

sobre la cuantía de la suma, si la hubiere, que deberá pagar el COMPRADOR al CONTRATISTA. En este caso, el CONTRATISTA introducirá sin demoras los cambios en el diseño y/o prestará los servicios que son objeto de la controversia, en espera de la decisión del Asesor Técnico. La decisión del Asesor Técnico será sin perjuicio del derecho del CONTRATISTA a someter la controversia a arbitraje.”

73. En los modelos de la ONUDI de contratos TKL y de entrega llave en mano parcial (STV) hay disposiciones similares.

74. En las contrapropuestas se adopta un enfoque diferente. Se estipulan las circunstancias en que el contratista tendrá derecho a pago adicional por el trabajo adicional. El artículo 15 dispone, entre otras cosas:

“El CONTRATISTA tendrá derecho a reclamar pago adicional y/o prórrogas y/o garantías cuando una modificación, cambio o variación se produzcan en alguno de los siguientes casos:

“15.1 Una modificación, adición o supresión en los documentos del contrato ... a menos que el COMPRADOR demuestre específicamente que no afectan a los servicios del CONTRATISTA.

“15.2 Todo pedido por escrito hecho por el COMPRADOR que dé lugar a la modificación de algún dibujo, especificación, documento, orden de compra, servicios del CONTRATISTA o la obra, a menos que los elementos ya finalizados no se hubieran finalizado originalmente en conformidad con el Contrato.

“15.3 Todo estudio de ingeniería adicional pedido por escrito por el COMPRADOR, incluidos aquellos que no llegan a ejecutarse.

...

“15.8 Toda modificación en los servicios del CONTRATISTA y/o la labor propuesta por una de las partes, aceptada por la otra y ratificada por ambas partes.”

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.3*]

VIII. INSPECCIÓN Y PRUEBAS

A. Observaciones generales

1. Tiene suma importancia para el comprador e interesa, por ende, al contratista que la planta esté conforme a las especificaciones del contrato. Para conseguir esta conformidad, los contratos de obras suelen contener disposiciones sobre inspección y examen de los trabajos en curso, así como sobre pruebas tanto antes como después de terminada la obra.

2. La parte pertinente del artículo 38 de la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías estipula que:

“1) El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias.

“2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino.”

3. En los contratos de obras, y más aún cuando se trata de grandes obras industriales, la postura a adoptar no es tan sencilla como la referente a la Convención sobre la Compraventa de Mercaderías. En los contratos de obras ambas partes están interesadas en que se examinen los trabajos en curso. En el caso del contratista, el efectuar pronto el examen le da la posibilidad de corregir los defectos, si es que existen, en la propia fábrica y no en la obra. Esos defectos se corregirían así más fácilmente y a menor costo. En el caso del comprador, la pronta rectificación de los defectos le evita demoras y dificultades ulteriores.

4. Por ello, los contratos de obras suelen contener disposiciones sobre el alcance de la inspección durante la producción de maquinaria y equipo, lugar y oportunidad de la inspección, procedimientos de inspección, obligaciones y derechos del comprador, deberes del contratista, costos de inspección, certificación y efectos jurídicos de la inspección.

5. Los contratos de obras suelen contener disposiciones sobre pruebas de funcionamiento en las que se especifican las condiciones previas para esas pruebas, fechas en que se han de efectuar y procedimientos a seguir, participantes, obligaciones del comprador en la preparación de las pruebas, efectos de las mismas, procedimientos para los casos de omisión de pruebas o de pruebas fallidas, y actas.

B. Inspección durante la etapa de ejecución

1. Derechos y obligaciones

6. En las condiciones generales y los modelos de contratos objeto de estudio se enfocan en forma diversa la función de “inspección”, “verificación”, “examen” y “prueba”. Las Condiciones Generales de la Comisión Económica para Europa (CEPE) prevén la inspección por el comprador o su representante siempre y cuando las partes lo hayan convenido expresamente en el contrato. Es más, las Condiciones Generales de la CEPE dan al contratista un derecho de inspección, mientras que las Condiciones FIDIC dan ese derecho de inspección al comprador. Por otra parte, en los modelos de contrato de la ONUDI se habla de un *deber* de inspección del contratista y se otorga al comprador el derecho a participar en la inspección.

7. La cláusula 8.1 de las Condiciones Generales CEPE 188A y 574A dice:

“Cuando así se estipule expresamente en el contrato, el comprador tendrá derecho a hacer inspeccionar y verificar la calidad de los materiales y las diversas partes del material por representantes suyos debidamente autorizados ...”

En este caso la inspección recae sobre la calidad de los materiales utilizados y de las diversas partes de la planta. No está claro si los términos “inspección” y “verificación” denotan o no actividades diferentes.

* 17 marzo 1981.

8. Otras cláusulas CEPE 188A y 574A se refieren a las pruebas. Estas pruebas las ha de realizar evidentemente el contratista, a diferencia de la inspección mencionada en el párrafo anterior que la lleva a cabo el comprador o su representante. A tenor de la cláusula 8.3, también se requiere para realizar las pruebas un acuerdo expreso de las partes.

9. Otra cláusula CEPE 188A y 574A se refiere a la inspección en la zona de instalación o emplazamiento. El artículo 18.1 dispone:

“Hasta que sea entregada la obra y durante los trabajos a que dé lugar la aplicación de la garantía, el constructor tendrá en todo momento el derecho de hacer inspeccionar la Obra por su cuenta, en la zona de instalación durante las horas de trabajo. Para entrar en dicha zona los inspectores deberán atenerse a las disposiciones de circulación que rijan en los terrenos del comprador.”

10. La cláusula 36 (1) de las Condiciones de los Contratos para Obras de Construcción de Ingeniería Civil (FIDIC-CEC) dice:

“Todos los materiales y la ejecución... se deberán someter de vez en cuando a los ensayos que indique el Ingeniero...”

Y la cláusula 25.1 de las Condiciones de los Contratos para Obras de Ingeniería Eléctrica o de Ingeniería Mecánica (FIDIC-EMW) estipula que:

“De no haberse convenido otra cosa en el Contrato, el Ingeniero tendrá derecho a inspeccionar, examinar y ensayar durante la fabricación... los materiales y la ejecución y a verificar la marcha de la fabricación de todos los elementos de la Planta que se hayan de suministrar en virtud del Contrato...”

11. Mientras que las Condiciones Generales de la CEPE hablan únicamente de materiales, las Condiciones FIDIC incluyen la ejecución e incluso la marcha de la fabricación de los elementos de la planta.

12. En los modelos de la ONUDI es el contratista quien tiene a su cargo la inspección. El Artículo 14 del modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano con pago global para la construcción de fertilizantes (UNIDO-TKL) servirá de ejemplo; el modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano parcial para la construcción de plantas de fertilizantes (UNIDO-STC) es casi idéntico, mientras que el modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables para la construcción de plantas de fertilizantes (UNIDO-CRC) es considerablemente más corto. El Artículo 14.1 del modelo UNIDO-TKL dice:

“El CONTRATISTA asumirá plena responsabilidad por la inspección, las pruebas y la certificación de todo el equipo, materiales, repuestos y demás artículos... para ser incorporados a las Obras... [E]l CONTRATISTA será responsable por el cumplimiento competente, adecuado y completo de las funciones previstas en este Artículo...”

13. El contratista, a más de encargarse de inspeccionar su propio equipo, tiene que examinar los materiales

suministrados por el comprador. A tenor del artículo 14.9 del modelo de contrato UNIDO-TKL:

“El CONTRATISTA... inspeccionará la calidad de los artículos que suministre el COMPRADOR y que se enumeran en el Anexo VIII y en otras partes del presente Contrato, ... y deberá cerciorarse plenamente de que se hayan cumplido las especificaciones de los documentos técnicos suministrados por el CONTRATISTA...”

14. El derecho de inspección del contratista puede extenderse también a las edificaciones. Por ejemplo, el artículo 14.11 del modelo UNIDO-TKL, dice:

“El COMPRADOR tendrá derecho a inspeccionar todas las edificaciones y obras de ingeniería civil durante la construcción y después de ella (con excepción de elementos secundarios como pintura, etc., que podrán ser inspeccionados ulteriormente)...”

15. Y el artículo 14.12 del modelo UNIDO-TKL añade:

“El COMPRADOR tendrá derecho a inspeccionar todas las operaciones de montaje de planta y maquinaria y todos los trabajos de instalación de tuberías, instrumentos, sistemas y conexiones eléctricas, aislamiento, pintura y todos los demás trabajos relacionados con el montaje, según se detalla en el Anexo XXIX.”

2. Lugar y oportunidad de la inspección

16. El lugar y la oportunidad están interrelacionados. Si el lugar de inspección es la fábrica, habrá de efectuarse la inspección antes del envío. Por cierto, será preciso fijar el momento de efectuarla en función del lugar donde esté situado el equipo para su inspección. Todas las condiciones generales y modelos de contratos objeto de estudio contienen disposiciones relativas al lugar y oportunidad de la inspección.

17. A tenor de la cláusula 8.1 CEPE 188A y 574A, la inspección y verificación tanto durante la fabricación como después de terminada ésta,

“se realizarán en el lugar de fabricación, durante las horas normales de trabajo y previo acuerdo con el constructor sobre el día y la hora convenientes.”

18. En materia de pruebas, la cláusula 8.3 de las Condiciones Generales CEPE dice:

“A menos de convenirse otra cosa, las pruebas previstas en el contrato, excepción hecha de las pruebas de aceptación, se efectuarán en los talleres del constructor y durante las horas normales de trabajo.”

19. La cláusula 25.1 de las Condiciones FIDIC-EMW estipula que la inspección en curso de fabricación ha de efectuarse “en los locales del Contratista durante las horas de trabajo.” Esta cláusula estipula además:

“y si parte de la mencionada Planta está siendo fabricada en otros locales, el Contratista recabará el permiso del Ingeniero para inspeccionar, examinar y ensayar como si la mencionada Planta estuviese siendo fabricada en los locales del Contratista.”

20. La cláusula 36 (1) de las Condiciones FIDIC-CEC prevé la celebración de ensayos "en el lugar de fabricación o elaboración o en el Emplazamiento o en el lugar o lugares que se especifiquen en el Contrato o en todos o cualesquiera de dichos lugares".

21. Por lo general, las partes convendrán entre sí cuál ha de ser el momento de la inspección. La cláusula 25.2 de las Condiciones FIDIC-EMW estipula:

"El Contratista convendrá con el Ingeniero la fecha y el lugar en los que cualquier elemento de la Planta habrá de estar listo para ensayo a tenor de lo estipulado en el Contrato... El Ingeniero notificará por escrito al Contratista, con 24 horas de antelación, su intención de asistir a los ensayos."

