

El régimen de daños prefijados en el contrato internacional de ingeniería y construcción ¹

Gonzalo Olmos Fernández-Corugedo
Abogado

Abril de 2017

SINOPSIS: *La profusa utilización en los contratos internacionales de ingeniería y construcción de las cláusulas de liquidated damages o daños prefijados, en ocasiones en contratos donde la ley aplicable no es un sistema de common law y por operadores que desarrollan su actividad en un entorno jurídico distinto, es muestra de una interacción, diálogo y –en ocasiones- disfunción en la invocación de instituciones con algunos elementos comunes, como las que representan las figuras de los liquidated damages y, en el Derecho Continental, las obligaciones con cláusula penal. Las equivalencias y similitudes de dichas figuras no esconden, sin embargo, determinadas distinciones relevantes que pueden ser analizadas a la luz de la dinámica práctica contractual del sector, para servir mejor a sus objetivos y a las partes que deciden incluirlas en el contrato que les vincula.*

PALABRAS CLAVE: *Contratos de ingeniería y construcción. Common Law. Derecho Civil Continental. Limitación de la responsabilidad contractual. Liquidated damages. Obligaciones con cláusula penal.*

SUMARIO: **1. La actividad internacional de ingeniería y construcción y la regulación contractual.** A) Contexto socioeconómico. B) Derecho contractual de la ingeniería y construcción. C) Estandarización contractual y resolución de disputas de carácter privado. D) Posición central del contrato. E) Ius Ingeniorum. F) Common law, Derecho Continental e instituciones jurídicas. G) Interés de las cláusulas de daños prefijados o liquidated damages. **2. Los riesgos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción, y la necesidad de limitarlos.** A) Los riesgos y su negociación. B) El límite máximo de responsabilidad contractual agregada. C) La exclusión de la responsabilidad por daños indirectos y consecuenciales, y por lucro cesante y pérdida de ingresos. D) La predeterminación del daño indemnizable. **3. La predeterminación de los daños y la responsabilidad contractual. Los liquidated damages.** A) Los rasgos definitorios de los liquidated damages. B) Supuestos de aplicación de liquidated damages. C) Diferenciación con los punitive o exemplary damages. D) Evolución del contorno y noción de las cláusulas de liquidated damages. E) Problemas de aplicación e interpretación de las cláusulas de liquidated damages. F) Liquidated damages e imputabilidad del incumplimiento. G) Los liquidated damages como único remedio del comitente. H) Liquidated damages y el daño

¹ Disertación con motivo del ingreso en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia (RAAJ) como Académico Correspondiente. Con motivo del acto de recepción en la RAAJ, se facilitará texto íntegro de la disertación, a efectos de la publicación de dicha versión en la web de la institución, incluyendo la salutación y agradecimientos y una breve mención al interés–y simbiosis consiguiente– que reviste la incorporación creciente de una perspectiva profesional eminentemente práctica y apegada a la actividad de sectores económicos estratégicos en la tarea de reflexión, debate e investigación jurídica que se desarrolla desde la RAAJ.

efectivamente producido. I) Constitución en mora y periodos de gracia. J) Liquidated damages y mitigación del daño. K) Inejecutabilidad de los liquidated damages y las alternativas previstas por las partes. L) Liquidated damages en estándares contractuales. 4. Liquidated damages y obligaciones con cláusula penal. A) Utilización por los operadores. B) Principio de equivalencia. C) Comparativa esquemática de sus rasgos principales. D) El distinto efecto de la cláusula punitiva y las facultades del juez. E) Aproximaciones funcionales y cumplimiento efectivo de la prestación. F) Aproximaciones funcionales y pretensión de incentivo para el cumplimiento por el contratista. G) Aproximaciones funcionales y correspondencia con el daño causado. H) Aproximaciones funcionales y correspondencia con el elemento sancionador. I) Aproximaciones en materia de imputabilidad del incumplimiento. J) Cláusulas penales y orden público en el sistema de common law. K) Necesaria distinción, pese a los elementos comunes. 5. Conclusión.

1. La actividad internacional de ingeniería y construcción y la regulación contractual.

A) Contexto socioeconómico.

Uno de los sectores económicos más dinámicos y que pueden considerarse estratégicos para la capacidad de innovación y el músculo productivo de un país, es el sector de las ingenierías y de las empresas constructoras capaces de acometer proyectos complejos y de envergadura. Para atender las necesidades en materia de diseño y construcción de infraestructuras críticas y plantas energéticas, por citar dos ejemplos capitales, contar con empresas en disposición de afrontar los **retos técnicos, financieros, organizativos y -también- jurídicos que la magnitud de tales proyectos requiere**, contribuye a marcar, en la actualidad y en una medida no despreciable, la diferencia entre distintos estadios de desarrollo económico y, sobre todo, apunta cuál será la tendencia futura de dicho desarrollo.

Asistimos en los últimos años a la creación de un mercado global altamente exigente y en rápida transformación, sometido a tensiones financieras y geoestratégicas de lo más variopinto, en el que empresas especializadas en ingeniería y construcción, acuden, solas o compartiendo riesgo y ventura con otras, a procesos de concurrencia competitiva públicos o privados para diseñar y construir obras de precio multimillonario, en países con culturas económicas, jurídicas y políticas muy diversas. Un mercado, por cierto, en el que afortunadamente las ingenierías asturianas especializadas despliegan, no sin gran esfuerzo ni riesgo, un intenso proceso de internacionalización en el que este sector se ha destacado, representando en 2016, un 10% de la facturación total cercana a los 20.000 millones de euros, de las ingenierías en España (i.e., sin computar la facturación de las empresas constructoras); y que, en el caso de nuestra Comunidad, simbolizan una parte destacada de ese tejido empresarial que ha sabido adaptarse a las circunstancias, superar con creces el cambio de paradigma de la economía asturiana y salir a la búsqueda de nuevos mercados y oportunidades.

Los actores y los contextos son, por lo tanto, de carácter global; y el régimen jurídico en el que se desarrolla todo el proceso, desde las negociaciones previas y la celebración del contrato hasta la ejecución del proyecto y la resolución de las controversias, también lo es o, como poco, cada vez lo es más. **El elemento internacional está activamente presente en las relaciones de toda índole que se generan en torno a esta actividad.** Para legisladores, operadores jurídicos y profesionales del Derecho, son mayores los desafíos que esta realidad presenta, para dotar a esta actividad compleja de un marco jurídico fiable, que permita a las partes alcanzar acuerdos eficaces, hacerlos valer efectivamente y obtener la tutela de los derechos contractuales cuando se precisa.

B) Derecho contractual de la ingeniería y construcción.

La actividad de ingeniería y construcción, desde el punto de vista de las relaciones jurídico-privadas entre las distintas empresas participantes en la promoción, diseño, suministro de materiales y equipos, construcción, operación y mantenimiento de infraestructuras e instalaciones industriales, **ha sobrepasado notablemente cualquier esquema contractual de los que provee el legislador.** En las operaciones que comportan una pluralidad de actividades de las antes señaladas, no hay ni habrá código capaz que recoger con pretensión exhaustiva y actualidad la complejidad de relaciones cruzadas y el haz de derechos y obligaciones para las partes que emergen de estos contratos. Además, la adaptación a las circunstancias del mercado y la búsqueda de protección para los intereses en juego ante los problemas concretos que se presentan en la práctica, da lugar a una **fuerte innovación jurídica en materia contractual.**

Un modelo contractual ya clásico y atípico –en el sentido de su falta de regulación específica en códigos o leyes especiales- es el **contrato de ingeniería, suministro de equipos y materiales y construcción** denominado “EPC” (por las siglas en inglés² *Engineering, Procurement and Construction*), y, en particular la modalidad en la que el precio se determina a tanto alzado y se entrega en régimen “llave en mano”. El contrato EPC sigue siendo la figura estrella, pero se han venido sumando nuevas modalidades adaptadas a las concretas prestaciones que se regulan o a las singularidades de cada subsector. Véase, por ejemplo, el **contrato de Balance of Plant** ó BoP (muy extendido, por ejemplo, en el sector eólico), que recoge todas las prestaciones propias de un EPC de una planta de energía excepto las relativas a la unidad generadora, salvedad no pequeña. O los **contratos en los que se produce una participación activa del contratista principal en la explotación de la planta construida**, compartiendo todo o parte del riesgo en ésta y, en algunos casos, participando o incluso asumiendo en su integridad la propia financiación. En este género se encuentran los contratos de Diseño-Construcción-Operación-Mantenimiento (DBOM, por las siglas *Design-Build-Operate-Maintain*),

² Por otra parte, la profusión de la terminología en lengua inglesa, que no impide en algunas ocasiones una traducción adecuada al castellano, denota a la par (1) el uso del inglés como lengua franca en los contratos internacionales, a veces incluso entre actores que comparten otra lengua distinta; (2) el recurso a instituciones jurídicas y categorías propias del *common law* anglosajón; y (3) la influencia destacada de las empresas, entidades financieras, despachos de abogados, etc. de países anglosajones, aunque en la actualidad el sector de ingeniería tiene destacadas firmas multinacionales con origen en países muy distintos, también en las economías emergentes.

Construcción-Operación-Traspaso (BOT, por las siglas *Build-Operate-Transfer*), Construcción y Operación en Propiedad (BOO, por las siglas *Build-Own-Operate*), etc. Modalidades con su correlato, ya presente, en la contratación del sector público, en esquemas de colaboración público-privada (PPP, por las siglas en inglés *Public-Private-Partnership*). A todo ello se suma la amplia variedad de **modalidades de subcontratación, suministro, gestión y dirección de proyectos, consultoría y supervisión, operación y mantenimiento**, etc., que cubren distintos aspectos del desarrollo del proyecto, normalmente vicarios de la actividad central de ingeniería y construcción.

Por otra parte, añadiendo dificultad a la naturaleza híbrida y compleja de las relaciones jurídicas que emergen de los contratos internacionales de ingeniería y construcción, es frecuente encontrar en ellos muestras de la **interrelación entre distintos instrumentos que unen a una diversidad de partes**. Actores con capacidad de intervenir –en mayor o menor grado– sobre el devenir de los trabajos y que resultan concernidos directa o indirectamente por lo que otros agentes, prevalentes en la gestación y ejecución del proyecto, deciden. Por ejemplo, será frecuente que un subcontrato BoP para una planta de producción de energía contenga constantes remisiones, para regular determinadas prestaciones y condiciones de los trabajos, al contrato –por ejemplo DBOM o EPC– que el contratista principal tenga con el promotor; así como a contratos del promotor con las entidades que financian la operación (que suelen arrogarse a través de los llamados *Direct Agreement* facultades incluso de novación subjetiva de los contratos que integran la estructura de relaciones destinada a la materialización del proyecto). Los compromisos del promotor con los compradores de la energía (a través de los llamados *Power Purchase Agreement* o PPA) o con los gestores de la red eléctrica a través de la que esa planta evacuará la producción (los *Interconnection Agreement*), también serán invocados al contemplar las obligaciones de toda la cadena de contratación. En este contexto, prolifera, a veces con importantes riesgos de inseguridad jurídica, la **técnica de la incorporación por referencia al contrato**, para dar cabida en él a las obligaciones del comitente, y de la contratación llamada *back-to-back* para que el comitente comparta riesgos con la cadena de contratistas y subcontratistas (invocando un denominado *pass-through principle*). Se configura una **malla contractual** en la que el grado de interdependencia de las partes, la necesaria coherencia en la definición del papel de cada actor y su interacción, el otorgamiento de derechos a terceros (financiadores, promotores, ingenieros consultores, etc.) que no suscriben cada particular contrato y la coordinación de esquemas de ejecución, pruebas, entregas, periodos de garantía, etc., resulta capital para que el conjunto forme un todo ordenado y armónico. Ésto, por otra parte, no siempre sucede, dando lugar a las disfunciones correspondientes, a las que se añade la, en ocasiones, desigual capacidad de negociación de las partes o la búsqueda de posiciones ventajosas, márgenes comerciales o mutualización abusiva de pérdidas a costa de la cadena de contratación. Elementos todos ellos presentes en la gestación del contrato, en la respuesta de las partes a las incidencias que ocurren durante su ejecución y en el procedimiento de **resolución de disputas**. En este último campo existe una apuesta cada vez más fuerte por métodos de heterocomposición (expertos técnicos, paneles especializados de resolución de disputas, etc.) preceptivos y previos al arbitraje o a la

litigación en juzgados y tribunales, que habitualmente se considera poco adecuada a las necesidades concretas de los operadores del sector.

