

109. De conformidad con las Condiciones Generales de la CEPE, la notificación por escrito de los defectos constituye una condición previa para que el comprador pueda ejercitar sus derechos en virtud de las disposiciones de garantía. La cláusula 23.6 de ECE 188A y 574A establece:

“Para poder acogerse a los beneficios del presente artículo, el comprador deberá notificar sin demora y por escrito al constructor los defectos que hayan aparecido y darle todas las facilidades para comprobarlos y corregirlos.”

F. Omisión de la corrección de defectos

110. Las Condiciones FIDIC-CEC y FIDIC-EMW contienen disposiciones expresas que autorizan al comprador a contratar otro contratista para que realice los trabajos necesarios en caso de que el contratista titular se abstenga de volver a ejecutarlos. En algunas circunstancias determinadas el comprador tiene derecho a una indemnización y a la rescisión del contrato.

111. Sobre la comisión del contratista en realizar los trabajos necesarios durante la construcción, la cláusula 39.(2) de las Condiciones FIDIC-CEC dispone:

“En caso de que el Contratista deje de cumplimentar una orden de esta índole, el Contratante tendrá derecho a emplear y pagar a otras personas para su ejecución, y todos los gastos que de ello se sigan o que sean incidentales a ello correrán a cargo del Contratista y podrá exigírseles el Contratante, o podrá deducirlos de toda suma que sea debida o vaya a ser debida al Contratista.”

112. Existe una disposición análoga en las Condiciones FIDIC-CEC. En caso de que el contratista no corrija los defectos aparecidos durante el período de “conservación”, la cláusula 49.(4) de las Condiciones FIDIC-CEC establece:

“Si el Contratista dejara de hacer cualquier trabajo ... el Contratante tendrá derecho a emplear y a pagar a otras personas para que lleven a cabo el mismo si ese trabajo fuera tal que, de acuerdo con la opinión del Ingeniero, el Contratista debiera realizar a sus propias expensas, de acuerdo con el Contrato, entonces todos los gastos resultantes del mismo o accesorios del mismo serán recuperables por el Contratante del Contratista ...”

113. Las Condiciones FIDIC-EMW exigen al contratista que actúe diligentemente en la corrección de los defectos; de no ser así, el comprador puede llevar a cabo los trabajos necesarios a expensas del contratista. La cláusula 28 dispone:

“... En caso de que el Contratista no lo haga, el Contratante puede, siempre que sea sin retraso indebido, adoptar a expensas del Contratista las medidas que en todas las circunstancias puedan resultar razonables para rectificar tales defectos ...”

114. De conformidad con los modelos de contratos de la ONUDI, el comprador tiene derecho de adoptar cualquier medida para ejecutar los trabajos correctivos. El Artículo 29.3 de UNIDO-CRC dispone:

“Si el CONTRATISTA omite por negligencia o se niega a adoptar las medidas necesarias para garantizar la eliminación de los defectos y/o deficiencias dentro de un período razonable, el COMPRADOR podrá tomar las medidas necesarias en relación con la proyección técnica, la adquisición, la inspección y la supervisión del montaje del equipo nuevo, o para reparar y/o reemplazar el equipo usado, a fin de rectificar los defectos y solucionar todos los problemas conexos; todos los gastos que realice el COMPRADOR en relación con la adopción de estas medidas correrán por cuenta del CONTRATISTA, y/o podrán ser recuperados de cualquier manera, a discreción del COMPRADOR.”

115. Con arreglo a UNIDO-CRC, cuando el contratista no ejecuta los trabajos necesarios dentro del plazo estipulado, y el comprador no acepta la prórroga del plazo, el comprador tiene derecho a rescindir el contrato. El Artículo 29.4 dispone:

“Si ... el COMPRADOR no aceptase las ampliaciones de los plazos que solicitase el CONTRATISTA a los fines de esas modificaciones, adiciones y/o cambios, el COMPRADOR tendrá derecho a rescindir el Contrato ...”

116. Los modelos de la ONUDI de contrato TKL y STC hacen referencia al derecho del comprador de utilizar otros recursos de que disponga en virtud del contrato, si los defectos no se corrigen dentro del plazo estipulado. El Artículo 29.13 de UNIDO-TKL establece:

“Cualquier prórroga concedida al CONTRATISTA ... se otorgará sin perjuicio de los derechos o recursos de cualquier índole del COMPRADOR en virtud de este Contrato, aplicables en caso de que el CONTRATISTA no ejecute los trabajos dentro del nuevo plazo concedido.”

117. Las Condiciones Generales de la CEPE limitan la responsabilidad del contratista a las obligaciones definidas en virtud de la garantía (para mayores detalles, véase XV, *Garantías, supra*).

G. Manifestación de defectos con posterioridad al período de garantía

118. La responsabilidad por defectos cesa al expirar el período de garantía. El contratista no está obligado contractualmente a rectificar los defectos que aparezcan fuera de este período. Como práctica saludable, los contratistas deberían, a pedido del comprador, reparar todos los defectos que pudieran aparecer fuera del período de garantía, a expensas del comprador.”

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7*]

XVII. RESCISIÓN

A. Observaciones generales

1. En este estudio, el término “rescisión” significa la disolución de un contrato producida por incumplimiento de obligación, circunstancias de exoneración u otras causas.

* 3 abril 1981.

Cabe señalar que un contrato puede ser terminado sólo para el futuro o retrospectivamente. El término "rescisión" en este estudio comprende también la "terminación", la "cancelación" y la "resolución" de un contrato.

2. En los contratos de obras, las cláusulas de rescisión por lo general prevén sólo incumplimientos graves de obligaciones (véase la Segunda Parte, VII, *Calidad**, y XI, *Demoras y recursos***) o el no cumplimiento debido a circunstancias de exoneración (véase Segunda Parte, XIII, *Exoneración****).

B. Causas de rescisión

1. Incumplimiento del contrato

3. La decisión de poner fin a un contrato de obras nunca debe adoptarse descuidadamente; sus consecuencias no son de poca monta. El costo de un contrato de obras determinado, unido a la naturaleza de su ejecución, pueden hacer que la rescisión sea un remedio al que las partes tengan recurso sólo después que hayan fracasado todos los otros remedios posibles.

a) Incumplimiento del contrato por el contratista

4. No todo incumplimiento de contrato es suficientemente grave para que la parte afectada pueda rescindir el contrato. En la Convención de Compraventa se reconoce este hecho y se concede al comprador y al vendedor el derecho de resolver el contrato sólo en casos específicos. El Artículo 49 de la Convención de Compraventa dispone lo siguiente:

"1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

"a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

"b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercancías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado."

5. En el Artículo 25 de la Convención de Compraventa se da una definición de lo que debe considerarse como incumplimiento fundamental: el que cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incurrido en incumplimiento no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en las mismas circunstancias.

6. En los contratos de obras, las partes por lo general especifican en forma detallada las causas de rescisión.

i) Demoras en la terminación

7. Es común que se produzcan demoras en la terminación de plantas industriales grandes. Antes de que el

comprador tenga derecho a rescindir el contrato por lo general debe dar al contratista un período adicional para terminar las obras. Por ejemplo, en la cláusula 20.5 de los textos ECE 188A y 574A, se dispone:

"En caso de que siga sin terminar una parte de la obra, ... el comprador podrá exigir por escrito al constructor que la termine... y fijarle para ello un plazo... Si, ... el constructor no hace lo necesario para que la obra quede terminada dentro de ese plazo, el comprador tendrá el derecho ... a dar por terminado el contrato por lo que se refiere a la parte de la obra no terminada."

8. La cláusula 31.2 del texto FIDIC- EMW contiene una disposición similar. Las partes pertinentes de esa cláusula dicen lo siguiente:

"Si el Contratista, por cualquier motivo respecto del cual no sean responsables el Empleador o alguno de los otros contratistas, no termina la obra dentro de ese plazo, el Empleador podrá, mediante nueva notificación por escrito al Contratista:

"a) exigir al Contratista que termine la obra, o

"b) dar por terminado el contrato respecto de la parte de las obras..."

