas que se han de utilizar en la obra.

61. En virtud de las Condiciones Generales de la CEPE, los requisitos en cuanto a las normas se dejan al arbitrio de las partes en el contrato.

## D. *Inmutabilidad de las condiciones del contrato*

### 1. *Necesidad de modificaciones*

62. A veces, durante la construcción el contratista puede darse cuenta de que adhiriéndose a las especificaciones del contrato no habrá de producir una planta capaz de cumplir con las finalidades previstas. Se trata entonces de determinar si la obligación del contratista de adherirse a los planos y especificaciones debe prevalecer sobre su obligación de construir una planta capaz de cumplir con las finalidades previstas.

63. En general, la respuesta dependerá en gran parte del tipo de contrato de construcción de que se trate. En un contrato de entrega llave en mano, el contratista se compromete a construir una planta con normas cualitativas especificadas y capaz de realizar una función determinada. El contratista será responsable por las modificaciones que haga en las obras a su propio costo para satisfacer las garantías de rendimiento.

64. La cláusula 24 del texto FIDIC-EMW contiene disposiciones sobre tareas auxiliares que puedan necesitarse debido a condiciones técnicas imprevistas:

"Si durante la ejecución de las obras el Contratista encuentra en el emplazamiento condiciones físicas, distintas de las condiciones climáticas, u obstrucciones artificiales que a su juicio no pudieron ser razonablemente previstas, el Contratista deberá notificar por escrito de ello al representante del Ingeniero y, si a juicio de este último, esas condiciones u obstrucciones artificiales no pudieron ser razonablemente previstas por un Contratista experimentado, el Ingeniero certificará y el Empleador pagará el costo adicional que resulte para el Contratista de esas condiciones, incluido el costo apropiado y razonable de:

"*a*) cumplir cualquier instrucción que el Ingeniero dé al Contratista en relación con lo antedicho, y

"*b*) cualquier medida apropiada y razonable aprobada por el Ingeniero que el Contratista pueda adoptar en ausencia de instrucciones específicas del Ingeniero.

"como resultado de tales condiciones u obstrucciones."

65. En el modelo de la ONUDI de contrato CRC se prevé que el comprador y el contratista deben convenir cualquier modificación necesaria y sus repercusiones antes

de que se efectúe esa modificación o se vuelvan a ejecutar las obras. El artículo 15.4 dispone:

"El CONTRATISTA podrá, en cualquier momento durante la ejecución del Contrato, someter a la aprobación del COMPRADOR propuestas escritas relativas a la modificación de las obras."

66. En las contrapropuestas al modelo de contrato CRC se sugiere que la cláusula estipule sólo algunas circunstancias en que el contratista debe tener derecho a reclamar el costo adicional. Según el artículo 15.7, las circunstancias incluirían:

"La intervención de cualquier condición física u obstrucción artificial que no se haya estipulado en los Anexos."

67. Además, en las contrapropuestas se enumeran circunstancias que pueden considerase como casos de *fuerza mayor*.

68. En las Condiciones Generales de la CEPE se prevén sólo las consecuencias de cambios requeridos por reglamentos administrativos locales (para más detalles, véase la parte segunda, XVIII, *Ley aplicable*)*.

2. *Derecho a variaciones*

69. Según los textos FIDIC-CEC y FIDIC-EMW, el ingeniero tiene el derecho de dar órdenes por escrito para modificar la calidad y la cantidad de las obras. La cláusula 34.1 del texto FIDIC-EMW dispone:

"... Con sujeción a las disposiciones incluidas más adelante, el Ingeniero tendrá pleno derecho, de tanto en tanto durante la ejecución del Contrato y mediante notificación por escrito, a ordenar al Contratista que modifique, enmiende, omita, agregue o de otra forma introduzca variaciones en cualquiera de las obras. El Contratista deberá llevar a cabo esas variaciones y estará sujeto a las mismas condiciones, en la medida en que sean aplicables, como si dichas variaciones estuvieran indicadas en las especificaciones. En todo caso, tales variaciones, con excepción de las que reciban el consentimiento por escrito del Contratista y del Empleador, deben ser de tal naturaleza que, junto con cualquier variación ya ordenada, no representen una adición o deducción neta de la suma del Contrato (menos las sumas provisionales) de más del 15% de la misma. En todos los casos en que el Contratista reciba una orden del Ingeniero que, a juicio del Contratista, en ese momento o más tarde representará una adición o deducción a la suma del Contrato, el Contratista, tan pronto como sea razonablemente posible y practicable, y antes de proceder a dar cumplimiento a la orden, notificará de ello por escrito al Ingeniero. La cantidad que se ha de agregar o deducir a la suma del Contrato deberá ser evaluada y determinada en conformidad con las tasas especificadas en las tarifas de precios, en la medida en que éstas sean aplicables, y cuando no haya tarifas de precios o ellas no sean aplicables, esa cantidad será la suma que se considere razonable en las circunstancias dadas. Deberá tenerse debidamente en cuenta cualquier ejecución parcial de las obras que resulte inútil en virtud de esas variaciones."

70. Del mismo modo, la cláusula 51 del texto FIDIC-CEC, dispone:

"1) El Ingeniero deberá efectuar todas aquellas variaciones en la forma, calidad o cantidad de las Obras, o de cualquier parte de las mismas, que, a su parecer, sean necesarias, y para este fin, o si, a su parecer, es de desear por alguna otra razón, estará facultado para ordenar al Contratista que lleve a cabo lo que a continuación se detalla, debiendo el Contratista llevarlo a cabo:

"*a*) aumentar o disminuir la cantidad de cualquier obra incluida en el Contrato;

"*b*) omitir cualquiera de dichas obras;

"*c*) cambiar el carácter, la calidad o la categoría de cualquiera de dichas obras;

"*d*) cambiar los niveles, líneas, posición y dimensiones de cualquier parte de las obras; y

"*e*) ejecutar trabajo adicional de cualquier clase necesario para la terminación de las obras.

"y ninguna de dichas variaciones podrá viciar o invalidar el Contrato de ningún modo, pero el valor (si lo hay) de todas las referidas variaciones se deberá tener en cuenta en la determinación del monto del Precio Contratado."

71. Se plantea un problema especial si la variación es tan grande que modifica el alcance de la obra original por sobre un cierto porcentaje. En virtud del texto FIDIC-EMW, se requiere el consentimiento por escrito del Contratista si los trabajos adicionales exceden del 15% del precio del contrato (cláusula 34.5).

72. Todos los modelos de contratos de la ONUDI contienen un procedimiento para determinar si un trabajo determinado está comprendido o no en las obligaciones del contratista. El artículo 15 del modelo de contrato CRC dispone:

"15.1 Cuando el COMPRADOR pide al CONTRATISTA que introduzca cambios en el diseño, o cuando el CONTRATISTA deba prestar servicios que, a su juicio, sean adicionales a los que debe prestar en virtud de este Contrato, o requieran un pago adicional por el COMPRADOR, el CONTRATISTA comunicará inmediatamente al COMPRADOR el costo de esos nuevos servicios.

"15.2 Si el COMPRADOR conviene en que esos servicios son adicionales a los que debe prestar el CONTRATISTA en virtud de este Contrato, el COMPRADOR (con sujeción a las negociaciones en cuanto al costo y la extensión de esos servicios, y a su repercusión sobre el calendario, si la hubiere), accederá a pagar un precio por dichos servicios, en las condiciones y plazos que se convengan de común acuerdo.

"15.3 Si el COMPRADOR y el CONTRATISTA no pueden llegar a un acuerdo respecto de si esos servicios están comprendidos o no dentro de las obligaciones contractuales del CONTRATISTA, o si el COMPRADOR considera que el pago exigido por el CONTRATISTA por concepto de esos servicios es exorbitante, el Asesor Técnico tendrá derecho a decidir

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 7 (reproducido más adelante).

sobre la cuantía de la suma, si la hubiere, que deberá pagar el COMPRADOR al CONTRATISTA. En este caso, el CONTRATISTA introducirá sin demoras los cambios en el diseño y/o prestará los servicios que son objeto de la controversia, en espera de la decisión del Asesor Técnico. La decisión del Asesor Técnico será sin perjuicio del derecho del CONTRATISTA a someter la controversia a arbitraje."

73. En los modelos de la ONUDI de contratos TKL y de entrega llave en mano parcial (STV) hay disposiciones similares.

74. En las contrapropuestas se adopta un enfoque diferente. Se estipulan las circunstancias en que el contratista tendrá derecho a pago adicional por el trabajo adicional. El artículo 15 dispone, entre otras cosas:

"El CONTRATISTA tendrá derecho a reclamar pago adicional y/o prórrogas y/o garantías cuando una modificación, cambio o variación se produzcan en alguno de los siguientes casos:

"15.1 Una modificación, adición o supresión en los documentos del contrato ... a menos que el COMPRADOR demuestre específicamente que no afectan a los servicios del CONTRATISTA.

"15.2 Todo pedido por escrito hecho por el COMPRADOR que dé lugar a la modificación de algún dibujo, especificación, documento, orden de compra, servicios del CONTRATISTA o la obra, a menos que los elementos ya finalizados no se hubieran finalizado originalmente en conformidad con el Contrato.

"15.3 Todo estudio de ingeniería adicional pedido por escrito por el COMPRADOR, incluidos aquellos que no llegan a ejecutarse.

...

"15.8 Toda modificación en los servicios del CONTRATISTA y/o la labor propuesta por una de las partes, aceptada por la otra y ratificada por ambas partes."

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.3*]

## VIII. Inspección y pruebas

### A. *Observaciones generales*

1. Tiene suma importancia para el comprador e interesa, por ende, al contratista que la planta esté conforme a las especificaciones del contrato. Para conseguir esta conformidad, los contratos de obras suelen contener disposiciones sobre inspección y examen de los trabajos en curso, así como sobre pruebas tanto antes como después de terminada la obra.

2. La parte pertinente del artículo 38 de la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías estipula que:

"1) El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias.

"2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino."

3. En los contratos de obras, y más aún cuando se trata de grandes obras industriales, la postura a adoptar no es tan sencilla como la referente a la Convención sobre la Compraventa de Mercaderías. En los contratos de obras ambas partes están interesadas en que se examinen los trabajos en curso. En el caso del contratista, el efectuar pronto el examen le da la posibilidad de corregir los defectos, si es que existen, en la propia fábrica y no en la obra. Esos defectos se corregirían así más fácilmente y a menor costo. En el caso del comprador, la pronta rectificación de los defectos le evita demoras y dificultades ulteriores.

4. Por ello, los contratos de obras suelen contener disposiciones sobre el alcance de la inspección durante la producción de maquinaria y equipo, lugar y oportunidad de la inspección, procedimientos de inspección, obligaciones y derechos del comprador, deberes del contratista, costos de inspección, certificación y efectos jurídicos de la inspección.

5. Los contratos de obras suelen contener disposiciones sobre pruebas de funcionamiento en las que se especifican las condiciones previas para esas pruebas, fechas en que se han de efectuar y procedimientos a seguir, participantes, obligaciones del comprador en la preparación de las pruebas, efectos de las mismas, procedimientos para los casos de omisión de pruebas o de pruebas fallidas, y actas.

### B. *Inspección durante la etapa de ejecución*

#### 1. *Derechos y obligaciones*

6. En las condiciones generales y los modelos de contratos objeto de estudio se enfocan en forma diversa la función de "inspección", "verificación", "examen" y "prueba". Las Condiciones Generales de la Comisión Económica para Europa (CEPE) prevén la inspección por el comprador o su representante siempre y cuando las partes lo hayan convenido expresamente en el contrato. Es más, las Condiciones Generales de la CEPE dan al contratista un derecho de inspección, mientras que las Condiciones FIDIC dan ese derecho de inspección al comprador. Por otra parte, en los modelos de contrato de la ONUDI se habla de un *deber* de inspección del contratista y se otorga al comprador el derecho a participar en la inspección.

7. La cláusula 8.1 de las Condiciones Generales CEPE 188A y 574A dice:

"*Cuando así se estipule expresamente* en el contrato, el comprador tendrá derecho a hacer inspeccionar y verificar la calidad de los materiales y las diversas partes del material por representantes suyos debidamente autorizados ..."

En este caso la inspección recae sobre la calidad de los materiales utilizados y de las diversas partes de la planta. No está claro si los términos "inspección" y "verificación" denotan o no actividades diferentes.

* 17 marzo 1981.

8. Otras cláusulas CEPE 188A y 574A se refieren a las pruebas. Estas pruebas las ha de realizar evidentemente el contratista, a diferencia de la inspección mencionada en el párrafo anterior que la lleva a cabo el comprador o su representante. A tenor de la cláusula 8.3, también se requiere para realizar las pruebas un acuerdo expreso de las partes.

9. Otra cláusula CEPE 188A y 574A se refiere a la inspección en la zona de instalación o emplazamiento. El artículo 18.1 dispone:

"Hasta que sea entregada la obra y durante los trabajos a que dé lugar la aplicación de la garantía, el constructor tendrá en todo momento el derecho de hacer inspeccionar la Obra por su cuenta, en la zona de instalación durante las horas de trabajo. Para entrar en dicha zona los inspectores deberán atenerse a las disposiciones de circulación que rijan en los terrenos del comprador."

10. La cláusula 36 (1) de las Condiciones de los Contratos para Obras de Construcción de Ingeniería Civil (FIDIC-CEC) dice:

"Todos los materiales y la ejecución... se deberán someter de vez en cuando a los ensayos que indique el Ingeniero..."

Y la cláusula 25.1 de las Condiciones de los Contratos para Obras de Ingeniería Eléctrica o de Ingeniería Mecánica (FIDIC-EMW) estipula que:

"De no haberse convenido otra cosa en el Contrato, el Ingeniero tendrá derecho a inspeccionar, examinar y ensayar durante la fabricación... los materiales y la ejecución y a verificar la marcha de la fabricación de todos los elementos de la Planta que se hayan de suministrar en virtud del Contrato..."

11. Mientras que las Condiciones Generales de la CEPE hablan únicamente de materiales, las Condiciones FIDIC incluyen la ejecución e incluso la marcha de la fabricación de los elementos de la planta.

12. En los modelos de la ONUDI es el contratista quien tiene a su cargo la inspección. El Artículo 14 del modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano con pago global para la construcción de fertilizantes (UNIDO-TKL) servirá de ejemplo; el modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano parcial para la construcción de plantas de fertilizantes (UNIDO-STC) es casi idéntico, mientras que el modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables para la construcción de plantas de fertilizantes (UNIDO-CRC) es considerablemente más corto. El Artículo 14.1 del modelo UNIDO-TKL dice:

"El CONTRATISTA asumirá plena responsabilidad por la inspección, las pruebas y la certificación de todo el equipo, materiales, repuestos y demás artículos... para ser incorporados a las Obras... [E]l CONTRATISTA será responsable por el cumplimiento competente, adecuado y completo de las funciones previstas en este Artículo..."

13. El contratista, a más de encargarse de inspeccionar su propio equipo, tiene que examinar los materiales suministrados por el comprador. A tenor del artículo 14.9 del modelo de contrato UNIDO-TKL:

"El CONTRATISTA... inspeccionará la calidad de los artículos que suministre el COMPRADOR y que se enumeran en al Anexo VIII y en otras partes del presente Contrato, ...y deberá cerciorarse plenamente de que se hayan cumplido las especificaciones de los documentos técnicos sumistrados por el CONTRATISTA..."

14. El derecho de inspección del contratista puede extenderse también a las edificaciones. Por ejemplo, el artículo 14.11 del modelo UNIDO-TKL, dice:

"El COMPRADOR tendrá derecho a inspeccionar todas las edificaciones y obras de ingeniería civil durante la construcción y después de ella (con excepción de elementos secundarios como pintura, etc., que podrán ser inspeccionados ulteriormente)..."

15. Y el artículo 14.12 del modelo UNIDO-TKL añade:

"El COMPRADOR tendrá derecho a inspeccionar todas las operaciones de montaje de planta y maquinaria y todos los trabajos de instalación de tuberías, instrumentos, sistemas y conexiones eléctricas, aislamiento, pintura y todos los demás trabajos relacionados con el montaje, según se detalla en el Anexo XXIX."

2. *Lugar y oportunidad de la inspección*

16. El lugar y la oportunidad están interrelacionados. Si el lugar de inspecón es la fábrica, habrá de efectuarse la inspección antes del envío. Por cierto, será preciso fijar el momento de efectuarla en función del lugar dondo esté situado el equipo para su inspección. Todas las condiciones generales y modelos de contratos objeto de estudio contienen disposiciones relativas al lugar y oportunidad de la inspección.

17. A tenor de la cláusula 8.1 CEPE 188A y 574A, la inspección y verificación tanto durante la fabricación como después de terminada ésta,

"se realizarán en el lugar de fabricación, durante las horas normales de trabajo y previo acuerdo con el constructor sobre el día y la hora convenientes."

18. En materia de pruebas, la cláusula 8.3 de las Condiciones Generales CEPE dice:

"A menos de convenirse otra cosa, las pruebas previstas en el contrato, excepción hecha de las pruebas de aceptación, se efectuarán en los talleres del constructor y durante las horas normales de trabajo."

19. La cláusula 25.1 de las Condiciones FIDIC-EMW estipula que la inspección en curso de fabricación ha de efectuarse "en los locales del Contratista durante las horas de trabajo." Esta cláusula estipula además:

"y si parte de la mencionada Planta está siendo fabricada en otros locales, el Contratista recabará el permiso del Ingeniero para inspeccionar, examinar y ensayar como si la mencionada Planta estuviese siendo fabricada en los locales del Contratista."

20. La cláusula 36 (1) de las Condiciones FIDIC-CEC prevé la celebración de ensayos "en el lugar de fabricación o elaboración o en el Emplazamiento o en el lugar o lugares que se especifiquen en el Contrato o en todos o cualesquiera de dichos lugares".

21. Por lo general, las partes convendrán entre sí cuál ha de ser el momento de la inspección. La cláusula 25.2 de las Condiciones FIDIC-EMW estipula:

"El Contratista convendrá con el Ingeniero la fecha y el lugar en los que cualquier elemento de la Planta habrá de estar listo para ensayo a tenor de lo estipulado en el Contrato... El Ingeniero notificará por escrito al Contratista, con 24 horas de antelación, su intención de asistir a los ensayos."

22. Las Condiciones Generales de la CEPE estipulan en su cláusula 8.4 que:

"El constructor comunicará al comprador la fecha de las pruebas y le dará un plazo suficiente para que sus representantes las presencien."

23. La cláusula 38 (1) de las Condiciones FIDIC-CEC se refiere a la forma de proceder en casos de cobertuna de la obra:

"Ninguna parte de la Obra deberá cubrirse o hacerse invisible sin aprobación del Ingeniero o del Representante del Ingeniero, y el Contratista deberá dar todas las facilidades al Ingeniero o al Representante del Ingeniero para examinar y medir toda obra que vaya a cubrirse o quedar invisible, así como para examinar los cimientos antes de que se ponga sobre ellos obra permanente. El Contratista deberá pasar aviso al Representante del Ingeniero, con la debida antelación, siempre que tales obras o cimientos estén a punto o vayan a estar a punto para su examen, y el Representante del Ingeniero, sin demora irrazonable, deberá presentarse, a menos que no lo considere necesario y se lo comunique al Contratista, con el fin de examinar y medir la obra o de examinar los cimientos."

24. Las Condiciones FIDIC-CEC contienen una disposición sobre al momento y lugar de inspección que quizá no encuentre aceptación general en el contexto de la construcción de grandes plantas. Su cláusula 37 dice:

"El Ingeniero y toda persona autorizada por él deberá *en todo momento* tener libre acceso a las obras y al emplazamiento y *a todos los talleres y lugares* en que se está realizando trabajo o de donde los materiales, artículos fabricados o maquinaria destinados a las obras procedan, y el Contratista deberá proporcionar todas las facilidades y toda la ayuda que corresponda para conseguir dicho derecho de acceso."

25. Un derecho de acceso tan ilimitado sería ciertamente rechazado por algunas industrias. Durante la preparación de las Condiciones Generales 188 de la CEPE se le dio al comprador un derecho de inspección *ilimitado* en los locales del contratista. Este derecho fue rechazado por razones de secreto comercial y consideraciones de defensa nacional[1].

[1] Véase E/ECE/169, Commentary on the General Condicions for the Supply of Plant and Machinery for Export, párr. 7.

26. El artículo 14.1 del modelo UNIDO-TKL se refiere a la inspección y las pruebas "durante (la) fabricación y antes (del) envío, antes y durante la inspección y a (la) llegada al Emplazamiento de la Planta".

27. De conformidad con el artículo 14.3.1 del modelo UNIDO-TKL el contratista "cuando el equipo, la maquinaria o los materiales estén listos para su inspección definitiva, presentará a los inspectores del COMPRADOR, previamente a la inspección, una confirmación en este sentido".

El Artículo 14.5 dispone:

"Cuando cualquier parte del equipo esté lista para su inspección el CONTRATISTA deberá notificar por lo menos cuarenta y cinco (45) días antes al representante del COMPRADOR qué mercancías se van a inspeccionar, así como la fecha y el lugar correspondientes. En caso de que el representante del COMPRADOR desee estar presente, se deberá notificar al CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días siguientes."

28. El grupo de contratistas señaló, en sus observaciones, que consideraba una pérdida de tiempo efectuar la notificación previa para la inspección de "cualquier parte" del equipo y sugirió restringir el ámbito de la notificación para que incluyera el "equipo designado para inspección" ...

29. El modelo UNIDO-TKL establece además distinciones en cuanto a la inspección y las pruebas según cuál sea el lugar o momento en que se hayan de efectuar:

Artículo 14.5.1: "*Inspección y pruebas en fábrica.* Todas las instalaciones y el equipo estarán sujetos a inspección y pruebas en la fábrica del CONTRATISTA y deberán conformarse a las estipulaciones del Contrato."

Artículo 14.5.2: "*Inspección y pruebas en el Emplazamiento.* Todas las instalaciones y el equipo estarán sujetos a inspección y pruebas en el Emplazamiento y deberán conformarse a las estipulaciones del Contrato. Tras su instalación en el Emplazamiento, el CONTRATISTA deberá efectuar las pruebas necesarias para demostrar el cumplimiento de lo estipulado en el Contrato, no obstante, las pruebas que pudieran haberse efectuado anteriormente en la fábrica del CONTRATISTA."

Artículo 14.5.3: "*Inspección y pruebas a la terminación fisicomecánica.* Con arreglo a las disposiciones del Artículo 18, el CONTRATISTA, previa notificación debida al COMPRADOR de que está en condiciones de iniciar las pruebas para demostrar y comprobar la terminación de las Obras, deberá proceder de inmediato a iniciar los procedimientos pertinentes de conformidad con lo prescrito en el Artículo 18, con sujeción, sin embargo, a las disposiciones indicas allí."

30. En los modelos de contratos de la ONUDI figura también el derecho de acceso ilimitado a los locales del contratista y de todos los subcontratistas. Por ejemplo el Articulo 14.6 del modelo UNIDO-TKL dice:

"El COMPRADOR (por conducto de su representante debidamente autorizado, comprendidos sus ase-

guradores si fuere el caso) podrá inspeccionar todo el equipo, la maquinaria, los materiales y los trabajos suministrados en relación con este Contrato. El CONTRATISTA, sus subcontratistas y/o proveedores deberán facilitar el acceso necesario y en condiciones seguras para la inspección prevista en este Artículo. Se deberá conceder al COMPRADOR libre y pleno acceso a los talleres, fábricas, emplazamientos o lugares de actividad del CONTRATISTA, los subcontratistas y/o proveedores para realizar esta inspección con objeto de determinar la situación y marcha de los trabajos previstos en el Contrato."

31. La inspección arriba mencionada de los artículos que suministre el comprador deberá ser efectuada con arreglo al Artículo 14.9 del modelo UNIDO-TKL "previa notificación del comprador... tan pronto como hayan sido fabricados (y en todo caso, antes de iniciar el montaje de cada uno de ellos)...".

3. *Procedimiento de inspección*

32. Pudiera resultar imprescindible ponerse de acuerdo sobre los procedimientos a seguir e, incluso, sobre los instrumentos que se vayan a utilizar para la inspección y pruebas. Sin embargo, la cláusula 8.3 de las Condiciones Generales CEPE 188A y 574A dipone que: "las especificaciones técnicas no han sido precisadas en el contrato, las pruebas se efectuarán con arreglo a la práctica generalmente seguida en la correspondiente rama de la industria del país donde se fabrique el material".

33. En las Condiciones FIDIC no figura ninguna disposición sobre procedimiento, pero en las notas FIDIC se dice: "Es, por cierto, sumamente importante definir en las especificaciones los detalles sobre la inspección y los requisitos de las pruebas para disponer de un procedimiento convenido"...[2]

34. En los modelos de contratos de la ONUDI se deja al contrista decidir cuál ha de ser el procedimiento. El Artículo 14.5 del modelo UNIDO-TKL se limita a disponer que:

> "Siempre que lo pida el COMPRADOR, el CONTRATISTA deberá invitar al COMPRADOR o a su representante a que participe en esta inspección y deberá hacerse cargo de la coordinación necesaria de las inspecciones conjuntas."

Pero el comprador puede seleccionar métodos adicionales. El Artículo 14.13 del modelo UNIDO-TKL dice:

> "Durante todas las operaciones de inspección, el COMPRADOR o sus representantes podrán recurrir a las pruebas que consideren necesarias a fin de determinar si los materiales, objetos, suministros o métodos de construcción y montaje cumplen los requisitos cuantitativos y cualitativos pertinentes..."

4. *Disconformidad y derechos del comprador*

35. Si en el transcurso de la inspección del equipo se descubre que algunos elementos son defectuosos, le convendría al contratista proceder a su sustitución. Pero pueden producirse divergencias de opinión entre el contratista y el comprador sobre el alcance o, incluso, sobre la existencia de esos defectos.

36. Algunos de los textos considerados requieren del comprador que haga constar por escrito las razones de su disconformidad. La cláusula 8.2 de las Condiciones Generales CEPE 188A y 574A estipula que:

> "Si como resultado de la inspección y de la verificación el comprador estima que determinados materiales o partes del material son defectuosos, o no se ajustan a lo estipulado en el contrato, deberá formular por escrito sus observaciones motivadas."

Asimismo, el artículo 25.5 de las Condiciones FIDIC-EMW dispone que:

> "Si como resultado de la inspección, el examen o el ensayo de la Planta (excepción hecha de la prueba de terminación en virtud de la cláusula 29) el Ingeniero decidiera que la Planta es o no es defectuosa a la luz del Contrato, prodecerá a notificar el particular al Contratista y hará constar por escrito su disconformidad motivada."

37. Del modelo UNIDO-TKL se desprende que el comprador puede rechazar trabajos y componentes mediante notificación por escrito no motivada. El Artículo 14.6 del modelo UNIDO-TKL dice:

> "Si durante la fabricación o la ejecución de los trabajos, durante la inspección o durante los períodos aplicables de garantía, el COMPRADOR comprueba que cualquiera de los servicios prestados o la fabricación de cualquiera de los componentes suministrados por el CONTRATISTA, los subcontratistas y/o proveedores son defectuosos y no cumplen los requisitos de este Contrato y que este hecho se debe al incumplimiento o negligencia del CONTRATISTA, los subcontratistas y/o proveedores, el COMPRADOR deberá notificar por escrito al CONTRATISTA que se rechazan estos trabajos o componentes."

38. El "grupo internacional de contratistas" ha criticado este Artículo por constituir al comprador en único juez de la índole defectuosa o no de cualquiera de los servicios prestados o de la fabricación de cualquiera de los componentes suministrados y por otorgarle además el derecho unilateral de rechazo no motivado. Además, no queda claro si el comprador puede "rechazar" cualquier componente durante el período de garantía, es decir, tras la entrega y aceptación.

39. El Artículo 14.13 del modelo UNIDO-TKL dice además:

> "El COMPRADOR o sus representantes podrán exigir la sustitución o reparación, según sea el caso, de los elementos que no se conformen a las disposiciones del Contrato, incluso después de que hayan sido incorporados a las Obras, y, *mutatis mutandis,* se aplicarán las disposiciones del Contrato a que hace referencia al Artículo 14.8."

Según este artículo, el comprador puede pedir la sustitución o reparación aunque el contratista no está obligado a

[2] Notes on Documents for Electrical and Mechanical Works Contracts, 1980, pág. 28.

atender su petición. El Artículo 14.8 del modelo UNIDO-TKL dice:

"Si hay diferencias de opinión, el CONTRATISTA deberá proceder por su cuenta y riesgo en lo que respecta al envío de mercancías y equipo, aunque con sujeción, sin embargo, a las disposiciones pertinentes del Artículo 25 y Artículos 27 a 30 inclusive."[3]

5. *Deberes del contratista*

40. El contratista sustituirá, por lo general, los elementos que hayan sido juzgados defectuosos durante la inspección. Las condiciones generales y los modelos de contratos no sólo fijan obligaciones al respecto, sino que se refieren también a los plazos para su cumplimiento. La cláusula 8.5 de las Condiciones Generales CEPE 188A y 574A estipula que:

"Si al efectuarse una prueba—que no sea la prueba de aceptación prevista en el artículo 21 del contrato—se advierte que el material es defectuoso o que no reúne las condiciones especificadas en el contrato, el constructor deberá corregir el defecto de que se trate con toda diligencia y por su cuenta (comprendidos todos los gastos de transporte) o cuidar de que el material responda a lo estipulado en el contrato. Si el comprador lo desea, la prueba será repetida."

En términos parecidos, la cláusula 25.2 de las Condiciones FIDIC-EMW estipula que:

"El Contratista deberá rectificar con toda celeridad el defecto o asegurarse de que la Planta responde a lo estipulado en el Contrato. Posteriormente, si el Ingeniero lo requiere, los ensayos serán repetidos en las mismas condiciones."

41. Si en virtud de lo dispuesto en el Artículo 14.6 del modelo UNIDO-TKL el comprador ha rechazado "cualquiera de los servicios prestados o la fabricación de cualquiera de los componentes suministrados... el CONTRATISTA, a su propio costo, retirará prontamente y sustituirá o corregirá los componentes o trabajos defectuosos de que se trate haciendo que se conformen estrictamente a todas las condiciones prescritas".

Y en su Artículo 14.8 el modelo UNIDO-TKL dice:

"En caso de que durante la inspección el representante del COMPRADOR encuentre alguna deficiencia en los componentes inspeccionados, el CONTRATISTA deberá tomar medidas inmediatas para corregir esta deficiencia. El CONTRATISTA deberá llevar registros de las deficiencias observadas y corregidas."

6. *Costos de inspección*

42. La inspección implicará varios tipos de gastos: costos del contratista y del comprador; costos de materiales; costos personales; gastos realizados en los locales del constructor o en zona de instalación; costos de la primera inspección, costos de una nueva inspección después de eliminados los defectos. No todos ellos están recogidos en las diversas condiciones generales y formularios.

[3] Esos artículos tratan de garantías, daños y perjuicios, etc.

43. Con arreglo a la cláusula 8.6 de CEPE 188A y 574A, el contratista:

"De no existir otra disposición expresa... sufragará todos los gastos inherentes a las pruebas que se efectúen en sus talleres con excepción de los gastos personales de los representantes del comprador."

44. La cláusula 25.3 de FIDIC-EMW se refiere no sólo al aspecto financiero sino también al aspecto técnico de la cuestión:

"Cuando el Contrato estipule la realización de pruebas en los locales del Contratista o de cualquier Subcontratista, el Contratista deberá proporcionar la asistencia, mano de obra, materiales, electricidad, combustible, suministros, equipo e instrumentos que puedan requerirse y solicitarse en la medida de lo razonable para poder realizar esas pruebas eficazmente."

45. Las Condiciones de la FIDIC, al parecer, atribuyen los gastos personales a cada parte, al igual que las Condiciones Generales de la CEPE. No obstante, si debe repetirse una prueba después de eliminar defectos "todos los gastos razonables que ocasione al Contratante la repetición de las pruebas deberán deducirse del Monto del Contrato" (cláusula 25.5 de FIDIC-EMW).

46. Las otras Condiciones de la FIDIC se refieren ampliamente a esta cuestión. El artículo 36 de la FIDIC-CEPE estipula:

"1) ... El Contratista deberá proporcionar todas las facilidades, los instrumentos, máquinas, mano de obra y materiales que normalmente se necesitan para examinar, medir y ensayar las obras ejecutadas y la calidad, el peso o la cantidad de todo material que se use, debiendo suministrar muestras de materiales, antes de utilizarlos en las obras para su examen conforme las escoja y las requiera el Ingeniero.

"2) Todas las muestras deberá suministrarlas el Contratista a su propia costa si el suministro de las mismas está proyectado y previsto en el Contrato, pero de no ser así, correrán a cargo del Contratante.

"3) El costo de la realización de todo ensayo deberá correr a cargo del Contratista si éste está claramente proyectado y previsto en el Contrato y está (sólo en los casos de ensayos bajo carga o para la averiguación de si el diseño de una obra acabada o parcialmente acabada es apropiado para los fines a que la obra está destinada a satisfacer) particularizado en el Contrato con suficiente detalle para permitir al Contratista incluir el precio del mismo o abarcarlo en su Propuesta.

"4) Si el Ingeniero ordenase la ejecución de algún ensayo que:

"*a*) no esté claramente proyectado o no haya sido previsto, o

"*b*) (en los citados más arriba) no esté particularizado, o

"*c*) si bien estuviese proyectado o previsto, el Ingeniero ordena su ejecución por parte de una persona independiente en cualquier otro lugar que no sea el

Emplazamiento o el lugar de fabricación o elaboración de los materiales ensayados,

"el costo de tal ensayo correrá por cuenta del Contratista, si el ensayo demuestra la discrepancia entre la calidad de mano de obra o material y las estipulaciones del Contrato o las instrucciones del Ingeniero; pero en caso contrario lo pagará el Contratante."

47. Podría producirse una situación especial en relación con la cobertura de trabajos de ingeniería civil. Si éstos tuviesen que descubrirse a petición del comprador, los costos correrán a cargo de éste si no se encuentra ningún defecto y del contratante en el caso contrario.

La cláusula 38.2 FIDIC-CEC dispone:

"El Contratista deberá descubrir cualquier parte o partes de las obras o hacer aberturas en ellas o a través de ellas, si el Ingeniero en diversas ocasiones se lo indica, debiendo reponer y reparar aquella parte o partes a la satisfacción del Ingeniero. Si alguna de dichas partes se hubiese cubierto o hecho invisible después de cumplimentar los requisitos de la subcláusula 1) de la presente cláusula y se encontrase que ha sido ejecutada de acuerdo con el Contrato, los gastos de descubrirla, de hacer las aberturas en o a través de ella, y de reponer y reparar la misma, correrán a cargo del Contratante, pero en todo caso todas las referidas costas correrán a cargo del Contratista."

48. En el Artículo 14.14 del modelo UNIDO-TKL figuran unos requisitos muy especiales:

"A fin de que el COMPRADOR pueda llevar a cabo eficazmente la inspección de los trabajos o suministros del CONTRATISTA, el CONTRATISTA pondrá a disposición del COMPRADOR, sin costo alguno, los instrumentos necesarios, en particular el equipo para pruebas radioactivas de soldadura, así como personal técnico especializado, si lo solicita el COMPRADOR."

El comentario del "grupo internacional de contratistas" hace referencia a los costos de ese equipo que, en su opinión, deben correr a cargo del comprador si esos instrumentos no se encuentran ya en poder del contratista.

### 7. *Certificación*

49. Tanto CEPE 188A como 574A mencionan un informe de los resultados de las pruebas que debe preparar el constructor, y que, en la práctica, sería firmado normalmente por las dos partes, pero "la veracidad de los resultados no podrá ser discutida por el Comprador" en caso de que éste no se haga represantar en las pruebas (cláusula 8.4).

50. De acuerdo con la cláusula 25.4 de FIDIC-EMW, no es el contratista sino el comprador quien expide el certificado:

"Una vez que la Obra haya sido objeto de las pruebas a que se hace referencia en esta cláusula, el Ingeniero entregará por escrito al contratista un certificado a ese efecto."

51. En UNIDO-TKL el contratista encargado de la inspección se encargaría también de la certificación. Con arreglo al Artículo 14.3.2 el contratista,

"antes del envío, expedirá *Certificados de Inspección* adecuados respecto de todos los componentes de las instalaciones y el equipo, respectivamente, y deberá enviar copias de estos certificados al COMPRADOR, así como *certificados de las pruebas* realizadas para la expedición de dichos certificados de inspección."

No está claro si existe una diferencia entre los certificados de inspección y los certificados de las pruebas, como tampoco qué pruebas son necesarias en *relación con la expedición* de los certificados.

52. En las Condiciones Generales de la CEPE no se menciona la necesidad de obtener certificación de los proveedores, pero en los modelos de contrato de la ONUDI figuran disposiciones a ese respecto. El Artículo 14.2.3 de UNIDO-TKL dispone que el contratista

"exigirá también a los proveedores que suministren los certificados de prueba necesarios en la forma adecuada, junto con todos los demás documentos exigidos por las autoridades de inspección en el país de fabricación o que pueda solicitar el COMPRADOR en cumplimiento de las reglamentaciones vigentes en *(país)* y/o según lo dispuesto en las especificaciones."

### 8. *Efectos jurídicos de la inspección*

53. Como se indicó anteriormente, el requisito de la inspección es de interés para las dos partes. La responsabilidad del contratista por incumplimiento de obligaciones normalmente persiste pese a la inspección realizada por el comprador. En efecto, algunos modelos de contrato disponen que el hecho de que el comprador no efectúe la inspección no se interpretará en perjuicio de sus derechos frente al contratista en virtud de lo estipulado en el contrato.

54. La cláusula 25.1 de FIDIC-EMW dispone lo siguiente:

"Esa inspección, examen o pruebas, en el caso de que tengan lugar, no eximirán el Contratista de ninguna de las obligaciones dimanantes del Contrato."

55. El Artículo 14.5 de UNIDO-TKL estipula este punto de la forma siguiente:

"La presencia de los representantes del COMPRADOR no limitará en modo alguno las obligaciones del CONTRATISTA en virtud de este Contrato. La presencia de los representantes del COMPRADOR no entrañará tampoco en modo alguno la aceptación contractual de las mercancías o su transferencia o posesión."