La referencia regulatoria de las relaciones entre actores privados no está, en este contexto algo intrincado, en el legislador. No obstante, como no puede ser de otro modo, todos los contratos, por muy atípicos, complejos y extensos que sean, se interpretan por los operadores, en los distintos ordenamientos, y tanto en los sistemas de *common law* como en los de Derecho Continental, bajo la referencia del **Derecho de obligaciones y contratos** (singularmente en la regulación de los arrendamientos de obra, contratos de obra, *contrat d'entreprise*, o sus diferentes denominaciones según el país). Por ello, según el sistema al que nos refiramos, la interpretación se realiza a la luz de los precedentes y el *case law* o de los preceptos contenidos en los respectivos códigos civiles y de la jurisprudencia más asentada. En definitiva, el operador jurídico, al enfrentarse a la interpretación de un **contrato de ingeniería y construcción, que normalmente contendrá una extensísima regulación de voluntad omnicomprendiva**³ (incluyendo definiciones, criterios interpretativos y procedimientos tasados de interlocución entre las partes), no podrá dejar de tomar como referencia la regulación que la ley aplicable contemple en cuestiones capitales, desde la transmisión del riesgo hasta la acción directa en los contratos a tanto alzado, pasando por el desistimiento o el *ius variandi* del comitente, por poner algunos aspectos esenciales. Todo ello sin mencionar las propias **previsiones de derecho imperativo** que cada ordenamiento se reserve y excluya de la amplia facultad de disposición de las partes.

C) Estandarización contractual y resolución de disputas de carácter privado.

A la hora de compilar, orientar, plantear estándares, promover el debate teórico (con una eminente vocación de utilidad práctica) y acompañar a los operadores, ofreciendo propuestas coherentes y actualizadas de regulación contractual, **en el sector de ingeniería y construcción no es el poder público ni la ley la referencia, sino las entidades profesionales privadas** que, de forma consistente y continuada en el tiempo han venido elaborando sus propuestas, difundiéndolas, formando a profesionales e impregnando la práctica internacional con el resultado de su trabajo. Merecen al respecto particular mención los **modelos contractuales elaborados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores** (FIDIC, por las siglas, esta vez en francés⁴, de *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*). Éstos cuentan con una amplia acogida (también entre organismos financieros internacionales de desarrollo) y persiguen un razonable equilibrio entre las partes. Los contratos FIDIC influyen a su vez (en una relación de ida y vuelta entre las aplicaciones prácticas y la definición de estándares) en multitud de modelos contractuales que distintas empresas utilizan para homogenizar sus

³ En ocasiones, incluso con la pretensión declarada, de efecto discutido y discutible, de excluir la aplicación de toda ley entre las partes que no sea la surgida de su autónoma voluntad, como se intenta con redacciones exorbitantes y distorsionadas de cláusulas como la de "*entire agreement*" queriendo excluir obligaciones inferidas que muchas veces emanan del Derecho aplicable; o con contratos que pretenden evitar la posibilidad de interpretarlos de acuerdo a un concreto derecho aplicable.

⁴ Con base en Ginebra y formada en 1913, inicialmente por tres asociaciones nacionales de ingenieros consultores, de Francia, Bélgica y Suiza.

contratos, aunque muchas veces sin la pretensión equitativa ni el protagonismo del ingeniero consultor que sí late en los modelos FIDIC. De entre los que forman la llamada *rainbow suite*⁵, por su identificación con distintos colores, especial referencia merece la popularidad y difusión los contratos de “Construcción para trabajos de ingeniería y edificación proyectados por el cliente” (libro rojo), “Proyecto y obra, para instalaciones mecánicas, eléctricas y para trabajos de ingeniería y edificación proyectados por el contratista” (libro amarillo) y “Proyectos EPC / llave en mano” (libro plata). También han cobrado especial proyección en el mercado los **estándares contractuales NEC** (*New Engineering Contract*) promovidos por la *Institution of Civil Engineers*, con sede en Londres; o los promovidos por el **Joint Contracts Tribunal** (JCT), impulsado por instituciones profesionales y técnicas británicas. La lista de entidades patrocinadoras de estándares contractuales especializados para proyectos de ingeniería y construcción es larga y variopinta, dado el distinto origen de las entidades impulsoras (la Cámara de Comercio Internacional, la *European Engineering Industries Association*, la *Association of Consultant Architects*, etc.⁶).

A ello se une el recurso habitual al **arbitraje internacional** como forma de resolución de disputas, en detrimento de los tribunales nacionales⁷, por la mayor confianza en la flexibilidad, disposición sobre la organización del proceso, adecuación del perfil y experiencia los árbitros a la naturaleza de las controversias a dirimir y, en buena medida, confidencialidad sobre los términos de la controversia.

D) Posición central del contrato.

En este subsector del Derecho, en todo caso, el contrato se constituye inequívocamente como la referencia fundamental para regular el régimen de derechos y obligaciones de las partes, contando la voluntad autónoma de las partes con un margen particularmente amplio y, como destaca REIG FABRADO⁸, **obteniendo el contrato internacional de ingeniería comercial su régimen jurídico de una “necesaria y sutil coordinación de distintas fuentes, contractuales y profesionales, estatales o internacionales, y de las sentencias arbitrales más que de las decisiones judiciales”**, en cita de FOUCHARD⁹. Contrato, que, en la definición de ALPA¹⁰ que REIG FABRADO¹¹ señala como la más acreditada, podría describirse como aquel en el que “una parte (normalmente, la empresa de ingeniería) se compromete frente a otra a elaborar un proyecto de naturaleza industrial, arquitectónica o urbanística, y, eventualmente, a

⁵ En proceso de revisión por FIDIC, con divulgación paulatina del resultado de dichas revisiones en este año 2017.

⁶ La *International Bar Association* realiza a través del *International Construction Projects Committee* un seguimiento y análisis de los estándares contractuales más populares en materia de ingeniería y construcción, ofreciendo interesantes resúmenes, comparaciones y valoraciones independientes. Vid.: http://www.ibanet.org/LPD/SEERIL/Intl_Construction_Projects/Standard_Forms/Overview.aspx

⁷ Salvedad hecha del prestigio internacional adquirido por el *Technology and Construction Court* (TCC), órgano especializado de la *High Court*, con jurisdicción sobre Inglaterra y Gales, y cuyas resoluciones son consideradas de especial interés en el sector, como referencia cualificada.

⁸ REIG FABRADO, Isabel: “El Contrato internacional de ingeniería”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 66.

⁹ GLAVINIS, P.: “*Le contrat international de construction*”, París, GLN Joly, 1993, cit. p. 252. Prefacio de Philippe FOUCHARD.

¹⁰ ALPA G.: “*Il contratto d’engineering*”, *Giustizia Civile*, 1983, cit. p. 188.

¹¹ REIG FABRADO, op. cit., p. 82.

realizarlo, pudiendo ejecutar el proyecto elaborado por otras empresas y asumir prestaciones accesorias de asistencia técnica a cambio de un precio". La definición se completa, según REIG FABRADO¹², citando a URÍA¹³, tomando en cuenta "además de la proyección y la ejecución de la obra" otras prestaciones que pueden concurrir como "los estudios previos de mercado y planificación, la asistencia técnica, el suministro de bienes de equipo y la cesión de patentes, entre otros".

KONDEV¹⁴ aprecia 6 características singulares, en los contratos internacionales de ingeniería y construcción, que se manifiestan singularmente cuando surgen disputas que deban ser resueltas. De este modo: (1) son contratos cuyo plazo de ejecución es frecuentemente de larga duración; (2) comportan un grado de complejidad técnica elevado; (3) la resolución de controversias requiere habitualmente una investigación exhaustiva de las circunstancias fácticas concurrentes; (4) suelen incluir formas de resolución de disputas en distintos estadios, culminando, cuando no se ha conseguido dirimirlas previamente, con el arbitraje internacional; (5) involucran directa o indirectamente a una multitud de partes con intereses divergentes; y (6) las partes participantes suelen provenir de distintas culturas jurídicas y ordenamientos diferentes.

E) Ius Ingeniorum.

La singularidad de las fuentes no estatales y la fuerte impronta de la práctica internacional, reconocida entre los actores de este mercado, ha dado lugar a la utilización del término *Ius Ingeniorum* para describir este sector de la *Lex Mercatoria*¹⁵. Ciertamente, **las características prestaciones de las partes y los rasgos diferenciales técnicos y económico-financieros de los proyectos tienen una proyección inequívoca en el régimen del contrato internacional de ingeniería y construcción**, lo que justifica la categorización de este ámbito bajo la rúbrica señalada. Precisamente el papel de las entidades que han trabajado en la estandarización contractual es para HERNANDO CEBRIÁ capital en la conformación del *Ius Ingeniorum*, entendiendo que "nace de la elaboración de modelos contractuales desarrollados por las asociaciones profesionales de ingeniería de distinto ámbito, que tratan de dotar de la oportuna seguridad jurídica a las relaciones en las que intervienen ingenieros o empresas que desarrollan tales actividades", dando como resultado "un conjunto de reglas anacionales que pueden ser asumidas por los participantes del mercado, dentro de los parámetros, en muchos casos muy bien definidos, que dispensa el principio general de autonomía de la voluntad"¹⁶.

¹² REIG FABRADO, op. cit., p. 82.

¹³ URÍA R.: "Derecho Mercantil", Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 685.

¹⁴ KONDEV, Dimitar: "Multi-party and multi-contract arbitration in the construction industry", West Sussex, Reino Unido, Ed. Wiley Blackwell, 2017, pp. 31-33.

¹⁵ REIG FABRADO recoge en op. cit., p. 131, la definición de ésta como "conjunto de reglas de origen privado generadas de forma independiente a los sistemas jurídicos nacionales, como fuente de principios rectores del contrato", refiriéndose a su vez a la descripción de ésta en el laudo arbitral CCI nº 9875/1999 como "las normas y usos del comercio internacional que han sido elaboradas gradualmente por diferentes fuentes como los propios operadores del comercio internacional, sus asociaciones, las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales y algunas instituciones como UNIDROIT y sus Principios de los contratos del comercio internacional".

¹⁶ HERNANDO CEBRIÁ, Luis: "Una aproximación a los contratos de instalación industrial "llave en mano" en el marco de la contratación contemporánea", Anuario de Derecho Civil, Tomo LXVI, 2013, fasc. IV, p. 1669.

Caracterización a la que, no obstante, conviene añadir que dicho *Ius Ingeniorum* no nace exactamente de dichos modelos, sino que en ellos, y con su popularidad, cristaliza, porque el origen está en la práctica de los operadores privados que dichas entidades recogen, ordenan y dotan de mayor coherencia y utilidad en sus propuestas de contratos tipo.

F) Common law, Derecho Continental e instituciones jurídicas.

En este contexto de estandarización y globalización de la contratación internacional en materia de ingeniería y construcción, pese a la pluralidad de culturas jurídicas y entornos socio-económicos en los que se produce, encontramos algunas pautas comunes y un particular **diálogo e interacción entre instituciones jurídicas de diferente origen.**

Es indudable una significativa **influencia del derecho contractual de los sistemas de common law**, depositando en las partes la responsabilidad –y la confianza– de regular de forma exhaustiva el régimen de derechos y obligaciones al que pretenden sujetarse. Lo que las partes acuerdan y recogen en “las cuatro esquinas del contrato” es, por lo tanto, lo que les vincula en su relación privada, haciendo innecesario un recurso continuo a las leyes aplicables, salvo en materias como las que conciernen al efecto entre las partes del cumplimiento de obligaciones establecidas por los poderes públicos. Se evita, igualmente, el recurso a principios implícitos que condicionen de manera sustancial la ejecución de las obligaciones contraídas, incluso, en el marco de los contratos comerciales¹⁷, el propio principio de actuación de buena fe¹⁸, a menos que éste, y sus manifestaciones prácticas (por ejemplo, la obligación de cooperación y la confianza mutua) se invoquen específicamente en el contrato, como suele hacerse; aunque en todo caso su interpretación será restrictiva¹⁹. Pero no es menos cierto que en muchos contratos se produce una cierta **hibridación con principios e instituciones de arraigo en el sistema de civil law o sistema continental**, desde la constitución en mora del deudor a la responsabilidad decenal para trabajos de construcción y su aseguramiento, por poner dos ejemplos.

