

**EL DERECHO COMPARADO EN ACCIÓN:
LA DOCTRINA DE LAS “PENALTY CLAUSES” COMO GUÍA PARA LA REDUCCIÓN (Y
COMPRENSIÓN) DE LAS CLÁUSULAS PENALES EXCESIVAS¹**

Roberto Moreno Rodríguez Alcalá^o

“Creo que puede decirse, con justicia, que el derecho comparado ha sido un campo de estudio relativamente decepcionante. En gran parte, se ha dedicado a demostrar que cierta ley de un país es similar o distinta a la de otro. Una vez que se ha hecho esta demostración, *nadie sabe muy bien qué hacer después.*”²

Introducción

He aquí el *cliché* por excelencia del derecho comparado: es una herramienta única para guiar al operador jurídico en la interpretación y aplicación de su propio derecho. En palabras de los autores del más prestigioso libro introductorio a la disciplina: “El derecho comparado es una “*école de vérité*” que extiende y enriquece el “suministro de soluciones” y ofrece al estudioso la oportunidad de encontrar “las mejores soluciones” para su problema”.³

¿Cuántas veces hemos escuchado este tipo de frases? Por supuesto que contienen una gran verdad. Pero, dicho esto, cabe otra pregunta inmediata: ¿cuántas veces vemos que se la ponga en práctica? Y aquí sin dudas se complica más la cuestión. Es que, como acertadamente dijera Roscoe Pound, una cosa es el derecho “en los libros”, y otra, muy distinta, el derecho “en acción”.⁴ Pues bien: la idea de este ensayo es precisamente que el *cliché* según el cual el derecho comparado es una herramienta imprescindible para pilotar al jurista en la aplicación e interpretación de su propio derecho pase de ser una frase jurídica “en los libros” a una más “en acción”.

Es decir, no me voy a contentar – como diría el epígrafe de este trabajo – con señalar que existe una similitud o diferencia entre una doctrina de un sistema y otro.

¹ El presente trabajo fue preparado en respuesta a una invitación para participar en una obra colectiva sobre remedios del acreedor ante el incumplimiento del deudor, dirigida por el Prof. Fernando de Trazegnies, a ser publicada en el Perú.

^o Master en Derecho y Derecho Comparado, con Distinción, *University of Oxford* (2002-2003, *Magister Juris, Distinction, First Class Honours*); Profesor de Derecho Civil (Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Asunción); Profesor Invitado a la *Princeton University* (2005) y a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2006-2007). Árbitro, Centro de Arbitraje y Mediación del Paraguay. Socio, Moreno Ruffinelli & Asociados (quedo abierto al diálogo franco y abierto con los lectores: rmoreno@moreno.com.py).

² Shapiro, *Courts*, pag. vii, citado por Jonathan Hill, “Comparative Law, Law Reform and Legal Theory”, 9 (1989) *Oxford J. of Legal Studies*, 101.

³ Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pag. 15 (cita interna a Zittelman omitida).

⁴ Roscoe Pound, “Law in Books and Law in Action”, (1910) *American Law Review*, reimpresso en William W. Fisher, Morton J. Horwitz and Thomas A. Reed (eds.) *American Legal Realism*, Oxford Univ. Press, 1993.

Más bien, argumentaré que una doctrina en particular de una familia jurídica – en este caso, del *common law* – puede ser muy bien utilizada como guía en otra extraña: el derecho continental o *civil law*.

En este sentido, voy a tomar una figura bien conocida del *common law* inglés, la doctrina de los *penalty clauses*, y conjeturaré que la misma puede ser útil como parámetro a la hora de especificar y concretizar la borrosa noción de la “reducción o modificación equitativa” de las cláusulas penales “excesivas”.⁵ Sabido es que en buena parte del ámbito del *civil law* el juez tiene la facultad de reducir una cláusula penal cuando la misma se presenta como “excesiva” o “abusiva”. Pero el problema es que estamos ante conceptos tremendamente vagos e imprecisos: ¿Cuál es el límite de lo excesivo? ¿Cuándo es abusiva o inequitativa una cláusula penal? ¿Cuándo puede decirse que la reducción es necesaria? Etcétera. Se impone la necesidad de recurrir a una doctrina que, si bien no dará nunca soluciones matemáticas o algoritmos exactos, proponga guías *razonables* para que el juez reduzca una cláusula penal. La doctrina desarrollada por los jueces ingleses en torno a los “*penalty clauses*”, intimo, puede precisamente servir como esa guía. Y, lo que es más, el camino trajinado en el análisis de esta doctrina plantea paralelamente problemas que llevan al intérprete a preguntarse por la esencia misma del fenómeno contractual.

A efectos expositivos, he dividido este ensayo en los siguientes momentos: (i) primero, efectuaré una visión panorámica de las regulaciones en el *civil law* de la mutabilidad de la cláusula penal, para detenerme después en (ii) dos modelos concretos, el de la Argentina y el de Paraguay, para una mejor ilustración; (iii) luego, plantearé en forma concreta el problema teórico-práctico que supone la existencia de la potestad de reducción de una cláusula penal, para (iv) pasar a introducir la doctrina inglesa de las *penalty clauses* y los (v) *leading cases* del derecho inglés⁶; finalmente (vi) daré una mirada conclusiva de la doctrina. Pero no terminaré ahí: (vii) el ensayo concluirá con algunas reflexiones de fondo que suscitan las cláusulas penales (y sobre todo la posibilidad de su reducción *contra voluntatem partes*), y que dejan valiosas enseñanzas sobre la verdadera esencia del fenómeno contractual y la idea misma del contrato.

Breve panorama de la situación en los sistemas del civil law: de la inmutabilidad absoluta a la relativa

La cláusula penal es, en cierto sentido, el remedio contractual más “simpático”. Evita que el acreedor tenga que pasar por todos los dolores de cabeza propios de los demás instrumentos de tutela de su crédito – litigios interminables, imprecisión en la

⁵ No se me escapa el hecho que a muchos autores puede parecerle erróneo comparar a ambas doctrinas. Incluso, la autoridad indiscutida de Farnsworth señala que en el *civil law* no puede encontrarse una figura similar a la de los *penalty clauses* (E. A. Farnsworth, *Contracts*, 3rd Edition, Aspen, Nueva York, 1999, pag. 841, pero ver la nota 5 *in fine*). Esta afirmación, respetuosamente, es acertada solo en parte. La diferencia es que en el caso de la *penalty clause* estamos ante la invalidez total de la cláusula, y no de una reducción. Pero la idea de fondo, intuyo, es la misma, y de hecho el propio Farnsworth recuerda que los Principios UNIDROIT (que combinan ambos sistemas) contienen la posibilidad de la reducción en caso de que sean excesivas las mismas (lo mismo ocurre con los *Principios de Derecho Contractual Europeo* dirigidos por Ole Lando y Hugh Beale), por lo que en este ensayo trabajaré sobre esta base.

⁶ Si bien en el ensayo se hace referencia al *common law in totum*, en puridad en este ensayo me limitaré al tronco oficial de la familia, que es el derecho judicial inglés (si bien la doctrina se aplica en forma casi idéntica en otros sistemas como los Estados Unidos. Ver en este sentido E. A. Farnsworth, *ob. cit.*, pag. 841 y sgts.)

fijación del *quantum* indemnizatorio, prueba de la culpa cuando corresponde, etc. Y, si el monto fue fijado correctamente y con prudencia, logra o se acerca a alcanzar lo que normalmente se conoce como “indemnización perfecta”.

Prácticamente la totalidad de los sistemas del *civil law* han acogido esta figura, como elemento accidental de los contratos (u obligaciones convencionales).⁷ A pesar de haber sido recibida en el primer gran código, el *Code*, los codificadores franceses no siguieron aquí como en otros lugares a Pothier a rajatabla, pues no permitieron la reducción de la “obligación penal” (así se la llamaba) para el caso que la misma resultara excesiva. Pothier, siguiendo a Dumoulin y en contra de Azon, decía que “*La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva*”.⁸ Es decir, en la tradición de la escuela del derecho natural moderno, la regla era la posibilidad de reducción de la cláusula penal.

Sin embargo, esta regla fue revertida a la hora de la codificación. En efecto, el *Code* no establecía la posibilidad de revisión de la cláusula penal por el juez, razón por la cual, una vez establecida por las partes, la estimación de los daños era tenida por “ley para las partes”. Se siguió así la doctrina de Azon en el sentido de que

*por excesiva que sea la suma estipulada para formar la pena, en caso de inejecución de la convención, el deudor no puede oponer que él ha entendido obligarse por ella, cuando la cláusula del contrato es expresa.*⁹

Ello respondió, por un término “al predicamento que en ese Código gozaba la libertad individual: “*volenti non fit injuria*”.¹⁰ No podía entenderse, en este sentido, que el consentimiento pueda causar un daño, pues en palabras de Fouillé, quién dice contractual dice justo. Las semillas de una concepción puramente voluntarista del contrato estaban en pleno crecimiento.

