

NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA  
GENERAL



Distr. GENERAL

A/CN.9/259  
31 octubre 1984

ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL  
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL  
18° período de sesiones  
Viena, 3 a 21 de junio de 1985

INFORMES DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL NUEVO ORDEN ECONOMICO  
INTERNACIONAL ACERCA DE LA LABOR REALIZADA EN SU  
SEXTO PERIODO DE SESIONES  
(Viena, 10 a 20 de septiembre de 1984)

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION .....	1 - 11	2
CARACTERISTICAS Y CALIDAD DE LAS OBRAS .....	12 - 35	5
TERMINACION, ACEPTACION Y RECEPCION .....	36 - 62	8
ASIGNACION DE RIESGOS DE PERDIDAS O DAÑOS .....	63 - 75	12
DAÑOS Y PERJUICIOS .....	76 - 84	14
INDEMNIZACION CONVENCIONAL Y CLAUSULAS PENALES .....	85 - 99	16
SEGURO .....	100 - 113	19
SUBCONTRATACION .....	114 - 132	22
GARANTIAS DE CUMPLIMIENTO .....	133 - 152	26
OTROS ASUNTOS Y LABOR FUTURA .....	153 - 154	30

## INTRODUCCION

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 ese tema. 1/ En su 12° período de sesiones, la Comisión designó a los Estados miembros del Grupo de Trabajo. 2/ En su 13° período de sesiones, la Comisión decidió que el Grupo de Trabajo estuviera compuesto por todos los Estados miembros de la Comisión. 3/ Integraron el Grupo de Trabajo los 36 Estados siguientes: Alemania, República Federal de, Argelia, Australia, Austria, Brasil, Cuba, Checoslovaquia, China, Chipre, Egipto, España, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Guatemala, Hungría, India, Iraq, Italia, Japón, Kenya, México, Nigeria, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Centroafricana, República Democrática Alemana, República Unida de Tanzania, Senegal, Sierra Leona, Singapur, Suecia, Trinidad y Tabago, Uganda, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia.

2. En su primer período de sesiones, el Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión, para su posible inclusión en su programa, entre otros, el tema relativo a la armonización, unificación y examen de las disposiciones contractuales que se incluyen corrientemente en los contratos internacionales en la esfera del desarrollo industrial. 4/ En su 13° período de sesiones, la Comisión convino en asignar prioridad a la labor relativa a esos contratos y pidió al Secretario General que realizase un estudio sobre los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales. 5/

---

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.

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.

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. 143.

4/ A/CN.9/176, párr. 31.

5/ 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 sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/35/17), párr. 143.

3. El estudio 6/ preparado por la Secretaría fue examinado por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones segundo y tercero. 7/ En su tercer período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que iniciase, de conformidad con la decisión adoptada al efecto por la Comisión en su 14° período de sesiones, 8/ la redacción de una guía jurídica sobre cláusulas contractuales relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales. 9/ En esa guía jurídica se han de individualizar los problemas jurídicos que se plantean en dichos contratos, sugiriendo posibles soluciones para ayudar a las partes, especialmente a las que procedan de países en desarrollo, en sus negociaciones. 10/

4. En su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de la estructura de la guía jurídica y varios proyectos de capítulo preparados por la Secretaría 11/ y pidió a la Secretaría que acelerara la preparación de la guía jurídica. 12/ En su quinto período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó algunos otros proyectos de capítulo y una nota sobre la forma de presentación de la guía. 13/ Hubo acuerdo general en que debía proseguirse con toda celeridad la labor de elaboración de la guía jurídica y en que se celebrasen cada año, siempre que fuese posible, dos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, con objeto de acelerar esa labor. 14/

5. El Grupo de Trabajo celebró su sexto período de sesiones en Viena, del 10 al 20 de septiembre de 1984. Estuvieron representados todos los miembros del Grupo de Trabajo salvo Argelia, Cuba, Chipre, Guatemala, Hungría, India, Nigeria, República Centroafricana, República Unida de Tanzania, Senegal, Sierra Leona, Singapur y Trinidad y Tabago.

---

6/ A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add.1-8, y A/CN.9/WG.V/WP.7 y Add.1-6.

7/ A/CN.9/198, párrs. 11-80, y A/CN.9/217, párrs. 13-129.

8/ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/36/17), párr. 84.

9/ A/CN.9/217, párr. 130.

10/ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/36/17), párr. 84.

11/ A/CN.9/WG.V/WP.9 y Add.1-4.

12/ A/CN.9/234, párrs. 51-52.

13/ A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5; A/CN.9/WG.V/WP.II y Add.1-4 y 6-9.

14/ Véase A/CN.9/247, párr. 132.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Argentina, Bulgaria, Canadá, Chile, Ecuador, Finlandia, Indonesia, Países Bajos, Qatar, República de Corea, República Dominicana, Santa Sede, Suiza, Tailandia y Venezuela.

7. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

- a) Organos de las Naciones Unidas  
Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
- b) Organizaciones intergubernamentales  
Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano, Comisión de las Comunidades Europeas
- c) Organizaciones internacionales no gubernamentales  
Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional, Federación Internacional de Ingenieros Consultores y Organización Internacional para el Progreso.

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

Presidente: Sr. Leif SEVON (Finlandia)\*

Relator: Sra. Jelena VILUS (Yugoslavia)

9. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí, para su examen, los proyectos de capítulo de la guía jurídica para la redacción de contratos de construcción de obras industriales sobre "Daños y perjuicios" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4), "Indemnización convencional y cláusulas penales" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5), "Características y calidad de las obras" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1), "Terminación y recepción provisional y definitiva de las obras" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2), "Asignación de riesgos de pérdidas o daños" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3), "Seguro" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4), "Subcontratación" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5), y "Garantía del cumplimiento" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Examen de algunos proyectos de capítulo de la guía jurídica para la redacción de contratos de construcción de obras industriales.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

11. El Grupo de Trabajo procedió al examen de cada proyecto de capítulo en el orden que se expone a continuación.

---

\* El Presidente fue elegido a título personal.

CARACTERÍSTICAS Y CALIDAD DE LAS OBRAS 15/

12. Se observó en general que habría que volver a examinar el capítulo con el objeto de acortarlo y dar mayor coherencia a la terminología.

13. Se observó que sería difícil incluir disposiciones ilustrativas en este capítulo, ya que trata de las características y calidad de obras de distintos tipos, lo que a su vez exigiría distintos tipos de descripción de las características y calidad. Por otra parte las cuestiones jurídicas de que trata este capítulo no necesitan en general aclararse con disposiciones ilustrativas. Sin embargo se sugirió que las cuestiones tratadas en la sección E ("Grado de confidencialidad de especificaciones, planos y otros documentos técnicos") sí eran adecuadas para incluir disposiciones ilustrativas. También se sugirió que el texto podría acortarse y aclararse mediante la utilización de modelos de algunos de los tipos de documentos citados. Otra sugerencia fue que se incluyera en el capítulo una lista-guía de los tipos de documento que podrían prepararse en ocasión de un contrato (por ejemplo, documento principal del contrato, llamado a licitación, oferta, planos, especificaciones, estados de dimensiones) y que dicha lista-guía ayudaría a las partes a determinar qué documentos debían formar parte del contrato.

14. Hubo acuerdo general en el sentido de que la guía recomendara que el documento principal del contrato debía determinar claramente cuáles eran los documentos relativos a las características y calidad de las obras que formaban parte del contrato. Se sugirió que, dada la gran cantidad de documentos preparados por distintas personas en distintas oportunidades a los efectos del contrato, la guía recomendara que los asesores jurídicos de las partes examinasen todos los documentos para que existiera coherencia entre ellos y determinar cuáles formaban parte del contrato. También se sugirió que el contrato especificara en detalle las características y calidad exigidas, ya que si estos detalles no estaban determinados la ley que rige la interpretación del contrato podría restringir su ámbito de aplicación con respecto a sus características y calidad.

15. Se observó que, en los contratos complejos, las disposiciones relativas a las características y calidad de la construcción podían figurar en varios documentos largos, que estuvieran materialmente separados del documento principal del contrato. En consecuencia, debía velarse para que esos documentos separados quedasen incorporados, por vía de remisión, a los documentos principales del contrato.

16. Se expresó la opinión de que la expresión "llave en mano" no tenía una significación establecida en la mayoría de los sistemas jurídicos, y que las obligaciones impuestas a un contratista con la simple utilización de esa expresión no resultaban claras. Por lo tanto, era necesario especificar claramente las obligaciones asumidas por el contratista en virtud de tal contrato. La obligación para el contratista de cumplir obligaciones que eran habituales o necesarias, habida cuenta de la finalidad del contrato, podía no ser suficiente para identificar las obligaciones del contratista, por lo que las partes debían tratar de formular una descripción más precisa de las obligaciones residuales de un contratista en un contrato llave en mano.

17. Se señaló que la definición de las características de la construcción mediante la referencia a una maqueta podía dar lugar a dificultades, ya que la maqueta podía ser modificada, dañada o destruida, resultando difícil comprobar qué era lo contenido en la maqueta original. Por otra parte, podía ser difícil resolver en una maqueta todos los puntos dudosos.

18. Se señaló que el término "calidad" se utilizaba en el capítulo en dos sentidos. Primero se usaba para indicar la índole de los materiales o servicios, y en segundo lugar para indicar el nivel de excelencia de esos materiales o servicios. Se propuso que, en una nueva redacción del capítulo, se estableciera una diferencia entre esos dos sentidos.

19. Hubo amplio acuerdo en que la utilización de expresiones tales como "de primera clase" para indicar un nivel de excelencia ocasionaba incertidumbre. Se sugirió que las descripciones podían ser más precisas en términos de propiedades o características de los materiales o servicios de que se tratase (por ejemplo, la resistencia del acero que se debía emplear). Se observó también que las palabras "nuevos y por lo menos de calidad comercial normal" parecían haber adquirido cierto grado de significación establecida en la práctica comercial.

20. Se expresó la opinión de que hacer la descripción general de la índole de los materiales y servicios tanto en el documento principal del contrato como en las especificaciones podía dar lugar a incongruencias. Por lo tanto, podría ser preferible incluir tales descripciones únicamente en las especificaciones. Ahora bien, se observó que sería preciso describir en cierta medida, en el documento principal del contrato, la construcción que se iba a realizar y que era posible que en esa descripción hubiese que hacer una breve referencia al nivel de excelencia. Hubo acuerdo en que, si bien en el capítulo debían describirse los diversos tipos de especificaciones, no debían usarse en él los términos especificaciones de "funcionamiento" y especificaciones de "diseño".

