

artículo. Queda expresamente convenido que el constructor no satisfará indemnización alguna al comprador por accidentes corporales ni materiales ajenos al objeto del contrato que se produzcan después de la aceptación, así como tampoco por el *lucrum cesans*, a menos que de las circunstancias del caso resulte que el constructor ha cometido una falta grave.”

49. Según la cláusula 23.15 de los mismos textos:

“Se entenderá por ‘falta grave’ todo acto u omisión del constructor que permita suponer una falta de precaución manifiesta, atendida la gravedad de las consecuencias que para un profesional concienzudo serían normalmente previsibles, o que permita suponer de parte del constructor una deliberada despreocupación por esas consecuencias; pero no se considerará como tal un descuido o torpeza cualquiera.”

50. La cláusula 24.1 trata de la responsabilidad por lesiones corporales o daños materiales que ocurran antes de que se hayan aceptado las obras.

51. La cláusula 15.5 del texto FIDIC-EMW dice:

“Si después de iniciado el Período de Responsabilidad por los Defectos se produce respecto de una sección o parte de las obras alguna pérdida, lesión o daño respecto de bienes (que no formen parte de las obras todavía no aceptadas) o personas a causa de un evento ocurrido antes de la iniciación del Período de Responsabilidad por los Defectos, la responsabilidad del Contratista, con sujeción a la cláusula 16.4 (Limitación de la responsabilidad), será la siguiente:

“... ”

“b) En cuanto a los daños a bienes o las lesiones a personas, y a las acciones, pretensiones, demandas, costos, gastos y gravámenes que se planteen en relación con los mismos, el Contratista será responsable por ellos en la medida en que esos daños o lesiones se deban a negligencia del Contratista o de un subcontratista, o a defectos en el diseño (salvo que se trate de un diseño hecho, suministrado o especificado por el Contratante y respecto del cual el Contratista ha rechazado toda responsabilidad dentro de un plazo razonable después de recibidas las instrucciones del Contratante), los materiales o la ejecución, pero no a otras causas.”

52. La cláusula 22 del texto FIDIC-CEC contiene una norma más general:

“(1) El Contratista, salvo y en la medida en que el Contrato especifique lo contrario, deberá indemnizar al Contratante contra todas las pérdidas y reclamaciones con respecto a lesiones o daños causados a cualquier persona o materiales o daños físicos a cualquier propiedad que sea que se puedan producir como efecto o consecuencia de la ejecución y mantenimiento de las Obras, así como contra todas las reclamaciones, daños, costas, gastos y desembolsos de cualquier clase que sean con respecto a o en relación a las mismas, excepto cualquier compensación o daños por o con respecto a:

“a) El uso permanente u ocupación de terrenos por las obras o por cualquier parte de las mismas.

“b) El derecho del Contratante a ejecutar las obras o cualquier parte de las mismas sobre, por encima, por debajo, dentro o a través de cualquier terreno.

“c) Lesiones o daños sufridos por personas o bienes, que sean resultado inevitable de la construcción de las Obras de acuerdo con el Contrato.

“d) Lesiones o daños sufridos por personas o bienes, que resulten de algún acto o descuido del Contratante, sus agentes, servidores u otros contratistas (que no sean empleados por el Contratista) así como todas las reclamaciones, demandas, daños, costos, gastos y desembolsos con respecto a o en relación a las mismas o cuando el Contratista, sus servidores o agentes hayan contribuido a la lesión o al daño, tal parte de la compensación que sea justa y equitativa teniendo en cuenta la extensión de la responsabilidad del Contratante, sus servidores o agentes u otros por el daño o lesión.”

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.5*]

XIII. EXONERACIÓN

A. Introducción

1. La mayoría, si no todos, los sistemas jurídicos contienen disposiciones sobre circunstancias imprevistas o inevitables que obstaculizan, impiden o demoran la ejecución de un contrato. La naturaleza y el alcance de esas circunstancias que afectan al contrato difieren en diversos grados según los diferentes sistemas jurídicos. Las dos doctrinas principales que se han desarrollado para tratar esas circunstancias son la fuerza mayor y la frustración, aunque la primera de estas doctrinas puede significar cosas diferentes en los distintos sistemas jurídicos.

2. Las partes suelen insertar cláusulas de “fuerza mayor” o de “frustración” para ampliar o estrechar el ámbito de las dos doctrinas. En ese tipo de cláusulas, las partes pueden también asignar sus riesgos de una manera más precisa teniendo en cuenta la naturaleza de la ejecución del tipo de contrato de que se trate.

3. En este estudio, el término “exoneración” se utiliza para abarcar circunstancias en que se exime de responsabilidad a las partes. Aunque respecto de las circunstancias en examen pueda ocurrir una superposición de las doctrinas de fuerza mayor y de frustración, el término “exoneración” se utiliza con el objeto de evitar confusiones ya que puede haber acontecimientos que no correspondan al ámbito de ninguna de las dos doctrinas según se las interpreta en los diferentes sistemas jurídicos. No obstante, los términos “fuerza mayor”, “frustración” y otras expresiones se utilizarán cuando se examinen cláusulas tomadas de contextos en que se empleen dichos términos.

4. La cláusula de exoneración constituye una de las cláusulas más importantes de todo contrato de obras; trata esencialmente de la situación de los riesgos en caso de que cambien las circunstancias. Esa cláusula puede evitar la

* 17 marzo 1981.

rescisión automática del contrato, medida que podría ser demasiado drástica y no convenir a los intereses mutuos de ambas partes. A nivel regional, por ejemplo en la CEPE, se han hecho intentos por redactar cláusulas de "eximición de la responsabilidad" para su uso en contratos de suministro y montaje de plantas y maquinaria. Las Condiciones Generales de la CEPE están concebidas para su aplicación en diferentes sistemas jurídicos. A nivel mundial, las disposiciones sobre "exenciones" de la Convención sobre Compraventas proporcionan un ejemplo satisfactorio de armonización en esta esfera del derecho en el contexto de la compraventa de mercaderías. En contratos de obras, las partes también han procurado modificar las doctrinas de fuerza mayor y frustración a fin de determinar las clases de emergencia que suspenderían o rescindirían sus obligaciones y también las consecuencias de esa suspensión o rescisión.

B. Circunstancias de exoneración

1. Cláusulas de "fuerza mayor" en estipulaciones contractuales

5. Del examen de diversos contratos de obras se desprenden varios enfoques:

a) Se hace referencia a la ley aplicable al contrato sin ningún intento por ampliar o estrechar su ámbito. Por ejemplo, en una cláusula se hace referencia a "los Artículos 513 y 514 del Código Civil".

b) Por lo general, las cláusulas de "fuerza mayor" son definidas por las partes pero no se hace ningún intento por explicar los acontecimientos exonerantes. Por ejemplo, una cláusula dice lo siguiente: "Ninguna de las partes será responsable por incumplimiento o demora en el cumplimiento de ninguna obligación del presente contrato (con excepción del pago de cualquier suma que se deba en virtud del mismo) por causas que estén razonablemente fuera de su control." Esta cláusula se ha tomado de uno de los contratos que se habían de ejecutar en Trinidad y Tabago. La cláusula debe leerse en conjunción con la ley aplicable al contrato.

c) En algunas cláusulas de fuerza mayor se procura enumerar, con diverso grado de detalle, las circunstancias exonerantes. Pero la mayoría de ellas son sólo ilustrativas del alcance y dejan la resolución de la cuestión en manos de un juez o árbitro. En otras cláusulas se procura formular una lista más amplia, aunque no exhaustiva, y se concluye con una cláusula general, por ejemplo, "... sin perjuicio de su carácter general, toda otra circunstancia o acontecimiento que razonablemente esté fuera del control de los vendedores".