22. Las Condiciones Generales de la CEPE estipulan en su cláusula 8.4 que:

"El constructor comunicará al comprador la fecha de las pruebas y le dará un plazo suficiente para que sus representantes las presencien."

23. La cláusula 38 (1) de las Condiciones FIDIC-CEC se refiere a la forma de proceder en casos de cobertura de la obra:

"Ninguna parte de la Obra deberá cubrirse o hacerse invisible sin aprobación del Ingeniero o del Representante del Ingeniero, y el Contratista deberá dar todas las facilidades al Ingeniero o al Representante del Ingeniero para examinar y medir toda obra que vaya a cubrirse o quedar invisible, así como para examinar los cimientos antes de que se ponga sobre ellos obra permanente. El Contratista deberá pasar aviso al Representante del Ingeniero, con la debida antelación, siempre que tales obras o cimientos estén a punto o vayan a estar a punto para su examen, y el Representante del Ingeniero, sin demora irrazonable, deberá presentarse, a menos que no lo considere necesario y se lo comunique al Contratista, con el fin de examinar y medir la obra o de examinar los cimientos."

24. Las Condiciones FIDIC-CEC contienen una disposición sobre el momento y lugar de inspección que quizá no encuentre aceptación general en el contexto de la construcción de grandes plantas. Su cláusula 37 dice:

"El Ingeniero y toda persona autorizada por él deberá en todo momento tener libre acceso a las obras y al emplazamiento y a todos los talleres y lugares en que se está realizando trabajo o de donde los materiales, artículos fabricados o maquinaria destinados a las obras procedan, y el Contratista deberá proporcionar todas las facilidades y toda la ayuda que corresponda para conseguir dicho derecho de acceso."

25. Un derecho de acceso tan ilimitado sería ciertamente rechazado por algunas industrias. Durante la preparación de las Condiciones Generales 188 de la CEPE se le dio al comprador un derecho de inspección *ilimitado* en los locales del contratista. Este derecho fue rechazado por razones de secreto comercial y consideraciones de defensa nacional¹.

26. El artículo 14.1 del modelo UNIDO-TKL se refiere a la inspección y las pruebas "durante (la) fabricación y antes (del) envío, antes y durante la inspección y a (la) llegada al Emplazamiento de la Planta".

27. De conformidad con el artículo 14.3.1 del modelo UNIDO-TKL el contratista "cuando el equipo, la maquinaria o los materiales estén listos para su inspección definitiva, presentará a los inspectores del COMPRADOR, previamente a la inspección, una confirmación en este sentido".

El Artículo 14.5 dispone:

"Cuando cualquier parte del equipo esté lista para su inspección el CONTRATISTA deberá notificar por lo menos cuarenta y cinco (45) días antes al representante del COMPRADOR qué mercancías se van a inspeccionar, así como la fecha y el lugar correspondientes. En caso de que el representante del COMPRADOR desee estar presente, se deberá notificar al CONTRATISTA dentro de los treinta (30) días siguientes."

28. El grupo de contratistas señaló, en sus observaciones, que consideraba una pérdida de tiempo efectuar la notificación previa para la inspección de "cualquier parte" del equipo y sugirió restringir el ámbito de la notificación para que incluyera el "equipo designado para inspección"...

29. El modelo UNIDO-TKL establece además distinciones en cuanto a la inspección y las pruebas según cuál sea el lugar o momento en que se hayan de efectuar:

Artículo 14.5.1: "*Inspección y pruebas en fábrica.* Todas las instalaciones y el equipo estarán sujetos a inspección y pruebas en la fábrica del CONTRATISTA y deberán conformarse a las estipulaciones del Contrato."

Artículo 14.5.2: "*Inspección y pruebas en el Emplazamiento.* Todas las instalaciones y el equipo estarán sujetos a inspección y pruebas en el Emplazamiento y deberán conformarse a las estipulaciones del Contrato. Tras su instalación en el Emplazamiento, el CONTRATISTA deberá efectuar las pruebas necesarias para demostrar el cumplimiento de lo estipulado en el Contrato, no obstante, las pruebas que pudieran haberse efectuado anteriormente en la fábrica del CONTRATISTA."

Artículo 14.5.3: "*Inspección y pruebas a la terminación fisicomecánica.* Con arreglo a las disposiciones del Artículo 18, el CONTRATISTA, previa notificación debida al COMPRADOR de que está en condiciones de iniciar las pruebas para demostrar y comprobar la terminación de las Obras, deberá proceder de inmediato a iniciar los procedimientos pertinentes de conformidad con lo prescrito en el Artículo 18, con sujeción, sin embargo, a las disposiciones indicas allí."

30. En los modelos de contratos de la ONUDI figura también el derecho de acceso ilimitado a los locales del contratista y de todos los subcontratistas. Por ejemplo el Artículo 14.6 del modelo UNIDO-TKL dice:

"El COMPRADOR (por conducto de su representante debidamente autorizado, comprendidos sus ase-

¹ Véase E/ECE/169, Commentary on the General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export, párr. 7.

guradores si fuere el caso) podrá inspeccionar todo el equipo, la maquinaria, los materiales y los trabajos suministrados en relación con este Contrato. El CONTRATISTA, sus subcontratistas y/o proveedores deberán facilitar el acceso necesario y en condiciones seguras para la inspección prevista en este Artículo. Se deberá conceder al COMPRADOR libre y pleno acceso a los talleres, fábricas, emplazamientos o lugares de actividad del CONTRATISTA, los subcontratistas y/o proveedores para realizar esta inspección con objeto de determinar la situación y marcha de los trabajos previstos en el Contrato.”

31. La inspección arriba mencionada de los artículos que suministre el comprador deberá ser efectuada con arreglo al Artículo 14.9 del modelo UNIDO-TKL “previa notificación del comprador... tan pronto como hayan sido fabricados (y en todo caso, antes de iniciar el montaje de cada uno de ellos)...”.

3. Procedimiento de inspección

32. Pudiera resultar imprescindible ponerse de acuerdo sobre los procedimientos a seguir e, incluso, sobre los instrumentos que se vayan a utilizar para la inspección y pruebas. Sin embargo, la cláusula 8.3 de las Condiciones Generales CEPE 188A y 574A dispone que: “las especificaciones técnicas no han sido precisadas en el contrato, las pruebas se efectuarán con arreglo a la práctica generalmente seguida en la correspondiente rama de la industria del país donde se fabrique el material”.

33. En las Condiciones FIDIC no figura ninguna disposición sobre procedimiento, pero en las notas FIDIC se dice: “Es, por cierto, sumamente importante definir en las especificaciones los detalles sobre la inspección y los requisitos de las pruebas para disponer de un procedimiento convenido”...²

34. En los modelos de contratos de la ONUDI se deja al contratista decidir cuál ha de ser el procedimiento. El Artículo 14.5 del modelo UNIDO-TKL se limita a disponer que:

“Siempre que lo pida el COMPRADOR, el CONTRATISTA deberá invitar al COMPRADOR o a su representante a que participe en esta inspección y deberá hacerse cargo de la coordinación necesaria de las inspecciones conjuntas.”

Pero el comprador puede seleccionar métodos adicionales. El Artículo 14.13 del modelo UNIDO-TKL dice:

“Durante todas las operaciones de inspección, el COMPRADOR o sus representantes podrán recurrir a las pruebas que consideren necesarias a fin de determinar si los materiales, objetos, suministros o métodos de construcción y montaje cumplen los requisitos cuantitativos y cualitativos pertinentes...”

4. Disconformidad y derechos del comprador

35. Si en el transcurso de la inspección del equipo se descubre que algunos elementos son defectuosos, le con-

veniría al contratista proceder a su sustitución. Pero pueden producirse divergencias de opinión entre el contratista y el comprador sobre el alcance o, incluso, sobre la existencia de esos defectos.

36. Algunos de los textos considerados requieren del comprador que haga constar por escrito las razones de su disconformidad. La cláusula 8.2 de las Condiciones Generales CEPE 188A y 574A estipula que:

“Si como resultado de la inspección y de la verificación el comprador estima que determinados materiales o partes del material son defectuosos, o no se ajustan a lo estipulado en el contrato, deberá formular por escrito sus observaciones motivadas.”

Asimismo, el artículo 25.5 de las Condiciones FIDIC-EMW dispone que:

“Si como resultado de la inspección, el examen o el ensayo de la Planta (excepción hecha de la prueba de terminación en virtud de la cláusula 29) el Ingeniero decidiera que la Planta es o no es defectuosa a la luz del Contrato, procederá a notificar el particular al Contratista y hará constar por escrito su disconformidad motivada.”

37. Del modelo UNIDO-TKL se desprende que el comprador puede rechazar trabajos y componentes mediante notificación por escrito no motivada. El Artículo 14.6 del modelo UNIDO-TKL dice:

“Si durante la fabricación o la ejecución de los trabajos, durante la inspección o durante los periodos aplicables de garantía, el COMPRADOR comprueba que cualquiera de los servicios prestados o la fabricación de cualquiera de los componentes suministrados por el CONTRATISTA, los subcontratistas y/o proveedores son defectuosos y no cumplen los requisitos de este Contrato y que este hecho se debe al incumplimiento o negligencia del CONTRATISTA, los subcontratistas y/o proveedores, el COMPRADOR deberá notificar por escrito al CONTRATISTA que se rechazan estos trabajos o componentes.”

38. El “grupo internacional de contratistas” ha criticado este Artículo por constituir al comprador en único juez de la índole defectuosa o no de cualquiera de los servicios prestados o de la fabricación de cualquiera de los componentes suministrados y por otorgarle además el derecho unilateral de rechazo no motivado. Además, no queda claro si el comprador puede “rechazar” cualquier componente durante el periodo de garantía, es decir, tras la entrega y aceptación.

39. El Artículo 14.13 del modelo UNIDO-TKL dice además:

“El COMPRADOR o sus representantes podrán exigir la sustitución o reparación, según sea el caso, de los elementos que no se conformen a las disposiciones del Contrato, incluso después de que hayan sido incorporados a las Obras, y, *mutatis mutandis*, se aplicarán las disposiciones del Contrato a que hace referencia al Artículo 14.8.”