¹⁷ En Derecho Irlandés, por ejemplo, se distingue en su *case law* entre los “contratos comerciales”, donde no se podría apreciar una obligación general implícita de buena fe, de los “contratos relacionales”, donde sí podría apreciarse. Así lo hace la Corte de Apelación recientemente en *Flynn & Anor v. Breccia & Anor* [2017] IECA 74.

¹⁸ Así, en *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt* [2016] EWCA Civ 789, la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales (Lord Justice Moore-Bick), expresa el recelo a una aplicación extensiva del principio advirtiendo del peligro real de que si se estableciese un principio general de buena fe sería invocado a menudo tanto para socavar como para respaldar los términos en los que las partes hayan alcanzado un acuerdo (Texto original: “*a real danger that if a general principle of good faith were established it would be invoked as often to undermine as to support the terms in which the parties have reached agreement*”).

¹⁹ Como señala MENDELBLAT, en relación con el modelo contractual NEC3 (en concreto las *Supply Contract Conditions*), con cita del asunto *Costain v. Tarmac* [2017] EWHC 319 (TCC) y sus precedentes, la referencias a la buena fe contractual tienen un efecto que se limita a constreñir las conductas irracionales que comporten aprovecharse abusivamente de la otra parte (“*the effect is confined to a restraint on unreasonable conduct amounting to improper exploitation of the other party*”), asimilando en buena medida la obligación de actuar de buena fe a la interdicción del abuso de derecho, si reconducimos el análisis a nuestras categorías de Derecho Civil Continental. MENDELBLAT, Michael: “The limits of the duty of mutual trust and cooperation”, Londres, Reino Unido, Herbert Smith Freehills Construction E-Bulletin, Abril 2017.

No es infrecuente, además, que empresas cuyo origen y actividad principal se desarrolle en países enmarcados en uno de los sistemas, trabajen en países y bajo esquemas jurídicos contractuales propios del otro. Y también es habitual que, en contratos redactados bajo esquemas inspirados en el sistema de *common law*, por razones de oportunidad, familiaridad de los operadores, por ser la ley del lugar donde se emplazan las obras, etc., se designe como ley aplicable al contrato la legislación de un país cuyo esquema sea el Derecho Continental. Combinaciones estas que se complican aún más con la designación por las partes, a veces no suficientemente meditada, de leyes “neutrales” de países con los que ni las partes ni el lugar de las obras tiene vinculación, como leyes aplicables al contrato. Esta complejidad también alcanza a situaciones en las que se designan por las partes fueros jurisdiccionales para la resolución de disputas cuyos tribunales tendrán que aplicar derecho extranjero ajeno a su práctica y a su tradición jurídica; o, más comúnmente, al nombramiento de árbitros que tendrán que ser versátiles para deambular en tradiciones jurídicas distintas de la suya en función, nuevamente, de las características del contrato y de la ley aplicable que las partes hayan escogido. Esta situación obliga a los servicios jurídicos de comitentes y contratistas, sus abogados externos e incluso a los propios directivos empresariales y los *managers* de los proyectos (que toman decisiones y realizan actos de trascendencia jurídica, con la mirada puesta en los aspectos contractuales), a **desenvolverse en ambos entornos e interpretar adecuadamente los contratos bajo instituciones y culturas jurídicas diversas.**

G) Interés de las cláusulas de daños prefijados o liquidated damages.

En ese contexto, esta disertación pretende abordar con algo más de detalle una institución jurídica propia del *common law*: los *liquidated damages* o daños prefijados²⁰, cuya inclusión en los contratos internacionales de ingeniería es muy común, hasta el punto de que **la práctica arbitral las califica como usos del comercio**²¹. Cláusula que representa, además, uno de los puntos cardinales en la arquitectura del contrato que une a las partes y, por lo tanto, objeto habitual de negociación, siendo su aplicación fuente de potenciales controversias, a veces por un entendimiento incompleto de sus características. Dicha institución tiene similitudes, en buena parte, con la cláusula penal en las obligaciones, de nuestro Derecho. Existe, como en algunos otros aspectos, una cierta confluencia, sobre todo en la funcionalidad y en el objetivo que con ellas se persigue, aunque persisten también diferencias importantes, que conviene conocer. De analizar unas y otras nos ocuparemos seguidamente.

²⁰ Ninguna traducción será plenamente fiel al concepto originario, pero la escogida, así como la de “daños pre-liquidados”, me parece más correcta que la de utilizar el término “cláusula penal” de nuestro Derecho Continental, para evitar la confusión terminológica, ya que, aunque -como veremos- haya importantes puntos en común, no se refieren exactamente a lo mismo.

²¹ Como recoge REIG FABRADO, Isabel, op. cit. P. 165, citando el asunto CCI nº 3267/1978, tomado de *International Commercial Arbitration*, 1979, pp. 78 y ss.

2. Los riesgos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción, y la necesidad de limitarlos.

A) *Los riesgos y su negociación.*

La contratación internacional en los sectores de ingeniería y construcción se mueve en un contexto que, además de ser cambiante, es de **alto riesgo, desde el punto de vista económico y técnico**, sobre todo en un mercado altamente competitivo. No son pocas las empresas de prestigio que se ven envueltas en situaciones verdaderamente comprometidas en las que un error de diseño o de ejecución, una apreciación errónea de un riesgo contractual o un cálculo erróneo de costes comportan consecuencias de dimensiones económicas notables, resolución del contrato, incapacidad financiera para su ejecución, contracargos elevados, invocación por la contraparte de avales bancarios, pérdida de calificaciones ante comitentes públicos y privados necesarias para contratar, daño en el prestigio comercial, etc. De tales errores no están libres empresas de referencia con trayectorias acreditadas y profesionales cualificados, aunque, evidentemente, las organizaciones maduras y con experiencia están mejor preparadas para evitar, contener, corregir y superar problemas de esta naturaleza.

Los riesgos jurídicos para las partes, asociados a la definición y características de las obligaciones que se contraen, son igualmente elevados y su **distinto poder de negociación** se manifiesta a veces de forma particularmente intensa. En ocasiones, un comitente accede a aprobar sobrecostes y extensiones de plazo hábilmente perseguidos por el contratista; y otras veces los contratistas se sitúan en los escenarios de ejecución a priori más optimistas (a la hora de definir sus costes, márgenes comerciales, contingencias y riesgos) aceptando términos contractuales fuertemente desequilibrados que, cuando se presenta la dificultad, serán invocados por la otra parte en su perjuicio, con escasísimas posibilidades para el contratista de aducir en su favor la existencia de cláusulas abusivas, nulidades o modulaciones de sus obligaciones más gravosas por las diferencias en el poder negociador, etc. No en vano, **la relación se presume que es entre iguales**.

Sin embargo, es práctica común que, en aras de favorecer la viabilidad de los acuerdos y delimitar un rango más contenido de los riesgos potenciales, las partes, además de comprometerse recíprocamente a un **alto nivel de exigencia en materia de aseguramiento de las contingencias** (de construcción y montaje, de responsabilidad civil general y profesional, de responsabilidad patronal, etc.), establezcan **cláusulas de limitación de responsabilidad** en su contrato, ya sea a favor del contratista (quien presumiblemente puede incurrir en mayores riesgos, como hemos visto), ya sea también para el comitente. El establecimiento en el contrato de cláusulas de limitación de responsabilidad es **materia sensible desde el punto de vista de la adecuación del contrato a la ley que se invoque como aplicable**, porque, como señalan NATER-BASS y PFISTERER, da lugar a cuestiones difíciles que conciernen al corazón del sistema legal,

tales como el modo de equilibrar la autonomía de la voluntad de las partes con las previsiones imperativas de la ley y el peso a otorgar sus intereses respectivos.²²

De las múltiples técnicas contractuales y previsiones habituales para este fin²³, son particularmente destacables tres, cuya combinación, si su regulación es adecuada, tendrá una fuerte capacidad protectora, singularmente para el contratista (desde cuya perspectiva los analizo principalmente): (1) el límite máximo de responsabilidad contractual agregada; (2) la exclusión de la responsabilidad, por daños indirectos y consecuenciales, y por lucro cesante y pérdida de ingresos; y (3) la predeterminación del daño indemnizable.

B) El límite máximo de responsabilidad contractual agregada.

Este umbral superior suele fijarse bien en una **cuantía máxima, establecida expresamente en el contrato o bien por referencia al precio contractual**, mediante un porcentaje sobre este (que puede superar el 100%). Este límite se establece con independencia de las circunstancias que den como resultado la obligación del contratista de indemnizar por el incumplimiento de sus obligaciones o su cumplimiento deficiente, o de acometer trabajos que haya que rehacer, reparar o sustituir equipos, o de soportar contracargos que respondan a realización por el comitente –o por otros contratistas a los que este confíe tal cometido- de trabajos propios del alcance contractual.

Es frecuente fijar, no obstante, que dicho límite no opere si concurre un elemento subjetivo distintivo de la actuación dañosa, de modo que –de forma coincidente a la previsión del artículo 1102 de nuestro Código Civil- el contratista no podrá invocar esta protección si su incumplimiento se debe a **conducta dolosa** (descrita habitualmente en distintas manifestaciones tales como el fraude, la falta deliberada, etc.) o a **grave negligencia**, supuesto este último que obliga a la no siempre sencilla tarea de determinar cuando la actuación calificada de negligente reviste tal gravedad. Igualmente, suele preverse que la limitación no opere en **supuestos en los que proceda indemnizar a terceros** perjudicados por la actuación del contratista, por ejemplo en casos como el daño medioambiental, el daño físico a las personas, el daño a propiedades, etc. O en **supuestos en los que el bien protegido sea la propiedad industrial o intelectual, o los secretos comerciales** violentados a resultas de la contravención de las frecuentes obligaciones en materia de confidencialidad.

²² *“Contractual limitations on damages are of critical importance, allowing parties to better assess and control business risks arising from a commercial transaction. It is thus no surprise that some form of damage limitation is found in many commercial contracts today. Yet, despite their prevalence, contractual limitations on damages give rise to difficult questions that go to the heart of the legal system, such as how to balance the parties’ freedom to contract against provisions of mandatory law, and the weight to be given to the respective interests of creditors and debtors”.* NATER-BASS Gabrielle y PFISTERER, Stefanie: “Contractual Limitations on Damages”, VV.AA.: “The Guide to Damages in International Arbitration”, Global Arbitration Review, Londres, publicada por Law Business Research Ltd., noviembre de 2016, capítulo VI.

²³ NATER-BASS y PFISTERER, suman a las limitaciones de responsabilidad citadas otras como el establecimiento, en el propio contrato, de periodos singularmente breves para el ejercicio de acciones, creando reglas de prescripción para cada caso, distintas de las generales que contemple la ley aplicable, exigiendo a la parte perjudicada una especialísima diligencia al velar por sus derechos ante la parte incumplidora. NATER-BASS, Gabrielle y PFISTERER, Stefanie, op. cit, capítulo VI.

C) La exclusión de la responsabilidad, por daños indirectos y consecuenciales, y por lucro cesante y pérdida de ingresos.

La redacción de la citada cláusula conoce múltiples variantes y, con cierta frecuencia, algunas confusiones conceptuales y errores de redacción. Esta limitación suele matizarse ya que no excluye, al establecer el derecho del comitente a ser compensado mediante la aplicación de los *liquidated damages*, que éstos se hayan valorado considerando los potenciales daños indirectos y consecuenciales y el lucro cesante y pérdida de ingresos que el incumplimiento contractual del contratista puede provocar al comitente. También es corriente encontrar cláusulas que excluyen esta limitación de responsabilidad contractual en supuestos de **actuación dolosa o gravemente negligente** del contratista.