A partir de la sanción del *Code*, se siguieron dos grandes tendencias en la familia del *civil law* en cuanto a la inmutabilidad o no de la pena convencional. Así¹¹:

- (i) Inmutabilidad absoluta: un primer grupo siguió al *Code* en establecer la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal como regla.¹² Entre estos, cabe citar al Código español, al primer Código italiano y al

⁷ La literatura sobre el tema es amplísima: por ello, prefiero remitir al exhaustivo estudio de Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1981, que contiene una bibliografía completa.

⁸ Robert Joseph Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1993, No. 346.

⁹ Idem. anterior.

¹⁰ Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Editorial Perrot, Buenos Aires, Tomo I, pag. 438.

¹¹ Una excelente perspectiva general es la de Hugo Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz, Denis Tallon, *Contract Law, Ius Commune Casebooks on the Common Law of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2002, pag. 864 y sgts; asimismo, Oscar J. Ameal en Augusto C. Belluscio – Eduardo Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1981, pag. 215 y sgts.; Llambías, ob. cit., 439 y sgts.

¹² Debe notarse, sin embargo, que en estos sistemas – como el caso del art. 1154 del Código Español, se permite al juez modificar equitativamente la pena, pero sólo cuando el cumplimiento haya sido irregular o en parte. Como aclara Diez-Picazo, se trata más de un problema de ajuste que de equitativa reducción (si bien hay algunos fallos españoles que interpretaron la norma en este segundo sentido). Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, Edit. Civitas, Madrid, 1996, pag. 402.

Código de Vélez Sarsfield, que también estipuló el principio de independencia total de la pena.

Sin embargo, y como indicaré más abajo, en este grupo de países de inmutabilidad absoluta, en muchas oportunidades la jurisprudencia optó por no acatar ciegamente el principio, llegando incluso a liderar posteriores reformas legislativas que morigeraran la regla original. En este sentido, la posición de Pothier, desechada en un principio, terminó entrando “por la ventana” en última instancia.

- (ii) Inmutabilidad relativa: un segundo grupo de países optó por mantener la inmutabilidad como principio, pero establecer excepciones en ciertos casos extremos. Es decir, se relativizó el principio general. Este grupo se dividió a su vez en dos:
- a. Un grupo de códigos optó por seguir al código suizo y apelar a la “equidad” como pauta de reducción de la pena excesiva (el BGB alemán, el Código Italiano de 1942, *inter alia*).
 - b. Un segundo grupo aceptó la inmutabilidad relativa, basada no en apelaciones a la “equidad” sino en un tope prefijado en el texto legal, una suerte de baremo. Así, por ejemplo, el Código chileno aceptó que la pena puede llegar hasta el doble de la cantidad debida en el contrato principal, mientras que el antiguo Código brasileño establecía como máximo el valor de la prestación principal. Este grupo gana en seguridad lo que pierde en elasticidad, razón por la cual es minoritario con relación a los que apelan a la más plástica noción de equidad que deja un mayor margen para la justicia de ese caso concreto.

La posición que fue tildándose de una inmutabilidad absoluta hacia una relativa respondió, sin dudas, a los embates que sufrió la concepción puramente voluntarista de la obligación contractual, hija del decimonónico. Como el contrato mismo era equiparado con la voluntad de las partes¹³, parecía absurdo – *rectius*, imposible – que un juez pudiera reducir una cláusula penal *voluntariamente* fijada por las partes. Pero el abandono o matización de esa posición hizo posible que se aceptara la reducción razonable de las cláusulas penales cuando las mismas resultaban ser exageradas. Por ello, en países en donde se adoptó la inmutabilidad absoluta, no era difícil encontrar que la jurisprudencia se escapaba del texto legal en búsqueda de soluciones más equitativas, invocando todo tipo de ideas o principios en su defensa. Lo que ocurrió fue que luego del trabajo de la jurisprudencia, el legislador tomó cartas en el asunto e introdujo reformas que permitían la mutación o reducción de la cláusula penal.

En este sentido, el caso paradigmático es el de Francia, cuna de la concepción de la intangibilidad absoluta de la cláusula. En el año 1975 se sancionó en este país una ley que modificó la casi bicentenaria regla de la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal. Igualmente, el caso argentino es especialmente ilustrativo de la evolución sufrida por los diversos países en esta materia. Vélez había optado por una inmutabilidad absoluta,

¹³ Ver el excelente ensayo de James Gordley, “The Moral Foundations of Private Law”, 47 Am. J. Juris. 21 (2002), pag. 21, y las esclarecedoras citas a Veronique Ranouil y Eduard Gounot.

dentro de su conocida tesitura liberal del contrato; la jurisprudencia se rebeló contra la rigidez del texto, en numerosos fallos que fueron aplaudidos por la doctrina.¹⁴ Finalmente, la solución jurisprudencial de optar por la inmutabilidad relativa fue acogida legislativamente, en este caso, con el Decreto-Ley 17.711 de 1968.

Esta revisión breve de los sistemas del *civil law* permite obtener una conclusión provisoria: de la posición inicial del *Code* que establecía la inmutabilidad de las cláusulas penales, se pasó a una relativización tenue. A la pauta general de la inmutabilidad de las cláusulas penales estipuladas libremente por las partes, se agregó hoy día una importante excepción, que es la potestad judicial de reducirlas cuando las mismas son exageradas o abusivas.¹⁵ En el próximo apartado, pasaré revista de dos modelos – el argentino y el paraguayo – de regulación de esta potestad reductiva, que permitirá dejar en evidencia los problemas que plantea esta discreción judicial.

2 modelos de reducción de cláusulas penales excesivas

En este punto, me ocuparé muy escuetamente de dos modelos de la inmutabilidad relativa, pues ambos dejan en evidencia las dificultades y problemas que plantea la posibilidad de reducción a nivel judicial de las mismas, dificultades y problemas que figuras del derecho comparado pueden ayudar a entender o dar mejor solución.

El primer caso es el de la legislación argentina, al que acabo de referirme. Como se ha recordado, la mutabilidad relativa fue capturada por la Reforma de 1968 al Código de Vélez, en la cual se incorporó al art. 656 la posibilidad de que el juez reduzca la cláusula penal, en los siguientes términos:

Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando por su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

Si bien el artículo agregado significó que el diálogo entre la jurisprudencia y la doctrina fue escuchado a nivel legislativo, la norma agregada por Borda no está exenta de problemas, tanto en su redacción¹⁶ como en su concepción.¹⁷

El principal problema, sin dudas, es que no capta la esencia de la cláusula penal: el artículo se refiere a la “gravedad de la falta” y al “abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”. En este sentido, este artículo agregado por Borda toma demasiado en serio a la palabra “pena” (sin dudas en parte debido al impreciso *nomen* clásico de la figura): al fijar su atención sobre el deudor y su conducta antes que en la entidad del

¹⁴ Guillermo A. Borda, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Edit. Perrot, Buenos Aires, 1971, pag. 312. y los fallos ahí citados.

¹⁵ En otros términos, la regla casi generalizada hoy día es la posibilidad de revisar judicialmente la cláusula.

¹⁶ Notados por Llambías en sus *Estudios de la Reforma de 1968*, Edit. Perrot, Buenos Aires, pag. 185.

¹⁷ Como se sabe, las críticas a la reforma de Borda generalmente son mordaces; pero en este caso, las mismas se encuentran sobradamente justificadas. Ver por ejemplo Luis Boffi Boggero, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo 2, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1973, pag. 410 y sgts. quién refiere que la reforma “ha incorporado con imprecisión y estrechez lo que extendidas y cautas jurisprudencia y doctrina habían conseguido establecer mediante la armonización de textos generales”.

daño a ser resarcido, desnaturaliza en sí el objeto del instituto. Este no es el eje de la cláusula penal, como volveré a insistir hacia el final de este ensayo. Su esencia – incluso comercial – no radica ni en el abuso del acreedor al deudor¹⁸ (puede darse una cláusula penal excesiva entre dos empresas multinacionales con iguales poderes de negociación) ni en la gravedad de la falta o del incumplimiento del incumplidor (ésta conducta es generalmente indiferente a la hora de determinar los daños y perjuicios)¹⁹, sino en otra cosa: la previsibilidad de los daños que resarcen. Me estoy adelantando aquí, pero lo que quería dejar sentado es la crítica al artículo: tiene una concepción punitiva, no compensatoria, de la cláusula penal.²⁰

Por otro lado, el texto argentino deja abierta la puerta a una importante cuota de discreción judicial, lo que ha llevado a que algún jurista pregunte con justeza: “¿qué significa esa disminución proporcional de la pena? Más precisamente, ¿qué es proporcional y qué no lo es?”²¹ El término “desproporcionado” ciertamente echa muy poca luz sobre las funciones del juez, y abre el camino hacia una inseguridad indebida de las partes al celebrar el contrato, pues no podrán saber cuándo al juez le parecerá “desproporcionada” la pena.