Según este artículo, el comprador puede pedir la sustitución o reparación aunque el contratista no está obligado a

² Notes on Documents for Electrical and Mechanical Works Contracts, 1980, pág. 28.

atender su petición. El Artículo 14.8 del modelo UNIDO-TKL dice:

“Si hay diferencias de opinión, el CONTRATISTA deberá proceder por su cuenta y riesgo en lo que respecta al envío de mercancías y equipo, aunque con sujeción, sin embargo, a las disposiciones pertinentes del Artículo 25 y Artículos 27 a 30 inclusive.”³

5. Deberes del contratista

40. El contratista sustituirá, por lo general, los elementos que hayan sido juzgados defectuosos durante la inspección. Las condiciones generales y los modelos de contratos no sólo fijan obligaciones al respecto, sino que se refieren también a los plazos para su cumplimiento. La cláusula 8.5 de las Condiciones Generales CEPE 188A y 574A estipula que:

“Si al efectuarse una prueba—que no sea la prueba de aceptación prevista en el artículo 21 del contrato—se advierte que el material es defectuoso o que no reúne las condiciones especificadas en el contrato, el constructor deberá corregir el defecto de que se trate con toda diligencia y por su cuenta (comprendidos todos los gastos de transporte) o cuidar de que el material responda a lo estipulado en el contrato. Si el comprador lo desea, la prueba será repetida.”

En términos parecidos, la cláusula 25.2 de las Condiciones FIDIC-EMW estipula que:

“El Contratista deberá rectificar con toda celeridad el defecto o asegurarse de que la Planta responde a lo estipulado en el Contrato. Posteriormente, si el Ingeniero lo requiere, los ensayos serán repetidos en las mismas condiciones.”

41. Si en virtud de lo dispuesto en el Artículo 14.6 del modelo UNIDO-TKL el comprador ha rechazado “cualquiera de los servicios prestados o la fabricación de cualquiera de los componentes suministrados... el CONTRATISTA, a su propio costo, retirará prontamente y sustituirá o corregirá los componentes o trabajos defectuosos de que se trate haciendo que se conformen estrictamente a todas las condiciones prescritas”.

Y en su Artículo 14.8 el modelo UNIDO-TKL dice:

“En caso de que durante la inspección el representante del COMPRADOR encuentre alguna deficiencia en los componentes inspeccionados, el CONTRATISTA deberá tomar medidas inmediatas para corregir esta deficiencia. El CONTRATISTA deberá llevar registros de las deficiencias observadas y corregidas.”

6. Costos de inspección

42. La inspección implicará varios tipos de gastos: costos del contratista y del comprador; costos de materiales; costos personales; gastos realizados en los locales del constructor o en zona de instalación; costos de la primera inspección, costos de una nueva inspección después de eliminados los defectos. No todos ellos están recogidos en las diversas condiciones generales y formularios.

³ Esos artículos tratan de garantías, daños y perjuicios, etc.

43. Con arreglo a la cláusula 8.6 de CEPE 188A y 574A, el contratista:

“De no existir otra disposición expresa... sufragará todos los gastos inherentes a las pruebas que se efectúen en sus talleres con excepción de los gastos personales de los representantes del comprador.”

44. La cláusula 25.3 de FIDIC-EMW se refiere no sólo al aspecto financiero sino también al aspecto técnico de la cuestión:

“Cuando el Contrato estipule la realización de pruebas en los locales del Contratista o de cualquier Subcontratista, el Contratista deberá proporcionar la asistencia, mano de obra, materiales, electricidad, combustible, suministros, equipo e instrumentos que puedan requerirse y solicitarse en la medida de lo razonable para poder realizar esas pruebas eficazmente.”

45. Las Condiciones de la FIDIC, al parecer, atribuyen los gastos personales a cada parte, al igual que las Condiciones Generales de la CEPE. No obstante, si debe repetirse una prueba después de eliminar defectos “todos los gastos razonables que ocasione al Contratante la repetición de las pruebas deberán deducirse del Monto del Contrato” (cláusula 25.5 de FIDIC-EMW).

46. Las otras Condiciones de la FIDIC se refieren ampliamente a esta cuestión. El artículo 36 de la FIDIC-CEPE estipula:

“1) ... El Contratista deberá proporcionar todas las facilidades, los instrumentos, máquinas, mano de obra y materiales que normalmente se necesitan para examinar, medir y ensayar las obras ejecutadas y la calidad, el peso o la cantidad de todo material que se use, debiendo suministrar muestras de materiales, antes de utilizarlos en las obras para su examen conforme las escoja y las requiera el Ingeniero.

“2) Todas las muestras deberá suministrarlas el Contratista a su propia costa si el suministro de las mismas está proyectado y previsto en el Contrato, pero de no ser así, correrán a cargo del Contratante.

“3) El costo de la realización de todo ensayo deberá correr a cargo del Contratista si éste está claramente proyectado y previsto en el Contrato y está (sólo en los casos de ensayos bajo carga o para la averiguación de si el diseño de una obra acabada o parcialmente acabada es apropiado para los fines a que la obra está destinada a satisfacer) particularizado en el Contrato con suficiente detalle para permitir al Contratista incluir el precio del mismo o abarcarlo en su Propuesta.

“4) Si el Ingeniero ordenase la ejecución de algún ensayo que:

“a) no esté claramente proyectado o no haya sido previsto, o

“b) (en los citados más arriba) no esté particularizado, o

“c) si bien estuviese proyectado o previsto, el Ingeniero ordena su ejecución por parte de una persona independiente en cualquier otro lugar que no sea el

Emplazamiento o el lugar de fabricación o elaboración de los materiales ensayados,

“el costo de tal ensayo correrá por cuenta del Contratista, si el ensayo demuestra la discrepancia entre la calidad de mano de obra o material y las estipulaciones del Contrato o las instrucciones del Ingeniero; pero en caso contrario lo pagará el Contratante.”

47. Podría producirse una situación especial en relación con la cobertura de trabajos de ingeniería civil. Si éstos tuviesen que descubrirse a petición del comprador, los costos correrán a cargo de éste si no se encuentra ningún defecto y del contratante en el caso contrario.

La cláusula 38.2 FIDIC-CEC dispone:

“El Contratista deberá descubrir cualquier parte o partes de las obras o hacer aberturas en ellas o a través de ellas, si el Ingeniero en diversas ocasiones se lo indica, debiendo reponer y reparar aquella parte o partes a la satisfacción del Ingeniero. Si alguna de dichas partes se hubiese cubierto o hecho invisible después de cumplimentar los requisitos de la subcláusula 1) de la presente cláusula y se encontrase que ha sido ejecutada de acuerdo con el Contrato, los gastos de descubrirla, de hacer las aberturas en o a través de ella, y de reponer y reparar la misma, correrán a cargo del Contratante, pero en todo caso todas las referidas costas correrán a cargo del Contratista.”

48. En el Artículo 14.14 del modelo UNIDO-TKL figuran unos requisitos muy especiales:

“A fin de que el COMPRADOR pueda llevar a cabo eficazmente la inspección de los trabajos o suministros del CONTRATISTA, el CONTRATISTA pondrá a disposición del COMPRADOR, sin costo alguno, los instrumentos necesarios, en particular el equipo para pruebas radioactivas de soldadura, así como personal técnico especializado, si lo solicita el COMPRADOR.”

El comentario del “grupo internacional de contratistas” hace referencia a los costos de ese equipo que, en su opinión, deben correr a cargo del comprador si esos instrumentos no se encuentran ya en poder del contratista.

7. Certificación

49. Tanto CEPE 188A como 574A mencionan un informe de los resultados de las pruebas que debe preparar el constructor, y que, en la práctica, sería firmado normalmente por las dos partes, pero “la veracidad de los resultados no podrá ser discutida por el Comprador” en caso de que éste no se haga representar en las pruebas (cláusula 8.4).

50. De acuerdo con la cláusula 25.4 de FIDIC-EMW, no es el contratista sino el comprador quien expide el certificado:

“Una vez que la Obra haya sido objeto de las pruebas a que se hace referencia en esta cláusula, el Ingeniero entregará por escrito al contratista un certificado a ese efecto.”

51. En UNIDO-TKL el contratista encargado de la inspección se encargaría también de la certificación. Con arreglo al Artículo 14.3.2 el contratista,

“antes del envío, expedirá *Certificados de Inspección* adecuados respecto de todos los componentes de las instalaciones y el equipo, respectivamente, y deberá enviar copias de estos certificados al COMPRADOR, así como *certificados de las pruebas* realizadas para la expedición de dichos certificados de inspección.”

No está claro si existe una diferencia entre los certificados de inspección y los certificados de las pruebas, como tampoco qué pruebas son necesarias en relación con la expedición de los certificados.

52. En las Condiciones Generales de la CEPE no se menciona la necesidad de obtener certificación de los proveedores, pero en los modelos de contrato de la ONUDI figuran disposiciones a ese respecto. El Artículo 14.2.3 de UNIDO-TKL dispone que el contratista

“exigirá también a los proveedores que suministren los certificados de prueba necesarios en la forma adecuada, junto con todos los demás documentos exigidos por las autoridades de inspección en el país de fabricación o que pueda solicitar el COMPRADOR en cumplimiento de las reglamentaciones vigentes en (*pais*) y/o según lo dispuesto en las especificaciones.”

8. Efectos jurídicos de la inspección

53. Como se indicó anteriormente, el requisito de la inspección es de interés para las dos partes. La responsabilidad del contratista por incumplimiento de obligaciones normalmente persiste pese a la inspección realizada por el comprador. En efecto, algunos modelos de contrato disponen que el hecho de que el comprador no efectúe la inspección no se interpretará en perjuicio de sus derechos frente al contratista en virtud de lo estipulado en el contrato.

54. La cláusula 25.1 de FIDIC-EMW dispone lo siguiente:

“Esa inspección, examen o pruebas, en el caso de que tengan lugar, no eximirán el Contratista de ninguna de las obligaciones dimanantes del Contrato.”

55. El Artículo 14.5 de UNIDO-TKL estipula este punto de la forma siguiente:

“La presencia de los representantes del COMPRADOR no limitará en modo alguno las obligaciones del CONTRATISTA en virtud de este Contrato. La presencia de los representantes del COMPRADOR no entrañará tampoco en modo alguno la aceptación contractual de las mercancías o su transferencia o posesión.”

Asimismo, el Artículo 14.17 de UNIDO-TKL estipula que:

“La inspección efectuada por el COMPRADOR y/o la reparación o sustitución de equipo o trabajos de construcción a solicitud del COMPRADOR, no eximirán al CONTRATISTA de las responsabilidades ni del cumplimiento de las garantías generales o de calidad, según lo expresado en este Contrato.”

56. En los diversos modelos de contrato figuran diferentes disposiciones en relación con la no participación

del comprador. Según el Artículo 8.4 de CEPE 188A y 574A:

“Si el comprador no se hace representar en las pruebas, el constructor le enviará un informe con sus resultados y la veracidad de éstos no podrá ser discutida por el comprador.”