Esta limitación de responsabilidad contractual pretende, en todo caso, dotar de una protección adicional que ampare a las partes -y, singularmente al contratista- de las incertidumbres asociadas a la concreción de hasta dónde alcanza el daño indirecto y consecuencial. Es cierto que la definición del contorno del daño indirecto y consecuencial, así como del lucro cesante y la pérdida de ingresos, ha sido objeto de abundante tratamiento jurisprudencial en los distintos ordenamientos. Y, en buena medida, al abordar las partes la limitación de la responsabilidad contractual, toman en cuenta la amplia consideración y entendimiento de dichos pronunciamientos. Efectivamente, no resulta ajena a los contratos internacionales de ingeniería y construcción, cuando se trata de determinar el daño que ha de ser objeto de compensación, la aplicación de la **teoría de la imprevisibilidad** del Derecho Continental o la **rule of remoteness** del *common law*, ni los pronunciamientos seminales de estas teorías que se encuentran en la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 22 de noviembre de 1893 (sobre las pérdidas provocadas por el retraso por la compañía de ferrocarril París-Lyon-Méditerranée en la entrega de una máquina de pelar alcachofas) o en la sentencia de la *Hight Court* de Inglaterra y Gales en el asunto *Hadley v. Baxendale (1854) EWHC J 70* (sobre la pérdida de beneficios ocasionada por el retraso en la entrega para la reparación del eje de un molino, con la consiguiente inactividad de éste)²⁴.

No obstante, la particular complejidad de los proyectos a los que se refieren los contratos internacionales de ingeniería y construcción, y las múltiples repercusiones que se derivan del incumplimiento, hacen aconsejable evitar, por la **vía combinada de la exclusión de la responsabilidad aquí descrita y su reconducción a la predeterminación del daño compensable** (por medio de los *liquidated damages*), escenarios que sí pueden ser predecibles, pero que resultan inasumibles para todo contratista. Pensemos que, entre actores cualificados, concedores del sector, la repercusión financiera y operativa que comporta que, por ejemplo, una planta energética no pueda producir o evacuar dicha producción en los plazos marcados, o que no alcance el grado de eficiencia planificado, o que padezca interrupciones de actividad por errores

²⁴ Pronunciamientos analizados por PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: "La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato", en VV.AA.: "Derecho Contractual Comparado", Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2016, pp. 998 y ss.

técnicos, o que sea necesario sustituir al contratista en la ejecución de una parte sustancial o en todas las prestaciones recogidas en el contrato, etc., son en buena medida (como contempla el artículo 1107 de nuestro Código Civil y otros preceptos similares en otros Códigos de Derecho Continental), **daños y perjuicios que se pudieron prever al tiempo de constituirse la obligación** y que pueden responder a un test como el de la STS de 8 de junio de 1996 sobre la “probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto”. Pueden, efectivamente, ser consecuencia del incumplimiento del contratista, al que además, como vimos antes, en su contrato se le hace sabedor (aunque muchas veces no en detalle) y corresponsable, en lo que le toca, en relación con las obligaciones de su comitente ante terceros en virtud de un acuerdo de financiación del proyecto o de un PPA, que muchas veces contienen cláusulas exigentes sobre, por ejemplo la disponibilidad de producción y el momento a partir del cual estará en condiciones de ser suministrada.

Estamos, por consiguiente, muy lejos de las disputas sobre, permítaseme la licencia, la cantidad de alcachofas peladas o de grano para moler que una instalación preindustrial puede procesar, como en los asuntos de Cass. Civ. 22 de noviembre de 1893 y en *Hadley*. Aquí los actores conocen en buena medida, o tienen elementos suficientes para conocer, las consecuencias de su incumplimiento, por su **información sobre el sector y las circunstancias particulares bajo las que se produce el contrato**. De modo que, como indica MORALES MORENO, “conocidas por ambos contratantes, serán indemnizables los daños producidos por el incumplimiento, que normalmente se sigan de las mismas”²⁵.

Celebrar, por lo tanto un contrato de ingeniería y construcción sin esta clase de cautelas puede exponer al contratista a riesgos mayúsculos cuyo conocimiento y previsión no le son ajenos, aunque correspondiese al comitente perjudicado la carga de la prueba y árbitros y tribunales sean particularmente prudentes en su consideración. Siendo necesario, por la propia viabilidad del negocio, su control y **acotación como resultado de la voluntad de las partes** en el momento de celebración del contrato, sin fiarlos a la interpretación, por ponderada que sea, de un juez o un árbitro.

D) La predeterminación del daño indemnizable.

En combinación con la limitación referida previamente, el establecimiento de antemano, al celebrar el contrato, del daño prefijado que se entenderá producido y, a la postre, compensable a consecuencia de determinados incumplimientos cualificados de las obligaciones contractuales, permite concretar y, si se admite la expresión, “domar” las consecuencias resultantes. Las partes se benefician así de una **previsibilidad necesaria para el desarrollo de la actividad**, que, si la cláusula está correctamente construida y responde a un razonable equilibrio entre las posiciones de las partes, dará cierta seguridad para celebrar el negocio y pisar sobre un terreno más sólido al afrontar la

²⁵ MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Incumplimiento del contrato y lucro cesante”, Discurso leído el 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, p. 25. Citado por PALAZÓN GARRIDO, op. cit. p. 1002.

ejecución del proyecto y sus frecuentes incidencias. Sin perjuicio de la casuística y de distintos resultados de su aplicación, las cláusulas de *liquidated damages* se asocian en su concepción con la **contención de los riesgos asociados a la responsabilidad contractual**. En este sentido, PALAZÓN GARRIDO describe estas cláusulas indicando que “la voluntad de las partes también puede limitar la cuantía de las indemnizaciones por daños contractuales, estableciendo en el contrato que el contratante que incumpla su obligación deberá pagar una suma determinada a la parte perjudicada por el incumplimiento, con independencia del daño que haya causado”²⁶.

No obstante, las cláusulas de daño prefijado o *liquidated damages* no siempre contienen todas las cautelas necesarias para que la funcionalidad de limitación del riesgo se haga valer. En ocasiones, al contrario, evidencian la desproporción del poder de negociación de las partes, con más frecuencia a favor del comitente, estableciendo un régimen de características punitivas, ya sea por la fijación de cuantías exorbitantes, ya sea por pretender una aplicación descontextualizada de las circunstancias de la obra, ya sea por no configurarse como único remedio del dañado ante el incumplimiento. A veces, además, el uso y abuso de las cláusulas de *liquidated damages* contemplan su aplicación a supuestos de incumplimiento de lo más variopinto, desdibujando su finalidad.

3. La predeterminación de los daños y la responsabilidad contractual. Los *liquidated damages*.

A) Los rasgos definitorios de los *liquidated damages*.

Las cláusulas de *liquidated damages* contemplan, por lo tanto, la previsión de una **consecuencia indemnizatoria tasada a favor del comitente, y la regla para su determinación**, que se liquida automáticamente si se cumple el presupuesto básico de incumplimiento de obligaciones del contratista recogido en dicha estipulación.

Cabe señalar, como rasgo definitorio, que la práctica común es establecer la cláusula de *liquidated damages* en relación con el incumplimiento de **obligaciones críticas del contratista, pero no del comitente**. El supuesto más frecuente de incumplimiento del comitente, aparte del impago (cuya consecuencia suele ser la suspensión y resolución del contrato en escenarios patológicos) o del retraso en el pago (con el devengo del interés pactado o el legal correspondiente), suele ser la falta de consideración –al no emitir o no aprobar una orden de variación propuesta- del derecho del contratista a la compensación de sobrecostes, la negativa al reconocimiento de la realización de trabajos adicionales o el rechazo a la ampliación del plazo de ejecución, siempre en casos en que el contratista haya seguido las prescripciones contractuales y tal situación no sea imputable al propio contratista. En tales casos, no queda sino acreditar la producción del daño, probar su relación con el incumplimiento del comitente y cuantificar sus efectos económicos con la mayor precisión posible, siguiendo los procedimientos

²⁶ PALAZÓN GARRIDO, op. cit. p. 1013.

habituales en el sector (por ejemplo, el criterio de fijación directa de precio sobre la base de los registros y justificantes del contratista, junto con el análisis de la demora imputable al comitente²⁷).

Los supuestos de incumplimiento deben ser concretos, precisos y susceptibles de ser contrastados con relativa sencillez y de manera mensurable. Los *liquidated damages* responden, por lo tanto, a la fijación previa de la indemnización, valorada al momento de celebrar el contrato y calculada conforme a la apreciación y voluntad consensual de las partes, en posiciones de poder negocial teóricamente similares. Para tal concreción, las Partes cuentan toman en consideración su experiencia, las características del proyecto, el contexto en que cristaliza su acuerdo y la relevancia de la obligación cuyo incumplimiento produce su devengo; todo ello influido por su capacidad de negociación.

De este modo, no es necesario entrar a discernir si la consecuencia indemnizatoria deriva de un daño directo, indirecto o consecuencial, de lucro cesante, de pérdida de ingresos o de cualquier otra causa. Al optar por establecer una consecuencia automática susceptible de sencilla liquidación, se evita tener que acudir a esta distinción. Y, lo más importante para el comitente, **se evita tener que acreditar el daño y perjuicio causado y su relación causal con el incumplimiento**, porque las partes ya han dado por sentada de antemano la consecuencia que se producirá, aunque luego resulte que la **cifra indemnizatoria resultante sea superior o inferior a la del daño efectivamente provocado**. Ahorrarse el esfuerzo probatorio y dotar de una razonable previsibilidad a la consecuencia indemnizatoria no es una ventaja menor, si tenemos en cuenta, además, la complejidad que reviste la determinación y acreditación de los daños realmente provocados (los *actual damages*), para los que se deberían considerar múltiples factores²⁸, muchos de ellos en relación a su vez con los compromisos adquiridos por el comitente con otros actores del proyecto.

De la aplicación de una regla de fijación de los *liquidated damages*, pueden derivarse consecuencias indemnizatorias igualmente cuantiosas, motivo por el cual es práctica habitual en los contratos internacionales de ingeniería y construcción establecer un máximo posible, que se suele denominar ***liquidated damages cap***, normalmente establecido en un porcentaje del precio contractual. Por encima de éste no cabe continuar aplicándolos, previendo que, en caso de superar ese umbral máximo, pueda el comitente resolver el contrato.

²⁷ Un útil resumen de la forma de determinación de los daños provocados al contratista y de los criterios más frecuentes para su cálculo, en el marco de situaciones controvertidas, puede verse en WRIGHT, Wiley R. y BAKER, Mark: "Damages in Construction Arbitrations", VV.AA.: "The Guide to Damages in International Arbitration", Global Arbitration Review, Londres, publicada por Law Business Research Ltd., noviembre de 2016, capítulo XXII.

²⁸ Por ejemplo, en relación con el retraso en el cumplimiento por el contratista: la pérdida de los ingresos previstos por no haber puesto en funcionamiento la instalación, las consecuencias indemnizatorias ante terceros (con los que el comitente tuviese concertadas obligaciones que vaya a incumplir), los costes de supervisión y consultoría, los recursos adicionales destinados, la prolongación de costes fijos e indirectos atribuidos al proyecto, los costes financieros suplementarios del proyecto, la compensación por la incidencia en su tesorería, la prolongación de avales y pólizas de seguro del comitente, etc.

La pretensión que anida en la incorporación de la institución contractual de los *liquidated damages* de **predeterminar la consecuencia indemnizatoria** de un incumplimiento del contratista y a la par, limitar la responsabilidad, es un propósito que no siempre concurre y que no siempre coincide con las consecuencias de aplicar la cláusula tal y como se redacte en el contrato. A su vez, la utilización de esta cláusula ante distintos supuestos de incumplimiento contractual da como resultado una **pluralidad de tipologías y manifestaciones** cuyo análisis no es posible realizar aquí con total exhaustividad (si tenemos en cuenta las múltiples características de los distintos contratos de ingeniería y construcción y subsectores en los que se emplea), pero sobre los que se puede hacer, como poco, una aproximación a sus rasgos.

B) Supuestos de aplicación de liquidated damages.

En este sentido, es frecuente encontrar la aplicación de la cláusula ante el **incumplimiento del plazo contractual** para la ejecución de los trabajos hasta la recepción provisional, ya sea en esta modalidad, ya sea en la de *substantial completion*. Momento en el que, por lo común (singularmente en la contratación bajo esquema “llave en mano”), las pruebas de la instalación han sido superadas, se ha culminado la puesta en marcha, tendrá lugar la transmisión del riesgo y el comienzo de la operación podrá producirse en plenitud, sin perjuicio de que puedan completarse determinadas tareas pendientes o complementarias (las incluidas en las *punch list* o “lista de pendientes”), de carácter menor y que no impiden el normal funcionamiento. Es frecuente la utilización del término *delay damages* para referirse a esta previsión y que éstos se concreten en el establecimiento de una cifra a pagar reflejada en el cuantía o en porcentaje del precio contractual (con facultad de retención de cantidades adeudadas y compensación de créditos a realizar por el comitente), por día completo o semana de retraso (en este segundo caso habitualmente previendo la aplicación proporcional, si no se alcanza toda la semana).