Puede conjeturarse que las deficiencias de esta norma llevaron a que, al redactar el Código que reemplazaría al Código de Vélez en el Paraguay, los redactores del Código Civil Paraguayo no la incorporaran a su texto definitivo, a pesar de que generalmente siguieron de cerca a las modificaciones del Decreto Ley 17.711 en otros casos.²² Por ello, en cuanto a la inmutabilidad de la cláusula penal, si bien se siguió el espíritu de la reforma Borda – permitir su reducción en algunos casos – no se optó por su confuso texto, sino por el del Código Italiano de 1942.

En este sentido, el art. 459 del Código Civil Paraguayo dispone que

El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Esta disposición puede – debe – ser aplaudida. Evita el rigor de las legislaciones que disponen la inmutabilidad absoluta y que puede llevar a soluciones impalatables desde la óptica de la estricta justicia; también evita la posibilidad de reducción mediante

¹⁸ Abuso que de haber resultado de deficiencias en el proceso de formación del contrato encontrará otros remedios, como la ineficacia de las cláusulas abusivas en contratos por adhesión, vicios del consentimiento, etc.

¹⁹ Ameal indica que “indudablemente el aspecto subjetivo del obrar del deudor incide en la consideración acerca de si es o no desmesurada la pena pactada” (en Belluscio-Zannoni, *ob. cit.*, pag. 219). Por las razones que expongo en el texto, y luego, hacia el final de este artículo, esta cita resulta improcedente desde todo punto de vista. Lo importante en la cláusula penal es que la estimación del daño haya sido razonable, no si el deudor incumplió por tal o cual motivo. Pero aquí voy a agregar otra. Esta postura de la Reforma del 68 es absolutamente contradictoria: la cláusula penal constituye una predeterminación *a priori* de los daños; modificar la cláusula por una conducta *a posteriori* del deudor desnaturaliza patentemente la institución.

²⁰ Sobre la función de la responsabilidad civil en general, siempre es bueno recurrir a Fernando Pantaleón Prieto, “Comentario al art. 1902 del C.C.”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993; y ver también las reflexiones conclusivas de este ensayo, *infra*.

²¹ Boffi Bogero, *ob. cit.* pag. 415.

²² Notablemente, en la incorporación de la imprevisión y la lesión; pero, en general, su influencia fue decisiva.

“topes” o baremos prefijados por el legislador (y que terminan siendo tan rigurosas como la doctrina que pretendieron corregir). Sorteando, asimismo, los errores del texto argentino, especialmente, en la desnaturalización de la institución, pues no se refiere a la conducta *ex post facto* del deudor, ni sobresalta un carácter punitivo que la figura no tiene. Y al hacer todo esto, apela a la equidad, que no es sino la forma más radical de la justicia²³, y en cuya causa se dio quizás la más famosa modificación de una cláusula penal, la del *Mercader de Venecia*.²⁴ Por ello, la disposición es en términos generales bienvenida.

Pero inmediatamente salta a la luz el problema que supone esta disposición: ¿Qué significa “manifiestamente excesiva”? ¿Y cómo delimitar un término tan poroso como “equitativamente”? ¿No caemos en el mismo problema que tenemos cuando hablamos de “desproporción”, es decir, de términos tan elásticos que permiten desfigurar la voluntad de las partes, o abrir la puerta a una discreción judicial inagotable? ¿No tenemos una instrucción más específica o concreta que la de decirle a un juez que puede reducir “equitativamente” una cláusula penal? Y, más profundamente, ¿cuál es la lógica detrás de esta facultad de reducción? ¿Por qué permitirla en un primer lugar?

Como se ve, estos dos modelos repasados demuestran que, si bien es opinión casi universal que las cláusulas penales deben reducirse cuando son excesivas, no existen parámetros básicos para guiar – aunque sea en un alto grado de abstracción – esta facultad. Ni tampoco, por qué está bien (o mal) hacer esto.

Problema que plantea la reducción judicial: una paradójica incertidumbre y el fantasma de la arbitrariedad jurisdiccional

Como se ha indicado, las legislaciones del *civil law* que permiten que el juez reduzca la cláusula penal excesiva, ganan en términos de justicia particular lo que pierden en la seguridad y certidumbre negociales – factores que precisamente prometía la cláusula penal en un primer término. Se abre un hueco en la esencia misma de la cláusula penal; se produce una paradoja.

Esta paradoja la captó bien la mente aguda de Llambías. Por un lado, la cláusula penal tiene una ventaja inestimable: proveer seguridad a los contratantes. Esta es una ruta de doble vía, pues

*la cláusula penal tiene ventajas para ambas partes: introduce en la relación jurídica que las vincula una gran dosis de seguridad, permitiéndoles precaverse de antemano contra las derivaciones del incumplimiento de la obligación.*²⁵

La cláusula penal es sinónimo de certeza, ya que funciona casi como una “suerte de seguro”²⁶; las partes – tanto la potencial incumplidora como la acreedora – pueden

²³ John Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, OUP, Oxford, 1998, pag. 216.

²⁴ Quizás se trate de la cláusula penal más célebre de la literatura universal, aunque no siempre se la estudie bajo este supuesto. La promesa a Shylock había sido que en caso de no abonar su dinero con intereses, Antonio debería dar una libra de su cuerpo.

²⁵ Llambías, *ob. cit.* pag. 425.

²⁶ Mauler, citado por René Demogue, *Traité des obligations en general*, Paris, 1923, t. VI, pag. 480, no. 443.

saber de antemano cuánto es el máximo que van a gastar en el contrato en cuestión. Viene a cumplir una función clara de distribución de los riesgos y costes y de planificación de la economía empresarial.

Pero he aquí que la facultad moderadora viene a chocar directamente con esta función de seguridad. Si el juez puede modificar “equitativamente” el monto de la obligación resarcitoria, entonces se introduce nuevamente lo que en un principio se quería evitar: la imprevisibilidad, la inseguridad, la imposibilidad de saber a ciencia cierta cuánto deberá pagarse. Nuevamente, escuchemos las palabras de Llambías:

Si la cláusula penal comunica al negocio una gran seguridad en cuanto a sus perspectivas futuras, por eximir al acreedor de la necesidad de una prueba, a veces incierta, del daño sufrido, que ya está dosificado convencionalmente, se comprende que la inmutabilidad de la pena tiene que ser el eje sobre el cual gira la institución.²⁷

Pero no lo es, como hemos visto. Existe, por consecuencia, la paradoja que lo que debía prometer la seguridad máxima para las partes (pues por eso pactaron la cláusula penal), en virtud a esta facultad morigeradora se convierte a su vez en incierto, con lo cual estamos ante un círculo vicioso de incertidumbre. Para peor, las palabras que utilizan las legislaciones del derecho continental – “desproporcionado”, “equitativamente”, “excesiva” – se ven afectadas de una ambigüedad radical, que agrega dicha incertidumbre y abre el camino para la arbitrariedad por parte del juzgador, quien puede decidir que una cláusula penal es excesiva sin tener ningún parámetro más o menos objetivo para decir o justificar *la razón por la cual la han reducido*.

La conclusión es imperativa: por noble y venerable que sea la apelación a la “equidad” de Códigos como el Italiano o el Paraguayo, o su reducción cuando la misma es “desproporcionada”, estos términos pueden – y deben – ser precisados en el ámbito de la cláusula penal. En caso contrario, el juez puede sencillamente fallar conforme a su capricho, o su visión de lo que es equitativo para el caso concreto, o de lo que para él es desproporcionado, etc. Esto abre una puerta discrecional excesiva, que en el ámbito de los contratos comerciales resulta totalmente mal-venida. Si no precisamos qué significa la apelación a nociones elásticas como “desproporcionado” o “equitativamente” o “excesiva”, podemos terminar por aceptar que su noble misión sea subvertida por una *praxis* judicial que no sea rigurosa, o que sencillamente le falte una guía más precisa para hacer su trabajo.

Para que se entienda bien. La idea no es: rechazar la reducción de la cláusula penal. La idea es más bien preguntarse: *¿podemos tener parámetros más precisos, menos borrosos, que ayuden a disminuir la arbitrariedad o discreción judicial inevitable en el contexto de la reducción de una cláusula penal?*

Y aquí, sugiero, el “agujero discrecional” que se crea en sistemas del *civil law*, puede ser llenado provechosamente con la doctrina desarrollada por los jueces ingleses para la pre-fijación convencional de los daños y perjuicios. Hagamos un poco de derecho comparado.

²⁷ Llambías, *ob. cit.* pag. 437.