21. Se observó que era compleja la posible relación entre la índole de las especificaciones que habían de incluirse en las convocatorias de licitación y los métodos de fijación de precios, y que podría ser mejor ocuparse de ella en el capítulo de la guía relativo a los procedimientos de licitación.

22. Se observó que el término "norma" podía entenderse en uno de dos sentidos. Podía referirse a los requisitos jurídicos de seguridad relacionados con el equipo o los materiales que habían de suministrarse, o podía referirse a descripciones ya aprobadas de las características del equipo o los materiales que habían de suministrarse fijados por entidades técnicas profesionales o asociaciones comerciales. Las partes gozarían normalmente de autonomía en lo que respecta a la adopción de este segundo tipo de normas. Sin embargo, se observó también que el país del comprador podía tener sus propias normas vinculantes relativas a las obras que fuesen a construirse en su territorio.

23. En este contexto, se expresó la opinión de que el término "ley aplicable" era ambiguo porque podía referirse a la ley aplicable al contrato, o a la ley del país comprador o del contratista que impusiera el uso de ciertas normas relativas al equipo o los materiales. Convenía que en la guía se utilizase este término con precisión.

24. Se observó que cuando se conviniera la utilización de normas, esas normas deberían definirse claramente (por ejemplo, haciendo referencia al país o la entidad que sancionó la norma y a su fecha de emisión). Se observó asimismo que la imposición, en la convocatoria de licitación, de ciertas normas, que el contratista habría de satisfacer, pudiera retraer la participación de contratistas no familiarizados con esas normas.

25. Con respecto a las posibles incongruencias entre los planos y las especificaciones suministradas por el comprador, se observó que el comprador debería estar obligado a resolver en breve plazo toda incongruencia que se le señalase. Además, debería obligarse al comprador a sufragar todos los gastos que esa incongruencia ocasionase al contratista.

26. Con respecto a la aprobación por el comprador de los planos detallados preparados por el contratista, se sugirió que dicha aprobación podía no ser siempre necesaria o practicable, en vista de los frecuentes cambios requeridos en el curso de la construcción. Además, en el caso de ciertas técnicas de construcción rápida (denominadas a veces en inglés "fast track"), las características detalladas de las obras y los planos se iban preparando y conviniendo a medida que los trabajos progresaban. Por ello, de exigirse la aprobación de los planos por el comprador, ésta debería darse en un plazo muy breve. El comprador debería correr con las consecuencias que acarree toda demora en la aprobación (por ejemplo, debería sufragar los gastos resultantes o conceder una prórroga para la terminación de las obras). Se observó también que si el comprador aprobaba, en forma explícita o tácita, los planos detallados, debería no tener derecho posteriormente a exigir cambios en esos planos ni en la construcción efectuada conforme a esos planos aprobados.

27. Se observó que podía suceder que los planos fuesen preparados conjuntamente por ambas partes y que las partes debían considerar cómo se habrían de corregir los errores en dichos planos y cómo se asignaría la responsabilidad al respecto.

28. Se observó que, si las especificaciones y los planos suministrados por el comprador eran imprecisos e insuficientes, el comprador no sólo debería asumir la obligación de sufragar los gastos incurridos por el contratista como resultado de esos errores, sino que debería también hacerse cargo de los gastos incurridos por el contratista por concepto de cualquier interrupción en el cumplimiento del contrato resultante de esos errores.

29. Se expuso la opinión de que, incluso cuando las partes celebraban un contrato en el que las obligaciones asumidas por el contratista se especificaban en términos de resultados concretos (por ejemplo: un contrato "llave en mano"), el comprador debería asumir la responsabilidad de los errores (por ejemplo, omisión de una parte de la construcción, o especificación de equipos, materiales o servicios que no fueran adecuados) cometidos en las especificaciones y planos facilitados por él. Si un comprador deseaba evitar dicha responsabilidad, debía obligar al contratista a preparar las especificaciones y planos. Ahora bien, si el comprador deseaba suministrar las especificaciones y planos podía obligar al contratista a notificarle los errores que éste descubriera o debiera descubrir y el contratista correría con las consecuencias de una falta de notificación.

30. Se acordó que la sección D ("Prelación de documentos") debía colocarse inmediatamente después de la sección B ("Determinación de las características y calidad de las obras en los documentos contractuales"). Se sugirió asimismo la posibilidad de modificar el título de la sección D para recoger las modificaciones sugeridas respecto al alcance de esta sección.

31. Se señaló que la guía debía destacar con mayor claridad la posibilidad de incongruencias entre los diversos documentos que constituyen un contrato complejo, y llamar la atención sobre la necesidad de hacer cuanto fuera necesario para eliminar tales incongruencias.

32. Se señaló la dificultad de establecer normas categóricas respecto a cuál de los documentos contractuales había de prevalecer en caso de incompatibilidad. Si bien desde el punto de vista de un jurista posiblemente fuera preferible que prevalecieran las especificaciones escritas del contrato principal sobre unos planos consistentes en diagramas, los ingenieros posiblemente preferirían lo contrario. Fue ampliamente aceptada la idea de que posiblemente fueran varios los factores que hubiera que tener en cuenta para determinar qué documento había de prevalecer (por ejemplo, qué documento recogía el último acuerdo de las partes, la naturaleza del conflicto entre los documentos, o qué documento guardaba una relación más directa con el tema en cuestión). Posiblemente fuera preferible recomendar que los documentos se interpretaran en primera instancia como mutuamente explicatorios, y en caso de conflicto irreconciliable se remitiera la cuestión a una forma expedita de solución de controversias.

33. Hubo amplio acuerdo en que los problemas relativos a la confidencialidad de las especificaciones, planos y otros documentos técnicos necesitaban un tratamiento más extenso. Se sugirió que, en relación con dichos documentos, era necesario examinar tres conceptos distintos, a saber, propiedad, derechos de autor y confidencialidad.

34. Se expresó la opinión de que el concepto de confidencialidad podía suscitar varias dificultades. Debía alentarse a las partes a identificar claramente los documentos que quisieran que permanecieran confidenciales, el alcance de la confidencialidad deseada y la duración de dicha confidencialidad. Se observó que podía suceder que el alcance de la confidencialidad estuviese regulado mediante leyes vinculantes, que obligaran además a las partes a revelar el contenido de los documentos a las autoridades públicas del país del comprador o del país del contratista. También podían surgir dificultades en relación con la cláusula relativa a la confidencialidad si el contrato se extinguía o si el comprador deseara más adelante emplear a otro contratista para modificar o mejorar las obras, o si hubiera necesidad de revelar documentos confidenciales en las acciones judiciales entre las partes. Debería asimismo aconsejarse a las partes que previeran remedios a los que la parte agraviada podría recurrir en el caso de violación de la confidencialidad.

35. Se acordó que una vez terminada la nueva redacción del texto del capítulo, se examinara el resumen para que concordara el texto con el resumen.

#### TERMINACION, ACEPTACION Y RECEPCION 16/

36. Se expresó la opinión de que debían modificarse los conceptos de terminación y aceptación. Podía considerarse que la terminación tenía lugar cuando el contratista cumplía su obligación de construir las obras y las pruebas de terminación mecánica se habían concluido en forma satisfactoria. El concepto de aceptación podía incluir la aprobación de la construcción de las obras, por parte del comprador incluso si en algunas situaciones esa aprobación era sólo presunta.



37. Se sugirió que se empleara en el capítulo una terminología más coherente y que se hiciera más evidente la secuencia en la que tenían lugar las pruebas, la terminación, la recepción y la aceptación. Se sugirió que se incluyera en el capítulo el examen de las pruebas de terminación mecánica que ahora figuraba en el capítulo sobre Inspección y pruebas.

38. Se observó que en la práctica de la construcción, en general, la recepción de las obras seguía a la terminación, y que la aceptación tenía lugar tras un período de funcionamiento a prueba satisfactorio. Se sugirió que se volviera a redactar el proyecto de capítulo, en particular el párrafo 1, a fin de reflejar esta práctica.

39. Se planteó la cuestión de si era aconsejable distinguir entre recepción y aceptación. La opinión predominante fue de que esa distinción era conveniente, dado que la recepción y la aceptación podían ocurrir en diferentes momentos y tener consecuencias diversas.

40. Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 4 a fin de aclarar que el plazo para la terminación de la construcción podía comenzar cuando se hubieran producido todos los hechos pertinentes que se mencionaban en ese párrafo. Según otra sugerencia, debía modificarse el apartado d) a fin de sugerir que el plazo para la terminación de la construcción podía comenzar a correr en la fecha en la que el comprador entregara al contratista un diseño, planos o documentos descriptivos de suficiente calidad.

41. Se expresó la opinión de que debía subrayarse en la guía la importancia del plazo para la terminación y el calendario, y que debía recomendarse a las partes determinar esas cuestiones en el propio contrato, y no aplazar el acuerdo sobre ellas hasta después de la conclusión del contrato. Se sugirió que podía autorizarse al comprador a ordenar al contratista que acelerara los trabajos de construcción si pareciese que iba a incumplirse algún plazo. Se sugirió además que el comprador pudiera establecer fechas límite para completar ciertas fases del proceso de construcción, pero que debiera ser el propio contratista quien fijaba el calendario de la construcción y determinaba esas fechas límite. La responsabilidad del contratista debía quedar limitada al cumplimiento de esas fechas límite y a la satisfacción de cualquier costo adicional que la demora ocasionase al contratista. Según otra sugerencia, el plazo para la terminación podría someterse a una condición y, si esta condición se cumpliera, podrían aplicarse las normas por las que se regía la concesión de una prórroga del plazo para la ejecución en el caso de existir un impedimento exonerante. Se sugirió que se examinase a fondo el método de cálculo de la prórroga del plazo para la terminación de que trata el párrafo 14.

42. Se manifestó la opinión de que debía suprimirse la sección B, 3, que trata de la prórroga del plazo para la terminación, dado que las situaciones en las que esa prórroga debía producirse estaban recogidas en otros capítulos. No obstante, la opinión predominante fue que era conveniente mantener esos párrafos en este capítulo dado que podría leerse el capítulo independientemente de los otros. Se formuló una sugerencia en el sentido de que la cuestión del calendario (sección B, 2) debería ventilarse en otro capítulo.

43. Se hizo una sugerencia en el sentido de que las razones para la prórroga del plazo para la terminación, examinadas en el párrafo 12 b), no debían limitarse a las reglamentaciones administrativas dictadas después de la conclusión del contrato. Se expresó la opinión de que debería otorgarse

automáticamente, al contratista que lo deseara, una prórroga en todos los casos descritos en el párrafo 13. Se sugirió también que el párrafo 13 debía eliminarse, o ponerse en consonancia con el tratamiento de este tema hecho en el capítulo sobre indemnización convencional y cláusulas penales.