57. Las Condiciones de FIDIC-EMW disponen lo siguiente en la cláusula 25.2:

“... y a menos que el ingeniero comparezca en el lugar y fechas convenidas, el contratista puede proseguir con las pruebas, que se reputarán como realizadas en presencia del ingeniero, y el contratista enviará inmediatamente al ingeniero copias debidamente certificadas de los resultados de las mismas.”

58. Los contratos modelo de la ONUDI siguen un enfoque diferente. El Artículo 14.6 de UNIDO-TKL estipula que:

“Ni el hecho de que no se haya efectuado esta inspección o no se hayan descubierto defectos de fabricación o en los materiales o el equipo, ni la aprobación de estos trabajos, materiales o equipo ni los pagos hechos al CONTRATISTA por estos conceptos (con arreglo al presente Contrato) se interpretarán en perjuicio de los derechos del COMPRADOR a exigir más adelante la corrección o sustitución de los mismos o a rechazarlos según lo aquí estipulado.”

Asimismo, el Artículo 14.7 estipula que:

“Si el COMPRADOR renuncia a su derecho de inspección o prueba según lo prescrito en este Artículo, esta renuncia no exonera en modo alguno al CONTRATISTA de la plena responsabilidad por la calidad, el funcionamiento y rendimiento adecuados de los trabajos completados y/o secciones o partes de los mismos, ni perjudicará o afectará los derechos del COMPRADOR establecidos en virtud del Contrato.”

C. Pruebas de recepción o funcionamiento

1. Observaciones generales

59. Después de terminada la obra normalmente se llevan a cabo pruebas de recepción o funcionamiento. La naturaleza o duración de dichas pruebas depende en gran medida del tipo de funcionamiento que se espera de la planta.

60. CEPE 188A y 574A contienen disposiciones relativas a pruebas de recepción. Se requiere la realización de esas pruebas “de no existir otra disposición expresa” (cláusula 21.1 respectivamente). Por otro lado, para las pruebas durante la fabricación es necesario que el contrato contenga un acuerdo especial.

61. FIDIC-EMW dispone la realización de pruebas a la terminación de las obras (cláusulas 29.1 a 29.6), mientras que la FIDIC-CEC deja la cuestión al arbitrio de las partes (cláusula 48.1).

62. Además de las inspecciones y pruebas mencionadas anteriormente, los modelos de contrato de la ONUDI distinguen entre pruebas de terminación

fisicomecánicas (Artículo 18) y pruebas de garantía de funcionamiento (Artículo 26). Con arreglo al Artículo 18.7 de UNIDO-TKL:

“La puesta en marcha preliminar de las Plantas... y la realización de las pruebas de terminación fisicomecánicas consistirán en la realización de las operaciones y las pruebas enumeradas en el Anexo XX con objeto de determinar el funcionamiento mecánico correcto de las Plantas.”

Asimismo, el Artículo 26.2 de UNIDO-TKL dispone que:

“La Planta suministrada por el CONTRATISTA deberá estar en condiciones de satisfacer todos los requisitos de funcionamiento normal, capacidad, calidad de los productos, consumo de materias primas y servicios, todo lo cual... deberá ser comprobado y demostrado mediante pruebas de funcionamiento realizadas según lo estipulado en este Artículo y en los Anexos y Especificaciones, siempre que la Planta funcione de conformidad con las directrices e instrucciones técnicas del CONTRATISTA, y que las operaciones de prueba se lleven a cabo de conformidad con las condiciones estipuladas en el presente Artículo.”

2. Fecha de realización de las pruebas de funcionamiento

63. Normalmente es el contratista quien decide cuándo se deben realizar las pruebas de funcionamiento (a falta de estipulaciones en el contrato). Con arreglo a la cláusula 21.1 de CEPE 188A y 574A:

“El Constructor deberá comunicar por escrito al Comprador cuándo va a estar preparada la obra para las pruebas y hacerlo con tiempo suficiente para que este último pueda adoptar las medidas necesarias.”

64. La cláusula 29.1 de FIDIC-EMW es más específica respecto de lo que constituye tiempo suficiente:

“El Contratista notificará por escrito al Ingeniero, con copia al Contratante, con 21 días de antelación, la fecha a partir de la cual estará en condiciones de realizar las pruebas de terminación. A no ser que se haya dispuesto otra cosa, las pruebas tendrán lugar dentro de los diez días subsiguientes a la fecha indicada, en el día o días que el Ingeniero notifique al Contratista por escrito.”

65. UNIDO-TKL no menciona ningún período en relación con las pruebas de terminación fisicomecánicas, pero requiere una notificación con 45 días de antelación para la realización de las pruebas de funcionamiento:

Artículo 18.3: “Tan pronto como, a juicio del CONTRATISTA, cualquier sección de las Obras o Planta o cualquier parte de las mismas esté básicamente terminada y lista para su inspección, el CONTRATISTA notificará al COMPRADOR (mediante un informe de terminación de la construcción) que la Planta o una sección de la misma está lista para las pruebas de terminación fisicomecánicas.” y,

Artículo 14.10: “Cuando el CONTRATISTA o cualquiera de sus subcontratistas vayan a emprender las pruebas de funcionamiento de cualquiera de los elementos de equipo que deberán suministrarse en virtud de

este Contrato, o las pruebas estipuladas con arreglo a las disposiciones reglamentarias vigentes, el CONTRATISTA deberá notificar, por lo menos con cuarenta y cinco (45) días de antelación, de la realización de estas pruebas al COMPRADOR o a los representantes del COMPRADOR que hubieren sido designados, y, si se desea, dichos representantes estarán presentes en las pruebas.”

Además, el comienzo de las pruebas de funcionamiento está relacionado con la puesta en marcha de la planta. El Artículo 26.10.1 dispone que:

“La primera prueba de veinte (20) días de las plantas de Amoniaco y/o Urea deberá iniciarse dentro de los noventa (90) días contados a partir de la iniciación de la puesta en marcha de la(s) Planta(s),...”

3. Procedimiento para la realización de las pruebas de funcionamiento

66. El procedimiento a seguir para la realización de las pruebas de funcionamiento depende de la garantía de funcionamiento, si la hay, y por lo tanto suelen ser las partes quienes lo acuerdan. La cláusula 21.1 de CEPE 188A y 574A remite, a falta de disposiciones contractuales, a la práctica general:

“Las pruebas se efectuarán en presencia de ambas partes y ateniéndose a las condiciones técnicas previstas en el contrato, o en su defecto, de conformidad con la práctica generalmente seguida en la correspondiente rama de la industria del país en que se haya fabricado el material.”

67. En la cláusula 29.2 de FIDIC-EMW se da a entender que las pruebas deberán realizarse en presencia de las dos partes (por ejemplo, el contratista y el ingeniero, cuando actúe en nombre del comprador), pero no se hace referencia alguna respecto de los requisitos técnicos.

68. Como ya se ha mencionado, los modelos de contrato de la ONUDI distinguen entre las pruebas de terminación fisicomecánicas y las pruebas de funcionamiento. Según el Artículo 18.3 de UNIDO-TKL, en el informe de terminación de la construcción:

“se indicará qué partes de las Obras o la Planta se propone el CONTRATISTA someter a demostración, o han sido terminadas de conformidad con las especificaciones y han pasado las pruebas de inspección inicial que se pudieran haber estipulado en el Contrato. El CONTRATISTA deberá preparar y presentar un programa de pruebas de demostración de los distintos elementos de equipo y/o las distintas secciones de la Planta.”

69. El procedimiento para las pruebas debe ser acordado entre las partes; en el artículo 18.6 de UNIDO-TKL se prevé una revisión posterior:

“Cuando todos los elementos de equipo de una Planta o de cualquiera de las secciones de las instalaciones auxiliares y de servicios estén listos y completos de conformidad con este Contrato (es decir, montados, instalados y probados), el CONTRATISTA y el COMPRADOR revisarán los procedimientos para las pruebas previamente acordadas para la demostración de la

terminación fisicomecánica de la Planta, que deberán efectuarse de conformidad con el Anexo XX (o con acordado de otra forma) y con los procedimientos detallados pertinentes.”

70. El Artículo 18.8 de UNIDO-TKL se refiere también a la cuestión de quién habrá de encargarse de las pruebas:

“Las operaciones o pruebas a que se hace referencia en las cláusulas 18.6 y 18.7 *supra*, deberán ser realizadas de manera competente por el personal del CONTRATISTA, bajo la supervisión y responsabilidad del CONTRATISTA y en presencia del personal del COMPRADOR.”

71. En relación con las pruebas de funcionamiento, UNIDO-TKL es más específico. El Artículo 26.9 dispone que:

“Los procedimientos a seguir en la realización de las pruebas de garantía deberán ser acordados entre las partes tres (3) meses antes de la iniciación de las pruebas estipuladas. Los índices de tolerancia de los instrumentos deberán ser garantizados por el CONTRATISTA. El COMPRADOR tendrá derecho a exigir el empleo de instrumentos de bajo índice de tolerancia para la medición de la capacidad y el consumo de la Planta.”

72. UNIDO-TKL no especifica de quién dependerá el personal que habrá de realizar las pruebas de funcionamiento, pero el Artículo 26.10 dispone que “las pruebas de garantía de funcionamiento de las Plantas se efectuarán bajo la dirección y supervisión del personal del CONTRATISTA”. Dispone también que:

“Todas las mediciones deberán hacerlas conjuntamente el COMPRADOR y el CONTRATISTA y, en caso de que surja cualquier diferencia en relación únicamente con la exactitud, suficiencia y/o idoneidad de las pruebas y/o de la forma en que las pruebas se han realizado, se aplicarán las disposiciones del Artículo 37.”⁴

73. Dado que las pruebas de funcionamiento han de tener lugar durante un período determinado, UNIDO-TKL prevé la posibilidad de que se hagan ajustes a la Planta durante ese período:

Artículo 26.10.3: “El CONTRATISTA tendrá derecho a hacer funcionar la(s) Planta(s) de conformidad con sus exigencias y a su propio riesgo durante el período concedido al CONTRATISTA para la realización de las pruebas y el personal del COMPRADOR deberá trabajar bajo la dirección del CONTRATISTA y siguiendo sus instrucciones técnicas.”

Por otro lado, el comprador “tendrá derecho a hacer funcionar las Plantas en la medida que las operaciones no interfieran con la labor del CONTRATISTA”.