Liquidated damages y penalty clauses: una sabia construcción del derecho judicial inglés

Que una jurisprudencia creativa y activa no choca *ex definitione* con la seguridad jurídica es una proposición demostrada en amplitud por el modelo inglés del *common law*. Lo primero que a uno sorprende (y mucho, al menos en el caso de este autor) al caer inmerso en el derecho inglés es precisamente este dato: la actividad creadora de los jueces ingleses va de la mano con la más férrea defensa posible del principio de seguridad jurídica, a un grado desconocido en el ámbito del *civil law*²⁸, lo que demuestra que es un mito sostener que sólo la legislación puede conseguir el *rule of law*²⁹ (o, al menos, cuando los jueces tienen la calidad que usualmente acompaña a los *law lords* y demás magistrados ingleses).

La construcción de la doctrina consiste en distinguir dos supuestos bien determinados ante una indemnización contractual pre-fijada convencionalmente: se diferencia así a las cláusulas penales que son “*penalty clauses*” de las que son “*liquidated damages*”.³⁰ En el primer caso, estamos ante una verdadera cláusula abusiva – estipulada *in terrorem* – y la misma será invalidada (*striked-down*) por el tribunal inglés; mientras que en el segundo, estamos ante una pre-estimación razonable de los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento, y por tanto, la misma será “*enforceable*” o jurídicamente reforzada. En síntesis: si el tribunal estima que la cláusula es excesiva y no configura una genuina pre-estimación de los daños y perjuicios, la declarará una “*penalty*”, y por ende, inválida. He aquí una diferencia importante (la más importante) entre esta figura y la reducción de la cláusula penal excesiva: en el caso de la *penalty clause*, la sanción es la nulidad y no la reducción, por lo que, de declararse a la cláusula como una “*penalty*”, se aplicarán los parámetros normales de daños y perjuicios. A pesar de esta diferencia importante, los principios que están detrás de ambas figuras son los mismos.³¹

Esta doctrina, como siempre ocurre en el *common law*, es de larga data y proviene de la añeja tradición del derecho judicial inglés o *judge-made law*. Todo indica que la facultad de los tribunales de establecer que una cláusula penal es una “*penalty clause*” es bastante antigua, y de hecho se remonta a la aplicación de las *equity courts*³² de su poder de invalidar ciertas cláusulas contractuales en base a la aplicación de

²⁸ Genial en este sentido resulta el librito de Gustav Radbruch, *El espíritu del derecho inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001, y en particular en la pag. 57, con exactas palabras: “a pesar del monopolio creador de la magistratura, el juez individual está no obstante mucho más comprometido que el juez continental”.

²⁹ De hecho, autores como Hayek en su *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, Londres, 1998, han sostenido que precisamente sistemas centrados en el *judge-made law* o derecho creado por jueces, como el inglés, serán más respetuosos de la libertad y demás valores asociados con la seguridad jurídica.

³⁰ *Caveat lector*: Existe una paradoja en el sentido que la frase “*penalty clause*” parece asimilarse a nuestra cláusula penal, cuando que en realidad se trata de una cláusula punitiva, o cláusula penal abusiva. Es el “*liquidated damage*” el que verdaderamente ocupa el lugar de la cláusula penal.

³¹ Ver *supra* n. 4.

³² Hasta que se dictaron los *Judicature Acts* (1873-75), en Inglaterra existían “dos” sistemas jurídicos separados, uno el de *common law* y otro el de la *equity*, por razones mayormente históricas. Ambos tenían soluciones y doctrinas distintas, siendo las de *equity* menos rigurosas (por ej. la *unconscionability* que puede asemejarse en algo a nuestra lesión y la *specific performance*, o cumplimiento *in natura* o forzoso de los contratos, eran remedios exclusivos de la *equity* y no podían ser solicitados a un *common law court*). A partir de los *Judicature Acts* se abolió el *Court of Chancery* (que aplicaba *equity*), unificándose las reglas, y disponiéndose que en caso de conflicto, debían prevalecer las reglas de la *equity*.

criterios de justicia del caso concreto.³³ Se trata de un caso de “interferencia equitativa” en los acuerdos particulares, desarrollada en el siglo XV para evitar cláusulas penales que hacían presumir la existencia de opresión o extorsión – de ahí la calificación de *in terrorem* – por lo que si bien los tribunales comunes o del *common law* ejecutarían tales disposiciones, los *equity courts* o tribunales de equidad negarían el respaldo jurídico por razones de “conciencia y equidad”.³⁴ Sin embargo, la doctrina tuvo la suficiente respetabilidad como para ser recogida por el *common law*, e incluso, algo que es raro para el derecho contractual inglés, fue receptada por alguna ley (o *statute*) del parlamento.³⁵

A pesar de su rancio abolengo y sus más de cinco siglos de aplicación, la doctrina de las *penalty clauses* no ha estado exenta de críticas. Es que, como ha apuntado Atiyah, se trata de un “raro caso de poder judicial para dejar sin efecto los términos expresamente acordados del contrato”.³⁶ Por ello, especialmente en el apogeo de la “*freedom of contract*” o libertad contractual, los embates contra la doctrina fueron comunes; incluso, hoy día, la literatura del análisis económico del derecho se muestra contraria a esta figura, por contradecir principios de eficiencia económica: “el análisis costo-beneficio sugiere que la regla tradicional de la *penalty* es anacrónica”.³⁷ Pero, y no obstante las críticas, la regla sigue tan o más vigente que nunca.³⁸

En cuanto a la regla en sí, puede afirmarse que la norma básica de las *penalties* y *liquidated damages* del derecho inglés es la siguiente:

*Un tribunal aceptará que la suma fijada por las partes constituye una liquidated damages y, por ende, será válida, si la misma constituye una pre-estimación genuina del daño que sería previsiblemente causado si ocurriese el incumplimiento contractual; de lo contrario, el tribunal la tratará como una penalty y la invalidará.*³⁹

Lo fundamental, en consecuencia, es determinar si la cláusula prevista por las partes es una verdadera pre-estimación de los daños previsibles para que sea válida. Pasaré a revisar rápidamente el *case-law* relevante sobre la materia, para luego detenerme en particular sobre un resumen de los criterios o parámetros de aplicación de la doctrina, que servirán como guía – o eso voy a sostener – para que los jueces de nuestros sistemas reduzcan equitativamente las cláusulas penales excesivas.

Una ojeada a los leading cases

³³ Patrick S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, OUP, Oxford, 1995 (Quinta Edición).

³⁴ William Holdsworth, *A History of English Law*, pag. 293, citado por Charles Goetz y Robert Scott, “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, 77 *Colum. L. Rev.* 554 (1977), pag. 554-56.

³⁵ Así lo relata Jack Beatson, *Anson’s Law of Contract*, OUP, Oxford 2002 (28va. Edición), pag. 624. El *statute* en cuestión ya no está vigente, razón por la cual la doctrina es puramente judicial hoy en día.

³⁶ Atiyah, *ob. cit.* pag. 435.

³⁷ Goetz y Scott, *ob. cit.* pag. 556. Véase también el posterior intento de reconciliar a la eficiencia con esta regla de Paul H. Rubin, “Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance” 10 *J. Legal Stud.* 237 (1981).

³⁸ En palabras de Richard Posner (como juez): “los jueces no se molestan con el escepticismo académico de las *penalty clauses* y con perseverancia siguen aplicando la distinción entre las *penalties* y los *liquidated damages*”. Ver *Lake River Corp. V. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985).

³⁹ Esta formulación sigue básicamente las palabras de Lord Dunedin en *Dunlop Pneumatic*, al cual me referiré *infra*. Para otra de las muchas formulaciones, ver Beatson, *ob. cit.* pag. 625.

Como se sabe, el derecho inglés generalmente se desarrolla en base a casos resueltos que resultan clásicos – los *leading cases*. Son esos casos que capturan la imaginación de los juristas y jueces ingleses y se convierten en el punto de referencia obligado para el futuro; parafraseando a Borges, son aquellos a los cuales los operadores jurídicos del *common law* recurren “con fervor y una misteriosa lealtad”.⁴⁰

Pues bien: en el caso de las *penalty clauses* y los *liquidated damages*, tenemos la facilidad que existe una unanimidad respecto de cuál es el *leading case* en la materia. En este sentido, puede afirmarse que el caso más citado y relevante en la materia es un caso resuelto en el año 1915: *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. V. New Garage & Motor Co. Ltd*⁴¹. Antes de entrar a revisar este caso – que es el que desarrolla en forma sintética la doctrina – conviene repasar sin embargo otros antecedentes del mismo, que permitirán visualizar mejor la conceptualización del *common law* de esta figura.