44. Se expresó la opinión de que las partes debían acordar el establecimiento de un mecanismo especial que facilitase la rápida solución de controversias en lo que concierne al plazo para la terminación y el calendario, así como las controversias surgidas en lo que respecta a los resultados de las pruebas de funcionamiento.

45. De acuerdo con una opinión, la guía debía tratar de las consecuencias de la prórroga del plazo para la ejecución en materia de seguro, garantías reales y costos. Según otra opinión, esas cuestiones no debían estudiarse en ese capítulo; cabía, no obstante, remitirse a los capítulos que trataban de esos temas.

46. Se manifestó una opinión de que la última frase del párrafo 18 debía tratar no sólo de la demora sino también de los costos en que podría incurrirse en relación con ésta.

47. Se sugirió que la guía podía recomendar la firma en el momento de la terminación de las obras de un acta que fijase el estado de éstas.

48. Se manifestaron opiniones discrepantes en lo que concierne a las consecuencias de la demora imputable al comprador en la realización de las pruebas de terminación mecánica. Según una opinión, en ese caso habría que presumir que la terminación había tenido lugar, y debía empezar a correr el período de garantía. Según otra opinión, la única consecuencia debía ser que el comprador quedase obligado a indemnizar al contratista por las pérdidas que éste hubiese sufrido como resultado de la demora.

49. Se opinó que correspondería examinar la armonización de lo dispuesto en el párrafo 17, en el sentido de que las pruebas de terminación mecánica podrían considerarse satisfactorias aunque se descubriese que faltaban ciertos elementos, y lo dispuesto en el párrafo 20, según el cual las pruebas de funcionamiento podrían considerarse satisfactorias si las obras estaban exentas de defectos graves. Se sugirió que no sería aconsejable indicar que el comprador podía autorizar que se efectuasen las pruebas de funcionamiento antes de haberse efectuado las pruebas de terminación mecánica.

50. Se insistió en la importancia de las formalidades conexas con la realización de pruebas de terminación mecánica o de funcionamiento, y en la necesidad de observar estas formalidades en algunos casos. Se sugirió que se distinguiese entre la participación en dichas pruebas de una organización de inspección elegida por las partes y la inspección llevada a cabo por una organización reguladora en virtud de normas jurídicas imperativas, necesaria en algunos países antes de poner en funcionamiento las obras.

51. Se hizo notar que convendría que se exigiera al contratista el suministro de cierta documentación (por ejemplo, manuales de funcionamiento y mantenimiento) en la etapa de las pruebas de terminación mecánica o de funcionamiento. Se consideró que la expresión del párrafo 19, "demostrase de cualquier otra manera" era demasiado imprecisa, y que la guía debería esforzarse por prever otros métodos posibles de prueba.

52. Se sugirió que este capítulo tratara de la aceptación provisional. Se opinó que debería desalentar el uso de la aceptación provisional, a menos de que el contrato especificara cuándo ésta tiene lugar y qué consecuencias trae aparejadas. Se hizo notar que en la práctica la expresión "aceptación provisional" se utilizaba a veces como sustituto de la expresión "recepción".

53. Se expresaron diversas opiniones con relación a las consecuencias de la omisión de realizar pruebas de funcionamiento. Según una opinión, esta omisión entrañaría una aceptación presunta. Según otra, las consecuencias serían más limitadas. Se sugirió que el contrato fijara un plazo en el cual debían realizarse las pruebas de funcionamiento, y previera también las consecuencias de la omisión en realizar dichas pruebas dentro de ese período.

54. Se propuso que en la guía se indicara lo que debería contener un protocolo de aceptación y que un formulario ilustrativo de protocolo podría ser de utilidad. Se observó que podía resultar útil para distinguir entre la aceptación unilateral por parte del comprador y la firma por ambas partes del protocolo de aceptación, el cual podía contener el acuerdo de las partes acerca de los elementos ausentes que se habrían de suministrar y los defectos que se deberían subsanar.

55. Se señaló que la aceptación presunta podía producirse también en algunos casos distintos de aquéllos en los que no se realizaron las pruebas de funcionamiento por razones imputables al comprador. Además de las consecuencias de la aceptación mencionadas en los párrafos 29 a 31, la guía podría tratar de las consecuencias de la aceptación en cuestiones tales como la garantía del funcionamiento, el seguro y el pago del precio. Se sugirió que en el párrafo 31 se mencionara que convendría que comenzase a correr un período de garantía con relación a una parte de las obras cuando esa parte era aceptada por el comprador.

56. Se acordó que en este capítulo se trataría solamente de la recepción de la planta durante la construcción y de la recepción de las obras terminadas, y no de la recepción de equipo y materiales antes de su incorporación a las obras. Se observó que el empleo del término "posesión" en la definición de recepción podía dar lugar a diferentes interpretaciones, según los distintos sistemas jurídicos. Se sugirió la posibilidad de que se emplearan los términos "posesión física" o "control". En cuanto a la entrega de equipo y materiales, se recomendó el empleo de la terminología de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

57. Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 36 a fin de evitar la interpretación de que el contratista estaba obligado a dar todas las instrucciones al personal del comprador necesarias para el manejo de las obras. Se señaló que, para la asignación de los gastos durante el período de funcionamiento a prueba, no siempre era necesario seguir el principio indicado en el párrafo 36. Se expresó la opinión de que la responsabilidad del contratista durante el período de funcionamiento a prueba podría depender de si el contratista debía capacitar al personal del comprador.

58. Se expresó el parecer de que en el título de la sección D, 1), c) se debía hacer referencia a la extinción del contrato por el comprador debido a incumplimiento de las obligaciones del contratista. Se sugirió que en el párrafo 37 se evitara hacer referencia al concepto de extinción parcial del contrato. Asimismo, se sugirió que se estudiaran las repercusiones de la extinción sobre las garantías, ya fuera en el capítulo sobre extinción o en el capítulo en que se examinaba la garantía.

59. Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 38 a fin de sugerir que si el comprador tomaba el partido mencionado en ese párrafo, podría tener lugar la recepción. Asimismo, se sugirió que se hiciera referencia a los capítulos sobre incumplimiento y traspaso de riesgos.

60. Se sugirió que podría no necesitarse un protocolo de recepción en los casos en que la aceptación tuviera lugar y fuera seguida inmediatamente por la recepción. Asimismo, se sugirió que se examinara con más detalle el protocolo de recepción.

61. Se señaló que, dado que los párrafos 40 a 41 no trataban de la recepción de la planta durante la construcción o de las obras terminadas, las cuestiones que se examinaban en esos párrafos se examinaran en otros capítulos.

62. Se formularon diversas sugerencias para mejorar el texto de este capítulo. Se convino en que el Grupo de Trabajo examinase la nueva versión de este capítulo en alguna fecha cercana, que sería el momento de reconsiderar la terminología utilizada.

#### ASIGNACION DE RIESGOS DE PERDIDAS O DAÑOS 17/

63. Se acordó que el título actual de este capítulo ("Asignación de riesgos de pérdidas o daños") pasara a ser "Traspaso de riesgos". Se formuló la observación general de que se podría mejorar el texto del capítulo, y se señalaron a la atención de la Secretaría sugerencias concretas en ese sentido. Se expresó la opinión de que el capítulo debía tratar únicamente de las pérdidas o daños en el equipo, los materiales, la planta durante la construcción y las obras terminadas, que obedecieran a hechos fortuitos o a actos de terceros de los que ninguna de las partes fuera responsable. No obstante, se observó que podría resultar conveniente hacer referencia en este capítulo a otros capítulos de la guía que trataran de las pérdidas o daños en el equipo, los materiales o la planta durante la fase de construcción o una vez terminadas las obras, que fuesen imputables a alguna de las partes o a terceros de los que una de las partes fuera responsable. Se expresó la opinión de que quienquiera que fuera responsable del riesgo de pérdidas o daños debería estar facultado para controlar la situación que pudiese dar lugar a esas pérdidas o daños.

64. Se sugirió que en la sección A ("Observaciones generales"), se suprimiera la primera oración del párrafo 3, y que en su lugar se indicara en dicho párrafo que, con frecuencia, en muchos sistemas jurídicos, las normas relativas al traspaso de riesgos se formulaban con referencia a contratos de venta, y no preveían necesariamente algunos de los problemas especiales que se planteaban en relación con los contratos de obras. Asimismo, se sugirió que en la sección A se indicara que, conforme a las recomendaciones formuladas en este capítulo, el momento del traspaso del riesgo con respecto al equipo, los materiales o la planta durante la fase de construcción o una vez terminadas las obras podría no coincidir, en algunos casos, con el momento de la transmisión de la propiedad.

65. Se expresó la opinión de que el examen que se hacía en este capítulo de la relación entre el traspaso de riesgos y la responsabilidad por funcionamiento defectuoso era poco claro y debía omitirse. Las cuestiones relativas a la responsabilidad por funcionamiento defectuoso debían tratarse en el capítulo sobre incumplimiento.

66. Se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 8 a fin de dejar aclarado que ese párrafo se refería a la cuestión del traspaso de riesgos, y no se refería al efecto de los impedimentos exonerantes. La distinción que se hacía en el párrafo 2 entre estas dos cuestiones debía formularse con mayor claridad. Asimismo, se expresó la opinión de que en la práctica las partes no excluían de los riesgos de pérdidas o daños asumidos por el contratista todos los hechos mencionados en el párrafo 8, y que el párrafo debía modificarse en consecuencia.

67. Se sugirió que se incluyera en esta sección un párrafo que tratara de la relación del traspaso de riesgos con cuestiones conexas tratadas en otros capítulos, tales como el seguro y la transmisión de la propiedad. Se sugirió también que tal vez se podría considerar la posibilidad de modificar el orden de algunos párrafos de esta sección, a fin de facilitar su comprensión.

68. Se expresó la opinión que en el capítulo en cuestión se debía indicar la relación entre la asunción del riesgo con respecto al equipo y materiales suministrados por el contratista para incorporarlos a las obras (sección B) y la asunción del riesgo con respecto a la planta durante la fase de construcción y una vez terminadas las obras (sección D). Se señaló que era preciso volver a examinar la importancia para el traspaso de riesgos con respecto a equipo y materiales de que el personal del contratista estuviera presente en el emplazamiento de las obras en el momento del suministro de dichos equipos y materiales. Se observó que a veces resultaba difícil estipular que el traspaso de riesgos debía tener lugar en un momento en que fuera posible verificar las condiciones en que se encontraban el equipo y los materiales, y también se observó que en la práctica no era frecuente que se estipulara el traspaso de riesgos en el momento en que se hubieran realizado los trámites de aduana en la frontera del país del que se exportaban el equipo y los materiales.