74. UNIDO-TKL estipula el objetivo de las pruebas de funcionamiento: la demostración del funcionamiento interrumpido de la Planta durante un período continuo especificado (Artículo 26.3.3). La capacidad de la Planta, su capacidad para fabricar productos específicos así como el consumo de materias primas y servicios públicos deben ser demostrados (Artículo 26.8).

⁴ El Artículo 37 trata de la solución de controversias y arbitraje.

4. Obligaciones del comprador respecto de las pruebas de funcionamiento

75. El COMPRADOR suele encargarse de proporcionar personal, materiales, energía, etc., con objeto de llevar a cabo las pruebas de funcionamiento. La cláusula 21.3 de CEPE 188A y 574A dispone que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, el comprador deberá facilitar gratuitamente y dentro de los límites razonables, la energía, los lubricantes, el agua, los combustibles y todas las materias que haya que utilizar durante el ajuste y las pruebas de aceptación. También deberá instalar, por su cuenta, todos los aparatos necesarios para estas operaciones.”

76. Análogamente, la cláusula 29.4 de FIDIC-EMW dispone que:

“El Contratante, salvo cuando se haya especificado otra cosa, deberá facilitar gratuitamente, sin perjuicio de lo dispuesto en la subcláusula 5 de esta cláusula, la mano de obra, materiales, electricidad, energía, agua, suministros y aparatos que puedan requerirse y solicitarse en la medida de lo razonable para poder realizar esas pruebas eficazmente.”

77. El modelo de contrato UNIDO-TKL reglamenta la obligación del comprador en forma muy detallada:

Artículo 5.7: “El COMPRADOR proporcionará sin costo alguno todas las materias primas, combustibles, bienes fungibles y artículos de sustitución necesarios para la prueba, puesta en marcha, explotación y mantenimiento de la Planta, a menos que en las especificaciones se indique concretamente otra cosa, o en otras partes del CONTRATO se estipule que el CONTRATISTA deberá proporcionar tales suministros.”

Artículo 5.8: “El COMPRADOR deberá proporcionar todas las materias primas e insumos, servicios públicos externos, productos químicos y demás materiales necesarios para el funcionamiento de la Planta, con excepción de la primera carga de catalizadores y productos químicos que deberán ser proporcionados por el CONTRATISTA con arreglo a sus obligaciones en materia de suministros. Las materias primas e insumos deberán conformarse a las especificaciones establecidas en este Contrato o de otra forma acordadas. Dentro de los seis (6) meses a partir de la fecha efectiva del Contrato, el CONTRATISTA comunicará al COMPRADOR las cantidades máximas por hora y las condiciones de suministro de servicios públicos externos (energía eléctrica, agua, etc.). Las necesidades de todos los productos químicos y demás insumos materiales necesarios para la puesta en marcha de la Planta y las necesidades periódicas a partir de entonces serán comunicadas por el CONTRATISTA al COMPRADOR por lo menos nueve (9) meses antes de la terminación fisicomecánica de la Planta.”

Artículo 5.9: “El COMPRADOR proporcionará al CONTRATISTA, sin costo alguno durante todo el período comprendido entre la iniciación de las pruebas mecánicas del equipo y la fecha de aceptación de la

Planta, personal de explotación y mantenimiento en cantidad suficiente y con las calificaciones que corresponda a las necesidades de dotación de personal que deberá formular el CONTRATISTA, en forma de un organigrama del personal y sus calificaciones, y que deberán ser aprobadas por el COMPRADOR.”

5. Omisión de las pruebas de funcionamiento

78. Si no se realizan las pruebas de funcionamiento dentro del período estipulado en el contrato, ello puede deberse a razones imputables a una de las partes o a ninguna.

79. En el supuesto de que el contratista no realice las pruebas convenidas, las Condiciones de FIDIC-EMW disponen que el ingeniero, en nombre del comprador, puede proceder a realizar las pruebas:

“Si, a juicio del Ingeniero, las pruebas se están retrasando indebidamente, éste puede, mediante notificación por escrito, exigir al Contratista que realice dichas pruebas dentro de un período de 21 días a partir de la fecha de recibo de la mencionada notificación, y el Contratista realizará las pruebas en la fecha que él determine, dentro de ese período de 21 días, y comunicará el particular al Ingeniero. Si el Contratista no realiza las pruebas en el plazo antedicho, el Ingeniero puede proceder a realizarlas él mismo. Todas las pruebas así realizadas por el Ingeniero serán a cuenta y riesgo del Contratista, a no ser que éste demuestre que no hubo demora indebida en la realización de las pruebas, en cuyo caso las pruebas así realizadas serán a cuenta y riesgo del Contratante.” (Cláusula 29.3)

80. En UNIDO-TKL figuran varias disposiciones relativas a la omisión de la realización de pruebas por el contratista, por ejemplo,

Artículo 18.17: “Si por motivos imputables (directa o indirectamente) al CONTRATISTA, éste no puede hacer la demostración de alguna o todas las pruebas de garantía y/o requisitos de funcionamiento a que se hace referencia en la cláusula ... se aplicarán las disposiciones de las cláusulas 27.2 a 27.5 (inclusive) ...” Esto significa que el contratista debe pagar daños y perjuicios. O:

Artículo 26.10.2: “Si por razones atribuibles a equivocaciones y/o errores en el proceso y/o en las proyecciones técnicas detalladas o por cualquiera otras razones relacionadas con los trabajos ejecutados y los servicios prestados por el CONTRATISTA y/o equivocaciones y errores en las especificaciones e instrucciones contractuales, el CONTRATISTA no puede realizar la prueba o pruebas dentro de los plazos, estipulados en la subcláusula 26.10.1 *supra*, se aplicarán las disposiciones de la cláusula 26.11.”

81. En cualquier caso, de acuerdo con el Artículo 18.18.1 de UNIDO-TKL,

“Cuando por motivos atribuibles a los trabajos y/o servicios del CONTRATISTA no se pueden iniciar, ejecutar, satisfacer o completar las pruebas de garantía de funcionamiento y/o cualquiera de las pruebas o ensayos previos a la iniciación de las operaciones, ...” entonces

“El CONTRATISTA será responsable... por la ejecución de reparaciones y modificaciones de la(s) Planta(s) y/o de cualquiera de las secciones y/o partes de la(s) misma(s) en relación con cualquier parte de las Obras suministradas por él o por las que sea responsable en virtud de este Contrato...”

82. UNIDO-TKL prevé asimismo la posibilidad de que las pruebas deban realizarse posteriormente por razones no imputables al contratista. En esas circunstancias, el contratista continúa estando obligado a realizar la demostración de las pruebas, pero en el Artículo 26.16 de UNIDO-TKL se estipulan los costos:

“En caso de que las pruebas de funcionamiento y de garantía no se puedan efectuar dentro del plazo estipulado en la cláusula 26.14 *supra*, el CONTRATISTA estará obligado a enviar personal al Emplazamiento para poner en marcha la Planta y realizar las pruebas de la misma, a condición, sin embargo, de que el COMPRADOR sufrague los honorarios y gastos de viaje adicionales por concepto de este servicio, en las condiciones que convengan al COMPRADOR y el CONTRATISTA.”

83. Cuando las pruebas no puedan realizarse debido a razones imputables únicamente al comprador, el contratista no está obligado a realizar todas las pruebas futuras. El Artículo 26.14 de UNIDO-TKL dispone que:

“Las obligaciones del CONTRATISTA (con sujeción a los artículos 18, 28, 29 y 32) se considerarán cumplidas si, por razones imputables únicamente al COMPRADOR, la primera prueba de garantía no se puede realizar dentro de los dieciocho (18) meses a partir de la terminación fisicomecánica de la Planta.”

6. Prueba de funcionamiento insatisfactoria

84. Si una prueba de funcionamiento da un resultado insatisfactorio por razones atribuibles a la labor del contratista, éste debe corregir los defectos y tiene, generalmente, derecho a que se realice otra prueba. Las partes deben ponerse de acuerdo sobre el número de pruebas y sobre la cuestión de los gastos.

85. En la cláusula 21.2 de CEPE 188A y 574A se dispone que:

“Si durante las pruebas de aceptación se comprueba que la obra es defectuosa o no responde a lo especificado en el contrato, el constructor deberá corregir con la mayor diligencia y a sus expensas el defecto de que se trate o hacer que la obra responda a lo especificado en el contrato. En este caso, si el comprador lo desea, se repetirá la prueba a expensas del constructor.”

Análogamente, la cláusula 29.5 de FIDIC-EMW dice:

“En caso de que una Parte de las Obras no supere las pruebas, deberán repetirse, en un plazo razonable y en los mismos términos y condiciones, las relacionadas con esa Parte si así lo solicitan el Ingeniero o el Contratista, en el entendido que todos los gastos razonables en que pueda incurrir el Contratante por la repetición de las pruebas deberán deducirse del Monto del Contrato.”

Asimismo, el Artículo 18.9 de UNIDO-TKL dice:

“Si durante las pruebas mencionadas arriba, llegasen a ser evidentes defectos o mal funcionamiento de la Planta y/o el equipo suministrados o de cualquier parte de las Obras, el CONTRATISTA deberá tomar de inmediato las medidas necesarias para sustituir el equipo defectuoso y/o rectificar la parte defectuosa de las Obras en un plazo mínimo...”

86. En las Condiciones FIDIC-EMW se prevé también la situación en que tampoco una segunda prueba resulta satisfactoria:

Cláusula 29.6: “Si las Obras o una Sección de las mismas no superan las pruebas después de repetidas éstas, con arreglo a la subcláusula 5 de la presente cláusula, el Ingeniero tendrá derecho a:

“a) ordenar una nueva repetición de las pruebas en las condiciones de la subcláusula 5, o

“b) rechazar las Obras o la Sección, de conformidad con la cláusula 28 (Defectos anteriores a la recepción), si los resultados de las pruebas muestran que las Obras o la Sección no satisfacen las garantías de funcionamiento o las tolerancias convenidas especificadas en el Contrato, o si, en caso de no existir esas garantías o tolerancias, los resultados muestran que las Obras o la Sección no corresponden al Contrato, o

“c) expedir un Certificado de Recepción, si así lo desea el Contratante, a reserva de la reducción en el Monto del Contrato que en éste se prevea o, a falta de esa previsión, la que se acuerde por el Contratante y el Contratista o, a falta de acuerdo, la que se determine mediante arbitraje.”

87. Algunas veces las partes limitan el número de pruebas como también el plazo durante el cual éstas se han de repetir. Ejemplo de ello es al Artículo 26.10.1 de UNIDO-TKL:

“Con sujeción a las disposiciones de la subcláusula 26.10.2, este período de noventa (90) días será prorrogado si la(s) planta(s) no puede(n) funcionar normalmente y, en caso de que la prueba no fuese satisfactoria, se permitirá al CONTRATISTA que realice hasta dos (2) pruebas más dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes...”