(a) *Willson v. Love*

En primer lugar, tenemos a *Willson v. Love*⁴², un caso de fines del siglo XIX sobre una cláusula penal en un contrato de *lease* (o alquiler) de una granja. El contrato contenía una cláusula que establecía que el locatario se comprometía a no disponer, vender o transportar, heno, paja, pasto, u otros productos de la tierra alquilada, sino que debía consumirlos personalmente. En caso que decidiera vender heno o paja, debería pagar una suma de 3 libras por cada tonelada que vendiera. El valor por tonelada del heno, sin embargo, llegaba solo a 1 libra por tonelada, y el de paja a 5 *schillings* por tonelada. Es decir, existía una diferencia importante entre la cláusula penal acordada y el daño real (más del 300% en el caso de heno).

Producido el incumplimiento (por la venta a terceros), el locador decidió solicitar el pago de la cláusula penal, mientras que el demandado alegó que se trataba de una verdadera *penalty* y no de una *liquidated damages*. La Cámara de Apelación concordó con el demandado. Lord Esher, en primer lugar, señaló que para determinar si una cláusula es *penalty* (y por ende inválida) debe realizarse una “*construction*” – término técnico al que me referiré con más detenimiento más abajo, pero que se refiere a una interpretación contextual y global del contrato, las circunstancias del caso y las partes. En segundo lugar, señaló efectivamente existía una diferencia sustancial entre el valor real de la tonelada de heno o paja y el valor de la cláusula penal. En tercer lugar, y citando la frase de Lord Watson en un caso anterior, *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.*⁴³, Lord Esher refirió una regla para establecer si la cláusula es o no inválida:

*Cuando se establece un monto global (lump sum) para el caso que ocurra uno o más eventos de incumplimiento, algunos de los cuales causan daños serios pero otros más bien daños nimios o insignificantes, debe presumirse que las partes tenían la intención de considerarlo una pena, sujeta a modificación.*⁴⁴

⁴⁰ En la nota “Sobre los Clásicos”, en Jorge Luis Borges, *Obras Completas*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1974, pag. 773.

⁴¹ Reportado en (1915) AC 79.

⁴² (1896) 1 QB 626.

⁴³ 11 App.Cas. 332.

⁴⁴ Idem.

La idea detrás de esta presunción – que es sólo *iuris tantum*, si bien los jueces ingleses no utilizan este término – es la siguiente: si las partes establecieron una suma global (*lump sum*), ello quiere decir que no realizaron una verdadera pre-estimación de los posibles daños y perjuicios, sino solo establecieron una pena *in terrorem*. Por ello, cuando sean varios los incumplimientos, una suma global no puede configurar como una genuina pre-fijación de los daños y es por tanto inválida. En este caso, ello, sumado a lo elevado de la suma pactada, tildaron la balanza a favor del locatario, y la cláusula fue declarada una verdadera *penalty clause* e invalidada.

(b) *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda*

El segundo caso importante que referiré es un poco más colorido en cuanto a los hechos que lo rodearon: *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda*⁴⁵, resuelto por la *House of Lords* a principios del siglo XX.

Los hechos fueron los siguientes. En el curso de la guerra española-americana de 1898 en Cuba, el gobierno español (representado por su Ministro de la Marina, Yzquierdo) había contratado con la empresa *Clydebank*, un armador inglés, a fin de que le construya y entregue 4 destructores de barcos-torpederos (*torpedo-boat destroyers*): *Audaz*, *Osado*, *Plutón* y *Proserpina*. Los contratos preveían una cláusula que señalaba una penalidad por retraso en la entrega:

La penalidad para la entrega atrasada será de 500 libras por semana que no sea entregado el barco.

Todos los barcos fueron entregados con retraso, el menor de 5 meses y el mayor de 11 meses. El Gobierno español pagó el precio de los mismos, y luego reclamó las sumas previstas en el contrato por retraso en el cumplimiento, en concepto de *liquidated damages*. La empresa inglesa retrucó señalando que se trataba no de una cláusula válida, sino de una verdadera *penalty* y por tanto debía ser invalidada por los jueces.

El *Earl of Halsbury*⁴⁶ señaló en primer lugar que si bien la cláusula literalmente decía “*penalty*”, ello no impide que el tribunal interprete si realmente se trata de una pena o de una *liquidated damages*; estamos ante un problema de calificación jurídica. En forma similar Lord Davey expresó que no se trata de un asunto de “palabras o formas de expresarse, sino de la naturaleza de las cosas”.

En segundo lugar, el *Earl of Halsbury* señaló que es imposible establecer una regla abstracta “sin hacer referencia a los hechos y circunstancias particulares del caso individual”, lo que no es sino una expresión del particularismo jurídico propio del *common law*. Es decir, lo que un caso puede ser considerado una *penalty*, en otro no lo será, de existir alguna circunstancia que haga que ello sea así.

⁴⁵ (1905) AC 6.

⁴⁶ Se trata de un título de la nobleza inglesa creado en 1898 y vigente hasta la fecha; fue ocupado en primer lugar por Hardinge Giffard, en cuyo honor se estatuyó el título y cuyo voto se cita arriba. El primer *Earl of Halsbury* fue un destacado jurista y político inglés, compilador del famoso *Halsbury's Laws* que es la fuente autoritativa de *statutes* o leyes del parlamento inglés.

En tercer lugar, Lord Davey expresó otro principio elemental: la consideración de si la cláusula es exorbitante debe ser efectuada “al momento de haberse realizado la estipulación”, para poder determinar si el monto de los daños posibles podían haber sido contemplados por las partes cuando celebraron el contrato. De lo contrario, no sería una pre-estimación legítima de los daños eventuales del incumplimiento del contrato.

Por último, Lord Robertson expresó el principio fundamental para determinar si es o no una *penalty* la cláusula: debe determinarse si la cláusula fue “meramente estipulada *in terrorem* o si era una verdadera y legítima pre-estimación del probable o posible interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación principal”.

En base a todos estos principios, los lores decidieron en forma unánime que la suma prevista no podía ser estimada como “exorbitante” o “*unconscionable*” (que conmueve la conciencia del tribunal), sino que guardaba una estrecha relación con la pérdida que significaría para el gobierno español verse privado por tantos meses de estos barcos - ¡para colmo, en plena guerra! Consideró la *House* que realidad existía un pre-estimación genuina de los daños provenientes del incumplimiento, y falló señalando que se trataba de una *liquidated damages clause*.

(c) *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. V. New Garage & Motor Co. Ltd*

Este último caso, como referí, es el más citado en la materia, por la claridad de los parámetros establecidos por la *House of Lords*. Los hechos del caso fueron los siguientes. *Dunlop Pneumatic* era una empresa importante dedicada a la fabricación de cubiertas, y había contratado con la empresa *New Garage & Motor* a fin de que ésta revendiera y distribuyera sus productos al mercado minorista. El contrato contenía una disposición en virtud de la cual *New Garage* se obligaba a no vender u ofrecer las cubiertas y productos a un precio inferior al precio de lista de *Dunlop*; para cada incumplimiento de esta cláusula, las partes habían establecido como pago en concepto de *liquidated damages* el monto de 5 libras. Es decir, cada vez que *New Garage* vendiera la cubierta a un precio inferior al establecido por *Dunlop* debía abonar la suma de 5 libras como cláusula penal. Con el tiempo, *Dunlop* descubrió que la *New Garage Company* había vendido cubiertas a un precio inferior al de su lista, y le demandó por incumplimiento de contrato e indemnización de daños, reclamando precisamente la cláusula de *liquidated damages*.

El juez inglés Lord Dunedin tomó la batuta en la *House of Lords* unánime, señalando que existen tres principios básicos de la regla inglesa de los *penalty clauses*.

- (i) En primer lugar, reiteró la regla que el nombre que utilicen las partes para designar a su cláusula es indiferente al resultado final; es decir, la mera utilización del término “*liquidated damages*” por las partes no es suficiente para escudar a la misma de una revisión en sede judicial por su carácter excesivo o abusivo.⁴⁷
- (ii) En segundo lugar, señaló que “la esencia de una *penalty* es el pago de una suma de dinero estipulada *in terrorem*; la esencia de una *liquidated*

⁴⁷ Idem. anterior, ver pag. 865.

damages es que se trata de una verdadera pre-estimación de los daños”. Este es el principio general del sistema, como ya he adelantado más arriba.

- (iii) En tercer lugar, expresó que la cuestión de si una suma estipulada es una *penalty* – y por ende, inválida – o una *liquidated damages* es una cuestión de “*construction*”, término inglés sin traducción exacta al español, pero que podría sustituirse por “*interpretación de acuerdo al caso concreto, las partes y los hechos*” (o, como dice Lord Dunedin, de “acuerdo a los términos y circunstancias inherentes de cada contrato particular”). Esta “*construction*” debe realizarse en base al momento de la celebración del contrato, y no del incumplimiento del mismo.