En contraste con otras formulaciones en estudio, la cláusula mencionada precedentemente no exige al empleador que rescinda el contrato ni siquiera después del incumplimiento del contratista respecto de la terminación de las obras en el período adicional concedido. El comprador tiene todavía la opción de exigir al contratista la terminación de las obras.

9. En los modelos de contrato de la ONUDI también se considera a la demora como una causa de rescisión del contrato. Por ejemplo, el Artículo 33.7.1 del modelo de contrato de entrega llave en mano con pago global (TKL) dispone:

"Cuando el CONTRATISTA incurra en incumplimiento o demora en la iniciación o ejecución de los trabajos o de una parte de los mismos a satisfacción razonable del COMPRADOR, y el COMPRADOR haya notificado de ello al CONTRATISTA pidiéndole que ponga fin al incumplimiento o demora, y el incumplimiento o la demora continúen por un período de ... a partir de la fecha de la notificación; ... el COMPRADOR podrá, sin necesidad de ninguna otra autorización, rescindir el Contrato..."

10. En el Artículo 33.7.4 del mismo modelo de contrato de la ONUDI se dispone que el comprador tiene derecho a cancelar el contrato cuando el contratista haya "abandonado" los trabajos.

11. Antes de seguir considerando las Condiciones FIDIC, cabe señalar que en las mismas se da al comprador el derecho de rescindir el contrato por incumplimiento del contratista, pero no en todos los casos de incumplimiento. Según estas Condiciones, en algunos casos el comprador tiene el derecho de "entrar en el emplazamiento y expulsar al contratista del mismo *sin que por ello quede anulado* el contrato ni se exima al contratista de ninguna de sus obligaciones ni responsabilidades emanadas del contrato,

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.2 (reproducido anteriormente).

** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.4 (reproducido anteriormente).

*** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.5 (reproducido anteriormente).

ni sean afectados los derechos y facultades conferidos por el contrato al contratante o al ingeniero . . ." (Cláusula 44.1 del texto FIDIC-EMW). Este derecho se trata bajo el epígrafe de la rescisión dado que sus efectos son muy similares a los de cualquier cláusula de rescisión ordinaria. Parecería que este enfoque consiste en dar la máxima protección posible al comprador¹.

12. La cláusula 44.1 del texto FIDIC-EMW prevé, entre otras, las siguientes causas de expulsión del contratista:

"... si el ingeniero certifica por escrito al empleador que, a su juicio, el contratista:

"a) ha abandonado el contrato, o

"b) sin justificación razonable no ha iniciado las obras o las ha suspendido durante veintiocho días después de haber recibido del ingeniero aviso por escrito de que podían iniciarse . . ."

13. La cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC es idéntica a la cláusula mencionada en el párrafo precedente pero agrega una causa más:

"(si el contratista)

"c) ha dejado de retirar del Emplazamiento materiales, o de derribar y sustituir obra, durante veintiocho días después de recibir del Ingeniero aviso por escrito de que dichos materiales o dicha obra habían sido condenados o rechazados por el Ingeniero en virtud de las presentes condiciones . . ."

ii) *Disconformidad con la obra*

14. Las demoras en la terminación no sólo causan graves dificultades al comprador sino que constituyen también un incumplimiento de las estipulaciones contractuales relativas a la calidad (véase la Segunda Parte, VII, *Calidad*). Por consiguiente, la cláusula 44.1 del texto FIDIC-EMW dispone que el comprador puede expulsar al contratista con los efectos jurídicos descritos en el párrafo 11 *supra*,

"... si el Ingeniero certifica por escrito al Empleador que, a su juicio, el Contratista:

"...

"c) pese a las advertencias transmitidas por escrito por el Ingeniero no está ejecutando las obras en conformidad con el contrato, o está descuidando el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del contrato de forma que perjudica gravemente la realización de las obras . . ."

15. La cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC es algo diferente aunque de efecto similar. En este caso, el

¹ Por otra parte, en virtud de las Condiciones FIDIC, el contratista, en caso de incumplimiento del contrato por el comprador, tiene el derecho de rescindir el contrato (la cláusula 41.3 del texto FIDIC-EMW habla de "rescindir el contrato" y la cláusula 51.1 del mismo texto se refiere a "la terminación de su empleo en virtud del contrato"). Cabe señalar que en el caso de quiebra del contratista el comprador puede rescindir el contrato en virtud de la cláusula 45 del texto FIDIC-EMW, mientras que en virtud de la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC, sólo tiene derecho a expulsar al contratista. Estas cláusulas se examinan con más detalle más adelante. Los motivos de este tratamiento distinto no están claros.

comprador tiene el derecho de expulsar al contratista si éste,

"d) a pesar de los avisos por escrito del Ingeniero no está ejecutando la obras de acuerdo con el contrato o está persistentemente o flagrantemente descuidando el cumplimiento de sus obligaciones emanantes del contrato . . ."

iii) *Cesión o subcontratación no autorizadas*

16. La construcción de importantes obras industriales requiere del contratista aptitudes y experiencia. Por lo tanto, la cesión de un contrato de obras a una tercera parte por lo general es posible sólo con el consentimiento del comprador.

17. En algunos textos se considera a la cesión por el contratista no autorizada como causa suficientemente grave para que el comprador pueda dar por rescindido el contrato. Según la cláusula 44.1 del texto FIDIC-EMW y la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC, el empleador puede entrar en el emplazamiento y expulsar al contratista del mismo "(si) el Contratista cede el contrato sin el consentimiento previo por escrito del Empleador . . ."

18. En el Artículo 33.7 del modelo de la ONUDI de contrato TKL, el comprador tiene el derecho de cancelar el contrato "cuando el CONTRATISTA . . . haya cedido el Contrato sin la aprobación del COMPRADOR."

19. Por otra parte, la subcontratación es muy común en la construcción de importantes obras industriales. A menos que esté prohibida en el contrato, la subcontratación por sí misma no da lugar a objeciones. No obstante, el contratista debe velar por que la subcontratación no afecte la ejecución adecuada de las obras. En la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC se da al comprador el derecho de expulsar al contratista "si el Ingeniero certifica por escrito al Empleador que, a su juicio, el Contratista: . . . e) ha subcontratado alguna parte del contrato con detrimento de la buena ejecución o en desprecio de las instrucciones en sentido contrario del Ingeniero . . ."

b) *Incumplimiento del contrato por el comprador*

20. En virtud del Artículo 64 de la Convención de Compraventa:

"1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

"a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

"b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado."

21. En los contratos de obra se suelen encontrar causas de rescisión similares.

i) *Falta de recepción*

22. La no recepción de la planta por el comprador en la fecha debida constituye incumplimiento del contrato (véase

Segunda Parte, X, *Aceptación y recepción**). En tal caso, según la cláusula 10.2 de los textos ECE 188A y 574A "el Constructor podrá pedirle por escrito (al Comprador) que acepte la entrega dentro de un plazo razonable. Si por una razón cualquiera el Comprador no cumple su obligación dentro de ese plazo, el constructor tendrá derecho... a dar por terminado el contrato en cuanto a la parte del material que no haya podido entregar por culpa del Comprador..."

23. En las Condiciones de la FIDIC se concede al contratista el derecho de rescindir el contrato "en caso de que el Ingeniero no emita el certificado interino..." (cláusula 41.3 del texto FIDIC-EMW), o "en caso de que el Empleador: ... b) ponga inconvenientes u obstáculos a la emisión de cualquier certificado por el Ingeniero..." (cláusula 51.1 del texto FIDIC-EMW).