Asimismo, el Artículo 14.17 de UNIDO-TKL estipula que:

"La inspección efectuada por el COMPRADOR y/o la reparación o sustitución de equipo o trabajos de construcción a solicitud del COMPRADOR, no eximirán al CONTRATISTA de las responsabilidades ni del cumplimiento de las garantías generales o de calidad, según lo expresado en este Contrato."

56. En los diversos modelos de contrato figuran diferentes disposiciones en relación con la no participatión

del comprador. Según el Artículo 8.4 de CEPE 188A y 574A:

"Si el comprador no se hace representar en las pruebas, el constructor le enviará un informe con sus resultados y la veracidad de éstos no podrá ser discutida por el comprador."

57. Las Condiciones de FIDIC-EMW disponen lo siguiente en la cláusula 25.2:

"... y a menos que el ingeniero comparezca en el lugar y fechas convenidas, el contratista puede proseguir con las pruebas, que se reputarán como realizadas en presencia del ingeniero, y el contratista enviará inmediatamente al ingeniero copias debidamente certificadas de los resultados de las mismas."

58. Los contratos modelo de la ONUDI siguen un enfoque diferente. El Artículo 14.6 de UNIDO-TKL estipula que:

"Ni el hecho de que no se haya efectuado esta inspección o no se hayan descubierto defectos de fabricación o en los materiales o el equipo, ni la aprobación de estos trabajos, materiales o equipo ni los pagos hechos al CONTRATISTA por estos conceptos (con arreglo al presente Contrato) se interpretarán en perjuicio de los derechos del COMPRADOR a exigir más adelante la corrección o sustitución de los mismos o a rechazarlos según lo aquí estipulado."

Asimismo, el Artículo 14.7 estipula que:

"Si el COMPRADOR renuncia a su derecho de inspección o prueba según lo prescrito en este Artículo, esta renuncia no exonera en modo alguno al CONTRATISTA de la plena responsabilidad por la calidad, el funcionamiento y rendimiento adecuados de los trabajos completados y/o secciones o partes de los mismos, ni perjudicará o afectará los derechos del COMPRADOR establecidos en virtud del Contrato."

### C. *Pruebas de recepción o funcionamiento*

#### 1. *Observaciones generales*

59. Después de terminada la obra normalmente se llevan a cabo pruebas de recepción o funcionamiento. La naturaleza o duración de dichas pruebas depende en gran medida del tipo de funcionamiento que se espera de la planta.

60. CEPE 188A y 574A contienen disposiciones relativas a pruebas de recepción. Se requiere la realización de esas pruebas "de no existir otra disposición expresa" (cláusula 21.1 respectivamente). Por otro lado, para las pruebas durante la fabricación es necesario que el contrato contenga un acuerdo especial.

61. FIDIC-EMW dispone la realización de pruebas a la terminación de las obras (cláusulas 29.1 a 29.6), mientras que la FIDIC-CEC deja la cuestión al arbitrio de las partes (cláusula 48.1).

62. Además de las inspecciones y pruebas mencionadas anteriormente, los modelos de contrato de la ONUDI distinguen entre pruebas de terminación fisicomecánicas (Artículo 18) y pruebas de garantía de funcionamiento (Artículo 26). Con arreglo al Artículo 18.7 de UNIDO-TKL:

"La puesta en marcha preliminar de las Plantas... y la realización de las pruebas de terminación fisicomecánicas consistirán en la realización de las operaciones y las pruebas enumeradas en el Anexo XX con objeto de determinar el funcionamiento mecánico correcto de las Plantas."

Asimismo, el Artículo 26.2 de UNIDO-TKL dispone que:

"La Planta suministrada por el CONTRATISTA deberá estar en condiciones de satisfacer todos los requisitos de funcionamiento normal, capacidad, calidad de los productos, consumo de materias primas y servicios, todo lo cual... deberá ser comprobado y demostrado mediante pruebas de funcionamiento realizadas según lo estipulado en este Artículo y en los Anexos y Especificaciones, siempre que la Planta funcione de conformidad con las directrices e instrucciones técnicas del CONTRATISTA, y que las operaciones de prueba se lleven a cabo de conformidad con las condiciones estipuladas en el presente Artículo."

#### 2. *Fecha de realización de las pruebas de funcionamiento*

63. Normalmente es el contratista quien decide cuándo se deben realizar las pruebas de funcionamiento (a falta de estipulaciones en el contrato). Con arreglo a la cláusula 21.1 de CEPE 188A y 574A:

"El Constructor deberá comunicar por escrito al Comprador cuándo va a estar preparada la obra para las pruebas y hacerlo con tiempo suficiente para que este último pueda adoptar las medidas necesarias."

64. La cláusula 29.1 de FIDIC-EMW es más específica respecto de lo que constituye tiempo suficiente:

"El Contratista notificará por escrito al Ingeniero, con copia al Contratante, con 21 días de antelación, la fecha a partir de la cual estará en condiciones de realizar las pruebas de terminación. A no ser que se haya dispuesto otra cosa, las pruebas tendrán lugar dentro de los diez días subsiguientes a la fecha indicada, en el día o días que el Ingeniero notifique al Contratista por escrito."

65. UNIDO-TKL no menciona ningún período en relación con las pruebas de terminación fisicomecánicas, pero requiere una notificación con 45 días de antelación para la realización de las pruebas de funcionamiento:

Artículo 18.3: "Tan pronto como, a juicio del CONTRATISTA, cualquier sección de las Obras o Planta o cualquier parte de las mismas esté básicamente terminada y lista para su inspección, el CONTRATISTA notificará al COMPRADOR (mediante un informe de terminación de la construcción) que la Planta o una sección de la misma está lista para las pruebas de terminación fisicomecánicas." y,

Artículo 14.10: "Cuando el CONTRATISTA o cualquiera de sus subcontratistas vayan a emprender las pruebas de funcionamiento de cualquiera de los elementos de equipo que deberán suministrarse en virtud de

este Contrato, o las pruebas estipuladas con arreglo a las disposiciones reglamentarias vigentes, el CONTRATISTA deberá notificar, por lo menos con cuarenta y cinco (45) días de antelación, de la realización de estas pruebas al COMPRADOR o a los representantes del COMPRADOR que hubieren sido designados, y, si se desea, dichos representantes estarán presentes en las pruebas."

Además, el comienzo de las pruebas de funcionamiento está relacionado con la puesta en marcha de la planta. El Artículo 26.10.1 dispone que:

"La primera prueba de veinte (20) días de las plantas de Amoniaco y/o Urea deberá inicarse dentro de los noventa (90) días contados a partir de la iniciación de la puesta en marcha de la(s) Planta(s), . . ."

3. *Procedimiento para la realización de las pruebas de funcionamiento*

66. El procedimiento a seguir para la realización de las pruebas de funcionamiento depende de la garantía de funcionamiento, si la hay, y por lo tanto suelen ser las partes quienes lo acuerdan. La cláusula 21.1 de CEPE 188A y 574A remite, a falta de disposiciones contractuales, a la práctica general:

"Las pruebas se efectuarán en presencia de ambas partes y ateniéndose a las condiciones técnicas previstas en el contrato, o en su defecto, de conformidad con la práctica generalmente seguida en la correspondiente rama de la industria del país en que se haya fabricado el material."

67. En la cláusula 29.2 de FIDIC-EMW se da a entender que las pruebas deberán realizarse en presencia de las dos partes (por ejemplo, el contratista y el ingeniero, cuando actúe en nombre del comprador), pero no se hace referencia alguna respecto de los requisitos técnicos.

68. Como ya se ha mencionado, los modelos de contrato de la ONUDI distinguen entre las pruebas de terminación fisicomecánicas y las pruebas de funcionamiento. Según el Artículo 18.3 de UNIDO-TKL, en el informe de terminación de la construcción:

"se indicará qué partes de las Obras o la Planta se propone el CONTRATISTA someter a demostración, o han sido terminadas de conformidad con las especificaciones y han pasado las pruebas de inspección inicial que se pudieran haber estipulado en el Contrato. El CONTRATISTA deberá preparar y presentar un programa de pruebas de demostración de los distintos elementos de equipo y/o las distintas secciones de la Planta."

69. El procedimiento para las pruebas debe ser acordado entre las partes; en al artículo 18.6 de UNIDO-TKL se prevé una revisión posterior:

"Cuando todos los elementos de equipo de una Planta o de cualquiera de las secciones de las instalaciones auxiliares y de servicios estén listos y completos de conformidad con este Contrato (es decir, montados, instalados y probados), el CONTRATISTA y el COMPRADOR revisarán los procedimientos para las pruebas previamente acordadas para la demostración de la terminacación fisicomecánica de la Planta, que deberán efectuarse de conformidad con el Anexo XX (o con acordado de otra forma) y con los procedimientos detallados pertinentes."

70. El Artículo 18.8 de UNIDO-TKL se refiere también a la cuestión de quién habrá de encargarse de las pruebas:

"Las operaciones o pruebas a que se hace referencia en las cláusulas 18.6 y 18.7 *supra*, deberán ser realizadas de manera competente por el personal del CONTRATISTA, bajo la supervisión y responsabilidad del CONTRATISTA y en presencia del personal del COMPRADOR."

71. En relación con las pruebas de funcionamiento, UNIDO-TKL es más específico. El Artículo 26.9 dispone que:

"Los procedimientos a seguir en la realización de las pruebas de garantía deberán ser acordados entre las partes tres (3) meses antes de la iniciación de las pruebas estipuladas. Los índices de tolerancia de los instrumentos deberán ser garantizados por el CONTRATISTA. El COMPRADOR tendrá derecho a exigir el empleo de instrumentos de bajo índice de tolerancia para la medición de la capacidad y el consumo de la Planta."

72. UNIDO-TKL no especifica de quién dependerá el personal que habrá de realizar las pruebas de funcionamiento, pero el Artículo 26.10 dispone que "las pruebas de garantía de funcionamiento de las Plantas se efecuarán bajo la dirección y supervisión del personal del CONTRATISTA". Dispone también que:

"Todas las mediciones deberán hacerlas conjuntamente el COMPRADOR y el CONTRATISTA y, en caso de que surja cualquier diferencia en relación únicamente con la exactitud, suficiencia y/o idoneidad de las pruebas y/o de la forma en que las pruebas se han realizado, se aplicarán las disposiciones del Artículo 37."[4]

73. Dado que las pruebas de funcionamiento han de tener lugar durante un período determinado, UNIDO-TKL prevé la posibilidad de que se hagan ajustes a la Planta durante ese período:

Artículo 26.10.3: "El CONTRATISTA tendrá derecho a hacer funcionar la(s) Planta(s) de conformidad con sus exigencias y a su propio riesgo durante el período concedido al CONTRATISTA para la realización de las pruebas y el personal del COMPRADOR deberá trabajar bajo la dirección del CONTRATISTA y siguiendo sus instrucciones técnicas."

Por otro lado, el comprador "tendrá derecho a hacer funcionar las Plantas en la medida que las operaciones no interfieran con la labor del CONTRATISTA".

74. UNIDO-TKL estipula el objetivo de las pruebas de funcionamiento: la demostración del funcionamiento interrumpido de la Planta durante un período continuo especificado (Artículo 26.3.3). La capacidad de la Planta, su capacidad para fabricar productos específicos así como el consumo de materias primas y servicios públicos deben ser demostrados (Artículo 26.8).

[4] El Artículo 37 trata de la solución de controversias y arbitraje.

4. *Obligaciones del comprador respecto de las pruebas de funcionamiento*

75. El COMPRADOR suele encargarse de proporcionar personal, materiales, energía, etc., con objeto de llevar a cabo las pruebas de funcionamiento. La cláusula 21.3 de CEPE 188A y 574A dispone que:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, el comprador deberá facilitar gratuitamente y dentro de los límites razonables, la energía, los lubricantes, el agua, los combustibles y todas las materias que haya que utilizar durante el ajuste y las pruebas de aceptación. También deberá instalar, por su cuenta, todos los aparatos necesarios para estas operaciones."

76. Análogamente, la cláusula 29.4 de FIDIC-EMW dispone que:

"El Contratante, salvo cuando se haya especificado otra cosa, deberá facilitar gratuitamente, sin perjuicio de lo dispuesto en la subcláusula 5 de esta cláusula, la mano de obra, materiales, electricidad, energía, agua, suministros y aparatos que puedan requerirse y solicitarse en la medida de lo razonable para poder realizar esas pruebas eficazmente."

77. El modelo de contrato UNIDO-TKL reglamenta la obligación del comprador en forma muy detallada:

Artículo 5.7: "El COMPRADOR proporcionará sin costo alguno todas las materias primas, combustibles, bienes fungibles y artículos de sustitución necesarios para la prueba, puesta en marcha, explotación y mantenimiento de la Planta, a menos que en las especificaciones se indique concretamente otra cosa, o en otras partes del CONTRATO se estipule que el CONTRATISTA deberá proporcionar tales suministros."

Artículo 5.8: "El COMPRADOR deberá proporcionar todas las materias primas e insumos, servicios públicos externos, productos químicos y demás materiales necesarios para el funcionamiento de la Planta, con excepción de la primera carga de catalizadores y productos químicos que deberán ser proporcionados por el CONTRATISTA con arreglo a sus obligaciones en materia de suministros. Las materias primas e insumos deberán conformarse a las especificaciones establecidas en este Contrato o de otra forma acordadas. Dentro de los seis (6) meses a partir de la fecha efectiva del Contrato, el CONTRATISTA comunicará al COMPRADOR las cantidades máximas por hora y las condiciones de suministro de servicios públicos externos (energía eléctrica, agua, etc.). Las necesidades de todos los productos químicos y demás insumos materiales necesarios para la puesta en marcha de la Planta y las necesidades periódicas a partir de entonces serán comunicadas por el CONTRATISTA al COMPRADOR por lo menos nueve (9) meses antes de la terminación fisicomecánica de la Planta."

Artículo 5.9: "El COMPRADOR proporcionará al CONTRATISTA, sin costo alguno durante todo el período comprendido entre la iniciación de las pruebas mecánicas del equipo y la fecha de aceptación de la Planta, personal de explotación y mantenimiento en cantidad suficiente y con las calificaciones que corresponda a las necesidades de dotación de personal que deberá formular el CONTRATISTA, en forma de un organigrama del personal y sus calificaciones, y que deberán ser aprobadas por el COMPRADOR."

5. *Omisión de las pruebas de funcionamiento*

78. Si no se realizan las pruebas de funcionamiento dentro del período estipulado en el contrato, ello puede deberse a razones imputables a una de las partes o a ninguna.

79. En el supuesto de que el contratista no realice las pruebas convenidas, las Condiciones de FIDIC-EMW disponen que el ingeniero, en nombre del comprador, puede proceder a realizar las pruebas:

"Si, a juicio del Ingeniero, las pruebas se están retrasando indebidamente, éste puede, mediante notificación por escrito, exigir al Contratista que realice dichas pruebas dentro de un período de 21 días a partir de la fecha de recibo de la mencionada notificación, y el Contratista realizará las pruebas en la fecha que él determine, dentro de ese período de 21 días, y comunicará el particular al Ingeniero. Si el Contratista no realiza las pruebas en el plazo antedicho, el Ingeniero puede proceder a realizarlas él mismo. Todas las pruebas así realizadas por el Ingeniero serán a cuenta y riesgo del Contratista, a no ser que éste demuestre que no hubo demora indebida en la realización de las pruebas, en cuyo caso las pruebas así realizadas serán a cuenta y riesgo del Contratante." (Cláusula 29.3)

80. En UNIDO-TKL figuran varias disposiciones relativas a la omisión de la realización de pruebas por el contratista, por ejemplo,

Artículo 18.17: "Si por motivos imputables (directa o indirectamente) al CONTRATISTA, éste no puede hacer la demostración de alguna o todas las pruebas de garantía y/o requisitos de funcionamiento a que se hace referencia en la cláusula ... se aplicarán las disposiciones de las cláusulas 27.2 a 27.5 (inclusive) ..." Esto significa que el contratista debe pagar daños y perjuicios. O:

Artículo 26.10.2: "Si por razones atribuibles a equivocaciones y/o errores en el proceso y/o en las proyecciones técnicas detalladas o por cualquiera otras razones relacionadas con los trabajos ejecutados y los servicios prestados por el CONTRATISTA y/o equivocaciones y errores en las especificaciones e instrucciones contractuales, el CONTRATISTA no puede realizar la prueba o pruebas dentro de los plazos, estipulados en la subcláusula 26.10.1 *supra*, se aplicarán las disposiciones de la cláusula 26.11."

81. En cualquier caso, de acuerdo con el Artículo 18.18.1 de UNIDO-TKL,

"Cuando por motivos atribuibles a los trabajos y/o servicios del CONTRATISTA no se pueden iniciar, ejecutar, satisfacer o completar las pruebas de garantía de funcionamiento y/o cualquiera de las pruebas o ensayos previos a la iniciación de las operaciones, ..." entonces

"El CONTRATISTA será responsable... por la ejecución de reparaciones y modificaciones de la(s) Planta(s) y/o de cualquiera de las secciones y/o partes de la(s) misma(s) en relación con cualquier parte de las Obras suministradas por él o por las que sea responsable en virtud de este Contrato,..."

82. UNIDO-TKL prevé asimismo la posibilidad de que las pruebas deban realizarse posteriormente por razones no imputables al contratista. En esas circunstancias, el contratista continúa estando obligado a realizar la demostración de las pruebas, pero en el Artículo 26.16 de UNIDO-TKL se estipulan los costos:

"En caso de que las pruebas de funcionamiento y de garantía no se puedan efectuar dentro del plazo estipulado en la cláusula 26.14 *supra,* el CONTRATISTA estará obligado a enviar personal al Emplazamiento para poner en marcha la Planta y realizar las pruebas de la misma, a condición, sin embargo, de que el COMPRADOR sufrague los honorarios y gastos de viaje adicionales por concepto de este servicio, en las condiciones que convengan el COMPRADOR y el CONTRATISTA."

83. Cuando las pruebas no puedan realizarse debido a razones imputables únicamente al comprador, el contratista no está obligado a realizar todas las pruebas futuras. El Artículo 26.14 de UNIDO-TKL dispone que:

"Las obligaciones del CONTRATISTA (con sujeción a los artículos 18, 28, 29 y 32) se considerarán cumplidas si, por razones imputables únicamente al COMPRADOR, la primera prueba de garantía no se puede realizar dentro de los dieciocho (18) meses a partir de la terminación fisicomecánica de la Planta."

### 6. *Prueba de funcionamiento insatisfactoria*

84. Si una prueba de funcionamiento da un resultado insatisfactorio por razones atribuibles a la labor del contratista, éste debe corregir los defectos y tiene, generalmente, derecho a que se realice otra prueba. Las partes deben ponerse de acuerdo sobre el número de pruebas y sobre la cuestión de los gustos.

85. En la cláusula 21.2 de CEPE 188A y 574A se dispone que:

"Si durante las pruebas de aceptación se comprueba que la obra es defectuosa o no responde a lo especificado en el contrato, el constructor deberá corregir con la mayor diligencia y a sus expensas el defecto de que se trate o hacer que la obra responda a lo especificado en el contrato. En este caso, si el comprador lo desea, se repetirá la prueba a expensas del constructor."

Análogamente, la cláusula 29.5 de FIDIC-EMW dice:

"En caso de que una Parte de las Obras no supere las pruebas, deberán repetirse, en un plazo razonable y en los mismos términos y condiciones, las relacionadas con esa Parte si así lo solicitan el Ingeniero o el Contratista, en el entendido que todos los gastos razonables en que pueda incurrir el Contratante por la repetición de las pruebas deberán deducirse del Monto del Contrato."

Asimismo, el Artículo 18.9 de UNIDO-TKL dice:

"Si durante las pruebas mencionadas arriba, llegasen a ser evidentes *defectos* o mal funcionamiento de la Planta y/o el equipo suministrados o de cualquier parte de las Obras, el CONTRATISTA deberá tomar *de inmediato* las medidas necesarias para *sustituir* el equipo defectuoso y/o rectificar la parte defectuosa de las Obras en un plazo mínimo..."

86. En las Condiciones FIDIC-EMW se prevé también la situación en que tampoco una segunda prueba resulta satisfactoria:

Cláusula 29.6: "Si las Obras o una Sección de las mismas no superan las pruebas después de repetidas éstas, con arreglo a la subcláusula 5 de la presente cláusula, el Ingeniero tendrá derecho a:

"*a*) ordenar una nueva repetición de las pruebas en las condiciones de la subcláusula 5, o

"*b*) rechazar las Obras o la Sección, de conformidad con la cláusula 28 (Defectos anteriores a la recepción), si los resultados de las pruebas muestran que las Obras o la Sección no satisfacen las garantías de funcionamiento o las tolerancias convenidas especificadas en el Contrato, o si, en caso de no existir esas garantías o tolerancias, los resultados muestran que las Obras o la Sección no corresponden al Contrato, o

"*c*) expedir un Certificado de Recepción, si así lo desea el Contratante, a reserva de la reducción en el Monto del Contrato que en éste se prevea o, a falta de esa previsión, la que se acuerde por el Contratante y el Contratista o, a falta de acuerdo, la que se determine mediante arbitraje."

87. Algunas veces las partes limitan el número de pruebas como también el plazo durante el cual éstas se han de repetir. Ejemplo de ello es al Artículo 26.10.1 de UNIDO-TKL:

"Con sujeción a las disposiciones de la subcláusula 26.10.2, este período de noventa (90) días será prorrogado si la(s) planta(s) no puede(n) funcionar normalmente y, en caso de que la prueba no fuese satisfactoria, se permitirá al CONTRATISTA que realice hasta dos (2) pruebas más dentro de los seis (6) meses inmediamente siguientes..."

88. Hasta ahora nos hemos ocupado de las pruebas insatisfactorias en que el contratista es responsable. El Artículo 26.12 de UNIDO-TKL se refiere a la interrupción de las pruebas de funcionamiento:

"Si por razones por las que no sea responsable el CONTRATISTA, se interrumpen la prueba o pruebas de capacidad de funcionamento de diez (10) días, la(s) planta(s) será(n) puesta(s) en marcha de nuevo lo antes posible y la prueba o pruebas se realizarán inmediatamente después que la(s) planta(s) se encuentren en condiciones normales de funcionamiento. La duración de las pruebas se prolongará por el tiempo equivalente a esas interrupciones y se considerará que las pruebas se han realizado ininterrumpidamente..."

### 7. *Acta de la prueba de funcionamiento*

89. Generalmente las partes firman un acta para cada prueba. En las Condiciones FIDIC-EMW se prevé el caso en que el ingeniero del comprador no esté representado en las pruebas:

> Cláusula 29.2: "Si el Ingeniero no señala un momento determinado, después de que se le ha pedido que lo haga, o no concurre en el momento o al lugar debidamente señalados para practicar dichas pruebas, el Contratista tendrá derecho a seguir adelante en su ausencia y las pruebas se darán come practicadas en presencia del Ingeniero y sus resultados se aceptarán como exactos."

90. En contraste con los de la CEPE y la FIDIC, los modelos de la ONUDI son muy concretos respecto de las actas de las pruebas. Por ejemplo, UNIDO-TKL se refiere a un informe de terminación de la construcción, un informe de terminación fisicomecánica y un informe de prueba de funcionamiento.

Las disposiciones pertinentes son las siguientes:

> Artículo 18.4: "Una vez cumplidas satisfactoriamente las pruebas de inspección de la planta y/o equipo y/o de las distintas secciones de una planta, el CONTRATISTA y el COMPRADOR firmarán el informe de terminación de la construcción en el que constará que la Planta o una parte de la misma ha sido inspeccionada y está básicamente terminada y que se puede proceder sin riesgos a realizar los procedimientos previos a la puesta en funcionamiento de la Planta requeridos para probar el buen estado fisicomecánico y para demostración de las garantías fisicomecánicas. (En este informe de terminación de la construcción se podrán indicar en una nota los elementos de menor importancia que pueden ser terminados después de la puesta en marcha.)"

> Artículo 18.7: "... Cuando todas estas operaciones y pruebas se hayan completado plena y satisfactoriamente separadamente y/o junto con... y se haya logrado la terminación fisicomecánica de las Obras, el CONTRATISTA preparará entonces un informe de terminación fisicomecánica que deberá ser firmado por ambas partes, previa inspección conjunta de la(s) Planta(s) o de las secciones de las instalaciones auxiliares y de servicios de que se trate, y una vez firmado este informe por ambas partes, se considerará que se ha logrado la terminación fisicomecánica de las Plantas o secciones o instalaciones auxiliares y de servicios pertinentes."

> Artículo 26.13: "Después de terminada debidamente cualquier prueba de funcionamiento de conformidad con lo dispuesto en el Contrato (y que el COMPRADOR y el CONTRATISTA la hayan aceptado como una prueba satisfactoria), el CONTRATISTA deberá preparar un informe de prueba de funcionamiento que deberá ser firmado por el CONTRATISTA y presentado al COMPRADOR para su aprobación."

## IX. TERMINACIÓN

### A. *Definición de terminación*

91. No siempre es claro lo que se quiere dar a entender por "terminación". Esta noción se utiliza a veces para describir el fin de las obligaciones del contratista de suministrar y construir una planta, incluidas las pruebas de funcionamiento y la entrega. En realidad, es *este momento* de la terminación el que tiene efecto para el comprador. En las Condiciones Generales de la CEPE y la FIDIC parece haberse adoptado esta noción.

92. Por el contrario, la terminación figura en los modelos de contrato de la ONUDI antes de la puesta en marcha, las pruebas de funcionamiento y la recepción misma. En el Artículo 18.2 de UNIDO-TKL se dispone que:

> "Se considerará que las Obras y/o secciones y/o partes de las mismas han sido terminadas cuando se hayan cumplido los requisitos de las cláusulas 18.4 a 18.7..."

Esos artículos se refieren a la terminación de la construcción (Artículos 18.4 y 18.5) y la terminación fisicomecánica (Artículos 18.6 a 18.7).

93. Así, para UNIDO-TKL el funcionamiento de la planta *sigue* a la terminación:

> Artículo 18.10: "Tras la terminación fisicomecánica de cualquier planta y la realización de las pruebas de cada Planta de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 18.7 y en Anexo XX, la planta de que se trate será puesta en funcionamiento lo antes posible."

94. En UNIDO-TKL se utiliza también la noción de "producción comercial" para describir una etapa *posterior* a la terminación pero *anterior* a las pruebas de aceptación y a la aceptación misma:

> Artículo 18.11: "Seguidamente se iniciarán las operaciones de la planta y cuando todas las secciones de las Plantas estén funcionando satisfactoriamente y se produzca en forma continuada amoniaco y urea de la calidad especificada durante ( ) días a una capacidad del ( )%, de conformidad con las disposiciones del Contrato, se considerará que la Planta se encuentra en producción comercial."

### B. *Momento de la terminación*

#### 1. *Momento convenido*

95. Uno de los elementos esenciales en un contrato de obras es el momento en que la planta está terminada y lista para que el comprador la explote. Las partes suelen, por consiguiente, fijar un término o un plazo para la terminación. Si las partes eligen un plazo, deben ponerse de acuerdo sobre su comienzo.

96. En CEPE 188A 574A se prevén tres situaciones diferentes, un plazo fijo para la terminación, un plazo estimado y la omisión de la mención de un plazo concreto:

> Cláusula 20.1: "De no existir otra disposición expresa, el plazo de terminación de la obra se contará a partir de la última de las fechas siguientes:
>
> "*a*) la fecha de perfección del contrato, según se define en el Artículo 2;

"*b*) la fecha en que el constructor reciba aviso de haberse concedido una licencia de importación, cuando ésta sea necesaria para la ejecución del contrato;

"c) la fecha en que el constructor reciba el anticipo, si en el contrato se prevé alguno, antes de que comience la fabricación."

Cláusula 20.4: "Si el plazo de terminación ha sido fijado en el contrato tan sólo a título de indicación, cualquiera de las partes, una vez que hayan transcurrido las dos terceras partes de ese plazo aproximado, podrá requerir a la otra por escrito para que se convenga en un plazo fijo.

"Si en el contrato no se señala ningún plazo de terminación, cada una de las partes podrá recurrir al procedimiento arriba mencionado una vez que hayan transcurrido nueve meses desde que se perfeccionó el contrato.

"Si en alguno de estos dos casos las partes no llegan a un acuerdo, cualquiera de ellas podrá recurrir al arbitraje—en conformidad con las dispociones del Artículo 28—para que se fije un plazo equitativo de terminación. El plazo así fijado se considerará como plazo de terminación estipulado en el contrato, y a él se aplicarán las disposiciones del párrafo 3 del presente artículo."

97. En la mayoría de los casos el comprador estará interesado en que la planta se termine lo antes posible. Para estimular una terminación temprana las partes pueden convenir en establecer una prima.

La cláusula 13.3 de FIDIC-EMW, por ejemplo, contiene la siguiente disposición:

"Si en el Contrato se prevé el pago de una bonificación en relación con la Terminación de las Obras o de alguna de sus Secciones, ello se hará constar en la Parte II."

98. En UNIDO-TKL se insta a una pronta terminación:

Artículo 18.1: "El CONTRATISTA deberá ejecutar los trabajos diligentemente y ceñirse estrictamente a lo estipulado en cuanto a la pronta terminación de las Obras, no obstante los plazos contractuales fijados en el Contrato."

99. Además, en el mencionado modelo se emplea un concepto fuertemente objetado por los conratistas:

Artículo 11.1: "Los plazos del Contrato se considerarán de esencia para el cumplimiento del mismo."

Artículo 11.2: "El CONTRATISTA declara explícitamente que está en condiciones de cumplir sus obligaciones contractuales dentro de los plazos fijados en este Contrato, y que posee los recursos técnicos y medios necesarios para cumplir sus responsabilidades en forma debida, eficiente y expedita."

Artículo 11.3: "El CONTRATISTA conviene en que la terminación a tiempo de las Obras previstas (en virtud de este Contrato llave en mano) forma parte integrante de las responsabilidades asumidas por las partes en este Contrato, y, por consiguiente, el CONTRATISTA se compromete a cumplir estrictamente las disposiciones contractuales relativas a los plazos, así como a cumplir sus obligaciones contractuales en forma rápida, competente y seria."

2. *Prórroga del plazo*

100. Como la construcción de cada planta es una obra singular, no siempre es posible tener presentes todos los acontecimientos posteriores y cumplir todos los plazos previstos. Por ello, los contratos suelen contener disposiciones sobre prórroga del plazo.

101. En la cláusula 20.2 de CEPE 188A y 574A se estipula que:

"Si la terminación se retrasa por alguna de las circunstancias previstas en el Artículo 25, o por cualquier acto u omisión del comprador, el plazo de terminación se prorrogará teniendo equitativamente en cuenta todas las causas del retraso. Con excepción del caso previsto en el párrafo 5 del presente artículo, esta disposición se aplicará incluso si la causa del retraso sobreviene después de expirado el plazo contractual."

102. Las condiciones FIDIC-EMW contienen disposiciones análogas, en las que se enumeran ocho diferentes razones para prorrogar el plazo, todas las cuales, como ocurre en CEPE, excluyen la culpa del contratista:

Cláusula 30: "Si a causa de:

"*a*) más trabajo o trabajo adicional,

"*b*) condiciones climáticas excepcionalmente adversas, imprevistas en el momento de la firma del contrato,

"*c*) instrucciones del Contratante que excedan de las especificadas en el presente Contrato,

"*d*) el hecho de que el Contratante no haya obtenido una licencia o un permiso de importación necesarios o que el Contratante no haya cumplido alguna de sus obligaciones previstas en el presente Contrato,

"*e*) retraso por parte de cualquier otro contratista a que haya recurrido el Contratante,

"*f*) cualquier suspensión de las Obras de conformidad con la cláusula 27,

"*g*) cualquier conflicto laboral, o

"*h*) cualquier causa, salvo que en el presente Contrato se disponga otra cosa, que escape al razonable control del Contratista.

"el Contratista se hubiera visto retrasado o impedido en la terminación de las obras, tanto si ese retraso o impedimento se producen antes como después del plazo o de la prórroga del plazo fijado para la terminación—siempre que el Contratista notifique por escrito sin demora al Contratante o al Ingeniero su pedido de prórroga del plazo—el Ingeniero deberá, una vez recibida esa notificación y las circunstancias pormenorizadas que justifiquen la petición, conceder en su momento por escrito, anticipada o retroactivamente, la prórroga que se justifique del plazo fijado en el Contrato para la terminación de las Obras. Todo retraso por parte de un Subcontratista que impida al Contratista terminar las obras dentro del plazo fijado por el Contrato para la

terminación de las obras dará derecho al Contratista a una prórroga del mismo si ese retraso se debiera a cualquier causa por la que el mismo Contratista tendría derecho a una prórroga del plazo con arreglo a la presente cláusula."

103. UNIDO-TKL no se refiere a ninguna posible prórroga, pero establece en el artículo 11.4 que:

"El CONTRATISTA reconoce expresamente que el suministro de instalaciones, equipo, materiales y repuestos (junto con los servicios conexos) es fundamental para el cumplimiento de los plazos con miras a la terminación de las Obras, y, por la presente disposición, el CONTRATISTA asume la obligación y da garantías de que los suministros y servicios estipulados en virtud de este Contrato se conforman por su alcance a las condiciones sobre el plazo o plazos contractuales (expresos o implícitos), y, además, en previsión de cualquier demora o deficiencia en materia de suministros y/o servicios que deberá proporcionar, el CONTRATISTA se compromete a tomar medidas inmediatas para subsanar la demora y/o (en consulta con el COMPRADOR) deberá recurrir a otras fuentes inmediatamente disponibles, sin comprometer los criterios de calidad y/o cantidad aplicables a tales bienes y servicios."

### C. *Terminación con retraso*

104. Los efectos y remedios del retraso se tratan en la parte segunda, XI, *Demoras y recursos, infra*. Baste notar aquí que no puede haber un retraso indefinido y que, por consiguiente, en algunos contratos, el comprador tiene derecho a fijar una fecha final de terminación. En la cláusula 20.5 de CEPE 188A y 574A se prevé:

"En el caso de que siga sin terminar una parte de la Obra..., el comprador podrá exigir por escrito al Constructor que la termine y fijarle para ello un plazo definitivo teniendo equitativamente en cuenta la importancia de los retrasos ya procucidos..."

## X. Recepción y aceptación

### A. *Observaciones generales*

105. La recepción implica generalmente la toma de posesión. La aceptación significa aprobación. Una de las principales obligaciones del comprador con arreglo a la Convención sobre compraventas es "recibir" las mercaderías (Artículo 53). Esta obligación implica realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega y hacerse cargo de las mercaderías (Artículo 60).

106. No siempre se define en los contratos de obras la obligación del comprador de hacerse cargo de éstas. En algunos casos la recepción se considera idéntica a la aceptación. En otros, la recepción efectiva está *precedida* por una aceptación (precedida a su vez por pruebas de aceptación o recepción; véase VIII, *Inspección y pruebas, supra*). Algunas veces la aceptación *sigue* a la recepción.

107. La obligación del comprador de recibir o aceptar no siempre se indica expresamente, pero puede deducirse de lo dispuesto en el contrato.

### B. *Condiciones previas de la recepción y la aceptación*

108. En CEPE 188A y 574A se prevé la recepción de las obras:

Cláusula 22. "*Aceptación*

"22.1 Una vez terminada la obra de conformidad con el contrato, y realizadas satisfactoriamente todas las pruebas de aceptación que se requieran a la terminación del montaje, se considerará que el comprator la ha aceptado y entrará en vigor el plazo de garantía..."

109. En este contexto, la recepción ("taking over") es idéntica a la aceptación en el sentido de aprobación (véase también parte segunda, XV, *Garantías, infra*). Ni siquiera es necesario que el comprador se haga cargo realmente de las obras, pero *se entiende* que así lo ha hecho si se llenan dos condiciones previas:

*a*) que las obras se hayan terminado (véase IX, *Terminación, supra*); y

*b*) que las obras hayan superado todas las pruebas de aceptación (véase VIII, *Inspección y pruebas, supra*).

110. Estas condiciones previas suelen figurar en todos los contratos. La disposición pertinente en FIDIC-EMW es la siguiente:

"Recepción"

Cláusula 32.1: "Tan pronto como las Obras se hayan terminado de conformidad con el Contrato (excepto en aspectos menores que no afecten su utilización para la finalidad a que se destinan y sin perjuicio de las obligaciones del contratista con arreglo a la cláusula 33 (Defectos)) y han superado las Pruebas de Terminación, el Ingeniero extenderá un certificado al Contratista, con copia para el Contratante, (denominado en el presente contrato "Certificado de Recepción") en el que dará fe de la fecha en que las Obras se han terminado y han superado dichas pruebas, y *se entenderá que el Contratante se ha hecho cargo de las obras* en la fecha así acreditada y, en adelante, la propiedad y el riesgo por pérdida o deterioro respecto de las obras o cualquier Sección o Parte de las mismas pasarán al Contratante, con sujeción a lo dispuesto en la cláusula 15 (Responsabilidad por accidentes y deterioros) y en la Cláusula 33 (Defectos), pero la expedición de un Certificado de Recepción no equivaldrá a una admisión de que las Obras están terminadas en todos sus aspectos."