Es usual que, dado el momento cardinal de la recepción provisional y su relevancia a los efectos de considerar devengados los *delay damages*, se establezca un proceso pautado de solicitud de dicha recepción (previo cumplimiento de los requisitos que se recojan al efecto), discusión entre las partes bajo plazos tasados y obligación efectiva de contestar, y la emisión del correspondiente certificado en formato estandarizado. Esta técnica ayuda a fijar con claridad, en caso de incumplimiento del plazo contractual, el momento en el que comienzan a devengarse los *delay damages*. No obstante, no son pocos los casos en los que la relativa claridad y orden del contrato al prever cómo se producirá dicho momento decisivo, contrasta con prácticas que se separan de él. Así, encontramos supuestos de *mora accipiendi*, concurrencia de responsabilidades en la causación del retraso, tomas de posesión parciales de las obras por el comitente no contempladas, inicio de la operación –más allá de las pruebas- antes de la recepción, combinadas con retrasos en la conclusión de otros trabajos, etc.

Otras variantes de los *delay damages*, que se presentan de forma acumulada toman como punto de referencia para su devengo los hitos intermedios de ejecución del contrato,

en ocasiones previendo la conmutación de esos *delay damages* si se alcanza en plazo el hito característico de la recepción provisional o la *substantial completio.*, En estos casos el carácter indemnizatorio es mucho más discutible, al igual que sucede con los *delay damages* basados en el cumplimiento de plazos de devolución de materiales sobrantes o equipos que ponga el comitente o de presentación de documentación técnica (*red-marks* o planos *as-built*, por ejemplo), donde lo que se quiere es incentivar el cumplimiento diligente y tempestivo.

Como señala PATTERSON²⁹ con cita de la sentencia *Bluewater Energy v Mercon Steel Structures* (2014) EWHC 2132, la exigibilidad de *delay damages* por hitos intermedios que ya hayan vencido –habiéndose producido el incumplimiento que motiva el devengo de los *delay damages*- o por el propio plazo de recepción provisional o *substantial completion*, tiene lugar aunque luego acaezca la resolución contractual, siempre que ésta sea posterior. No puede, sin embargo, añadirse la exigibilidad de *delay damages* a las consecuencias indemnizatorias de la resolución si dicha resolución (por motivos distintos del incumplimiento del plazo, se entiende) se produjo antes del incumplimiento de los respectivos hitos contractuales.

También es frecuente que las partes establezcan una cláusula de ***performance liquidated damages*** en relación con el incumplimiento de las especificaciones contractuales en materia de eficiencia de la instalación, por ejemplo, en el caso de plantas de producción de energía, con la consecución de los llamados *performance ratio*. Los *performance liquidated damages* normalmente se cifran en un porcentaje del precio contractual o una cantidad económica concreta por cada unidad o fracción de diferencia sobre el estándar garantizado. Igualmente, es frecuente encontrar previsiones (también en contratos de operación y mantenimiento) sobre *liquidated damages* por no alcanzar estándares pactados de disponibilidad de la instalación (*availability liquidated damages*), producción (*output liquidated damages*) y otros criterios concretos según la infraestructura o planta de la que se trate.

Se ha pretendido utilizar esta técnica de los daños prefijados para **otros supuestos** en los que ciertamente invocar y denominar *liquidated damages* a la consecuencia indemnizatoria predeterminada a resultas del incumplimiento contractual no es lo más preciso, dando como resultado ciertas disfunciones en su aplicación. Así sucede, por ejemplo, cuando se cita esta figura para tratar de describir la consecuencia indemnizatoria por el perjuicio causado por no cumplir con obligaciones o estándares del comitente en materia de calidad, medio ambiente, seguridad y salud laboral; faltas de personal clave o de insuficiencia de medios desplegados; ausencias o suspensiones injustificadas de la obra, etc. En estos supuestos, hacer referencia a la citada figura es ciertamente impropio, encontrándonos claramente en figuras punitivas, distinción en la que luego se abundará. Y, aunque latiese una pretensión estrictamente compensatoria del daño causado, el carácter difícilmente mensurable del incumplimiento perseguido hará más difícil, o directamente

²⁹ PATTERSON (QC), Lindy A.: “Claims under construction & engineering contracts – The latest developments”, comunicación escrita en el simposio “Construction Law” de IBC Legal, Universidad de Cambridge, 2015, p.16.

inviabile, prefijar el daño y establecer matemáticamente un criterio entre la cuantificación del incumplimiento y la indemnización consiguiente.

C) Diferenciación con los *punitive o exemplary damages*.

Una de las características principales de la institución de los *liquidated damages*, proveniente del *common law*, es que en su definición y cuantificación deben respetarse una serie de criterios que, si bien admiten un margen de decisión –cada vez más relevante– para que las partes definan el régimen de consecuencias indemnizatorias prefijadas que deseen, no deben alterar hasta desnaturalizar los rasgos principales de esta figura. Se pretende evitar, de este modo que de la figura de los *liquidated damages* se haga tránsito, en su plasmación en el contrato y su aplicación –aunque conserven su nombre– a cláusulas de carácter sustancialmente punitivo como las denominadas, en *common law*, *punitive o exemplary damages*. Estas cláusulas persiguen establecer una **consecuencia sancionadora que exceda claramente la pretensión indemnizatoria** o que, desde el origen, se disocia completamente de la producción potencial de un daño. Se pretende con ellas, sobre todo, como cláusula *in terrorem*, un efecto disuasorio y una suerte de castigo pecuniario ante el eventual incumplimiento.

En este sentido, el establecimiento de la cuantía de los *liquidated damages* debe haberse realizado una estimación razonable y justa, y, como se recoge en la resolución del asunto *Export Credits Guarantee Department v Universal Oil Products Co* (1983), 2 All ER 2015; (1983) 1 WLR 399; 23 BLR 106 HL³⁰, si la cifra tiene poca o ninguna relación con el daño efectivo, probablemente será considerada una *penalty* y no aplicada en sede judicial o arbitral.

D) Evolución del contorno y noción de las cláusulas de *liquidated damages*.

Sobre la base citada en los párrafos precedentes que, en esencia, se mantiene, se han producido evoluciones del concepto; las más relevantes, en fechas recientes. Como institución que tiene su origen en el *common law*, aunque con fuerza expansiva global sobre toda clase de contratos internacionales de ingeniería y construcción, son los tribunales, y singularmente el Tribunal Supremo, la *High Court of Justice* y la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, los que se han encargado de dibujar los contornos de esta figura, atendiendo a las circunstancias de la práctica de los operadores del sector.

De este modo, los rasgos definitorios recogidos en el asunto *Dunlop v Matthew Tyre Co Limited v New Garage Motor Co Limited* (1915) AC 79, que establecían requisitos diferenciadores más tajantes (el principal de ellos, el carácter de genuina pre-estimación de los daños que podrían derivarse del incumplimiento de la obligación) para evitar que los *liquidated damages* albergasen contenido punitivo, han quedado

³⁰ En concreto, Lord Roskill señala “...one purpose, perhaps the main purpose, of the law relating to penalty clauses is to prevent a plaintiff recovering a sum of money in respect of a breach of contract committed by a defendant which bears little or no relationship to the loss actually suffered by the plaintiff as a result of the breach by the defendant”; recogido en CHERN, Cyril: “*The Law of construction disputes*”, Nueva York, Informa Law – Routledge, 2016, p. 251.

superados en aspectos relevantes por los recientes pronunciamientos como *Cavendish Square Holdings Ltd v Talal El Makdessi* (2015) UKSC 67, más proclives a dar por buena, bajo ciertos criterios, la valoración que hayan realizado las partes.

En *Dunlop* se describían cuatro requisitos definitorios de los *liquidated damages*, a su vez diferenciadores con las *penalties*³¹, que son los siguientes: (1) el importe no puede ser exagerado o desmedido en comparación con la mayor pérdida que pueda demostrarse; (2) si el incumplimiento consiste en no pagar una suma de dinero, la cantidad estipulada en la cláusula de *liquidated damages* no debe ser superior a la adeudada; (3) no se puede establecer una suma global por el acaecimiento de uno, varios o todos los tipos de incumplimientos, algunos de los cuales puedan ocasionar un daño grave y otros, sin embargo, insignificante; y (4) la suma de los *liquidated damages* debe ser una razonable pre-estimación genuina de los daños que dicho incumplimiento contractual fuese a provocar, realizada al momento de celebración del contrato.

El proceso desde *Dunlop* hasta *Cavendish*, en un periodo de tiempo tan prolongado –todo un siglo– evidentemente ha conocido inflexiones y matizaciones sobre los principios expuestos didácticamente en la primera. Posteriormente, en relación con algunas de las características de los *liquidated damages* y singularmente los relativos al criterio de la pre-estimación genuina del daño que se causa con el incumplimiento contractual, profundizaremos al respecto.

En *Cavendish* se aborda un contrato comercial sobre la compraventa de acciones de la compañía que da nombre al asunto, en el que se preveía, para el incumplimiento de una obligación de no competencia del vendedor con la compañía cuyos títulos eran el objeto de la transacción, por vía de la imposición de *liquidated damages*, la pérdida de parte del precio pendiente de pago de la venta ya realizada y una reducción forzosa del precio de venta del resto de títulos del vendedor pendientes de transmisión (obligando además a esta). Aunque se trate de un contrato comercial y no de construcción, sus criterios son considerados aplicables para **reconfigurar el concepto de *liquidated damages*** para toda clase de supuestos en los que se invoque esta cláusula.

La revisión que realiza el Tribunal Supremo del Reino Unido es, sin duda, profunda. Así lo delata la afirmación que, en *Cavendish*, realizan (párrafo 3º) los jueces Lord Neuberger y Lord Sumption, describiendo la configuración hasta entonces generalizada sobre las llamadas *penalties* como “un edificio jurisprudencial antiguo y construido de forma poco sistemática, que no ha envejecido bien y que en la opinión en unos debería simplemente ser demolido, y que en la opinión de otros debería ser reconstruido y extendido”³² (optando, por otra parte, el Tribunal Supremo, por una reforma integral, a la vista del resultado). Señalando (párrafo 31) de forma clara que, **las**

³¹ Resumiendo y completando (dada la consideración de requisito que, a mi juicio, reviste en el asunto *Dunlop* el criterio de la pre-estimación genuina del daño) la descripción de los requisitos que realiza PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, op. cit., pp. 1015 y 1016.

³² El texto original la adjetiva del siguiente modo: “*an ancient, haphazardly constructed edifice which has not weathered well, and which in the opinion of some should simply be demolished, and in the opinion of others should be reconstructed and extended*”.

distinciones entre penalidad (*penalty*) y pre-estimación genuina del daño, y entre ésta y cláusula disuasoria son insatisfactorias y resultado de una categorización artificial de la que la regulación en la materia es prisionera³³. Y, entrando a analizar las justificaciones de una cláusula indemnizatoria, se reconoce (párrafo 28) que ésta puede **sostenerse en otras consideraciones distintas del deseo de obtener la compensación del daño causado** por el incumplimiento. Esa justificación dependerá de si la parte cumplidora tiene un **interés legítimo en la continuación de la ejecución del contrato**, más allá de la perspectiva de obtener una compensación económica emanada directamente del incumplimiento contractual del que se trate.³⁴ De este modo, para determinar si nos encontramos ante una cláusula de *liquidated damages* válida o ante una *penalty* que deba ser descartada, debe analizarse (párrafo 32) si con la aplicación de esa cláusula la parte cumplidora del contrato tiene interés en, sencillamente, castigar a la parte incumplidora mediante una obligación secundaria que le impone un **menoscabo desproporcionado en relación con su interés legítimo en el cumplimiento de la obligación primaria**.³⁵

BAILY, NITEK y FAIRFIELD resumen³⁶ el test que es necesario llevar a cabo tras impacto de *Cavendish* en la regulación de la denominada *law of penalties*, para determinar si estamos ante una cláusula de *liquidated damages* válida o ante una *penalty* que será repelida, señalando los siguientes requisitos:

- Debe aplicarse sólo en circunstancias que sean un **incumplimiento del contrato**.
- No debe ser una alternativa contractual a los daños que se derivan del incumplimiento, sino una forma de determinarlos **incidiendo sobre el precio contractual**, ya que provoca que la transacción varíe en la práctica en uno de sus elementos esenciales, como es el precio final a pagar.
- **No debe ser desproporcionado**, poniendo a su vez estos criterios en relación con el interés legítimo de la parte perjudicada por el incumplimiento contractual, admitiéndose que **para considerarse proporcionado no tenga necesariamente que ser una pre-estimación genuina del daño** que se prevea a la celebración del contrato que su incumplimiento vaya a causar (contrariamente a uno de los criterios durante largo tiempo prevalentes).