6. Los siguientes criterios se encontraron en las definiciones de "fuerza mayor" o en otras cláusulas similares, pero en diversas combinaciones:

- Circunstancias imprevistas
- Eventos previstos pero inevitables
- Eventos imprevistos
- Causas fuera del control de las partes
- Impedimentos al cumplimiento de las obligaciones

Imposibilidad de impedir el evento pese al ejercicio de cuidado y diligencia razonables

Evento ocurrido después de la conclusión del contrato

Evento no imputable a ninguna de las partes

7. Con sujeción a variaciones en cuanto al alcance y la precisión, las siguientes son algunas circunstancias exonerantes encontradas en cláusulas de "fuerza mayor":

Desastres naturales (por ejemplo, relámpagos, terremotos, tormentas e inundaciones)

Obstáculos de orden político (por ejemplo, actos del enemigo, revoluciones, disturbios, sabotaje, embargos, retiro de licencias)

Obstáculos de índole económica (por ejemplo, retiro de licencias, embargos, conflictos industriales, huelgas, cierres forzados, disturbios industriales, escasez de mano de obra, acción concertada de los obreros)

Obstáculos de orden jurídico (por ejemplo, medidas gubernamentales)

Obstáculos en los transportes (por ejemplo, demoras de los barcos, naufragios)

Otros obstáculos (por ejemplo, explosiones, rotura de maquinaria, accidentes, robo)

2. Condiciones de la CEPE 188A y 574A

8. La cláusula 25.1 de las condiciones generales de la CEPE 188A dice lo siguiente:

"Se considerarán como causas eximentes de responsabilidad, si se originan después del perfeccionamiento del contrato e impiden su ejecución: los conflictos de trabajo y cualesquiera otras circunstancias tales como incendio, movilización, requisa, embargo, restricciones monetarias, insurrección, insuficiencia de medios de transporte, escasez general de materiales o restricciones en el uso de la energía, siempre que esas otras circunstancias sean independientes de la voluntad de las partes."

9. La cláusula 25.1 de las condiciones generales de la CEPE 574A dice lo siguiente:

"Se considerarán como causas eximentes de responsabilidad, si se originan después del perfeccionamiento del contrato e impiden su ejecución en condiciones normales, todas las circunstancias independientes de la voluntad de las partes. Se entenderán independientes de la voluntad de las partes, a los efectos de este artículo, aquellas circunstancias que no sean debidas a una falta de la parte que las invoca."

10. La diferencia entre los textos 188A y 574A es que el primero contiene algunas referencias específicas a los diversos tipos de circunstancias de eximición comprendidos en su ámbito. La enumeración de texto 188A no es exhaustiva sino sólo ilustrativa de algunos casos de exención contemplados.

11. En virtud de ambas cláusulas, las circunstancias deben ocurrir después de la formación del contrato y deben estar fuera del control de las partes. Tiene que haber una conexión entre la circunstancia y la ejecución del contrato. El texto 188A habla de circunstancias que "impiden su

ejecución" mientras que en el texto 574A se habla de circunstancias que "impiden su ejecución en condiciones normales". La frase "condiciones normales", que califica a la "ejecución", se consideró suficiente para excluir huelgas y los conflictos industriales que podrían impedir la ejecución pero que quizá no fueran "condiciones normales", dependiendo por supuesto de la naturaleza de la huelga o conflicto industrial.

3. FIDIC-CEC

12. Todo contrato de obras comprende invariablemente algunas obras de ingeniería civil. La disposición sobre "frustración" del texto FIDIC-CEC dice:

Cláusula 66: "Si una guerra u otros circunstancias que escapen al control de ambas partes surgieran con posterioridad a la conclusión del Contrato en forma tal que cualquiera de las dos partes se ve imposibilitada de cumplir sus obligaciones contractuales, o de acuerdo con las leyes que rigen el Contrato las partes quedan exoneradas de cualquier cumplimiento ulterior, entonces la suma pagadera por el Empleador al Contratista con respecto al trabajo ejecutado será la misma que la que hubiera sido pagadera de acuerdo con la cláusula 65 del presente instrumento si el Contrato hubiera sido terminado de acuerdo con las provisiones de la cláusula 65 del presente instrumento."

13. En esta cláusula se disponen dos categorías de "frustración": en primer lugar, "circunstancias fuera del control de ambas partes" (por ejemplo, "la guerra") que impiden el cumplimiento de las obligaciones contractuales; en segundo lugar, cuando las leyes que rigen el contrato exoneran a las partes de cualquier cumplimiento ulterior.

14. Además, en el texto FIDIC-CEC hay una enumeración de "riesgos especiales" en la cláusula 65 (5). Estos riesgos pueden subsiguientemente conducir a la "frustración" del contrato según lo estipulado en la cláusula 66:

"Los riesgos especiales son guerra, hostilidades bélicas (ya sea guerra declarado o no), invasión, hostilidades de enemigos extranjeros, los riesgos nucleares y de presión de las ondas descritas en la cláusula 20 (2) del presente documento, o en tanto cuanto se relaciona con el país en el que se ejecutan o van a ser ejecutadas o mantenidas las Obras, rebelión, revolución, insurrección, ejercicio de poder militar o usurpado, guerra civil, o, a menos que estuviese restringida solamente a los empleados del Contratista o de sus Subcontratistas y que resultasen de la dirección de las Obras, tumulto, conmoción o desorden."

4. FIDIC-EMW

15. Todos los contratos de obras comprenden invariablemente obras eléctricas y mecánicas. El texto FIDIC-EMW contiene la siguiente cláusula de "frustración":

Cláusula 48: "Si una guerra u otra circunstancia fuera del control de ambas partes se produce después de concluido el contrato de modo que en virtud de la ley que rige el contrato las partes están eximidas de cumplimiento ulterior, la suma pagadera por el Empleador al

Contratista respecto de la obra ejecutada será la misma que hubiera debido pagarse en virtud de la cláusula 46 si el contrato se hubiera terminado en virtud de las disposiciones de la cláusula 46."

16. Esta cláusula es similar a la del texto FIDIC-CEC (véase el párrafo 12 *supra*). Sin embargo, dispone que la determinación de la cuestión de "frustración" se haga con referencia únicamente a la ley que rige el contrato.

17. Los "riesgos especiales" definidos en el texto FIDIC-EMW son similares, aunque no idénticos, a los del texto FIDIC-CEC (véase el párrafo 14 *supra*). La cláusula 47.5 del primer instrumento citado dice:

"Los riesgos especiales son los de ondas nucleares y de presión descritos en la cláusula 15.1 b) iii) y IV o, en la medida en que se relacionen con el país en el que se han de ejecutar las obras, guerra, hostilidades (declaradas o no declaradas), invasión, actos de enemigos externos, rebeliones, revoluciones, insurrecciones, ejercicio de poder militar o usurpado, guerra civil, o, a menos que estuviesen restringidas solamente a los empleados del contratista o de sus subcontratistas y que resultasen de la dirección de las obras, tumulto, conmoción o desorden."

En el instrumento FIDIC-EMW, con excepción de los riesgos de ondas nucleares y de presión, todos los otros riesgos enumerados en la cláusula precedente deben relacionarse con el país en el que se ejecutan las obras. Estos incluyen guerra, hostilidades (declaradas o no) e invasión. Sin embargo, según el instrumento FIDIC-CEC no es necesario que los riesgos de guerra, hostilidades e invasión estén relacionados con el país en que se realizan las obras.

5. Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial)

18. En los tres modelos de contrato de la ONUDI se adopta el mismo enfoque en cuanto a la definición de fuerza mayor. Para facilitar la labor, se hace referencia a la cláusula 34.1 del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables:

"A los fines del presente Contrato, se considerarán causas de Fuerza Mayor las que, estando razonablemente fuera del control del CONTRATISTA o del COMPRADOR (según sea el caso), impidan, inhiban o demoren la ejecución apropiada de este Contrato por la parte obligada, y que la parte afectada no pueda controlar pese a hacer todos los esfuerzos posibles por superar la demora, impedimento o inhibición."

En el Artículo 34.1 se incluyen los siguientes como casos de Fuerza Mayor:

Guerra o lucha armada;

Desórdenes o disturbios civiles;

Terremotos, inundaciones, tempestades, tormentas eléctricas, condiciones climáticas no usuales, u otros desastres físicos naturales. Imposibilidad de utilizar ferrocarriles, puertos, aeropuertos, servicios de embarque u otros medios de transporte (que ocurran en forma concomitante y cuya ocurrencia se pruebe a entera satisfacción del COMPRADOR);

Accidentes, incendios o explosiones;

Huelgas, cierres, o acciones concertadas de los trabajadores (salvo cuando la parte involucrada en la Fuerza Mayor está en condiciones de impedir dichos actos);

Escasez o no disponibilidad de materiales (en las fuentes normales y en otras fuentes posibles), si ello escapa al control del CONTRATISTA, lo cual deberá probarse a entera satisfacción del COMPRADOR."

