

# Cláusulas de recurso exclusivo: Nota y ejemplo de redacción

Full Description

## Introducción

Es frecuente que los contratistas soliciten que en el contrato se incluya una cláusula de recurso exclusivo. Sin embargo, desde la perspectiva del propietario, el riesgo de una cláusula de recurso exclusivo es que puede impedirle al propietario obtener resarcimiento por cualquier tipo de daños y perjuicios no contemplado específicamente en el contrato.

La presente nota analiza la utilización de una cláusula de recurso exclusivo y las medidas que debe tomar el propietario para proteger su posición si debe incluir una cláusula de este tipo en un contrato. En particular, nos concentramos en las protecciones para el propietario en caso de que el régimen de daños y perjuicios predeterminado se considere inválido e inexigible.

## Situación jurídica

En las jurisdicciones en que rige el *common law*, un contrato es prueba concluyente de acuerdo entre las partes que lo firman. Si una parte acepta claramente y sin ambigüedades que su único recurso es el que se establece en el contrato, se compromete a aceptar esas condiciones. Sin embargo, en varias jurisdicciones sujetas al *common law*, ha habido tribunales reuentes a llegar a esa conclusión sin pruebas precisas de la intención de las partes de renunciar a sus derechos jurídicos<sup>1</sup>. Ello significa que, para eliminar contractualmente el derecho a demandar por incumplimiento de un contrato, contemplado en el *common law*, debe realizarse por medio de palabras sumamente explícitas.

## Perspectiva del contratista

El motivo principal de la insistencia de los contratistas en que el propietario se someta a una cláusula de recurso exclusivo es que desean tener certeza de sus responsabilidades potenciales. La posición de preferencia para un contratista será limitar su responsabilidad a lo establecido de manera específica en el contrato; por ejemplo, a una tasa acordada de indemnización por daños y perjuicios predeterminada por demoras y, si corresponde, por desempeño insuficiente de la planta o las instalaciones. Además, los contratistas suelen exigir que se aplique un tope al monto de la indemnización pactada por daños y perjuicios y que el contrato incluya un tope general respecto de su responsabilidad.

## Perspectiva del propietario

La posición de preferencia del propietario es no estar sujeto a una cláusula de recurso exclusivo. Este tipo de cláusula limita el derecho del propietario a percibir compensación por cualquier incumplimiento del contratista de las obligaciones contractuales en materia de los resarcimientos especificados en el contrato. Por ese motivo, desde el punto de vista del propietario, es ilógico incluir una cláusula de recurso exclusivo, porque significa que el propietario debe especificar un recurso o una excepción para cada obligación, lo que representa una carga absurda.

Por ejemplo, consideremos una situación en la que el contrato no cuenta con ninguna otra disposición de resarcimiento además de la indemnización predeterminada por daños y perjuicios. En ese caso, si el contratista pagó la indemnización máxima por daños y perjuicios o entregó las instalaciones de manera tal

que no se requiera indemnizar por daños y perjuicios (es decir, si las entrega en el momento oportuno y cumple con las especificaciones) pero, tras la entrega, el propietario tiene un reclamo —por ejemplo, a causa de un diseño defectuoso que se manifiesta después de la realización—, el propietario no tendrá derecho a indemnización alguna por daños y perjuicios, puesto que se excluyó todo resarcimiento por defectos latentes.

El problema se exagera porque la mayoría de los reclamos por parte del propietario se relaciona de algún modo con el desempeño de la planta o las instalaciones, mientras que se expresa que la indemnización predeterminada por daños y perjuicios por desempeño constituye el recurso exclusivo ante cualquier incumplimiento con relación al desempeño establecido para la planta o las instalaciones. Por ejemplo, cualquier determinación respecto de si la planta o las instalaciones son adecuadas para sus objetivos dependerá necesariamente del nivel y el estándar de dicho desempeño.

Además de los reclamos relacionados con la adecuación para los objetivos, un propietario también puede querer reclamar, entre otros motivos, por incumplimiento del contrato, incumplimiento de la garantía o negligencia.