24. Respecto del último caso mencionada *supra*, la cláusula 69.(1) del texto FIDIC-CEC utiliza la siguiente formulación: "b) ponga inconvenientes u obstáculos o deniegue cualquier aprobación solicitada para la que se le haya extendido uno de tales certificados..."

25. En los modelos de contrato de la ONUDI no figuran disposiciones similares.

ii) *Falta de pago*

26. La cláusula 11.7 de los textos ECE 188A y 574A da al comprador el derecho de terminar el contrato si el comprador no hace efectivo el pago dentro de un período estipulado por las partes.

27. Según la cláusula 69.(1) de las condiciones FIDIC-CEC (véase también la cláusula 51.1 del texto FIDIC-EMW), el contratista tiene derecho "a dar por terminado el empleo establecido en el contrato";

"en caso de que el Contratante:

"a) deje de pagar al Contratista la cantidad debida correspondiente a algún certificado del Ingeniero dentro de los treinta días después de la fecha de vencimiento del mismo determinada por los términos del Contrato..."

2. *Circunstancias de exoneración*

28. Aparte de la rescisión por motivo de incumplimiento, las circunstancias de exoneración constituyen una de las causas más comunes de rescisión de contratos de obra. Cabe distinguir dos casos: en primer lugar, cuando ciertas circunstancias impiden la ejecución y, en segundo lugar, cuando las circunstancias impiden la ejecución por un período determinado (véase la Segunda Parte, XIII, *Exoneración***).

29. En virtud de la cláusula 25.3 de los textos ECE 188A y 574A, si por circunstancias independientes de la voluntad de las partes se ve afectado el cumplimiento de las obligaciones de éstas, y "si debido a cualquiera de esas circunstancias se hace imposible el cumplimiento del contrato dentro de un tiempo razonable, cada una de las partes tendrá derecho a darlo por terminado..."

30. Las Condiciones de la FIDIC disponen también la rescisión del contrato cuando una de las partes se ve

impedida de ejecutarlo debido a la iniciación de una guerra (cláusula 46.1 del texto FIDIC-EMW; cláusula 65.(6) del texto FIDIC-CEC).

31. Aparte del caso de guerra ya mencionada, las Condiciones de la FIDIC no prevén rescisión por ninguna otra circunstancia de exoneración.

32. En virtud de los modelos de contrato de la ONUDI, el comprador puede rescindir el contrato en caso de que se vea sujeto a circunstancias totalmente inevitables y/o fuera de su control (Artículo 33.1 del modelo de contrato TKL).

33. En el caso de fuerza mayor prevaeciente y continua, los modelos de contrato de la ONUDI prevén la posibilidad de que cualquiera de las partes rescindan el contrato (Artículo 34.5 del modelo de contrato TKL).

3. *Otras causas de rescisión*

34. En algunas de las formulaciones en estudio se incluyen también otras causas de rescisión. Estas se refieren a la situación financiera de la otra parte.

35. Las Condiciones de la FIDIC tratan la quiebra del contratista y la del comprador separadamente. En la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC se dispone que el comprador puede expulsar al contratista:

"[s]i el Contratista fuese a la quiebra, o si se extendiese contra él un mandato de proceder, o si se presentase una petición en quiebra, o si se hiciese convenio con los acreedores o una cesión en favor de ellos o si se conviniese en llevar a cabo el contrato bajo una comisión de inspección de sus acreedores, o si (siendo una compañía) fuese a liquidarse (aparte de la liquidación voluntaria destinada a su amalgamación o reconstitución), ... o si recayese (sobre el Contratista) un mandato judicial sobre sus mercaderías..."

36. La cláusula 45 del texto FIDIC-EMW emplea una formulación algo diferente y no concede al comprador el derecho de expulsar al contratista pero señala que:

"[e]l Empleado podrá:

"a) rescindir el Contrato... si el Contratista fuese a la quiebra o se declarase insolvente, o si hubiese contra él un mandato de proceder, o si se hiciese convenio con los acreedores, o si, siendo una compañía, fuese a liquidarse, aparte de la liquidación voluntaria destinada a su amalgamación o reconstitución, o si realizase sus negocios en calidad de mandatario en beneficio de sus acreedores..."

37. Por otra parte, según la cláusula 69.(1) del texto FIDIC-CEC, el contratista puede rescindir el contrato

"[e]n caso de que el Contratante:

"..."

"c) vaya a la quiebra o (siendo una compañía) pase a liquidación como no sea para realizar un plan de reconstitución o fusión..."

38. Para la misma situación, la cláusula 51.1 del texto FIDIC-EMW dispone que el contratista tiene derecho a "terminar su empleo en virtud del contrato".

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.3 (reproducido anteriormente).

** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.5 (reproducido anteriormente).

39. En el modelo de la ONUDI de contrato TKL, sólo la insolvencia o la quiebra del contratista están comprendidas en esta causa. El Artículo 33.7 permite al comprador cancelar el contrato cuando el contratista se ha declarado insolvente o ha ido a la quiebra.

40. Las condiciones de la FIDIC contienen otra causa de rescisión por el contratista en una situación que, de hecho, es una rescisión por el comprador. La cláusula 69.(1) del texto FIDIC-CEC autoriza al contratista a rescindir su empleo en virtud de contrato:

"[e]n caso de que el Contratante:

"...

"d) dé aviso formal al contratista de que por razones imprevistas, debido a una dislocación económica, le es imposible continuar cumpliendo con sus obligaciones..."

41. La cláusula 51.1 del texto FIDIC-EMW contiene una disposición similar pero sin el requisito de notificación formal al contratista.

C. Plazos para la rescisión y procedimiento a seguir

42. Ya se ha mencionado que en contratos de obras para la construcción de grandes obras industriales, la rescisión se considera como un último recurso en casos de incumplimiento del contrato. Las diversas cláusulas que se refieren a las obligaciones de las partes contienen disposiciones en que se pide a los acreedores que concedan al deudor períodos adicionales para que éste cumpla con sus obligaciones. Sólo al finalizar ese período de gracia adicional puede el acreedor rescindir el contrato.

43. Cabe preguntarse durante qué período, después de transcurrido el período de gracia adicional, tiene la parte afectada derecho a la rescisión.

44. Algunas disposiciones prevén la rescisión inmediata después que se han establecido las causas. Por otra parte, en dos casos de incumplimiento del contrato por el contratista o por el comprador, las Condiciones Generales de la CEPE autorizan a la parte afectada a rescindir el contrato sin mencionar plazo alguno (cláusulas 10.2 y 20.5 de los textos ECE 188A y 574A).

45. En caso de falta de pago por el comprador, el contratista tiene derecho a rescindir el contrato "dentro de un período razonable" después de transcurrido el período mencionado en el párrafo 26, *supra* (cláusula 11.7 de los textos ECE 188A y 574A).

46. Los Artículos 49 y 64 de la Convención de Compraventa prevén la resolución del contrato "dentro de un plazo razonable". Esa disposición podría interpretarse en el sentido de que el acreedor pierde el derecho a rescindir el contrato después de transcurrido un "período razonable".

47. Según las cláusulas 46.1 del texto FIDIC-EMW y 65.(6) del texto FIDIC-CEC, en casos de circunstancias de exoneración el contrato puede rescindirse "en cualquier momento". (El Artículo 33.1 del modelo de la ONUDI de contrato TKL contiene una disposición similar.)

48. Las Condiciones FIDIC-EMW contienen disposiciones diferentes en caso de quiebra. Si el contratista va a la quiebra o se declara insolvente, el comprador tiene derecho "a rescindir el contrato *inmediatamente*" (cláusula 45), pero si el comprador va a la quiebra, el contratista tiene derecho "a rescindir... dando 14 días de preaviso" (cláusula 51.1)².

49. En el texto FIDIC-CEC no se hace ninguna distinción y se requiere, para ambas partes, un preaviso de 14 días para la rescisión en caso de quiebra (cláusula 63.(1) y 69.(1))³.