6. Convención sobre los contratos de compraventa

19. La mayoría de los contratos para el suministro y la construcción de grandes obras industriales probablemente quedarán comprendidos en el ámbito de la Convención sobre compraventa. No obstante, el enfoque adoptado en la cláusula sobre "exoneración" de la Convención puede ser pertinente al considerar una cláusula de exoneración en un contrato de obras. El Artículo 79 (1) dice:

"Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias."

20. Las condiciones para que una parte no sea responsable por falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones en virtud del Artículo 79 (1) son similares a las de algunas cláusulas de fuerza mayor de contratos de obras.

21. La Convención dispone también la exoneración en caso de falta de cumplimiento por una tercera parte a la que el vendedor haye encargado la ejecución total o parcial del contrato. El Artículo 79 (2) se entiende limitado a la exoneración de un subcontratista y no de un proveedor. Dicho artículo dice lo siguiente:

"Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

"a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

"b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo."

7. Cláusula de "fuerza mayor" de la CCI

22. La CCI ha redactado una cláusula de "fuerza mayor" para insertar en "contratos que se hayan de ejecutar por etapas o con ejecución diferida especialmente en la práctica internacional". En su informe sobre "cláusulas de fuerza mayor y de iniquidad en contratos internacionales" se dice que "es necesario adaptar las cláusulas a la situación económica básica que han de regir" (documentos Nos. 460/233, 460/247 y 460/262).

23. Entre los tipos de contrato que se examinaron en la preparación de la cláusula de fuerza mayor de la CCI figuraban "contratos relativos a la construcción de grandes complejos industriales, de minería, agrícolas o de construcción, y particularmente los llamados 'llave en mano'".

24. Se sugirió la siguiente cláusula de fuerza mayor (revisada en 1980):

"Cláusula de exención de responsabilidad"

"I. Definición de circunstancias que eximen de responsabilidad"

"1) Evento de "fuerza mayor"

"Toda circunstancia que exime a una de las partes de su responsabilidad puede ser definida como cualquier evento de fuerza mayor, o cualquier evento imprevisto que escape al control de esa parte, en la medida en que ésta no pueda impedir su ocurrencia o anticipar sus efectos, y que le impida temporal, o permanentemente cumplir sus obligaciones contractuales total o parcialmente, teniendo en cuenta la diligencia que razonablemente se podría exigir de esa parte.

"2) Otras circunstancias"

"Toda circunstancia que exime a una de las partes de su responsabilidad puede ser definida como cualquiera de uno de los siguientes eventos cuando por su naturaleza impiden a una de las partes cumplir temporal o permanentemente sus obligaciones en todo o en parte:

"a) guerra y guerra civil, declarada o no, disturbios y revoluciones, actos de piratería, boicot;

"b) actos de sabotaje, requisiciones, confiscaciones, nacionalizaciones, embargos y expropiaciones;

"c) tormentas violentas, ciclones, terremotos, maremotos, destrucción por tormentas eléctricas y otros desastres naturales;

"d) explosiones, incendios, destrucción de máquinas, de fábricas y de cualquier clase de instalaciones en la medida en que estos hechos no sean imputables a negligencia de la parte que los invoca;

"e) huelgas y cierres forzados de todas clases, incluido el "trabajo a reglamento", ocupación de fábricas e instalaciones, huelgas que no constituyen una interrupción del trabajo, e interrupciones del trabajo producidas en empresas de una de las partes, se haya seguido o no el procedimiento preliminar de conciliación establecido por la ley, y sin necesidad de examinar las causas de estos acontecimientos;

"f) actos de las autoridades, sean o no justificables jurídicamente, y sean o no arbitrarios, aparte de aquellos por los que una de las partes asume el riesgo en virtud de otras disposiciones de este contrato;

"g) suspensión o interrupción, por motivos no imputables a una de las partes, de los suministros normales de productos primarios, materiales, energía u otros artículos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones, o la reducción importante de esos suministros siempre que en este último caso la parte haya realizado una asignación razonable de sus suministros entre sus diferentes co-contratistas y siempre que en todos los casos la parte haya demostrado que ha tomado las medidas razonables requeridas de ella en esas circunstancias para proporcionar sustitutos;

"h) incumplimiento de proveedores o subcontratistas a causa de eventos que les afectan y constituyen circunstancias eximentes de responsabilidad, en la

medida en que les sean aplicables, con el significado dado en el presente contrato, siempre que la parte haya demostrado que ha tomado todas las medidas razonablemente requeridas de ella para proporcionar sustitutos respecto del incumplimiento;

"i) imposibilidad para la parte de revender los productos manufacturados—transportados—suministrados—en virtud del contrato, como resultado de circunstancias por las cuales no es responsable;

"j) imposibilidad de garantizar medios de transporte adecuados a causa de las condiciones del mercado, cualquier evento eximente de responsabilidad según el significado dado en el presente contrato que afecte al transporte, los puertos, las instalaciones marítimas o aéreas o el transporte terrestre, así como a las empresas de transporte cuya asistencia se requiera para la ejecución del contrato, siempre que la parte haya demostrado que ha tomado todas las medidas que razonablemente se podrían requerir de ella para proporcionar sustitutos respecto de estos incumplimientos;

"k) (en este apartado se podrían incluir, si se considerase conveniente, otras circunstancias particulares a cada contrato).

"Las partes especifican que en ningún caso los siguientes eventos serán considerados como circunstancias eximentes de responsabilidad:

"a) denegación, por las autoridades públicas competentes, de la autorización para las licencias, los permisos de entrada y residencia, o las aprobaciones necesarias para que se pueda ejecutar este contrato;

"b) ... (si se desea, en este apartado se pueden insertar otros eventos cuyo riesgo debe ser asumido por una de las partes)."

25. La cláusula de la CCI no está integrada como parte de un conjunto de condiciones generales aplicables a un tipo de contrato específico. Se formuló en el entendimiento de que "sería necesario adaptarle según el tipo de contrato y los requisitos de la ley nacional aplicable".

C. Notificación

1. Obligación de notificar

26. La parte que alega un acontecimiento eximente de responsabilidad debe por lo general notificar a la otra parte del evento que le impide el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones en virtud del contrato. El método de notificación no parece diferir mucho entre un tipo de contrato y otro, es decir, ya se trate de un contrato de obras o de un contrato de compraventa. A continuación se dan los siguientes tipos de notificación encontrados en estipulaciones contractuales, condiciones generales, los modelos de contrato de la ONUDI y la Convención sobre compraventa:

Notificación por escrito

Cualquier medio

Notificación por escrito enviada por vía aérea

Telegrama o télex, cuando se disponga de esos medios de comunicación, y confirmación por carta aérea certificada

Mediante notificación

27. En la notificación, el evento de "fuerza mayor" puede ser certificado:

Por una autoridad pública del país en que hayan ocurrido las circunstancias, por ejemplo, notario público, gobierno local o federal, según sea el caso

Por una consulado

Por una cámara de comercio

Cuando la fuerza mayor se produce fuera del país del proveedor, el evento puede ser certificado por la cámara de comercio local y confirmado por la embajada del país del proveedor.

28. El plazo la notificación varía. Se han encontrado los siguientes plazos:

Inmediatamente

Sin demoras

Dentro de un plazo convenido.

29. Aun cuando no haya disposiciones concretas sobre notificación, cada una de las partes debe informar o comunicar a la otra parte cualquier evento eximente de responsabilidad que desee alegar posteriormente.

30. La cláusula 25.2 de las Condiciones Generales de la CEPE 188A y 574A disponen:

"La parte que alegue las circunstancias mencionadas deberá notificar a la otra, por escrito y sin demora, el momento en que se produzcan o dejen de existir."

31. Los diversos proyectos de modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global o llave en mano parcial) exigen que la parte afectada notifique por escrito a la otra parte dentro de los diez (10) días de la ocurrencia de la fuerza mayor. En la notificación se deben especificar los detalles de la fuerza mayor, con pruebas suficientes de que por tal motivo no se puede cumplir o se ha de demorar el cumplimiento de una obligación contractual, así como el período previsto (estimado) durante el cual puede continuar ese impedimento, interrupción o demora (Artículo 34.2 de cada uno de los modelos).

32. En virtud de la cláusula de "fuerza mayor" de la CCI:

"Toda parte que alegue un evento eximente de responsabilidad está obligada a informar a la otra parte de la ocurrencia del mismo dentro de un plazo de ... días a partir del momento en que tomó conocimiento del evento, describiendo detalladamente el evento y comunicando toda información pertinente relacionada con el mismo, tan pronto como disponga de ella, a fin de permitir una evaluación del acontecimiento y de sus efectos sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La terminación del efecto del evento eximente de responsabilidad también debe ser comunicada dentro del mismo plazo por la parte que lo invoque."