111. En el proyecto de modelo de la ONUDI hay dos tipos de aceptación, esto es, la provisional y la final. Las condiciones previas para la aceptación provisional en los diversos modelos son:

| | | *TKL 18.14* | *STC 18.26* | *CRC 18.14* |
|---|---|---|---|---|
| *a*) | cuando se hayan proporcionado todos los certificados de inspección y de materiales; | X | X | X |
| *b*) | cuando se haya preparado, y el ingeniero haya aprobado, una relación para el período de las garantías mecánicas; | X | X | |
| *c*) | cuando se hayan suministrado todos los documentos enumerados en un Anexo, incluidos los planos en su forma terminada; | X | X | X |

| | *TKL 18.14* | *STC 18.26* | *CRC 18.14* |
|---|---|---|---|
| *d*) cuando se haya obtenido un informe de terminación de la construcción "civil"; | X | | |
| *e*) cuando se hayan realizado satisfactoriamente las pruebas; | X | X | |
| *f*) cuando se haya firmado el informe de terminación fisicomecánica; | X | | X |
| *g*) cuando se haya presentado y aceptado el certificado de las pruebas de funcionamiento; | X | X | X |
| *h*) cuando se hayan cumplido satisfactoriamente los servicios de administración. | X | | |

112. En la contrapopuesta UNIDO-CRC se hace también la distinción entre aceptación provisional y aceptación definitiva. Se proponen, sin embargo, sólo tres condiciones previas para la expedición del certificado de aceptación provisional (Artículo 18.11):

*a*) que se hayan proporcionado todos los certificados de inspección y materiales;

*b*) que se hayan proporcionado todos los documentos con arreglo al Anexo;

*c*) que el contratista haya presentado el certificado de las pruebas de funcionamiento y el comprador lo haya firmado.

113. En los modelos de la ONUDI, el comprador debe expedir un certificado de aceptación definitiva cuando se ha cumplido de manera satisfactoria con todos los requisitos contractuales dentro de los doce meses de la aceptación provisional de la planta (Artículo 18.20 de UNIDO-TKL y UNIDO-CRC, y Artículo 18.32 de UNIDO-STC).

114. La contrapropuesta UNIDO-CRC obedece a un concepto diferente. En ella la aceptación provisional se transforma en definitiva si el comprador no expresa reservas en el certificado de aceptación provisional. Si en el certificado de aceptación provisional se expresan reservas, la planta se entenderá definitivamente aceptada cuando se hayan contemplado de modo satisfactorio todas las reservas. El comprador extenderá entonces, sin demora, el correspondiente certificado de aceptación definitiva (Artículo 18.13 de la contrapropuesta). Existe además un plazo para la fecha más tardía de la aceptación definitiva que empezará a correr en la fecha efectiva del contrato.

115. Las anteriores disposiciones muestran que la terminación de la planta de conformidad con el contrato y el resultado satisfactorio de las pruebas son las exigencias mínimas para la aceptación. En las Condiciones CEPE-FIDIC no se distingue entre aceptación provisional y definitiva.

### C. *Acto de aceptación*

116. En muchos contratos la recepción y la aceptación son actos solemnes. A veces, los representantes de ambas partes presencian las pruebas o examinan conjuntamente la planta. Pueden también acordar las modificaciones o rectificaciones necesarias. Ambas partes firman un acta de aceptación en la que se declara que la planta ha sido entregada y aceptada. Si la planta comprende muchas máquinas y equipo que han sido sometidos a prueba individualmente, habrá una colección de actas de pruebas. La fecha de la firma de la última será la fecha de la aceptación.

117. En otros casos no se hace distinción entre prueba de funcionamiento satisfactorio y aceptación. Tal vez se entienda que la firma del acta de la última prueba de funcionamiento satisfactoria es la de la aceptación de la planta.

118. La Guía de la CEPE no se refiere a la aceptación como acto solemne. Se refiere a las pruebas de aceptación satisfactorias en cuanto indican le terminación general de la planta únicamente en relación con el retraso y el posible cálculo de penalizaciones (párrafo 40 ii)).

119. Las Condiciones FIDIC-CEC no tratan expresamente la aceptación. No se prevé ningún acto solemne de aceptación, pero, tras la terminación de la obra (o de alguna parte sustancial de la misma), el contratista puede solicitar que se expida certificado de terminación y, tras un cierto tiempo, que en estas Condiciones se denomina "período de mantenimiento", un certificado de mantenimiento. Ello constituirá la aprobación de las obras (cláusula 61 de FIDIC-CEC).

120. Como antes se ha expresado, una de las principales condiciones previas para la aceptación provisional en el proyecto UNIDO-TKL es la presentación y aceptación del informe sobre la prueba de funcionamiento (véase también VIII, *Inspección y pruebas, supra*). Para la aceptación misma de la planta se expedirá un certificado especial, de conformidad con el artículo 26.13.1 de UNIDO-TKL:

> "Si dicho informe es satisfactorio, el COMPRADOR, dentro de los treinta (30) días a partir del recibo del informe del CONTRATISTA, deberá emitir un *certificado de aceptación* o, en caso contrario, deberá comunicar al representante del CONTRATISTA en el Emplazamiento, dentro del mismo plazo, los motivos de no aceptación."

### D. *Aceptación parcial de las obras*

121. Es posible la aceptación de parte de las obras si diferentes partes de la planta están listas en momentos diferentes y si es posible utilizarlas independientemente. FIDIC-EMW contiene dos disposiciones relativas a la recepción de partes:

> Cláusula 32.1: "En caso de que las Obras estén divididas según el Contrato en dos o más Secciones, el Contratante tendrá derecho a recibir una o más Secciones antes que la otra u otras, tras lo cual el Ingeniero deberá extender un Certificado de Recepción al respecto."
>
> Cláusula 32.2: "Si por acuerdo entre el Contratante, el Ingeniero y el Contratista hubiera que recibir una Parte de las Obras (distinta de una Sección o Secciones) antes del resto de las Obras, el Ingeniero extenderá un Certificado de Recepción respecto de esa parte."

### E. *Aceptación presunta*

122. Existen casos en que se entiende que el comprador ha aceptado las obras o la planta. A continuación se dan algunos ejemplos:

*a) Incumplimiento de ciertos actos por parte del comprador*

El comprador está obligado a recibir las obras. Ello implica realizar todos los actos necesarios que permitan al contratista efectuar la entrega. Si, por ejemplo, las pruebas de funcionamiento no pueden practicarse porque el comprador no cumplió sus obligaciones acerca del material, el agua, la energía, los trabajadores, etc., se entiende generalmente que aquél ha aceptado la planta.

*b) Oposición del comprador a que se practiquen las pruebas de recepción*

En la cláusula 22.2 de CEPE 188A y 574A se expone lo siguiente:

"Si el comprador no desea que se efectúen las pruebas de aceptación, se considerará que ha aceptado la obra y el plazo de garantía entrará en vigor mediante simple notificatión por escrito del constructor."

FIDIC-EMW se refiere a una situación análoga:

Cláusula 32.4: "Si, a causa de algún acto u omisión del Contratante o del Ingeniero, o de algún otro contratista a que haya recurrido el Contratante, se impidiera al Contratista llevar a cabo las pruebas de terminación, y a menos que mientras tanto se haya demostrado que las Obras no se conforman sustancialmente con el contrato, se entenderá que el Contratante se ha hecho cargo de las obras y el Ingeniero expedirá, en consecuencia, un Certificado de recepción;..."

*c) Postergación de las pruebas de recepción*

En las cláusulas 22.3 de CEPE 188A y 574A se estipula que:

"Si como consecuencia de las dificultades con que tropieza el comprador—independientemente de que estén previstas o no en el artículo 25—resulta imposible efectuar las pruebas de aceptación, éstas quedarán aplazadas por un período que no excederá de seis meses, o por el plazo que las partes fijen de común acuerdo, y se aplicarán las siguientes disposiciones:

"*a*) El comprador estará obligado a efectuar los pagos como si la aceptación hubiese tenido lugar,...

"*f*) Si al expirar el plazo de seis meses o el plazo fijado por las partes de común acuerdo no se hubieran efectuado las pruebas, se aplicará lo dispuesto en el párrafo 22.2 en el caso de no ser aplicable el Artículo 25."

*d) Conducta del comprador*

Aparte de las pruebas de funcionamiento, hay otros casos en que se entiende que el comprador ha aceptado la planta. En la cláusula 32.1 de FIDIC-EMW se prevé:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en la subcláusula 3 de la presente cláusula, el Contratante no utilizará las Obras ni ninguna Sección o Parte de las mismas hasta que se haya expedido un Certificado de Recepción al respecto. Si, a pesar de ello, el Contratante utiliza las Obras o una Sección o Parte de las mismas se entenderá que las Obras o esa Sección o Parte han sido recibidas."

*e) Demora en la aceptación*

El proyecto UNIDO-TKL contiene también una disposición sobre la aceptación presunta. Según el Artículo 26.13.2 la no expedición del certificado de aceptación antes mencionado no impide en todos los casos la aceptación:

"...en caso de que el COMPRADOR no expida el certificado de aceptación o no informe al CONTRATISTA en la forma dispuesta en la subcláusula 26.13.1, el CONTRATISTA deberá pedir al COMPRADOR una explicación de la demora y si el COMPRADOR no responde dentro de un nuevo plazo de treinta (30) días, *se considerará que,* en la fecha en que se completó satisfactoriamente la prueba, *ha tenido lugar la aceptación* de la Planta que fue sometida a prueba."

### F. *Negativa a aceptar*

123. De lo anterior se deduce que el comprador puede negarse a aceptar las obras si la planta no ha sido construida de conformidad con el contrato o si no está terminada o si las pruebas no se han efectuado satisfactoriamente. Sin embargo, el comprador debe aceptarlas si existen sólo defectos menores o sin importancia (véase cláusula 32.1 de FIDIC-EMW, *supra,* párrafo 121).

124. En los modelos de la ONUDI los defectos menores no autorizan al comprador a rehusar la aceptación. Esto no se expresa en los proyectos, pero se desprende de otras disposiciones. Al parecer, se expedirá el certificado de aceptación provisional incluso si:

*a*) las pruebas no han sido satisfactorias y el comprador reclama los daños y perjuicios pactados (Artículo 18.17 de UNIDO-TKL);

*b*) se necesitan reparaciones que ha de efectuar el contratista (Artículo 18.18 de UNIDO-TKL).

### G. *Efectos jurídicos de la recepción y aceptación*

125. Al aceptar la planta, el comprador reconoce que el contrato se ha cumplido debidamente. Sin embargo, las partes pueden declarar los defectos, si los hubiere, en el acta de aceptación y acordar un plazo para rectificarlos.

126. De acuerdo con la cláusula 32.1 de FIDIC-EMW "la expedición de un Certificado de Recepción no equivaldrá a una admisión de que las Obras están terminadas en todos los aspectos."

127. UNIDO-TKL y UNIDO-CRC contienen una disposición semejante:

Artículo 18.16: "*La aceptación provisional* de la Planta por el Comprador o el hecho de que el COMPRADOR se haga cargo de cualquier parte o sección determinada de la(s) planta(s), *no... se interpretarán*

*como prueba de que fragmentos* de las Obras, partes, secciones y/o materiales de la Planta *hayan sido terminados.*"

Análogamente, en UNIDO-STC:

Artículo 18.28: "La aceptación provisional de la(s) planta(s) por el COMPRADOR o el hecho de que el COMPRADOR tome posesión de cualquier parte o sección determinada de la(s) Planta(s), no exonerará en modo alguno al CONTRATISTA de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de este contrato, ni se interpretará como prueba de que la(s) planta(s) están libres de defectos."

128. Un grupo internacional de contratistas ha criticado estas disposiciones, afirmando que un informe firmado debe significar lo que en él se expresa y que cualquier reserva al respecto debe hacerse constar en el informe (véase ID/WG.318/4, párrafo 23).

129. Según la cláusula 32.1 de FIDIC-EMW, el efecto jurídico de la aceptación y la recepción es que la propiedad y el riesgo por pérdida o deterioro de las obras pasan al comprador.

130. De acuerdo con la cláusula 22.1 de CEPE 188A y 574A, el plazo de garantía comienza en la fecha de aceptación.

131. Con arreglo al artículo 18.19 de UNIDO-TKL el comprador, una vez se ha hecho cargo, "será responsable por la administración, funcionamiento y mantenimiento de las Obras y tomará y mantendrá los seguros que se considere necesario".

132. Algunas veces el período de crédito, el pago de cuotas o el pago de intereses comienzan en la fecha de la aceptación. No obstante, este efecto se excluye a veces expresamente. Por ejemplo, según la cláusula 62(1) de FIDIC-CEC, el certificado de mantenimiento que señala la aprobación o aceptación de las obras no es condición precedente al pago al contratista.

133. Por el contrario, conforme al Artículo 26.15 de UNIDO-TKL, el certificado de aceptación da derecho al adquirente a recibir el pago:

"La expedición de estos certificados de aceptación provisional darán al CONTRATISTA el derecho ... a recibir los pagos exigibles a la terminación de las pruebas de garantía y a la aceptación de la Planta, en conformidad con el Artículo 20."

[A/CN.9/WG. V/WP. 4/Add. 4*]

## XI. Demoras y recursos

### A. *Observaciones preliminares*

1. Por regla general, las partes de un contrato deben cumplirlo según sus estipulaciones. Esta obligación se refiere no sólo a la propia ejecución sino también al plazo en el cual ésta debe concluirse. Si una parte no cumple sus obligaciones en el plazo fijado por el contrato, existirá una "demora" según los términos del contrato.

2. Las demoras en la ejecución de un contrato pueden producirse en diferentes etapas del mismo y pueden ser causadas por incumplimiento del contrato por las partes o pueden deberse a causas que escapan del control de las partes.

3. La parte agraviada puede pedir que se remedie la situación de demora. El remedio dependerá de la gravedad y seriedad de la demora. En vista de la índole de los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales cabe prever que estén esencialmente orientados al cumplimiento y que sólo como medida de último recurso la parte agraviada tendrá derecho a poner fin al contrato.

### B. *Clases de demoras y sus remedios*

1. *Demora en el cumplimiento de las obligaciones principales*

*a) Terminación*

4. En caso de demora en la realización de las obras, la cláusula 47 del texto FIDIC-CEC estipula que:

"... el Contratista ... deberá abonar al Contratante la suma que se indica en el Contrato para liquidación de daños y perjuicios causados por dicho retraso y no en concepto de penalidad por cada día o parte de un día que transcurra entre la fecha prescrita por la cláusula 43 del presente documento y la fecha en que se certifique la terminación de las Obras ..."

5. Sin embargo, la misma cláusula del texto FIDIC-CEC continúa más adelante:

"El pago o la deducción de dichos daños y perjuicios no exonerará al Contratista de su obligación de terminar las Obras y de ninguna de sus demás obligaciones ni responsabilidades emanantes del Contrato."

6. Según la cláusula 31.1 del texto FIDIC-EMW, el comprador también tiene derecho "a una reducción del monto del contrato a menos que de las circunstancias del caso especial se pueda llegar razonablemente a la conclusión de que el Empleador no ha sufrido pérdida alguna". La cantidad exacta de esta reducción se determinará según las cifras proporcionadas en un apéndice de la propuesta.

7. Si las obras permanecen sin terminar por mucho tiempo, la cláusula 31.2 del texto FIDIC-EMW estipula que:

"Si alguna Parte de las Obras respecto de la cual el Contratante tiene derecho a la reducción máxima según la subcláusula 1 de esta cláusula queda sin terminar, el Contratante podrá, mediante notificación por escrito al Contratista, requerir de éste que la termine y en tal notificación fijará plazo final para la terminación, el cual deberá ser razonable teniendo en cuenta la demora que ya ha ocurrido. Si por cualquier causa que no sea imputable al Contratante o algún otro contratista empleado por él, el Contratista dejara de terminar las Obras dentro de ese plazo, el Contratante podrá, mediante otra notificación por escrito al Contratista, o bien

"*a*) pedir al Contratista que termine esa Parte de la Obra, o

* 27 mayo 1981.

"*b*) rescindir el contrato respecto a esa Parte de las Obras

"y obtener del Contratista el reembolso de cualquier pérdida sufrida por el Contratante a causa del incumplimiento mencionado hasta una suma que no exceda de la indicada en el apéndice de la Oferta o, si no se indica ninguna suma, la parte del monto del Contrato que corresponda adecuadamente a la Parte de las Obras que a causa del incumplimiento del contratista no pueda utilizarse en la forma prevista."

8. La solución prevista por el texto FIDIC-EMW es similar a la de las Condiciones Generales de la CEPE en el caso de que la demora en la terminación de las obras no se remedie inmediatamente. La cláusula 20.5 de los textos ECE 188A y 574A estipula que:

"En el caso de que siga sin terminar una parte de la obra respecto de la cual el comprador haya tenido derecho a la reducción máxima definida en el párrafo 3 del presente artículo o hubiera tenido derecho a esa reducción de haber hecho al constructor la notificación mencionada en dicho párrafo, el comprador podrá exigir por escrito al constructor que la termine y fijarle para ello un plazo definitivo teniendo equitativamente en cuenta la importancia de los retrasos ya producidos. Si, por cualquier causa que no sea imputable al comprador ni a otro constructor por él empleado, el constructor no hace lo necesario para que la obra quede terminada dentro de ese plazo, el comprador tendrá el derecho—mediante una simple carta y sin necesidad de pedir la rescisión ante ningún tribunal—a dar por terminado el contrato por lo que se refiere a la parte de la obra no terminada y a exigir del constructor que le indemnice por los perjuicios que el incumplimiento le haya causado hasta el límite de la cantidad mencionada en el párrafo F del anexo o, a falta del tal mención, hasta el equivalente del valor, determinado a base del contrato, de la parte de la obra que por incumplimiento del constructor no se haya podido utilizar como estaba previsto."

9. La sanción por la demora en la terminación, o por la no terminación, es usualmente el pago de daños y perjuicios (véase XII, *Indemnización de daños y perjuicios y limitación de responsabilidad, infra*) o el pago de una indemnización fijada convencionalmente y la rescisión (véase segunda parte, XVII, *Rescisión*).*

*b) Pagos*

10. Si el comprador incurre en mora, la cláusula 11.5 de los textos ECE 188A y 574A estipula que:

"Si el comprador está en mora en sus pagos, y a menos que el incumplimiento del comprador sea imputable a un acto u omisión del constructor, éste podrá dejar en suspenso sus obligaciones hasta que se hagan efectivos los pagos atrasados."

11. En el caso en que continúe el retraso en los pagos, la cláusula 11.7 de los textos ECE 188A y 574A estipula que:

"... el retraso del comprador en efectuar sus pagos autorizará al constructor para exigirle—mediante notificación por escrito hecha oportunamente—los intereses correspondientes por ese retraso a contar desde el vencimiento y con arreglo al tipo fijado en el párrafo B del anexo. Si en el plazo fijado en el párrafo C del anexo, el comprador no ha hecho efectiva la cantidad adeudada, el constructor tendrá derecho—mediante una simple carta y sin necesidad de pedir la rescisión ante ningún tribunal—a dar por terminado el contrato y obtener del comprador la indemnización por el perjuicio irrogado hasta el límite de la cantidad mencionada en el párrafo A del anexo."

12. Según la cláusula 69 (1) del texto FIDIC-CEC, el contratista puede rescindir el contrato:

"En caso de que el Contratante:

"*a*) Deje de pagar al Contratista la cantidad debida correspondiente a algún certificado del Ingeniero dentro de los 30 días después de la fecha de vencimiento del mismo determinada por los términos del Contrato (sujeto a cualquier deducción que el Contratante tenga derecho a ejecutar en virtud del Contrato)..."

13. El modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano con pago global (UNIDO-TKL) no contiene ninguna disposición por la que se otorguen al contratista recursos en el caso de que el comprador demore los pagos según las disposiciones del contrato. Por tanto, los recursos de que dispondría el contratista en este caso serían los existentes según la ley aplicable.

*c) Aceptación*

14. Si el comprador no acepta el material en la fecha estipulada en el contrato, la cláusula 10.1 de los textos ECE 188A y 574A estipula que "tendrá que respetar el plazo normalmente previsto para los pagos convenidos en el momento de la entrega. El constructor almacenará el material por cuenta y riesgo del comprador y lo asegurará, también por su cuenta, si este último lo desea ..."

15. Las Condiciones FIDIC-EMW también contienen disposiciones similares sobre las consecuencias de retraso del comprador en aceptar el material, es decir, respecto de pagos, almacenamiento y seguros (cláusulas 26.2, 26.4, 26.5, 26.7).

2. *Demora en el cumplimiento de otras obligaciones*

16. En otros capítulos se han tratado ya algunos de los casos posibles de emora y sus consecuencias y, por tanto, no se repetirán aquí. Con respecto a la demora en la realización de las pruebas, véase VIII, *Inspección y pruebas**; en cuanto a las demoras en corregir los defectos, véase XV, *Garantías*** y XVI, *Correción de defectos****.

3. *Demoras debidas a circunstancias de exoneración*

17. En el capítulo XIII, *Exoneración*****, que trata los casos de fuerza mayor o frustración y otros tipos de circunstancias que impiden a las partes dar cumplimiento al contrato.

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 7 (reproducido más adelante).

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 3 (reproducido anteriormente).
** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 6 (reproducido más adelante).
*** *Ibid.*
**** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 5 (reproducido más adelante).

18. Algunos de los formularios en estudio tratan otros casos distintos a los de fuerza mayor, frustración o exoneración que pueden ocasionar demoras en la ejecución del contrato. Estas otras causas de demora a las que se refiere por ejemplo la cláusula 44 del texto FIDIC-CEC son "trabajo suplementario o adicional de cualquier tipo" y "condiciones climáticas excepcionalmente desfavorables".

19. En caso de que la ejecución por parte del contratista se demore por una razón no imputable a las partes, el artículo 44 del texto FIDIC-CEC estipula que el contratista tiene derecho "a una prórroga de tiempo para la terminación de las Obras". El ingeniero determinará la extensión de tal prolongación y lo "notificará al Empleador y al Contratista de conformidad".

20. Para que el ingeniero pueda tomar en cuenta el trabajo suplementario o adicional u otras circunstancias especiales, el contratista deberá notificarle de ello por escrito. Esta notificación se deberá enviar "dentro de los 28 días posteriores a la iniciación de tal trabajo o a la presentación de tales circunstancias o tan pronto como sea posible desde ese momento" y deberá contener "pormenores completos y detallados de cualquier prórroga de tiempo a la que (el contratista) pudiera considerar tener derecho a fin de que dicha presentación pueda ser investigada a tiempo".

21. El Artículo 19 del modelo UNIDO-TKL trata de las prórrogas para la terminación si la demora se debe a circunstancias no imputables a las partes. El Artículo 19.1 del mismo modelo se refiere a "Vandalismo, daño intencional y muerte o lesión de personal clave" pero excluye las circunstancias o los acontecimientos cubiertos por los Artículos 18.18 (Reparaciones y modificaciones de la Planta), 29.10 (Incapacidad de ejecutar y demostrar las pruebas de garantía) y 34 (Fuerza mayor) que puedan también demorar la terminación de las obras.

22. Según Artículo 19.1 del modelo UNIDO-TKL, el contratista debe también hacer una petición por escrito al comprador cuando desee "una prórroga del plazo para la terminación de los trabajos o de parte de los trabajos en la medida en que los factores que exigen su demora obedezcan a dichas circunstancias". Esta petición por escrito deberá hacerse dentro de los 10 días de producida una de las circunstancias indicadas más arriba, y que produjo la demora.

## XII. Indemnización de daños y perjuicios y limitación de la responsabilidad

### A. *Introducción*

23. La obligación de pagar daños y perjuicios por incumplimiento de contrato es una de las consecuencias más importantes de la falta de ejecución. Todo indica que la importancia es especialmente significativa en los contratos internacionales de suministro y construcción de importantes obras industriales debido a la gran magnitud de los daños que pueden resultar del incumplimiento de estos contratos. Además, pueden plantearse problemas en relación con daños pretendidos en virtud de una garantía. Por tanto, en estos contratos se encuentran a menudo cláusulas que prevén daños y perjuicios pagaderos en caso de incumplimiento.

24. En el capítulo XIII se trata la limitación de la responsabilidad en los casos de exoneración. Este capítulo sólo se refiere a las limitaciones de la responsabilidad con respecto al tipo de daños y perjuicios que se deben indemnizar. Las limitaciones se pueden resumir como sigue:

Exclusión de daños imprevisibles,

Exclusión de las pérdidas indirectas y consecuenciales y de las ganancias previstas,

Reducción del monto de los daños y perjuicios en casos en que no haya procurado mitigar la pérdida,

Estipulación de un monto limitado para los daños y perjuicios,

Exclusión de los daños causados por defectos de los materiales proporcionados por el comprador, o de los diseños estipulados por éste,

Exclusión de lesiones coporales y daños a bienes que no constituyan el objeto del contrato.

### B. *Exclusión de daños imprevisibles*

25. En muchas convenciones internacionales y sistemas jurídicos, así como en condiciones generales, se pueden encontrar normas que excluyen la responsabilidad por pérdidas que no pudieron ser previstas por la parte que incurre en incumplimiento. En todas estas normas, el único plazo pertinente es el de la conclusión del contrato. El conocimiento que se adquiere posteriormente no es pertinente para la determinación de los daños y perjuicios.

26. El Artículo 74 de la Convención de Compraventa dice:

> "La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato."

27. Este principio de excluir el pago de los daños y perjuicios por pérdidas imprevisibles está contenido en la cláusula 26.1 de los textos ECE 188A y 574A, que dice:

> "En el caso de que una de las partes esté obligada a pagar a la otra daños y perjuicios, el importe de éstos no podrá exceder de la reparación que la parte responsable de ellos pudo prever por este concepto cuando se prefeccionó el contrato."

28. En la cláusula 16.2 del texto FIDIC-EMW hay una disposición similar:

> "En los casos en que el Contratante o el Contratista sean responsables por el pago de daños y perjuicios a la otra parte, éstos no deberán exceder los daños que la parte que ha incurrido en incumplimiento podría haber previsto razonablemente en la fecha del Contrato."

C. *Exclusión de las pérdidas indirectas y consecuenciales, y de las ganancias previstas*

29. En la cláusula 16.1 del texto FIDIC-EMW se excluyen hasta cierto punto los daños y perjuicios indirectos o consecuenciales:

"A excepción de lo previsto en la cláusula 31.1 (demoras en la terminación) en cuanto a la reducción del monto del Contrato en casos de demora, y a excepción de lo previsto en la cláusula 33.11 (falta grave), el Contratista no tendrá responsabilidad alguna frente al Contratante por indemnización, o por incumplimiento del Contrato que ocasione pérdida del uso (completa o parcial) de las Obras, o por ganancias, o por algún contrato, o por algún daño o perjuicio indirecto o consecuencial que pueda sufrir el Contratante."

30. El Artículo 30.6 del modelo UNIDO-TKL y el Artículo 30.6 del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables (UNIDO-CRC) excluyen las utilidades previstas y las pérdidas a daños consecuenciales de la manera siguiente:

"EL CONTRATISTA no será responsable en virtud del Contrato por la pérdida de utilidades previstas o por las pérdidas o daños consecuenciales resultantes de cualquiera otra causa, excepto en la medida en que se relacionen con el pago al COMPRADOR de las sumas exigibles en virtud del Artículo 24 y/o de pólizas de seguro tomadas por el CONTRATISTA exclusivamente en relación con los tipos de pérdidas a que se hace referencia en esta cláusula 30.6."

31. Por otra parte, el Artículo 30.3 de la contrapropuesta al modelo UNIDO-CRC contiene una limitación más amplia en cuanto a las utilidades previstas y a las pérdidas consecuenciales:

"El CONTRATISTA no será responsable en ningún caso, ya sea en virtud del Contrato, por negligencia, o de otra manera por la pérdida de utilidades previstas, o por pérdidas o daños consecuenciales que se produzcan por cualquier causa."

D. *Reducción del monto de los daños y perjuicios en casos en que no se haya procurado mitigar la pérdida*

32. Por lo general, las normas jurídicas aplicables exigen a la parte que invoque el incumplimiento del contrato que procure mitigar la pérdida resultante de dicho incumplimiento. El propósito de estas disposiciones es evitar la escalación de los daños y perjuicios.

33. El Artículo 77 de la Convención de Compraventa dice:

"La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida."

34. La cláusula 26.2 de los textos ECE 188A y 574A contiene disposiciones similares:

"La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá tomar todas las disposiciones necesarias para atenuar la pérdida sufrida, a menos que ello le imponga inconvenientes o gastos excesivos. Si no lo hace así, la parte que no haya cumplido el contrato podrá prevalerse de esa negligencia para pedir que se reducza la indemnización."

35. También en la cláusula 16.3 del texto FIDIC-EMW se encuentra una disposición similar:

"La parte que incurra en incumplimiento del contrato estará obligada, en todos los casos, a adoptar todas las medidas necesarias para reducir la pérdida resultante del incumplimiento con tal que lo pueda hacer sin inconvenientes o costos desmedidos. Si no adopta tales medidas, la otra parte del contrato podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios."

E. *Estipulación de un monto limitado para los daños y perjuicios*

36. A menudo, las partes del contrato limitan la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que se deberá pagar en caso de incumplimiento del contrato, ya sea mediante un porcentaje del precio de las obras o una cantidad estipulada directamente en el contrato. En tal caso, el derecho de pedir la indemnización de los daños y perjuicios se rige por las normas aplicables, pero el monto de los daños y perjuicios no puede exceder la cantidad acordada por las partes.

37. La cláusula 30.5 del modelo UNIDO-TKL dispone lo siguiente:

"La responsabilidad total del CONTRATISTA en virtud del Contrato no excederá de la mayor de las sumas siguientes: (...)% del costo total del proyecto o (indíquese la cantidad), quedando exceptuada la responsabilidad ilimitada del CONTRATISTA respecto del cumplimiento de garantías de calidad y garantías absolutas, y de las modificaciones, rectificaciones y terminación de las Obras, así como la obligación de reembolsar al COMPRADOR la suma o sumas recibidas por el CONTRATISTA en virtud de las pólizas de seguros tomadas por el CONTRATISTA o de las demás pólizas tomadas concretamente a los fines del presente Contrato."

La cláusula 30.5 del modelo UNIDO-CRC contiene una disposición idéntica.

38. La cláusula 30.5 del modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano parcial (UNIDO-STC) contiene una disposición similar. Sin embargo, la limitación de la responsabilidad sólo está determinada por un porcentaje del precio total del contrato.

39. La cláusula 30.1 de la contrapropuesta al modelo UNIDO-CRC es de índole más general:

"La responsabilidad financiera general del CONTRATISTA, ya sea en virtud del Contrato, por negligencia, o de otra manera que se plantee a causa de la ejecución del Contrato, o que esté relacionada con la misma, no deberá exceder del (...)% del precio en firme fijado en el artículo 20.1.1."

40. Esta limitación de los daños y perjuicios está incluida en la cláusula 16.4 del texto FIDIC-EMW, de la siguiente manera:

"La responsabilidad del Contratista con respecto al Contratante en virtud de la cláusula 15 por cualquier acto o incumplimiento, no deberá exceder de la cantidad fijada en la parte II de estas Condiciones, y el Contratista no será responsable con respecto al Contratante por ninguna pérdida o daño a los bienes que ocurra después de la expiración del plazo fijado en la parte II de estas Condiciones."

41. Los contratos internacionales de suministro y construcción a menudo estipulan el pago de sumas en efectivo (sanciones pecuniarias, indemnizaciones fijadas convencionalmente) cuando se produce el incumplimiento de una obligacion contractual. Las partes incluyen estas cláusulas para determinar, en el momento en que se celebra el contrato, los daños y perjuicios que se pagarán en caso de incumplimiento, sin necesidad de tener que probar la cuantía real de la pérdida originada por el incumplimiento. Sin embargo, al mismo tiempo la cantidad acordada sirve con frecuencia de límite de la responsabilidad del deudor.

42. Se pidió al Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, de la CNUDMI, que examinara la cuestión de las cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y las cláusulas penales[1]. La Secretaría presentó dos estudios[2]. En su segundo período de sesiones (Nueva York, del 13 al 17 de abril de 1981) el Grupo de Trabajo aprobó un proyecto de normas sobre la relación entre el derecho de obtener la cantidad acordada (indemnización fijada convencionalmente, sanciones pecuniarias) y el derecho de pedir daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación contractual de la cual es accesorio. La norma dice:

"A menos que las partes hayan acordado otra cosa, si se produce un incumplimiento a cuyo respecto hayan las partes convenido en que se puede exigir el cobro, o la confiscación, de una suma de dinero, el acreedor estará facultado, con respecto al incumplimiento, para exigir el cobro, o la confiscación, de esa suma, y para exigir daños y perjuicios respecto de la porción de la pérdida no cubierta por la suma convenida, siempre y cuando pueda demostrar que su pérdida excede considerablemente de la cuantía de la suma convenida[3]."

F. *Exclusión de los daños causados por defectos de los materiales proporcionados por el comprador, o de los diseños estipulados por éste*

43. Los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales a veces estipulan que el comprador debe suministrar algunos materiales y/o diseños necesarios para la producción de la planta o para la construcción de las obras. En estos casos, los contratos generalmente excluyen la responsabilidad del contratista por defectos causados por estos materiales o diseños. La exclusión de la responsabilidad abarca la eliminación de los defectos, así como los daños y perjuicios referentes a la pérdida ocasionada por estos defectos.

44. La cláusula 23.12 de los textos ECE 188A y 574A dice:

"La obligación del constructor no existirá cuando el defecto sea imputable a materiales proporcionados por el comprador o a un diseño impuesto por éste último."

45. De la cláusula 33.2 de las condiciones FIDIC-EMW se desprende un principio similar:

"El Contratista deberá reparar con la mayor rapidez posible, a su costa, cualquier defecto o daño en una parte de las Obras que pueda aparecer u ocurrir durante el Período de Responsabilidad por los Defectos y que se origine:

"*a*) en materiales, fabricación o diseño defectuosos (que no sea un diseño hecho, facilitado o especificado por el Contratante y por el cual el Contratista ha rechazado por escrito toda responsabilidad dentro de un período razonable después de recibir las instrucciones del Contratante) o . . ."

G. *Exclusión de lesiones corporales y daños a bienes que no constituyan el objeto del contrato*

46. En muchos contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales se dispone expresamente la exclusión de las lesiones corporales y los daños a bienes que no sean objeto del contrato. Estas lesiones o daños pueden estar sometidos, sin embargo, a normas jurídicas aplicables con carácter obligatorio.

47. El campo de aplicación de la Convención de Compraventa es limitado a este respecto; el artículo 5 dice:

"La presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías."

48. Los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales no pueden, claro está, desconocer los derechos de terceros que no sean partes en estos contratos. Sin embargo, algunas condiciones generales tratan la responsabilidad del contratista en relación con el comprador en caso de que se produzca este tipo daños y perjuicios. La cláusula 23.14 de los textos ECE 188A y 574A estipula:

"Después de aceptada la obra, e incluso por lo que se refiere a los defectos cuyas causas sean anteriores a la aceptación, el constructor no asumirá más responsabilidad que las obligaciones definidas en el presente

[1] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 12.° período de sesiones (1979), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/34/17), párr. 31 (*Anuario* . . . 1979, primera parte, II, A).

[2] Informe del Secretario General titulado "Cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales" (A/CN.9/ 196) (reproducido en el presente volumen, Segunda Parte, II, A), e informe del Secretario General titulado "Cláusulas de indemnización fijada convencionalmente y cláusulas penales (II)" (A/CN.9/WG.2/WP.33 y Add. 1) (reproducido en el presente volumen, Segunda Parte, I, B).

[3] Informe del Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones (A/CN.9/197), párr. 42 (reproducido en el presente volumen, Segunda Parte, I, A).

artículo. Queda expresamente convenido que el constructor no satisfará indemnización alguna al comprador por accidentes corporales ni materiales ajenos al objeto del contrato que se produzcan después de la aceptación, así como tampoco por el *lucrum cesans*, a menos que de las circunstancias del caso resulte que el constructor ha cometido una falta grave."

49. Según la cláusula 23.15 de los mismos textos:

"Se entenderá por 'falta grave' todo acto u omisión del constructor que permita suponer una falta de precaución manifiesta, atendida la gravedad de las consecuencias que para un profesional concienzudo serían normalmente previsibles, o que permita suponer de parte del constructor una deliberada despreocupación por esas consecuencias; pero no se considerará como tal un descuido o torpeza cualquiera."

50. La cláusula 24.1 trata de la responsabilidad por lesiones corporales o daños materiales que ocurran antes de que se hayan aceptado las obras.

51. La cláusula 15.5 del texto FIDIC-EMW dice:

"Si después de iniciado el Período de Responsabilidad por los Defectos se produce respecto de una sección o parte de las obras alguna pérdida, lesión o daño respecto de bienes (que no formen parte de las obras todavía no aceptadas) o personas a causa de un evento ocurrido antes de la iniciación del Período de Responsabilidad por los Defectos, la responsabilidad del Contratista, con sujeción a la cláusula 16.4 (Limitación de la responsabilidad), será la siguiente:

"...

"*b*) En cuanto a los daños a bienes o las lesiones a personas, y a las acciones, pretensiones, demandas, costos, gastos y gravámenes que se planteen en relación con los mismos, el Contratista será responsable por ellos en la medida en que esos daños o lesiones se deban a negligencia del Contratista o de un subcontratista, o a defectos en el diseño (salvo que se trate de un diseño hecho, suministrado o especificado por el Contratante y respecto del cual el Contratista ha rechazado toda responsabilidad dentro de un plazo razonable después de recibidas las instrucciones del Contratante), los materiales o la ejecución, pero no a otras causas."

52. La cláusula 22 del texto FIDIC-CEC contiene una norma más general:

"(1) El Contratista, salvo y en la medida en que el Contrato especifique lo contrario, deberá indemnizar al Contratante contra todas las pérdidas y reclamaciones con respecto a lesiones o daños causados a cualquier persona o materiales o daños físicos a cualquier propiedad que sea que se puedan producir como efecto o consecuencia de la ejecución y mantenimiento de las Obras, así como contra todas las reclamaciones, daños, costas, gastos y desembolsos de cualquier clase que sean con respecto a o en relación a las mismas, excepto cualquier compensación o daños por o con respecto a:

"*a*) El uso permanente u ocupación de terrenos por las obras o por cualquier parte de las mismas.

"*b*) El derecho del Contratante a ejecutar las obras o cualquier parte de las mismas sobre, por encima, por debajo, dentro o a través de cualquier terreno.

"*c*) Lesiones o daños sufridos por personas o bienes, que sean resultado inevitable de la construcción de las Obras de acuerdo con el Contrato.