50. El requisito del preaviso de 14 días figura también en ambas Condiciones de la FIDIC respecto a la rescisión (o expulsión, véase el párrafo 11, *supra*) en la mayoría de los casos de incumplimiento del contrato (cláusulas 44.1 y 51.1 del texto FIDIC-EMW, y cláusulas 63.(1) y 69.(1) del texto FIDIC-CEC)⁴.

51. La cláusula 41.3 del texto FIDIC-EMW contiene el requisito del preaviso de *un mes* en caso de que el ingeniero no expida el certificado interino.

52. Casi todas las condiciones requieren que la rescisión se produzca mediante *notificación por escrito* a la otra parte (por ejemplo, cláusulas 10.2, 11.7 y 20.5 de los textos ECE 188A y 574A, y todas las cláusulas pertinentes de las Condiciones de la FIDIC).

53. El modelo de la ONUDI de contrato TKL requiere una notificación por escrito en caso de rescisión (Artículo 33.1, relativo a las circunstancias de exoneración), pero no requiere notificación alguna en caso de cancelación (Artículo 33.7, relativo al incumplimiento del contrato por el contratista).

54. Las diversas cláusulas pertinentes de las Condiciones Generales de la CEPE relativas a la rescisión incluyen la expresión "*sin necesidad de autorización judicial*". Esta frase se agregó para satisfacer los requisitos de los sistemas jurídicos de algunos países (por ejemplo, Francia) donde, de otro modo, la rescisión sólo se puede efectuar mediante orden judicial.

55. Igualmente, el Artículo 33.7 del modelo de la ONUDI de contrato TKL dispone que el comprador puede cancelar el contrato "sin ninguna otra autorización", formulación que también podría estar encaminada a satisfacer requisitos de ciertos sistemas jurídicos.

56. En las Condiciones de la FIDIC no se hace ninguna referencia a la autorización judicial. No obstante, cabe poner de relieve que en caso de incumplimiento del contratista, las Condiciones disponen que el comprador puede entrar al emplazamiento y expulsar al contratista sin resolver el contrato. Respecto de esta diferencia, pequeña en la práctica pero clara en la ley, es muy probable que los tribunales decidieran que no se requiere autorización judicial.

² No están claras las razones de estas disposiciones diferentes.

³ Los períodos mencionados en los párrafos 48 y 49 no son períodos de gracia.

⁴ Los períodos mencionados en los párrafos 50 y 51 tienen el efecto de un período de gracia.

D. Consecuencias de la rescisión

57. Por lo general, una vez que se ha rescindido un contrato, se debe poner a las partes en la misma situación en que se encontraban en el momento de la conclusión del contrato. A veces, cuando no es posible poner a las partes en esa misma situación, el contrato se rescinde sólo para el futuro. Este último caso es el que se da con más frecuencia en los contratos de obras, en vista de su propia naturaleza.

58. Dado que la rescisión pone fin al contrato, la consecuencia general para ambas partes es que no se espera de ellas que cumplan sus obligaciones en virtud del contrato. El Artículo 81 de la Convención de Compraventa dispone lo siguiente:

"1) La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones..."

59. Sin embargo, en todo contrato hay algunas disposiciones que no deben ser anuladas por la rescisión. La rescisión no significa la terminación de todas las obligaciones en virtud del contrato. En consecuencia, el Artículo 81 de la Convención de Compraventa continúa:

"La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución."

60. En particular, las partes no serían eximidas de ninguna obligación de pagar daños y perjuicios. La cláusula 27.1 de los textos ECE 188A y 574A dicen lo siguiente:

"La rescisión del contrato, por cualquier causa que fuere, no afectará a los derechos adquiridos por los contratantes durante su vigencia."

61. En cuanto a las otras consecuencias de la rescisión, las diversas formulaciones en estudio hacen una distinción entre la terminación por incumplimiento de contrato o por circunstancias de exoneración.

1. Incumplimiento del contrato

62. El Artículo 20.5 de los textos ECE 188A y 574A dispone lo siguiente en caso de falta de terminación de la obra:

"... el comprador tendrá el derecho ... a dar por terminado el contrato ... y a exigir del constructor que le indemnice por los perjuicios que el incumplimiento le haya causado ... hasta el límite de la cantidad ... o ... hasta el equivalente de valor, determinado a base del contrato, de la parte de la obra que por incumplimiento del constructor no se haya podido utilizar como estaba previsto."

63. La cláusula 31.2 del texto FIDIC-EMW emplea un lenguaje similar en caso de demora prolongada por parte del contratista.

64. En virtud de las Condiciones de la FIDIC, como ya se ha mencionado, cuando el contratista incurre en incumplimiento el empleador puede entrar al emplazamiento y completar la obra. La formulación utilizada en ambos conjuntos de condiciones varía ligeramente pero el resul-

tado es muy similar. La cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC dispone, en caso de incumplimiento por el contratista:

"el Contratante podrá ... entrar en el Emplazamiento y las Obras y expulsar al Contratista de los mismos, sin que por ello quede anulado el Contrato ni se exima al Contratista de ninguna de sus obligaciones ni responsabilidades emanantes del Contrato ni sean afectados los derechos y facultades que el Contrato confiere al Contratante o al Ingeniero, pudiendo él mismo terminar las obras o emplear a algún otro Contratista para terminarlas. El Contratante o el nuevo contratista podrá usar para la terminación de las obras todos aquellos elementos del Equipo de Construcción, de las Obras temporales y de los Materiales que hayan sido considerados reservados exclusivamente para la ejecución de las Obras según las estipulaciones del Contrato que él o el nuevo Contratista considere conveniente, y el Contratante podrá en todo momento vender cualesquiera de dichos Equipos de Construcción, obras temporales y materiales no usados, aplicando el producto de la venta en o para la recaudación de las sumas que le sean debidas o vayan a serlo por el Contratista en virtud del Contrato."

65. Las Condiciones FIDIC-CEC pasan luego a explicar cómo se resuelven diversas cuestiones en caso de que el empleador entre en el emplazamiento y expulse al contratista. Dichas cláusulas dicen lo siguiente:

63.(2) "El Ingeniero, tan pronto como sea factible después de dicha entrada en las Obras y expulsión por el Contratante, podrá fijar y determinar "ex parte" o por referencia o consulta de las partes, o después de haber realizado la investigación o las consultas que considere convenientes, y luego certificar, qué cantidad (de haberla) había, en la fecha de dicha entrada o expulsión, sido en justa razón ganada por el Contratista, o le corresponda, con respecto a la obra que entonces estaba efectivamente realizada por él en cumplimiento del Contrato, así como cuál era el valor de los antedichos materiales no usados o parcialmente usados, del Equipo de Construcción y de las Obras Provisionales.

63.(3) "Si el Contratante entra en las Obras o en el Emplazamiento y expulsa al Contratista en virtud de la presente cláusula, no tendrá obligación alguna de pagar al Contratista ninguna suma de dinero a cuenta del Contrato hasta la expiración del Período de mantenimiento, y después de él hasta que hayan sido averiguados, certificado su montante por el Ingeniero, los costos de ejecución y mantenimiento, daños por demora en la terminación (si la hay) y todos los demás gastos en que haya incurrido el Contratante. El Contratista tendrá entonces derecho a recibir solamente aquella suma o sumas (si las hay) que el Ingeniero certifique le habrían sido debidas a la terminación de las obras por él, después de deducir dicho montante. Pero si dicho montante pasa de la referida suma que hubiera sido pagadera al Contratista al terminar él las obras, el Contratista deberá pagar al Contratante, al recibir la demanda correspondiente, el saldo que así resulte contra él, debiendo este saldo considerarse como deuda que el Contratista ha de satisfacer al Contratante y que será por lo tanto exigible."