2. Incumplimiento de la obligación de notificar

33. En algunos sistemas jurídicos, el incumplimiento de la obligación de notificar quitaría a la persona afectada el derecho a alegar fuerza mayor. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos del tipo de derecho consuetudinario, la doctrina de la frustración no depende de la notificación.

34. Cuando las partes disponen expresamente la obligación de notificar en una cláusula de fuerza mayor, se suelen indicar también las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación.

35. En las Condiciones de la CEPE 188A y 574A se indica expresamente que la parte que pida exoneración debe notificar a la otra parte.

36. En todos los modelos de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial) el derecho a alegar fuerza mayor está condicionado a la notificación que se ha de dar a la otra parte (Artículo 34.2 de cada uno de los modelos).

37. En virtud del Artículo 79 (4) de la Convención sobre compraventa, si la notificación del impedimento no se transmite a la otra parte dentro de un plazo razonable, la parte que no haya cumplido será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción, además de las otras medidas correctivas que la otra parte pudiera tener contra ella en virtud de la Convención.

38. En virtud de la cláusula de la CCI:

“Si la parte interesada no efectúa las comunicaciones indicadas precedentemente, perderá automáticamente todo derecho a invocar la ocurrencia del evento como circunstancia eximente de responsabilidad.”

D. Consecuencias de la exoneración

1. Efectos contemplados por las partes en estipulaciones contractuales

39. Con algunas variaciones y diferencias de alcance, se han incorporado en cláusulas de “fuerza mayor” las siguientes consecuencias:

Suspensión de las obligaciones de la parte que incurre en incumplimiento por la duración del evento.

Las demoras ocasionadas por la “fuerza mayor” automáticamente darán lugar a una prórroga del plazo de ejecución, en forma proporcional a dicha demora.

La parte que incurre en incumplimiento debe adoptar medidas razonables para corregir la situación tan pronto como lo permitan las circunstancias, con miras a reanudar la ejecución.

Las partes habrán de renegociar el contrato.

Las partes tienen derecho a repudiar el contrato después de efectuar la notificación.

Después de un cierto período, cualquiera de las partes puede rescindir el contrato en conformidad con la ley aplicable en cuanto a las consecuencias de la rescisión.

2. Textos de la CEPE 188A y 574A

40. En virtud de los textos 188A y 574A, si debido a las circunstancias se hace imposible el cumplimiento del contrato dentro de un tiempo razonable, cada una de las partes tendrá derecho a darlo por terminado mediante una simple comunicación por escrito y sin necesidad de pedir la rescisión ante ningún tribunal (cláusula 25.3 de los textos 188A y 574A. Para los detalles relativos a las consecuencias de la rescisión, véase la segunda parte, XVII, *Rescisión**).

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7 (reproducido más adelante).

3. FIDIC-CEC

41. Las consecuencias de los “riesgos especiales” se establecen detalladamente en la cláusula 65:

“No obstante cuanto en el presente Contrato está contenido:

“1) El Contratista no tendrá responsabilidad alguna, ni en concepto de indemnización ni de otra forma, por ni con respecto a la destrucción de las Obras o daño causado a las mismas (con excepción de las que hubiesen sido condenadas en virtud de las estipulaciones de la cláusula 39 del presente documento antes de producirse los riesgos especiales que se detallan a continuación), o daño a la propiedad ya sea del Contratante o de terceros, ni tampoco por ni con respecto a lesión ni fallecimiento alguno, si ello resulta directa o indirectamente de cualesquiera de los riesgos que se definen más adelante. El Contratante deberá indemnizar y mantener protegido al Contratista contra y de dichos riesgos, así como contra y de todas las reclamaciones, demandas, daños, costos, gastos y desembolsos de cualquier clase que sean que hayan nacido de los mismos o se refieran a ellos.

“2) Si las Obras o materiales o cualquier otra propiedad del Contratista usada o que se vaya a usar con fines de las Obras y en el Emplazamiento o en camino hacia el mismo sufren destrucción o daño por efecto de alguno de los riesgos especiales antedichos, el Contratista tendrá derecho a recibir pago por:

“a) las obras permanentes y por los materiales así destruidos o dañados y, en la medida en que lo exija el Ingeniero o en que sea necesario para la terminación de las Obras, a base de costos netos más aquella utilidad que el Ingeniero certifique ser de justa razón;

“b) reponer o reparar cualquier destrucción o daño a las Obras;

“c) reponer o reparar los materiales u otra propiedad del Contratista usada o que se vaya a usar con fines a las Obras.

“ ...

“4) El Contratante deberá reembolsar al Contratista todo aumento en los costos de la ejecución de las Obras o incidentales a las mismas (aparte de los que sean atribuibles al costo de reconstrucción de los elementos condenados en virtud de las estipulaciones de la cláusula 39 del presente documento con anterioridad a la intervención de los riesgos especiales) que de algún modo sea atribuible o consiguiente a dichos riesgos especiales o resultantes de los mismos o de alguna forma relacionados con los mismos (sujeto, no obstante, a las estipulaciones de la presente cláusula que más abajo se detallan en lo que respecta al comienzo de una guerra), pero el Contratista, tan pronto como llegue a su conocimiento algún aumento en los costos debido a dichas razones, deberá inmediatamente comunicárselo por escrito al Ingeniero.

“ ...

“6) Si en el curso de la vigencia del Contrato estallase una guerra (ya haya sido declarada o no) en alguna parte del mundo que financieramente o de otro

modo afectase en forma sustancial la ejecución de las Obras, el Contratista, mientras y hasta tanto que no se dé por terminado el Contrato en virtud de las estipulaciones contenidas en la presente cláusula, deberá esforzarse lo mejor que pueda para terminar la ejecución de las Obras. Ello siempre con la reserva de que el Contratante *tendrá el derecho en todo momento* después de producirse el comienzo de una guerra a dar por terminado el presente Contrato ...”

42. Las consecuencias de la “frustración” se describen en la cláusula 66:

“Si una guerra u otras circunstancias que escapan al control de ambas partes surgieran con posterioridad a la conclusión del Contrato en forma tal que cualquiera de las dos partes se ve imposibilitada de cumplir sus obligaciones contractuales, o de acuerdo con las leyes que rigen el Contrato las partes quedan exoneradas de cualquier cumplimiento ulterior, entonces la suma pagadera por el Empleador al Contratista con respecto al trabajo ejecutado será la misma que la que hubiera sido pagadera de acuerdo con la cláusula 65 del presente instrumento si el Contrato hubiera sido terminado de acuerdo con las provisiones de la cláusula 65 del presente instrumento.”

4. FIDIC-EMW

43. En la cláusula 47 de las Condiciones FIDIC-EMW las consecuencias de los “riesgos especiales” son similares a las de las Condiciones FIDIC-CEC.

“47.1: Independientemente de cualquier otra disposición del contrato, el contratista no tendrá responsabilidad alguna en forma de indemnización o de cualquier otra forma respecto de la destrucción de las obras o de los daños ocasionados a la misma, con excepción de las obras rechazadas en virtud de las disposiciones de la cláusula 28 con anterioridad a la ocurrencia del riesgo especial mencionado más adelante, o a bienes del empleador o de terceras partes, o respecto de lesiones o muerte que sean consecuencia de cualquier riesgo especial definido más adelante.

“47.2: Si las obras o cualquier instalación que se encuentre en el emplazamiento, cerca de él o en tránsito hacia él, o cualquier otro bien de propiedad del contratista utilizado o que se prevé utilizar a los fines de las obras, resulta destruido o dañado a causa de cualquiera de los riesgos especiales mencionados, el contratista tendrá derecho a un pago en relación con:

“a) cualquier parte de las obras o de las instalaciones destruidas o dañadas,

y en la medida en que lo pueda requerir el ingeniero, o que resulte necesario para la terminación de las obras, sobre la base de costo más los beneficios que pueda certificar el ingeniero como razonables para

“b) reemplazar o reparar la parte de las obras destruida o dañada;

“c) reemplazar o reparar materiales u otros bienes de propiedad del contratista utilizados o que se pretende utilizar a los fines de las obras.