El mayor riesgo para el propietario en un contrato ocurre cuando existe una cláusula de recurso exclusivo y el único recurso ante demoras y desempeño insuficiente es la indemnización por daños y perjuicios pactada contractualmente. Si, por el motivo que fuera, se consideraran inválidas tales indemnizaciones por daños y perjuicios, el propietario no tendría recurso alguno contra el contratista, pues la ley le impediría obtener resarcimiento por daños y perjuicios en general conforme a derecho, y el contratista quedaría exento de toda responsabilidad por demoras en la entrega o desempeño insuficiente de la planta o las instalaciones.

## Redacción Sugerida

En los contratos que contengan una cláusula de recurso exclusivo, el propietario debe asegurarse de que se incluyan expresamente todas las excepciones necesarias. Además, la redacción debe permitir al propietario obtener resarcimiento por daños y perjuicios en general conforme a derecho por demoras y desempeño insuficiente si se considera inválida la indemnización por daños y perjuicios pactada en el contrato.

Para proteger la posición del propietario (si por algún motivo la indemnización por daños y perjuicios predeterminada resulta inexigible y existe una cláusula de recurso exclusivo), recomendamos incluir en el contrato las siguientes cláusulas:

*"[ ]1 Si, por el motivo que fuera, la cláusula [indemnización por daños y perjuicios por demora] se considera nula, inválida o ineficaz, de modo tal que elimina el derecho del Propietario a reclamar Indemnización por Daños y Perjuicios por Demora, el Propietario tendrá derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios al Contratista conforme a derecho por el incumplimiento de las Obras por parte del Contratista para la Fecha de Finalización establecida.*

*[ ]2 Si corresponde aplicar [ ]1, la indemnización por daños y perjuicios reclamada por el Propietario no debe superar el monto especificado en el apartado [ ] del apéndice [ ] por cada día de demora y, en total, no debe superar el porcentaje del Precio del Contrato especificado en el apartado [ ] del apéndice [ ]".*

Estas cláusulas (que también se aplicarían a la indemnización por daños y perjuicios por desempeño insuficiente) implican que, si la indemnización pactada se considera inexigible por cualquier motivo, el propietario podrá obtener resarcimiento por daños y perjuicios en general conforme a derecho. Sin embargo, el monto de los daños y perjuicios indemnizables conforme a derecho se limitará al monto de la indemnización por daños y perjuicios pactada contractualmente que habría percibido el propietario de acuerdo con el contrato en caso de que tal indemnización por daños y perjuicios no se hubiese considerado inválida. Por lo tanto, la redacción sugerida debería ser aceptable desde el punto de vista comercial para el contratista, puesto que su responsabilidad por demoras o desempeño insuficiente será la misma que la contemplada originalmente por las partes en el momento de firmar el contrato.

Además, si el contrato excluye el derecho de las partes al resarcimiento por daños indirectos, estas cláusulas deberían ser una excepción a esa exclusión. Esto se fundamenta en el hecho de que las tasas de indemnizaciones por daños y perjuicios pactadas contractualmente suelen incluir un elemento de daños indirectos.

## Conclusión

La posición jurídica es clara: si una cláusula contractual de indemnización por daños y perjuicios se considera inválida, a falta de una cláusula de recurso exclusivo en el contrato, el propietario se reserva el derecho de obtener resarcimiento por daños y perjuicios en general conforme a derecho. Por ese motivo, la posición de preferencia del propietario es no incluir una cláusula de recurso exclusivo en el contrato que limite el resarcimiento disponible ante cualquier incumplimiento del contratista<sup>2</sup>.

Sin embargo, si el contratista insiste en incluir una cláusula de recurso exclusivo, el propietario debe, como mínimo, formular excepciones específicas a esa posición, entre ellas, el derecho a recibir indemnización por daños y perjuicios en general conforme a derecho en caso de que las disposiciones contractuales de indemnización por daños y perjuicios se consideren inválidas por cualquier motivo.

Véase en *Projects Update* n.º 9 un análisis de la posición jurídica en cuanto al efecto de los topes de responsabilidad en casos en que la indemnización por daños y perjuicios pactada contractualmente se considere inválida.

---

<sup>1</sup> Baese Pty Limited versus R. A. Bracken Building Pty Ltd (1990) 6 BCL 137.

<sup>2</sup>En algunas jurisdicciones de Estados Unidos, una cláusula de recurso exclusivo puede no invalidar el reclamo conforme a derecho si se declara inválida la indemnización por daños y perjuicios predeterminada contractualmente.

3RD Party Related Content

[Asociaciones Público-Privadas](#)