³³ El texto original señala en concreto que: “*the law relating to penalties has become the prisoner of artificial categorization, itself the result of unsatisfactory distinctions: between a penalty and genuine pre-estimate of loss, and between a genuine pre-estimate of loss and a deterrent*”.

³⁴ El texto original dice al respecto que: “*a damages clause may properly be justified by some other consideration than the desire to recover compensation for a breach. This must depend on whether the innocent party has a legitimate interest in performance extending beyond the prospect of pecuniary compensation flowing directly from the breach in question*”.

³⁵ El texto original dice al respecto que se debe analizar “*whether the impugned provision is a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation*”.

³⁶ BAILY, James, NITEK, David y FAIRFIELD, Gillian: “*Defining your liability in advance*”, Contract Disputes Practical Guides nº 6, Herbert Smith Freehills, junio de 2016, pp. 2-5.

En *Cavendish*, además, se matiza la distinción tradicional del *common law* entre obligación primaria (el cumplimiento de la obligación) y secundaria (el pago de los *liquidated damages*, como remedio indemnizatorio, si se incumple la obligación primaria). De este modo, se contempla la posibilidad de establecer *liquidated damages* cuyo efecto es a la postre la alteración del precio contractual –disminuyéndolo– que, **por su definición y su capital relevancia en la formación del contrato, sean más propios de una obligación primaria** que de una obligación secundaria y, por lo tanto no se vean sometidos a las mismas limitaciones que se han atribuido a las obligaciones secundarias (como por ejemplo, ser simplemente una pre-estimación genuina del daño) para no ser considerado una *penalty* objeto de rechazo en *common law*.

La línea argumentativa abierta en el asunto *Cavendish* ha sido confirmada en pronunciamientos posteriores, como *Edgeworth Capital (Luxembourg) S.A.R.L. and Aabar Block S.A.R.L. v. Ramblas Investments B.V.* [2016] EWCA Civ 412. En *Vivienne Westwood Ltd. v. Conduit Street Development Ltd.* [2017] EWHC 350 (Ch), se aplica la distinción entre obligaciones primarias y secundarias y el análisis sobre el interés legítimo y el carácter exorbitante y desmesurado de la consecuencia prevista en los documentos contractuales para el incumplimiento, si bien en este caso para determinar que la consecuencia contractual es una *penalty* inejecutable. Pronunciamiento, el del asunto *Vivienne Westwood*, que viene a continuar el refinamiento del precedente *Cavendish*, dejando claro que la consecuencia del incumplimiento no puede ser ajena a la naturaleza y características del incumplimiento ni totalmente extraña a sus repercusiones dañosas, salvo que las partes lo hubiesen pactado claramente desde el inicio, con pleno conocimiento y voluntad de que fuese así.³⁷

Por otra parte, la influencia de *Cavendish* puede apreciarse en otros ordenamientos bajo el sistema de *common law*, como ya ha sucedido con la decisión de la *High Court* de Australia del 28 de julio de 2016 en el asunto *Paciocci c Australia and New Zealand Banking Group Ltd. (2016) HCA 28*.

E) Problemas de aplicación e interpretación de las cláusulas de liquidated damages.

Hecha esta aproximación a las características principales de la institución de los daños prefijados en el contrato, es de interés analizar algunos aspectos que, en la

³⁷ En el asunto *Vivienne Westwood*, el precio de un arrendamiento urbano celebrado entre empresas había quedado reducido por medio de un acuerdo (reflejado en una *side letter*) complementario y simultáneo al contrato. Dicho acuerdo contenía una cláusula resolutoria con aplicación retroactiva, de modo que en caso de incumplimiento de pago por el arrendatario, el arrendador tendría derecho a cobrar, desde el inicio del contrato, un precio de mercado, presumiblemente superior al acordado en el acuerdo complementario. Para la *High Court* esta consecuencia era una obligación secundaria, desencadenada por el incumplimiento de la obligación primaria (el pago de la renta), de carácter desproporcionado. En el asunto *Edgeworth Capital*, sin embargo, la Corte de Apelaciones determina, aunque la consecuencia pactada por el incumplimiento (en este caso de un préstamo entre empresas) pueda parecer excesiva, debe en este caso (a diferencia del asunto *Export Credits* que se ha mencionado en esta disertación) admitirse, dando prevalencia a la afirmación de las partes contenida expresa y claramente en los antecedentes del contrato, que señala con precisión que esa era la consecuencia querida y conocida por las partes, parte esencial del contrato (y por lo tanto obligación primaria).

aplicación práctica de esta figura, ponen de manifiesto algunas dudas, problemas y, en ocasiones, desarreglos, que el recurso a los *liquidated damages* comporta en contratos internacionales de ingeniería y construcción, aunque su aplicación está muy extendida y tenga por lo general efectos saludables a los fines de hacer posible el negocio.

F) Liquidated damages e imputabilidad del incumplimiento.

Como se ha señalado, el efecto del establecimiento de los *liquidated damages* permite deducir consecuencias indemnizatorias de forma precisa y relativamente sencilla, una vez determinado el alcance del incumplimiento del contratista. Sin embargo, **no es posible, salvo que las partes lo establezcan, deducir que estemos ante un supuesto estricto de responsabilidad objetiva.** Al contrario, es frecuente encontrar, ya sea en la propia redacción del contrato, ya sea en la interpretación de éste en sede de litigio o arbitraje, que se exija que el incumplimiento sea atribuible al contratista, en su totalidad o cuando menos de una forma significativa, aunque recaiga sobre el contratista la carga de la prueba y se presenten las razones del contratista como causas de exoneración de responsabilidad. Este rasgo **diferencia, en cierto modo, el esquema de *liquidated damages* en contratos de ingeniería y construcción, de las notas características de los *liquidated damages* en otros contratos** en los que se apuesta más claramente por aproximarse a la responsabilidad objetiva, teniendo dicha distinción su fundamento en la complejidad de la prestación, la interrelación e interdependencia entre las partes (cuya colaboración e interacción, entre ellas y con terceros participantes en el proceso de ejecución, como antes señalamos, es fundamental) y en la multiplicidad de incidencias que muchas veces concurren en la ejecución de proyectos que pueden durar meses, si no años.

Encontramos como ejemplo de las singularidades de los *liquidated damages* en este subsector el asunto *Alfred Mcalpine v Braes of Doune Windfarm* (2008) EWHC 426 (TCC). Como señala PATTERSON³⁸ la cláusula de *liquidated damages* por retraso en el plazo contractual, que estaba diseñada para su aplicación en relación con cada una de las turbinas eólicas, resultó inaplicable porque **la causación del retraso no estaba ni podía estar exclusivamente bajo el control del contratista**, dada la intervención de otro contratista dependiente del *employer* en la actividad de instalación de las turbinas, aunque la dicción del contrato pretendiese una aplicación automática en régimen de responsabilidad objetiva de los *liquidated damages*, si se rebasaba el plazo. Igualmente sucede cuando nos encontramos con supuestos en los que el obstáculo para ejecutar la obligación a la que se refiere la cláusula de *liquidated damages* procede del propio comitente, dentro del llamado principio de impedimento o ***principle of prevention***.³⁹

³⁸ PATTERSON (QC), Lindy A., op. cit., p. 11.

³⁹ PATTERSON (QC), Lindy A., lo explica en los siguientes términos: “*The principle of prevention is that an employer cannot insist on a contractor completing by a fixed date if it is own act which has prevented this. Standard form contracts contain wide extension of time provisions covering Employer’s acts of prevention, to allow and adjustment to the completion date to accommodate the employer’s acts son reserving the right to claim delay damages beyond that. If the act of prevention is not covered by the extension of time clause, such a principle would still prevail*”.

En la práctica, al analizar el criterio de referencia tomado para aplicar *liquidated damages*, ya sea el plazo para la realización sustancial de los trabajos, la consecución de objetivos de producción o eficiencia, la disponibilidad de la instalación, etc., se constata que **las razones del incumplimiento pueden no ser principalmente imputables al contratista**. Esto tendrá, en ciertos casos (dependerá a la postre de cada contrato y de las circunstancias concretas de ejecución), la consecuencia de que no podrán aplicarse los *liquidated damages*, incluso aunque no se haya hecho recurso eficazmente por las partes a los procedimientos habitualmente contemplados en los contratos para advertir y corregir las causas que provocan ese incumplimiento (las comunicaciones formales entre las partes, la aprobación de órdenes de variación con incidencia en precio y plazo, etc.). Para alcanzar esa conclusión, no se analiza exactamente la concurrencia de culpas o de responsabilidades, del contratista y el comitente; ni se analiza la actuación del contratista en relación con circunstancias a priori ajenas a la relación contractual que no recaigan bajo el ámbito de los riesgos asumidos. Consecuentemente, **no se desglosan ni se fraccionan los *liquidated damages*, que no pueden aplicarse sólo en parte**. Así, el criterio de imputabilidad sustancial o incluso exclusiva *stricto sensu* (en este caso sólo si el contrato así lo prevé) lo que determina es, finalmente, si cabe o no la imposición de los *liquidated damages*. La apreciación de causas que exonerarían, en su caso, de la responsabilidad del contratista, no puede dar lugar a minoración del *quantum* indemnizatorio sino a la inaplicación de la cláusula de *liquidated damages*, sin perjuicio del subsidiario recurso a las previsiones generales de la ley aplicable sobre la indemnización de daños y perjuicios. Se trata, en definitiva, de analizar si concurren los presupuestos para aplicar la cláusula, que, como veremos en los supuestos en los que la cuantía se considera exorbitante, no es objeto de modificación por el juez o árbitro sino de aplicación o inaplicación, de acuerdo con la configuración originaria de esta institución en *common law*.

En consecuencia, en contratos en los que el comitente delega en el contratista todas o prácticamente todas las tareas propias del proceso de ingeniería, suministro, construcción, puesta en marcha, etc. en modalidad “llave en mano”, limitándose el comitente a cierta actividad de seguimiento (aunque esta, en la práctica, es expansiva en facultades y control sobre el contratista), en los que el contratista hace expresa mención de que conoce en su totalidad las singularidades del proyecto, emplazamiento, condiciones físicas y jurídicas, mercados locales, legislación aplicable en el lugar de ejecución, etc. (cláusulas todas ellas muy habituales en contratación EPC), las posibilidades de alegar que la responsabilidad en el incumplimiento no es exclusiva del contratista serán muy inferiores a otros supuestos en los que el contratista ejecuta diseños facilitados por el comitente, trabaja con los materiales facilitados por éste, convive en el emplazamiento con otros contratistas bajo dependencia del comitente, etc.

Dicho criterio, que opera como protección al contratista, no impide sin embargo que, en muchas ocasiones, de la definición contractual de los *liquidated damages* y de las obligaciones de las partes recogidas en el contrato, la carga de la prueba se atribuya principal o exclusivamente al contratista. Singularmente, en contratos en los que es el contratista el que asume el proceso de diseño, suministro, construcción, puesta en marcha

y, en su caso, operación, mantenimiento (e incluso, como vimos, explotación económica del proyecto), la arquitectura contractual define un modelo en el que la carga de la prueba, en prácticamente toda controversia que emane de la separación del escenario de partida, se sitúa sobre las espaldas del contratista, lo que guarda relación con el papel atribuido a cada parte en la ejecución de los trabajos. Este criterio también se despliega en relación con los *liquidated damages*, con el añadido de que, por lo común (y dependiendo de la redacción específica en cada caso), la consecuencia querida por el contrato es que, **si se produce el supuesto que da lugar a su aplicación, efectivamente se proceda a su imposición, salvo que se acredite con total claridad que la causa no es imputable al contratista.**

G) Los liquidated damages como único remedio del comitente.