“47.3: La destrucción, los daños, las lesiones o las muertes causadas por explosión o impacto, siempre y cuando ocurran, de una mina, bomba, granada u otros proyectiles, municiones o explosivos de guerra, se considerará como una consecuencia de dichos riesgos especiales.

“47.4: El empleador reembolsará al contratista los mayores costos de la ejecución de las obras, o relacionados con las obras, distintos de los que pudieran atribuirse al costo de la reconstrucción de las obras rechazadas en virtud de las disposiciones de la cláusula 28, con anterioridad a la ocurrencia de cualquier riesgo especial, que sea de alguna manera atribuible a dichos riesgos especiales o que sean consecuencia o resultado de ellos o que de alguna manera estén vinculados a ellos, con sujeción, no obstante, a las disposiciones de estas condiciones relativas a la declaración de guerra; el contratista, tan pronto como tenga conocimiento del incremento de los costos, notificará de ello inmediatamente al ingeniero por escrito.”

44. En las Condiciones FIDIC-EMW se establecen en detalle las siguientes consecuencias de la “frustración”:

Cláusula 46: “Si durante la vigencia del contrato se produjera una guerra (declarada o no) en cualquier parte del mundo, la cual, por motivos financieros o de otro tipo afectase materialmente la ejecución de las obras, el contratista, a menos que el contrato se rescinda en virtud de las disposiciones de esta cláusula, o hasta que ello ocurra, deberá hacer todo lo posible por completar la ejecución de las obras en el entendimiento de que el empleador o el contratista tendrán derecho, en cualquier momento después de la iniciación de la guerra, a rescindir este contrato ...” (Véase también la cláusula 46.2 en la Segunda Parte, XVII, *Rescisión**)

45. Estas Condiciones contemplan también la posibilidad de eximir a las partes de la ejecución ulterior del contrato en virtud de la ley aplicable al mismo:

Cláusula 48: “Si se produce una guerra u otra circunstancia que escapa al control de ambas partes después que se ha firmado el contrato, de modo que en virtud de la ley aplicable al contrato las partes quedan eximidas de la ulterior ejecución del mismo, la suma pagadera por el empleador al contratista respecto de la labor realizada será la misma que correspondería pagar en virtud de la cláusula 46 si el Contrato se hubiera rescindido en virtud de esas disposiciones.”

5. Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial)

46. Las consecuencias de la fuerza mayor adoptadas por los tres modelos son idénticas en algunos aspectos. La parte que incurre en incumplimiento es eximida de “la ejecución o de la ejecución oportuna (según sea el caso) a partir de la fecha de la notificación de fuerza mayor y por el período que pueda estar justificado” (Artículo 34.2 de los modelos respectivos). Los tres modelos contienen una cláusula de renegociación (véase XIV, *Renegociación, infra*, párr. 60. Respecto de las consecuencias de la rescisión, véase la Segunda Parte, XVII, *Rescisión**).

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7 (reproducido más adelante).

6. Convención relativa a las compraventas

47. El párrafo 1) del Artículo 79 dispone la exención de la responsabilidad cuando el incumplimiento de la ejecución de las obligaciones se debe a fuerza mayor. En el párrafo 5) se dispone que la exención de la responsabilidad en virtud de ese artículo impide a la otra parte únicamente el ejercicio de cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios, pero no respecto de otros derechos en virtud de la Convención.

7. Cláusula de "fuerza mayor" de la CCI

48. Las consecuencias de la "fuerza mayor" se exponen en detalle en relación con la renegociación:

"El efecto del evento que exime de responsabilidad es suspender el cumplimiento de las obligaciones que han pasado a ser imposibles así como el de las obligaciones correspondientes (sin perjuicio de la aplicación de las cláusulas sobre adaptación contenidas en el presente contrato). Ninguna de las partes estará obligada a pagar indemnización alguna por este concepto. Los plazos contractuales se extienden por un período correspondiente al de los efectos del evento que exime de responsabilidad.

"Durante el período de la suspensión, las partes sufrarán permanentemente la mitad de los costos requeridos para la continuación, en la mejor de las situaciones, de la ejecución de las obligaciones del contrato suspendidas temporalmente.

"La liquidación de esos costos se hará o bien a la cesación de las circunstancias que eximen de responsabilidad o bien en el momento de liquidar las cuentas en caso de rescisión del contrato a la expiración del período de suspensión.

[Disposición de renegociación; véase XIV, *Renegociación, infra*, párr. 64.]

"Las partes retendrán los frutos de las actividades que cada una haya llevado a cabo anteriormente. Deberán rendirse cuentas mutuamente. Cada parte deberá rendir cuentas a la otra respecto de las ventajas recibidas y conservadas en virtud del contrato parcialmente ejecutado con sujeción a la reserva de que las sumas debidas en virtud de esta disposición no podrán exceder el costo de los servicios prestados, los artículos entregados y las mercaderías u otros artículos proporcionados por la otra parte. Se tendrán debidamente en cuenta los pagos ya realizados por las partes en virtud del contrato rescindido."

XIV. RENEGOCIACIÓN

A. Observaciones generales

49. Por su propia naturaleza, un contrato de obras debe ser ejecutado en un período determinado. Debido a cierto número de factores—por ejemplo, económicos, fiscales, comerciales, jurídicos, políticos y tecnológicos—no siempre es posible ejecutar el contrato en la forma prevista originalmente. Por cierto, al principio las partes pueden no tener conocimiento de todos los factores que

posteriormente ejercerán influencia sobre la ejecución del contrato y sobre el equilibrio contractual. Aún cuando las partes no puedan llevar a cabo el contrato adhiriéndose estrictamente a sus condiciones, puede que aún sea mutuamente ventajoso no rescindir el contrato sino adaptarlo a la nueva situación.

50. El mecanismo de renegociación está concebido para servir el propósito práctico y funcional de permitir a todas las partes interesadas examinar y adaptar el contrato a nuevas circunstancias en casos en que aún las doctrinas más flexibles de *rebus sic stantibus*, *imprévision* y *Wegfall der Geschäftsgrundlage* pudieran no bastar como marco conceptual para la revisión de los contratos.

51. La renegociación de contratos, por lo menos de cierto tipo de ellos, incluidos los contratos de obras, es un fenómeno reciente. Pero parece haber una conciencia cada vez mayor de que si bien la renegociación no constituye una panacea a todos los problemas planteados por los cambios de circunstancias, permite no obstante a las partes convenir la búsqueda de medios para reestablecer el equilibrio contractual. Por supuesto, aun en ausencia de una cláusula de ese tipo las partes pueden revisar su contrato pero la inserción de tal cláusula garantiza que las partes procurarán encontrar algún procedimiento para salvar el contrato.

52. En las Condiciones de la CEPE 188A y 574A, y en los textos FIDIC-CEC y FIDIC-EMW no hay cláusulas de renegociación. En los modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial), la renegociación se limita sólo a situaciones de "fuerza mayor".

53. La formulación de este tipo de cláusulas varía, particularmente en el caso de cláusulas de iniquidad. Uno de los motivos es que en la mayoría de los sistemas jurídicos no se han tratado plenamente todas las repercusiones de los cambios de circunstancias, con excepción de las que impiden el cumplimiento del contrato en virtud de una cláusula de exoneración (véase XIII, *Exoneración, supra*).

B. Renegociación en caso de "fuerza mayor"

54. En los modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global, y llave en mano parcial), se dispone la renegociación respecto de algunas cláusulas de fuerza mayor (véase XIII, *Exoneración, supra*, párr. 46).

1. Estipulaciones contractuales

55. Muy pocas cláusulas de "fuerza mayor" de la colección de la Secretaría contenían disposiciones sobre renegociación o ajuste. Esto no significa que el mecanismo de renegociación se aplique con poca frecuencia.

56. En un contrato de obras entre una entidad de Europa occidental y una entidad de Oriente Medio, se insertó una cláusula de renegociación en una cláusula de "fuerza mayor" para que las partes pudieran "consultarse mutuamente" respecto de la "ejecución futura del contrato". Este es un ejemplo de una cláusula muy general.

57. Se encontró otra cláusula de renegociación en un contrato reciente celebrado entre una entidad de Europa occidental y una entidad de África, con el siguiente texto:

"Si la 'fuerza mayor' se prolonga ininterrumpidamente por ... meses, ambas partes se reunirán sin demora para consultarse mutuamente, tratar de encontrar un remedio apropiado para la situación y llegar a un acuerdo al respecto. Al considerar las medidas que se han de tomar, el propietario y el contratista prestarán la debida atención a las dificultades causadas por las circunstancias mencionadas precedentemente e intentarán seriamente encontrar una solución justa."