69. Se sugirió que se hiciera hincapié en la necesidad de formular normas sobre el traspaso de riesgos con respecto a los contratos de obras que fueran diferentes de las normas relativas a los contratos de venta, puesto que un contratista no cumplía las obligaciones adquiridas en virtud de un contrato de obras con la simple entrega de equipo y materiales, sino mediante el empleo de tal equipo y materiales a los fines de la construcción. Por consiguiente, en general, el contratista debía asumir el riesgo de pérdidas o daños en el equipo y los materiales.

70. Se observó que podría convenir aclarar el concepto de "incorporación" de equipo y materiales en las obras, y, en particular, dejar aclarado en qué momento tenía lugar dicha incorporación. Asimismo, se observó que el enfoque adoptado en los apartados a) a c) del párrafo 15, en que se señalaban diversos momentos posibles para el traspaso de riesgos, y el enfoque adoptado en el párrafo 16 de determinar el momento del traspaso de riesgos de conformidad con las INCOTERMS, no eran enfoques sustancialmente distintos, sino diferentes métodos de formular un mismo enfoque.

71. Se expresaron diferentes opiniones en relación con quién debía ser la persona que asumiera el riesgo de pérdidas o daños en la planta cuando la

construcción se asignaba a varios contratistas. Según una opinión, era viable que cada uno de los contratistas asumiera el riesgo correspondiente a la parte construida por él. Según otra opinión, ese enfoque no era viable, al menos en aquellos casos en los que se utilizaban en la construcción de una parte de la planta equipo y materiales suministrados por un contratista y servicios suministrados por otro contratista, y en esos casos el comprador debía asumir el riesgo. Se sugirió que en la mayoría de los casos el momento en que correspondía traspasar el riesgo era el momento de recepción de las obras y no el de la aceptación.

72. Se planteó la cuestión de si los puntos analizados en la sección E ("Consecuencias de la asunción del riesgo") no debían tratarse en otro capítulo. Predominó, sin embargo, la opinión de que correspondía estudiar estos puntos en este capítulo.

73. Se consideró la obligación de la parte que asumía el riesgo respecto de los bienes de reparar las pérdidas o daños comprendidos en ese riesgo. Recibió amplio apoyo la sugerencia de que, si así lo pedía el comprador, el contratista estuviese obligado a reparar, a costa del comprador, las pérdidas o daños en los bienes cuyo riesgo este último había asumido. No obstante, se expresaron reservas sobre si el comprador debía estar obligado en esos casos a reparar las pérdidas o daños si no había pedido al contratista que lo hiciera. A este respecto, se manifestó la opinión de que era preciso aclarar el significado del término "reparar". Se sugirió también que había que destacar la obligación del comprador de pagar el precio de los bienes perdidos o dañados respecto de los cuales soportaba el riesgo. Se observó que, si bien en la sección E se sugería que la obligación del contratista de reparar las pérdidas o los daños en los bienes cuyo riesgo corría por cuenta del comprador terminaría con la expiración del período de garantía, otro posible enfoque era hacer que la obligación terminara con la recepción o la aceptación de las obras por el comprador.

74. Se sugirió que no se hiciera distinción alguna con respecto al plazo durante el cual debían repararse las pérdidas o daños entre la parte que cargaba con el riesgo y la otra parte. Cualquiera que fuera la parte obligada, a tenor del contrato, a reparar las pérdidas o daños, correspondía que lo hiciera lo más rápidamente posible. Se sugirió además que convenía que se mencionase el derecho a utilizar equipo dañado pero aún utilizable en tanto que ese equipo no hubiese sido reparado o sustituido.

75. Se sugirió que se suprimieran las dos últimas oraciones del párrafo 25, ya que la cuestión allí tratada no se relacionaba primordialmente con el traspaso del riesgo.

#### DAÑOS Y PERJUICIOS 18/

76. Se sugirió que en este capítulo figurase un examen de la relación entre daños y perjuicios y otras sanciones, tales como indemnización convencional y cláusulas penales así como otras formas de indemnización susceptibles de pago por una parte. El mencionado examen debía hacer referencia a la existencia de tales sanciones en situaciones en que se produjera un incumplimiento de contrato así como en situaciones en que no se produjera tal incumplimiento.

77. Se formuló una sugerencia en el sentido de que el capítulo debía hacer referencia a los tipos de pérdidas que las partes debían tomar en consideración en la elaboración de disposiciones contractuales sobre daños y perjuicios. Se expresaron diversas opiniones con respecto a los tipos de pérdidas que debían dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios. Según una opinión, debían indemnizarse únicamente los tipos de pérdidas que estuvieran especificados en el contrato. Se sugirió que se suprimiese la palabra "todas", que figuraba en la primera frase del párrafo 5. De acuerdo con otra opinión, el contrato debía estipular que todas las pérdidas dieran lugar a una indemnización de daños y perjuicios, excepto las excluidas de forma expresa en el contrato. Se hizo la sugerencia de que convendría indicar en la guía que existía la posibilidad de que la parte perjudicada no recibiese una indemnización razonable si se incluían en el contrato demasiadas disposiciones limitando este derecho. Se observó que la cuantía de los daños y perjuicios que el contratista pudiera estar obligado a indemnizar en virtud del contrato podía tener influencia en el precio de éste. Se sugirió que la guía aconsejara a las partes que en la redacción de las disposiciones contractuales sobre daños y perjuicios, éstas tuvieran en cuenta normas de derecho interno relativas a daños y perjuicios. Se sugirió que, como un enfoque posible, las partes tal vez desearan apoyarse en esas normas de derecho interno, salvo en la medida en que esas normas no fuesen adecuadas para el contrato en cuestión. En este último caso, el contrato podría establecer diferentes normas, a menos que las normas de derecho interno tuviesen carácter preceptivo.

78. Tuvo gran aceptación el principio de que una parte que incumple una obligación estipulada en un contrato había de pagar daños y perjuicios a menos que el incumplimiento se debiera a un impedimento exonerante. Se sugirió que las partes tal vez desearan estipular los casos en que no había que pagar daños y perjuicios. No obstante, se expresó la opinión de que tal vez sólo fuese posible redactar una disposición contractual de esa naturaleza en términos que fuesen demasiado generales. Se convino en eliminar la disposición ilustrativa contenida en la nota 2.

79. Se examinaron diversos enfoques relativos a los casos en que la parte perjudicada debía indemnizar a un tercero por incumplimiento del contrato por la otra parte. Se convino que se suprimiera el párrafo 7.

80. Se observó que podía suceder que la reducción por la parte perjudicada de sus pérdidas estuviese regulada por normas de derecho imperativo interno. Se sugirió que se considerara dicha reducción como una obligación de la parte perjudicada, y no como una limitación de los daños y perjuicios. No obstante, se sugirió también que la determinación de los tipos de pérdidas que debían dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, estudiados en los párrafos 5 a 8, podrían tener el efecto de limitar la cuantía de los daños y perjuicios, y que debía reestructurarse el capítulo en consecuencia. Se formuló otra sugerencia en el sentido de que se volviera a redactar el párrafo 11 y la nota 3 para que no cupiera la interpretación de que si una parte tomaba medidas para reducir sus pérdidas, sería no obstante indemnizada por la totalidad de éstas.

81. Se suscitó la cuestión de determinar si el concepto de la no previsibilidad de los daños se refería a los tipos o a la cuantía de esas pérdidas. Se examinaron diversos enfoques con respecto al momento que debía considerarse indicado para determinar la previsibilidad. Se sugirió que la guía llamase la atención de las partes sobre esos enfoques. Se hizo una sugerencia en el sentido de que las partes podrían acordar informarse entre sí sobre toda modificación de las circunstancias que pudiera influir en la

cuantía de los daños en caso de incumplimiento. Se observó que si el momento del incumplimiento del contrato era el indicado para determinar la imprevisibilidad, tal vez fuese difícil cercionarse del momento en que se produjera ese incumplimiento en casos distintos de la demora.

82. Se intercambiaron diversas opiniones con respecto a las pérdidas indirectas o consecuenciales. Se destacó que los conceptos de tales pérdidas diferían según los diversos ordenamientos jurídicos. Se formuló la sugerencia de que se suprimiesen las dos últimas frases del párrafo 14. Se sugirió además incluir en la guía una disposición ilustrativa que tratase de las pérdidas indirectas o consecuenciales.

83. Se observó que en la mayoría de los contratos de obras la cuantía de la indemnización por daños exigible por una parte en el caso de incumplimiento por la otra parte era limitada, y que esa práctica debía reflejarse o bien en el párrafo 15 o en la sección de observaciones generales. Se observó que con arreglo a normas jurídicas internas e internacionales, la responsabilidad de un transportista estaba limitada a un importe determinado. Se sugirió que se aconsejara a ambas partes tener esas normas en cuenta al redactar las disposiciones del contrato relativas a limitación de daños y perjuicios. Se observó asimismo que, en la práctica, la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios estaba en ocasiones limitada al importe pagado por el seguro, o a ese importe y un porcentaje del precio, y se acordó que la guía llamase la atención de las partes sobre esos enfoques.

84. Se sugirió que la última sección del capítulo, concerniente a daños en las personas y en los bienes de terceros, tratase de la responsabilidad contractual por esos daños. No obstante, se observó que en determinados ordenamientos jurídicos las normas preceptivas de derecho podrían limitar la distribución interna de responsabilidad por esos daños entre las partes. Se observó que si bien el contrato no podía limitar la obligación del contratista o el comprador de indemnizar a terceros por esos daños, en determinados ordenamientos jurídicos las terceras personas podían beneficiarse de disposiciones contractuales por las que se ampliaban sus derechos a recibir esa indemnización. Se formuló una sugerencia en el sentido de que la guía debía examinar las responsabilidades conjuntas y solidarias del contratista y del comprador por daños en las personas y en los bienes de terceros. Se sugirió que el requisito del párrafo 18 en virtud del cual el comprador ha de notificar al contratista la demanda presentada por un tercero se limitase a los casos en que el comprador tratara de que el contratista participara en las negociaciones o en las actuaciones judiciales en relación con esa demanda.