66. En virtud del Artículo 33.7 del modelo de la ONUDI de contrato TKL, si el contratista incurre en incumplimiento “el COMPRADOR podrá . . . rescindir el Contrato y desvincular al CONTRATISTA de todas o alguna parte de los trabajos y/o de este Contrato, y podrá emplear los medios que considere apropiados para completar los trabajos y/o dar cumplimiento a este Contrato . . .”.

67. En caso de que se cancele el contrato y se desvincule al contratista del mismo, el Artículo 33 del modelo de contrato TKL dispone lo siguiente:

“33.8 Si se ha desvinculado al CONTRATISTA de este Contrato, o de alguna parte del mismo . . . el CONTRATISTA . . . no tendrá derecho al pago de ninguna otra suma, incluidas las sumas exigibles pero que no se le hubieran pagado, y se considerará terminada la obligación del COMPRADOR de efectuar los pagos dispuestos en las cláusulas sobre condiciones de pago; el CONTRATISTA será responsable por la liquidación de costos y/o daños en virtud del Contrato . . .”

“33.9 Si se ha desvinculado al CONTRATISTA de este Contrato o de alguna parte de él . . . y si los trabajos pertinentes han sido terminados posteriormente por el COMPRADOR, este último determinará, a su discreción y con sujeción a los derechos del COMPRADOR estipulados en los Artículos 27 y 30 en las disposiciones correspondientes, si correspondiere, el monto de las sumas retenidas o de las cuotas que no se hubieran pagado al CONTRATISTA al momento de desvincular al CONTRATISTA de los trabajos, y que el COMPRADOR considera que no necesita a los fines del Contrato; . . . el COMPRADOR, si considerase que no ha sufrido ningún perjuicio financiero, podrá autorizar el pago de esas sumas al CONTRATISTA.

“33.10 La desvinculación del CONTRATISTA de este Contrato o de una parte del mismo en cumplimiento de lo dispuesto en este Artículo, no eximira al CONTRATISTA de ninguna de las obligaciones que le corresponden en virtud de este Contrato y de la ley aplicable.

“33.11 Si, de conformidad con el presente Artículo, se ha desvinculado al CONTRATISTA de este Contrato o de las Obras o de cualquier parte de los mismos, todos los materiales e instalaciones del CONTRATISTA, así como sus intereses en propiedad raíz, licencias, facultades y privilegios adquiridos, utilizados o proporcionados por el CONTRATISTA a los fines de este Contrato, pasarán a ser propiedad del COMPRADOR y, en particular, aunque sin que se vea afectada ninguna de las responsabilidades u obligaciones del CONTRATISTA y/o ninguno de los derechos del COMPRADOR estipulados, conferidos o previstos por alguna otra de las disposiciones de este Contrato, el COMPRADOR tendrá la opción de utilizar el equipo o vender o disponer de cualquiera otra forma, en subasta pública o en venta privada o de cualquier otro modo, de la totalidad o cualquier parte de los materiales y/o instalaciones al precio o precios que considere razonables y conservará las ganancias de cualquier venta o

transacción de este tipo, así como todas las demás sumas que el COMPRADOR adeude en ese momento o posteriormente al CONTRATISTA, como pago total o parcial (según sea el caso) de cualquier pérdida o daño que haya sufrido o pueda sufrir el COMPRADOR por las razones indicadas.

“33.12 Con sujeción a la cláusula 33.11 *supra*, si el COMPRADOR considera que cualquiera de los bienes en posesión del COMPRADOR en virtud de la cláusula 33.11 *supra*, no es ya indispensable a los efectos del Contrato y que no va en interés del COMPRADOR conservar estos bienes, estos bienes pasarán a ser propiedad del CONTRATISTA, previa notificación por escrito a este efecto del COMPRADOR al CONTRATISTA.”

68. Por otra parte, en caso de que el contratista rescinda el contrato las consecuencias previstas en las diversas condiciones son diferentes.

69. En esos casos, según la cláusula 51.2 del texto FIDIC-EMW, el contratista “tras realizar dicha notificación . . . procederá con toda la diligencia razonable a sacar del emplazamiento todo el equipo traído por el contratista”. La cláusula 69.(2) del texto FIDIC-CEC contiene una disposición similar.

70. La cláusula 51.3 del texto FIDIC-EMW dispone que “en caso de rescisión por esa causa, el Contratante, en lo que respecta a los pagos al contratista, quedará bajo las mismas obligaciones que si el contrato hubiese sido rescindido en virtud de las disposiciones de la cláusula 46 (iniciación de guerra) de este documento, pero además de los pagos especificados en la cláusula 46.3, el contratante deberá pagar al contratista compensación por pérdidas o daños razonables en que incurra el contratista a raíz de la rescisión o por cuestiones relativas a la misma u ocasionadas por ella”. (Las disposiciones de la cláusula 69.(3) del texto FIDIC-CEC son idénticas.)

71. La terminación del contrato por el contratista a raíz del incumplimiento del comprador no priva al contratista de los derechos que ya hubiere adquirido. Por lo tanto, la cláusula 51.4 del texto FIDIC-EMW dispone:

“Ninguna de las disposiciones de esta cláusula obrarán en perjuicio del derecho del contratista de ejercer, en lugar de los derechos y remedios especificados en esta cláusula, o además de ellos, toda otra acción o remedio a que tuviere derecho.”

72. En virtud de las Condiciones Generales de la CEPE, si el contratista rescinde el contrato por incumplimiento del comprador, el contratista tiene derecho al pago de daños y perjuicios. No obstante, las Condiciones Generales parecen presuponer que las partes han convenido en limitar el monto de esas indemnizaciones.

73. En caso de que el comprador no acepte la entrega, la cláusula 10.2 de los textos ECE 188A y 574A da al contratista derecho “a dar por terminado el contrato . . . y a que el (el comprador) le indemnice por el perjuicio que el incumplimiento le haya irrogado . . . o . . . por el valor, determinado a base del contrato, de la parte del material de que se trate”.

74. En virtud de la cláusula 11.7 de los textos ECE 188A y 574A, en caso de falta de pago "el constructor tendrá derecho... a dar por terminado el contrato y obtener del comprador la indemnización por el perjuicio irrogado...".

75. Cuando se trate sólo del suministro de equipo, y no deban realizarse en el emplazamiento operaciones de montaje o erección, las siguientes disposiciones de la Convención de Compraventa bien podrían tenerse en cuenta respecto de los contratos de obra:

Artículo 81: "(2) La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente.

Artículo 84: "(1) El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

"(2) El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas:

"a) cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o

"b) cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas."

2. Circunstancias de exoneración

76. En caso de que el contrato se rescinda por circunstancias que escapan al control de las partes, la cláusula 25.4 de los textos ECE 188A y 574A disponen que "los gastos que su ejecución haya originado se repartirán en la forma en que las partes acuerden amigablemente".

77. En caso de que las partes no se pongan de acuerdo, la cláusula 25.5 dispone: "el árbitro designado habrá de decir cuál es la parte que se ha visto imposibilitada de cumplir sus obligaciones y ésta deberá reembolsar a la otra parte el importe de esos gastos... Si el árbitro decide que las dos partes han estado imposibilitadas de cumplir sus obligaciones repartirá los gastos entre ellas del modo que estime más justo y equitativo, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso."

78. La cláusula 25.7 de los textos ECE 188A y 574A contiene una fórmula para ayudar al árbitro a repartir la responsabilidad:

"Serán acreditadas al Comprador, como deducción de los gastos realizados por el Constructor, todas las cantidades pagadas por el Comprador al Constructor o que aquél deba entregar a éste en virtud de los términos del Contrato. Será acreditada al Constructor, como deducción de los gastos realizados por el Comprador, la

parte del precio estipulado en el Contrato que corresponda efectivamente al material entregado al Comprador o, si se trata de un material incompleto, el valor de ese material en su estado incompleto. En ambos casos, se tendrán en cuenta todos los trabajos efectuados en el montaje de ese material."