A su vez, Lord Dunedin desarrolló lo que consideraba eran los cuatro “*tests*” para hacer la “*construction*” de la cláusula y determinar si la misma era una cláusula válida o inválida:

(iii.a) si la suma estipulada es extravagante o *unconscionable* (“que ofende la conciencia del tribunal”) en comparación con la más grande pérdida que pudiese concebiblemente ser probada a seguir del incumplimiento contractual en cuestión, la misma es una *penalty*.⁴⁸

(iii.b) si el incumplimiento consiste en una obligación de dar suma de dinero, la cláusula será una *penalty* toda vez que el monto establecido en la misma sea superior al monto que debía abonarse originalmente (incluyendo los intereses).⁴⁹

(iii.c) existe (citando a Lord Watson en *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.*) una “presunción (pero nada más que esto) que se trata de una *penalty* toda vez que se establece una *lump sum* (o monto global) para la ocurrencia de uno o más eventos de incumplimiento, algunos de los cuales causan daños serios pero otros más bien daños nimios o insignificantes”.⁵⁰

(iii.d) por el contrario, la cláusula será una *liquidated damages* toda vez que las consecuencias del incumplimiento sean tales a que hagan casi imposible realizar una pre-estimación precisa.

En el caso particular de *Dunlop*, una primera aproximación al mismo parecería establecer que verdaderamente se trataba de una *penalty* y no de una *liquidated damages*. En efecto, la misma parecía establecer el *lump sum* o monto global, pero para una serie de incumplimientos, y esto se se ajustaría en consecuencia a lo estipulado en el criterio (iii.c.) citado más arriba.

Sin embargo, la *House of Lords* no llegó a dicha solución. En este sentido, Lord Dunedin señaló que existía en el caso un daño “directo” y uno “indirecto”. Hasta el

⁴⁸ Esta regla está establecida en el caso *Clydebank*, ya citado arriba.

⁴⁹ Esta es la regla más antigua, puede encontrarse en el caso *Kemble v. Farren*, 6 Bing. 141.

⁵⁰ Cita aquí a Lord Watson en el caso *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.* (1886) 11 App. Cas. 332.

punto que *Dunlop* recibía el precio verdadero por las cubiertas de la *New Garage*, no existía un daño obviamente (pues se compraba al precio justo). Sin embargo, existía un daño “indirecto” que se producía de la venta a terceros a precios inferiores a los vendidos por *Dunlop*, y este hecho no fue cuestionado por los abogados de la *New Garage*. Y aquí viene el juicio clave de Lord Dunedin en este caso: “si bien el daño total que esta práctica violatoria (de *New Garage*) podría ser cierto, sin embargo el daño derivado de una venta en particular es imposible de prever”. Por ello, concluyó que

*se trata justamente de uno de esos casos en los cuales parece bastante razonable que las partes establezcan que estimarán dicho daño en base a un número determinado, siempre y cuando dicho número no es extravagante y por lo tanto puede presumirse que el mismo no ha sido fijado in terrorem sino libremente negociado.*⁵¹

Además, para justificar su decisión, Lord Dunedin debió realizar la práctica que en el derecho judicial inglés se denomina “*distinguishing*” y que consiste en señalar la razón por la cual, en base a los hechos de este caso concreto, la regla general que debería en principio aplicarse, no debe ser utilizada. En este sentido, la regla pertinente es la señalada en el apartado (c) arriba, el *dictum* de Lord Watson en el caso *Elphinstone*. El *dictum*, para recordar, refería que existe una “presunción (pero nada más que esto) que se trata de una *penalty* toda vez que se establece una *lump sum* (o monto global) para la ocurrencia de uno o más eventos de incumplimiento, algunos de los cuales causan daños serios pero otros más bien daños nimios o insignificantes”. Si bien en este caso se estableció el *lump sum* o suma global para todos los incumplimientos, Lord Dunedin realiza el “*distinguishing*” al señalar que no existía una diferencia demasiado relevante en cuanto a todos los incumplimientos en particular, como por ejemplo el incumplimiento por la venta a precio inferior de una “cubierta” y el incumplimiento por la venta a precio inferior de una “cámara” (de cubierta): en ambos casos, el daño derivado vendría a ser el mismo. No se puede, dice Dunedin, “pesar estas cosas en una balanza química”.

Por tanto, en base a los principios señalados más arriba y el *construction* de la cláusula por las circunstancias del caso y del contrato, la *House of Lords* falló a favor de *Dunlop*, señalando que efectivamente la cláusula establecida en el contrato era una verdadera cláusula de “*liquidated damages*”, y por ende, la misma era válida y podía ser ejecutada judicialmente.

Estos son, en líneas generales, algunos de los *leading cases* fundamentales en la doctrina de la *penalty clauses*. En el próximo apartado haré un breve resumen de las reglas principales, para cumplir con la promesa de dotar a nuestros operadores jurídicos con parámetros razonables para la reducción de las cláusulas penales excesivas.

Un resumen de las reglas principales para invalidar penalty clauses y su utilidad para el juez civilista

Como acaba de verse, en el *common law* la facultad de las partes para fijar en el contrato la indemnización convencional en caso de incumplimiento no es absoluta; existen reglas para evitar que la cláusula sea desproporcionada o que la misma sea

⁵¹ Idem. pag. 866.

prevista solamente *in terrorem*. Pero esta facultad judicial debe encuadrarse dentro de ciertos parámetros.

La regla madre o principio general del *common law* en esta materia vendría a ser que para que una cláusula penal sea válida, la misma debe ser una verdadera y genuina pre-estimación de los posibles daños que puedan derivarse del incumplimiento contractual en cuestión. El juez debe determinar, dadas las circunstancias del caso y el contexto de las partes y el contrato, si los daños establecidos son una pre-estimación razonable de los daños que seguirían del incumplimiento, o si por el contrario, se trata de una suma establecida para presionar al deudor, o castigarlo, etc. La pregunta esencial entonces es: ¿hasta qué monto podrían previsiblemente estimar las partes los daños y perjuicios que su incumplimiento acarrearía? Resuelta esta cuestión, y si la cláusula penal se adecua al parámetro fundamental y básico de la “previsibilidad” de los daños y perjuicios, la cláusula será válida.⁵² Si las mismas se asemejan y constituyen una verdadera y honesta pre-fijación de los daños y perjuicios, entonces el juez debe darle validez a la misma y prestarle la ayuda del ordenamiento jurídico en su ejecución.

Por otro lado, los jueces del *civil law* deberían tomar con cautela aquellas cláusulas penales que establecen una suma global (*lump sum*) para uno o más incumplimientos; especialmente, cuando los mismos son distintos unos de otros (un incumplimiento puede ser de la prestación principal, otro de una cláusula de guarda de la cosa, etc.), pues si las partes no se han puesto a calcular con algún grado de precisión (aunque obviamente el 100% de certeza es imposible), ello quiere decir que no han previsto una cláusula penal seria, sino más bien una suerte de “espada de Damocles” sobre la cabeza del deudor. Y esta no es, ni puede ser, su función genuina.

Finalmente, queda otra lección que quizás parezca nimia, pero es más bien importante: determinar si una cláusula es excesiva o no es una cuestión de interpretación *global del contrato, las partes, y el “microclima” o “medio ambiente” del acuerdo*.⁵³ Esto es importante especialmente si consideramos el reinado tradicional del método formalista de interpretación que todavía sigue gobernando en buena medida a nuestro derecho continental. Lo que se exige es no sólo una evaluación de la cláusula en el contexto del contrato, sino también el de las partes (¿son multinacionales? ¿comerciantes pequeños de un mismo país? ¿se trata de un contrato internacional? ¿la cláusula se aplica por igual a cualquier incumplimiento?, etc.). Como lo resaltó el *Earl of Halsbury* en el caso *Clydebank* citado más arriba: “es imposible establecer una regla abstracta sin hacer referencia a los hechos y circunstancias particulares del caso individual”. Esto, se dijo, es una expresión del (sabio) particularismo jurídico propio del *common law*, tan ajeno a la esencia del *civil law*, razón por la cual debe ponerse especial

⁵² Resulta interesante en este sentido apuntar que los prestigiosos *Principios de Derecho Contractual Europeo*, dirigidos por Ole Lando y Hugh Beale, han concordado con la regla inglesa, y así determinan en su art. 9:509 para las cláusulas penales: “los daños (se basarán) en el principio de previsibilidad”. De esta manera, los sistemas civilistas se acercarían expresamente a la óptica inglesa. En general, con respecto a la previsibilidad como eje de los daños contractuales, es imprescindible el excelente artículo de Fernando Pantaleón Prieto, “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, pag. 1019 y sgts. y ver las afirmaciones conclusivas en este trabajo, *infra*.

⁵³ Para la expresión “medio ambiente”, Fernando López de Zavalía, *Teoría de los Contratos*, Tomo I, Zavalía Editor, Buenos Aires, pag. 53.