58. En contraste con las cláusulas mencionadas precedentemente, se puede dar un ejemplo de una cláusula más específica: se establece un plazo para que las partes convengan una solución, a falta de la cual cada una de las partes tendrá derecho a cancelar el contrato. La cláusula dice:

"Si cualquier demora de ese tipo ... durase más de 90 días, las partes celebrarán consultas de inmediato con el fin de convenir las bases para que el vendedor reanude la producción cuando desaparezca la causa de la demora. Si las partes no convienen ninguna solución al problema, incluido el ajuste del precio, dentro de los 150 días de ocurrida la causa de la demora, cada una de las partes podrá, mediante notificación por escrito, cancelar la parte del pedido que esté demorada y, en tal caso, el comprador pagará al vendedor gastos razonables y apropiados de cancelación."

59. En algunas cláusulas de renegociación se prevén expresamente las consecuencias de la suspensión de las renegociaciones; en otras, se omiten estas disposiciones. En tal situación, serán aplicables las disposiciones originales del contrato.

2. Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial)

60. El texto de la disposición sobre renegociación de la cláusula de fuerza mayor del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables difiere ligeramente del modelo de contrato de entrega llave en mano con pago de suma global. El texto de esta última es idéntico al del contrato de entrega llave en mano parcial. El texto del contrato de la ONUDI de costos reembolsables dice lo siguiente:

"Artículo 34: Fuerza Mayor

"34.3: El COMPRADOR o el CONTRATISTA (según sea el caso) harán todo lo posible por prevenir o eliminar la causa de Fuerza Mayor. Inmediatamente después de recibida la notificación de Fuerza Mayor en virtud del párrafo 34.2, las partes se pondrán en contacto y adoptarán de común acuerdo medidas para eliminar o aliviar tal causa, o buscarán otros métodos para alcanzar los objetivos de rendimiento en virtud del Contrato.

"34.4: Si en virtud del párrafo 34.2 alguna de las partes es eximida de la ejecución, o de la ejecución oportuna, de alguna obligación durante un período

continuado de seis (6) meses, las partes se pondrán en contacto para convenir las medidas que corresponda tomar en esas circunstancias y para introducir las enmiendas que sean necesarias en los términos de este Contrato.

"34.5: Si en virtud del párrafo 34.2 alguna de las partes es eximida del cumplimiento, o del cumplimiento oportuno, de algunas de sus obligaciones por un período continuado de nueve (9) meses por una o más causas, y si de las consultas a que se refiere el párrafo 34.4 no resulta ningún acuerdo (o si las consultas no se realizan porque las partes no pueden ponerse en contacto), las partes convendrán en enmendar los términos de este Contrato en relación con la circunstancia de Fuerza Mayor prevaleciente y determinarán el procedimiento a seguir. Si las partes no pueden ponerse de acuerdo en cuanto a la modificación de las condiciones de este Contrato en conformidad con la circunstancia de Fuerza Mayor prevaleciente, se considerará que el Contrato ha quedado rescindido en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 ..."

(Véase, Segunda Parte, XVII, *Rescisión**.)

61. La contrapropuesta del modelo de la ONUDI de contrato llave en mano con suma global procura enmendar la cláusula del modelo de contrato de costos reembolsables acortando a seis meses el período dentro del cual las partes deben examinar la posibilidad de continuar con el contrato en el contexto de la "fuerza mayor". En caso contrario, las partes tendrán el derecho de rescindir el contrato:

"Artículo 34: Fuerza Mayor

"34.3: Cualquiera de las partes, tras la recepción de la notificación de Fuerza Mayor en virtud del artículo 34.2, celebrará consultas con la otra parte tan pronto como sea posible y convendrá con ella las medidas a tomar para eliminar o aliviar tal (es) causa (s), o buscará métodos alternativos de lograr los objetivos de rendimiento en virtud del contrato, y respecto de la otra parte en cuanto a las consecuencias pertinentes sobre el precio y el plazo de ejecución del contrato.

"34.4: Si la duración de la circunstancia de Fuerza Mayor excede de seis (6) meses, las partes se reunirán nuevamente para examinar la posibilidad de continuar ejecutando el contrato. Si no se puede llegar a un acuerdo, las partes tendrán derecho a rescindir total o parcialmente el contrato; en ese caso, el CONTRATISTA será indemnizado por las consecuencias que entraña dicha rescisión en la forma establecida en el artículo 33.3."

62. Como se ha expresado anteriormente, hay una pequeña diferencia entre los textos del modelo de costos reembolsables y los modelos de llave en mano con suma global y de llave en mano parcial. No obstante, la verdadera diferencia parece ser que mientras el Artículo 33 del modelo de contrato de costos reembolsables (que se ocupa de la rescisión ordinaria del contrato) se aplica a la rescisión de un contrato en el contexto de "fuerza mayor" tras el fracaso de la renegociación, las contrapartes de este

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7 (reproducido más adelante).

artículo en los otros dos modelos no se aplican en situaciones similares (véase, Segunda Parte, XVII, *Rescisión*).

63. Aunque en las disposiciones sobre renegociación de las cláusulas de fuerza mayor en estudio no se indica expresamente cuál es la situación del contrato durante la renegociación, en otras cláusulas de fuerza mayor hay disposiciones que exigen a la parte afectada por la fuerza mayor del cumplimiento o del cumplimiento oportuna de sus obligaciones.

3. Cláusula de "fuerza mayor" de la CCI

64. La cláusula de fuerza mayor de la CCI contiene disposiciones sobre renegociación del contrato:

"Si las circunstancias que exigen de responsabilidad continúan produciendo sus efectos por más de . . . meses, el contrato será automáticamente terminado a la expiración de este período, a menos que antes de la expiración las partes, tras consultarse mutuamente, convengan en modificar el contrato para adaptarlo a las circunstancias emanadas de la ocurrencia del evento que resulte en la exención de la responsabilidad."

En la cláusula de la CCI, por contraposición a las cláusulas de los modelos de contrato de la ONUDI, la renegociación no es obligatoria. No se prevé la intervención de ninguna tercera parte; sólo las partes del contrato participan en su readaptación.

C. Renegociación en situaciones de iniquidad

1. Estipulaciones contractuales

65. Por lo general, en las cláusulas de iniquidad se incluye la renegociación de contratos para tener en cuenta cambios fundamentales, particularmente respecto de acontecimientos económicos o financieros. La amplitud de esas cláusulas en estudio varía desde muy específicas (por ejemplo, limitación de la cláusula a la revisión del precio solamente) hasta generales.

66. Diversos estudios sobre cláusulas de iniquidad indican que si bien cada tipo de contrato puede requerir ciertas características no incluidas en otros tipos de cláusulas de iniquidad, la totalidad combinada de las características podría muy bien emplearse, *mutatis mutandis*, en otros tipos de contratos incluidos, por supuesto, los contratos de obras.

67. En un estudio de esas cláusulas realizado por el grupo de estudios "International Contracts" (bajo la dirección de Marcel Fontaine, Director del Centre de Droit des Obligations, Universidad Católica de Louvain)¹ se señaló que entre los tipos de contratos en los que se insertaban cláusulas de iniquidad figuraban los de "proyectos de grandes obras" y los de "ingeniería mecánica". Se señaló también que "en los contratos a largo plazo es donde se encuentran con más frecuencia cláusulas de iniquidad . . ."

68. Cabe destacar que esta sección del estudio se basa sobre todo en los ejemplos de cláusulas de iniquidad de que

¹ Véase (1976) 2 *Droit et pratique du commerce international*, pág. 51.

dispuso el mencionado grupo de estudio "International Contracts". Aunque algunas de estas cláusulas se tomaron de contratos de "proyectos de grandes obras" y de "ingeniería mecánica", no se hizo ningún intento por separarlas a los fines de ese estudio². De cualquier modo, estas cláusulas de iniquidad examinadas podrían muy bien aplicarse a los contratos de obras.