Para que esta figura despliegue su función limitadora del riesgo, y por lo tanto sea útil al fin de hacer viable la celebración del negocio, es necesario que la aplicación de los *liquidated damages* sea la **única consecuencia que se derive del específico incumplimiento** al que aquellos se refieren, independientemente de cómo se ha producido el daño⁴⁰. En buena medida tal rasgo de ser el único o exclusivo remedio viene ínsito en el propio concepto, como señala la *High Court* en el asunto *Chattan Developments Ltd. V Reigill Civil Engineering Contractor Ltd.* (2007) EWHC 305 (TCC), indicando que, **existiendo cláusula de liquidated damages, no cabe estimar la existencia daños no prefijados o unliquidated damages**⁴¹.

No obstante, con la divulgación de esta institución y su profusa utilización, no siempre rigurosa desde el punto de vista técnico-contractual, no es extraño ver algunos contratos en los que se deja abierta, con evidente intención por parte del comitente, la posibilidad de reclamar daños y perjuicios bajo las reglas generales si el daño real sufrido supera el máximo de *liquidated damages* previsto o si concurren determinadas circunstancias como la imposición correlativa de *liquidated damages* por parte del promotor o comitente principal (cuya cuantía máxima superará seguramente la del contrato en el siguiente eslabón de la cadena). En cualquiera de estos casos u otros similares se estaría desvirtuando la figura, al querer otorgar determinadas salvaguardas adicionales al comitente para que se proteja en el caso de que el resultado de la aplicación de esta figura pueda depararle un resultado menos protector que el de la invocación de los daños y perjuicios con carácter general conforme a la ley aplicable al contrato.

Por otra parte, al hacer mención a la exigencia de los *liquidated damages* como único remedio, debe tenerse en cuenta que tal criterio no es absoluto, porque sólo afecta a la concreta causa del incumplimiento. Además, si persiste la razón que ha motivado su aplicación y si se ha establecido en el contrato una cantidad máxima de *liquidated damages*

⁴⁰ *Biffa Waste Services Limited and Another v Maschinenfabrik Ernst Hese GmbH and Others* [2008] EWCA Civ 1257.

⁴¹ En concreto, se señala que “*When there is a valid and enforceable liquidated and ascertained damages clause within an agreement, those damages are the sole remedy for the particular breach to which they relate, commonly delay in completion. Unliquidated damages replace the remedy which would otherwise be available for breach*”. Recogido por CHERN, Cyril, op. cit. p. 254.

a imponer, es probable que la consecuencia final sea la **resolución del contrato**, remedio que sigue a disposición del comitente y que es, si el umbral máximo referido es razonable, el resultado lógico, al situar aquél el criterio que determina cuando el incumplimiento tiene gravedad suficiente para dar paso a la mencionada resolución. Pero, **si no se ha alcanzado ese liquidated damages cap no debería haber otra consecuencia que su aplicación**, entendiéndose que, además de ser proporcionada la indemnización que lleva aparejada, su imposición constituye un incentivo suficiente para que el contratista aplique los medios necesarios para corregir el incumplimiento. A este respecto, sin embargo, no es infrecuente que se otorguen al comitente, en determinados supuestos, y normalmente con algunas cautelas (requerimientos previos, plazos de subsanación o *cure periods*, etc.), facultades para aplicar recursos propios o incluso de un contratista que sustituya parcialmente al contratista originario, retirando al contratista la encomienda de realizar una parte de los trabajos –que no debe ser sustancial- de su alcance contractual (*descopeing*), todo ello con el objetivo de corregir o hacer avanzar la parte de los trabajos cuya ejecución se presenta problemática. Quedaría en tal caso legitimado el comitente para hacer pagar (o permitir la compensación de créditos o la ejecución de garantías, si fuese preciso) al contratista dichos costes, a través de la técnica común de los contracargos (*back-charges*), que persiguen reembolsar costes asumidos por el comitente cuya generación es imputable al contratista.

H) Liquidated damages y el daño efectivamente producido.

La relación entre la cuantía prefijada del daño que las partes han estimado previamente y la que, producido el incumplimiento, se valora, es precisamente uno de los aspectos críticos de esta figura, en la que, a la seguridad y previsibilidad que otorga a las partes el recurso a esta institución puede contraponerse la **posibilidad de que los daños y perjuicios efectivamente producidos sean sustancialmente superiores o inferiores**, asumiendo las partes las consecuencias de este diferencial, de modo que en todo caso se apliquen los *liquidated damages*. Y esto incluso si se produce el incumplimiento tasado pero el daño es inexistente, como recuerda PALAZON GARRIDO con cita del asunto *Clydebank Engineering & Shipbuilding Co. v Castenada* (1905) AC 6.

En este sentido, aunque tras *Cavendish* se haya constatado una evolución notable de la institución respecto de sus orígenes, el **elemento de pre-estimación genuina**, que nos permite continuar hablando con propiedad de “daños prefijados” sigue siendo una parte relevante a considerar en la definición de los *liquidated damages*. Se presume, en definitiva, que las partes han acudido a su **establecimiento y valoración bajo criterios racionales, adecuados a las circunstancias del mercado y a las características del proyecto**.

Ya previamente a *Cavendish*, se había producido, de hecho, un sucesivo refinamiento del concepto de *liquidated damages* y singularmente del criterio de pre-estimación genuina. En el asunto *Philips Hong Kong Ltd. V A-G of Hong Kong* (1993) 61 BLR 41 UKPC 3, y en relación a su vez con las posibles divergencias entre la suma resultante de la aplicación de los *liquidated damages* y la que correspondería a los daños

y perjuicios efectivamente producidos, se señalaba que, salvo en el caso de situaciones en las que una de las partes del contrato es capaz de dominar a la otra en lo que se refiere a la elección de los términos contractuales, **no es posible identificar como cláusula penal situaciones en las que la aplicación de la cláusula pueda resultar en una cantidad a recuperar por la parte perjudicada superior que el daño y perjuicio efectivamente sufrido**, ya que, incluso en tales situaciones, mientras que **la suma a pagar en el supuesto de incumplimiento del contrato no sea extravagante** en relación con el nivel de los daños que podía razonablemente preverse al momento de celebrarse el contrato, puede considerarse una pre-estimación genuina de los daños a los efectos de la validez de la cláusula. Y prosigue indicando que el tribunal debe ser cuidadoso de no establecer un estándar demasiado estricto, teniendo presente que **aquellos que las partes han acordado debe ser, en condiciones normales, mantenido**, ya que cualquier otro enfoque llevaría a una incertidumbre indeseable, especialmente en el ámbito de los contratos comerciales.⁴² En el mismo camino hacia *Cavendish*, CHERN⁴³ inscribe otros pronunciamientos como *Alfred McAlpine Capital Projects v Tilebox* (2005) EWHC 281, (2005) BLR 271, 104 ConLR 39 TCC, en los que se requiere, para que la cláusula de *liquidated damages* no sea aplicada, que exista una **discrepancia sustancial ente el nivel de daño objeto de indemnización en la estipulación contractual y el nivel que, probablemente, puede ser sufrido en caso de incumplimiento contractual**⁴⁴.

Así, y mientras no haya cambios legislativos, jurisprudenciales o de *case law* considerables, el establecimiento de *liquidated damages* que resulten manifiestamente excesivos continuará recibiendo en la mayoría de los casos como corrección su consideración como *punitive* o *exemplary damages* en las jurisdicciones de *common law*, con su consiguiente inaplicación; y su consideración como cláusulas penales susceptibles de moderación en las jurisdicciones de *civil law* o Derecho Continental. Es mucho más dudoso, sin embargo, que, en una relación contractual en la que habitualmente el comitente tiene una posición negociadora más fuerte –aunque esto no siempre sucede y cada caso debe abordarse singularmente– si se han fijado ***liquidated damages* que luego resultan ser claramente inferiores al daño y perjuicio causado** por el incumplimiento del contratista, pueda el contratista invocar para estos casos las previsiones generales de la ley sobre daños y perjuicios, a menos que medie alguna clase de improbable vicio del consentimiento que haya provocado dicho resultado. A título

⁴² En el texto original del *United Kingdom Privy Council*, en concreto, se señala por Lord Woolf que “*Except possibly in the case of situations where one of the parties to the contract is able to dominate the other as to the choice of the terms of the contract, it will normally be insufficient to establish that a provision is objectionably penal to identify situations where the application of the provision could result in a larger sum being recovered by the injured party than his actual loss. Even in such situations so long as the sum payable in the event of non-compliance with the contract is not extravagant, having regard to the range of losses that it could reasonably be anticipated it would have to cover at the time that the contract was made, it can still be a genuine pre-estimate of the loss that would be suffered and so a perfectly valid liquidated damage provision*” y prosigue indicando que “*The court has to be careful not to set too stringent a standard and bear in mind that what the parties have agreed should normally be upheld. Any other approach will lead to undesirable uncertainty, especially in commercial contracts*”. Recogido por CHERN, Cyril, op. cit., pp- 249-250.

⁴³ CHERN, Cyril, op. cit., pp. 252 y ss.

⁴⁴ Señala Lord Woolf que “*...a pre-estimate of damages does not have to be right in order to be reasonable. There must be a substantial discrepancy between the level of damages stipulated in the contract and the level of damages which is likely to be suffered before it can be said that the agreed pre-estimate is unreasonable*”.

ilustrativo, es pertinente mencionar el ejemplo que CHERN⁴⁵ apunta, proveniente del asunto *Temloc Ltd. V Errill Properties Ltd* (1987) 39 BLR 30, CA, en el que se llegó a considerar aplicable y válido como único remedio para un concreto incumplimiento una cláusula de *liquidated damages* a la que, en las condiciones particulares de un contrato de construcción bajo un modelo de JCT, se indicó que la cantidad estipulada sería cero, previsión que el tribunal no estaba dispuesto a reinterpretar ni a entender la existencia de términos implícitos en ninguna otra dirección que la expresada en la literalidad del contrato. PALAZÓN GARRIDO señala a este respecto que **“estas cláusulas no se pueden modificar, se consideran fruto del acuerdo entre las partes e incluso si la suma pactada resulta ser muy baja el juez no puede incrementarla”**⁴⁶, citando el asunto *Cellulose Acetate Silk Co. Ltd. v. Widness Foundry Ltd.* (1925) AC 20.

I) Constitución en mora y periodos de gracia.

En la línea del *common law* en la que se inscribe originariamente esta institución, la pauta habitual es que **el devengo de los *liquidated damages* es automático, sin necesidad de requerimiento o advertencia previa al contratista.** Como resume PALAZÓN GARRIDO, refiriéndose a los sistemas de *common law*, “en caso de retraso en el cumplimiento, el deber de indemnizar corre desde la fecha pactada en el contrato para la ejecución de la obligación. Si no se ha pactado día para el cumplimiento, el deudor deberá cumplir en un plazo de tiempo razonable y el derecho a la indemnización nacerá cuando expire este, sin que el acreedor deba realizar requerimiento alguno”⁴⁷. Cabe añadir que, en el caso de contratos internacionales de ingeniería y construcción, es poco corriente que haya obligaciones que no lleven aparejadas, al menos inicialmente (dadas las incidencias y extensiones de plazo que a veces se producen) una fecha concreta de cumplimiento, puesto que los contratos suelen incluir, normalmente en prolijos anexos, cronogramas altamente detallados cuyo cumplimiento es plenamente exigible.

La cláusula de *liquidated damages*, abundando en su exigibilidad desde el mero incumplimiento, se beneficia además de la sencillez para su determinación que, a priori, emana de la **claridad del incumplimiento y del momento de su producción**, susceptible de ser contrastado. Éste se producirá, en función de lo que establezca el contrato y de la concreta tipología de *liquidated damages* ante la que nos encontremos (por plazo, por estándares de ejecución, por disponibilidad, etc.), en el momento en el que se sobrepasa el plazo contractual para que se produzca la recepción provisional o la *substantial completion*; cuando se llevan a cabo los test pautados, a menudo realizados con la intervención de terceros ajenos a las partes, en los que se comprueba el rendimiento de una instalación; cuando se obtienen periódicamente los cálculos en un lapso concreto sobre disponibilidad de una infraestructura, etc. Dando como resultado la posibilidad de aplicar deducciones o retenciones sobre cantidades adeudadas, requerir el pago de cantidades, invocar las garantías constituidas por el contratista (normalmente

⁴⁵ CHERN, Cyril, *opc. cit.* P. 253.