"*d*) Lesiones o daños sufridos por personas o bienes, que resulten de algún acto o descuido del Contratante, sus agentes, servidores u otros contratistas (que no sean empleados por el Contratista) así como todas las reclamaciones, demandas, daños, costos, gastos y desembolsos con respecto a o en relación a las mismas o cuando el Contratista, sus servidores o agentes hayan contribuido a la lesión o al daño, tal parte de la compensación que sea justa y equitativa teniendo en cuenta la extensión de la responsabilidad del Contratante, sus servidores o agentes u otros por el daño o lesión."

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 5*]

## XIII. Exoneración

### A. *Introducción*

1. La mayoría, si no todos, los sistemas jurídicos contienen disposiciones sobre circunstancias imprevistas o inevitables que obstaculizan, impiden o demoran la ejecución de un contrato. La naturaleza y el alcance de esas circunstancias que afectan al contrato difieren en diversos grados según los diferentes sistemas jurídicos. Las dos doctrinas principales que se han desarrollado para tratar esas circunstancias son la fuerza mayor y la frustración, aunque la primera de estas doctrinas puede significar cosas diferentes en los distintos sistemas jurídicos.

2. Las partes suelen insertar cláusulas de "fuerza mayor" o de "frustración" para ampliar o estrechar el ámbito de las dos doctrinas. En ese tipo de cláusulas, las partes pueden también asignar sus riesgos de una manera más precisa teniendo en cuenta la naturaleza de la ejecución del tipo de contrato de que se trate.

3. En este estudio, el término "exoneración" se utiliza para abarcar circunstancias en que se exime de responsabilidad a las partes. Aunque respecto de las circunstancias en examen pueda ocurrir una superposición de las doctrinas de fuerza mayor y de frustración, el término "exoneración" se utiliza con el objeto de evitar confusiones ya que puede haber acontecimientos que no correspondan al ámbito de ninguna de las dos doctrinas según se las interpreta en los diferentes sistemas jurídicos. No obstante, los términos "fuerza mayor", "frustración" y otras expresiones se utilizarán cuando se examinen cláusulas tomadas de contextos en que se empleen dichos términos.

4. La cláusula de exoneración constituye una de las cláusulas más importantes de todo contrato de obras; trata esencialmente de la situación de los riesgos en caso de que cambien las circunstancias. Esa cláusula puede evitar la

* 17 marzo 1981.

rescisión automática del contrato, medida que podría ser demasiado drástica y no convenir a los intereses mutuos de ambas partes. A nivel regional, por ejemplo en la CEPE, se han hecho intentos por redactar cláusulas de "eximición de la responsabilidad" para su uso en contratos de suministro y montaje de plantas y maquinaria. Las Condiciones Generales de la CEPE están concebidas para su aplicación en diferentes sistemas jurídicos. A nivel mundial, las disposiciones sobre "exenciones" de la Convención sobre Compraventas proporcionan un ejemplo satisfactorio de armonización en esta esfera del derecho en el contexto de la compraventa de mercaderías. En contratos de obras, las partes también han procurado modificar las doctrinas de fuerza mayor y frustración a fin de determinar las clases de emergencia que suspenderían o rescindirían sus obligaciones y también las consecuencias de esa suspensión o rescisión.

### B. *Circunstancias de exoneración*

#### 1. *Cláusulas de "fuerza mayor" en estipulaciones contractuales*

5. Del examen de diversos contratos de obras se desprenden varios enfoques:

*a*) Se hace referencia a la ley aplicable al contrato sin ningún intento por ampliar o estrechar su ámbito. Por ejemplo, en una cláusula se hace referencia a "los Artículos 513 y 514 del Código Civil".

*b*) Por lo general, las cláusulas de "fuerza mayor" son definidas por las partes pero no se hace ningún intento por explicar los acontecimientos exonerantes. Por ejemplo, una cláusula dice lo siguiente: "Ninguna de las partes será responsable por incumplimiento o demora en el cumplimiento de ninguna obligación del presente contrato (con excepción del pago de cualquier suma que se deba en virtud del mismo) por *causas que estén razonablemente fuera de su control.*" Esta cláusula se ha tomado de uno de los contratos que se habían de ejecutar en Trinidad y Tabago. La cláusula debe leerse en conjunción con la ley aplicable al contrato.

*c*) En algunas cláusulas de fuerza mayor se procura enumerar, con diverso grado de detalle, las circunstancias exonerantes. Pero la mayoría de ellas son sólo ilustrativas del alcance y dejan la resolución de la cuestión en manos de un juez o árbitro. En otras cláusulas se procura formular una lista más amplia, aunque no exhaustiva, y se concluye con una cláusula general, por ejemplo, "... sin perjuicio de su carácter general, toda otra circunstancia o acontecimiento que razonablemente esté fuera del control de los vendedores".

6. Los siguientes criterios se encontraron en las definiciones de "fuerza mayor" o en otras cláusulas similares, pero en diversas combinaciones:

Circunstancias imprevistas

Eventos previstos pero inevitables

Eventos imprevistos

Causas fuera del control de las partes

Impedimentos al cumplimiento de las obligaciones

Imposibilidad de impedir el evento pese al ejercicio de cuidado y diligencia razonables

Evento ocurrido después de la conclusión del contrato

Evento no imputable a ninguna de las partes

7. Con sujeción a variaciones en cuanto al alcance y la precisión, las siguientes son algunas circunstancias exonerantes encontradas en cláusulas de "fuerza mayor":

Desastres naturales (por ejemplo, relámpagos, terremotos, tormentas e inundaciones)

Obstáculos de orden político (por ejemplo, actos del enemigo, revoluciones, disturbios, sabotaje, embargos, retiro de licencias)

Obstáculos de índole económica (por ejemplo, retiro de licencias, embargos, conflictos industriales, huelgas, cierres forzosos, disturbios industriales, escasez de mano de obra, acción concertada de los obreros)

Obstáculos de orden jurídico (por ejemplo, medidas gubernamentales)

Obstáculos en los transportes (por ejemplo, demoras de los barcos, naufragios)

Otros obstáculos (por ejemplo, explosiones, rotura de maquinaria, accidentes, robo)

#### 2. *Condiciones de la CEPE 188A y 574A*

8. La cláusula 25.1 de las condiciones generales de la CEPE 188A dice lo siguiente:

"Se considerarán como causas eximentes de responsabilidad, si se originan después del perfeccionamiento del contrato e impiden su ejecución: los conflictos de trabajo y cualesquiera otras circunstancias tales como incendio, movilización, requisa, embargo, restricciones monetarias, insurrección, insuficiencia de medios de transporte, escasez general de materiales o restricciones en el uso de la energía, siempre que esas otras circunstancias sean independientes de la voluntad de las partes."

9. La cláusula 25.1 de las condiciones generales de la CEPE 574A dice lo siguiente:

"Se considerarán como causas eximentes de responsabilidad, si se originan después del perfeccionamiento del contrato e impiden su ejecución en condiciones normales, todas las circunstancias independientes de la voluntad de las partes. Se entenderán independientes de la voluntad de las partes, a los efectos de este artículo, aquellas circunstancias que no sean debidas a una falta de la parte que las invoca."

10. La diferencia entre los textos 188A y 574A es que el primero contiene algunas referencias específicas a los diversos tipos de circunstancias de eximición comprendidos en su ámbito. La enumeración de texto 188A no es exhaustiva sino sólo ilustrativa de algunos casos de exención contemplados.

11. En virtud de ambas cláusulas, las circunstancias deben ocurrir después de la formación del contrato y deben estar fuera del control de las partes. Tiene que haber una conexión entre la circunstancia y la ejecución del contrato. El texto 188A habla de circunstancias que "impiden su

ejecución" mientras que en el texto 574A se habla de circunstancias que "impiden su ejecución en condiciones *normales*". La frase "condiciones normales", que califica a la "ejecución", se consideró suficiente para excluir huelgas y los conflictos industriales que podrían impedir la ejecución pero que quizá no fueran "condiciones normales", dependiendo por supuesto de la naturaleza de la huelga o conflicto industrial.

### 3. *FIDIC-CEC*

12. Todo contrato de obras comprende invariablemente algunas obras de ingeniería civil. La disposición sobre "frustración" del texto FIDIC-CEC dice:

> Cláusula 66: "Si una guerra u otros circunstancias que escapan al control de ambas partes surgieran con posterioridad a la conclusión del Contrato en forma tal que cualquiera de las dos partes se ve imposibilitada de cumplir sus obligaciones contractuales, o de acuerdo con las leyes que rigen el Contrato las partes quedan exoneradas de cualquier cumplimiento ulterior, entonces la suma pagadera por el Empleador al Contratista con respecto al trabajo ejecutado será la misma que la que hubiera sido pagadera de acuerdo con la cláusula 65 del presente instrumento si el Contrato hubiera sido terminado de acuerdo con las provisiones de la cláusula 65 del presente instrumento."

13. En este cláusula se disponen dos categorías de "frustración": en primer lugar, "circunstancias fuera del control de ambas partes" (por ejemplo, "la guerra") que impiden el cumplimiento de las obligaciones contractuales; en segundo lugar, cuando las leyes que rigen el contrato exoneran a las partes de cualquier cumplimiento ulterior.

14. Además, en el texto FIDIC-CEC hay una enumeración de "riesgos especiales" en la cláusula 65 (5). Estos riesgos pueden subsiguientemente conducir a la "frustración" del contrato según lo estipulado en la cláusula 66:

> "Los riesgos especiales son guerra, hostilidades bélicas (ya sea guerra declarado o no), invasión, hostilidades de enemigos extranjeros, los riesgos nucleares y de presión de las ondas descritas en la cláusula 20 (2) del presente documento, o en tanto cuanto se relaciona con el país en el que se ejecutan o van a ser ejecutadas o mantenidas las Obras, rebelión, revolución, insurrección, ejercicio de poder militar o usurpado, guerra civil, o, a menos que estuviese restringida solamente a los empleados del Contratista o de sus Subcontratistas y que resultasen de la dirección de las Obras, tumulto, conmoción o desorden."

### 4. *FIDIC-EMW*

15. Todos los contratos de obras comprenden invariablemente obras eléctricas y mecánicas. El texto FIDIC-EMW contiene la siguiente cláusula de "frustración":

> Cláusula 48: "Si una guerra u otra circunstancia fuera del control de ambas partes se produce después de concluido el contrato de modo que en virtud de la ley que rige el contrato las partes están eximidas de cumplimiento ulterior, la suma pagadera por el Empleador al Contratista respecto de la obra ejecutada será la misma que hubiera debido pagarse en virtud de la cláusula 46 si el contrato se hubiera terminado en virtud de las disposiciones de la cláusula 46."

16. Esta cláusula es similar a la del texto FIDIC-CEC (véase el párrafo 12 *supra*). Sin embargo, dispone que la determinación de la cuestión de "frustración" se haga con referencia únicamente a la ley que rige el contrato.

17. Los "riesgos especiales" definidos en el texto FIDIC-EMW son similares, aunque no idénticos, a los del texto FIDIC-CEC (véase el párrafo 14 *supra*). La cláusula 47.5 del primer instrumento citado dice:

> "Los riesgos especiales son los de ondas nucleares y de presión descritos en la cláusula 15.1 *b*) iii) y IV o, en la medida en que se relacionen con el país en el que se han de ejecutar las obras, guerra, hostilidades (declaradas o no declaradas), invasión, actos de enemigos externos, rebeliones, revoluciones, insurrecciones, ejercicio de poder militar o usurpado, guerra civil, o, a menos que estuviesen restringidas solamente a los empleados del contratista o de sus subcontratistas y que resultasen de la dirección de las obras, tumulto, conmoción o desorden."

En el instrumento FIDIC-EMW, con excepción de los riesgos de ondas nucleares y de presión, todos los otros riesgos enumerados en la cláusula precedente deben relacionarse con el país en el que se ejecutan las obras. Estos incluyen guerra, hostilidades (declaradas o no) e invasión. Sin embargo, según el instrumento FIDIC-CEC no es necesario que los riesgos de guerra, hostilidades e invasión estén relacionados con el país en que se realizan las obras.

### 5. *Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial)*

18. En los tres modelos de contrato de la ONUDI se adopta el mismo enfoque en cuanto a la definición de fuerza mayor. Para facilitar la labor, se hace referencia a la cláusula 34.1 del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables:

> "A los fines del presente Contrato, se considerarán causas de Fuerza Mayor las que, estando razonablemente fuera del control del CONTRATISTA o del COMPRADOR (según sea el caso), impidan, inhiban o demoren la ejecución apropiada de este Contrato por la parte obligada, y que la parte afectada no pueda controlar pese a hacer todos los esfuerzos posibles por superar la demora, impedimento o inhibición."

En el Artículo 34.1 se incluyen los siguientes como casos de Fuerza Mayor:

> Guerra o lucha armada;
>
> Desórdenes o disturbios civiles;
>
> Terremotos, inundaciones, tempestades, tormentas eléctricas, condiciones climáticas no usuales, u otros desastres físicos naturales. Imposibilidad de utilizar ferrocarriles, puertos, aeropuertos, servicios de embarque u otros medios de transporte (que ocurran en forma concomitante y cuya ocurrencia se pruebe a entera satisfacción del COMPRADOR);

Accidentes, incendios o explosiones;

Huelgas, cierres, o acciones concertadas de los trabajadores (salvo cuando la parte involucrada en la Fuerza Mayor está en condiciones de impedir dichos actos);

Escasez o no disponibilidad de materiales (en las fuentes normales y en otras fuentes posibles), si ello escapa al control del CONTRATISTA, lo cual deberá probarse a entera satisfacción del COMPRADOR."

6. *Convención sobre los contratos de compraventa*

19. La mayoría de los contratos para el suministro y la construcción de grandes obras industriales probablemente quedarán comprendidos en el ámbito de la Convención sobre compraventa. No obstante, el enfoque adoptado en la cláusula sobre "exoneración" de la Convención puede ser pertinente al considerar una cláusula de exoneración en un contrato de obras. El Artículo 79 (1) dice:

"Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si 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."

20. Las condiciones para que una parte no sea responsable por falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones en virtud del Artículo 79 (1) son similares a las de algunas cláusulas de fuerza mayor de contratos de obras.

21. La Convención dispone también la exoneración en caso de falta de cumplimiento por una tercera parte a la que el vendedor haye encargado la ejecución total o parcial del contrato. El Artículo 79 (2) se entiende *limitado a la exoneración de un subcontratista y no de un proveedor.* Dicho artículo dice lo siguiente:

"Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

"*a*) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

"*b*) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo."

7. *Cláusula de "fuerza mayor" de la CCI*

22. La CCI ha redactado una cláusula de "fuerza mayor" para insertar en "contratos que se hayan de ejecutar por etapas o con ejecución diferida especialmente en la práctica internacional". En su informe sobre "cláusulas de fuerza mayor y de iniquidad en contratos internacionales" se dice que "es necesario adaptar las cláusulas a la situación económica básica que han de regir" (documentos Nos. 460/233, 460/247 y 460/262).

23. Entre los tipos de contrato que se examinaron en la preparación de la cláusula de fuerza mayor de la CCI figuraban "contratos relativos a la construcción de grandes complejos industriales, de minería, agrícolas o de construcción, y particularmente los llamados 'llave en mano'".

24. Se sugirió la siguiente cláusula de fuerza mayor (revisada en 1980):

*"Cláusula de exención de responsabilidad*

"I. *Definición de circunstancias que eximen de responsabilidad*

"1) *Evento de "fuerza mayor"*

"Toda circunstancia que exime a una de las partes de su responsabilidad puede ser definida como cualquier evento de fuerza mayor, o cualquier evento imprevisto que escape al control de esa parte, en la medida en que ésta no pueda impedir su ocurrencia o anticipar sus efectos, y que le impida temporal, o permanentemente cumplir sus obligaciones contractuales total o parcialmente, teniendo en cuenta la diligencia que razonablemente se podría exigir de esa parte.

"2) *Otras circunstancias*

"Toda circunstancia que exime a una de las partes de su responsabilidad puede ser definida como cualquiera de uno de los siguientes eventos cuando por su naturaleza impiden a una de las partes cumplir temporal o permanentemente sus obligaciones en todo o en parte:

"*a*) guerra y guerra civil, declarada o no, disturbios y revoluciones, actos de piratería, boycot;

"*b*) actos de sabotaje, requisiciones, confiscaciones, nacionalizaciones, embargos y expropiaciones;

"*c*) tormentas violentas, ciclones, terremotos, maremotos, destrucción por tormentas eléctricas y otros desastres naturales;

"*d*) explosiones, incendios, destrucción de máquinas, de fábricas y de cualquier clase de instalaciones en la medida en que estos hechos no sean imputables a negligencia de la parte que los invoca;

"*e*) huelgas y cierres forzosos de todas clases, incluido el "trabajo a reglamento", ocupación de fábricas e instalaciones, huelgas que no constituyen una interrupción del trabajo, e interrupciones del trabajo producidas en empresas de una de las partes, se haya seguido o no el procedimiento preliminar de conciliación establecido por la ley, y sin necesidad de examinar las causas de estos acontecimientos;

"*f*) actos de las autoridades, sean o no justificables jurídicamente, y sean o no arbitrarios, aparte de aquellos por los que una de las partes asume el riesgo en virtud de otras disposiciones de este contrato;

"*g*) suspensión o interrupción, por motivos no imputables a una de las partes, de los suministros normales de productos primarios, materiales, energía u otros artículos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones, o la reducción importante de esos suministros siempre que en este último caso la parte haya realizado una asignación razonable de sus suministros entre sus diferentes co-contratistas y siempre que en todos los casos la parte haya demostrado que ha tomado las medidas razonables requeridas de ella en esas circunstancias para proporcionar sustitutos;

"*h*) incumplimiento de proveedores o subcontratistas a causa de eventos que les afectan y constituyen circunstancias eximentes de responsabilidad, en la

medida en que les sean aplicables, con el significado dado en el presente contrato, siempre que la parte haya demostrado que ha tomado todas las medidas razonablemente requeridas de ella para proporcionar sustitutos respecto del incumplimiento;

"*i*) imposibilidad para la parte de revender los productos manufacturados—transportados-suministrados—en virtud del contrato, como resultado de circunstancias por las cuales no es responsable;

"*j*) imposibilidad de garantizar medios de transporte adecuados a causa de las condiciones del mercado, cualquier evento eximente de responsabilidad según el significado dado en el presente contrato que afecte al transporte, los puertos, las instalaciones marítimas o aéreas o el transporte terrestre, así como a las empresas de transporte cuya asistencia se requiera para la ejecución del contrato, siempre que la parte haya demostrado que ha tomado todas las medidas que razonablemente se podrían requerir de ella para proporcionar sustitutos respecto de estos incumplimientos;

"*k*) (en este apartado se podrían incluir, si se considerase conveniente, otras circunstancias particulares a cada contrato).

"Las partes especifican que en ningún caso los siguientes eventos serán considerados como circunstancias eximentes de responsabilidad:

"*a*) denegación, por las autoridades públicas competentes, de la autorización para las licencias, los permisos de entrada y residencia, o las aprobaciones necesarias para que se pueda ejecutar este contrato;

"*b*) ... (sie se desea, en este apartado se pueden insertar otros eventos cuyo riesgo debe ser asumido por una de las partes)."

25. La cláusula de la CCI no está integrada como parte de un conjunto de condiciones generales aplicables a un tipo de contrato específico. Se formuló en el entendimiento de que "sería necesario adaptarle según el tipo de contrato y los requisitos de la ley nacional aplicable".

### C. *Notificación*

#### 1. *Obligación de notificar*

26. La parte que alega un acontecimiento eximente de responsabilidad debe por lo general notificar a la otra parte del evento que le impide el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones en virtud del contrato. El método de notificación no parece diferir mucho entre un tipo de contrato y otro, es decir, ya se trate de un contrato de obras o de un contrato de compraventa. A continuación se dan los siguientes tipos de notificación encontrados en estipulaciones contractuales, condiciones generales, los modelos de contrato de la ONUDI y la Convención sobre compraventa:

Notificación por escrito

Cualquier medio

Notificación por escrito enviada por vía aérea

Telegrama o télex, cuando se disponga de esos medios de comunicación, y confirmación por carta aérea certificada

Mediante notificación

27. En la notificación, el evento de "fuerza mayor" puede ser certificado:

Por una autoridad pública del país en que hayan ocurrido las circunstancias, por ejemplo, notario público, gobierno local o federal, según sea el caso

Por una consulado

Por una cámara de comercio

Cuando la fuerza mayor se produce fuera del país del proveedor, el evento puede ser certificado por la cámara de comercio local y confirmado por la embajada del país del proveedor.

28. El plazo la notificación varía. Se han encontrado los siguientes plazos:

Inmediatamente

Sin demoras

Dentro de un plazo convenido.

29. Aun cuando no haya disposiciones concretas sobre notificación, cada una de las partes debe informar o comunicar a la otra parte cualquier evento eximente de responsabilidad que desee alegar posteriormente.

30. La cláusula 25.2 de las Condiciones Generales de la CEPE 188A y 574A disponen:

"La parte que alegue las circunstancias mencionadas deberá notificar a la otra, por escrito y sin demora, el momento en que se produzcan o dejen de existir."

31. Los diversos proyectos de modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global o llave en mano parcial) exigen que la parte afectada notifique por escrito a la otra parte dentro de los diez (10) días de la ocurrencia de la fuerza mayor. En la notificación se deben especificar los detalles de la fuerza mayor, con pruebas suficientes de que por tal motivo no se puede cumplir o se ha de demorar el cumplimiento de una obligación contractual, así como el período previsto (estimado) durante el cual puede continuar ese impedimento, interrupción o demora (Artículo 34.2 de cada uno de los modelos).

32. En virtud de la cláusula de "fuerza mayor" de la CCI:

"Toda parte que alegue un evento eximente de responsabilidad está obligada a informar a la otra parte de la ocurrencia del mismo dentro de un plazo de ... días a partir del momento en que tomó conocimiento del evento, describiendo detalladamente el evento y comunicando toda información pertinente relacionada con el mismo, tan pronto como disponga de ella, a fin de permitir una evaluación del acontecimiento y de sus efectos sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La terminación del efecto del evento eximente de responsabilidad también debe ser comunicada dentro del mismo plazo por la parte que lo invoque."

#### 2. *Incumplimiento de la obligación de notificar*

33. En algunos sistemas jurídicos, el incumplimiento de la obligación de notificar quitaría a la persona afectada el derecho a alegar fuerza mayor. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos del tipo de derecho consuetudinario, la doctrina de la frustración no depende de la notificación.

34. Cuando las partes disponen expresamente la obligación de notificar en una cláusula de fuerza mayor, se suelen indicar también las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación.

35. En las Condiciones de la CEPE 188A y 574A se indica expresamente que la parte que pida exoneración debe notificar a la otra parte.

36. En todos los modelos de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial) el derecho a alegar fuerza mayor está condicionado a la notificación que se ha de dar a la otra parte (Artículo 34.2 de cada uno de los modelos).

37. En virtud del Artículo 79 (4) de la Convención sobre compraventa, si la notificación del impedimento no se transmite a la otra parte dentro de un plazo razonable, la parte que no haya cumplido será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción, además de las otras medidas correctivas que la otra parte pudiera tener contra ella en virtud de la Convención.

38. En virtud de la cláusula de la CCI:

"Si la parte interesada no efectúa las comunicaciones indicadas precedentemente, perderá automáticamente todo derecho a invocar la ocurrencia del evento como circunstancia eximente de responsabilidad."

### D. *Consecuencias de la exoneración*

#### 1. *Efectos contemplados por las partes en estipulaciones contractuales*

39. Con algunas variaciones y diferencias de alcance, se han incorporado en cláusulas de "fuerza mayor" las siguientes consecuencias:

Suspensión de las obligaciones de la parte que incurre en incumplimiento por la duración del evento.

Las demoras ocasionadas por la "fuerza mayor" automáticamente darán lugar a una prórroga del plazo de ejecución, en forma proporcional a dicha demora.

La parte que incurre en incumplimiento debe adoptar medidas razonables para corregir la situación tan pronto como lo permitan las circunstancias, con miras a reanudar la ejecución.

Las partes habrán de renegociar el contrato.

Las partes *tienen derecho a repudiar* el contrato después de efectuar la notificación.

*Después de un cierto período,* cualquiera de las partes puede rescindir el contrato en conformidad con la ley aplicable en cuanto a las consecuencias de la rescisión.

#### 2. *Textos de la CEPE 188A y 574A*

40. En virtud de los textos 188A y 574A, si debido a las circunstancias se hace imposible el cumplimiento del contrato dentro de un tiempo razonable, cada una de las partes tendrá derecho a darlo por terminado mediante una simple comunicación por escrito y sin necesidad de pedir la rescisión ante ningún tribunal (cláusula 25.3 de los textos 188A y 574A. Para los detalles relativos a las consecuencias de la rescisión, véase la segunda parte, XVII, *Rescisión**).

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 7 (reproducido más adelante).

#### 3. *FIDIC-CEC*

41. Las consecuencias de los "riesgos especiales" se establecen detalladamente en la cláusula 65:

"No obstante cuanto en el presente Contrato está contenido:

"1) El Contratista no tendrá responsabilidad alguna, ni en concepto de indemnización ni de otra forma, por ni con respecto a la destrucción de las Obras o daño causado a las mismas (con excepción de las que hubiesen sido condenadas en virtud de las estipulaciones de la cláusula 39 del presente documento antes de producirse los riesgos especiales que se detallan a continuación), o daño a la propiedad ya sea del Contratante o de terceros, ni tampoco por ni con respecto a lesión ni fallecimiento alguno, si ello resulta directa o indirectamente de cualesquiera de los riesgos que se definen más adelante. El Contratante deberá indemnizar y mantener protegido al Contratista contra y de dichos riesgos, así como contra y de todas las reclamaciones, demandas, daños, costos, gastos y desembolsos de cualquier clase que sean que hayan nacido de los mismos o se refieran a ellos.

"2) Si las Obras o materiales o cualquier otra propiedad del Contratista usada o que se vaya a usar con fines de las Obras y en el Emplazamiento o en camino hacia el mismo sufren destrucción o daño por efecto de alguno de los riesgos especiales antedichos, el Contratista tendrá derecho a recibir pago por:

"a) las obras permanentes y por los materiales así destruidos o dañados y, en la medida en que lo exija el Ingeniero o en que sea necesario para la terminación de las Obras, a base de costos netos más aquella utilidad que el Ingeniero certifique ser de justa razón;

"b) reponer o reparar cualquier destrucción o daño a las Obras;

"c) reponer o reparar los materiales u otra propiedad del Contratista usada o que se vaya a usar con fines a las Obras.

" ...

"4) El Contratante deberá reembolsar al Contratista todo aumento en los costos de la ejecución de las Obras o incidentales a las mismas (aparte de los que sean atribuibles al costo de reconstrucción de los elementos condenados en virtud de las estipulaciones de la cláusula 39 del presente documento con anterioridad a la intervención de los riesgos especiales) que de algún modo sea atribuible o consiguiente a dichos riesgos especiales o resultantes de los mismos o de alguna forma relacionados con los mismos (sujeto, no obstante, a las estipulaciones de la presente cláusula que más abajo se detallan en lo que respecta al comienzo de una guerra), pero el Contratista, tan pronto como llegue a su conocimiento algún aumento en los costos debido a dichas razones, deberá inmediatamente comunicárselo por escrito al Ingeniero.

" ...

"6) Si en el curso de la vigencia del Contrato estallase una guerra (ya haya sido declarada o no) en alguna parte del mundo que financieramente o de otro

modo afectase en forma sustancial la ejecución de las Obras, el Contratista, mientras y hasta tanto que no se dé por terminado el Contrato en virtud de las estipulaciones contenidas en la presente cláusula, deberá esforzarse lo mejor que pueda para terminar la ejecución de las Obras. Ello siempre con la reserva de que el Contratante *tendrá el derecho en todo momento* después de producirse el comienzo de una guerra *a dar por terminado el presente Contrato* ..."

42. Las consecuencias de la "frustración" se describen en la cláusula 66:

"Si una guerra u otras circunstancias que escapan al control de ambas partes surgieran con posterioridad a la conclusión del Contrato en forma tal que cualquiera de las dos partes se ve imposibilitada de cumplir sus obligaciones contractuales, o de acuerdo con las leyes que rigen el Contrato las partes quedan exoneradas de cualquier cumplimiento ulterior, entonces la suma pagadera por el Empleador al Contratista con respecto al trabajo ejecutado será la misma que la que hubiera sido pagadera de acuerdo con la cláusula 65 del presente instrumento si el Contrato hubiera sido terminado de acuerdo con las provisiones de la cláusula 65 del presente instrumento."

4. *FIDIC-EMW*

43. En la cláusula 47 de las Condiciones FIDIC-EMW las consecuencias de los "riesgos especiales" son similares a las de las Condiciones FIDIC-CEC.

"47.1: Independientemente de cualquier otra disposición del contrato, el contratista no tendrá responsabilidad alguna en forma de indemnización o de cualquier otra forma respecto de la destrucción de las obras o de los daños ocasionados a la misma, con excepción de las obras rechazadas en virtud de las disposiciones de la cláusula 28 con anterioridad a la ocurrencia del riesgo especial mencionado más adelante, o a bienes del empleador o de terceras partes, o respecto de lesiones o muerte que sean consecuencia de cualquier riesgo especial definido más adelante.

"47.2: Si las obras o cualquier instalación que se encuentre en el emplazamiento, cerca de él o en tránsito hacia él, o cualquier otro bien de propiedad del contratista utilizado o que se prevé utilizar a los fines de las obras, resulta destruido o dañado a causa de cualquiera de los riesgos especiales mencionados, el contratista tendrá derecho a un pago en relación con:

"*a*) cualquier parte de las obras o de las instalaciones destruidas o dañadas,

y en la medida en que lo pueda requerir el ingeniero, o que resulte necesario para la terminación de las obras, sobre la base de costo más los beneficios que pueda certificar el ingeniero como razonables para

"*b*) reemplazar o reparar la parte de las obras destruida o dañada;

"*c*) reemplazar o reparar materiales u otros bienes de propiedad del contratista utilizados o que se pretende utilizar a los fines de las obras.

"47.3: La destrucción, los daños, las lesiones o las muertes causadas por explosión o impacto, siempre y cuando ocurran, de una mina, bomba, granada u otros proyectiles, municiones o explosivos de guerra, se considerará como una consecuencia de dichos riesgos especiales.

"47.4: El empleador reembolsará al contratista los mayores costos de la ejecución de las obras, o relacionados con las obras, distintos de los que pudieran atribuirse al costo de la reconstrucción de las obras rechazadas en virtud de las disposiciones de la cláusula 28, con anterioridad a la ocurrencia de cualquier riesgo especial, que sea de alguna manera atribuible a dichos riesgos especiales o que sean consecuencia o resultado de ellos o que de alguna manera estén vinculados a ellos, con sujeción, no obstante, a las disposiciones de estas condiciones relativas a la declaración de guerra; el contratista, tan pronto como tenga conocimiento del incremento de los costos, notificará de ello inmediatamente al ingeniero por escrito."

44. En las Condiciones FIDIC-EMW se establecen en detalle las siguientes consecuencias de la "frustración":

Cláusula 46: "Si durante la vigencia del contrato se produjera una guerra (declarada o no) en cualquier parte del mundo, la cual, por motivos financieros o de otro tipo afectase materialmente la ejecución de las obras, el contratista, a menos que el contrato se rescinda en virtud de las disposiciones de esta cláusula, o hasta que ello ocurra, deberá hacer todo lo posible por completar la ejecución de las obras en el entendimiento de que el empleador o el contratita tendrán derecho, en cualquier momento después de la iniciación de la guerra, *a rescindir* este contrato ..." (Véase también la cláusula 46.2 en la Segunda Parte, XVII, *Rescisión**.)

45. Estas Condiciones contemplan también la posibilidad de eximir a las partes de la ejecución ulterior del contrato en virtud de la ley aplicable al mismo:

Cláusula 48: "Si se produce una guerra u otra circunstancia que escapa al control de ambas partes después que se ha firmado el contrato, de modo que en virtud de la ley aplicable al contrato las partes quedan eximidas de la ulterior ejecución del mismo, la suma pagadera por el empleador al contratista respecto de la labor realizada será la misma que correspondería pagar en virtud de la cláusula 46 si el Contrato se hubiera rescindido en virtud de esas disposiciones."

5. *Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial)*

46. Las consecuencias de la fuerza mayor adoptadas por los tres modelos son idénticas en algunos aspectos. La parte que incurre en incumplimiento es eximida de "la ejecución o de la ejecución oportuna (según sea el caso) a partir de la fecha de la notificación de fuerza mayor y por el período que pueda estar justificado" (Artículo 34.2 de los modelos respectivos). Los tres modelos contienen una cláusula de renegociación (véase XIV, *Renegociación, infra,* párr. 60. Respecto de las consecuencias de la rescisión, véase la Segunda Parte, XVII, *Rescisión**).

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 7 (reproducido más adelante).

6. *Convención relativa a las compraventas*

47. El párrafo 1) del Artículo 79 dispone la exención de la responsabilidad cuando el incumplimiento de la ejecución de las obligaciones se debe a fuerza mayor. En el párrafo 5) se dispone que la exención de la responsabilidad en virtud de ese artículo impide a la otra parte únicamente el ejercicio de cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios, pero no respecto de otros derechos en virtud de la Convención.

7. *Cláusula de "fuerza mayor" de la CCI*

48. Las consecuencias de la "fuerza mayor" se exponen en detalle en relación con la renegociación:

"El efecto del evento que exime de responsabilidad es suspender el cumplimiento de las obligaciones que han pasado a ser imposibles así como el de las obligaciones correspondientes (sin perjuicio de la aplicación de las cláusulas sobre adaptación contenidas en el presente contrato). Ninguna de las partes estará obligada a pagar indemnización alguna por este concepto. Los plazos contractuales se extienden por un período correspondiente al de los efectos del evento que exime de responsabilidad.

"Durante el período de la suspensión, las partes sufragarán permanentemente la mitad de los costos requeridos para la continuación, en la mejor de las situaciones, de la ejecución de las obligaciones del contrato suspendidas temporalmente.

"La liquidación de esos costos se hará o bien a la cesación de las circunstancias que eximen de responsabilidad o bien en el momento de liquidar las cuentas en caso de rescisión del contrato a la expiración del período de suspensión.

[Disposición de renegociación; véase XIV, *Renegociación, infra,* párr. 64.]

"Las partes retendrán los frutos de las actividades que cada una haya llevado a cabo anteriormente. Deberán rendirse cuentas mutuamente. Cada parte deberá rendir cuentas a la otra respecto de las ventajas recibidas y conservadas en virtud del contrato parcialmente ejecutado con sujeción a la reserva de que las sumas debidas en virtud de esta disposición no podrán exceder el costo de los servicios prestados, los artículos entregados y las mercaderías u otros artículos proporcionados por la otra parte. Se tendrán debidamente en cuenta los pagos ya realizados por las partes en virtud del contrato rescindido."

## XIV. RENEGOCIACIÓN

### A. *Observaciones generales*

49. Por su propia naturaleza, un contrato de obras debe ser ejecutado en un período determinado. Debido a cierto número de factores—por ejemplo, económicos, fiscales, comerciales, jurídicos, políticos y tecnológicos—no siempre es posible ejecutar el contrato en la forma prevista originalmente. Por cierto, al principio las partes pueden no tener conocimiento de todos los factores que posteriormente ejercerán influencia sobre la ejecución del contrato y sobre el equilibrio contractual. Aún cuando las partes no puedan llevar a cabo el contato adhiriéndose estrictamente a sus condiciones, puede que aún sea mutuamente ventajoso no rescindir el contrato sino adaptarlo a la nueva situación.

50. El mecanismo de renegociación está concebido para servir el propósito práctico y funcional de permitir a todas las partes interesadas examinar y adaptar el contrato a nuevas circunstancias en casos en que aún las doctrinas más flexibles de *rebus sic stantibus, imprévision* y *Wegfall der Geschäftsgrundlage* pudieran no bastar como marco conceptual para la revisión de los contratos.

51. La renegociación de contratos, por lo menos de cierto tipo de ellos, incluidos los contratos de obras, es un fenómeno reciente. Pero parece haber una conciencia cada vez mayor de que si bien la renegociación no constituye una panacea a todos los problemas planteados por los cambios de circunstancias, permite no obstante a las partes convenir la búsqueda de medios para reestablecer el equilibrio contractual. Por supuesto, aun en ausencia de una cláusula de ese tipo las partes pueden revisar su contrato pero la inserción de tal cláusula garantiza que las partes procurarán encontrar algún procedimiento para salvar el contrato.

52. En las Condiciones de la CEPE 188A y 574A, y en los textos FIDIC-CEC y FIDIC-EMW no hay cláusulas de renegociación. En los modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial), la renegociación se limita sólo a situaciones de "fuerza mayor".

53. La formulación de este tipo de cláusulas varía, particularmente en el caso de cláusulas de iniquidad. Uno de los motivos es que en la mayoría de los sistemas jurídicos no se han tratado plenamente todas las repercusiones de los cambios de circunstancias, con excepción de las que impiden el cumplimiento del contrato en virtud de una cláusula de exoneración (véase XIII, *Exoneración, supra*).

### B. *Renegociación en caso de "fuerza mayor"*

54. En los modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global, y llave en mano parcial), se dispone la renegociación respecto de algunas cláusulas de fuerza mayor (véase XIII, *Exoneración, supra,* párr. 46).

1. *Estipulaciones contractuales*

55. Muy pocas cláusulas de "fuerza mayor" de la colección de la Secretaría contenían disposiciones sobre renegociación o ajuste. Esto no significa que el mecanismo de renegociación se aplique con poca frecuencia.

56. En un contrato de obras entre una entidad de Europa occidental y una entidad de Oriente Medio, se insertó una cláusula de renegociación en una cláusula de "fuerza mayor" para que las partes pudieran "consultarse mutuamente" respecto de la "ejecución futura del contrato". Este es un ejemplo de una cláusula muy general.