#### INDEMNIZACION CONVENCIONAL Y CLAUSULAS PENALES 19/

85. Se sugirió que al inicio del capítulo se señalara a la atención el hecho de que en la mayor parte de los sistemas jurídicos había normas imperativas que regían la indemnización convencional y las cláusulas penales, por lo que la elección de la ley aplicable al contrato era sumamente importante con respecto a esas cláusulas.

86. Se expresó la opinión de que debía examinarse la relación entre este capítulo y el capítulo de la guía sobre daños y perjuicios. Se observó que



ambos se referían a la indemnización pagadera en caso de incumplimiento, y que la cuestión de la limitación de la responsabilidad era pertinente a ambos. A este respecto se sugirió que la guía debía contener una sección que examinara la relación existente entre los daños y perjuicios y la indemnización convencional y las cláusulas penales, así como el relieve que las partes desearan asignar a estas sanciones.

87. Se observó que el pago de primas constituía un método eficaz para estimular el cumplimiento, y que este capítulo debía contener una referencia al capítulo que trata de las cláusulas que estipulan el pago de una prima.

88. Se tomó nota de que en algunos sistemas jurídicos el término pena se refería a una suma convenida pagadera en caso de incumplimiento de una de las partes y que tenía por objeto compelerla al cumplimiento, mientras que en otros sistemas jurídicos tenía un significado más amplio, e incluía las sumas convenidas simplemente a título de indemnización. Cada vez que se utilizara este término en la guía, convenía que su significado fuese claro.

89. Se observó que, en la práctica, se utilizaban en ocasiones cláusulas de indemnización convencional provisionales, por lo que en la guía debía señalarse que existía este uso. En virtud de una tal cláusula, una de las partes debería pagar, en caso de incumplimiento, una suma convenida. Pero esta cláusula estipulaba además que, aun cuando ocurriese el incumplimiento y se pagase la suma, esa suma debería reembolsarse a la parte que la hubiese pagado si ésta parte podía evitar más adelante que ese incumplimiento ocasionase pérdidas.

90. Se expresó la opinión de que era preciso aclarar la finalidad de la indemnización convencional y las cláusulas penales descritas en el apartado b) del párrafo 2 de este capítulo.

91. Se hizo hincapié en que la guía debía concentrarse en su objetivo fundamental de ayudar a las partes a redactar un contrato. Por ello, si bien convenía señalar a la atención de las partes aquellas divergencias entre las normas de los diversos sistemas jurídicos relativas a la indemnización convencional y las cláusulas penales que convenía que las partes tuviesen presentes al redactar tales cláusulas, no era necesario describir la razón de ser de esas normas. Tampoco era aconsejable referirse a las normas corrientes de interpretación, puesto que estas normas podían variar según los sistemas jurídicos. A este respecto se expresó la opinión de que la guía no debería afirmar que cuando se estipulase una suma por cumplimiento defectuoso que no fuera demora, el comprador podía reclamar tanto la suma convenida como el cumplimiento, ya que en algunos sistemas jurídicos esto no estaba permitido.

92. Hubo amplio acuerdo con respecto a la referencia que hace este capítulo a que en muchos sistemas jurídicos, para que exista obligación de pagar una indemnización convencional o una pena no sólo se ha de haber incurrido en determinado incumplimiento sino que se debe ser además responsable de ese incumplimiento. Hubo acuerdo general en que la indemnización convencional o la cláusula penal que estipulara que el contratista debe pagar la indemnización convencional o la pena, incluso si su incumplimiento fue causado por el comprador, sería manifiestamente injusta e inaceptable. Sin embargo, hubo divergencia de opiniones con respecto a la posibilidad de enunciar en la guía que las partes tal vez desearan estipular que el contratista debería pagar la indemnización convencional o la pena aun cuando su incumplimiento se debiese a un impedimento exonerante. Se expresó la opinión de que tales

cláusulas no se daban en la práctica y de que una tal cláusula sería injusta para el contratista. Según otra opinión, sí había ejemplos, en la práctica, de tales cláusulas, que puede que no fuesen injustas con respecto a ciertos tipos de impedimentos exonerantes. Además, dado que el tema en cuestión se relacionaba con la determinación de cuál de las dos partes inocentes debía soportar el riesgo de las pérdidas causadas por un impedimento exonerante, las partes deberían poder convenir libremente la asignación de ese riesgo a una u otra de las partes. Se convino en que la guía debía indicar que en casos excepcionales se encontraban cláusulas por las que una de las partes se obligaba a pagar una indemnización convencional o una pena aunque no fuera, por ningún otro concepto, responsable de las consecuencias del incumplimiento.

93. Se sugirió que "Modos de aumentar la eficacia de la indemnización convencional y de las cláusulas penales" sería un título más apropiado para la sección C ("Aumento de la eficacia de las cláusulas de indemnización convencional y de las cláusulas penales") del capítulo. También se sugirió que debía procurarse que el párrafo 9 fuera más conciso y más claro.

94. Con respecto a la sección D ("Limitación de la suma convenida") se convino en que en el contexto de la indemnización convencional y de las cláusulas penales el término "limitación" podría tener más de un significado y que debía procurarse emplear una terminología clara. Con respecto al párrafo 14, se observó que se refería a dos criterios de limitación del resarcimiento que era preciso distinguir. El primer criterio era que el contrato estipulara que, cuando se fijara una indemnización convencional o una pena mediante recargos (por ejemplo un importe determinado por unidad de demora) que no podían superar determinado límite, no era posible ningún otro resarcimiento adicional, una vez alcanzado ese límite. Otro criterio era que, si bien una vez alcanzado ese límite no era posible el cobro de indemnizaciones convencionales o penas, el comprador podría probar positivamente que había sufrido otras pérdidas, y cobrar una indemnización por ellas.

95. Se señaló que en la sección E ("Cobro de la suma convenida") se sugería la posibilidad de que se formularan cláusulas contractuales previendo que el comprador podría cobrar al contratista la suma convenida por virtud de indemnización convencional deduciendo esa suma de las sumas que el propio comprador debía al contratista. Se hizo notar que en algunos sistemas jurídicos y en algunos países se regulaba todo lo relativo a la deducción a través de normas de derecho imperativo y otros requisitos. Se observó además que en algunos sistemas jurídicos esas normas hacían que resultase impracticable introducir cláusulas relativas a la deducción de la índole aquí sugerida. Por ejemplo, cabía que el tribunal estuviese facultado para decretar una reducción de la suma convenida como pena, por lo que una tal deducción de la suma convenida podía ser anulada posteriormente si ese tribunal reducía la suma convenida. Se hizo notar, por el contrario, que en otros sistemas jurídicos funcionaban cláusulas relativas a la deducción. Se convino en que se señalara a la atención de las partes la necesidad de que formularan cláusulas de deducción tras haber examinado las normas jurídicas vigentes al efecto, y demás requisitos exigidos.

96. Se sugirió que, incluso en aquellos casos en los que se pudiesen utilizar cláusulas relativas a la deducción en el marco de la ley aplicable, convenía que la guía describiese tales cláusulas como un enfoque posible. Se observó además que convenía examinar la colocación en otro capítulo (por ejemplo en el capítulo relativo a las garantías del cumplimiento) la técnica mencionada en la sección E para lograr una mayor certidumbre con respecto al cobro de la suma convenida mediante la concesión de una garantía.

97. Se expresó la opinión de que debería formularse más claramente la posibilidad prevista en el párrafo 16, es decir, que resultase inaplicable, por razón de ciertas circunstancias, la fecha fijada para iniciar el cómputo de la demora y las consecuencias que ello tendría (es decir, la inaplicabilidad de la indemnización convencional o de la cláusula penal por concepto de demora). Se observó además, que si bien, en tales circunstancias, el contratista quedaría obligado, en algunos sistemas jurídicos, a cumplir en un plazo razonable, era posible que esto no fuese así en otros sistemas jurídicos.

98. Se expresó la opinión de que la sección G ("La extinción del contrato y la indemnización convencional y las cláusulas penales") debería limitarse a prestar asesoramiento sobre la redacción de una cláusula por la que se regulase el efecto de la extinción sobre la indemnización convencional o la cláusula penal, y dejar las demás cuestiones, como la referente al cobro de la indemnización tras la extinción, para ser tratadas en el capítulo de la guía relativo a la extinción. Se sugirió además revisar la redacción y la estructura de esta sección a fin de simplificarla.

99. Hubo acuerdo de que este capítulo debía no sólo llamar la atención de las partes sobre las "Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento" aprobadas por la Comisión en su 16º período de sesiones 20/, sino indicar además que esas normas podían servir de base para resolver los problemas, a menudo difíciles, que se planteaban al redactar cláusulas de indemnización convencional y cláusulas penales.

#### SEGURO 21/

100. Se expresó la opinión de que este capítulo debía reflejar un mayor equilibrio en lo que respecta a las obligaciones respectivas del contratista y del comprador de tomar el seguro. Además, se opinó que, en razón de la amplia variedad de contratos a los cuales era aplicable la guía jurídica, convenía evitar que este capítulo estatuyese sobre cómo deberían resolverse en el contrato cuestiones específicas relativas al seguro; más bien, el proyecto de capítulo debería llamar la atención de las partes sobre los criterios posibles que podrían tener presentes en relación con tales cuestiones.

101. Se sugirió que convendría examinar en este capítulo los diversos tipos de riesgos que con frecuencia se presentaban en la construcción de obras industriales. Se opinó que debería aconsejarse a las partes que tomaran conocimiento de los tipos de seguros disponibles y de los riesgos contra los que podrían asegurarse, así como de los riesgos que habitualmente estaban excluidos de la cobertura del seguro. Se formularon sugerencias en el sentido de incluir en este capítulo disposiciones ilustrativas en relación con el

---

20/ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 16º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo octavo período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/38/17), Anexo 1.

seguro que se habría de contratar. Se opinó incluso que correspondía prevenir a las partes de que podría no ser posible tomar un seguro contra todo riesgo, y de que cabía que el costo del seguro contra ciertos riesgos resultase excesivo en razón de la magnitud de éstos. Se expresó la opinión de que convendría sesorar a las partes para que consideraran quién soportaría los riesgos que no estuviesen cubiertos por el seguro. Se hicieron otras sugerencias en el sentido de que convenía señalar en este capítulo algunas de las razones por las que el comprador debía estar interesado en que el contratista tomase un seguro contra ciertos riesgos que corriesen por cuenta del contratista, pese a que sería el propio comprador quien, en última instancia, pagase el precio de ese seguro.