énfasis en esto (y sin caer en un particularismo *tout court* propio del *kadijustiz* criticado por Weber, claro está).⁵⁴

En suma, entiendo que los jueces y juristas pueden tomar la lección de la doctrina del *common law* para las cláusulas penales excesivas, siguiendo las siguientes reglas o parámetros:

1. La cláusula penal debe constituir una genuina, sincera pre-estimación de los daños y perjuicios que se seguirían del incumplimiento del contrato. Si la cláusula excede (con creces) ese posible daño previsible (la consecuencia “inmediata y necesaria”), entonces la misma debe ser reducida por el juez hasta llegar a un monto razonable. El eje de la figura, como se ha referido, es la *previsibilidad*.
2. Para determinar si la cláusula ha sido una genuina pre-estimación de los daños, el juez debe considerar la perspectiva de los contratantes al momento de celebrar el contrato; este es el punto de vista sobre el cual puede verse o no la previsibilidad o no de los daños que siguen al incumplimiento.⁵⁵
3. Si la suma estipulada es extravagante o excesiva en comparación con la más grande pérdida que pudiese concebiblemente seguir del incumplimiento contractual en cuestión, la misma debe ser reducida equitativamente.
4. Si el incumplimiento consiste en una obligación de dar suma de dinero, la cláusula será excesiva toda vez que el monto establecido en la misma sea superior al monto que debía abonarse originalmente (incluyendo los intereses).
5. Cuando se establece un monto global para cubrir uno o más hechos de incumplimiento (que a su vez puede o no ser relacionados, o referirse a distintas cuestiones) debe establecerse una “presunción (pero nada más que esto)” de que la misma no es una genuina pre-estimación y por tanto debe ser reducida por el juez equitativamente.
6. Cuando las consecuencias del incumplimiento sean tales a que hagan casi imposible realizar una pre-estimación precisa el juez deberá analizar con la máxima prudencia posible si no excede *con creces* a los daños de hecho debidos.
7. Las expresiones que utilicen las partes no deben primar por sobre la realidad de lo pactado (por ej.: “la presente cláusula constituye una verdadera pre-estimación de los daños posibles y no una cláusula estipulada *in terrorem*”).

⁵⁴ Se trata de un problema mucho mayor que hace a la epistemología jurídica en el *civil law*. Ver, en general, Max Weber, *Economy and Society*, Univ. of California Press, 1978, Tomo II, y el trabajo en el cual he desarrollado la nota de censura a la vuelta del *kadijustiz* por su abrasivo particularismo jurídico a través de ideas elásticas como la buena fe: Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, “La Buena Fe en la Interpretación de los Contratos: 4½ sugerencias para evitar a los contratos hechos por los jueces”, en Antonio Tellechea Solís – Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, *Derecho Privado Paraguayo*, Edit. La Ley Paraguaya, 2007.

⁵⁵ El caso de la regla argentina, relatado más arriba, va en abierta contravención a este principio, y por ello la hemos criticado.

8. Debe realizarse una interpretación *contextual* del contrato, considerando en especial a las partes, las costumbres y usos propios del negocio de las partes, y, en general, del medio ambiente en el cual se gestó y ejecutó el acuerdo.⁵⁶

Estas son las guías fundamentales, reitero, que pueden ser útiles para los jueces del derecho continental a la hora de tener que “traer a la tierra” a los abstractos y vagos conceptos de “desproporción”, “equidad”, “razonabilidad”, etc. y hacer que el ejercicio de derecho comparado deje algunas lecciones de utilidad.

Hacia una conclusión...

El lector puede a esta altura quejarse, y con alguna razón, diciendo que no he cumplido con mi promesa. Y es que al comienzo de este trabajo había dicho que el sistema del *civil law* no cuenta con parámetros rigurosos o certeros respecto de la posibilidad de determinar cuando una cláusula penal es vejatoria. Dije, en un principio, que el derecho comparado podía darnos una mano aquí, y traer reglas más claras y exactas. Pero las reglas que acabo de presentar, nuevamente, pueden ser tildadas de imprecisas, o hasta indeterminadas.

Mi retruécano: afirmar esto sería caer en una incompreensión del fenómeno jurídico. El modelo del derecho no es el de la ciencia exacta, la matemática o geometría; es el de la razón *práctica*, y ésta, como lo notaron los clásicos, nunca puede tener una precisión exacta, dado que la vida humana misma está teñida de contingencias y no de leyes atemporales como la física o matemática.⁵⁷ Salvo en pocos determinados casos, el derecho nunca puede darnos una única respuesta correcta.⁵⁸ De ahí que el derecho nunca pueda lograr el sueño cartesiano de la certeza absoluta, al cual Dewey se refirió (y criticó) en páginas memorables.⁵⁹ No se puede pretender un algoritmo jurídico; sí pautas o parámetros que sirvan para establecer el norte, el olfato jurídico del juris-prudente. La noción misma de *qué constituye una genuina pre-estimación de los daños y perjuicios* depende de las circunstancias del caso concreto, y jamás podrá ser predeterminada por leyes geométricas o matemáticas. Ihering hace casi 150 años se quejaba ya que “el deseo formal de lógica que convierte a la ciencia del derecho en una matemática jurídica

⁵⁶ Esto requiere un extraordinario trabajo por el juez, quién, para evitar abusos del margen de discreción, deberá guiarse aquí por lo que Aristóteles llamó *phronesis* (“prudencia”), o tener, en palabras del gran jurista americano Karl Llewellyn, “sentido de situación” (*situation sense*). K. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little; pags. 59-61.

⁵⁷ Esta oración resume una tesis sobre la cual estoy trabajando en otro trabajo que espero pronto vea la luz, y sobre la cual no puedo aquí por razones obvias explayarme. Un artículo que en forma breve pero profunda presenta a la tesis del derecho como razón práctica (contrapuesta a la razón teórica/científica) es la fantástica nota de Steven Burton, “Judge Posner’s Jurisprudence of Skepticism”, 87 Mich. L. Rev. 710 (1988-1989).

⁵⁸ He criticado esta tesis de Dworkin, según la cual siempre o casi siempre existe una respuesta jurídica correcta (y también una variante ingeniosa del Prof. Carlos Massini de la misma) y otros autores en un ensayo intitulado: “¿Existe una única respuesta correcta (o justa) para todo caso difícil?”, Revista Jurídica de la Universidad Católica, Asunción, 2005. Además de los casos fáciles, los casos que involucran los absolutos morales (e.g. la prohibición de quitar la vida a un humano inocente) también nos dan respuestas únicamente correctas; el grueso de los casos, especialmente los difíciles, no lo hace.

⁵⁹ John Dewey, *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action*, Londres, George Allen & Unwin, 1930. Véase también el excelente libro de Stephen Toulmin, *Return to Reason*, Harvard Univ. Press, Boston, 2002, que se inspira en esa idea deweyana para distinguir lo *racional* (las ciencias exactas) de lo *razonable* (el ámbito de otros saberes, como el derecho).

es un error y surge de una incomprensión del fenómeno jurídico. El derecho no sirve a los conceptos sino los conceptos sirven a la vida”.⁶⁰ Es hora que absorbamos esta lección de una buena vez. Lo que se requiere son parámetros que, si bien no dan soluciones exactas, matemáticas, sirvan como una guía abstracta para el juzgador en su tarea de resolver casos.

Y por ello creo que las reglas del *common law* han captado mejor al instituto de la cláusula penal, y en consecuencia pueden servir para dar mejores respuestas al operador del derecho continental que las nuestras. La propuesta es, entonces, utilizar estas directrices en nuestros sistemas de *civil law*. Evitaremos, al mismo tiempo, caer en el error que criticaba el epígrafe de este artículo: no saber que hacer una vez que efectuamos el paralelismo normológico propio del derecho comparado.

Coda: ya que estamos en tema...

Si bien el objetivo principal de este ensayo – mostrar de qué forma el derecho comparado puede servir para entregar herramientas a los operadores jurídicos – ya ha sido cumplido (o, al menos, eso espero), la discusión ha dejado picando dos cuestiones que no deseo pasar por alto. Sucintamente, el análisis que he ido efectuando ha abierto la puerta para realizar algunas reflexiones de fondo acerca del fenómeno contractual en sí, reflexiones motivadas por la potestad para morigerar (o, en el *common law*, invalidar) cláusulas penales exorbitantes.

La primera es la relación íntima que existe entre las obligaciones contractuales y la idea de la *previsibilidad*. Uno de los mayores aportes que pueden aprenderse de las ideas del *common law*, como he sugerido, es entender que lo esencial en la cláusula penal es que se trate de una pre-estimación legítima de los daños *previsibles* ante el incumplimiento contractual.