69. Del análisis de diversas cláusulas de iniquidad se desprenden los siguientes criterios. Algunos de estos criterios están concebidos en forma amplia y otros en forma limitada.

a) Criterios

i) Cambios en las circunstancias

Este factor se ha expresado en las formas siguientes:

- a. "... Si en cualquier momento durante el período indicado una de las partes, mediante notificación por escrito a la otra, alega sobre bases razonables . . . que debido a cambios en las circunstancias, incluidos, aunque no con carácter exclusivo, los cambios en los valores monetarios o las disposiciones y los reglamentos gubernamentales discriminatorios, . . ."
- b. "En caso de un cambio fundamental en las condiciones que son esenciales a los fines de este contrato, y si en virtud de ese cambio, a fin de respetar ciertas disposiciones cualquiera de las partes debe soportar iniquidades injustas, las partes se reunirán con miras a modificar las condiciones del presente Contrato."
- c. "Si alguna de las partes considera que debido a cambios en las circunstancias debe revisarse el precio indicado *supra* . . ."
- d. "... si se produce un acontecimiento o cambio de circunstancias . . ."
- e. "... au cas où se produiraient des variations très importantes dans la conjoncture ou des modifications très notables dans les conditions économiques . . ."

Aunque en algunas de las cláusulas mencionadas precedentemente se exige que el cambio sea "fundamental" e "importante" y en otras no se utilizan esos calificativos, parecería que el cambio de circunstancias no tendría efecto a menos que afectara seriamente las obligaciones emanadas del contrato.

ii) Imprevisibilidad

Las cláusulas siguientes destacan el elemento de imprevisibilidad:

- a. "... es imposible incluir disposiciones para cada una de las situaciones de emergencia que pudieran plantearse . . ."
- b. "... des circonstances . . . en dehors des prévisions normales des parties . . ."

² Se espera que la Comisión proporcione a la Secretaría contratos de obras que contengan disposiciones sobre renegociación. En la Secretaría es muy escaso ese tipo de documentación. Es también importante examinar estas cláusulas en el contexto de otras disposiciones del propio contrato. En algunos casos, la Secretaría pudo obtener sólo cláusulas específicas, fuera de su contexto.

- c. "... en cas de survenance d'événements économiques imprévisibles ..."
- d. "... des circonstances extraordinaires ou non prévues ..."

iii) *Eventos externos fuera de control*

Este criterio se encontró en las siguientes cláusulas:

- a. "... un evento o un cambio de circunstancias que escapen al control de la parte cuando ésta actúa en forma razonable y prudente ..."
- b. "... toutes circonstances indépendantes de la volonté des parties ..."

Los criterios de "imprevisibilidad" y "evento fuera del control" de las partes son separados. Si no se comprende bien la diferencia, como ha ocurrido en algunas cláusulas, o si se utiliza uno en reemplazo del otro, se limitaría el alcance de ese tipo de cláusulas. Otras cláusulas no mencionan ninguno de los dos criterios, lo cual, por supuesto, amplía el alcance considerablemente.

iv) *Iniquidades económicas sustanciales*

- a. "... iniquidades económicas sustanciales ..."
- b. "... que colocan a una de las partes en una situación en que ... todos los costos anuales ... vinculados o relacionados con (...), que es el sujeto de este acuerdo, exceden los ingresos anuales derivados de la venta de (...) ..."
- c. "... si, par suite de circonstances ... l'économie des rapports contractuels venait à se trouver modifiée au point de rendre préjudiciable pour l'une des parties l'exécution de ses obligations ..."

v) *Gravedad de los eventos*

- a. "... perjuicios sustanciales y desproporcionados a cualquiera de las partes ..."
- b. "... iniquidades indebidas para una de las partes ..."
- c. "... perjuicios injustos o sustanciales y desproporcionados a los intereses de cualquiera ..."

b) *Procedimiento de renegociación*

70. Como se ha señalado, en las cláusulas de iniquidad se dispone invariablemente la renegociación del contrato. No obstante, se pueden plantear problemas cuando no se especifican las condiciones de renegociación. Varias de las cláusulas en estudio contienen procedimientos para determinar las bases de la renegociación:

- a. "... la parte (perjudicada) ... puede, mediante notificación, pedir a la otra parte la celebración de una reunión para determinar si se ha producido el acontecimiento ... Si el vendedor y el comprador no se ponen de acuerdo ... dentro de los 60 días ... cualquiera de las partes puede requerir que la cuestión se someta a arbitraje ... Los árbitros determinarán si se ha producido o no el acontecimiento ..."
- b. "A défaut d'accord, il est convenu que chacune des parties désignera un expert économiste assisté éventuellement d'un expert financier qui se

réuniront pour examiner si les avantages de la présente convention ont été bouleversés de façon fondamentale suite à un événement imprévisible."

71. La CCI tiene también disposiciones relativas a la intervención de terceras partes (véase el párrafo 77, *infra*). Ese procedimiento podría evitar el problema práctico que se plantearía si la cláusula no tuviese un texto preciso y cuando la parte que no estuviese en desventaja a causa de la "iniquidad" tratase de impedir la renegociación.

c) *Plazos*

72. En algunas cláusulas de iniquidad se incluye el período que puede transcurrir entre el momento en que se concluye el contrato y el momento en que se invoca la cláusula. Por ejemplo, la cláusula de renegociación del contrato sobre producción de petróleo (cuenca del Volta) celebrado en 1974 entre el Gobierno de Ghana y la Shell Exploration and Production Company of Ghana Ltd., subsidiaria de Shell International Ltd., dice lo siguiente:

- a. "Se conviene que si durante la vigencia de este contrato se producen en las circunstancias financieras y económicas relativas a la industria del petróleo, en las condiciones de explotación en Ghana y en las condiciones de comercialización en general, cambios que afecten materialmente las bases fundamentales, económicas y financieras de este contrato, las disposiciones del mismo podrán ser revisadas o renegociadas con miras a realizar los ajustes y modificaciones que pudieran ser razonables teniendo en cuenta el capital empleado por el contratista y los riesgos asumidos por él, pero en el entendimiento de que *no se harán ajustes o modificaciones de ese tipo dentro de los cinco años a partir de la iniciación de la producción y que no tendrán efecto retroactivo*."

En un contrato de compraventa, se encontró otra restricción relativa a la frecuencia con que se podía invocar la cláusula de iniquidad:

- b. "Esta sección no podrá ser invocada por el vendedor o comprador antes del primer día de octubre de 19.., y con una frecuencia no mayor de una vez cada dos años."

d) *Enfoques a la renegociación*

73. Las cláusulas de iniquidad en estudio revelan tres enfoques a la renegociación:

i) *enfoque objetivo*

"... de façon à replacer les parties dans une position d'équilibre comparable à celle qui existait au moment de la conclusion du présent contrat."

³ Citado en Asante, "Stability of contractual relations in the transnational investment process" (1979) 28 *International and Comparative Law Quarterly*, págs. 401 y 417.

ii) *enfoque subjetivo*

- a. "... en forma equitativa para las partes ..."
- b. "... apropiada y equitativa en las circunstancias dadas."
- c. "... las medidas que puedan ser apropiadas para eliminar esas injusticias o iniquidades indebidas ..."

iii) *enfoque híbrido*

"... con justicia y sin causar perjuicios sustanciales y desproporcionados a los intereses de la otra ..."

e) *El contrato durante la renegociación*

74. En las cláusulas de iniquidad estudiadas, no parece haber disposiciones expresas en cuanto a la situación del contrato durante la renegociación. En el contexto de una cláusula de exoneración, el contrato se suspende y puede ser suspendido aún cuando fracasen las negociaciones. La suspensión del contrato en caso de acontecimientos distintos de los de exoneración dependerá de la existencia de estipulaciones expresas.

f) *Disminución o terminación de la iniquidad*

75. Una de las cláusulas que prevé la situación en que la iniquidad disminuye o termina tiene el siguiente texto:

"... En la medida en que la situación de iniquidad determinada en virtud de esta sección 13.9 haya disminuido o terminado, toda revisión del precio u otras condiciones emanadas de un laudo arbitral se modificarán o terminarán en forma adecuada y las condiciones del contrato (si no se hubieran determinado ya en conformidad con el párrafo b) serán restablecidas de modo de tener en cuenta la mencionada disminución o terminación de la iniquidad."