102. Se sugirió que se instruyese al comprador acerca de la conveniencia de consultar, en la etapa previa a la licitación, un corredor de seguros internacionales o un consultor de gestión de riesgos sobre los seguros disponibles en el mercado, y sobre el seguro que sería necesario en el contrato. Se propuso asimismo que se aconsejase al comprador que estudiara si no le resultaría menos oneroso contratar por sí mismo ciertos tipos de seguro, en lugar de pedirle al contratista que lo hiciera. Otras opiniones sugirieron que el capítulo podría referirse a las posibilidades de autoseguro y de autoseguro parcial por parte del contratista, al seguro contra riesgos políticos y al seguro de feliz término. Sin embargo, según otras opiniones, no correspondería examinar estas posibilidades en la guía.

103. Se expresó la opinión de que debía señalarse en este capítulo la conveniencia de que en las pólizas de seguro se consignaran los nombres del contratista y del comprador como partes aseguradas, a fin de evitar las dificultades y gastos inherentes a la subrogación del asegurador contra la parte cuyo nombre no hubiese omitido. Se sugirió examinar en este capítulo las razones por las que el comprador podía tener interés en que el contrato exigiera la cobertura mediante seguros de riesgos y responsabilidades del contratista.

104. Se opinó que convendría recomendar en este capítulo que se tomara el seguro con un asegurador con capacidad financiera para asegurar los riesgos, y que fuera aceptable para ambas partes. Según otra opinión, convendría que en este capítulo se examinasen las ventajas e inconvenientes de contratar un seguro lo más amplio posible con un solo asegurador, en lugar de hacerlo con varios. Se expresó otro punto de vista según el cual sería conveniente que en este capítulo se examinasen los medios de reajustar el monto del seguro tomado, a fin de tener en cuenta la inflación. Otra opinión fue que debería aconsejarse a las partes que exigiesen que el producto del seguro fuera pagadero en moneda libremente convertible o en una moneda concreta (por ejemplo, la moneda en que se expresó el precio del contrato).

105. Con respecto al seguro de las obras terminadas, se opinó que cabría aconsejar a las partes que consideraran si este seguro sería exigible durante todo el período de garantía. Se opinó que cuando varios contratistas participaban en la construcción, era conveniente que cada uno de ellos asegurara la porción de la planta en construcción y las obras terminadas de la que era responsable. Según otra opinión, no correspondería obligar a uno de varios contratistas a asegurar la planta y las obras en su totalidad, por haber simplemente coordinado la labor de construcción de los otros contratistas.

106. Con respecto al seguro de materiales y equipos que habrían de incorporarse a las obras, se expresó la opinión de que el interés del comprador por tener en vigor dicho seguro no comenzaba antes del momento en que se hubiesen expedido dichos elementos. Se hizo notar también que, en la práctica, los materiales y equipo en tránsito hacia el lugar se aseguraban en una póliza de seguro de transporte separada. Si se planteaba una controversia sobre si la pérdida o los daños se produjeron en el equipo o los materiales durante el transporte o en algún otro período, era práctica habitual que los aseguradores que cubrían estos períodos se repartiesen, por igual, el pago de la indemnización por la pérdida o los daños. Se hizo otra sugerencia, en el sentido de aconsejar en este capítulo a ambas partes que se asegurasen contra aquellas pérdidas o daños de equipo o materiales que, llegado el caso, cada una de ellas habría de sufragar.

107. Con respecto al seguro del equipo y las herramientas del contratista, se opinó que este seguro por lo general sólo interesaba al contratista. Se sugirió que se aconsejara a las partes que consideraran si era necesario que el contrato exigiese este seguro; de ser así, correspondía que el contratista cargara con el costo consiguiente. Se sugirió además que se tuviera en cuenta en este capítulo, las dificultades que podían surgir si se exigía a un contratista extranjero que tomara ese seguro con un asegurador del país del comprador.

108. Con respecto al seguro de responsabilidad, se sugirió que convendría especificar en este capítulo cuáles eran los plazos de cobertura aconsejables para cada uno de los diversos tipos de este seguro. En este sentido, se opinó que el plazo de cobertura del seguro de responsabilidad por los productos debería guardar relación con el plazo de prescripción aplicable.

109. Se sugirió asimismo que se advirtiera a las partes sobre la posibilidad de que no hubiera seguro de responsabilidad profesional disponible para aquellos contratistas que se hacían cargo, a la vez, del diseño y construcción de las obras.

110. Se opinó que el capítulo debía ocuparse de la conveniencia o la necesidad de que cada una de las partes contrataran un seguro para indemnizar las lesiones de los trabajadores. Según otra opinión, se debería aconsejar a las partes que exigieran este seguro, en particular con respecto a los trabajadores del país en que se construían las obras.

111. Con relación a la prueba del seguro, se opinó que habría que establecer en el contrato un plazo en el cual el contratista debía aportar esa prueba al comprador. Según otra opinión, el contrato debería también obligar al comprador a suministrar prueba al contratista de cualquier seguro que aquél estuviese obligado a tomar. Se sugirió que el contrato autorizase a las partes a recibir la prueba del seguro directamente de manos del asegurador de la otra parte. Además, se sugirió que en el contrato se obligara a las partes a dar instrucciones al asegurador con quien habían contratado el seguro a que notificara a la otra parte si no se pagaba la prima.

112. Según una opinión, el comprador debería poder extinguir el contrato si el contratista no tomaba el seguro que se le había exigido. Según otra, esa omisión no sería causa de extinción, pero el comprador podría reclamar daños y perjuicios por cualquier pérdida que hubiera sufrido como consecuencia de la omisión.

113. Se opinó que si el contrato facultaba al comprador a tomar, con cargo al contratista, el seguro que éste no hubiese tomado pese a estar obligado a hacerlo, ese mismo contrato debería obligar al comprador a notificar por anticipado al contratista su intención de tomar el seguro. Según otra opinión, el contratista respondería sólo por los gastos razonables en que hubiera incurrido el comprador para obtener ese seguro.

#### SUBCONTRATACION 22/

114. Se sugirió que este capítulo recomendase a las partes que prestasen especial atención a las disposiciones sobre subcontratación al negociar o redactar sus contratos de obras, pues un tratamiento inadecuado de esta cuestión podría acarrear problemas relativos a la construcción o calidad de las obras. Se expresó una opinión en el sentido de que convenía clarificar el alcance con que el término "subcontratación" se empleaba en este capítulo, a fin de no confundir las entidades incluidas en este término con las que no lo estaban. Por ejemplo, había que distinguir a los subcontratistas de los proveedores.

115. Se examinó si existía algún vínculo jurídico entre el comprador y el subcontratista. Según una opinión, no debería existir vínculo jurídico alguno entre estas entidades. Según otra, este criterio era demasiado tajante. En apoyo de esta última opinión, se observó que en algunos ordenamientos jurídicos, podía darse un vínculo jurídico entre el comprador y el subcontratista respecto de cuestiones especiales. Por ejemplo, era posible que un comprador pudiese dirigir su acción directamente contra un subcontratista por el incumplimiento de ciertas obligaciones. Según otros ordenamientos, existía una relación tripartita entre el contratista, el comprador y el subcontratista. También era posible que surgiese, en algunos casos, un vínculo jurídico entre el comprador y el subcontratista en virtud de ciertas cláusulas del contrato, como las que facultaban al comprador a elegir o participar en la elección del subcontratista o las que lo facultaban a dirigir su acción directamente contra el subcontratista, y las que permitían que el comprador pagase directamente al subcontratista.

116. Se expresaron opiniones relativas a la responsabilidad del contratista frente al comprador por los actos u omisiones del subcontratista. A este respecto, se sugirió señalar diversos enfoques a la atención de las partes. Según un primer enfoque, el contratista sería plenamente responsable ante el comprador por los actos u omisiones del subcontratista. Según otro, la responsabilidad del contratista frente al comprador por los actos o las omisiones del subcontratista quedaría limitada o excluida si el contratista no eligió libremente al subcontratista.

117. Hubo una opinión de que el contrato debía autorizar la comunicación directa entre los subcontratistas y el comprador sólo en lo que respecta a cuestiones técnicas o relativas al diseño o calidad de las obras. De acuerdo con otra opinión, la solución de tales cuestiones por un subcontratista con el comprador sería únicamente válida si no afectaba a otras obligaciones del contratista cuya ejecución no correspondiese a ese subcontratista. Además, de acuerdo con esta opinión, el contratista debería quedar exento de

responsabilidad respecto de aquellos actos que se adoptasen como resultado de tales comunicaciones. Hubo sugerencias de que el contratista debería tener derecho a estar presente en las conversaciones entre el comprador y un subcontratista, y de que el contrato debería obligar al comprador a informar al contratista de toda comunicación entre el comprador y un subcontratista. Se sugirió también que este capítulo hiciese referencia a la necesidad que podía tener un subcontratista, en determinadas situaciones, de recibir información del comprador.

118. Se hicieron sugerencias de que convendría examinar en este capítulo supuestos como la sustitución de un subcontratista por otro, la agrupación de empresas para la subcontratación, y la subcontratación sucesiva. Se sugirió incluir el párrafo 3 de la disposición ilustrativa 1 en una cláusula general de indemnización del comprador por el contratista.

119. Con respecto al derecho del contratista a subcontratar, se propusieron diversos enfoques para su inclusión en este capítulo. Según uno de estos enfoques, el contratista debería poder subcontratar libremente. Según otro, el derecho del contratista a subcontratar debería estar restringido, por lo que resultaban apropiadas las observaciones al respecto de los párrafos 7 y 8 de este capítulo. Se hizo una sugerencia de que no debería permitirse que el contratista subcontratase una parte demasiado importante de las obras. Se observó que tal vez fuese difícil especificar en el contrato qué obligaciones del contratista no podían subcontratarse. Se sugirió, por ello, que sería preferible que el contrato prohibiese la subcontratación de las obligaciones del contratista, a excepción de aquellas que el propio contrato especificase que el contratista podría subcontratar. Se observó también que, en la práctica, se solía prohibir la subcontratación de obligaciones relativas al diseño.

120. Se examinó el tema de la selección de los subcontratistas. Hubo una sugerencia de que debían especificarse más claramente los tres enfoques de esta cuestión mencionados en el capítulo. Se sugirió también que el capítulo examinase los tres enfoques, e indicase las ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

121. Se formuló la opinión de que convenía aconsejar a las partes que designasen, siempre que fuese posible, a los subcontratista en el contrato de obras. Se expresó también la opinión de que debía aconsejarse a las partes que no convenía supeditar la elección por el contratista de los subcontratistas, tras la conclusión del contrato, a la aprobación del comprador. De acuerdo con esta opinión, este enfoque era peligroso en los contratos de obras, ya que si el comprador se oponía a un subcontratista, tal vez no hubiese otro que proponer. Además, este enfoque podría dar lugar a una interrupción de las obras. También se dijo, respecto a este enfoque, que si el comprador controlaba la subcontratación, debería abonar todo precio adicional a que ello diese lugar.