88. Hasta ahora nos hemos ocupado de las pruebas insatisfactorias en que el contratista es responsable. El Artículo 26.12 de UNIDO-TKL se refiere a la interrupción de las pruebas de funcionamiento:

“Si por razones por las que no sea responsable el CONTRATISTA, se interrumpen la prueba o pruebas de capacidad de funcionamiento de diez (10) días, la(s) planta(s) será(n) puesta(s) en marcha de nuevo lo antes posible y la prueba o pruebas se realizarán inmediatamente después que la(s) planta(s) se encuentren en condiciones normales de funcionamiento. La duración de las pruebas se prolongará por el tiempo equivalente a esas interrupciones y se considerará que las pruebas se han realizado ininterrumpidamente...”

7. Acta de la prueba de funcionamiento

89. Generalmente las partes firman un acta para cada prueba. En las Condiciones FIDIC-EMW se prevé el caso en que el ingeniero del comprador no esté representado en las pruebas:

Cláusula 29.2: "Si el Ingeniero no señala un momento determinado, después de que se le ha pedido que lo haga, o no concurre en el momento o al lugar debidamente señalados para practicar dichas pruebas, el Contratista tendrá derecho a seguir adelante en su ausencia y las pruebas se darán como practicadas en presencia del Ingeniero y sus resultados se aceptarán como exactos."

90. En contraste con los de la CEPE y la FIDIC, los modelos de la ONUDI son muy concretos respecto de las actas de las pruebas. Por ejemplo, UNIDO-TKL se refiere a un informe de terminación de la construcción, un informe de terminación fisicomecánica y un informe de prueba de funcionamiento.

Las disposiciones pertinentes son las siguientes:

Artículo 18.4: "Una vez cumplidas satisfactoriamente las pruebas de inspección de la planta y/o equipo y/o de las distintas secciones de una planta, el CONTRATISTA y el COMPRADOR firmarán el informe de terminación de la construcción en el que constará que la Planta o una parte de la misma ha sido inspeccionada y está básicamente terminada y que se puede proceder sin riesgos a realizar los procedimientos previos a la puesta en funcionamiento de la Planta requeridos para probar el buen estado fisicomecánico y para demostración de las garantías fisicomecánicas. (En este informe de terminación de la construcción se podrán indicar en una nota los elementos de menor importancia que pueden ser terminados después de la puesta en marcha.)"

Artículo 18.7: "... Cuando todas estas operaciones y pruebas se hayan completado plena y satisfactoriamente separadamente y/o junto con... y se haya logrado la terminación fisicomecánica de las Obras, el CONTRATISTA preparará entonces un informe de terminación fisicomecánica que deberá ser firmado por ambas partes, previa inspección conjunta de la(s) Planta(s) o de las secciones de las instalaciones auxiliares y de servicios de que se trate, y una vez firmado este informe por ambas partes, se considerará que se ha logrado la terminación fisicomecánica de las Plantas o secciones o instalaciones auxiliares y de servicios pertinentes."

Artículo 26.13: "Después de terminada debidamente cualquier prueba de funcionamiento de conformidad con lo dispuesto en el Contrato (y que el COMPRADOR y el CONTRATISTA la hayan aceptado como una prueba satisfactoria), el CONTRATISTA deberá preparar un informe de prueba de funcionamiento que deberá ser firmado por el CONTRATISTA y presentado al COMPRADOR para su aprobación."

IX. TERMINACIÓN

A. Definición de terminación

91. No siempre es claro lo que se quiere dar a entender por "terminación". Esta noción se utiliza a veces para describir el fin de las obligaciones del contratista de suministrar y construir una planta, incluidas las pruebas de funcionamiento y la entrega. En realidad, es *este momento* de la terminación el que tiene efecto para el comprador. En las Condiciones Generales de la CEPE y la FIDIC parece haberse adoptado esta noción.

92. Por el contrario, la terminación figura en los modelos de contrato de la ONUDI antes de la puesta en marcha, las pruebas de funcionamiento y la recepción misma. En el Artículo 18.2 de UNIDO-TKL se dispone que:

"Se considerará que las Obras y/o secciones y/o partes de las mismas han sido terminadas cuando se hayan cumplido los requisitos de las cláusulas 18.4 a 18.7..."

Esos artículos se refieren a la terminación de la construcción (Artículos 18.4 y 18.5) y la terminación fisicomecánica (Artículos 18.6 a 18.7).

93. Así, para UNIDO-TKL el funcionamiento de la planta *sigue* a la terminación:

Artículo 18.10: "Tras la terminación fisicomecánica de cualquier planta y la realización de las pruebas de cada Planta de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 18.7 y en Anexo XX, la planta de que se trate será puesta en funcionamiento lo antes posible."

94. En UNIDO-TKL se utiliza también la noción de "producción comercial" para describir una etapa *posterior* a la terminación pero *anterior* a las pruebas de aceptación y a la aceptación misma:

Artículo 18.11: "Seguidamente se iniciarán las operaciones de la planta y cuando todas las secciones de las Plantas estén funcionando satisfactoriamente y se produzca en forma continuada amoníaco y urea de la calidad especificada durante () días a una capacidad del ()%, de conformidad con las disposiciones del Contrato, se considerará que la Planta se encuentra en producción comercial."

B. Momento de la terminación

1. Momento convenido

95. Uno de los elementos esenciales en un contrato de obras es el momento en que la planta está terminada y lista para que el comprador la explote. Las partes suelen, por consiguiente, fijar un término o un plazo para la terminación. Si las partes eligen un plazo, deben ponerse de acuerdo sobre su comienzo.

96. En CEPE 188A 574A se prevén tres situaciones diferentes, un plazo fijo para la terminación, un plazo estimado y la omisión de la mención de un plazo concreto:

Cláusula 20.1: "De no existir otra disposición expresa, el plazo de terminación de la obra se contará a partir de la última de las fechas siguientes:

"a) la fecha de perfección del contrato, según se define en el Artículo 2;

“b) la fecha en que el constructor reciba aviso de haberse concedido una licencia de importación, cuando ésta sea necesaria para la ejecución del contrato;

“c) la fecha en que el constructor reciba el anticipo, si en el contrato se prevé alguno, antes de que comience la fabricación.”

Cláusula 20.4: “Si el plazo de terminación ha sido fijado en el contrato tan sólo a título de indicación, cualquiera de las partes, una vez que hayan transcurrido las dos terceras partes de ese plazo aproximado, podrá requerir a la otra por escrito para que se convenga en un plazo fijo.

“Si en el contrato no se señala ningún plazo de terminación, cada una de las partes podrá recurrir al procedimiento arriba mencionado una vez que hayan transcurrido nueve meses desde que se perfeccionó el contrato.

“Si en alguno de estos dos casos las partes no llegan a un acuerdo, cualquiera de ellas podrá recurrir al arbitraje—en conformidad con las disposiciones del Artículo 28—para que se fije un plazo equitativo de terminación. El plazo así fijado se considerará como plazo de terminación estipulado en el contrato, y a él se aplicarán las disposiciones del párrafo 3 del presente artículo.”

97. En la mayoría de los casos el comprador estará interesado en que la planta se termine lo antes posible. Para estimular una terminación temprana las partes pueden convenir en establecer una prima.

La cláusula 13.3 de FIDIC-EMW, por ejemplo, contiene la siguiente disposición:

“Si en el Contrato se prevé el pago de una bonificación en relación con la Terminación de las Obras o de alguna de sus Secciones, ello se hará constar en la Parte II.”

98. En UNIDO-TKL se insta a una pronta terminación:

Artículo 18.1: “El CONTRATISTA deberá ejecutar los trabajos diligentemente y ceñirse estrictamente a lo estipulado en cuanto a la pronta terminación de las Obras, no obstante los plazos contractuales fijados en el Contrato.”

99. Además, en el mencionado modelo se emplea un concepto fuertemente objetado por los contratistas:

Artículo 11.1: “Los plazos del Contrato se considerarán de esencia para el cumplimiento del mismo.”

Artículo 11.2: “El CONTRATISTA declara explícitamente que está en condiciones de cumplir sus obligaciones contractuales dentro de los plazos fijados en este Contrato, y que posee los recursos técnicos y medios necesarios para cumplir sus responsabilidades en forma debida, eficiente y expedita.”

Artículo 11.3: “El CONTRATISTA conviene en que la terminación a tiempo de las Obras previstas (en virtud de este Contrato llave en mano) forma parte integrante de las responsabilidades asumidas por las partes en este Contrato, y, por consiguiente, el CONTRATISTA se compromete a cumplir estrictamente las

disposiciones contractuales relativas a los plazos, así como a cumplir sus obligaciones contractuales en forma rápida, competente y seria.”

2. Prórroga del plazo

100. Como la construcción de cada planta es una obra singular, no siempre es posible tener presentes todos los acontecimientos posteriores y cumplir todos los plazos previstos. Por ello, los contratos suelen contener disposiciones sobre prórroga del plazo.

101. En la cláusula 20.2 de CEPE 188A y 574A se estipula que:

“Si la terminación se retrasa por alguna de las circunstancias previstas en el Artículo 25, o por cualquier acto u omisión del comprador, el plazo de terminación se prorrogará teniendo equitativamente en cuenta todas las causas del retraso. Con excepción del caso previsto en el párrafo 5 del presente artículo, esta disposición se aplicará incluso si la causa del retraso sobreviene después de expirado el plazo contractual.”

102. Las condiciones FIDIC-EMW contienen disposiciones análogas, en las que se enumeran ocho diferentes razones para prorrogar el plazo, todas las cuales, como ocurre en CEPE, excluyen la culpa del contratista:

Cláusula 30: “Si a causa de:

“a) más trabajo o trabajo adicional,

“b) condiciones climáticas excepcionalmente adversas, imprevistas en el momento de la firma del contrato,

“c) instrucciones del Contratante que excedan de las especificadas en el presente Contrato,

“d) el hecho de que el Contratante no haya obtenido una licencia o un permiso de importación necesarios o que el Contratante no haya cumplido alguna de sus obligaciones previstas en el presente Contrato,

“e) retraso por parte de cualquier otro contratista a que haya recurrido el Contratante,

“f) cualquier suspensión de las Obras de conformidad con la cláusula 27,

“g) cualquier conflicto laboral, o

“h) cualquier causa, salvo que en el presente Contrato se disponga otra cosa, que escape al razonable control del Contratista.