57. Se encontró otra cláusula de renegociación en un contrato reciente celebrado entre una entidad de Europa occidental y una entidad de Africa, con el siguiente texto:

"Si la 'fuerza mayor' se prolonga ininterrumpidamente por ... meses, ambas partes se reunirán sin demora para consultarse mutuamente, tratar de encontrar un remedio apropiado para la situación y llegar a un acuerdo al respecto. Al considerar las medidas que se han de tomar, el propietario y el contratista prestarán la debida atención a las dificultades causadas por las circunstancias mencionadas precedentemente e intentarán seriamente encontrar una solución justa."

58. En contraste con las cláusulas mencionadas precedentemente, se puede dar un ejemplo de una cláusula más específica: se establece un plazo para que las partes convengan una solución, a falta de la cual cada una de las partes tendrá derecho a cancelar el contrato. La cláusula dice:

"Si cualquier demora de ese tipo ... durase más de 90 días, las partes celebrarán consultas de inmediato con el fin de convenir las bases para que el vendedor reanude la producción cuando desaparezca la causa de la demora. Si las partes no convienen ninguna solución al problema, incluido el ajuste del precio, dentro de los 150 días de ocurrida la causa de la demora, cada una de las partes podrá, mediante notificación por escrito, cancelar la parte del pedido que esté demorada y, en tal caso, el comprador pagará al vendedor gastos razonables y apropiados de cancelación."

59. En algunas cláusulas de renegociación se prevén expresamente las consecuencias de la suspensión de las renegociaciónes; en otras, se omiten estas disposiciones. En tal situación, serán aplicables las disposiciones originales del contrato.

2. *Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial)*

60. El texto de la disposición sobre renegociación de la cláusula de fuerza mayor del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables difiere ligeramente del modelo de contrato de entrega llave en mano con pago de suma global. El texto de esta última es idéntico al del contrato de entrega llave en mano parcial. El texto del contrato de la ONUDI de costos reembolsables dice lo siguiente:

*"Artículo 34: Fuerza Mayor*

"34.3: El COMPRADOR o el CONTRATISTA (según sea el caso) harán todo lo posible por prevenir o eliminar la causa de Fuerza Mayor. Inmediatamente después de recibida la notificación de Fuerza Mayor en virtud del párrafo 34.2, las partes se pondrán en contacto y adoptarán de común acuerdo medidas para eliminar o aliviar tal causa, o buscarán otros métodos para alcanzar los objetivos de rendimiento en virtud del Contrato.

"34.4: Si en virtud del párrafo 34.2 alguna de las partes es eximida de la ejecución, o de la ejecución oportuna, de alguna obligación durante un período continuado de seis (6) meses, las partes se pondrán en contacto para convenir las medidas que corresponda tomar en esas circunstancias y para introducir las enmiendas que sean necesarias en los términos de este Contrato.

"34.5: Si en virtud del párrafo 34.2 alguna de las partes es eximida del cumplimiento, o del cumplimiento oportuno, de algunas de sus obligaciones por un período continuado de nueve (9) meses por una o más causas, y si de las consultas a que se refiere el párrafo 34.4 no resulta ningún acuerdo (o si las consultas no se realizan porque las partes no pueden ponerse en contacto), las partes convendrán en enmendar los términos de este Contrato en relación con la circunstancia de Fuerza Mayor prevaleciente y determinarán el procedimiento a seguir. Si las partes no pueden ponerse de acuerdo en cuanto a la modificación de las condiciones de este Contrato en conformidad con la circunstancia de Fuerza Mayor prevaleciente, se considerará que el Contrato ha quedado rescindido en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 ..."

(Véase, Segunda Parte, XVII, *Rescisión**.)

61. La contrapropuesta del modelo de la ONUDI de contrato llave en mano con suma global procura enmendar la cláusula del modelo de contrato de costos reembolsables acortando a seis meses el período dentro del cual las partes deben examinar la posibilidad de continuar con el contrato en el contexto de la "fuerza mayor". En caso contrario, las partes tendrán el derecho de rescindir el contrato:

*"Artículo 34: Fuerza Mayor*

"34.3: Cualquiera de las partes, tras la recepción de la notificación de Fuerza Mayor en virtud del artículo 34.2, celebrará consultas con la otra parte tan pronto como sea posible y convendrá con ella las medidas a tomar para eliminar o aliviar tal (es) causa (s), o buscará métodos alternativos de lograr los objetivos de rendimiento en virtud del contrato, y respecto de la otra parte en cuanto a las consecuencias pertinentes sobre el precio y el plazo de ejecución del contrato.

"34.4: Si la duración de la circunstancia de Fuerza Mayor excede de seis (6) meses, las partes se reunirán nuevamente para examinar la posibilidad de continuar ejecutando el contrato. Si no se puede llegar a un acuerdo, las partes tendrán derecho a rescindir total o parcialmente el contrato; en ese caso, el CONTRATISTA será indemnizado por las consecuencias que entrañe dicha rescisión en la forma establecida en el artículo 33.3."

62. Como se ha expresado anteriormente, hay una pequeña diferencia entre los textos del modelo de costos reembolsables y los modelos de llave en mano con suma global y de llave en mano parcial. No obstante, la verdadera diferencia parece ser que mientras el Artículo 33 del modelo de contrato de costos reembolsables (que se ocupa de la rescisión ordinaria del contrato) se aplica a la rescisión de un contrato en el contexto de "fuerza mayor" tras el fracaso de la renegociación, las contrapartes de este

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 7 (reproducido más adelante).

artículo en los otros dos modelos no se aplican en situaciones similares (véase, Segunda Parte, XVII, *Rescisión*).

63. Aunque en las disposiciones sobre renegociación de las cláusulas de fuerza mayor en estudio no se indica expresamente cuál es la situación del contrato durante la renegociación, en otras cláusulas de fuerza mayor hay disposiciones que eximen a la parte afectada por la fuerza mayor del cumplimiento o del cumplimiento oportuna de sus obligaciones.

3. *Cláusula de "fuerza mayor" de la CCI*

64. La cláusula de fuerza mayor de la CCI contiene disposiciones sobre renegociación del contrato:

> "Si las circunstancias que eximen de responsabilidad continúan produciendo sus efectos por más de ... meses, el contrato será automáticamente terminado a la expiración de este período, *a menos que antes de la expiración las partes, tras consultarse mutuamente, convengan en modificar el contrato para adaptarlo a las circunstancias emanadas de la ocurrencia del evento que resulte en la exención de la responsabilidad.*"

En la cláusula de la CCI, por contraposición a las cláusulas de los modelos de contrato de la ONUDI, la renegociación no es obligatoria. No se prevé la intervención de ninguna tercera parte; sólo las partes del contrato participan en su readaptación.

C. *Renegociación en situaciones de iniquidad*

1. *Estipulaciones contractuales*

65. Por lo general, en las cláusulas de iniquidad se incluye la renegociación de contratos para tener en cuenta cambios fundamentales, particularmente respecto de acontecimientos económicos o financieros. La amplitud de esas cláusulas en estudio varía desde muy específicas (por ejemplo, limitación de la cláusula a la revisión del precio solamente) hasta generales.

66. Diversos estudios sobre cláusulas de iniquidad indican que si bien cada tipo de contrato puede requerir ciertas características no incluidas en otros tipos de cláusulas de iniquidad, la totalidad combinada de las características podría muy bien emplearse, *mutatis mutandis*, en otros tipos de contratos incluidos, por supuesto, los contratos de obras.

67. En un estudio de esas cláusulas realizado por el grupo de estudios "International Contracts" (bajo la dirección de Marcel Fontaine, Director del Centre de Droit des Obligations, Universidad Católica de Louvain)[1] se señaló que entre los tipos de contratos en los que se insertaban cláusulas de iniquidad figuraban los de "proyectos de grandes obras" y los de "ingeniería mecánica". Se señaló también que "en los contratos a largo plazo es donde se encuentran con más frecuencia cláusulas de iniquidad ..."

68. Cabe destacar que esta sección del estudio se basa sobre todo en los ejemplos de cláusulas de iniquidad de que dispuso el mencionado grupo de estudio "International Contracts". Aunque algunas de estas cláusulas se tomaron de contratos de "proyectos de grandes obras" y de "ingeniería mecánica", no se hizo ningún intento por separarlas a los fines de ese estudio[2]. De cualquier modo, estas cláusulas de iniquidad examinadas podrían muy bien aplicarse a los contratos de obras.

69. Del análisis de diversas cláusulas de iniquidad se desprenden los siguientes criterios. Algunos de estos criterios están concebidos en forma amplia y otros en forma limitada.

*a) Criterios*

i) *Cambios en las circunstancias*

Este factor se ha expresado en las formas siguientes:

a. "... Si en cualquier momento durante el período indicado una de las partes, mediante notificación por escrito a la otra, alega sobre bases razonables ... que debido a cambios en las circunstancias, incluidos, aunque no con carácter exclusivo, los cambios en los valores monetarios o las disposiciones y los reglamentos gubernamentales discriminatorios, ..."

b. "En caso de un cambio fundamental en las condiciones que son esenciales a los fines de este contrato, y si en virtud de ese cambio, a fin de respetar ciertas disposiciones cualquiera de las partes debe soportar iniquidades injustas, las partes se reunirán con miras a modificar las condiciones del presente Contrato."

c. "Si alguna de las partes considera que debido a cambios en las circunstancias debe revisarse el precio indicado *supra* ..."

d. "... si se produce un acontecimiento o cambio de circunstancias ..."

e. "... au cas où se produiraient des variations très importantes dans la conjoncture ou des modifications très notables dans les conditions économiques ..."

Aunque en algunas de las cláusulas mencionadas precedentemente se exige que el cambio sea "fundamental" e "importante" y en otras no se utilizan esos calificativos, parecería que el cambio de circunstancias no tendría efecto a menos que afectara seriamente las obligaciones emanadas del contrato.

ii) *Imprevisibilidad*

Las cláusulas siguientes destacan el elemento de imprevisibilidad:

a. "... es imposible incluir disposiciones para cada una de las situaciones de emergencia que pudieran plantearse ..."

b. "... des circonstances ... en dehors des prévisions normales des parties ..."

[1] Véase (1976) 2 *Droit et pratique du commerce international*, pág. 51.

[2] Se espera que la Comisión proporcione a la Secretaría contratos de obras que contengan disposiciones sobre renegociación. En la Secretaría es muy escaso ese tipo de documentación. Es también importante examinar estas cláusulas en el contexto de otras disposiciones del propio contrato. En algunos casos, la Secretaría pudo obtener sólo cláusulas específicas, fuera de su contexto.

c. "... en cas de survenance d'évènements économiques imprévisibles ..."

d. "... des circonstances extraordinaires ou non prévues ..."

iii) *Eventos externos fuera de control*

Este criterio se encontró en las siguientes cláusulas:

a. "... un evento o un cambio de circunstancias que escapen al control de la parte cuando ésta actúa en forma razonable y prudente ..."

b. "... toutes circonstances indépendantes de la volonté des parties ..."

Los criterios de "imprevisibilidad" y "evento fuera del control" de las partes son separados. Si no se comprende bien la diferencia, como ha ocurrido en algunas cláusulas, o si se utiliza uno en reemplazo del otro, se limitaría el alcance de ese tipo de cláusulas. Otras cláusulas no mencionan ninguno de los dos criterios, lo cual, por supuesto, amplía el alcance considerablemente.

iv) *Iniquidades económicas sustanciales*

a. "... iniquidades económicas sustanciales ..."

b. "... que colocan a una de las partes en una situación en que ... todos los costos anuales ... vinculados o relacionados con (...), que es el sujeto de este acuerdo, exceden los ingresos anuales derivados de la venta de (...) ..."

c. "... si, par suite de circonstances ... l'économie des rapports contractuels venait à se trouver modifiée au point de rendre préjudiciable pour l'une des parties l'exécution de ses obligations ..."

v) *Gravedad de los eventos*

a. "... perjuicios sustanciales y desproporcionados a cualquiera de las partes ..."

b. "... iniquidades indebidas para una de las partes ..."

c. "... perjuicios injustos o sustanciales y desproporcionados a los intereses de cualquiera ..."

*b) Procedimiento de renegociación*

70. Como se ha señalado, en las cláusulas de iniquidad se dispone invariablemente la renegociación del contrato. No obstante, se pueden plantear problemas cuando no se especifican las condiciones de renegociación. Varias de las cláusulas en estudio contienen procedimientos para determinar las bases de la renegociación:

a. "... la parte (perjudicada) ... puede, mediante notificación, pedir a la otra parte la celebración de una reunión para determinar si se ha producido el acontecimiento ... Si el vendedor y el comprador no se ponen de acuerdo ... dentro de los 60 días ... cualquiera de las partes puede requerir que la cuestión se someta a arbitraje ... Los árbitros determinarán si se ha producido o no el acontecimiento ..."

b. "A défaut d'accord, il est convenu que chacune des parties désignera un expert économiste assisté éventuellement d'un expert financier qui se réuniront pour examiner si les avantages de la présente convention ont été bouleversés de façon fondamentale suite à un événement imprévisible."

71. La CCI tiene también disposiciones relativas a la intervención de terceras partes (véase el párrafo 77, *infra*). Ese procedimiento podría evitar el problema práctico que se plantearía si la cláusula no tuviese un texto preciso y cuando la parte que no estuviese en desventaja a causa de la "iniquidad" tratase de impedir la renegociación.

*c) Plazos*

72. En algunas cláusulas de iniquidad se incluye el período que puede transcurrir entre el momento en que se concluye el contrato y el momento en que se invoca la cláusula. Por ejemplo, la cláusula de renegociación del contrato sobre producción de petróleo (cuenca del Volta) celebrado en 1974 entre el Gobierno de Ghana y la Shell Exploration and Production Company of Ghana Ltd., subsidiaria de Shell International Ltd., dice lo siguiente:

a. "Se conviene que si durante la vigencia de este contrato se producen en las circunstancias financieras y económicas relativas a la industria del petróleo, en las condiciones de explotación en Ghana y en las condiciones de comercialización en general, cambios que afecten materialmente las bases fundamentales, económicas y financieras de este contrato, las disposiciones del mismo podrán ser revisadas o renegociadas con miras a realizar los ajustes y modificaciones que pudieran ser razonables teniendo en cuenta el capital empleado por el contratista y los riesgos asumidos por él, pero en el entendimiento de que *no se harán ajustes o modificaciones de ese tipo dentro de los cinco años a partir de la iniciación de la producción y que no tendrán efecto retroactivo*[3]."

En un contrato de compraventa, se encontró otra restricción relativa a la frecuencia con que se podía invocar la cláusula de iniquidad:

b. "Esta sección no podrá ser invocada por el vendedor o comprador antes del primer día de octubre de 19.., y con una frecuencia no mayor de una vez cada dos años."

*d) Enfoques a la renegociación*

73. Las cláusulas de iniquidad en estudio revelan tres enfoques a la renegociación:

i) *enfoque objetivo*

"... de façon à replacer les parties dans une position d'equilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat."

[3] Citado en Asante, "Stability of contractual relations in the transnational investment process" (1979) 28 *International and Comparative Law Quarterly*, págs. 401 y 417.

ii) *enfoque subjetivo*

a. "... en forma equitativa para las partes ..."

b. "... apropiada y equitativa en las circunstancias dadas."

c. "... las medidas que puedan ser apropiadas para eliminar esas injusticias o iniquidades indebidas ..."

iii) *enfoque híbrido*

"... con justicia y sin causar perjuicios sustanciales y desproporcionados a los intereses de la otra ..."

*e) El contrato durante la renegociación*

74. En las cláusulas de iniquidad estudiadas, no parece haber disposiciones expresas en cuanto a la situación del contrato durante la renegociación. En el contexto de una cláusula de exoneración, el contrato se suspende y puede ser suspendido aún cuando fracasen las negociaciones. La suspensión del contrato en caso de acontecimientos distintos de los de exoneración dependerá de la existencia de estipulaciones expresas.

*f) Disminución o terminación de la iniquidad*

75. Una de las cláusulas que prevé la situación en que la iniquidad disminuye o termina tiene el siguiente texto:

> "... En la medida en que la situación de iniquidad determinada en virtud de esta sección 13.9 haya disminuido o terminado, toda revisión del precio u otras condiciones emanadas de un laudo arbitral se modificarán o terminarán en forma adecuada y las condiciones del contrato (si no se hubieran determinado ya en conformidad con el párrafo b) serán restablecidas de modo de tener en cuenta la mencionada disminución o terminación de la iniquidad."

2. *Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial)*

76. En el artículo 33.1 de cada uno de los modelos de la ONUDI pareciera considerarse una situación que podría resultar en iniquidad. El artículo dispone que "si el COMPRADOR se ve afectado por circunstancias que son totalmente inevitables y/o escapan a su control (pero sin incluir las circunstancias comprendidas en el artículo 34 ...)"[4] el COMPRADOR tendrá derecho a rescindir el contrato. Se señaló que esta cláusula tenía un texto muy amplio y podía abarcar una situación en que no hubiera una iniquidad sustancial. También cabe señalar que no hay ninguna disposición sobre renegociación, como ocurre en el caso de la cláusula de fuerza mayor (véase el párrafo 60, *supra*).

3. *"Cláusula de iniquidad sugerida" de la CCI*

77. La "cláusula de iniquidad sugerida" de la CCI (documento No. 460/233) tiene por objeto disponer la renegociación, sobre nuevas bases, de un contrato que está en vías de ejecución cuando se produce el cambio de circunstancias previsto. La cláusula dice:

[4] El Artículo 34 trata de la "fuerza mayor". Véase XIII, *Exoneración*, supra, párrs. 18 y 60.

*"Cláusula de iniquidad sugerida*

"a. Si después de la conclusión del contrato se produjesen circunstancias de la siguiente naturaleza: económicas, políticas (incluidas modificaciones de la legislación o medidas administrativas) o técnicas, que las partes no pudieron prever en el momento de la celebración del contrato y que están fuera de su control y destruyen el equilibrio de las relaciones entre las partes, haciendo la ejecución del contrato tan onerosa (aunque no imposible) para una de ellas que la carga excedería todas las disposiciones anticipadas previstas por las partes en el momento de la celebración del contrato, dicha parte podrá pedir la revisión del presente contrato.

"Esta parte deberá informar de ello a la otra parte dentro de un plazo de ... a contar desde el momento en que tomó conocimiento del evento, describiendo al mismo tiempo en forma precisa el evento ocurrido explicando de qué manera queda comprendido en las disposiciones del presente artículo; deberán comunicarse a la otra parte sin demora todos los elementos de que se disponga para la evaluación de la cuestión. A menos que realice esta comunicación, la parte interesada será excluida automáticamente de la posibilidad de invocar el presente artículo.

"La ocurrencia del evento que justifica el pedido de adaptación del contrato no exime en ningún caso la parte que lo invoca de su deber de continuar cumpliendo con sus obligaciones, ni implica la suspensión de las mismas.

"(Si se desea: las partes convienen en que los siguientes eventos en particular queden comprendidos en el ámbito de esta disposición: ...)

"b. *Efectos*

Si la continuación del contrato por medio de una adaptación contractual pareciera económicamente imposible para todas las partes, la parte que invoque la presente cláusula puede terminar el contrato sin perjuicio del derecho de la otra parte de someter la cuestión a los tribunales (o: al árbitro designado en conformidad con el artículo ...) si no se cumplen las condiciones de aplicación de la presente cláusula.

"Si la continuación del contrato mediante su adaptación parece económicamente posible para todas las partes, las partes celebrarán consultas entre sí de inmediato con miras a incorporar al presente contrato, en buena fe y en base a la equidad, las adaptaciones que sean necesarias teniendo en cuenta las nuevas circunstancias y los riesgos y cargas que deberían asumir, en cada caso, cada una de las partes. Salvo cuando haya un acuerdo en contrario celebrado entre las partes, estas negociaciones se realizarán durante un período máximo de ... meses, a partir del momento en que una parte pide a la otra la iniciación de las negociaciones.

"Durante estas negociaciones continuará la ejecución del contrato.

*"Alternativa 1*

Si las negociaciones no se concluyen dentro de este plazo, la parte que invoca la presente cláusula puede terminar el otro contrato sin perjuicio del derecho de la

otra parte de someter la cuestión a los tribunales (o: al árbitro designado en conformidad con el artículo . . .) si no se cumplen las condiciones para la aplicación de la presente cláusula.

"*Alternativa 2*

Si las negociaciones no se concluyen dentro de este plazo, el contrato será readaptado por una tercera parte designada en conformidad con las normas sobre adaptación de contratos de la Cámara de Comercio Internacional. Esta tercera parte llevará a cabo su labor con arreglo a las condiciones y los procedimientos previstos en dichas normas."

78. Con respecto a la alternativa 2, la CCI ha preparado normas para reglamentación de las relaciones contractuales y Cláusulas Estándar conexas (1978), las cuales se han concebido de modo que hagan posible la intervención de la tercera parte.

79. Aunque la "cláusula de iniquidad sugerida" de la CCI no fue preparada específicamente para un tipo de contrato concreto, fue concebida no obstante para su aplicación general a contratos internacionales, sobre todo a contratos que comprendan una serie de operaciones estrechamente interrelacionadas que, en el curso normal de los acontecimientos, tienen lugar a lo largo de cierto número de años.

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 6*]

## XV. Garantías

### A. *Observaciones generales*

1. En el presente estudio se consideran dos tipos de garantía: *a*) una garantía[1] de materiales, diseño y fabricación (garantía mecánica); y *b*) una garantía de funcionamiento adecuado de la obra (garantía de funcionamiento).

2. En algunos contextos se usan como sinónimos, en inglés, las palabras "warranty"[2] y "guaranty".

3. También existen en un contrato de obra diversos tipos de garantía "bancaria" que, no obstante, están fuera del ámbito de este estudio.

### B. *Garantía mecánica*

4. La garantía mecánica se denomina de modo diferente en los diversos modelos que se examinan. Las Condiciones Generales de la CEPE hablan de "garantía" (cláusula 23). El Modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano con pago global (UNIDO-TKL) habla de "garantía de fabricación y materiales" (Artículo 25) así como de "garantías de calidad" (Artículo 28.3). En las Condiciones FIDIC-EMW no se utiliza et término "garantía" sino que se habla de "responsabilidad por defectos". (Cláusula 33)

5. Generalmente, la función de la garantía mecánica consiste, por una parte, en limitar el alcance de la responsabilidad del contratista y, por otra, en dar al comprador seguridades y resguardos con respecto a la calidad. Por ejemplo, la cláusula 33.13 de las Condiciones FIDIC-EMW dispone:

> "el Contratista no tendrá responsabilidad alguna con respecto a defectos de las Obras o de cualquiera de sus Secciones ni por daños causados a las mismas, que aparezcan o se produzcan después de la entrega de las Obras o de cualquiera de sus Secciones"

salvo en la medida establecida en las propias Condiciones, en particular en la cláusula 33.

#### 1. *Alcance de la garantía*

6. En virtud de la cláusula 23.1 de las Condiciones Generales de la CEPE 188A y 574A:

> "El constructor estará obligado a corregir todo vicio de funcionamiento motivado por algún defecto del diseño, de los materiales o de la fabricación."

7. En virtud de la cláusula 33.2 de las Condiciones FIDIC-EMW, el contratista es responsable por todo defecto de cualquiera de las partes de las obras o por daños causados a las mismas, que resulten ya sea de: *a*) materiales, fabricación o diseño defectuosos, o *b*) cualquier acto realizado u omisión cometida por el contratista durante el período de garantía.

8. Los modelos de contrato de la ONUDI, según la crítica de un grupo internacional de contratistas, tratan muchas cuestiones de modo repetitivo. Así, por ejemplo, el Modelo UNIDO-TKL se refiere al alcance de la garantía mecánica en los Artículos 25.1, 25.2, 28.1, 28.2, 28.3, 28.4, 28.8 y 28.9.

9. En el Artículo 28.1 del Modelo UNIDO-TKL se estipula:

> "El CONTRATISTA garantiza que la Planta, el equipo, materiales, herramientas y suministros incorporados a las Obras con arreglo a este Contrato se conforman a las especificaciones, a los planos y a todos los demás criterios contractuales, y que los trabajos están exentos, bajo todos los aspectos, de defectos en materia de diseño, ingeniería, procesos, materiales, fabricación y construcción."

10. El Artículo 28.2 de UNIDO-TKL añade otros elementos:

> "El CONTRATISTA garantiza también la exactitud e integridad de los planos, de todos los datos y documentos técnicos suministrados por él, así como de los criterios técnicos del equipo fabricado de conformidad con los planos e instrucciones suministrados por el CONTRATISTA con arreglo al presente Contrato."

11. El Artículo 28.4 de UNIDO-TKL se refiere a:

> "fallas o deficiencias de diseño, calidad, materiales, manufactura, fabricación, envío o entrega."

* 21 abril 1981.

[1] En inglés, "guaranty" o "guarantee".

[2] Se escribe también "warrantee".

12. El Artículo 28.8 de UNIDO-TKL incluye la garantía de todas las estructuras de ingeniero civil,

"y, en particular, en lo que respecta a los fundamentos de todos los edificios, de la planta, y el equipo."

13. En virtud del Artículo 28.9 de UNIDO-TKL:

"El CONTRATISTA garantiza que el montaje de toda la planta y el equipo ha sido realizado por él de conformidad con los códigos vigentes de montaje o con lo estipulado en el Anexo ..."

2. *Excepciones*

14. Por lo general, las garantías otorgadas por los contratistas contienen algunas excepciones (por ejemplo, el desgaste normal). Además, las garantías están sujetas a la condición de que el comprador observe y ejecute escrupulosamente las instrucciones impartidas por el contratista con respecto al funcionamiento de la planta (por ejemplo, en cuanto a las materias primas que deben emplearse, personal adecuado y servicios apropiados). Además, no se autoriza al comprador a llevar a cabo modificaciones de la planta sin el consentimiento del contratista. En resumen, los contratistas no garantizan ningún defecto causado por el comprador, por terceros o por circunstancias ajenas a su control.

15. Así, en la cláusula 23 de ECE 188A y 574A se formulan del siguiente modo las excepciones a la garantía:

"23.12: La obligación del constructor no existirá cuando el defecto sea imputable a materiales proporcionados por el comprador o a un diseño impuesto por este último.

"23.13: La obligación del constructor se limitará a los defectos que aparezcan cuando se cumplan las condiciones de explotación previstas en el contrato, y el material sea objeto de una utilización adecuada. Esa obligación no alcanzará a los defectos que surjan después de la aceptación del material ni, en particular, a aquellos que obedezcan a una mala conservación por parte del comprador, a modificaciones sin el acuerdo escrito del constructor, a reparaciones desacertadas hechas por el comprador o a desgastes normales."

16. La cláusula 33.2 de las Condiciones FIDIC-EMW excluye los defectos producidos por

"un diseño elaborado, suministrado o especificado por el empleador y con respecto al cual el contratista, dentro de un plazo razonable después de haber recibido las instrucciones del Contratante, se haya declarado, por escrito, exento de responsabilidad."

17. En virtud del Artículo 28.7 de UNIDO-TKL:

"la garantía de calidad concedida por el CONTRATISTA no se aplicará a:

"28.7.1: Los daños resultantes del incumplimiento de las instrucciones escritas del CONTRATISTA, una vez que el COMPRADOR se haya hecho cargo de la Planta.

"28.7.2: El desgaste y deterioro normales."

18. En sus observaciones al modelo UNIDO-TKL, el grupo internacional de contratistas sugirió que "todas las restantes garantías de calidad quedaran anuladas" en caso de que el comprador "adoptara cualquier medida correctiva sin el consentimiento del Contratista".

3. *Período de garantía*

*a) Duración del período*

19. La responsabilidad del contratista se limita a los defectos que se produzcan durante determinado período, que en las Condiciones Generales de la CEPE se llama "el período de garantía"; en las Condiciones FIDIC-EMW "el período de responsabilidad por defectos"; y en los modelos de contrato de la ONUDI "el período de garantía de calidad".

20. Las Condiciones Generales de la CEPE no especifican el período de garantía, sino que deja a las partes que lo determinen. El período puede depender de la frecuencia de utilización. Por ejemplo, la cláusula 23.4 de las ECE 188A y 574A estipula que las partes pueden tomar en consideración la utilización prevista de la planta, por ejemplo, en uno, dos o tres turnos diarios.

La cláusula 23.4 de ECE 188A dispone:

"En el párrafo J del anexo se establece la duración diaria de utilización de la obra, así como la reducción del período de garantía en caso de una utilización más intensiva."

En cambio, la cláusula 23.4 del texto ECE 574A establece (un caso excepcional en que se diferencia del texto ECE 188A):

"Por acuerdo entre las partes, y teniendo en cuenta la naturaleza de la obra, el contrato podrá prever una reducción de la duración de la garantía en el caso de una utilización anormalmente intensiva."

21. La cláusula 33.1 de las Condiciones FIDIC-EMW también deja a discreción de las partes la estipulación de la duración del período de garantía en el contrato, aunque establece un período de 12 meses para el caso de que no se estipule ningún período. En esta cláusula también se toma en consideración la intensidad de la utilización:

"Cuando la utilización de las Obras por parte del Contratista exceda de la indicada en el Apéndice a la Propuesta, el período de responsabilidad por defectos se reducirá en la proporción allí establecida."

22. El período de garantía establecido en los artículos 28.3 y 28.9 de UNIDO-TKL es de 12 meses.

*b) Comienzo del período*

23. Por lo general, el período de garantía comienza en el momento de la entrega de la planta (cláusula 22.1 y 23.2 de ECE 188A y 574A, cláusula 33.1 de las Condiciones FIDIC-EMW y Artículo 28.9 de UNIDO-TKL). El Artículo 28.3 del modelo UNIDO-TKL también se refiere a la fecha de entrega provisional (véase Segunda Parte, X, *Recepción y Aceptación*).

24. Si la entrega se aplaza como consecuencia de dificultades con que tropiece el comprador, en el incisio *d*)

de la cláusula 22.3 de las Condiciones Generales de la CEPE 188A y 574A se dispone que

"el plazo de garantía se contará a partir de la fecha en que se hayan efectuado satisfactoriamente las pruebas aplazadas."

No obstante, si el comprador no desea que se efectúen las pruebas de aceptación, el período de garantía "entrará en vigor mediante simple notificación por escrito del constructor" (cláusula 22.2 de ECE 188A y 574A).

*c) Prórroga del período*

25. Cuando la planta deja de funcionar a causa de defectos a que se aplica la garantía, el período inicial de garantía se prorrogará por el tiempo que, por ese motivo, la planta no esté en funcionamiento.

26. Así, en virtud de la cláusula 23.5 de ECE 188A y 574A, el período de garantía de las obras se prorrogará

"por el tiempo en que la obra haya estado inmovilizada por algún defecto de los comprendidos en este artículo."

27. A este respecto, la cláusula 33.4 de las Condiciones FIDIC-EMW se refiere no sólo a las obras sino también a las partes de las mismas:

"El período de responsabilidad por defectos se prorrogará por un plazo igual al período durante el cual las Obras (o la parte de las mismas en que apareció o se produjo el defecto o daño a que se aplica la cláusula) no pueden ser utilizadas a causa de ese defecto o daño...

28. Análogamente, el artículo 28.6 de UNIDO-TKL dispone:

"... Respecto de los demás elementos de equipo que no hayan podido ser puestos en funcionamiento debido a la necesidad de reparar o sustituir la parte o partes defectuosas de las Obras a que se hace referencia en esta cláusula, el período de garantía se prorrogará por un tiempo equivalente a los períodos en que el equipo no haya estado en funcionamiento."

*d) Período máximo de garantía*

29. Algunas veces los contratos establecen un período máximo de garantía, contado a partir de una fecha anterior a la fecha de entrega, por ejemplo, la del primero o el último envío de equipo o la del envío de determinado porcentaje de equipo.

30. El Artículo 28.3 de UNIDO-TKL establece un período máximo de

"treinta (30) meses a partir de la terminación fisicomecánica de la planta y el equipo con arreglo a este Contrato, cuando por razones atribuibles exclusivamente al COMPRADOR las Plantas no puedan ser puestas en marcha o no se pueda iniciar la producción comercial (dentro del período indicado de treinta (30) meses) ..."

31. El grupo internacional de contratistas sugiere en sus observaciones la reducción del período mencionado de 18 meses, así como la sustitución de la frase "razones atribuibles exclusivamente al COMPRADOR" por "razones no atribuibles al CONTRATISTA".

32. El Artículo 28.3 de UNIDO-CRC establece un período máximo de 30 meses "desde la fecha del envío".

33. En la cláusula 33.3 y 33.4 de las Condiciones FIDIC-EMW se establece un máximo para cualquier prórroga del período inicial de garantía, a saber, dos años a partir de la fecha de aceptación, en el caso de prórroga cuando la planta no funciona por causa de sustituciones o renovaciones de sus partes.

*e) Períodos especiales para las partes*

34. También puede haber períodos de garantía diferentes para diversas partes de la planta. Algunas veces se establecen períodos especiales para repuestos.

35. La cláusula 23.3 de ECE 188A y 574A dispone:

"Para ciertas piezas taxativamente enumeradas (fabricadas o no por el constructor), el contrato podrá estipular diferentes períodos de garantía con respecto a cada una de ellas."

36. El Artículo 25.10 de UNIDO-TKL contiene una disposición especial con respecto a los repuestos adquiridos por el contratista a distribuidores y/o proveedores en nombre del comprador. Para estas piezas se establece un período especial de garantía de 12 meses "después de que hayan empezado a utilizarse" y que no excederá de 36 meses "después de la fecha de envío".

37. De ordinario se dispone para las partes reparadas o sustituidas el mismo período de garantía establecido inicialmente para toda la planta. Por ejemplo, la cláusula 23.5 de ECE 188A y 574A dice así:

"Las piezas de repuesto o las piezas renovadas quedarán garantizadas, en virtud del presente artículo, en los mismos términos y condiciones aplicables a la obra original y por un nuevo período igual al previsto en el párrafo H del anexo ..."

38. Disposiciones análogas figuran en la cláusula 33.3 de las Condiciones FIDIC-EMW y en el Artículo 28.6 de UNIDO-TKL.

4. *Contenido de la garantía*

*a) Obligación del contratista*

39. La obligación del contratista es corregir (o rectificar) el defecto (Artículo 23.7 de ECE 188A y 574A, cláusula 33.2 de FIDIC-EMW, Artículo 28.4 de UNIDO-TKL).

40. Las disposiciones mencionadas exigen que el contratista actúe *de inmediato* (CEPE y ONUDI) *tan rápido como sea posible* (FIDIC).

41. Las mismas disposiciones, así como el Artículo 25.4 de UNIDO-TKL estipulan que el contratista corrija los defectos a su propio costo.

42. La cláusula 23.7 de ECE 188A y 574A se refiere a la cuestión del lugar *donde* debe corregirse el defecto:

"... A menos que la naturaleza del defecto aconseje que la reparación debe efectuarse en el mismo lugar de

la instalación, el comprador devolverá al constructor toda pieza en que hubiera aparecido un defecto de los previstos en el presente artículo. En tal caso se considerarán cumplidas las obligaciones contraídas por el constructor en virtud de este párrafo, por lo que respecta a la pieza defectuosa, al entregar al comprador la pieza debidamente reparada o la correspondiente pieza de repuesto."

43. La cláusula 33.6 del texto FIDIC-EMW prevé la posibilidad de retirar la obra defectuosa:

"El Contratista puede, con el consentimiento del Ingeniero, retirar del Emplazamiento la Parte de las obras que sea defectuosa o esté deteriorada si el defecto o deterioro es de tal naturaleza que las reparaciones no pueden efectuarse rápidamente en el Emplazamiento."

44. En el Artículo 28.5 de UNIDO-TKL se determina el tiempo que deberá transcurrir en caso de sustitución:

"... en caso de que la rectificación del defecto exija la sustitución del equipo, esta operación deberá ejecutarse en un plazo mínimo y el montaje del equipo correspondiente en el país del CONTRATISTA deberá efectuarse en el tiempo más breve posible ..."

45. Si hay necesidad de transporte, la cláusula 23.8 de ECE 188A y 574A dispone:

"De no existir otra disposición expresa serán por cuenta del comprador el costo y los riesgos del transporte, tanto de las piezas defectuosas como de las piezas reparadas o de repuesto, entre el lugar de la instalación y uno de los siguientes puntos:

*a*) los talleres del constructor si el contrato dispone la entrega del material "puesto en fábrica", o "franco sobre vagón";

*b*) el puerto desde donde el constructor expidió el material, si el contrato dispone la entrega FOB, FAS, CIF o CF;

*c*) la frontera del país desde donde el constructor expidió el material, en todos los demás casos."

46. En cambio, en el Artículo 28.4 de UNIDO-TKL figuran los gastos de envío entre los que ha de sufragar el contratista.

47. La cláusula 23.9 de ECE 188A y 574A deja en manos de las partes o del árbitro el prorrateo de todo gasto adicional:

"Cuando la reparación debe efectuarse en el lugar de la instalación, conforme a lo dispuesto en el párrafo 7 del presente artículo, todos los gastos de viaje y subsistencia del personal del constructor así como el coste y los riesgos de transporte del material y las herramientas necesarias serán repartidos equitativamente y razonablemente por el árbitro de no mediar un acuerdo entre las partes."

48. La cláusula 23.10 de ECE 188A y 574A se refiere a las piezas reemplazadas:

"Las piezas defectuosas, reemplazadas en virtud de lo dispuesto en este artículo, quedarán a disposición del constructor."

49. La cláusula 33.10 de FIDIC-EMW trata del reparto de los gastos ocasionados por la búsqueda de la causa de un defecto:

"Si el Ingeniero lo solicita por escrito, el Contratista deberá buscar la causa del defecto, imperfección o falla siguiendo las instrucciones del Ingeniero. A menos que el defecto, imperfección o falla sea de los que, con arreglo al presente contrato, se consideran responsabilidad del Contratista, el costo del trabajo de búsqueda efectuado por el Contratista en la forma indicada será sufragado por el Empleador. En cambio, cuando el defecto, imperfección o falla sea de los que se consideran responsabilidad del contratista, el costo del trabajo de búsqueda será sufragado por el Contratista."

*b) Incumplimiento de obligación*

50. En la cláusula 23.11 de ECE 188A y 574A se dispone:

"Si el constructor se niega a cumplir sus obligaciones o no procede con la debida diligencia, una vez que haya sido requerido para ello, el comprador podrá disponer que se efectúen las reparaciones necesarias por cuenta y riesgo de aquél, siempre que lo haga de una manera razonable."