79. Cuando la suma que se ha de acreditar excede el monto de esos gastos, la parte tendrá derecho a recuperar el excedente. "Se entenderá por 'gastos', a los efectos del presente Artículo, los desembolsos efectivos razonablemente realizados después que cada una de las partes haya reducido en lo posible sus pérdidas; de todos modos, en lo que se refiere al material entregado al Comprador, se considerará como gastos del constructor la parte del precio que según el contrato corresponda normalmente pagar habida cuenta de todos los trabajos efectuados en el montaje de ese material" (cláusula 25.6 de los textos ECE 188A y 574A).

80. Las Condiciones de la FIDIC se ocupan de las consecuencias de la rescisión en caso de guerra, de la siguiente manera: la cláusula 46 del texto FIDIC-EMW dispone:

"46.2. ...el Contratista procederá con diligencia razonable a sacar del Emplazamiento todo su equipo y a disponer lo necesario para que sus subcontratistas puedan hacer lo mismo.

"46.3. Si el Contrato se ha de rescindir por la causa mencionada precedentemente, el Contratista recibirá del Contratante un pago (en la medida en que esa suma o artículo no esté comprendido en pagos a cuenta hechos al contratista) por todos los trabajos ejecutados antes de la fecha de la rescisión a las tasas y los precios dispuestos en el Contrato y, además:

"a) Las cantidades pagaderas por concepto de elementos preliminares, en la medida en que el trabajo o servicio que comprenden se ha llevado a cabo o ejecutado, y una proporción apropiada, conforme haya certificado el ingeniero, en lo que respecta a los elementos cuyo trabajo o servicio se ha realizado o ejecutado parcialmente.

"b) El costo de los materiales o mercancías que hayan razonablemente encargado para las obras o para su uso en las obras, y que hayan sido entregados al Contratista o respecto de los cuales el Contratista esté legalmente obligado a aceptar la entrega (pasando dichos materiales o mercancías a ser propiedad del Contratante al efectuar éste dichos pagos).

"c) Una suma, que ha de ser certificada por el ingeniero, y que constituirá el monto de los gastos en que razonablemente haya incurrido el Contratista con miras a terminar las obras, en la medida en que dichos gastos no hayan sido cubiertos por los pagos arriba mencionados correspondientes a este subcláusula.

"d) El costo razonable del retiro del equipo de construcción en virtud de la subcláusula 2 de esta cláusula y (si el Contratista lo requiere) de su retorno a la fábrica del Contratista en su país o a cualquier otro lugar siempre que el costo no sea mayor.

“e) El costo razonable de la repatriación de todo el personal del Contratista y los trabajadores empleados en las obras o en relación con las mismas en la fecha de dicha rescisión.

“Ello siempre que la condición de que, contra todos los pagos de las sumas debidas por el Contratante en virtud de la presente subcláusula, el Contratante tendrá derecho a que se le acrediten los saldos pendientes debidos por el Contratista por adelantos relativos a la planta y los materiales, y toda otra suma previamente pagada por el Contratante al Contratista respecto de la ejecución de las obras.”

81. La cláusula 65.(8) del texto FIDIC-CEC tiene una formulación similar pero es algo diferente en el último párrafo:

“Ello siempre con la condición de que, contra todos los pagos de las sumas debidas por el Contratante en virtud de la presente subcláusula, el Contratante tendrá derecho a que se le acrediten los saldos pendientes debidos por el Contratista por adelantos relativos a equipos y materiales o todas las sumas que en la fecha de la terminación eran recobrables por el Contratante del Contratista en virtud de los términos del contrato.”

82. En los modelos de contrato de la ONUDI se dispone lo siguiente para el caso de que el contrato sea rescindido por el comprador debido a que se ve afectado por circunstancias que son totalmente inevitables y/o escapan a su control (por ejemplo, en el Artículo 33 del modelo de contrato TKL): el contratista cesará inmediatamente todas las actividades y el comprador pagará al contratista una suma equivalente a la mayor de las dos sumas siguientes:

Artículo 33.3.1: “El costo de las Obras ya realizadas o los servicios ya suministrados por el CONTRATISTA a la fecha de la rescisión, deducidas todas las sumas que el COMPRADOR ya hubiera pagado al CONTRATISTA y todas las sumas que el CONTRATISTA debiera pagar al COMPRADOR o que adeudare al COMPRADOR o que el COMPRADOR reclame como exigibles por concepto de daños con arreglo a otros Artículos del Contrato, y

Artículo 33.3.2: “Las sumas, calculadas en conformidad con lo dispuesto en las Condiciones de Pago, que hubieran debido pagarse al CONTRATISTA hasta la fecha de la rescisión, siempre que el CONTRATISTA hubiera cumplido efectivamente con sus obligaciones hasta esa fecha, sin perjuicio de los derechos del COMPRADOR estipulados expresamente en este Contrato.”

83. Si el comprador rescinde el contrato a causa de las circunstancias mencionadas, en virtud del Artículo 33.5 del mismo modelo, tendrá respecto del Contratista no sólo obligaciones sino también ciertos derechos:

“... a obtener del CONTRATISTA, cuando éste sea también el licitante de los procesos, la documentación sobre know-how e ingeniería detallada... a recibir todos los documentos de ingeniería de detalle, los cálculos, las plantillas de computadora y demás materiales conexos completados hasta la fecha de rescisión...

... a recibir listas de todo el equipo para el que se hayan hecho pedidos, junto con todas las copias de las órdenes de compra de instalaciones suministradas y no suministradas... a recibir los documentos de embarque correspondientes a todo el equipo... a recibir toda la documentación completa o incompleta relacionada con los trabajos y los servicios... a hacerse cargo de las Obras, comprendidos todos los trabajos realizados hasta la fecha en el Emplazamiento... a recibir copias de todos los planos y dibujos detallados de obras de ingeniería civil, sistemas de tuberías, instrumentación, trazado y montaje.”

3. Otras causas de rescisión

84. La rescisión por una de las partes a causa del deterioro de la situación financiera de la otra parte recibe por lo general el mismo tratamiento que la rescisión por incumplimiento del contrato. Por ejemplo, la cláusula 45 del texto FIDIC-EMW dispone que si el contratista va a la quiebra o se declara insolvente el comprador tendrá derecho a rescindir el contrato y a proceder en la misma forma que la prevista para el caso de incumplimiento por el contratista.

85. En la cláusula 63.(1) del texto FIDIC-CEC, donde la consecuencia de la quiebra del contratista no es la rescisión sino la expulsión del contratista, se da a este caso el mismo tratamiento que al caso de incumplimiento del contrato por el contratista.

86. En ambos textos de la FIDIC, cuando el comprador va a la quiebra el contratista puede rescindir el contrato y las consecuencias serían las mismas que en el caso de falta de pago (cláusula 51 del texto FIDIC-EMW y cláusula 69 del texto FIDIC-CEC). Del mismo modo, en los modelos de contrato de la ONUDI la cuestión de la quiebra del contratista se trata de la misma forma que el incumplimiento del contrato (Artículo 33.7 del modelo de contrato TKL).

XVIII. LEY APLICABLE

A. Observaciones generales

87. En los contratos de obra, las partes tienen un gran interés en garantizar que sus derechos y obligaciones sean tan precisos y predecibles como sea posible. Con miras a promover la certidumbre y la predictibilidad, minimizando así las posibilidades de controversias, los documentos de contrato contienen por lo general descripciones detalladas de las obras a realizar. No obstante, se producen controversias que deben ser resueltas en el marco de uno o varios sistemas jurídicos. La determinación, por las partes en el contrato, de la ley aplicable contribuye mucho a evitar problemas difíciles de determinación de la ley en los tribunales.

88. Dado que la construcción de las grandes obras industriales se lleva a cabo durante períodos relativamente largos, los cambios subsiguientes en la ley aplicable pueden producir resultados no contemplados por las partes.