“el Contratista se hubiera visto retrasado o impedido en la terminación de las obras, tanto si ese retraso o impedimento se producen antes como después del plazo o de la prórroga del plazo fijado para la terminación—siempre que el Contratista notifique por escrito sin demora al Contratante o al Ingeniero su pedido de prórroga del plazo—el Ingeniero deberá, una vez recibida esa notificación y las circunstancias pormenorizadas que justifiquen la petición, conceder en su momento por escrito, anticipada o retroactivamente, la prórroga que se justifique del plazo fijado en el Contrato para la terminación de las Obras. Todo retraso por parte de un Subcontratista que impida al Contratista terminar las obras dentro del plazo fijado por el Contrato para la

terminación de las obras dará derecho al Contratista a una prórroga del mismo si ese retraso se debiera a cualquier causa por la que el mismo Contratista tendría derecho a una prórroga del plazo con arreglo a la presente cláusula.”

103. UNIDO-TKL no se refiere a ninguna posible prórroga, pero establece en el artículo 11.4 que:

“El CONTRATISTA reconoce expresamente que el suministro de instalaciones, equipo, materiales y repuestos (junto con los servicios conexos) es fundamental para el cumplimiento de los plazos con miras a la terminación de las Obras, y, por la presente disposición, el CONTRATISTA asume la obligación y da garantías de que los suministros y servicios estipulados en virtud de este Contrato se conforman por su alcance a las condiciones sobre el plazo o plazos contractuales (expresos o implícitos), y, además, en previsión de cualquier demora o deficiencia en materia de suministros y/o servicios que deberá proporcionar, el CONTRATISTA se compromete a tomar medidas inmediatas para subsanar la demora y/o (en consulta con el COMPRADOR) deberá recurrir a otras fuentes inmediatamente disponibles, sin comprometer los criterios de calidad y/o cantidad aplicables a tales bienes y servicios.”

C. Terminación con retraso

104. Los efectos y remedios del retraso se tratan en la parte segunda, XI, *Demoras y recursos, infra*. Baste notar aquí que no puede haber un retraso indefinido y que, por consiguiente, en algunos contratos, el comprador tiene derecho a fijar una fecha final de terminación. En la cláusula 20.5 de CEPE 188A y 574A se prevé:

“En el caso de que siga sin terminar una parte de la Obra..., el comprador podrá exigir por escrito al Constructor que la termine y fijarle para ello un plazo definitivo teniendo equitativamente en cuenta la importancia de los retrasos ya producidos...”

X. RECEPCIÓN Y ACEPTACIÓN

A. Observaciones generales

105. La recepción implica generalmente la toma de posesión. La aceptación significa aprobación. Una de las principales obligaciones del comprador con arreglo a la Convención sobre compraventas es “recibir” las mercaderías (Artículo 53). Esta obligación implica realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega y hacerse cargo de las mercaderías (Artículo 60).

106. No siempre se define en los contratos de obras la obligación del comprador de hacerse cargo de éstas. En algunos casos la recepción se considera idéntica a la aceptación. En otros, la recepción efectiva está precedida por una aceptación (precedida a su vez por pruebas de aceptación o recepción; véase VIII, *Inspección y pruebas, supra*). Algunas veces la aceptación sigue a la recepción.

107. La obligación del comprador de recibir o aceptar no siempre se indica expresamente, pero puede deducirse de lo dispuesto en el contrato.

B. Condiciones previas de la recepción y la aceptación

108. En CEPE 188A y 574A se prevé la recepción de las obras:

Cláusula 22. “Aceptación”

“22.1 Una vez terminada la obra de conformidad con el contrato, y realizadas satisfactoriamente todas las pruebas de aceptación que se requieran a la terminación del montaje, se considerará que el comprador la ha aceptado y entrará en vigor el plazo de garantía...”

109. En este contexto, la recepción (“taking over”) es idéntica a la aceptación en el sentido de aprobación (véase también parte segunda, XV, *Garantías, infra*). Ni siquiera es necesario que el comprador se haga cargo realmente de las obras, pero se entiende que así lo ha hecho si se llenan dos condiciones previas:

a) que las obras se hayan terminado (véase IX, *Terminación, supra*); y

b) que las obras hayan superado todas las pruebas de aceptación (véase VIII, *Inspección y pruebas, supra*).

110. Estas condiciones previas suelen figurar en todos los contratos. La disposición pertinente en FIDIC-EMW es la siguiente:

“Recepción”

Cláusula 32.1: “Tan pronto como las Obras se hayan terminado de conformidad con el Contrato (excepto en aspectos menores que no afecten su utilización para la finalidad a que se destinan y sin perjuicio de las obligaciones del contratista con arreglo a la cláusula 33 (Defectos)) y han superado las Pruebas de Terminación, el Ingeniero extenderá un certificado al Contratista, con copia para el Contratante, (denominado en el presente contrato “Certificado de Recepción”) en el que dará fe de la fecha en que las Obras se han terminado y han superado dichas pruebas, y se entenderá que el Contratante se ha hecho cargo de las obras en la fecha así acreditada y, en adelante, la propiedad y el riesgo por pérdida o deterioro respecto de las obras o cualquier Sección o Parte de las mismas pasarán al Contratante, con sujeción a lo dispuesto en la cláusula 15 (Responsabilidad por accidentes y deterioros) y en la Cláusula 33 (Defectos), pero la expedición de un Certificado de Recepción no equivaldrá a una admisión de que las Obras están terminadas en todos sus aspectos.”

111. En el proyecto de modelo de la ONUDI hay dos tipos de aceptación, esto es, la provisional y la final. Las condiciones previas para la aceptación provisional en los diversos modelos son:

	TKL 18.14	STC 18.26	CRC 18.14
a) cuando se hayan proporcionado todos los certificados de inspección y de materiales;	X	X	X
b) cuando se haya preparado, y el ingeniero haya aprobado, una relación para el período de las garantías mecánicas;	X	X	
c) cuando se hayan suministrado todos los documentos enumerados en un Anexo, incluidos los planos en su forma terminada;	X	X	X

	TKL 18.14	STC 18.26	CRC 18.14
d) cuando se haya obtenido un informe de terminación de la construcción "civil";	X		
e) cuando se hayan realizado satisfactoriamente las pruebas;	X	X	
f) cuando se haya firmado el informe de terminación fisicomecánica;	X		X
g) cuando se haya presentado y aceptado el certificado de las pruebas de funcionamiento;	X	X	X
h) cuando se hayan cumplido satisfactoriamente los servicios de administración.	X		

112. En la contrapropuesta UNIDO-CRC se hace también la distinción entre aceptación provisional y aceptación definitiva. Se proponen, sin embargo, sólo tres condiciones previas para la expedición del certificado de aceptación provisional (Artículo 18.11):

- que se hayan proporcionado todos los certificados de inspección y materiales;
- que se hayan proporcionado todos los documentos con arreglo al Anexo;
- que el contratista haya presentado el certificado de las pruebas de funcionamiento y el comprador lo haya firmado.

113. En los modelos de la ONUDI, el comprador debe expedir un certificado de aceptación definitiva cuando se ha cumplido de manera satisfactoria con todos los requisitos contractuales dentro de los doce meses de la aceptación provisional de la planta (Artículo 18.20 de UNIDO-TKL y UNIDO-CRC, y Artículo 18.32 de UNIDO-STC).

114. La contrapropuesta UNIDO-CRC obedece a un concepto diferente. En ella la aceptación provisional se transforma en definitiva si el comprador no expresa reservas en el certificado de aceptación provisional. Si en el certificado de aceptación provisional se expresan reservas, la planta se entenderá definitivamente aceptada cuando se hayan contemplado de modo satisfactorio todas las reservas. El comprador extenderá entonces, sin demora, el correspondiente certificado de aceptación definitiva (Artículo 18.13 de la contrapropuesta). Existe además un plazo para la fecha más tardía de la aceptación definitiva que empezará a correr en la fecha efectiva del contrato.

115. Las anteriores disposiciones muestran que la terminación de la planta de conformidad con el contrato y el resultado satisfactorio de las pruebas son las exigencias mínimas para la aceptación. En las Condiciones CEPE-FIDIC no se distingue entre aceptación provisional y definitiva.

C. Acto de aceptación

116. En muchos contratos la recepción y la aceptación son actos solemnes. A veces, los representantes de ambas partes presencian las pruebas o examinan conjuntamente la planta. Pueden también acordar las modificaciones o rectificaciones necesarias. Ambas partes firman un acta de aceptación en la que se declara que la planta ha sido

entregada y aceptada. Si la planta comprende muchas máquinas y equipo que han sido sometidos a prueba individualmente, habrá una colección de actas de pruebas. La fecha de la firma de la última será la fecha de la aceptación.

117. En otros casos no se hace distinción entre prueba de funcionamiento satisfactorio y aceptación. Tal vez se entienda que la firma del acta de la última prueba de funcionamiento satisfactoria es la de la aceptación de la planta.

118. La Guía de la CEPE no se refiere a la aceptación como acto solemne. Se refiere a las pruebas de aceptación satisfactorias en cuanto indican la terminación general de la planta únicamente en relación con el retraso y el posible cálculo de penalizaciones (párrafo 40 ii).

119. Las Condiciones FIDIC-CEC no tratan expresamente la aceptación. No se prevé ningún acto solemne de aceptación, pero, tras la terminación de la obra (o de alguna parte sustancial de la misma), el contratista puede solicitar que se expida certificado de terminación y, tras un cierto tiempo, que en estas Condiciones se denomina "período de mantenimiento", un certificado de mantenimiento. Ello constituirá la aprobación de las obras (cláusula 61 de FIDIC-CEC).

120. Como antes se ha expresado, una de las principales condiciones previas para la aceptación provisional en el proyecto UNIDO-TKL es la presentación y aceptación del informe sobre la prueba de funcionamiento (véase también VIII, *Inspección y pruebas, supra*). Para la aceptación misma de la planta se expedirá un certificado especial, de conformidad con el artículo 26.13.1 de UNIDO-TKL:

"Si dicho informe es satisfactorio, el COMPRADOR, dentro de los treinta (30) días a partir del recibo del informe del CONTRATISTA, deberá emitir un certificado de aceptación o, en caso contrario, deberá comunicar al representante del CONTRATISTA en el Emplazamiento, dentro del mismo plazo, los motivos de no aceptación."

D. Aceptación parcial de las obras

121. Es posible la aceptación de parte de las obras si diferentes partes de la planta están listas en momentos diferentes y si es posible utilizarlas independientemente. FIDIC-EMW contiene dos disposiciones relativas a la recepción de partes:

Cláusula 32.1: "En caso de que las Obras estén divididas según el Contrato en dos o más Secciones, el Contratante tendrá derecho a recibir una o más Secciones antes que la otra u otras, tras lo cual el Ingeniero deberá extender un Certificado de Recepción al respecto."