51. En la cláusula 33.5 de FIDIC-EMW se concede el mismo derecho al comprador "cuando el defecto o avería no se corrija *en un plazo razonable*".

52. El artículo 28.4 de UNIDO-TKL se ocupa de la misma cuestión con mayor detalle:

"... Si ... el CONTRATISTA no toma ninguna medida o se demora en tomarla a fin de iniciar, continuar y completar diligentemente la reparación de los defectos, averías o fallos ... el COMPRADOR podrá proceder a hacerlo independientemente y a poner las instalaciones en condiciones adecuadas de funcionamiento de conformidad con el Contrato, y el CONTRATISTA será responsable por todos los costos, honorarios y gastos en que incurra el COMPRADOR por este concepto y, al recibo de las facturas debidamente certificadas por el COMPRADOR, deberá pagar al COMPRADOR una cantidad equivalente a tales costos, honorarios y gastos."

*c) Defectos menores*

53. Algunas veces se da al comprador el derecho de corregir defectos menores y cargar los gastos al contratista. Las partes deben definir en su contrato en qué consisten los defectos menores.

54. El artículo 28.5 de UNIDO-TKL se refiere a la reparación caso por caso por parte del comprador:

"... Con sujeción a la aprobación previa del CONTRATISTA (la cual no deberá negarse sin motivos razonables), el COMPRADOR tendrá derecho a reparar defectos menores y el costo será sufragado por el CONTRATISTA."

5. *Procedimiento de reclamaciones*

55. En la cláusula 23.6 de ECE 188A y 574A se estipula:

"Para poder acogerse a los beneficios del presente artículo, el comprador deberá notificar sin demora y por escrito al constructor los defectos que hayan aparecido y darle todas las facilitades para comprobarlos y corregirlos."

56. En la cláusula 33.3 de FIDIC-EMW se exige también que el comprador (o el ingeniero) informe inmediatamente al contratista exponiendo por escrito la naturaleza del defecto o avería.

57. En el Artículo 28.4 de UNIDO-TKL se prevé la notificación por escrito del comprador, mientras que en el Artículo 28.10 de UNIDO-TKL se requiere el envío inmediato de información por telegrama/télex.

6. *Limitación o exención de la responsabilidad*

58. A menudo la garantía del contratista se limita a la rectificación de defectos y excluye expresamente las reclamaciones por lucro cesante o las relacionadas con accidentes corporales. Así, la cláusula 23.14 de ECE 188A y 574A dice:

"... Queda expresamente convenido que el constructor no satisfará indemnización alguna al comprador por accidentes corporales ni materiales ajenos al objeto del contrato que se produzcan después de la acceptación, así como tampoco por el *lucrum cessans* a menos que de las circunstancias del caso resulte que el constructor ha cometido una falta grave."

59. Con arreglo a la cláusula 33.11 de FIDIC-EMW, el contratista no es responsable por el daño a la propiedad o la pérdida de ésta cuando no forma parte de la obra y aquéllos se produzcan después de que haya expirado el período de garantía. Tampoco es responsable por el lucro cesante "a menos que de las circunstancias del caso resultara que el Contratista ha incurrido en falta grave y que las circunstancias que han dado origen a la reclamación se dan dentro del período [de garantía]" que hubieran convenido las partes (si no se establece ningún período, cuatro años después de la fecha de recepción). La responsabilidad del contratista está además condicionada a que el comprador notifique dentro de los 60 días siguientes el acontecimiento que da pie a la reclamación.

60. La cláusula 23.15 de ECE 188A y 574A y la cláusula 33.12 de FIDIC-EMW contienen una definición casi idéntica de "falta grave". La primera dice:

"Se entenderá por 'falta grave' todo acto u omisión del constructor que permita suponer una falta de precaución manifiesta, atendida la gravedad de las consecuencias que para un profesional concienzudo serían normalmente previsibles, o que permita suponer de parte del constructor una deliberada despreocupación por esas consecuencias; pero no se considerará como tal un descuido o torpeza cualquiera."

C. *Garantía de funcionamiento*

1. *Alcance de la garantía*

61. Ni las Condiciones Generales de la CEPE ni las condiciones de la FIDIC contienen ninguna disposición sobre garantía de funcionamiento.

62. En la Guía de la CEPE se habla de una garantía de logro de los parámetros especificados en el contrato en el momento de las pruebas de aceptación (párr. 41).

63. Los modelos de contrato de la ONUDI contienen disposiciones muy detalladas sobre garantía de funcionamiento, así como sobre las pruebas para la garantía de funcionamiento (véase segunda parte, X. *Inspección y pruebas*).

64. De conformidad con el Artículo 26.2 de UNIDO-TKL, el contratista garantiza que la planta "estará en condiciones de satisfacer todos los requisitos de funcionamiento normal, capacidad, calidad de los productos, consumo de materias primas y servicios..."

65. Al comentar esta disposición, el grupo internacional de contratistas sugiere que los requisitos cuyo cumplimiento se garantiza se hagan constar con precisión en el contrato.

66. La garantía de funcionamiento se da a condición que la planta funcione en conformidad con las directrices e instrucciones técnicas del contratista (Artículo 26.2 de UNIDO-TKL).

2. *Demostración*

67. La garantía de funcionamiento queda satisfecha si (o cuando) se ha probado y demostrado mediante series de ensayos que la planta se ajusta a los requisitos especificados.

3. *Contenido de la garantía*

68. Cuando las pruebas de funcionamiento no son satisfactorias, la garantía correspondiente no queda satisfecha. Las partes pueden acordar las consecuencias diversas que acarreará el incumplimiento de la garantía.

69. UNIDO-TKL distingue entre garantías "absolutas" y "sujetas a sanción". Conforme al Artículo 1.2, por garantías absolutas se entenderán las garantías de funcionamiento de las plantas en cuanto a su capacidad y la calidad de los productos. En el Artículo 1.27 se definen las garantías sujetas a sanción como las garantías de funcionamiento relativas al consumo de materias primas y servicios.

70. Todos los modelos de la ONUDI contienen disposiciones muy detalladas respecto de los diversos elementos que son objeto de garantías de funcionamiento de tipo "absoluto" o "sujetas a sanción". En sus observaciones, el grupo internacional de contratistas hace notar que dichos elementos "no deberían aparecer de manera tan detallada en las condiciones típicas y [que están], de todas formas..., sujetos a negociación particular caso por caso".

71. El contratista es responsable por el pago de daños y perjuicios por incumplimiento de las garantías absolutas a una capacidad del 100%. Sin embargo, la capacidad

mínima permitida a los efectos de pago de daños y perjuicios es del 95%. Cuando la capacidad efectiva no llega al 95% de la prevista, se puede recurrir a otros remedios (Artículo 27.1.4 de UNIDO-TKL).

72. Por el incumplimiento de garantías sujetas a sanción, el contratista responde del pago de las cantidades de dinero expresadas, si no corrige los defectos (Artículo 27.2 de UNIDO-TKL).

## XVI. Corrección de defectos

### A. *Significado de "defecto" en el contrato de obras*

73. La expresión "defecto" en un contrato de obras abarca cualquier circunstancia que afecta negativamente la calidad de la obra. El defecto puede deberse a diseño o ejecución defectuosos o a materiales de calidad inadecuada. La planta y el material se considerarán defectuosos cuando no se ajusten a la descripción de la obra que se halla en el contrato tomado en conjunto. La estricta conformidad con los términos del contrato es particularmente importante en un contrato de obras. Una de las obligaciones básicas del contratista es, precisamente, entregar las obras sin defectos; incluso cuando falte una disposición expresa a este efecto, se considerará implícita esta obligación.

74. Los defectos pueden manifestarse en cualquiera de las siguientes etapas: durante la ejecución de la obra, en el momento de la recepción, durante el período de garantía, y tras la expiración de este período.

### B. *Defectos durante la ejecución*

#### 1. *Eliminación de defectos*

75. Una vez se ha descubierto un defecto, al comprador le interesa asegurarse de que sea corregido lo antes posible. El comprador no debería tener que esperar hasta la terminación de la obra para poder intervenir. La mayoría de los modelos que se estudian facultan, por consiguiente, al ingeniero a dar instrucciones cuando se descubren defectos en cualquier momento durante la ejecución. En la cláusula 39.(1) de FIDIC-CEC se dispone:

> "En el curso de la ejecución de las obras, el ingeniero estará facultado para ordenar por escrito, en distintas ocasiones:
>
> "*a*) Que se retiren del Emplazamiento, dentro del plazo o de los plazos especificados en la orden, todos aquellos materiales que al parecer del Ingeniero no estén de acuerdo con el Contrato;
>
> "*b*) Que los mismos sean sustituidos por materiales adecuados y convenientes; y
>
> "*c*) Que se demuela y se vuelva a ejecutar debidamente, no obstante sus ensayos anteriores y los pagos parciales que se hayan efectuado, toda obra que en lo que respecta a materiales o ejecución, no esté, al parecer del Ingeniero, de acuerdo con el Contrato."

76. En la disposición anterior se hace hincapié en el deber del contratista de dar estricto cumplimiento a los requisitos contractuales. La previa aprobación o el pago de los materiales por el comprador no exonerarán al contratista de su responsabilidad.

77. Las condiciones FIDIC-EMW dan también al ingeniero el derecho de intervenir durante la ejecución y ordenar la *reejecución de las obras*. En la cláusula 28 se dispone:

> "Si, respecto de cualquier Sección o Parte de las Obras aún no recibidas, el Ingeniero en cualquier momento:
>
> "*a*) llegara a la conclusión de que una obra hecha o una Planta suministrada o materiales utilizados por el Contratista o un Subcontratista es o son defectuosos o no están de acuerdo con el Contrato, o que esa Sección o Parte de las Obras es defectuosa o no se ajusta a los requisitos del Contrato . . . y
>
> "*b*) notificara al respecto por escrito al Contratista, tan pronto como fuera razonablemente factible, especificando detalles de los defectos alegados, así como el lugar donde se dice que éstos existen o se han producido, y
>
> "*c*) pusiera, en la medida necesaria, la Planta a disposición del Contratista,
>
> "en tal caso el Contratista deberá con toda prontitud . . . a su propia costa, subsanar los defectos así especificados."

78. Con arreglo a los modelos de contrato de la ONUDI, las actividades relacionadas con la rectificación y modificación de la planta previamente a su aceptación provisional son de responsabilidad del contratista y han de ser ejecutadas a su costa dentro del plazo estipulado. En el Artículo 29.6 de UNIDO-CRC se establece:

> "Si el CONTRATISTA descubre discrepancias o errores en los procesos, las proyecciones técnicas, las instrucciones, las especificaciones, las inspecciones o las adquisiciones, o errores u omisiones de otro tipo, cualquiera sea el caso, que requieran medidas correctivas . . . el CONTRATISTA y el COMPRADOR deberán reunirse y convenir una prórroga para que el CONTRATISTA pueda aplicar las medidas técnicas de corrección que sean necesarias."

79. Según los modelos de contrato UNIDO-TKL y UNIDO-STC, el contratista está facultado para modificar o reejecutar la obra a su discreción. En el Artículo 29.12 de UNIDO-TKL se estipula:

> "Las obligaciones del CONTRATISTA de ejecutar las modificaciones, correcciones, rectificaciones y sustitución de equipo . . . no estarán sujetas a restricciones."

80. Las Condiciones Generales de la CEPE 188A y 574A otorgan al comprador el derecho a inspeccionar los materiales antes de que sean entregados en el emplazamiento de la construcción (para mayores detalles sobre las obligaciones de las partes, véase Segunda Parte, VIII, *Inspección y pruebas**). Si se descubren defectos durante la inspección, las Condiciones Generales de la

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 3 (reproducido anteriormente).

CEPE no establecen expresamente la obligación del contratista de corregirlos: la cláusula 8.2 de ECE 188A y 574A dispone:

"Si como resultado de la inspección y de la verificación el comprador estima que determinados materiales o partes del material son defectuosos, o no se ajustan a lo estipulado en el contrato, deberá formular por escrito sus observaciones motivadas."

81. Sin embargo, redundaría en beneficio del contratista corregir los defectos que se hayan descubierto.

2. *Suspensión de los trabajos*

82. A fin de evitar demoras y gastos adicionales, interesa siempre al contratista y al comprador llevar a cabo una investigación tan pronto como aparezcan síntomas de un defecto. Puede resultar necesaria una suspensión de los trabajos para descubrir la causa del defecto y para evitar daños ulteriores a las obras.

83. Las Condiciones FIDIC-CEC y FIDIC-EMW definen la situación en la cual el contratista suspenderá los trabajos, a su propia costa o a costa del comprador. La cláusula 40.(1) de las Condiciones FIDIC-CEC estipula:

"Al darle orden por escrito al Ingeniero, el Contratista deberá suspender la marcha de las obras o de cualquier parte de las mismas... El costo suplementario a que se vea obligado a atender el Contratista al cumplimentar las instrucciones que le dé el Ingeniero en virtud de la presente cláusula deberá correr a cargo y ser abonado por el Contratante, a menos que la suspensión sea:

"*a*) ya prevista en el Contrato, o

"*b*) necesaria en razón de alguna falta cometida por el Contratista..."

84. Los modelos de contrato de la ONUDI también contienen disposiciones que exigen del contratista la suspensión de los trabajos durante la construcción, cuando así lo dispone el comprador. El artículo 32.1 de UNIDO-CRC establece:

"El COMPRADOR pedirá al CONTRATISTA, cuando a juicio del COMPRADOR sea necesario, que suspenda la ejecución de los trabajos o parte de los mismos por un período determinado o no determinado, para lo cual deberá notificar de ello al CONTRATISTA..."

85. Las Condiciones Generales de la CEPE no contienen disposiciones expresas que ordenen la suspensión de los trabajos.

C. *Defectos en el momento de la entrega*

86. Todos los modelos considerados contienen disposiciones sobre inspección y ensayos en el momento de la terminación, para asegurarse de que la planta satisfaga los requisitos del contrato (para mayores detalles, véase Segunda Parte, VIII, *Inspección y pruebas*). Con arreglo a la mayor parte de dichos modelos, la emisión de un certificado de terminación está condicionada a la rectificación de los defectos descubiertos durante la inspección. La cláusula 48.(1) de las Condiciones FIDIC-CEC establece:

"... El Ingeniero, dentro de los veintiún días de la fecha de entrega de esos avisos, deberá... dar instrucciones por escrito al Contratista especificando todo el trabajo que, al parecer del Ingeniero, el Contratista necesita hacer antes de que emita dicho certificado. El Ingeniero también deberá notificar al Contratista cualquier defecto en las Obras que afecte en sustancia a la terminación y que aparezca después de tales instrucciones y antes de la terminación de los trabajos especificados en el mismo. El Contratista tendrá derecho a recibir dicho Certificado de terminación dentro de los veintiún días de la terminación, a la satisfacción del Ingeniero, de los trabajos así especificados y después de haber reparado todos los defectos así notados."

87. En las Condiciones FIDIC-EMW existe también una disposición según la cual los ensayos de terminación de la planta deben dar resultado satisfactorio para que se pueda emitir un certificado de entrega. En caso de que los ensayos o sus repeticiones no sean satisfactorios, de conformidad con la cláusula 29.6,

"... el Ingeniero tendrá derecho:

"...

"*b*) a rechazar las Obras o la Sección de las mismas, de conformidad con la cláusula 28 (Defectos anteriores a la entrega)[3], si los resultados de los ensayos demuestran que las Obras o la Sección no satisfacen las garantías de funcionamiento o las tolerancias acordadas que se han especificado en el Contrato o, si no existen tales garantías o tolerancias, los resultados demuestran que las Obras o la Sección no se conforman a lo previsto en el Contrato..."

88. En virtud de los modelos de contrato de la ONUDI, el contratista tiene la obligación, en el momento de la terminación, de demostrar que la planta satisface las garantías de funcionamiento que figuran en el contrato.

89. De conformidad con el modelo de la ONUDI de contrato CRC, cuando el resultado de los ensayos de funcionamiento de la planta no resulta satisfactorio, la obligación del contratista de rectificar la planta a su costa dependería de que el defecto se deba o no a un error del contratista o a cuestiones que se hallan bajo su responsabilidad. El Artículo 29.1 establece:

"En caso de que, debido a error o negligencia en los procesos y/o las proyecciones técnicas detalladas realizadas por el CONTRATISTA, o en las adquisiciones o especificaciones, instrucciones e inspecciones del CONTRATISTA, o por cualquier otra circunstancia comprendida en las obligaciones del CONTRATISTA, éste no pueda demostrar que se pueden alcanzar los niveles de las garantías absolutas.. el CONTRATISTA procederá a realizar las modificaciones, adiciones y/o cambios que a juicio del CONTRATISTA, en su calidad de experto en la materia, sean necesarios para subsanar los defectos y/o las deficiencias y poder lograr, en consecuencia, los niveles de las garantías especificadas..."

[3] Véase párrafo 77 *supra*.

90. Con arreglo al modelo UNIDO-CRC, la entrega de la planta no se producirá hasta que no se haya demostrado la capacidad de la planta para satisfacer las garantías de funcionamiento. El Artículo 29.7 dispone:

"La obligación del CONTRATISTA se rectificar los defectos y tomar medidas correctivas continuará vigente aun después de expirada la prórroga ... y el CONTRATISTA deberá continuar, a su costa, los esfuerzos por rectificar los defectos y tomar medidas correctivas ... Las obligaciones del CONTRATISTA a este respecto no cesarán mientras no se demuestre satisfactoriamente que se pueden alcanzar los niveles de las Garantías Absolutas de las Plantas."

91. El modelo UNIDO-TKL contiene disposiciones análogas que exigen que el contratista demuestre la capacidad de la planta para satisfacer las garantías de funcionamiento y para cumplir la función prevista.

92. Con arreglo a los modelos UNIDO-TKL y UNIDO-STC, el contratista, antes de ejecutar los trabajos, deberá consultar con el comprador acerca de la naturaleza del defecto. El alcance de la responsabilidad del contratista dependerá de la gravedad del defecto. El Artículo 29.8 de UNIDO-TKL dispone:

"Siempre que se advierta cualquiera de los defectos ... el CONTRATISTA lo notificará inmediatamente al COMPRADOR y se aplicará el procedimiento estipulado a continuación en relación con cualquier reparación y/o sustitución ... El CONTRATISTA y el COMPRADOR (o sus representantes debidamente autorizados) inspeccionarán los materiales, maquinarias y/o equipo defectuosos.

"29.8.1: En caso de que se determine de común acuerdo que el defecto y/o el daño son de menor cuantía, el CONTRATISTA deberá corregirlo satisfactoriamente recurriendo a los medios más eficientes.

"29.8.2: En caso de defecto o daño grave o de gran alcance, el CONTRATISTA deberá indicar el método de corregir el defecto o daño, en cualquier caso a su propio costo, y se adoptará uno de los métodos siguientes, teniendo en cuenta, sin embargo, las consideraciones de eficiencia, rapidez y cumplimiento de los plazos contractuales;

29.8.2.1: Realización del trabajo de reparación/rectificación o modificación en el Emplazamiento.

29.8.2.2: Traslado del material o equipo defectuosos del Emplazamiento y realización de la reparación o rectificación fuera del Emplazamiento.

29.8.2.3: Remoción del material, maquinaria o equipo defectuosos y su sustitución por materiales, máquinas o equipo nuevos y sin utilizar."

93. En las Condiciones Generales de la CEPE existen también disposiciones sobre pruebas de aceptación, a fin de asegurarse de que la planta satisface los requisitos del contrato. Cuando durante las pruebas se descubran defectos, la cláusula 21.2 de las Condiciones Generales de la CEPE 188A y 574A establece:

"Si durante las pruebas de aceptación se comprueba que la obra es defectuosa o no responde a lo especificado en el contrato, el constructor deberá corregir con la mayor diligencia y a sus expensas el defecto de que se trate o hacer que la obra responda a lo especificado en el contrato ..."

94. Cuando las pruebas de aceptación son aplazadas por el comprador y en el intervalo aparecen defectos, el comprador deberá correr con los gastos ocasionados por la rectificación de dichos defectos. El Artículo 22.3 de las Condiciones Generales de la CEPE 188A y 574A dispone:

"Si como consecuencia de las dificultades con que tropiece el comprador ... resulta imposible efectuar las pruebas de aceptación ...

"...

"*c*) el constructor ... a expensas del comprador, podrá examinar la obra y reparar cualquier defecto o deterioro así como cualquier avería que se haya producido después de la fecha en que la obra estaba ya dispuesta para ser sometida a las pruebas según el contrato."

95. De conformidad con las Condiciones FIDIC-CEC, se consideran trabajos defectuosos en el momento de la entrega los trabajos pendientes a la fecha de la terminación y los trabajos que no satisfacen los requisitos del contrato y que, de conformidad con el mismo, se hallan explícita o tácitamente bajo la responsabilidad del contratista. En virtud de las Condiciones FIDIC-CEC el contratista está obligado a corregir estos defectos a su propia costa; los defectos producidos por cualquier otra causa también deberán ser corregidos por el contratista, aunque a expensas del comprador. En la cláusula 49 se estipula:

"(2) A fin de que las Obras sean, a la expiración del Período de Conservación o tan pronto como fuera posible después de dicha expiración, entregadas al Contratante en la condición exigida por el Contrato, a excepción hecha de desgastes naturales razonables, a entera satisfacción del Ingeniero, el Contratrista terminará los trabajos, si los hubiera, que quedaran por hacer a la fecha de terminación ... tan pronto como fuera posible después de la tal fecha y deberá realizar todos los trabajos de reparación, enmienda, reconstrucción, rectificación y arreglo de defectos, imperfecciones, contracciones u otras fallas que el Ingeniero pudiera exigir por Escrito al Contratista durante el Período de Conservación, o dentro de los catorce días posteriores a su expiración, como resultado de una inspección realizada por o en nombre del Ingeniero antes de su expiración.

"(3) Cualquier trabajo de este tipo deberá ser llevado a cabo por el Contratista a sus propias expensas si tal trabajo, de acuerdo con la opinión del Ingeniero, fuera necesario como consecuencia del uso de materiales o ejecución que no fuera acorde con el Contrato, o de negligencia o descuido de parte del Contratista en el cumplimiento de cualquier obligación, explícita o implícita, correspondiente al Contratista de acuerdo con el Contrato."

D. *Defectos durante el período de garantía*

96. La mayor parte de los modelos examinados exigen expresamente que el contratista rectifique los defectos que aparezcan durante el período de garantía.

97. Pueden surgir diferencias acerca de si un defecto se debe a una cuestión incluida en las obligaciones del contratista. Con arreglo a las Condiciones FIDIC-CEC, el ingeniero determina si el contratista es responsable en dicha situación. La cláusula 49.(3) dispone:

"... Si, de acuerdo con la opinión del Ingeniero, tal necesidad fuera consecuencia de cualquier otro motivo, se estimará el valor de dicho trabajo y se le pagará como si fuera trabajo adicional."

98. En virtud de las Condiciones FIDIC-EMW, la obligación del contratista de volver a ejecutar los trabajos dependerá de si los defectos se deben a cuestiones que forman parte de su responsabilidad. La cláusula 33.2 establece:

"El Contratista será responsable de rectificar, con la mayor rapidez posible y a su propia costa, todo defecto de cualquier parte de las Obras o todo daño causado a las mismas, que pudieran aparecer o producirse durante el Período de Responsabilidad por Defectos y que resulten:

"*a*) de materiales, fabricación o diseño defectuosos ... o

"*b*) de cualquier acción realizada u omisión cometida por el Contratista durante dicho período."

99. Los modelos de contrato de la ONUDI determinan el período durante el cual el contratista deberá corregir los defectos. En virtud de los modelos UNIDO-TKL y UNIDO-STC, el comprador está facultado para especificar el plazo durante el cual el contratista debe volver a ejecutar los trabajos. El Artículo 29.10 de UNIDO-TKL dispone:

"... El COMPRADOR ... otorgará al CONTRATISTA ... un plazo determinado en condiciones concretas para llevar a cabo estas modificaciones, rectificaciones, sustituciones, trabajos correctivos de ingeniería ... y (si procede) corregir los defectos de fabricación y de materiales ..."

100. El plazo determinado puede prorrogarse a discreción del comprador. El Artículo 29.10 de UNIDO-TKL establece:

"... El CONTRATISTA deberá terminar los trabajos en conformidad con lo prescrito en el Contrato y (a discreción del COMPRADOR) se le deberán conceder las prórrogas adicionales que fuere necesario, sin perjuicio de ninguno de los derechos del COMPRADOR ..."

101. Con arreglo al modelo de la ONUDI de contrato CRC, el plazo dentro del cual el contratista deberá rectificar los defectos se establece de antemano, con sujeción al derecho de prorrogar el plazo bajo condiciones determinadas. El Artículo 29.8 de UNIDO-CRC dispone:

"La obligación del CONTRATISTA de efectuar las rectificaciones ... tendrá vigencia hasta doce (12) meses después de la fecha de iniciación de las operaciones de la(s) Planta(s); sin embargo, el período durante el cual la(s) Planta(s) no pueda(n) funcionar normalmente a causa de falta de cumplimiento por parte del COMPRADOR, o del tiempo superior a diez (10) meses utilizado para reemplazar el equipo (si ello se requiriese de los proveedores), no se contará para el cómputo de ese período de doce (12) meses."

102. Las Condiciones Generales de la CEPE exigen al contratista que rectifique los defectos durante el período de garantía, inmediatamente y a su costa (cláusula 23.7 de ECE 188A y 574A). (Para un examen de las obligaciones de las partes durante el período de garantía, véase XV, *Garantías, supra*).

E. *Necesidad de notificar*

1. *Obligación de notificar y forma de la notificación*

103. Después de la entrega sólo el comprador tiene la posibilidad práctica de descubrir los defectos. Por consiguiente, la mayor parte de los modelos analizados exigen al comprador que notifique los defectos que aparezcan después de la entrega.

104. La mayoría de los modelos examinados establecen que el contratista debe recibir notificación escrita del defecto. La forma y el contenido de la notificación dependerán de la naturaleza del defecto y de si éste se descubre antes o después de la entrega. Si el defecto se produce antes de la entrega y se debe a falta del contratista, bastará normalmente una notificación corriente.

105. Las Condiciones FIDIC-CEC estipulan únicamente que la notificación del defecto durante los períodos de ejecución y de conservación se formule por escrito (véase párrafo 75, *supra*.)

106. En virtud de la cláusula 28 de las Condiciones FIDIC-EMW (véase párrafo 77, *supra*), la notificación escrita debe contener detalles del defecto y determinar el alcance de los trabajos que deben realizarse.

107. Con arreglo a los modelos de contratos de la ONUDI, el contratista está obligado a notificar al comprador cualquier defecto que aparezca antes de la entrega. No se expresa la forma ni el contenido de la notificación. El Artículo 29.5 de UNIDO-STC dispone:

"Siempre que se advierta cualquier defecto ... el CONTRATISTA notificará inmediatamente al COMPRADOR y se aplicará el procedimiento estipulado a continuación en relación con cualquier rectificación y/o modificación de los trabajos ..."

2. *Falta de notificación*

108. Con arreglo a los modelos analizados, el hecho de que el comprador no notifique los defectos que aparezcan durante la producción no exime al contratista de su responsabilidad por los trabajos defectuosos. Sin embargo, en la mayor parte de los modelos en examen no se determinan las consecuencias de la omisión del comprador en notificar los defectos que puedan aparecer después de la entrega.

109. De conformidad con las Condiciones Generales de la CEPE, la notificación por escrito de los defectos constituye una condición previa para que el comprador pueda ejercitar sus derechos en virtud de las disposiciones de garantía. La cláusula 23.6 de ECE 188A y 574A establece:

"Para poder acogerse a los beneficios del presente artículo, el comprador deberá notificar sin demora y por escrito al constructor los defectos que hayan aparecido y darle todas las facilidades para comprobarlos y corregirlos."

### F. *Omisión de la corrección de defectos*

110. Las Condiciones FIDIC-CEC y FIDIC-EMW contienen disposiciones expresas que autorizan al comprador a contratar otro contratista para que realice los trabajos necesarios en caso de que el contratista titular se abstenga de volver a ejecutarlos. En algunas circunstancias determinadas el comprador tiene derecho a una indemnización y a la rescisión del contrato.

111. Sobre la comisión del contratista en realizar los trabajos necesarios durante la construcción, la cláusula 39.(2) de las Condiciones FIDIC-CEC dispone:

"En caso de que el Contratista deje de cumplimentar una orden de esta índole, el Contratante tendrá derecho a emplear y pagar a otras personas para su ejecución, y todos los gastos que de ello se sigan o que sean incidentales a ello correrán a cargo del Contratista y podrá exigírselos el Contratante, o podrá deducirlos de toda suma que sea debida o vaya a ser debida al Contratista."

112. Existe una disposición análoga en las Condiciones FIDIC-CEC. En caso de que el contratista no corrija los defectos aparecidos durante el período de "conservación", la cláusula 49.(4) de las Condiciones FIDIC-CEC establece:

"Si el Contratista dejara de hacer cualquier trabajo ... el Contratante tendrá derecho a emplear y a pagar a otras personas para que lleven a cabo el mismo si ese trabajo fuera tal que, de acuerdo con la opinión del Ingeniero, el Contratista debiera realizar a sus propias expensas, de acuerdo con el Contrato, entonces todos los gastos resultantes del mismo o accesorios del mismo serán recuperables por el Contratante del Contratista ..."

113. Las Condiciones FIDIC-EMW exigen al contratista que actúe diligentemente en la corrección de los defectos; de no ser así, el comprador puede llevar a cabo los trabajos necesarios a expensas del contratista. La cláusula 28 dispone:

"... En caso de que el Contratista no lo haga, el Contratante puede, siempre que sea sin retraso indebido, adoptar a expensas del Contratista las medidas que en todas las circunstancias puedan resultar razonables para rectificar tales defectos ..."

114. De conformidad con los modelos de contratos de la ONUDI, el comprador tiene derecho de adoptar cualquier medida para ejecutar los trabajos correctivos. El Artículo 29.3 de UNIDO-CRC dispone:

"Si el CONTRATISTA omite por negligencia o se niega a adoptar las medidas necesarias para garantizar la eliminación de los defectos y/o deficiencias dentro de un período razonable, el COMPRADOR podrá tomar las medidas necesarias en relación con la proyección técnica, la adquisición, la inspección y la supervisión del montaje del equipo nuevo, o para reparar y/o reemplazar el equipo usado, a fin de rectificar los defectos y solucionar todos los problemas conexos; todos los gastos que realice el COMPRADOR en relación con la adopción de estas medidas correrán por cuenta del CONTRATISTA, y/o podrán ser recuperados de cualquier manera, a discreción del COMPRADOR."

115. Con arreglo a UNIDO-CRC, cuando el contratista no ejecuta los trabajos necesarios dentro del plazo estipulado, y el comprador no acepta la prórroga del plazo, el comprador tiene derecho a rescindir el contrato. El Artículo 29.4 dispone:

"Si ... el COMPRADOR no aceptase las ampliaciones de los plazos que solicitase el CONTRATISTA a los fines de esas modificaciones, adiciones y/o cambios, el COMPRADOR tendrá derecho a rescindir el Contrato ..."

116. Los modelos de la ONUDI de contrato TKL y STC hacen referencia al derecho del comprador de utilizar otros recursos de que disponga en virtud del contrato, si los defectos no se corrigen dentro del plazo estipulado. El Artículo 29.13 de UNIDO-TKL establece:

"Cualquier prórroga concedida al CONTRATISTA ... se otorgará sin perjuicio de los derechos o recursos de cualquier índole del COMPRADOR en virtud de este Contrato, aplicables en caso de que el CONTRATISTA no ejecute los trabajos dentro del nuevo plazo concedido."

117. Las Condiciones Generales de la CEPE limitan la responsabilidad del contratista a las obligaciones definidas en virtud de la garantía (para mayores detalles, véase XV, *Garantías, supra*).

### G. *Manifestación de defectos con posterioridad al período de garantía*

118. La responsabilidad por defectos cesa al expirar el período de garantía. El contratista no está obligado contractualmente a rectificar los defectos que aparezcan fuera de este período. Como práctica saludable, los contratistas deberían, a pedido del comprador, reparar todos los defectos que pudieran aparecer fuera del período de garantía, a expensas del comprador."

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7*]

## XVII. Rescisión

### A. *Observaciones generales*

1. En este estudio, el término "rescisión" significa la disolución de un contrato producida por incumplimiento de obligación, circunstancias de exoneración u otras causas.

* 3 abril 1981.

Cabe señalar que un contrato puede ser terminado sólo para el futuro o retrospectivamente. El término "rescisión" en este estudio comprende también la "terminación", la "cancelación" y la "resolución" de un contrato.

2. En los contratos de obras, las cláusulas de rescisión por lo general prevén sólo incumplimientos graves de obligaciones (véase la Segunda Parte, VII, *Calidad**, y XI, *Demoras y recursos***) o el no cumplimiento debido a circunstancias de exoneración (véase Segunda Parte, XIII, *Exoneración****).

### B. *Causas de rescisión*

#### 1. *Incumplimiento del contrato*

3. La decisión de poner fin a un contrato de obras nunca debe adoptarse descuidadamente; sus consecuencias no son de poca monta. El costo de un contrato de obras determinado, unido a la naturaleza de su ejecución, pueden hacer que la rescisión sea un remedio al que las partes tengan recurso sólo después que hayan fracasado todos los otros remedios posibles.

##### *a) Incumplimiento del contrato por el contratista*

4. No todo incumplimiento de contrato es suficientemente grave para que la parte afectada pueda rescindir el contrato. En la Convención de Compraventa se reconoce este hecho y se concede al comprador y al vendedor el derecho de resolver el contrato sólo en casos específicos. El Artículo 49 de la Convención de Compraventa dispone lo siguiente:

> "1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:
>
> "*a*) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o
>
> "*b*) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercancías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado."

5. En el Artículo 25 de la Convención de Compraventa se da una definición de lo que debe considerarse como incumplimiento fundamental: el que cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incurrido en incumplimiento no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en las mismas circunstancias.

6. En los contratos de obras, las partes por lo general especifican en forma detallada las causas de rescisión.

##### i) *Demoras en la terminación*

7. Es común que se produzcan demoras en la terminación de plantas industriales grandes. Antes de que el comprador tenga derecho a rescindir el contrato por lo general debe dar al contratista un período adicional para terminar las obras. Por ejemplo, en la cláusula 20.5 de los textos ECE 188A y 574A, se dispone:

> "En caso de que siga sin terminar una parte de la obra, ... el comprador podrá exigir por escrito al constructor que la termine... y fijarle para ello un plazo... Si, ... el constructor no hace lo necesario para que la obra quede terminada dentro de ese plazo, el comprador tendrá el derecho ... a dar por terminado el contrato por lo que se refiere a la parte de la obra no terminada."

8. La cláusula 31.2 del texto FIDIC- EMW contiene una disposición similar. Las partes pertinentes de esa cláusula dicen lo siguiente:

> "Si el Contratista, por cualquier motivo respecto del cual no sean responsables el Empleador o alguno de los otros contratistas, no termina la obra dentro de ese plazo, el Empleador podrá, mediante nueva notificación por escrito al Contratista:
>
> "*a*) exigir al Contratista que termine la obra, o
>
> "*b*) dar por terminado el contrato respecto de la parte de las obras..."

En contraste con otras formulaciones en estudio, la cláusula mencionada precedentemente no exige al empleador que rescinda el contrato ni siquiera después del incumplimiento del contratista respecto de la terminación de las obras en el período adicional concedido. El comprador tiene todavía la opción de exigir al contratista la terminación de las obras.

9. En los modelos de contrato de la ONUDI también se considera a la demora como una causa de rescisión del contrato. Por ejemplo, el Artículo 33.7.1 del modelo de contrato de entrega llave en mano con pago global (TKL) dispone:

> "Cuando el CONTRATISTA incurra en incumplimiento o demora en la iniciación o ejecución de los trabajos o de una parte de los mismos a satisfacción razonable del COMPRADOR, y el COMPRADOR haya notificado de ello al CONTRATISTA pidiéndole que ponga fin al incumplimiento o demora, y el incumplimiento o la demora continúen por un período de ... a partir de la fecha de la notificación; ... el COMPRADOR podrá, sin necesidad de ninguna otra autorización, rescindir el Contrato..."

10. En el Artículo 33.7.4 del mismo modelo de contrato de la ONUDI se dispone que el comprador tiene derecho a cancelar el contrato cuando el contratista haya "abandonado" los trabajos.

11. Antes de seguir considerando las Condiciones FIDIC, cabe señalar que en las mismas se da al comprador el derecho de rescindir el contrato por incumplimiento del contratista, pero no en todos los casos de incumplimiento. Según estas Condiciones, en algunos casos el comprador tiene el derecho de „entrar en el emplazamiento y expulsar al contratista del mismo *sin que por ello quede anulado* el contrato ni se exima al contratista de ninguna de sus obligaciones ni responsabilidades emanadas del contrato,

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 2 (reproducido anteriormente).
** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 4 (reproducido anteriormente).
*** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 5 (reproducido anteriormente).

ni sean afectados los derechos y facultades conferidos por el contrato al contratante o al ingeniero . . ." (Cláusula 44.1 del texto FIDIC-EMW). Este derecho se trata bajo el epígrafe de la rescisión dado que sus efectos son muy similares a los de cualquier cláusula de rescisión ordinaria. Parecería que este enfoque consiste en dar la máxima protección posible al comprador[1].

12. La cláusula 44.1 del texto FIDIC-EMW prevé, entre otras, las siguientes causas de expulsión del contratista:

". . . si el ingeniero certifica por escrito al empleador que, a su juicio, el contratista:

"*a*) ha abandonado el contrato, o

"*b*) sin justificación razonable no ha iniciado las obras o las ha suspendido durante veintiocho días después de haber recibido del ingeniero aviso por escrito de que podían iniciarse . . ."