Debido a estas dificultades, las partes deben procurar reducir al mínimo las posibilidades de recurso a la ley aplicable estableciendo lo más completa y claramente posible sus derechos y obligaciones. En el párrafo 45 de la Guía de la CEPE se sugiere:

“... pudiera... recomendarse a las partes... que redactaran contratos con suficiente grado de detalle y especificidad de modo que si se plantea una controversia el recurso a una ley nacional sería necesario sólo en casos excepcionales.”

B. Elección de la ley aplicable

89. La elección de la ley aplicable puede verse influida por una diversidad de consideraciones, tales como la familiaridad de las partes con la legislación de un país determinado, y su confianza en dicha legislación. Es probable que las partes escojan una de las siguientes legislaciones: la ley del país en que se ha de construir la fábrica, la ley del país del contratista, o la ley de un tercer país.

90. El Artículo 36.1 del modelo de la ONUDI de contrato de costos reembolsables establece algunas posibilidades:

“Las leyes aplicables respecto de este contrato serán las de (*país neutral*) o las de (*país en donde esté ubicado el emplazamiento de la planta*), o las convenidas entre las partes en conformidad con las leyes del país en donde esté ubicada la planta.”

Los modelos de la ONUDI de contratos TKL y de entrega llave en mano parcial (STC) tienen disposiciones semejantes.

91. En las contrapropuestas no se indica ninguna ley aplicable y la cuestión se deja al arbitrio de las partes:

“Artículo 36.1. “Las leyes aplicables respecto de este contrato serán...”

92. Los textos FIDIC-CEC y FIDIC-EMW disponen que las partes deben establecer la ley aplicable. La cláusula 5.1 del texto FIDIC-CEC dispone que en la Parte II de las condiciones se debe fijar:

“el país o estado a las leyes del cual el contrato queda sujeto y de acuerdo con las cuales el contrato será interpretado.”

93. En virtud de las Condiciones Generales de la CEPE, se escoge la ley del país del contratista con sujeción a una calificación. La cláusula 28.2 de los textos ECE 188A y 574A dispone:

“De no existir otra disposición expresa, el contrato se regirá por la ley del país del constructor siempre que así lo permita la ley del país donde se efectúe la obra.”

94. El hecho de que las partes determinen la ley aplicable no significa que dicha ley será aplicada siempre por los tribunales en los que se inicie una acción. La *lex fori* puede restringir la libertad de las partes para escoger la ley aplicable.

C. Disposiciones jurídicas adicionales

1. Leyes administrativas y otras leyes municipales

95. La realización de un contrato de obras es una empresa compleja que comprende, entre otras cosas, el suministro de instalaciones y maquinarias, la construcción de obras, la transferencia de tecnología y arreglos de licencia. Esto comprende a menudo el cumplimiento de diversas leyes y reglamentos en los países del contratista y del comprador, instrumentos que son particularmente susceptibles a la influencia de las políticas económicas y sociales del Gobierno. Las disposiciones obligatorias sobre la ley nacional aplicable en materia de derechos de propiedad, leyes de patente, reglamentos de seguridad, leyes laborales y leyes y reglamentaciones sobre cambio pueden afectar la ejecución del contrato.

96. Las partes a menudo prevén y resuelven los efectos de las leyes municipales sobre sus obligaciones contractuales. En los textos estudiados hay disposiciones expresas que hacen responsable al contratista por el cumplimiento de las leyes que puedan aplicarse. La cláusula 26 del texto FIDIC-CEC dispone:

“1) El contratista deberá pasar todos los avisos y pagar todos los derechos o impuestos que exijan los reglamentos, disposiciones, leyes u órdenes de la nación, del Estado, o de las autoridades locales u otras debidamente constituidas, en todo cuanto afecte a la ejecución de las Obras o que exijan los reglamentos y constituciones de todas las entidades públicas y compañías cuya propiedad o derechos sean afectados o puedan serlo de alguna forma por las Obras.

“2) El Contratista deberá conformarse en todos los aspectos a las estipulaciones de todos los reglamentos, disposiciones y leyes antedichos, y a las disposiciones u órdenes de las autoridades locales u otras debidamente constituidas, que tengan aplicación a las obras o a las obras temporales, así como a los antedichos reglamentos y estatutos de entidades públicas y compañías, y deberá mantener indemnizado al Contratante contra todas las penalidades y responsabilidades de toda clase por infracción de cualesquiera de dichos reglamentos, disposiciones o leyes, reglamentación u órdenes.”

97. Si el cumplimiento de la ley supone el pago de honorarios por el contratista, ésta tendrá derecho a que se le reembolsen esos gastos. La cláusula 26.3 del texto FIDIC-CEC dispone:

“El Contratante pagará o reconocerá al Contratista todas las sumas que el Ingeniero certifique como debidamente pagadas por el Contratista respecto de tales honorarios.”

98. El texto FIDIC-EMW es algo diferente pero el efecto práctico es el mismo. La cláusula 18.1 del texto FIDIC-EMW expresa:

“En todas las cuestiones que se plantean respecto de la ejecución del Contrato, el Contratista se conformará en todos los casos a las disposiciones de cualquier Estatuto Nacional o Estatal, Ordenanza u otra Ley o cualquier Reglamento o Estatuto de cualquier autoridad local o de otro tipo debidamente constituida que afecten

al Contratista en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Contrato, y deberá mantener indemnizado al contratante respecto de todas las penalidades y responsabilidades de cualquier clase en que se incurra por infracción de cualquiera de esos Estatutos, Ordenanzas, Leyes o Reglamentos.”

99. En virtud de las Condiciones Generales de la CEPE, la responsabilidad del contratista de observar la ley aplicable a las obras se indica en forma implícita. La cláusula 5.1 de los textos ECE 188A y 574A dispone:

“Si el constructor lo solicita, el comprador le ayudará en todo lo posible a obtener la información necesaria acerca de las leyes y reglamentos locales aplicables a la obra, así como de los impuestos y derechos que correspondan.”

100. En los modelos de contrato de la ONUDI se exige expresamente al contratista que cumpla todas las leyes que puedan aplicarse no sólo a las obras sino a cualquier aspecto de carácter general. El Artículo 36.2 del modelo de contrato de costos reembolsables (CRC) expresa:

“El CONTRATISTA, su personal y sus representantes deberán cumplir con todos los códigos, leyes y reglamentos vigentes en el país del COMPRADOR y en la región en donde esté ubicada la planta.”

2. Notificación de la ley aplicable a las obras

101. La construcción de una obra está por lo general sujeta a una diversidad de reglamentaciones administrativas locales que afectan su ejecución. La aprobación del plan de obras por las autoridades locales puede estar sujeta a restricciones en cuanto a requisitos sanitarios, laborales y de seguridad. Puede haber también requisitos en cuanto al equipo, los materiales y el nivel de calidad de las operaciones de la planta. El problema en este caso es que, en circunstancias normales, la ley local puede no ser bien conocida por el contratista.

102. Según algunos de los textos en estudio, la parte que está más familiarizada con las leyes locales tiene la obligación de indicar a la otra cuáles son las leyes y los reglamentos locales aplicables. Con frecuencia, la obligación de informar se impone al comprador. La cláusula 18.2 del texto FIDIC-EMW indica:

“El Contratante prestará al Contratista asistencia que le permita evaluar la naturaleza y el alcance de las leyes, los reglamentos, las ordenanzas y los estatutos que tengan fuerza de ley en el país en el que se ha de construir la planta y que pueden afectar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista en virtud del Contrato, y a cumplir con ellos; si así se le solicita, ayudará al Contratista a obtener ejemplares de dichos instrumentos a costa del Contratista.”