122. Se sugirió que, cuando la elección del subcontratista por el contratista, tras la celebración del contrato, estuviese sujeta a la aprobación del comprador, debería obligarse al contratista a presentar una copia del subcontrato al comprador, juntamente con toda otra información que el comprador pudiera necesitar en relación con la subcontratación propuesta. Se hizo notar, sin embargo, que puede que no siempre sea posible para el contratista informar al comprador sobre el precio del subcontrato.

123. Se sugirió además que, en los casos a que hacía referencia el párrafo anterior, el contratista debería consultar con el comprador y recabar su opinión y, si éste deba su aprobación, suministrar los materiales mencionados.

124. Se hizo notar también que las circunstancias, mencionadas en el párrafo 11, por las que el comprador tendría interés en la elección del subcontratista, se darían siempre, incluso en casos en los que el comprador no había de participar en la elección del subcontratista. Además, esas circunstancias se aplicaban también al contratista.

125. Se propuso que la guía insistiese en la importancia de la cooperación y comunicación entre las partes, cualquiera que fuese el enfoque elegido para la elección de los subcontratistas. Se hizo la sugerencia de incluir las condiciones del contrato principal en el subcontrato a fin de obligar al subcontratista a satisfacer los niveles exigidos en el contrato principal. Se sugirió asimismo que se aconsejara a las partes a que conviniesen en un mecanismo para resolver rápidamente sus controversias relativas a la elección de subcontratistas.

126. Se convino en que este capítulo debía ocuparse del sistema de designación, puesto que era uno de los mecanismos que las partes podían considerar para la elección de los subcontratistas. Ahora bien, no convenía alentar la utilización de este sistema, y convenía señalar los peligros inherentes a su empleo. Se indicó, por ejemplo, que en algunos sistemas jurídicos, podía suceder en algunos casos, que un subcontratista designado con el que el comprador hubiese negociado, sostuviese que se había llegado a un acuerdo entre el comprador y el subcontratista. En este caso, el comprador podría encontrarse obligado por el subcontrato de designación si el contratista no empleaba al subcontratista designado. Además, el comprador podría tener que soportar la pérdida o el daño derivado de una prestación defectuosa por parte del subcontratista designado. Según otra opinión, el sistema de designación era satisfactorio en la medida en que se concedía al contratista el derecho de oponerse al subcontratista designado por el comprador. Se insistió en las razones enunciadas en el párrafo 24 y en la consideración de que la legislación nacional pudiera exigir, en ocasiones, el empleo de subcontratistas locales.

127. Con respecto a las causas por las que el contratista podría oponerse a un subcontratista designado por el comprador, se sugirió que, además de las causas examinadas en el párrafo 22, se hiciese referencia al supuesto de que, en virtud de la política comercial de su propio país, el contratista sólo pudiera subcontratar con subcontratistas de determinados países. Se sugirió asimismo que debería facultarse al contratista a oponerse a un subcontratista designado si éste no estaba suficientemente calificado para ejecutar la obra o no fuese capaz de indemnizar plenamente al contratista de las pérdidas o daños que sus actos u omisiones podían ocasionar al contratista. Como un posible método para resolver la causa de oposición a que se refiere el apartado a) del párrafo 22 (a saber, si el subcontratista no asumiera con respecto al contratista obligaciones comparables a las impuestas al contratista frente al comprador) se sugirió limitar los daños pagaderos por el contratista al comprador a la indemnización que el contratista pueda conseguir del subcontratista designado. Ahora bien, según otra opinión, este método no era satisfactorio, ya que no resolvía la situación en la que un contratista incurriese en responsabilidad frente a un tercero por actos u omisiones del subcontratista, y en la que el subcontrato no hubiese previsto suficiente



indemnización para el contratista ante esta responsabilidad. En una tal situación, la responsabilidad del contratista frente al tercero no estaría limitada por el contrato de obras.

128. Se expresó la opinión de que la responsabilidad del contratista por los actos u omisiones de un subcontratista designado, mencionada en el párrafo 24, era uno de los enfoques que debían ser examinados en este capítulo. Ahora bien, según otra opinión, el capítulo podría mencionar este enfoque, pero no recomendarlo. Se sugirió que el capítulo examinase también el enfoque según el cual el comprador asumía la responsabilidad por los actos y omisiones de un subcontratista designado. Se expresó asimismo la opinión de que si el contratista se negaba a contratar, sin razón suficiente, a un subcontratista designado, el contratista debería responder ante el comprador de toda pérdida derivada de esa negativa.

129. Se manifestaron opiniones discrepantes acerca de la responsabilidad del contratista si un subcontratista designado interrumpía el subcontrato o si se extinguía el subcontrato. Según una opinión, el comprador debería asumir las pérdidas y gastos asociados con la interrupción de la obra y la contratación de un nuevo subcontratista en aquellos casos en que el contratista no hubiese incurrido en falta. Se sugirió, por ello, suprimir las dos últimas frases del párrafo 25. Sin embargo, de acuerdo con otra opinión, la solución contenida en esas frases era satisfactoria si había sido convenida por las partes.

130. Se sugirió que la gufa indicase, como posible solución de los problemas suscitados por el sistema de designación, que el comprador tal vez desearía contratar por sí mismo al subcontratista.

131. Se propusieron diversos enfoques para que el comprador pudiese interponer directamente su acción contra el subcontratista con respecto a determinadas cuestiones, tales como obligaciones de confidencialidad y obligaciones de garantía. Según un enfoque, el subcontrato impondría obligaciones de garantía al subcontratista; según otro enfoque, el contratista podría ceder al comprador todos sus derechos de garantía contra el subcontratista, en cuyo caso el contratista dejaría de ser responsable frente al comprador. Esas mismas obligaciones serían impuestas al contratista en el contrato de obras. Algunos ordenamientos jurídicos autorizarían en tales casos al comprador a interponer una demanda contra el subcontratista en nombre del contratista por incumplimiento de tales obligaciones. Según otro enfoque, el comprador, el contratista y el subcontratista serían partes en un acuerdo tripartito que contendría esas obligaciones. Según otro enfoque más, la cuestión de si el comprador podía reclamar directamente contra un subcontratista se resolvería con arreglo al derecho interno.

132. Con respecto a la cuestión de determinar cuándo los pagos directos hechos por el comprador a un subcontratista podrían estar justificados, se sugirió que el contrato estipulase que como condición para recibir pagos del comprador por la obra ejecutada, el contratista estaría obligado a proporcionar al comprador la prueba de que los pagos previos efectuados por el comprador al contratista con respecto a la obra subcontratada se habían destinado al subcontratista. A falta de esas pruebas, o de una explicación satisfactoria de por qué esos pagos previos no se habían destinado al subcontratista, el comprador podría pagar al subcontratista directamente y deducir esos pagos de la cantidad debida al contratista. Ahora bien, se observó que la capacidad del comprador para pagar directamente al subcontratista y deducir esas sumas

de las cantidades debidas al contratista podría alterar las relaciones entre el comprador y el contratista. Se expresó la opinión de que debería informarse al comprador que este mecanismo entrañaba un grave riesgo y podía comprometer al comprador en controversias entre el contratista y sus subcontratistas. Se sugirió que se volviese a examinar la última frase del párrafo 30 en función de la posibilidad de que la situación prevista en esa frase se produjese en la práctica.

#### GARANTIAS DE CUMPLIMIENTO 23/

133. Se expresó la opinión de que este capítulo debería hacer hincapié en los gastos que podían entrañar los diversos sistemas de prestación de garantías. Convendría que las partes ponderasen si, dada la reputación y la situación financiera de un contratista, no bastaría con unas garantías mínimas. Si hubiera que ofrecer garantías, el capítulo debería aconsejar que se examinaran los costos comparativos de los distintos sistemas con miras a evitar gastos innecesarios. Se señaló en particular que, un sistema en el que un banco otorgaba una garantía de cumplimiento monetario, confirmada por otro banco, podría dar lugar a un gasto considerable.

134. Se observó que convenía limitar el número de las remisiones a otros textos efectuados en este capítulo. En los casos en que tales textos contenían información o acuerdos contractuales pertinentes, era preferible ofrecer esa información o esos acuerdos en el propio capítulo. Si se hacía remisión a otros documentos, debería tratarse de textos aceptados de un modo u otro por la Comisión.

135. Se expresaron opiniones divergentes sobre el uso que se hacía de las garantías en la práctica contractual, especialmente de las garantías de cumplimiento. Según una opinión los compradores exigían esas garantías únicamente en algunas regiones, mientras que conforme a otra, eran exigidas en muchas regiones, y en todos los casos cuando el contrato de obras se financiaba con fondos de una institución internacional de desarrollo.

136. Se manifestó el parecer de que la descripción de la garantía de oferta, contenida en el párrafo 5, tal vez no coincidiera con la manera como esas garantías funcionaban en la práctica. Se sugirió además que la terminología empleada en este capítulo fuese clara y consecuente. Por ejemplo, habría que evitar la posible confusión entre una garantía de cumplimiento y una garantía de calidad relacionada con el cumplimiento. Se hizo notar, además, que la expresión "garantía de cumplimiento" se utilizaba en el capítulo para denotar dos tipos diferentes de garantía (distinguidos allí como "garantía de cumplimiento monetario" y "fianza de cumplimiento"). En consecuencia, siempre que se usara la expresión "garantía de cumplimiento" debía aclararse en qué sentido se empleaba. Se sugirió también que cabía mejorar la presentación en el capítulo tratando por separado las garantías de cumplimiento monetario y las fianzas de cumplimiento.

137. Por lo que se refiere a la elección de los garantes, se expresó la opinión de que había que alentar a las partes a ponerse de acuerdo sobre los garantes correspondientes antes de firmar el contrato. Si no se había hecho

esa elección antes de la conclusión del contrato y el comprador rechazaba luego el garante escogido por el contratista, podría resultarle difícil a este último hallar otro garante aceptable para el comprador. Se expresó la opinión de que tal vez no fuera necesario, para la adecuada protección del comprador, insistir en un garante de su propio país y que podría bastar una garantía de un banco u otra institución financiera de primer orden, posiblemente de un país que no fuera el del comprador ni el del contratista. Se opinó, a este respecto, que, incluso si el comprador insistía en una garantía de un banco de su país, en la práctica ese banco podría a veces obtener una contragarantía de un banco extranjero, con objeto de asegurarse la disponibilidad de moneda convertible suficiente para hacer frente al posible pago de las obligaciones derivadas de la garantía otorgada. Se hizo ver, asimismo, que las partes tenían que examinar si el garante poseía suficiente capacidad financiera para satisfacer las obligaciones contenidas en la garantía. Se sugirió que se indicara en el capítulo que, en algunos casos, el comprador podía pedir una garantía oficial para respaldar las obligaciones asumidas por el contratista.