13. La cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC es idéntica a la cláusula mencionada en el párrafo precedente pero agrega una causa más:

"(si el contratista)

"*c*) ha dejado de retirar del Emplazamiento materiales, o de derribar y sustituir obra, durante veintiocho días después de recibir del Ingeniero aviso por escrito de que dichos materiales o dicha obra habían sido condenados o rechazados por el Ingeniero en virtud de las presentes condiciones . . ."

ii) *Disconformidad con la obra*

14. Las demoras en la terminación no sólo causan graves dificultades al comprador sino que constituyen también un incumplimiento de las estipulaciones contractuales relativas a la calidad (véase la Segunda Parte, VII, *Calidad*). Por consiguiente, la cláusula 44.1 del texto FIDIC-EMW dispone que el comprador puede expulsar al contratista con los efectos jurídicos descritos en el párrafo 11 *supra*,

". . . si el Ingeniero certifica por escrito al Empleador que, a su juicio, el Contratista:

". . .

"*c*) pese a las advertencias transmitidas por escrito por el Ingeniero no está ejecutando las obras en conformidad con el contrato, o está descuidando el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del contrato de forma que perjudica gravemente la realización de las obras . . ."

15. La cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC es algo diferente aunque de efecto similar. En este caso, el comprador tiene el derecho de expulsar al contratista si éste,

"*d*) a pesar de los avisos por escrito del Ingeniero no está ejecutando la obras de acuerdo con el contrato o está persistentemente o flagrantemente descuidando el cumplimiento de sus obligaciones emanantes del contrato . . ."

iii) *Cesión o subcontratación no autorizadas*

16. La construcción de importantes obras industriales requiere del contratista aptitudes y experiencia. Por lo tanto, la cesión de un contrato de obras a una tercera parte por lo general es posible sólo con el consentimiento del comprador.

17. En algunos textos se considera a la cesión por el contratista no autorizada como causa suficientemente grave para que el comprador pueda dar por rescindido el contrato. Según la cláusula 44.1 del texto FIDIC-EMW y la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC, el empleador puede entrar en el emplazamiento y expulsar al contratista del mismo "(si) el Contratista cede el contrato sin el consentimiento previo por escrito del Empleador . . ."

18. En el Artículo 33.7 del modelo de la ONUDI de contrato TKL, el comprador tiene el derecho de cancelar el contrato "cuando el CONTRATISTA . . . haya cedido el Contrato sin la aprobación del COMPRADOR."

19. Por otra parte, la subcontratación es muy común en la construcción de importantes obras industriales. A menos que esté prohibida en el contrato, la subcontración por sí misma no da lugar a objeciones. No obstante, el contratista debe velar por que la subcontración no afecte la ejecución adecuada de las obras. En la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC se da al comprador el derecho de expulsar al contratista "si el Ingeniero certifica por escrito al Empleador que, a su juicio, el Contratista: . . . *e*) ha subcontratado alguna parte del contrato con detrimento de la buena ejecución o en desprecio de las instrucciones en sentido contrario del Ingeniero . . ."

*b) Incumplimiento del contrato por el comprador*

20. En virtud del Artículo 64 de la Convención de Compraventa:

"1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

"*a*) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

"*b*) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado."

21. En los contratos de obra se suelen encontrar causas de rescisión similares.

i) *Falta de recepción*

22. La no recepción de la planta por el comprador en la fecha debida constituye incumplimiento del contrato (véase

[1] Por otra parte, en virtud de las Condiciones FIDIC, el contratista, en caso de incumplimiento del contrato por el comprador, tiene el derecho de rescindir el contrato (la cláusula 41.3 del texto FIDIC-EMW habla de "rescindir el contrato" y la cláusula 51.1 del mismo texto se refiere a "la terminación de su empleo en virtud del contrato"). Cabe señalar que en el caso de quiebra del contratista el comprador puede rescindir el contrato en virtud de la cláusula 45 del texto FIDIC-EMW, mientras que en virtud de la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC, sólo tiene derecho a expulsar al contratista. Estas cláusulas se examinan con más detalle más adelante. Los motivos de este tratamiento distinto no están claros.

Segunda Parte, X, *Aceptación y recepción**). En tal caso, según la cláusula 10.2 de los textos ECE 188A y 574A "el Constructor podrá pedirle por escrito (al Comprador) que acepte la entrega dentro de un plazo razonable. Si por una razón cualquiera el Comprador no cumple su obligación dentro de ese plazo, el constructor tendrá derecho . . . a dar por terminado el contrato en cuanto a la parte del material que no haya podido entregar por culpa del Comprador . . ."

23. En las Condiciones de la FIDIC se concede al contratista el derecho de rescindir el contrato "en caso de que el Ingeniero no emita el certificado interino . . ." (cláusula 41.3 del texto FIDIC-EMW), o "en caso de que el Empleador: . . . *b*) ponga inconvenientes u obstáculos a la emisión de cualquier certificado por el Ingeniero . . ." (cláusula 51.1 del texto FIDIC-EMW).

24. Respecto del último caso mencionada *supra*, la cláusula 69.(1) del texto FIDIC-CEC utiliza la siguiente formulación: "*b*) ponga inconvenientes u obstáculos o deniegue cualquier aprobación solicitada para la que se le haya extendido uno de tales certificados . . ."

25. En los modelos de contrato de la ONUDI no figuran disposiciones similares.

ii) *Falta de pago*

26. La cláusula 11.7 de los textos ECE 188A y 574A da al comprador el derecho de terminar el contrato si el comprador no hace efectivo el pago dentro de un período estipulado por las partes.

27. Según la cláusula 69.(1) de las condiciones FIDIC-CEC (véase también la cláusula 51.1 del texto FIDIC-EMW), el contratista tiene derecho "a dar por terminado el empleo establecido en el contrato";

"en caso de que el Contratante:

"*a*) deje de pagar al Contratista la cantidad debida correspondiente a algún certificado del Ingeniero dentro de los treinta días después de la fecha de vencimiento del mismo determinada por los términos del Contrato . . ."

2. *Circunstancias de exoneración*

28. Aparte de la recisión por motivo de incumplimiento, las circunstancias de exoneración constituyen una de las causas más comunes de rescisión de contratos de obra. Cabe distinguir dos casos: en primer lugar, cuando ciertas circunstancias impiden la ejecución y, en segundo lugar, cuando las circunstancias impiden la ejecución por un período determinado (véase la Segunda Parte, XIII, *Exoneración***).

29. En virtud de la cláusula 25.3 de los textos ECE 188A y 574A, si por circunstancias independientes de la voluntad de las partes se ve afectado el cumplimiento de las obligaciones de éstas, y "si debido a cualquiera de esas circunstancias se hace imposible el cumplimiento del contrato dentro de un tiempo razonable, cada una de las partes tendrá derecho a darlo por terminado . . ."

30. Las Condiciones de la FIDIC disponen también la rescisión del contrato cuando una de las partes se ve impedida de ejecutarlo debido a la iniciación de una guerra (cláusula 46.1 del texto FIDIC-EMW; cláusula 65.(6) del texto FIDIC-CEC).

31. Aparte del caso de guerra ya mencionada, las Condiciones de la FIDIC no prevén rescisión por ninguna otra circunstancia de exoneración.

32. En virtud de los modelos de contrato de la ONUDI, el comprador puede rescindir el contrato en caso de que se vea sujeto a circunstancias totalmente inevitables y/o fuera de su control (Artículo 33.1 del modelo de contrato TKL).

33. En el caso de fuerza mayor prevaleciente y continua, los modelos de contrato de la ONUDI prevén la posibilidad de que cualquiera de las partes rescindan el contrato (Artículo 34.5 del modelo de contrato TKL).

3. *Otras causas de rescisión*

34. En algunas de las formulaciones en estudio se incluyen también otras causas de rescisión. Estas se refieren a la situación financiera de la otra parte.

35. Las Condiciones de la FIDIC tratan la quiebra del contratista y la del comprador separadamente. En la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC se dispone que el comprador puede expulsar al contratista:

"[s]i el Contratista fuese a la quiebra, o si se extendiese contra él un mandato de proceder, o si se presentase una petición en quiebra, o si se hiciese convenio con los acreedores o una cesión en favor de ellos o si se conviniese en llevar a cabo el contrato bajo una comisión de inspección de sus acreedores, o si (siendo una compañía) fuese a liquidarse (aparte de la liquidación voluntaria destinada a su amalgamación o reconstitución), . . . o si recayese (sobre el Contratista) un mandato judicial sobre sus mercaderías . . ."

36. La cláusula 45 del texto FIDIC-EMW emplea una formulación algo diferente y no concede al comprador el derecho de expulsar al contratista pero señala que:

"[e]l Empleado podrá:

"*a*) rescindir el Contrato . . . si el Contratista fuese a la quiebra o se declarase insolvente, o si hubiese contra él un mandato de proceder, o si se hiciese convenio con los acreedores, o si, siendo una compañía, fuese a liquidarse, aparte de la liquidación voluntaria destinada a su amalgamación o reconstitución, o si realizase sus negocios en calidad de mandatario en beneficio de sus acreedores . . ."

37. Por otra parte, según la cláusula 69.(1) del texto FIDIC-CEC, el contratista puede rescindir el contrato

"[e]n caso de que el Contratante:

". . .

"*c*) vaya a la quiebra o (siendo una compañía) pase a liquidación como no sea para realizar un plan de reconstitución o fusión . . ."

38. Para la misma situación, la cláusula 51.1 del texto FIDIC-EMW dispone que el contratista tiene derecho a "terminar su empleo en virtud del contrato".

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.3 (reproducido anteriormente).
** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.5 (reproducido anteriormente).

39. En el modelo de la ONUDI de contrato TKL, sólo la insolvencia o la quiebra del contratista están comprendidas en esta causa. El Artículo 33.7 permite al comprador cancelar el contrato cuando el contratista se ha declarado insolvente o ha ido a la quiebra.

40. Las condiciones de la FIDIC contienen otra causa de rescisión por el contratista en una situación que, de hecho, es una rescisión por el comprador. La cláusula 69.(1) del texto FIDIC-CEC autoriza al contratista a rescindir su empleo en virtud de contrato:

"[e]n caso de que el Contratante:

"...

"*d*) dé aviso formal al contratista de que por razones imprevistas, debido a una dislocación económica, le es imposible continuar cumplimiendo con sus obligaciones..."

41. La cláusula 51.1 del testo FIDIC-EMW contiene una disposición similar pero sin el requisito de notificación formal al contratista.

C. *Plazos para la rescisión y procedimiento a seguir*

42. Ya se ha mencionado que en contratos de obras para la construcción de grandes obras industriales, la rescisión se considera como un último recurso en casos de incumplimiento del contrato. Las diversas cláusulas que se refieren a las obligaciones de las partes contienen disposiciones en que se pide a los acreedores que concedan al deudor períodos adicionales para que éste cumpla con sus obligaciones. Sólo al finalizar ese período de gracia adicional puede el acreedor rescindir el contrato.

43. Cabe preguntarse durante qué período, después de transcurrido el período de gracia adicional, tiene la parte afectada derecho a la rescisión.

44. Algunas disposiciones prevén la rescisión inmediata después que se han establecido las causas. Por otra parte, en dos casos de incumplimiento del contrato por el contratista o por el comprador, las Condiciones Generales de la CEPE autorizan a la parte afectada a rescindir el contrato sin mencionar plazo alguno (cláusulas 10.2 y 20.5 de los textos ECE 188A y 574A).

45. En caso de falta de pago por el comprador, el contratista tiene derecho a rescindir el contrato "dentro de un período razonable" después de transcurrido el período mencionado en el párrafo 26, *supra* (cláusula 11.7 de los textos ECE 188A y 574A).

46. Los Artículos 49 y 64 de la Convención de Compraventa prevén la resolución del contrato "dentro de un plazo razonable". Esa disposición podría interpretarse en el sentido de que el acreedor pierde el derecho a rescindir el contrato después de transcurrido un "período razonable".

47. Según las cláusulas 46.1 del texto FIDIC-EMW y 65.(6) del texto FIDIC-CEC, en casos de circunstancias de exoneración el contrato puede rescindirse "en cualquier momento". (El Artículo 33.1 del modelo de la ONUDI de contrato TKL contiene una disposición similar.)

48. Las Condiciones FIDIC-EMW contienen disposiciones diferentes en caso de quiebra. Si el contratista va a la quiebra o se declara insolvente, el comprador tiene derecho "a rescindir el contrato *inmediatamente*" (cláusula 45), pero si el comprador va a la quiebra, el contratista tiene derecho "a rescindir ... dando 14 días de preaviso" (cláusula 51.1)[2].

49. En el texto FIDIC-CEC no se hace ninguna distinción y se requiere, para ambas partes, un preaviso de 14 días para la rescisión en caso de quiebra (cláusula 63.(1) y 69.(1))[3].

50. El requisito del preaviso de 14 días figura también en ambas Condiciones de la FIDIC respecto a la rescisión (o expulsión, véase el párrafo 11, *supra*) en la mayoría de los casos de incumplimiento del contrato (cláusulas 44.1 y 51.1 del texto FIDIC-EMW, y cláusulas 63.(1) y 69.(1) del texto FIDIC-CEC)[4].

51. La cláusula 41.3 del texto FIDIC-EMW contiene el requisito del preaviso de *un mes* en caso de que el ingeniero no expida el certificado interino.

52. Casi todas las condiciones requieren que la rescisión se produzca mediante *notificación por escrito* a la otra parte (por ejemplo, cláusulas 10.2, 11.7 y 20.5 de los textos ECE 188A y 574A, y todas las cláusulas pertinentes de las Condiciones de la FIDIC).

53. El modelo de la ONUDI de contratro TKL requiere una notificación por escrito en caso de rescisión (Artículo 33.1, relativo a las circunstancias de exoneración), pero no requiere notificación alguna en caso de cancelación (Artículo 33.7, relativo al incumplimiento del contrato por el contratista).

54. Las diversas cláusulas pertinentes de las Condiciones Generales de la CEPE relativas a la rescisión incluyen la expresión *"sin necesidad de autorización judicial"*. Esta frase se agregó para satisfacer los requisitos de los sistemas jurídicos de algunos países (por ejemplo, Francia) donde, de otro modo, la rescisión sólo se puede efectuar mediante orden judicial.

55. Igualmente, el Artículo 33.7 del modelo de la ONUDI de contrato TKL dispone que el comprador puede cancelar el contrato "sin ninguna otra autorización", formulación que también podría estar encaminada a satisfacer requisitos de ciertos sistemas jurídicos.

56. En las Condiciones de la FIDIC no se hace ninguna referencia a la autorización judicial. No obstante, cabe poner de relieve que en caso de incumplimiento del contratista, las Condiciones disponen que el comprador puede entrar al emplazamiento y expulsar al contratista sin resolver el contrato. Respecto de esta diferencia, pequeña en la práctica pero clara en la ley, es muy probable que los tribunales decidieran que no se requiere autorización judicial.

[2] No están claras las razones de estas disposiciones diferentes.

[3] Los períodos mencionados en los párrafos 48 y 49 no son períodos de gracia.

[4] Los períodos mencionados en los párrafos 50 y 51 tienen el efecto de un período de gracia.

D. *Consecuencias de la rescisión*

57. Por lo general, una vez que se ha rescindido un contrato, se debe poner a las partes en la misma situación en que se encontraban en el momento de la conclusión del contrato. A veces, cuando no es posible poner a las partes en esa misma situación, el contrato se rescinde sólo para el futuro. Este último caso es el que se da con más frecuencia en los contratos de obras, en vista de su propia naturaleza.

58. Dado que la rescisión pone fin al contrato, la consecuencia general para ambas partes es que no se espera de ellas que cumplan sus obligaciones en virtud del contrato. El Artículo 81 de la Convención de Compraventa dispone lo siguiente:

"1) La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones..."

59. Sin embargo, en todo contrato hay algunas disposiciones que no deben ser anuladas por la rescisión. La rescisión no significa la terminación de todas las obligaciones en virtud del contrato. En consecuencia, el Artículo 81 de la Convención de Compraventa continúa:

"La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución."

60. En particular, las partes no serían eximidas de ninguna obligación de pagar daños y perjuicios. La cláusula 27.1 de los textos ECE 188A y 574A dicen lo siguiente:

"La rescisión del contrato, por cualquier causa que fuere, no afectará a los derechos adquiridos por los contratantes durante su vigencia."

61. En cuanto a las otras consecuencias de la rescisión, las diversas formulaciones en estudio hacen una distinción entre la terminación por incumplimiento de contrato o por circunstancias de exoneración.

1. *Incumplimiento del contrato*

62. El Artículo 20.5 de los textos ECE 188A y 574A dispone lo siguiente en caso de falta de terminación de la obra:

"... el comprador tendrá el derecho ... a dar por terminado el contrato... y a exigir del constructor que le indemnice por los perjuicios que el incumplimiento le haya causado... hasta el límite de la cantidad... o... hasta el equivalente de valor, determinado a base del contrato, de la parte de la obra que por incumplimiento del constructor no se haya podido utilizar como estaba previsto."

63. La cláusula 31.2 del texto FIDIC-EMW emplea un lenguaje similar en caso de demora prolongada por parte del contratista.

64. En virtud de las Condiciones de la FIDIC, como ya se ha mencionado, cuando el contratista incurre en incumplimiento el empleador puede entrar al emplazamiento y completar la obra. La formulación utilizada en ambos conjuntos de condiciones varía ligeramente pero el resultado es muy similar. La cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC dispone, en caso de incumplimiento por el contratista:

"el Contratante podrá... entrar en el Emplazamiento y las Obras y expulsar al Contratista de los mismos, sin que por ello quede anulado el Contrato ni se exima al Contratista de ninguna de sus obligaciones ni responsabilidades emanantes del Contrato ni sean afectados los derechos y facultades que el Contrato confiere al Contratante o al Ingeniero, pudiendo él mismo terminar las obras o emplear a algún otro Contratista para terminarlas. El Contratante o el nuevo contratista podrá usar para la terminación de las obras todos aquellos elementos del Equipo de Construcción, de las Obras temporales y de los Materiales que hayan sido considerados reservados exclusivamente para la ejecución de las Obras según las estipulaciones del Contrato que él o el nuevo Contratista considere conveniente, y el Contratante podrá en todo momento vender cualesquiera de dichos Equipos de Construcción, obras temporales y materiales no usados, aplicando el producto de la venta en o para la recaudación de las sumas que le sean debidas o vayan a serlo por el Contratista en virtud del Contrato."

65. Las Condiciones FIDIC-CEC pasan luego a explicar cómo se resuelven diversas cuestiones en caso de que el empleador entre en el emplazamiento y expulse al contratista. Dichas cláusulas dicen lo siguiente:

63.(2) "El Ingeniero, tan pronto como sea factible después de dicha entrada en las Obras y expulsión por el Contratante, podrá fijar y determinar "ex parte" o por referencia o consulta de las partes, o después de haber realizado la investigación o las consultas que considere convenientes, y luego certificar, qué cantidad (de haberla) había, en la fecha de dicha entrada o expulsión, sido en justa razón ganada por el Contratista, o le corresponda, con respecto a la obra que entonces estaba efectivamente realizada por él en cumplimiento del Contrato, así como cuál era el valor de los antedichos materiales no usados o parcialmente usados, del Equipo de Construcción y de las Obras Provisionales.

63.(3) "Si el Contratante entra en las Obras o en el Emplazamiento y expulsa al Contratista en virtud de la presente cláusula, no tendrá obligación alguna de pagar al Contratista ninguna suma de dinero a cuenta del Contrato hasta la expiración del Período de mantenimiento, y después de él hasta que hayan sido averiguados, certificado su montante por el Ingeniero, los costos de ejecución y mantenimiento, daños por demora en la terminación (si la hay) y todos los demás gastos en que haya incurrido el Contratante. El Contratista tendrá entonces derecho a recibir solamente aquella suma o sumas (si las hay) que el Ingeniero certifique le habrían sido debidas a la terminación de las obras por él, después de deducir dicho montante. Pero si dicho montante pasa de la referida suma que hubiera sido pagadera al Contratista al terminar él las obras, el Contratista deberá pagar al Contratante, al recibir la demanda correspondiente, el saldo que así resulte contra él, debiendo este saldo considerarse como deuda que el Contratista ha de satisfacer al Contratante y que será por lo tanto exigible."

66. En virtud del Artículo 33.7 del modelo de la ONUDI de contrato TKL, si el contratista incurre en incumplimiento "el COMPRADOR podrá ... rescindir el Contrato y desvincular al CONTRATISTA de todas o alguna parte de los trabajos y/o de este Contrato, y podrá emplear los medios que considere apropiados para completar los trabajos y/o dar cumplimiento a este Contrato...".

67. En caso de que se cancele el contrato y se desvincule al contratista del mismo, el Artículo 33 del modelo de contrato TKL dispone lo siguiente:

"33.8 Si se ha desviculado al CONTRATISTA de este Contrato, o de alguna parte del mismo... el CONTRATISTA,... no tendrá derecho al pago de ninguna otra suma, incluidas las sumas exigibles pero que no se le hubieran pagado, y se considerará terminada la obligación del COMPRADOR de efectuar los pagos dispuestos en las cláusulas sobre condiciones de pago; el CONTRATISTA será responsable por la liquidación de costos y/o daños en virtud del Contrato...

"33.9 Si se ha desvinculado al CONTRATISTA de este Contrato o de alguna parte de él... y si los trabajos pertinentes han sido terminados posteriormente por el COMPRADOR, este último determinará, a su discreción y con sujeción a los derechos del COMPRADOR estipulados en los Artículos 27 y 30 en las disposiciones correspondientes, si correspondiere, el monto de las sumas retenidas o de las cuotas que no se hubieran pagado al CONTRATISTA al momento de desvincular al CONTRATISTA de los trabajos, y que el COMPRADOR considera que no necesita a los fines del Contrato; ...el COMPRADOR, si considerase que no ha sufrido ningún perjuicio financiero, podrá autorizar el pago de esas sumas al CONTRATISTA.

"33.10 La desvinculación del CONTRATISTA de este Contrato o de una parte del mismo en cumplimiento de lo dispuesto en este Artículo, no eximira al CONTRATISTA de ninguna de las obligaciones que le corresponden en virtud de este Contrato y de la ley aplicable.

"33.11 Si, de conformidad con el presente Artículo, se ha desvinculado al CONTRATISTA de este Contrato o de las Obras o de cualquier parte de los mismos, todos los materiales e instalaciones del CONTRATISTA, así como sus intereses en propiedad raíz, licencias, facultades y privilegios adquiridos, utilizados o proporcionados por el CONTRATISTA a los fines de este Contrato, pasarán a ser propiedad del COMPRADOR y, en particular, aunque sin que se vea afectada ninguna de las responsabilidades u obligaciones del CONTRATISTA y/o ninguno de los derechos del COMPRADOR estipulados, conferidos o previstos por alguna otra de las disposiciones de este Contrato, el COMPRADOR tendrá la opción de utilizar el equipo o vender o disponer de cualquiera otra forma, en subasta pública o en venta privada o de cualquier otro modo, de la totalidad o cualquier parte de los materiales y/o instalaciones al precio o precios que considere razonables y conservará las ganancias de cualquier venta o transacción de este tipo, así como todas las demás sumas que el COMPRADOR adeude en ese momento o posteriormente al CONTRATISTA, como pago total o parcial (según sea el caso) de cualquier pérdida o daño que haya sufrido o pueda sufrir el COMPRADOR por las razones indicadas.

"33.12 Con sujeción a la cláusula 33.11 *supra*, si el COMPRADOR considera que cualquiera de los bienes en posesión del COMPRADOR en virtud de la cláusula 33.11 *supra*, no es ya indispensable a los efectos del Contrato y que no va en interés del COMPRADOR conservar estos bienes, estos bienes pasarán a ser propiedad del CONTRATISTA, previa notificación por escrito a este efecto del COMPRADOR al CONTRATISTA."

68. Por otra parte, en caso de que el contratista rescinda el contrato las consecuencias previstas en las diversas condiciones son diferentes.

69. En esos casos, según la cláusula 51.2 del texto FIDIC-EMW, el contratista "tras realizar dicha notificación... procederá con toda la diligencia razonable a sacar del emplazamiento todo el equipo traído por el contratista". La cláusula 69.(2) del texto FIDIC-CEC contiene una disposición similar.

70. La cláusula 51.3 del texto FIDIC-EMW dispone que "en caso de rescisión por esa causa, el Contratante, en lo que respecta a los pagos al contratista, quedará bajo las mismas obligaciones que si el contrato hubiese sido rescindido en virtud de las disposiciones de la cláusula 46 (iniciación de guerra) de este documento, pero además de los pagos especificados en la cláusula 46.3, el contratante deberá pagar al contratista compensación por pérdidas o daños razonables en que incurra el contratista a raíz de la rescisión o por cuestiones relativas a la misma u ocasionadas por ella". (Las disposiciones de la cláusula 69.(3) del texto FIDIC-CEC son idénticas.)

71. La terminación del contrato por el contratista a raíz del incumplimiento del comprador no priva al contratista de los derechos que ya hubiere adquirido. Por lo tanto, la cláusula 51.4 del texto FIDIC-EMW dispone:

"Ninguna de las disposiciones de esta cláusula obrarán en perjuicio del derecho del contratista de ejercer, en lugar de los derechos y remedios especificados en esta cláusula, o además de ellos, toda otra acción o remedio a que tuviere derecho."

72. En virtud de las Condiciones Generales de la CEPE, si el contratista rescinde el contrato por incumplimiento del comprador, el contratista tiene derecho al pago de daños y perjuicios. No obstante, las Condiciones Generales parecen presuponer que las partes han convenido en limitar el monto de esas indemnizaciones.

73. En caso de que el comprador no acepte la entrega, la cláusula 10.2 de los textos ECE 188A y 574A da al contratista derecho "a dar por terminado el contrato... y a que el (el comprador) le indemnice por el perjuicio que el incumplimiento le haya irrogado ... o ... por el valor, determinado a base del contrato, de la parte del material de que se trate".

74. En virtud de la cláusula 11.7 de los textos ECE 188A y 574A, en caso de falta de pago "el constructor tendrá derecho... a dar por terminado el contrato y obtener del comprador la indemnización por el perjuicio irrogado...".

75. Cuando se trate sólo del suministro de equipo, y no deban realizarse en el emplazamiento operaciones de montaje o erección, las siguientes disposiciones de la Convención de Compraventa bien podrían tenerse en cuenta respecto de los contratos de obra:

*Artículo 81:* "(2) La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente.

*Artículo 84:* "(1) El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

"(2) El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas:

"*a*) cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o

"*b*) cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas."

2. *Circunstancias de exoneración*

76. En caso de que el contrato se rescinda por circunstancias que escapan al control de las partes, la cláusula 25.4 de los textos ECE 188A y 574A disponen que "los gastos que su ejecución haya originado se repartirán en la forma en que las partes acuerden amigablemente".

77. En caso de que las partes no se pongan de acuerdo, la cláusula 25.5 dispone: "el árbitro designado habrá de decir cuál es la parte que se ha visto imposibilitada de cumplir sus obligaciones y ésta deberá reembolsar a la otra parte el importe de esos gastos... Si el árbitro decide que las dos partes han estado imposibilitadas de cumplir sus obligaciones repartirá los gastos entre ellas del modo que estime más justo y equitativo, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso."

78. La cláusula 25.7 de los textos ECE 188A y 574A contiene una fórmula para ayudar al árbitro a repartir la responsabilidad:

"Serán acreditadas al Comprador, como deducción de los gastos realizados por el Constructor, todas las cantidades pagadas por el Comprador al Constructor o que aquél deba entregar a éste en virtud de los términos del Contrato. Será acreditada al Constructor, como deducción de los gastos realizados por el Comprador, la parte del precio estipulado en el Contrato que corresponda efectivamente al material entregado al Comprador o, si se trata de un material incompleto, el valor de ese material en su estado incompleto. En ambos casos, se tendrán en cuenta todos los trabajos efectuados en el montaje de ese material."

79. Cuando la suma que se ha de acreditar excede el monto de esos gastos, la parte tendrá derecho a recuperar el excedente. "Se entenderá por 'gastos', a los efectos del presente Artículo, los desembolsos efectivos razonablemente realizados después que cada una de las partes haya reducido en lo posible sus pérdidas; de todos modos, en lo que se refiere al material entregado al Comprador, se considerará como gastos del constructor la parte del precio que según el contrato corresponda normalmente pagar habida cuenta de todos los trabajos efectuados en el montaje de ese material" (cláusula 25.6 de los textos ECE 188A y 574A).

80. Las Condiciones de la FIDIC se ocupan de las consecuencias de la rescisión en caso de guerra, de la siguiente manera: la cláusula 46 del texto FIDIC-EMW dispone:

"46.2. ...el Contratista procederá con diligencia razonable a sacar del Emplazamiento todo su equipo y a disponer lo necesario para que sus subcontratistas puedan hacer lo mismo.

"46.3. Si el Contrato se ha de rescindir por la causa mencionada precedentemente, el Contratista recibirá del Contratante un pago (en la medida en que esa suma o artículo no esté comprendido en pagos a cuenta hechos al contratista) por todos los trabajos ejecutados antes de la fecha de la rescisión a las tasas y los precios dispuestos en el Contrato y, además:

"*a*) Las cantidades pagaderas por concepto de elementos preliminares, en la medida en que el trabajo o servicio que comprenden se ha llevado a cabo o ejecutado, y una proporción apropiada, conforme haya certificado el ingeniero, en lo que respecta a los elementos cuyo trabajo o servicio se ha realizado o ejecutado parcialmente.

"*b*) El costo de los materiales o mercancías que hayan razonablemente encargado para las obras o para su uso en las obras, y que hayan sido entregados al Contratista o respecto de los cuales el Contratista esté legalmente obligado a aceptar la entrega (pasando dichos materiales o mercancías a ser propiedad del Contratante al efectuar éste dichos pagos).

"*c*) Una suma, que ha de ser certificada por el ingeniero, y que constituirá el monto de los gastos en que razonablemente haya incurrido el Contratista con miras a terminar las obras, en la medida en que dichos gastos no hayan sido cubiertos por los pagos arriba mencionados correspondientes a este subcláusula.

"*d*) El costo razonable del retiro del equipo de construcción en virtud de la subcláusula 2 de esta cláusula y (si el Contratista lo requiere) de su retorno a la fábrica del Contratista en su país o a cualquier otro lugar siempre que el costo no sea mayor.

"*e*) El costo razonable de la repatriación de todo el personal del Contratista y los trabajadores empleados en las obras o en relación con las mismas en la fecha de dicha rescisión.

"Ello siempre que la condición de que, contra todos los pagos de las sumas debidas por el Contratante en virtud de la presente subcláusula, el Contratante tendrá derecho a que se le acrediten los saldos pendientes debidos por el Contratista por adelantos relativos a la planta y los materiales, y toda otra suma previamente pagada por el Contratante al Contratista respecto de la ejecución de las obras."

81. La cláusula 65.(8) del texto FIDIC-CEC tiene una formulación similar pero es algo diferente en el último párrafo:

"Ello siempre con la condición de que, contra todos los pagos de las sumas debidas por el Contratante en virtud de la presente subcláusula, el Contratante tendrá derecho a que se le acrediten los saldos pendientes debidos por el Contratista por adelantos relativos a equipos y materiales o todas las sumas que en la fecha de la terminación eran recobrables por el Contratante del Contratista en virtud de los términos del contrato."

82. En los modelos de contrato de la ONUDI se dispone lo siguiente para el caso de que el contrato sea rescindido por el comprador debido a que se ve afectado por circunstancias que son totalmente inevitables y/o escapan a su control (por ejemplo, en el Artículo 33 del modelo de contrato TKL): el contratista cesará inmediatamente todas las actividades y el comprador pagará al contratista una suma equivalente a la mayor de las dos sumas siguientes:

Artículo 33.3.1: "El costo de las Obras ya realizadas o los servicios ya suministrados por el CONTRATISTA a la fecha de la rescisión, deducidas todas los sumas que el COMPRADOR ya hubiera pagado al CONTRATISTA y todas las sumas que el CONTRATISTA debiera pagar al COMPRADOR o que adeudare al COMPRADOR o que el COMPRADOR reclame como exigibles por concepto de daños con arreglo a otros Artículos del Contrato, y

Artículo 33.3.2: "Las sumas, calculadas en conformidad con lo dispuesto en las Condiciones de Pago, que hubieran debido pagarse al CONTRATISTA hasta la fecha de la rescisión, siempre que el CONTRATISTA hubiera cumplido efectivamente con sus obligaciones hasta esa fecha, sin perjuicio de los derechos del COMPRADOR estipulados expresamente en este Contrato."

83. Si el comprador rescinde el contrato a causa de las circunstancias mencionadas, en virtud del Artículo 33.5 del mismo modelo, tendrá respecto del Contratista no sólo obligaciones sino también ciertos derechos:

"... a obtener del CONTRATISTA, cuando éste sea también el licenciante de los procesos, la documentación sobre know-how e ingeniería detallada... a recibir todos los documentos de ingeniería de detalle, los cálculos, las plantillas de computadora y demás materiales conexos completados hasta la fecha de rescisión... a recibir listas de todo el equipo para el que se hayan hecho pedidos, junto con todas las copias de las órdenes de compra de instalaciones suministradas y no suministradas... a recibir los documentos de embarque correspondientes a todo el equipo... a recibir toda la documentación completa o incompleta relacionada con los trabajos y los servicios... a hacerse cargo de las Obras, comprendidos todos los trabajos realizados hasta la fecha en el Emplazamiento... a recibir copias de todos los planos y dibujos detallados de obras de ingeniería civil, sistemas de tuberías, instrumentación, trazado y montaje."

### 3. *Otras causas de rescisión*

84. La rescisión por una de las partes a causa del deterioro de la situación financiera de la otra parte recibe por lo general el mismo tratamiento que la rescisión por incumplimiento del contrato. Por ejemplo, la cláusula 45 del texto FIDIC-EMW dispone que si el contratista va a la quiebra o se declara insolvente el comprador tendrá derecho a rescindir el contrato y a proceder en la misma forma que la prevista para el caso de incumplimiento por el contratista.

85. En la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC, donde la consecuencia de la quiebra del contratista no es la rescisión sino la expulsión del contratista, se da a este caso el mismo tratamiento que al caso de incumplimiento del contrato por el contratista.

86. En ambos textos de la FIDIC, cuando el comprador va a la quiebra el contratista puede rescindir el contrato y las consecuencias serían las mismas que en el caso de falta de pago (cláusula 51 del texto FIDIC-EMW y cláusula 69 del texto FIDIC-CEC). Del mismo modo, en los modelos de contrato de la ONUDI la cuestión de la quiebra del contratista se trata de la misma forma que el incumplimiento del contrato (Artículo 33.7 del modelo de contrato TKL).

## XVIII. LEY APLICABLE

### A. *Observaciones generales*

87. En los contratos de obra, las partes tienen un gran interés en garantizar que sus derechos y obligaciones sean tan precisos y predecibles como sea posible. Con miras a promover la certidumbre y la predictibilidad, minimizando así las posibilidades de controversias, los documentos de contrato contienen por lo general descripciones detalladas de las obras a realizar. No obstante, se producen controversias que deben ser resueltas en el marco de uno o varios sistemas jurídicos. La determinación, por las partes en el contrato, de la ley aplicable contribuye mucho a evitar problemas difíciles de determinación de la ley en los tribunales.

88. Dado que la construcción de las grandes obras industriales se lleva a cabo durante períodos relativamente largos, los cambios subsiguientes en la ley aplicable pueden producir resultados no contemplados por las partes.

Debido a estas dificultades, las partes deben procurar reducir al mínimo las posibilidades de recurso a la ley aplicable estableciendo lo más completa y claramente posible sus derechos y obligaciones. En el párrafo 45 de la Guía de la CEPE se sugiere:

"...pudiera... recomendarse a las partes... que redactaran contratos con suficiente grado de detalle y especificidad de modo que si se plantea una controversia el recurso a una ley nacional sería necesario sólo en casos excepcionales."

### B. *Elección de la ley aplicable*

89. La elección de la ley aplicable puede verse influida por una diversidad de consideraciones, tales como la familiaridad de las partes con la legislación de un país determinado, y su confianza en dicha legislación. Es probable que las partes escojan una de las siguientes legislaciones: la ley del país en que se ha de construir la fábrica, la ley del país del contratista, o la ley de un tercer país.

90. El Artículo 36.1 del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables establece algunas posibilidades:

"Las leyes aplicables respecto de este contrato serán las de *(país neutral)* o las de *(país en donde esté ubicado el emplazamiento de la planta)*, o las convenidas entre las partes en conformidad con las leyes del país en donde esté ubicada la planta."

Los modelos de la ONUDI de contratos TKL y de entrega llave en mano parcial (STC) tienen disposiciones semejantes.

91. En las contrapropuestas no se indica ninguna ley aplicable y la cuestión se deja al arbitrio de las partes:

"Artículo 36.1. "Las leyes aplicables respecto de este contrato serán ..."

92. Los textos FIDIC-CEC y FIDIC-EMW disponen que las partes deben establecer la ley aplicable. La cláusula 5.1 del texto FIDIC-CEC dispone que en la Parte II de las condiciones se debe fijar:

"el país o estado a las leyes del cual el contrato queda sujeto y de acuerdo con las cuales el contrato será interpretado."

93. En virtud de las Condiciones Generales de la CEPE, se escoge la ley del país del contratista con sujeción a una calificación. La cláusula 28.2 de los textos ECE 188A y 574A dispone:

"De no existir otra disposición expresa, el contrato se regirá por la ley del país del constructor siempre que así lo permita la ley del país donde se efectúe la obra."

94. El hecho de que las partes determinen la ley aplicable no significa que dicha ley será aplicada siempre por los tribunales en los que se inicie una acción. La *lex fori* puede restringir la libertad de las partes para escoger la ley aplicable.

### C. *Disposiciones jurídicas adicionales*

#### 1. *Leyes administrativas y otras leyes municipales*

95. La realización de un contrato de obras es una empresa compleja que comprende, entre otras cosas, el suministro de instalaciones y maquinarias, la construcción de obras, la transferencia de tecnología y arreglos de licencia. Esto comprende a menudo el cumplimiento de diversas leyes y reglamentos en los países del contratista y del comprador, instrumentos que son particularmente susceptibles a la influencia de las políticas económicas y sociales del Gobierno. Las disposiciones obligatorias sobre la ley nacional aplicable en materia de derechos de propiedad, leyes de patente, reglamentos de seguridad, leyes laborales y leyes y reglamentaciones sobre cambio pueden afectar la ejecución del contrato.