Precisamente por esta razón, critiqué el modelo receptado por el legislador argentino en 1968. La sanción o pena no es la función de la responsabilidad contractual, que es por definición y ontológicamente, *compensatoria*. En la terminología de Fuller y Perdue, el interés indemnizable en los contratos radica en el *expectation interest*, en el interés en el cumplimiento, no en otro lado.⁶¹ Es, en pocas palabras, poner al contratante en el mismo lugar que hubiese estado de haber cumplido la otra parte con su obligación; no enriquecerlo indebidamente, o castigar a la parte incumplidora.

Si se sitúa a la previsibilidad como el eje del sistema, por fin podremos llevar al contrato hacia su verdadero ámbito. Se presenta así claramente el objetivo fundamental del instituto del contrato: establecer un “plan racional” para el futuro. Para ponerlo en los términos más breves posibles: la esencia del contrato reside en la *razón*, no en la *voluntad*.⁶² Al quedar claro que es una planificación *racional* del futuro, el contrato (y

⁶⁰ Rudolf Ihering, *Geist des Romischen Rechts* (1842); Holmes dijo un par de años después para el *common law* lo mismo: “el derecho no puede ser tratado como un sistema de axiomas y corolarios de un libro de matemática”, *The Common Law*, pag 1. Ver el fantástico ensayo de Peter Stein “Logic and Experience in Roman and Common Law” 59 B.U.L. Rev. 433, 1979, pag. 437.

⁶¹ Lon Fuller y William Perdue, “The Reliance Interest in Contract Damages”, 46 Yale L. J, 52 (1936).

⁶² Si bien aquí no puedo explayarme sobre esta idea, debo manifestar que se trata de una diferencia realmente *radical*, tanto en la teoría y en la práctica; de hecho, toda la literatura de la “autonomía de la voluntad” y la crisis del contrato pasa por haber identificado al contrato con la voluntad. La distinción la apuntó hace siglos ya Tomás de Aquino, en la *Summa Theologiae*, II-II q. 88 a. 1c; recientemente la ha

sus remedios indemnizatorios) debe descansar siempre sobre el concepto de *previsibilidad*, de lo que las partes, al momento de celebrar el contrato, pudieron haber contemplado razonablemente como las consecuencias del incumplimiento.⁶³ Punto. Lo mismo debe ocurrir, como sagazmente han captado los jueces ingleses, en la cláusula penal.⁶⁴

Y no debe sorprender – aunque quizás a muchos sorprenda – que tengamos que volver al viejo Pothier (y a través de él, a Domat y la escuela moderna de derecho natural y luego mucho más allá, a las influencias clásicas de ésta escuela). Con inmortal sabiduría – verdadera *jurisprudencia* – Pothier intuía que es necesario “no someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación”, y que en todo caso “el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inejecución de la obligación”.⁶⁵ Lo esencial, entendió Pothier, es que el daño haya podido ser previsto por el deudor, y su discusión del caso de la vaca vendida con enfermedad contagiosa y el secuestro del cultivo de las tierras que realiza en las páginas siguientes deja esto en evidencia. El contrato es un mecanismo de asignación de riesgos y beneficios, un plan racional, y las consecuencias del mismo deben distribuirse racionalmente. No es razonable, como afirmó Pothier, hacer cargar a un deudor con todas las posibles consecuencias de su incumplimiento, pues ello supondría la imposibilidad de una sociedad libre y de la institución contractual misma.

Aquí entra en juego – calza exactamente – la doctrina inglesa de los *penalty clauses*: el objetivo es evitar que se desnaturalice al propósito mismo de la obligación contractual, permitiendo que un deudor se haga cargo de daños indirectos, imprevistos. Es una aplicación más de la vieja regla de Pothier, sólo que al caso particular de la cláusula penal. Es por ello, podría uno conjeturar, que casi la totalidad de los códigos modernos permiten la reducción de la cláusula penal, para no desnaturalizar la esencia del contrato: la distribución y asignación de los riesgos *previsibles*. La potestad de reducir la cláusula penal funciona así como una especie de seguro del sistema para evitar que se desnaturalice la obligación contractual y su esencia, que descansa en la *previsibilidad* civilista o “*foreseeability*” anglosajona.

Pero aquí surge una duda inmediatamente: ¿por qué, si el contrato es el ámbito de la libertad, el lugar en donde los particulares pueden establecer como les plazca sus deberes y obligaciones, no se les permite ir más allá de lo previsible, por qué no se les

puesto de manifiesto John Finnis, *ob. cit.* pag. 198; sobre las radicales consecuencias del voluntarismo y racionalismo sobre el fenómeno jurídico, ver el excelente ensayo de Francis Oakley, "Medieval Theories of Natural Law: William of Occam and the Significance of the Voluntarist Tradition," 6 *Natural Law Forum* (1961).

⁶³ En certeras palabras de Pantaleón: “la decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañinos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento”. Pantaleón Prieto, *ob. cit.* pag. 1027.

⁶⁴ Por ello, como ya se apuntó, los prestigiosos *Principios de Derecho Contractual Europeo* se refieren aquí a: “los daños basados en el principio de previsibilidad”.

⁶⁵ Pothier, *ob. cit.* no. 161.

permite que existan cláusulas penales con el monto más elevado posible, si ello es su libre voluntad? ¿No estamos ante un intervencionismo injustificado, un paternalismo indebido?

Este par de preguntas me llevan directamente a mi segunda reflexión final. La interrogante no sólo es pertinente, es clave. Fuera de los casos de contratos por adhesión o de otros abusos en los procesos de formación del contrato, ¿por qué no se deja que los contratantes decidan libremente sus obligaciones y derecho? ¿Por qué ningún sistema sofisticado jurídico permite esta amplia potestad, a pesar de apearse a principios de libertad, “autonomía de la voluntad”, etc. – ni siquiera entre dos empresas de igual capacidad negociadora? ¿Por qué, si ello es eficiente desde el punto de vista económico y maximiza el bienestar de los contratantes⁶⁶, no se permite que los mismos que fijan a su voluntad la indemnización convencional?

La respuesta a estas preguntas, intuyo, hacen al estatuto ontológico mismo del contrato. Una elaboración completa del mismo estaría fuera de lugar aquí, sin dudas. Pero estoy seguro que la misma irá hacia las siguientes líneas: porque el contrato no es, como erróneamente se supone, una cuestión de “autonomía de la voluntad” o “libertad irrestricta”, sino algo distinto. Hace miles de años, un sabio griego entendió que más que con nociones voluntaristas o economicistas, el contrato estaba relacionado con algo llamado *dikaion*, justicia: “si no hay equivalencia en el intercambio, el (contrato) no será válido”.⁶⁷ Todo contrato o intercambio voluntario de bienes necesariamente debe ser un acto de justicia *conmutativa*, de equivalencia en el intercambio. Una cláusula penal que permite que uno de los contratantes se enriquezca indebidamente a costa del otro – la cláusula penal excesiva civilista o la *penalty clause* anglosajona – riñe con este principio. Esta es la razón por la cual no se la acepta en los sistemas jurídicos occidentales.⁶⁸

¿No será ésta, en el fondo, la explicación a las preguntas formuladas más arriba? ¿Que el contrato, ¡oh escándalo!⁶⁹, descansa, antes que en otras nociones, en esa exigencia tan básica de la experiencia humana, la inmemorial y noble *justicia*?

⁶⁶ Recuérdese que para los analistas económicos del derecho, la regla de reducción de la cláusula penal es *ineficiente* y anacrónica, y debe ser dejada a un lado. Vide n. 33 y 36, *supra*.

⁶⁷ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1133^a10-12.

⁶⁸ Por supuesto que James Gordley, a quién sigo aquí, hace años, con paciencia, erudición y maestría ha venido sustentando esta tesis, e incluso se refiere explícitamente al caso de la cláusula penal como lo hago en el texto. Ver su *tour de force* en “Contract Law in the Aristotelian Tradition” en Peter Benson (ed.) *The Theory of Contract Law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2001, págs. 265 y sgts. Es increíble que existan personas que, luego de leer a Gordley, no terminen de convencerse de la conexión ínsita que existe entre la justicia conmutativa y el contrato.

⁶⁹ Los escandalizados no sólo serán los positivistas del tinte de un Kelsen, cuya filosofía del derecho de más de 6 décadas tuvo como principal objetivo deslindar incomprensivamente a la ley de toda idea de justicia, y a las generaciones de juristas formados en su marco conceptual jurídico; también a los *lawyer-economists* que desean desterrar nociones morales elementales y sacrificarlo por valores de eficiencia, maximización de riqueza, etc. (o la “*welfare*” como el caso explícito de Louis Kaplow y Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harv. Univ. Press, 2002) y, en suma, todos aquellos teóricos que desean vincular al contrato a otra cosa – por ejemplo, la voluntad – que no sea la razón, y su expresión en la alteridad humana, la justicia.