138. Se expresó la opinión de que, si bien se utilizaban con frecuencia las expresiones garantías "independientes" y "accesorias", se utilizaban asimismo los términos garantías "condicionales" e "incondicionales", y que tal vez fuese oportuno mencionar también en el capítulo ese segundo uso. Se expresó la opinión de que habría que reconsiderar el empleo del término "independientes".

139. Se observó que además de los posibles pactos relativos a la reclamación fundada en las garantías a la primera petición examinada en el capítulo, éste podría describir otros sistemas posibles que pudiesen ayudar a proteger los intereses tanto del comprador como del contratista. Uno de ellos sería estipular en la garantía que el garante no estaba obligado a pagar al comprador inmediatamente que éste lo pidiera, sino sólo después de transcurrido un plazo determinado. El lapso permitiría que se celebrasen negociaciones entre el comprador y el contratista con miras a la solución de la controversia que les oponía. Otro posible pacto sería que el garante pagase la suma de dinero, a la primera petición del comprador, confiándola en manos de un tercero que podría retenerla como depositario hasta que se solucionase la controversia entre comprador y contratista. También se podría estipular en el contrato de obras que el comprador debe avisar al contratista antes de formular una petición de pago, o que debe dar al contratista tiempo para subsanar los supuestos defectos antes de presentar una petición. La inobservancia de esas condiciones contractuales podría imponer al comprador una responsabilidad contractual frente al contratista. Además, si se estipulasen tales condiciones contractuales, en determinados sistemas jurídicos los tribunales podrían impedir al comprador exigir que se hiciese efectiva la garantía en caso de incumplimiento de esas condiciones.

140. Se expresó la opinión de que, aun cuando la garantía de que se trate fuese una garantía a la primera petición, el garante podía no estar obligado en todos los casos a pagar sobre la base de la simple afirmación del comprador en el sentido de que había habido incumplimiento por parte del contratista. El capítulo podría indicar que algunas jurisdicciones han desarrollado determinadas restricciones muy limitativas al derecho del comprador a reclamar la garantía (por ejemplo, cuando la demanda se hiciere de forma fraudulenta). Se observó también que podría ser útil distinguir claramente entre las relaciones entre comprador y garante, y entre comprador y contratista. Si bien una petición injusta formulada al amparo de una garantía a la primera

petición obligaría al garante a pagar, permanecerían intactos los derechos del contratista frente al comprador por incumplimiento de las disposiciones contractuales relativas a la petición de la garantía.

141. En lo que respecta a la última frase del párrafo 18, se expresó la opinión de que, si bien habitualmente las partes tenían un interés común en que el contrato llegara a buen fin, no obstante, en determinadas circunstancias, esto podría no ser suficiente para disuadir de un abuso de los derechos emanados de una garantía a la primera petición. En consecuencia, hubo acuerdo en que debía suprimirse esta frase.

142. Se expresó la opinión de que era preciso aclarar la sugerencia contenida en el capítulo de que el comprador podría estipular en su convocatoria a licitación los garantes que estaría dispuesto a aceptar. Una posibilidad sería que el comprador estipulase la identidad de los garantes que estaría dispuesto a aceptar. No obstante, dado que muchos contratistas tal vez no pudiesen obtener los garantes designados, tal vez fuese conveniente estipular sólo tipos de garantes aceptables (por ejemplo, los que otorgasen garantías monetarias de cumplimiento o los que proporcionasen fianzas de cumplimiento). Se expresó asimismo la opinión de que exigir que la oferta venga acompañada de una certificación de un presunto garante donde éste indique su disposición a dar una garantía de cumplimiento tal vez no fuese un enfoque útil, dado que en determinados sistemas jurídicos no se podría hacer cumplir el compromiso contenido en el certificado.

143. Se observó que el capítulo sugería en el párrafo 19 que, cuando la garantía se diese después de la conclusión del contrato, las partes debían convenir acerca del derecho del comprador a percibir daños y perjuicios en caso de que no se otorgase la garantía. No obstante, se observó que, con respecto a este recurso, el comprador debía considerar atentamente qué valor tendrían para él esos derechos no garantizados a la indemnización de daños y perjuicios frente a un contratista extranjero, la cuantía de los daños y perjuicios que hubiese realmente sufrido, y las posibles dificultades que llevaría consigo la obtención de un laudo contra el contratista extranjero.

144. Se observó que la moneda de pago pertinente conforme a una garantía de reembolso y a una garantía de ejecución (párrafo 20) sería habitualmente la moneda en la que se debía pagar el precio del contrato. Se observó también que la referencia hecha en el párrafo 23 a la responsabilidad del garante de pagar los gastos y los daños y perjuicios sufridos por el comprador era innecesaria, dado que el comprador en la práctica reclamaría una suma global con base en la garantía, y no estaba obligado a probar que había incurrido en gastos o sufrido daños y perjuicios.

145. Se sugirió que en la sección B.2 ("Seguridad de cumplimiento resultante de las condiciones de pago") se hiciese una referencia al capítulo sobre el Precio, en el que se tratarán detenidamente las condiciones de pago.

146. Se opinó que el párrafo 36 no reflejaba suficientemente la práctica corriente en algunas regiones en lo que respecta a abonar al contratista las sumas pendientes del precio total del contrato. Se hizo notar que las condiciones de pago a menudo estipulaban que el 50% de la suma insoluta debía pagarse a la terminación de las obras, y el 50% restante, a la expiración del período de garantía.

147. Se sugirió que sería útil indicar las condiciones en las que podía ser adecuado que en un contrato se exigieran tanto el aseguramiento del cumplimiento del contratista mediante garantías como la seguridad resultante de las condiciones de pago o sólo una forma de aseguramiento. Se indicó asimismo que, para el caso de haberse estipulado ambas formas de seguridad, el capítulo debería tratar la cuestión de las opciones que podrían presentarse al comprador a la hora de exigir las garantías.

148. Se observó que la sección C ("Seguridad de pago por el comprador") podría examinarse nuevamente para conseguir un equilibrio entre esa sección y la sección B ("Seguridad del cumplimiento del contratista"). En particular, el capítulo debía hacer notar en el párrafo 39 que podría ser preferible para el contratista que le abriera la carta de crédito a su favor un banco de su país y que, además de los problemas del control de cambios, el contratista podía tropezar con otras dificultades administrativas para obtener el pago. Además, en vez de exigir una carta de crédito renovable, como se menciona en el párrafo 40, habría que pensar en la posibilidad de abrir una carta de crédito por el monto del precio total del contrato. Se hizo notar que el objetivo de un mejor equilibrio podría lograrse haciendo mayor hincapié en la sección C en los criterios alternativos que podrían adoptarse, más bien que en recomendaciones específicas.

149. Se señaló que el simple hecho de que las obras estuviesen financiadas por un organismo internacional de crédito u otra institución de prestigio podía no ser suficiente garantía de pago para el contratista. Conforme a ciertos acuerdos contractuales, los pagos debían efectuarse sólo contra la certificación del debido cumplimiento de los trabajos, extendida por un ingeniero que fuera empleado del comprador o cuyo nombramiento dependiera de su autorización. Podrían presentarse entonces circunstancias en las que no se produjera la certificación adecuada, y la institución financiadora no pudiese efectuar el pago. Un método para resolver esta dificultad podría ser que el derecho del contratista a obtener el pago dependiera de un procedimiento en que no interviniera el comprador.

150. Se observó que las partes tal vez desearan prever las consecuencias que se producirían si el comprador omitía o demoraba la apertura de la carta de crédito, según lo exigido por el contrato. Se observó asimismo que había que describir en la sección C el sistema de pago diferido adoptado algunas veces en el financiamiento de los contratos de obras, conforme al cual el crédito para la construcción era otorgado por el contratista o por alguien en su nombre, y el comprador se obligaba a efectuar el pago diferido durante un período convenido entre las partes.

151. Se sugirió que se hiciera una referencia a los métodos de solución de controversias que podrían adoptarse, tanto cuando se plantearan diferencias en cuanto a la garantía que debía ofrecer el contratista por el cumplimiento de sus obligaciones, como a la que debía ofrecer el comprador por el pago del precio.

152. Hubo acuerdo general en el sentido de que las garantías reales (sección D) no eran de gran importancia para ninguna de las partes como medio de asegurar el debido cumplimiento por la contraparte. Se hizo notar que el tema era complejo y difícil de tratar sucintamente. Se observó que las garantías reales en favor del comprador sobre las maquinarias de construcción del contratista habían perdido importancia, pues con frecuencia estas

maquinarias estaban arrendadas por el contratista y no le pertenecían. Se convino en que no se justificaba tratar el tema en una sección separada del capítulo, pero que se podrían anotar los contenidos de la presente sección que se refieren a este tema en los lugares correspondientes de otras secciones del capítulo. Se opinó, sin embargo, que el capítulo podría referirse asimismo a la reserva de la propiedad y a las hipotecas. Se expresó además la opinión de que convenía recordar a las partes que sería aconsejable que se procurasen asesoramiento jurídico independiente sobre la legislación aplicable a las garantías reales sobre bienes sitos en otros países.

#### OTROS ASUNTOS Y LABOR FUTURA

153. Se hizo notar que podrían ser necesarios dos nuevos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo para concluir las deliberaciones sobre la mayoría de los proyectos de capítulo que habían de figurar en la guía jurídica. Varios de estos proyectos deberían de estar preparados para el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo que, con arreglo a la decisión de la Comisión, se celebraría del 8 al 19 de abril de 1985 en Nueva York. 24/

154. El secretario de la Comisión declaró que la Secretaría presentaría al séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo un texto revisado del proyecto de esbozo de la estructura de la guía jurídica (A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.1) y que esta revisión reflejaría las deliberaciones del Grupo de Trabajo y contendría algún reajuste y la amalgamación de algunos capítulos, según la Secretaría pudiera considerar procedente. La Secretaría presentaría también al octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo una nueva versión de los capítulos sobre "Terminación, aceptación y recepción" y sobre "Selección del tipo de contrato", ya que los proyectos originales habrían de ser sensiblemente modificados a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

---

24/ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17° período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/39/17), párr. 154.