2. *Modelos de contrato de la ONUDI (costos reembolsables, llave en mano con suma global y llave en mano parcial)*

76. En el artículo 33.1 de cada uno de los modelos de la ONUDI pareciera considerarse una situación que podría resultar en iniquidad. El artículo dispone que "si el COMPRADOR se ve afectado por circunstancias que son totalmente inevitables y/o escapan a su control (pero sin incluir las circunstancias comprendidas en el artículo 34 ...)"⁴ el COMPRADOR tendrá derecho a rescindir el contrato. Se señaló que esta cláusula tenía un texto muy amplio y podía abarcar una situación en que no hubiera una iniquidad sustancial. También cabe señalar que no hay ninguna disposición sobre renegociación, como ocurre en el caso de la cláusula de fuerza mayor (véase el párrafo 60, *supra*).

3. *"Cláusula de iniquidad sugerida" de la CCI*

77. La "cláusula de iniquidad sugerida" de la CCI (documento No. 460/233) tiene por objeto disponer la renegociación, sobre nuevas bases, de un contrato que está en vías de ejecución cuando se produce el cambio de circunstancias previsto. La cláusula dice:

⁴ El Artículo 34 trata de la "fuerza mayor". Véase XIII, *Exoneración*, *supra*, párrs. 18 y 60.

"Cláusula de iniquidad sugerida"

"a. Si después de la conclusión del contrato se produjesen circunstancias de la siguiente naturaleza: económicas, políticas (incluidas modificaciones de la legislación o medidas administrativas) o técnicas, que las partes no pudieron prever en el momento de la celebración del contrato y que están fuera de su control y destruyen el equilibrio de las relaciones entre las partes, haciendo la ejecución del contrato tan onerosa (aunque no imposible) para una de ellas que la carga excedería todas las disposiciones anticipadas previstas por las partes en el momento de la celebración del contrato, dicha parte podrá pedir la revisión del presente contrato.

"Esta parte deberá informar de ello a la otra parte dentro de un plazo de ... a contar desde el momento en que tomó conocimiento del evento, describiendo al mismo tiempo en forma precisa el evento ocurrido explicando de qué manera queda comprendido en las disposiciones del presente artículo; deberán comunicarse a la otra parte sin demora todos los elementos de que se disponga para la evaluación de la cuestión. A menos que realice esta comunicación, la parte interesada será excluida automáticamente de la posibilidad de invocar el presente artículo.

"La ocurrencia del evento que justifica el pedido de adaptación del contrato no exime en ningún caso la parte que lo invoca de su deber de continuar cumpliendo con sus obligaciones, ni implica la suspensión de las mismas.

"(Si se desea: las partes convienen en que los siguientes eventos en particular queden comprendidos en el ámbito de esta disposición: ...)

"b. *Efectos*

Si la continuación del contrato por medio de una adaptación contractual pareciera económicamente imposible para todas las partes, la parte que invoque la presente cláusula puede terminar el contrato sin perjuicio del derecho de la otra parte de someter la cuestión a los tribunales (o: al árbitro designado en conformidad con el artículo ...) si no se cumplen las condiciones de aplicación de la presente cláusula.

"Si la continuación del contrato mediante su adaptación parece económicamente posible para todas las partes, las partes celebrarán consultas entre sí de inmediato con miras a incorporar al presente contrato, en buena fe y en base a la equidad, las adaptaciones que sean necesarias teniendo en cuenta las nuevas circunstancias y los riesgos y cargas que deberían asumir, en cada caso, cada una de las partes. Salvo cuando haya un acuerdo en contrario celebrado entre las partes, estas negociaciones se realizarán durante un período máximo de ... meses, a partir del momento en que una parte pide a la otra la iniciación de las negociaciones.

"Durante estas negociaciones continuará la ejecución del contrato.

"Alternativa 1"

Si las negociaciones no se concluyen dentro de este plazo, la parte que invoca la presente cláusula puede terminar el otro contrato sin perjuicio del derecho de la

otra parte de someter la cuestión a los tribunales (o: al árbitro designado en conformidad con el artículo ...) si no se cumplen las condiciones para la aplicación de la presente cláusula.

"Alternativa 2"

Si las negociaciones no se concluyen dentro de este plazo, el contrato será readaptado por una tercera parte designada en conformidad con las normas sobre adaptación de contratos de la Cámara de Comercio Internacional. Esta tercera parte llevará a cabo su labor con arreglo a las condiciones y los procedimientos previstos en dichas normas."

78. Con respecto a la alternativa 2, la CCI ha preparado normas para reglamentación de las relaciones contractuales y Cláusulas Estándar conexas (1978), las cuales se han concebido de modo que hagan posible la intervención de la tercera parte.

79. Aunque la "cláusula de iniquidad sugerida" de la CCI no fue preparada específicamente para un tipo de contrato concreto, fue concebida no obstante para su aplicación general a contratos internacionales, sobre todo a contratos que comprendan una serie de operaciones estrechamente interrelacionadas que, en el curso normal de los acontecimientos, tienen lugar a lo largo de cierto número de años.

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.6*]

XV. GARANTÍAS

A. Observaciones generales

1. En el presente estudio se consideran dos tipos de garantía: a) una garantía¹ de materiales, diseño y fabricación (garantía mecánica); y b) una garantía de funcionamiento adecuado de la obra (garantía de funcionamiento).

2. En algunos contextos se usan como sinónimos, en inglés, las palabras "warranty"² y "guaranty".

3. También existen en un contrato de obra diversos tipos de garantía "bancaria" que, no obstante, están fuera del ámbito de este estudio.

B. Garantía mecánica

4. La garantía mecánica se denomina de modo diferente en los diversos modelos que se examinan. Las Condiciones Generales de la CEPE hablan de "garantía" (cláusula 23). El Modelo de la ONUDI de contrato de entrega llave en mano con pago global (UNIDO-TKL) habla de "garantía de fabricación y materiales" (Artículo 25) así como de "garantías de calidad" (Artículo 28.3). En las Condiciones FIDIC-EMW no se utiliza el término "garantía" sino que se habla de "responsabilidad por defectos". (Cláusula 33)

5. Generalmente, la función de la garantía mecánica consiste, por una parte, en limitar el alcance de la responsabilidad del contratista y, por otra, en dar al comprador seguridades y resguardos con respecto a la calidad. Por ejemplo, la cláusula 33.13 de las Condiciones FIDIC-EMW dispone:

"el Contratista no tendrá responsabilidad alguna con respecto a defectos de las Obras o de cualquiera de sus Secciones ni por daños causados a las mismas, que aparezcan o se produzcan después de la entrega de las Obras o de cualquiera de sus Secciones"

salvo en la medida establecida en las propias Condiciones, en particular en la cláusula 33.

1. Alcance de la garantía

6. En virtud de la cláusula 23.1 de las Condiciones Generales de la CEPE 188A y 574A:

"El constructor estará obligado a corregir todo vicio de funcionamiento motivado por algún defecto del diseño, de los materiales o de la fabricación."

7. En virtud de la cláusula 33.2 de las Condiciones FIDIC-EMW, el contratista es responsable por todo defecto de cualquiera de las partes de las obras o por daños causados a las mismas, que resulten ya sea de: a) materiales, fabricación o diseño defectuosos, o b) cualquier acto realizado u omisión cometida por el contratista durante el período de garantía.

8. Los modelos de contrato de la ONUDI, según la crítica de un grupo internacional de contratistas, tratan muchas cuestiones de modo repetitivo. Así, por ejemplo, el Modelo UNIDO-TKL se refiere al alcance de la garantía mecánica en los Artículos 25.1, 25.2, 28.1, 28.2, 28.3, 28.4, 28.8 y 28.9.

9. En el Artículo 28.1 del Modelo UNIDO-TKL se estipula:

"El CONTRATISTA garantiza que la Planta, el equipo, materiales, herramientas y suministros incorporados a las Obras con arreglo a este Contrato se conforman a las especificaciones, a los planos y a todos los demás criterios contractuales, y que los trabajos están exentos, bajo todos los aspectos, de defectos en materia de diseño, ingeniería, procesos, materiales, fabricación y construcción."

10. El Artículo 28.2 de UNIDO-TKL añade otros elementos:

"El CONTRATISTA garantiza también la exactitud e integridad de los planos, de todos los datos y documentos técnicos suministrados por él, así como de los criterios técnicos del equipo fabricado de conformidad con los planos e instrucciones suministrados por el CONTRATISTA con arreglo al presente Contrato."

11. El Artículo 28.4 de UNIDO-TKL se refiere a:

"fallas o deficiencias de diseño, calidad, materiales, manufactura, fabricación, envío o entrega."

* 21 abril 1981.

¹ En inglés, "guaranty" o "guarantee".

² Se escribe también "warranty".