103. En virtud del texto FIDIC-CEC, el comprador no tiene obligación de prestar asistencia al contratista.

104. En los modelos de contrato de la ONUDI no se impone al comprador la obligación de informar al contratista sobre la ley local aplicable; no obstante, se exige al comprador que obtenga para el contratista las aprobaciones, los permisos y las licencias necesarios de las

autoridades locales. El Artículo 5.15 del modelo de contrato CRC dispone:

“El COMPRADOR obtendrá y pondrá a disposición del CONTRATISTA todos los permisos, aprobaciones y/o licencias de las autoridades locales y/o del Gobierno que se requieran para la ejecución del Contrato, inclusive licencias de importación, visas para el personal del CONTRATISTA, permisos de entrada, etc.”

105. En virtud de la cláusula 5.1 de los textos ECE 188A y 574A, el contratista puede pedir al comprador la información necesaria sobre las leyes y los reglamentos locales que puedan ser aplicables a las obras.

D. Cambios subsiguientes en la legislación

106. Aun cuando las partes hayan tenido en cuenta las disposiciones de la ley vigente, sus expectativas pueden verse frustradas debido a cambios subsiguientes en la ley aplicable. Los cambios subsiguientes en la ley pueden de hecho imponer cargas fuera de lo común respecto de la ejecución del contrato. (En cuanto a los efectos de esta situación sobre las obligaciones de las partes, véase Segunda Parte, XIV, *Renegociación**.)

107. En las Condiciones de la FIDIC se dispone la revisión del precio del contrato para reflejar cambios en la ley que puedan afectar la ejecución del mismo. En la cláusula 70(2) del texto FIDIC-CEC se dispone:

“2) Si, después de los treinta días antes de la última fecha de la sumisión de Propuestas para las Obras se producen en el país en el que se están realizando o se van a realizar las Obras cambios de cualquier Estatuto Nacional o del Estado, Ordenanzas, Decretos u otras Leyes o cualquier otra regla o reglamento de cualquier autoridad local debidamente constituida o, la introducción de un nuevo Estatuto de Estado, Ordenanza, Decretos, Leyes, reglas o reglamentos que ocasione al Contratista costos adicionales o reducidos ... en la ejecución de las Obras, tales costos adicionales o reducidos deberán ser certificados por el Ingeniero y serán abonados por o acreditados al Contratante y el Precio Contratado deberá ser ajustado de acuerdo con esto.”

108. Todos los modelos de contrato de la ONUDI contienen también disposiciones relativas a cambios subsiguientes en las leyes que puedan afectar la ejecución del contrato. En el Artículo 36.2 del modelo de la ONUDI de contrato CRC se dispone:

“... En caso de que, con posterioridad a la Fecha Efectiva del Contrato, se promulguen códigos, leyes o reglamentos, y se demuestre que los mismos ... tienen efectos adversos respecto a las obligaciones del CONTRATISTA, el alcance de los trabajos, los precios y/o los calendarios en virtud de este Contrato, el COMPRADOR:

“36.2.1. obtendrá de las autoridades pertinentes exenciones a favor del CONTRATISTA, o

“36.2.2 negociará con el CONTRATISTA cambios apropiados en el alcance de los trabajos que deben

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.5 (reproducido anteriormente).

realizarse en virtud de este Contrato, junto con las modificaciones en los precios que reflejen propiamente los aumentos reales de los costos que se anticipan..."

109. En las contrapropuestas, el punto de referencia para determinar los cambios subsiguientes en la ley vigente es la fecha de la invitación a presentar ofertas.

110. En las Condiciones Generales de la CEPE hay también disposiciones relativas a un ajuste proporcional del precio del contrato. La cláusula 5.2 de los textos ECE 188A y 574A dispone:

"Si el costo del montaje fuera aumentado o disminuido como consecuencia de alguna modificación introducida a esas leyes o reglamentos con posterioridad a la oferta, el importe de ese aumento o disminución se añadirá al precio o se deducirá de él, según sea el caso."

Parte III

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8*]

LISTA DE CUESTIONES PARA SU POSIBLE EXAMEN POR EL GRUPO DE TRABAJO

A. Introducción

1. En la Primera Parte se han expuesto ya las cuestiones generales relacionadas con la futura labor del Grupo de Trabajo. Esta parte del estudio, en la que se exponen cuestiones específicas, no pretende ser exhaustiva. Las cuestiones han de considerarse en el contexto de cada uno de los temas estudiados.

2. No obstante, cabe señalar que las cuestiones generales relativas a la metodología parte toda labor futura (véase Primera Parte, párrs. 39 a 46) habrían de tenerse siempre presentes, pues para hallar una fórmula adecuada es preciso examinar primero las cuestiones específicas relativas a cada tema.

3. Conviene indicar además que las siguientes cuestiones guardan también relación con la totalidad de las cuestiones específicas:

a) Teniendo en cuenta los diversos tipos de contrato de suministro y construcción de grandes obras industriales (véase Primera Parte, párrs. 22 a 26) ¿puede adoptarse un enfoque común para cada tema examinado, independientemente de cual sea el tipo de contrato, o deben adoptarse diferentes enfoques? ¿o se ha de adoptar otro enfoque que no sea común respecto de determinados temas mientras que en el otro caso hay que ajustarse a determinados tipos de contrato?

b) Teniendo en cuenta que existen diferentes tipos de plantas industriales (véase Primera Parte, párr. 27), ¿puede adoptarse un enfoque común independientemente del tipo de planta de que se trate?

B. Cuestiones específicas

I. Planos y documentos descriptivos

4. ¿Qué tipos de planos y documentos debe proporcionar el contratista?

* 17 mayo 1981.

5. ¿Cuáles deben ser las consecuencias jurídicas en caso de que no se faciliten los planos y documentos?

6. ¿Sería aconsejable que el contratista o el comprador pudieran modificar o variar los planos y documentos descriptivos después de la celebración del contrato?

7. ¿Cuáles deben ser los efectos jurídicos de subsiguientes modificaciones de los planos y documentos descriptivos?

8. ¿Debe tratarse la cuestión de la propiedad respecto de los planos y documentos descriptivos y, en tal caso, cuál de las partes debe ser la propietaria de tales documentos?

II. Suministro

9. ¿Debe haber una distinción entre la porción jurídica del contratista y la del vendedor en relación con el suministro?

10. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente ¿es responsable el contratista de los defectos del equipo enviado en una expedición o solamente del suministro de la planta en su totalidad?

11. ¿Cuál debe ser la responsabilidad del contratista si contrata a un tercero para que suministre la totalidad de la planta o del equipo o una parte de los mismos?

12. ¿Debe incluirse una cláusula relativa a los costos del transporte?

13. Si se da una respuesta afirmativa a la cuestión precedente ¿de qué transporte ha de encargarse el contratista y qué costos de transporte han de ser sufragados por él?

14. ¿Debe estar obligado el contratista a suministrar equipo o materiales no mencionados en el contrato pero que sean necesarios para la terminación de las obras, incluidos materiales y equipo auxiliares?

15. ¿Debe incluirse una cláusula relativa a la notificación de la falta de conformidad en relación con el suministro de la planta y a las consecuencias jurídicas de la no notificación de los defectos a su debido tiempo?

16. En caso de que los materiales o la planta suministrados por el contratista tengan cualesquiera defectos ¿ha de tener el comprador un recurso a este respecto antes de la fecha estipulada para la terminación de las obras y, de ser así, qué clase de recursos?

17. ¿Debe ser responsable el contratista del suministro de materiales y partes de la planta antes de la fecha convenida para la terminación de las obras y, en tal caso, cuáles deben ser las consecuencias jurídicas del incumplimiento de esta obligación?

III. Montaje

18. ¿Debe ser responsable el contratista del montaje de distintas partes de la planta o únicamente de la terminación de las obras en su conjunto dentro de un plazo convenido?

19. Si el contratista no monta la planta en el plazo convenido ¿tiene derecho el comprador a contratar el montaje con otro contratista?