Cláusula 32.2: "Si por acuerdo entre el Contratante, el Ingeniero y el Contratista hubiera que recibir una Parte de las Obras (distinta de una Sección o Secciones) antes del resto de las Obras, el Ingeniero extenderá un Certificado de Recepción respecto de esa parte."

E. Aceptación presunta

122. Existen casos en que se entiende que el comprador ha aceptado las obras o la planta. A continuación se dan algunos ejemplos:

a) Incumplimiento de ciertos actos por parte del comprador

El comprador está obligado a recibir las obras. Ello implica realizar todos los actos necesarios que permitan al contratista efectuar la entrega. Si, por ejemplo, las pruebas de funcionamiento no pueden practicarse porque el comprador no cumplió sus obligaciones acerca del material, el agua, la energía, los trabajadores, etc., se entiende generalmente que aquél ha aceptado la planta.

b) Oposición del comprador a que se practiquen las pruebas de recepción

En la cláusula 22.2 de CEPE 188A y 574A se expone lo siguiente:

“Si el comprador no desea que se efectúen las pruebas de aceptación, se considerará que ha aceptado la obra y el plazo de garantía entrará en vigor mediante simple notificación por escrito del constructor.”

FIDIC-EMW se refiere a una situación análoga:

Cláusula 32.4: “Si, a causa de algún acto u omisión del Contratante o del Ingeniero, o de algún otro contratista a que haya recurrido el Contratante, se impidiera al Contratista llevar a cabo las pruebas de terminación, y a menos que mientras tanto se haya demostrado que las Obras no se conforman sustancialmente con el contrato, se entenderá que el Contratante se ha hecho cargo de las obras y el Ingeniero expedirá, en consecuencia, un Certificado de recepción;...”

c) Postergación de las pruebas de recepción

En las cláusulas 22.3 de CEPE 188A y 574A se estipula que:

“Si como consecuencia de las dificultades con que tropieza el comprador—independientemente de que estén previstas o no en el artículo 25—resulta imposible efectuar las pruebas de aceptación, éstas quedarán aplazadas por un período que no excederá de seis meses, o por el plazo que las partes fijen de común acuerdo, y se aplicarán las siguientes disposiciones:

“a) El comprador estará obligado a efectuar los pagos como si la aceptación hubiese tenido lugar,...

“f) Si al expirar el plazo de seis meses o el plazo fijado por las partes de común acuerdo no se hubieran efectuado las pruebas, se aplicará lo dispuesto en el párrafo 22.2 en el caso de no ser aplicable el Artículo 25.”

d) Conducta del comprador

Aparte de las pruebas de funcionamiento, hay otros casos en que se entiende que el comprador ha aceptado la planta. En la cláusula 32.1 de FIDIC-EMW se prevé:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en la subcláusula 3 de la presente cláusula, el Contratante no utilizará las Obras

ni ninguna Sección o Parte de las mismas hasta que se haya expedido un Certificado de Recepción al respecto. Si, a pesar de ello, el Contratante utiliza las Obras o una Sección o Parte de las mismas se entenderá que las Obras o esa Sección o Parte han sido recibidas.”

e) Demora en la aceptación

El proyecto UNIDO-TKL contiene también una disposición sobre la aceptación presunta. Según el Artículo 26.13.2 la no expedición del certificado de aceptación antes mencionado no impide en todos los casos la aceptación:

“... en caso de que el COMPRADOR no expida el certificado de aceptación o no informe al CONTRATISTA en la forma dispuesta en la subcláusula 26.13.1, el CONTRATISTA deberá pedir al COMPRADOR una explicación de la demora y si el COMPRADOR no responde dentro de un nuevo plazo de treinta (30) días, se considerará que, en la fecha en que se completó satisfactoriamente la prueba, ha tenido lugar la aceptación de la Planta que fue sometida a prueba.”

F. Negativa a aceptar

123. De lo anterior se deduce que el comprador puede negarse a aceptar las obras si la planta no ha sido construida de conformidad con el contrato o si no está terminada o si las pruebas no se han efectuado satisfactoriamente. Sin embargo, el comprador debe aceptarlas si existen sólo defectos menores o sin importancia (véase cláusula 32.1 de FIDIC-EMW, *supra*, párrafo 121).

124. En los modelos de la ONUDI los defectos menores no autorizan al comprador a rehusar la aceptación. Esto no se expresa en los proyectos, pero se desprende de otras disposiciones. Al parecer, se expedirá el certificado de aceptación provisional incluso si:

a) las pruebas no han sido satisfactorias y el comprador reclama los daños y perjuicios pactados (Artículo 18.17 de UNIDO-TKL);

b) se necesitan reparaciones que ha de efectuar el contratista (Artículo 18.18 de UNIDO-TKL).

G. Efectos jurídicos de la recepción y aceptación

125. Al aceptar la planta, el comprador reconoce que el contrato se ha cumplido debidamente. Sin embargo, las partes pueden declarar los defectos, si los hubiere, en el acta de aceptación y acordar un plazo para rectificarlos.

126. De acuerdo con la cláusula 32.1 de FIDIC-EMW “la expedición de un Certificado de Recepción no equivaldrá a una admisión de que las Obras están terminadas en todos los aspectos.”

127. UNIDO-TKL y UNIDO-CRC contienen una disposición semejante:

Artículo 18.16: “La aceptación provisional de la Planta por el Comprador o el hecho de que el COMPRADOR se haga cargo de cualquier parte o sección determinada de la(s) planta(s), no... se interpretarán

como prueba de que fragmentos de las Obras, partes, secciones y/o materiales de la Planta hayan sido terminados.”

Análogamente, en UNIDO-STC:

Artículo 18.28: “La aceptación provisional de la(s) planta(s) por el COMPRADOR o el hecho de que el COMPRADOR tome posesión de cualquier parte o sección determinada de la(s) Planta(s), no exonerará en modo alguno al CONTRATISTA de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de este contrato, ni se interpretará como prueba de que la(s) planta(s) están libres de defectos.”

128. Un grupo internacional de contratistas ha criticado estas disposiciones, afirmando que un informe firmado debe significar lo que en él se expresa y que cualquier reserva al respecto debe hacerse constar en el informe (véase ID/WG.318/4, párrafo 23).

129. Según la cláusula 32.1 de FIDIC-EMW, el efecto jurídico de la aceptación y la recepción es que la propiedad y el riesgo por pérdida o deterioro de las obras pasan al comprador.

130. De acuerdo con la cláusula 22.1 de CEPE 188A y 574A, el plazo de garantía comienza en la fecha de aceptación.

131. Con arreglo al artículo 18.19 de UNIDO-TKL el comprador, una vez se ha hecho cargo, “será responsable por la administración, funcionamiento y mantenimiento de las Obras y tomará y mantendrá los seguros que se considere necesario”.

132. Algunas veces el período de crédito, el pago de cuotas o el pago de intereses comienzan en la fecha de la aceptación. No obstante, este efecto se excluye a veces expresamente. Por ejemplo, según la cláusula 62(1) de FIDIC-CEC, el certificado de mantenimiento que señala la aprobación o aceptación de las obras no es condición precedente al pago al contratista.

133. Por el contrario, conforme al Artículo 26.15 de UNIDO-TKL, el certificado de aceptación da derecho al adquirente a recibir el pago:

“La expedición de estos certificados de aceptación provisional darán al CONTRATISTA el derecho... a recibir los pagos exigibles a la terminación de las pruebas de garantía y a la aceptación de la Planta, en conformidad con el Artículo 20.”

[A/CN.9/WG. V/WP. 4/Add. 4*]

XI. DEMORAS Y RECURSOS

A. Observaciones preliminares

1. Por regla general, las partes de un contrato deben cumplirlo según sus estipulaciones. Esta obligación se refiere no sólo a la propia ejecución sino también al plazo en el cual ésta debe concluirse. Si una parte no cumple sus obligaciones en el plazo fijado por el contrato, existirá una “demora” según los términos del contrato.

2. Las demoras en la ejecución de un contrato pueden producirse en diferentes etapas del mismo y pueden ser causadas por incumplimiento del contrato por las partes o pueden deberse a causas que escapan del control de las partes.

3. La parte agraviada puede pedir que se remedie la situación de demora. El remedio dependerá de la gravedad y seriedad de la demora. En vista de la índole de los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales cabe prever que estén esencialmente orientados al cumplimiento y que sólo como medida de último recurso la parte agraviada tendrá derecho a poner fin al contrato.

B. Clases de demoras y sus remedios

1. *Demora en el cumplimiento de las obligaciones principales*

a) Terminación

4. En caso de demora en la realización de las obras, la cláusula 47 del texto FIDIC-CEC estipula que:

“... el Contratista ... deberá abonar al Contratante la suma que se indica en el Contrato para liquidación de daños y perjuicios causados por dicho retraso y no en concepto de penalidad por cada día o parte de un día que transcurra entre la fecha prescrita por la cláusula 43 del presente documento y la fecha en que se certifique la terminación de las Obras ...”

5. Sin embargo, la misma cláusula del texto FIDIC-CEC continúa más adelante:

“El pago o la deducción de dichos daños y perjuicios no exonerará al Contratista de su obligación de terminar las Obras y de ninguna de sus demás obligaciones ni responsabilidades emanantes del Contrato.”

6. Según la cláusula 31.1 del texto FIDIC-EMW, el comprador también tiene derecho “a una reducción del monto del contrato a menos que de las circunstancias del caso especial se pueda llegar razonablemente a la conclusión de que el Empleador no ha sufrido pérdida alguna”. La cantidad exacta de esta reducción se determinará según las cifras proporcionadas en un apéndice de la propuesta.

7. Si las obras permanecen sin terminar por mucho tiempo, la cláusula 31.2 del texto FIDIC-EMW estipula que:

“Si alguna Parte de las Obras respecto de la cual el Contratante tiene derecho a la reducción máxima según la subcláusula 1 de esta cláusula queda sin terminar, el Contratante podrá, mediante notificación por escrito al Contratista, requerir de éste que la termine y en tal notificación fijará plazo final para la terminación, el cual deberá ser razonable teniendo en cuenta la demora que ya ha ocurrido. Si por cualquier causa que no sea imputable al Contratante o algún otro contratista empleado por él, el Contratista dejara de terminar las Obras dentro de ese plazo, el Contratante podrá, mediante otra notificación por escrito al Contratista, o bien

“a) pedir al Contratista que termine esa Parte de la Obra, o

* 27 mayo 1981.