96. Las partes a menudo prevén y resuelven los efectos de las leyes municipales sobre sus obligaciones contractuales. En los textos estudiados hay disposiciones expresas que hacen responsable al contratista por el cumplimiento de las leyes que puedan aplicarse. La cláusula 26 del texto FIDIC-CEC dispone:

"1) El contratista deberá pasar todos los avisos y pagar todos los derechos o impuestos que exijan los reglamentos, disposiciones, leyes u órdenes de la nación, del Estado, o de las autoridades locales u otras debidamente constituidas, en todo cuanto afecte a la ejecución de las Obras o que exijan los reglamentos y constituciones de todas las entidades públicas y compañías cuya propiedad o derechos sean afectados o puedan serlo de alguna forma por las Obras.

"2) El Contratista deberá conformarse en todos los aspectos a las estipulaciones de todos los reglamentos, disposiciones y leyes antedichos, y a las disposiciones u órdenes de las autoridades locales u otras debidamente constituidas, que tengan aplicación a las obras o a las obras temporales, así como a los antedichos reglamentos y estatutos de entidades públicas y compañías, y deberá mantener indemnizado al Contrante contra todas las penalidades y responsabilidades de toda clase por infracción de cualesquiera de dichos reglamentos, disposiciones o leyes, reglamentación u órdenes."

97. Si el cumplimiento de la ley supone el pago de honorarios por el contratista, ésta tendrá derecho a que se le reembolsen esos gastos. La cláusula 26.3 del texto FIDIC-CEC dispone:

"El Contratante pagará o reconocerá al Contratista todas las sumas que el Ingeniero certifique como debidamente pagadas por el Contratista respecto del tales honorarios."

98. El texto FIDIC-EMW es algo diferente pero el efecto práctico es el mismo. La cláusula 18.1 del texto FIDIC-EMW expresa:

"En todas las cuestiones que se plantean respecto de la ejecución del Contrato, el Contratista se conformará en todos los casos a las disposiciones de cualquier Estatuto Nacional o Estatal, Ordenanza u otra Ley o cualquier Reglamento o Estatuto de cualquier autoridad local o de otro tipo debidamente constituida que afecten

al Contratista en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Contrato, y deberá mantener indemnizado al contratante respecto de todas las penalidades y responsabilidades de cualquier clase en que se incurra por infracción de cualquiera de esos Estatutos, Ordenanzas, Leyes o Reglamentos."

99. En virtud de las Condiciones Generales de la CEPE, la responsabilidad del contratista de observar la ley aplicable a las obras se indica en forma implícita. La cláusula 5.1 de los textos ECE 188A y 574A dispone:

"Si el constructor lo solicita, el comprador le ayudará en todo lo posible a obtener la información necesaria acerca de las leyes y reglamentos locales aplicables a la obra, así como de los impuestos y derechos que correspondan."

100. En los modelos de contrato de la ONUDI se exige expresamente al contratista que cumpla todas las leyes que puedan aplicarse no sólo a las obras sino a cualquier aspecto de carácter general. El Artículo 36.2 del modelo de contrato de costos reembolsables (CRC) expresa:

"El CONTRATISTA, su personal y sus representantes deberán cumplir con todos los códigos, leyes y reglamentos vigentes en el país del COMPRADOR y en la región en donde esté ubicada la planta."

### 2. *Notificación de la ley aplicable a las obras*

101. La construcción de una obra está por lo general sujeta a una diversidad de reglamentaciones administrativas locales que afectan se ejecución. La aprobación del plan de obras por las autoridades locales puede estar sujeta a restricciones en cuanto a requisitos sanitarios, laborales y de seguridad. Puede haber también requisitos en cuanto al equipo, los materiales y el nivel de calidad de las operaciones de la planta. El problema en este caso es que, en circunstancias normales, la ley local puede no ser bien conocida por el contratista.

102. Según algunos de los textos en estudio, la parte que está más familiarizada con las leyes locales tiene la obligación de indicar a la otra cuáles son las leyes y los reglamentos locales aplicables. Con frecuencia, la obligación de informar se impone al comprador. La cláusula 18.2 del texto FIDIC-EMW indica:

"El Contratante prestará al Contratista asistencia que le permita evaluar la naturaleza y el alcance de las leyes, los reglamentos, las ordenanzas y los estatutos que tengan fuerza de ley en el país en el que se ha de construir la planta y que pueden afectar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista en virtud del Contrato, y a cumplir con ellos; si así se le solicita, ayudará al Contratista a obtener ejemplares de dichos instrumentos a costa del Contratista."

103. En virtud del texto FIDIC-CEC, el comprador no tiene obligación de prestar asistencia al contratista.

104. En los modelos de contrato de la ONUDI no se impone al comprador la obligación de informar al contratista sobre la ley local aplicable; no obstante, se exige al comprador que obtenga para el contratista las aprobaciones, los permisos y las licencias necesarios de las autoridades locales. El Artículo 5.15 del modelo de contrato CRC dispone:

"El COMPRADOR obtendrá y pondrá a disposición del CONTRATISTA todos los permisos, aprobaciones y/o licencias de las autoridades locales y/o del Gobierno que se requieran para la ejecución del Contrato, inclusive licencias de importación, visas para el personal del CONTRATISTA, permisos de entrada, etc."

105. En virtud de la cláusula 5.1 del los textos ECE 188A y 574A, el contratista puede pedir al comprador la información necesaria sobre las leyes y los reglamentos locales que puedan ser aplicables a las obras.

### D. *Cambios subsiguientes en la legislación*

106. Aun cuando las partes hayan tenido en cuenta las disposiciones de la ley vigente, sus expectativas pueden verse frustradas debido a cambios subsiguientes en la ley aplicable. Los cambios subsiguientes en la ley pueden de hecho imponer cargas fuera de lo común respecto de la ejecución del contrato. (En cuanto a los efectos de esta situación sobre las obligaciones de las partes, véase Segunda Parte, XIV, *Renegociación**.)

107. En las Condiciones de la FIDIC se dispone la revisión del precio del contrato para reflejar cambios en la ley que puedan afectar la ejecución del mismo. En la cláusula 70(2) del texto FIDIC-CEC se dispone:

"2) Si, después de los treinta días antes de la última fecha de la sumisión de Propuestas para las Obras se producen en el país en el que se están realizando o se van a realizar las Obras cambios de cualquier Estatuto Nacional o del Estado, Ordenanzas, Decretos u otras Leyes o cualquier otra regla o reglamento de cualquier autoridad local debidamente constituida o, la introducción de un nuevo Estatuto de Estado, Ordenanza, Decretos, Leyes, reglas o reglamentos que ocasione al Contratista costos adicionales o reducidos ... en la ejecución de las Obras, tales costos adicionales o reducidos deberán ser certificados por el Ingeniero y serán abonados por o acreditados al Contratante y el Precio Contratado deberá ser ajustado de acuerdo con ésto."

108. Todos los modelos de contrato de la ONUDI contienen también disposiciones relativas a cambios subsiguientes en las leyes que puedan afectar la ejecución del contrato. En el Artículo 36.2 del modelo de la ONUDI de contrato CRC se dispone:

"... En caso de que, con posterioridad a la Fecha Efectiva del Contrato, se promulguen códigos, leyes o reglamentos, y se demuestre que los mismos ... tienen efectos adversos respecto a las obligaciones del CONTRATISTA, el alcance de los trabajos, los precios y/o los calendarios en virtud de este Contrato, el COMPRADOR:

"36.2.1. obtendrá de las autoridades pertinentes exenciones a favor del CONTRATISTA, o

"36.2.2 negociará con el CONTRATISTA cambios apropiados en el alcance de los trabajos que deben

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 5 (reproducido anteriormente).

realizarse en virtud de este Contrato, junto con las modificaciones en los precios que reflejen propiamente los aumentos reales de los costos que se anticipan . . ."

109. En las contrapropuestas, el punto de referencia para determinar los cambios subsiguientes en la ley vigente es la fecha de la invitación a presentar ofertas.

110. En las Condiciones Generales de la CEPE hay también disposiciones relativas a un ajuste proporcional del precio del contrato. La cláusula 5.2 de los textos ECE 188A y 574A dispone:

"Si el costo del montaje fuera aumentado o disminuido como consecuencia de alguna modificación introducida a esas leyes o reglamentos con posterioridad a la oferta, el importe de ese aumento o disminución se añadirá al precio o se deducirá de él, según sea el caso."

## Parte III

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 8*]

### Lista de cuestiones para su posible examen por el Grupo de Trabajo

#### A. *Introducción*

1. En la Primera Parte se han expuesto ya las cuestiones generales relacionadas con la futura labor del Grupo de Trabajo. Esta parte del estudio, en la que se exponen cuestiones específicas, no pretende ser exhaustiva. Las cuestiones han de considerarse en el contexto de cada uno de los temas estudiados.

2. No obstante, cabe señalar que las cuestiones generales relativas a la metodología parte toda labor futura (véase Primera Parte, párrs. 39 a 46) habrían de tenerse siempre presentes, pues para hallar una fórmula adecuada es preciso examinar primero las cuestiones específicas relativas a cada tema.

3. Conviene indicar además que las siguientes cuestiones guardan también relación con la totalidad de las cuestiones específicas:

*a*) Teniendo en cuenta los diversos tipos de contrato de suministro y construcción de grandes obras industriales (véase Primera Parte, párrs. 22 a 26) ¿puede adoptarse un enfoque común para cada tema examinado, independientemente de cual sea el tipo de contrato, o deben adoptarse diferentes enfoques? ¿o se ha de adoptar otro enfoque que no sea común respecto de determinados temas mientras que en el otro caso hay que ajustarse a determinados tipos de contrato?

*b*) Teniendo en cuenta que existen diferentes tipos de plantas industriales (véase Primera Parte, párr. 27), ¿puede adoptarse un enfoque común independientemente del tipo de planta de que se trate?

#### B. *Cuestiones específicas*

##### I. *Planos y documentos descriptivos*

4. ¿Qué tipos de planos y documentos debe proporcionar el contratista?

5. ¿Cuáles deben ser las consecuencias jurídicas en caso de que no se faciliten los planos y documentos?

6. ¿Sería aconsejable que el contratista o el comprador pudieran modificar o variar los planos y documentos descriptivos después de la celebración del contrato?

7. ¿Cuáles deben ser los efectos jurídicos de subsiguientes modificaciones de los planos y documentos descriptivos?

8. ¿Debe tratarse la cuestión de la propiedad respecto de los planos y documentos descriptivos y, en tal caso, cuál de las partes debe ser la propietaria de tales documentos?

##### II. *Suministro*

9. ¿Debe haber una distinción entre la porción jurídica del contratista y la del vendedor en relación con el suministro?

10. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente ¿es responsable el contratista de los defectos del equipo enviado en una expedición o solamente del suministro de la planta en su totalidad?

11. ¿Cuál debe ser la responsabilidad del contratista si contrata a un tercero para que suministre la totalidad de la planta o del equipo o una parte de los mismos?

12. ¿Debe incluirse una cláusula relativa a los costos del transporte?

13. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente ¿de qué transporte ha de encargarse el contratista y qué costos de transporte han de ser sufragados por él?

14. ¿Debe estar obligado el contratista a suministrar equipo o materiales no mencionados en el contrato pero que sean necesarios para la terminación de las obras, incluidos materiales y equipo auxiliares?

15. ¿Debe incluirse una cláusula relativa a la notificación de la falta de conformidad en relación con el suministro de la planta y a las consecuencias jurídicas de la no notificación de los defectos a su debido tiempo?

16. En caso de que los materiales o la planta suministrados por el contratista tengan cualesquiera defectos ¿ha de tener el comprador un recurso a este respecto antes de la fecha estipulada para la terminación de las obras y, de ser así, qué clase de recursos?

17. ¿Debe ser responsable el contratista del suministro de materiales y partes de la planta antes de la fecha convenida para la terminación de las obras y, en tal caso, cuáles deben ser las consecuencias jurídicas del incumplimiento de esta obligación?

##### III. *Montaje*

18. ¿Debe ser responsable el contratista del montaje de distintas partes de la planta o únicamente de la terminación de las obras en su conjunto dentro de un plazo convenido?

19. Si el contratista no monta la planta en el plazo convenido ¿tiene derecho el comprador a contratar el montaje con otro contratista?

* 17 mayo 1981.

20. ¿Cuál debe ser la responsabilidad del contratista si participan en el montaje de la planta el personal del comprador u otras personas contratadas por él?

21. ¿Cuál debe ser el alcance de la responsabilidad del contratista si sólo se ha comprometido en lo que respecta a la supervisión del montaje de la planta?

22. ¿Debe estar obligado el contratista a suministrar todos los materiales y el equipo necesarios para el montaje?

23. ¿Quién corre con la pérdida o los daños de los materiales y el equipo mencionados en la cuestión anterior?

24. ¿Debe regularse la cuestión de la cooperación y coordinación entre contratista y comprador y, en caso afirmativo, en qué forma?

IV. *Traspaso de los riesgos*

25. ¿Sería aconsejable determinar los efectos jurídicos del traspaso de los riesgos?

26. Si las partes no acuerdan otra cosa ¿debe efectuarse el traspaso de los riesgos en el momento de la transferencia de la propiedad de la planta o equipo?

27. Si se da una respuesta negativa a la cuestión precedente ¿sería preferible estipular el traspaso de los riesgos en relación con el suministro de las distintas partes ("en talleres", en condiciones de FOB, CIF u otras) o debe estipularse el traspaso de los riesgos respecto de las obras en su conjunto en una etapa ulterior (por ejemplo a la terminación de las obras, a la entrega o aceptación)?

28. En caso de que los riesgos se traspasen en una etapa ulterior (después de la entrega de las distintas partes de la planta) ¿deben traspasarse ciertos tipos de riesgos (por ejemplo el de guerra) en una etapa ulterior?

29. Si se pierde, se destruye, sufre daños o se deteriora la planta o el equipo o una parte de los mismos después del traspaso de los riesgos ¿debe estar obligado el contratista a subsanar los defectos a expensas del comprador?

30. ¿Debe incluirse una cláusula sobre riesgos respecto de los materiales y el equipo utilizados únicamente en la construcción y no para su incorporación permanente a la planta?

31. ¿Deben tener los defectos de la planta o de partes de la misma un efecto respecto del traspaso de riesgos y, en tal caso, en qué sentido.

32. ¿Quién debe asumir el riesgo del transporte de partes defectuosas devueltas al contratista y de las partes reparadas o de las suministradas en sustitución de las defectuosas?

33. ¿Sería aconsejable incluir una cláusula de seguro contra los riesgos y, en tal caso, de qué alcance?

34. ¿Deben surtir efectos en el traspaso de riesgos las demoras en la entrega?

V. *Transferencia de la propiedad*

35. ¿Ha de adquirir el comprador un título respecto de la planta:

*a*) a su entrega de conformidad con el contrato;

*b*) a su entrega en el lugar del montaje;

*c*) a la terminación de las obras;

*d*) a la aceptación;

*e*) al efectuar el pago del precio; o

*f*) en algún otro momento?

36. ¿Conviene que un acuerdo sobre la transferencia de la propiedad únicamente se reconozca si está en conformidad con la legislación en vigor en el país en que se va a montar la planta?

37. ¿Debe tener el comprador un derecho de retención de los activos del contratista para hacer valer sus derechos, cuando los tenga, en caso de ruptura del contrato?

VI. *Transferencia de tecnología*

38. ¿Debe estar obligado el contratista a suministrar al comprador los conocimientos técnicos relativos a la planta que se va a entregar?

39. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente ¿debe abarcar la obligación del contratista los conocimientos técnicos convenidos en el contrato o los últimos conocimientos técnicos de que disponga en el momento de la celebración del contrato, o en el momento en que el comprador recibe los documentos relativos a los conocimientos técnicos?

40. ¿Estará obligado el contratista a suministrar únicamente la tecnología de que dispone o debe facilitarse también al comprador la tecnología de que disponen otras personas (cedentes de patentes)?

41. ¿Sería aconsejable tratar de las condiciones de pago relativas a la transferencia de tecnología?

42. ¿Debe incluirse una cláusula relativa a la transferencia de tecnología en relación con los adelantos y mejoras tecnológicos de las técnicas operativas después de la terminación (o entrega o aceptación) de las obras?

43. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente ¿debe estar obligado el contratista a poner a disposición del comprador los adelantos y mejoras tecnológicos gratuitamente o debe pagar el comprador un precio razonable?

44. ¿Debe estar obligado el comprador a suministrar al contratista los adelantos y mejoras tecnológicos de las técnicas operativas que pueda descubrir en relación con la utilización de las obras?

45. En tal caso ¿debe efectuarse esa transferencia de tecnología en las mismas condiciones en que el contratista está obligado a poner a disposición del comprador los mencionados adelantos y mejoras tecnológicos?

46. ¿Debe limitarse el derecho del comprador a utilizar la tecnología transferida a utilizarla únicamente en relación con la planta suministrada?

47. ¿Sería conveniente incluir una cláusula relativa al carácter confidencial de la transferencia de tecnología?

48. En caso en que se incluyera tal cláusula ¿deben hacerse excepciones al principio de que el comprador (contratista) está obligado a considerar como confidencial la información que se le haya facilitado en relación con la transferencia de tecnología?

49. ¿Debe incluirse una disposición sobre la responsabilidad del contratista (comprador) respecto del comprador (contratista) si un tercero hace valer derechos basados en la propiedad industrial o intelectual de la tecnología?

VII. *Calidad*

50. ¿Debe incluirse una cláusula en el sentido de que todo el material y la ejecución han de ajustarse al contrato o conviene incluir una disposición específica sobre la calidad de la planta?

51. En caso de que se incluyera tal cláusula, ¿sería conveniente estipular normas de cumplimiento de carácter general (por ejemplo, satisfacer todos los requisitos de funcionamiento normal, capacidad, calidad de los productos y consumo de materias primas) o sería preferible remitir a la reglamentación relativa a las normas de calidad de un país determinado (por ejemplo, el país del comprador o el país en que debe construirse la planta)?

52. ¿Tiene el contratista la obligación de ajustarse a una norma superior si así lo requiere la legislación del país en el cual ha de montarse la planta y, en caso afirmativo, en qué condiciones?

53. ¿Debe obligarse al contratista a suministrar una planta de otra calidad si se demuestra que la calidad de la planta especificada en el contrato no permitirá lograr la finalidad prevista?

54. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿quién debe sufragar el aumento de costos ocasionado por una modificación de las obras?

55. En relación con la respuesta a la pregunta anterior, ¿deben las circunstancias eximentes hacer necesaria la modificación de las obras?

VIII. *Inspección y pruebas*

56. ¿Tiene el comprador el derecho de examinar la planta o el equipo y/o los materiales antes de su envío?

57. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿cuál debe ser la amplitud del examen? ¿Deben estipularse el lugar y la fecha del mismo?

58. ¿Qué procedimiento debe seguirse con respecto al examen efectuado antes del envío de la planta o del equipo?

59. ¿Qué efectos jurídicos debe tener tal examen?

60. ¿Quién debe sufragar los costos del examen previo al envío de la planta o del equipo?

61. ¿Cuáles deben ser los derechos y obligaciones de las partes en caso de observarse defectos en los materiales, la planta o el equipo antes de su envío?

62. ¿Debe hacerse referencia a las pruebas de funcionamiento?

63. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿qué disposiciones deben tomarse con respecto, a:

*a*) las condiciones previas a la realización de las pruebas de funcionamiento;

*b*) el momento en que deben realizarse tales pruebas;

*c*) los derechos y deberes de las partes en relación con la preparación y la ejecución de tales pruebas;

*d*) el procedimiento que debe seguirse a este respecto (incluida el acta de la prueba de funcionamiento).

64. ¿Cuál de las partes debe sufragar los costos de las pruebas de funcionamiento?

65. ¿Qué efectos jurídicos deben tener las pruebas de funcionamiento realizadas con éxito?

66. ¿Qué efectos jurídicos debe tener el hecho de que las pruebas de funcionamiento no se lleven a cabo a su debido tiempo?

67. ¿Qué efectos jurídicos deben tener el fracaso de las pruebas de funcionamiento?

IX. *Terminación*

68. ¿Es necesaria una definición de terminación de las obras?

69. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿cuáles deben ser los principales elementos de tal definición?

70. En caso de duda, ¿cuándo debe empezar a contarse el plazo de terminación?

71. ¿Conviene estipular un período estimado y, de ser así, cómo se ha de determinar un plazo fijo si las partes no se ponen de acuerdo al respecto?

72. ¿Qué consecuencias jurídicas debe tener el hecho de que no se convenga tal período en el contrato?

73. ¿Que consecuencias jurídicas debe tener la terminación?

74. ¿Es aconsejable incluir una disposición referente a la prórroga del plazo de terminación y, en caso afirmativo, en qué condiciones debe permitirse tal prórroga?

X. *Entrega y aceptación*

75. ¿Debe distinguirse entre "entrega" y "aceptación"?

76. ¿Qué consecuencias jurídicas debe tener la entrega y/o aceptación?

77. ¿Debe facultarse u obligarse al comprador a hacerse cargo sólo de una parte de las obras?

78. ¿Qué consecuencias jurídicas debe tener tal entrega y/o aceptación parcial?

79. ¿Qué consecuencias jurídicas debe tener el negarse a hacerse cargo de la obra y/o aceptarla?

80. ¿Qué consecuencias jurídicas debe tener el hecho de que el comprador no se haga cargo de la obra y/o no la acepte?

XI. *Demoras y sanciones*

81. ¿Debe la demora abarcar los casos en que el contratista no ha suministrado la planta (el equipo) y/o no ha construido en absoluto las obras, o debe abarcar también un incumplimiento parcial?

82. ¿Debe considerarse por separado la demora respecto de cada parte de la instalación, o es preferible tomar en consideración únicamente la fecha de terminación de las obras en su conjunto?

83. ¿Debe reconocerse al comprador el derecho de reclamar el cumplimiento en caso de demora en el suministro y/o en la ejecución de las obras?

84. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿debe limitarse tal derecho como se hace en el artículo 28 de la Convención relativa a las compraventas?

85. Por lo que se refiere a las cuestiones relativas a sanciones o a indemnizaciones fijadas convencionalmente, véase el Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor de su segundo período de sesiones (A/CN.9/197)* y los documentos de antecedentes mencionados en el párrafo 10 de ese Informe.

XII. *Daños y limitación de la responsabilidad*

86. ¿Ha de limitarse indemnización por daños al daño directo?

87. ¿Debe la indemnización incluir el lucro cesante?

88. ¿Debe excluirse de los daños y perjuicios la pérdida que el deudor no pueda prever razonablemente?

89. ¿Debe aplicarse cualquier otra limitación de los daños y perjuicios y, en caso afirmativo, en qué medida?

90. ¿Deben excluirse del ámbito de la aplicación de una posible reglamentación las lesiones personales y/o los daños en las cosas que normalmente no son objeto del contrato?

91. Las normas sobre limitación de la responsabilidad por daños ¿deben ser taxativas o deben admitirse otras limitaciones con arreglo a la legislación aplicable?

92. Si la responsabilidad por daños ha de limitarse cuantitativamente, ¿debe fijarse el monto (por ejemplo, en un porcentaje del precio) o deben fijarlo las partes de común acuerdo?

93. ¿Debe aplicarse la limitación del monto de los daños de una manera general o sólo en ciertos casos (por ejemplo, rescisión del contrato)?

94. ¿Debe obligarse a la parte que invoca el incumplimiento del contrato a tomar medidas para mitigar las pérdidas?

95. ¿Debe la parte que incumple el contrato reclamar una reducción de la indemnización por daños y perjuicios si la parte que invoca el incumplimiento del contrato no mitiga la pérdida?

96. ¿Debe hacerse una distinción entre indemnización con respecto a la pérdida derivada de la demora en la ejecución y la derivada de defectos de ejecución?

97. ¿Debe excluirse la indemnización con respecto a la pérdida derivada de defectos de los materiales suministrados por el comprador o del diseño estipulado por el mismo?

XIII. *Exoneración*

98. ¿Debe una posible norma sobre exoneración ser taxativa o deben admitirse otras circunstancias eximentes sobre la base de la legislación aplicable?

99. La definición de exoneración ¿debe concordar con la definición de "exenciones" del artículo 79 de la Convención relativa a las compraventas, o sería preferible dar otra definición?

100. Si conviene dar otra definición de exoneración, ¿cuáles son los elementos de la definición de "exenciones" de la Convención relativa a las compraventas que deben excluirse y cuáles los que deben incluirse, si los hay?

101. ¿Debe definirse la exoneración sólo de una manera general o mediante una lista de circunstancias eximentes?

102. Una definición en la que se enumeren las circunstancias eximentes ¿debe tener carácter exhaustivo?

103. Debe abarcar la definición obstáculos:

*a*) de hecho (por ejemplo, terremotos) que imposibilitan el cumplimiento en cualquier circunstancia;

*b*) de carácter jurídico (por ejemplo, el cumplimiento está prohibido por la ley);

*c*) de índole económica (por ejemplo, el cumplimiento es posible y está permitido pero a un costo más elevado debido, por ejemplo, al aumento de los precios de las materias primas)?

104. ¿Deben notificarse las circunstancias eximentes?

105. Si se ha de exigir una notificación, ¿debe tener consecuencias jurídicas la omisión de la notificación de la circunstancia eximente?

106. De ser así, ¿cuáles han de ser las consecuencias jurídicas de esta omisión (por ejemplo, pérdida del derecho de invocar circunstancias eximentes o responsabilidad por daños y perjuicios)?

107. Las consecuencias jurídicas de las circunstancias eximentes ¿deben limitarse a la exclusión de la responsabilidad por daños (como en el artículo 79 de la Convención relativa a las compraventas) o convendría prever además los efectos jurídicos en relación con el plazo de ejecución o la rescisión del contrato?

108. En caso de que se haga referencia a los efectos jurídicos en relación con el plazo de ejecución ¿deben las circunstancias eximentes entrañar una prórroga del plazo de ejecución o la suspensión de la obligación?

* Reproducido en el presente volumen, Segunda Parte, I, A.

109. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿debe fijarse un máximo para tal prórroga o suspensión?

110. Si se ha de prever la rescisión del contrato en relación con las circunstancias eximentes, ¿debe el interesado tener el derecho de rescindir el contrato después de transcurrido cierto plazo o debe eximirse *ipso iure* a las partes del ulterior cumplimiento?

111. ¿Debe el derecho de rescindir el contrato corresponder exclusivamente al acreedor, o debe también extenderse al deudor? De ser así, ¿en qué condiciones?

112. ¿Deben limitarse sólo a ciertos casos la prórroga del plazo de cumplimiento del contrato, o la suspensión de la obligación, o la rescisión del contrato?

113. ¿Deben incluirse otras consecuencias no mencionadas antes en caso de que se produzcan circunstancias eximentes?

XIV. *Renegociación*

114. ¿Debería limitarse la cláusula de renegociación a circunstancias de exoneración o debería abarcar también otros casos?

115. De ser así, ¿en qué circunstancias debería haber renegociación?

116. ¿Debe fijarse un plazo para el comienzo y la conclusión de la renegociación?

117. ¿Qué factores deberían tomarse en consideración en la renegociación?

118. ¿Debería limitarse el alcance de la disposición sobre renegociación a ciertas obligaciones de las partes (por ejemplo, revisión de precios, prórroga del plazo de ejecución)?

119. ¿Debería haber una disposición relativa a las consecuencias jurídicas de la falta de acuerdo sobre la adaptación del contrato?

120. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿debería tener cada parte el derecho de rescindir el contrato o solicitar de un tribunal o un árbitro la revisión del contrato?

121. ¿Debe apoyarse la inserción de una cláusula liberatoria por imposibilidad de cumplimiento?

122. Si esta cláusula fuese útil, ¿que cambios en las circunstancias debería comprender (por ejemplo, cambio fundamental, circunstancias del control de la parte, penuria económica, etc.)?, ¿deberá fijarse un plazo en el que las partes puedan acogerse a esa cláusula?

123. ¿Debería estar facultado un tribunal, un árbitro o un tercero (elegido por las partes) para readaptar o rescindir un contrato en caso de imposibilidad de cumplimiento?

XV. *Garantías*

124. ¿Debería incluirse una disposición sobre garantía de fabricación y materiales?

125. En caso de que se prevea tal garantía, ¿es conveniente limitarla o excluirla en ciertos casos (por ejemplo, de uso indebido de la planta por el comprador, defectos resultantes de materiales suministrados por el comprador, etc.)?

126. ¿Cuándo debería comenzar el período de garantía de la fabricación y los materiales y qué duración debería tener?

127. ¿Debería haber un plazo máximo que comenzase en la fecha de entrega?

128. ¿Debería prorrogarse el período de garantía de fabricación y materiales por un plazo en el que las obras no se puedan usar debido a defectos incluidos en la garantía?

129. ¿Cuáles deben ser las obligaciones del contratista en caso de defectos? ¿Deben excluirse los daños?

130. Si el contratista no subsana los defectos a tiempo ¿qué consecuencia jurídica debería tener tal omisión?

131. ¿Debe reconocerse al comprador el derecho de corregir defectos secundarios a expensas del contratista?

132. ¿Es conveniente incluir una disposición sobre garantía de la ejecución?

133. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente ¿qué contenido debería tener tal garantía y cuáles deberían ser las consecuencias de su incumplimiento?

XVI. *Rectificación de defectos*

134. ¿Deben ser diferentes las consecuencias de defectos observados:

*a*) antes de la expedición de la planta (equipo);

*b*) después de la llegada de la planta o de sus partes al lugar donde se ha de montar;

*c*) durante la construcción;

*d*) al terminar las obras;

*e*) en el momento de la entrega o aceptación;

*f*) durante el plazo de garantía;

*g*) después del transcurso del plazo de garantía?

135. ¿Debe estar obligado el comprador a notificar los defectos? En este caso, ¿qué procedimiento deberá seguirse?

136. ¿Cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas de la omisión por parte del comprador de la notificación de los defectos (por ejemplo, se pierde el derecho o no se puede ejercer)?

137. ¿Debería estar obligado el contratista a corregir los defectos de la planta mediante:

*a*) la sustitución de la planta defectuosa o de sus partes o el suministro de las partes que falten; o

*b*) la reparación de los defectos; o

*c*) la reducción del precio, u otro procedimiento?

138. ¿Debe tener derecho el comprador a elegir la forma de rectificación de los defectos o debe ser el contratista quien determine cómo se han de rectificar?

139. ¿Debería tener derecho el comprador a suspender las obras por razón de sus defectos y, en tal caso, en qué circunstancias?

140. ¿Debería fijarse un plazo para esta suspensión?

## XVII. *Rescisión*

141. ¿Debería tener derecho el comprador a rescindir el contrato en determinadas circunstancias en caso de que el contratista no terminara las obras de conformidad con el contrato?

142. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿sería conveniente distinguir entre los casos en que el incumplimiento se deba a fuerza mayor y los casos en que el contratista es responsable del mismo?

143. ¿Debería distinguirse entre los casos en que la falta de ejecución por parte del contratista se deba al hecho de que no haya suministrado la planta (el equipo) o no la haya montado y los casos en que el contratista haya suministrado la planta (el equipo) y la haya montado pero con defectos?

144. ¿Sería útil distinguir entre falta de ejecución respecto a una parte de la planta y falta de ejecución de la totalidad de las obras?

145. Si el contratista incumple su obligación de suministrar y construir la planta, ¿debe obligarse al comprador a fijar un plazo adicional razonable para la ejecución en todos los casos antes de tener derecho a rescindir el contrato, o sería conveniente reconocerle el derecho de rescindir el contrato en determinadas circunstancias (por ejemplo, en el caso de incumplimiento fundamental del contrato) inmediatamente después del incumplimiento del contrato?

146. Si el comprador tuviese el derecho de declarar nulo el contrato incluso en el caso de falta de ejecución con respecto a una parte de las obras ¿debería tener derecho de declarar nulo el contrato únicamente respecto de la parte no ejecutada o en su totalidad, en determinadas circunstancias?

147. ¿Sería conveniente otorgar al comprador el derecho de rescindir el contrato en determinadas circunstancias incluso antes de la fecha en que han de quedar terminadas las obras (por ejemplo, si el contratista da a entender que no suministrará ni montará la planta)?

148. ¿Debe limitarse a ciertos casos (por ejemplo, a incumplimiento fundamental del contrato) el derecho del comprador a rescindir el contrato?

149. ¿Debe reconocerse al contratista el derecho de rescindir el contrato en determinadas circunstancias en caso de que el comprador incumpla su obligación?

150. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿debería limitarse ese derecho del contratista a:

*a*) incumplimiento fundamental del contrato;

*b*) falta de aceptación de las obras;

*c*) falta de pago al contratista de conformidad con el contrato?

151. Si el contratista tuviese el derecho de declarar nulo el contrato, ¿deberían aplicarse *mutatis mutandis* a este derecho del contratista los principios aplicables respecto del derecho del comprador a rescindir el contrato?

152. ¿Qué procedimiento deberá seguirse para declarar nulo el contrato?

153. ¿Debería quedar rescindindo el contrato en algunos casos *ipso iure* y, de ser así, en qué circunstancias?

154. ¿Sería conveniente regular las consecuencias de la rescisión del contrato?

155. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿deberían regularse estas consecuencias en general (por ejemplo, liberar a las partes de sus obligaciones de restituir lo que ha sido ejecutado) o en detalle?

156. ¿Sería preferible mantener el principio de que la rescisión del contrato no afecta a ninguna disposición contractual relativa al arreglo de controversias o a cualquier otra disposición del contrato que regule los derechos y las obligaciones de las partes después de la rescisión del contrato?

157. ¿Debería la anulación del contrato excluir el derecho de exigir indemnización o debería afectar al alcance de tal derecho?

## XVIII. *Derecho aplicable*

158. ¿Debería incluirse una disposición referente al derecho aplicable?

159. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente y las partes no determinan el derecho aplicable, ¿debería ser éste:

*a*) el del país en que se ha de montar la planta;

*b*) el del país en el que el contratista tenga su domicilio mercantil (o su residencia habitual);

*c*) el del país en el que el comprador tenga su domicilio mercantil (o su residencia habitual);

*d*) el del país en que se haya celebrado el contrato; o

*e*) el de otro país?

160. Si es aplicable la reglamentación administrativa del país en el que se haya de montar la planta o en el que el comprador tenga su domicilio mercantil (o su residencia habitual), ¿debería obligarse al comprador a informar al contratista de esas normas?

161. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas del incumplimiento de esta obligación por parte del comprador?

162. Si el contratista está obligado a observar la reglamentación administrativa nacional aplicable modificada después de la celebración del contrato, ¿quién sufragará el aumento de los costos?

## 2. NOTA DE LA SECRETARÍA: CLÁUSULAS RELATIVAS A LA COOPERACIÓN INDUSTRIAL (A/CN.9/WG.V/WP.5)*

1. La Comisión acordó, en su 13.° período de sesiones, asignar prioridad a los trabajos relacionados con los contratos en la esfera del desarrollo industrial y pidió al Secretario General que realizara los trabajos preparatorios respecto de los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y de cooperación industrial[1].

2. La Secretaría no estuvo en condiciones de ocuparse simultáneamente de ambos temas. Todos los recursos disponibles se concentraron en el estudio relacionado con los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales[2].

3. No fue ésta, sin embargo, la única razón para no atender la solicitud de la Comisión. La principal dificultad con que tropezó la Secretaría fue el hecho de que no obrara en su poder ni un solo contrato de cooperación industrial, por lo que no podía analizar las prácticas contractuales internacionales en este campo.

4. En el 13.° período de sesiones de la Comisión se hizo notar que la labor de la Secretaría se vería facilitada si los miembros de la Comisión le facilitaran copia de esos contratos. En nota verbal de fecha 31 de octubre de 1980 el Secretario General solicitó a los Estados Miembros de la Comisión que proporcionaran copia de esos contratos y demás materiales pertinentes, asegurándoles que se mantendría el carácter confidencial de todos los materiales que lo tuvieran en el momento de su recepción. En momentos de prepararse la presente nota la Secretaría no ha recibido ningún contrato de cooperación industrial.

5. En su anterior estudio del Secretario General[3] ya se habían descrito las principales características y contenido de los contratos de cooperación industrial. En ese estudio de la labor que podía realizar la CNUDMI se sugirió lo siguiente:

"139. En vista de la importancia de la cooperación industrial internacional y de la falta de normas jurídicas aplicables, la Comisión quizá decida iniciar la labor sobre los contratos de cooperación industrial. Entre los elementos a considerar podrían figurar:

Interdependencia de las partes constitutivas de los complejos de cooperación industrial

Interdependencia de las obligaciones mutuas de las partes

Efectos del incumplimiento de partes del contrato sobre las obligaciones correlativas de la otra parte

Pluralidad y cambio de las partes contratantes

Efectos de la fuerza mayor

Efectos del cambio de circunstancias

Extinción y rescisión

Limitación de los daños

Derecho aplicable

Solución de conflictos.

"140. Los resultados de la labor de la Comisión podrían adoptar la forma de cláusulas modelos para su inclusión en los contratos. Se podría también pensar en la elaboración de condiciones generales sobre cooperación industrial internacional que se recomendarían a las partes intervinientes en los contratos."

6. Como se deduce del estudio del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add.1 a 8)*, muchos de los elementos antes anotados se hallan también en los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de concentrar, por el momento, sus trabajos en el examen de las cláusulas relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y pedir a la Secretaría que presente, en un futuro período de sesiones, un estudio preliminar sobre las características específicas de los contratos de cooperación industrial, cuando parezca llegado el momento, a la luz de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en los contratos de construcción.

---

* 7 mayo 1981.

[1] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la 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. 143.

[2] A/CN.9/WG.V/WP.4.

[3] A/CN.9/191, párrs. 106 a 127 (*Anuario* ... 1980, segunda parte, V, B).

* Reproducido en el presente volumen, segunda parte, IV, B, 1.