⁴⁶ PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, *op. cit.*, p. 1016.

⁴⁷ PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, *op. cit.*, p. 980.

avales bancarios a primer requerimiento, susceptibles de sencilla ejecución parcial⁴⁸), indicándose al contratista en el flujo ordinario de comunicaciones entre las partes, o, cuando menos, sin necesidad de requerimientos previos a su imposición, sólo notificando una vez producido el acontecimiento que da lugar a su imposición. De este modo, a la luz de nuestro Derecho, el supuesto habitual en el que nos encontraremos es el recogido en el artículo 1.100.2º del Código Civil, referido a las excepciones al criterio general de intimación del acreedor, puesto que es el propio contrato el que contempla frecuentemente que no será necesaria dicha intimación, dada además la posibilidad, con la que cuenta el comitente, de hacer valer sus intereses por los medios antes descritos, configurando una suerte de **autotutela del comitente**.

No obstante, cabe la posibilidad, y así se produce con alguna asiduidad en la práctica, de que las partes contemplen en el contrato la obligada notificación por el comitente para comunicar al contratista que a su juicio se ha incurrido en el incumplimiento que da lugar a la aplicación de los *liquidated damages*, previendo que esta comunicación tenga que efectuarse en un determinado plazo y forma. En otros supuestos, menos frecuentes, incluso se requerirá para la imposición de *liquidated damages* el previo requerimiento por el comitente y el establecimiento de breves periodos de gracia llamados a permitir la subsanación rápida (cuando esta es factible) por el contratista (en la línea de la *Nachfrist*), o cuando menos a aligerar las consecuencias onerosas que normalmente se derivan, para el contratista, de la aplicación de *liquidated damages* (acortando el periodo en el que dure el incumplimiento o la gravedad de éste, cuando sea posible).

J) Liquidated damages y mitigación del daño.

La aplicación automática de la consecuencia indemnizatoria cuando se produce el incumplimiento por el contratista y se ha prefijado el daño resultante, tiene una singular consecuencia sobre la obligación de mitigación del daño por el que lo ha sufrido. A este respecto, al recurrir a la institución de los *liquidated damages* **las partes desligan la consecuencia indemnizatoria de la conducta del comitente perjudicado**. Si este no actúa para mitigar el daño, esto no minorará la cuantía indemnizatoria ni pondrá en riesgo su derecho a ser compensado y, por lo tanto, su pasividad no se verá en modo alguno sancionada. Se produce con esta regla una separación de un principio propio tanto del *common law* desde el asunto *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. V. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.* (1912) AC 673, como del Derecho Continental, sobre la base de la singularidad y afán de simplificación y claridad que persigue la cláusula de *liquidated damages*.

No obstante, es frecuente recoger en los contratos internacionales de ingeniería y construcción, dada la necesidad de compromiso mutuo para el éxito del proyecto, **menciones generales a la colaboración requerida de las partes**, que pueden ser legítimamente invocadas por el contratista en estos supuestos críticos; pero, como se ha

⁴⁸ Frecuentemente bajo las normas de la Cámara de Comercio Internacional sobre Garantías a Primer Requerimiento (*Uniform Rules for Demand Guarantees* URDG 758).

señalado, sin incidencia en la determinación de los *liquidated damages*. Cosa distinta será, cuando lo que se dirima sean las consecuencias de la posible resolución contractual, los presupuestos previos para la aplicación de contracargos por el comitente, etc., donde sí resultará procedente analizar su proceder y comprobar si ha actuado dentro de sus posibilidades para mitigar el daño, lo que servirá para valorar el alcance de la obligación de indemnizar por el contratista, en estos casos.

K) Inejecutabilidad de los liquidated damages y las alternativas previstas por las partes.

Como se ha señalado, en jurisdicciones de *common law* la consecuencia de apreciar que la definición de los *liquidated damages* realizada por las partes en el contrato y su imposición, los convierten en una *penalty* inejecutable, traen consigo una consecuencia ciertamente notable para el régimen de derechos y obligaciones de las partes, como es que el juez o el árbitro no los aplicará. Consiguientemente, analizada la cuestión desde el prisma de las **previsiones generales de la ley sobre responsabilidad contractual**, si el comitente no ha acreditado suficientemente el daño efectivamente causado (*actual damages*), así como el nexo causal con el incumplimiento del contratista, podrá verse privado de compensación. Se perderá completamente, por lo tanto, una de las ventajas principales que para el comitente reviste el recurso a los *liquidated damages*, como es la falta de **necesidad de probar los daños**. Y, además, al determinar los daños y perjuicios que, conforme a las previsiones generales de la ley aplicable proceda apreciar (los *general damages*), **es probable que se admita como limitación cuantitativa el máximo de liquidated damages fijado en el contrato**. Así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Canadá en el asunto *Elsley v JG Collins Insurance Agencies Ltd.* (1978) 83 DLR (3d) 1. Evidentemente, esto sucede cuando la ley aplicable designada por las partes en el contrato es una ley propia del sistema de *common law*, ya que de otra manera el juez o árbitro tendrá, probablemente, la alternativa de, en lugar de dejar sin aplicar la cláusula, proceder la moderación de la pena, en la línea que contempla el artículo 1154 de nuestro Código Civil. Este precepto de nuestro Código es, por otra parte, frecuente también en otros códigos de sistemas de Derecho Continental y, en el caso de nuestro ordenamiento, “atiende a las consecuencias dañosas efectivamente causadas al acreedor por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal de que se trate, en relación con las razonablemente previsibles al tiempo de contratar” (STS 530/2016, de 13 de septiembre).

Dada la amplia casuística que, en la práctica internacional, se encuentra, y la relativa litigiosidad que el tema presenta, no es infrecuente que las partes contemplen en el propio contrato, de forma expresa, una serie de **previsiones interpretativas y sucintamente descriptivas** de la inspiración y criterios bajo los cuáles se han establecido **qué incumplimientos darán lugar a la imposición de liquidated damages**, normalmente ligados al carácter central y esencial de las obligaciones contractuales asociadas. Dichas cláusulas interpretativas pueden también mencionar que **la cuantía señalada resulta razonable y proporcional** a la magnitud del daño que se estima (se “pre-estima genuinamente” diríamos siguiendo el criterio del asunto *Dunlop*) y que la cláusula resulta de la efectiva negociación entre las partes, convenientemente asesoradas

y plenamente conscientes de su contenido y efectos. En algunos casos, no obstante, para ponerse en la hipótesis de su inaplicación por el juez y el árbitro, incluso se contempla qué criterios cuantitativos habrán de seguirse para determinar los daños y perjuicios que se consideran irrogados como resultado del incumplimiento del contratista, intentando dar facilidades al juez o árbitro para determinarlos en el supuesto de que descarte aplicar la cláusula de *liquidated damages*.

L) *Liquidated damages en estándares contractuales.*

En relación con las necesidades que subyacen en el establecimiento de esta figura y atendiendo a la práctica internacional, los estándares contractuales más difundidos en el mercado internacional de ingeniería y construcción incorporan provisiones que recogen la aplicación de *liquidated damages* o figuras que responden sustancialmente a las mismas características. Dado que, en todo caso, hablamos de contratos tipo y modelos contractuales que no podrán responder *per se* al conjunto de necesidades de los clientes para prefijar las consecuencias indemnizatorias que se derivarán de la gran variedad de supuestos que pueden darse en la práctica, **los estándares suelen centrarse en un incumplimiento típico y siempre capital, como es el del plazo de ejecución**, dejando al arbitrio de las partes en las condiciones particulares la determinación de la cuantía (en porcentaje sobre el precio contractual) por unidad temporal y el máximo posible a aplicar. Todo ello sin perjuicio de que las partes completen la regulación previendo otra clase de *liquidated damages*, por ejemplo los que comúnmente se agrupan bajo la rúbrica ya mencionada de *performance liquidated damages*.

Las condiciones de contratación NEC3 y FIDIC, por ejemplo, contemplan **delay damages**. En el caso de los contratos FIDIC, se da la circunstancia de que en su traducción al español (la oficial que avala FIDIC), se recogen como “**indemnizaciones por demora**”, sabedores los artífices de la traducción de que la utilización del término “penalización” no es en absoluto pacífico, porque la figura de los *liquidated damages* no es simplemente asimilable a la de las obligaciones con cláusula penal del Derecho Continental. Además, como hemos visto, en *common law* utilizan el término *penal clauses* o *penalties* para referirse a los supuestos en los que a la finalidad indemnizatoria se une una marcada pretensión punitiva, que no resulta admisible en una parte importante de supuestos. En los modelos FIDIC más utilizados, en todo caso, se contempla⁴⁹ que la indemnización sea un importe diario a partir del “Plazo de Terminación” hasta el “Certificado de Recepción”, con una cantidad máxima (importe diario y cantidad máxima a decidir en las condiciones particulares recogidas en el Apéndice de la Oferta); y con la consideración de la indemnización como “**única cantidad adeudada por el Contratista en concepto de daños, por dicho incumplimiento**”, sin perjuicio de los **supuestos de resolución contractual** y de la **obligación del contratista de cumplir sus obligaciones**, incluida la de terminar las obras.

⁴⁹ Libros rojo, amarillo y plata, edición de 1999, Cláusula 8.7.

4. *Liquidated damages y obligaciones con cláusula penal.*

A) *Utilización por los operadores.*

Como hemos podido analizar, la distinción entre ambas figuras guarda particular interés porque, en el contexto internacional de los contratos de ingeniería y construcción, no es en absoluto improbable que en órganos jurisdiccionales del sistema de Derecho Continental, o en tribunales arbitrales compuestos por juristas más familiarizados con dicho sistema, se dirima una disputa en la que el contrato recoja la figura de los *liquidated damages*. También es posible que, como mencionamos, actores de procedencia distinta tengan que aplicar esta figura o cláusulas penales accesorias a obligaciones contractuales. En todos los supuestos descritos, además, será preciso considerar la ley aplicable, el fuero jurisdiccional o arbitral (y en este caso, el sitio del arbitraje) y el lugar en el que potencialmente se pretenderá el reconocimiento y ejecución de una sentencia o un laudo. Las combinaciones de los elementos citados son múltiples y pueden dar lugar a situaciones indeseables, inaplicación de previsiones contractuales, desequilibrios contractuales que las partes no habían previsto, invocación de excepciones de orden público y, en suma, controversias jurídicas que, en buena medida, podrían haberse evitado con la adecuada reflexión en la fase de negociación del contrato y que, cuando emergen, añaden problemas a los que de por sí se derivan de la disputa entre las partes.

Evidentemente, la afirmación realizada no es una invitación a la uniformidad, sencillamente imposible en relaciones jurídicas en las que el elemento internacional es determinante. Pero sí es una llamada de atención para que dicho aspecto internacional, que pone en juego instituciones jurídicas, ordenamientos y operadores de distinta procedencia, se aborde de manera que, en lo posible, se preserve la coherencia y la utilidad del contrato a su fin principal: el adecuado establecimiento del régimen de derechos y obligaciones de las partes, la eficaz y racional resolución de disputas, y cuando hablamos del contrato internacional de ingeniería y construcción, la realización efectiva del proyecto de forma más aproximada a lo previsto.

B) *Principio de equivalencia.*

Aun bajo ese criterio, naturalmente que los problemas interpretativos se producirán y no será infrecuente que, en el caso de la institución del daño prefijado, haya que acudir al **examen de las distintas figuras que lo abordan y a analizar bajo el principio de equivalencia de instituciones jurídicas, atendiendo a su funcionalidad y a lo que las partes han querido establecer** para regular sus relaciones privadas.

Así, analizándolas en el contexto contractual y tomando en consideración el objetivo de cada institución recogida por las partes, podrán resolverse situaciones, no infrecuentes, como la previsión de figuras contractuales de *liquidated damages* en contratos en los que se invoca como ley aplicable una ley adscrita al sistema de Derecho Continental. El mismo criterio servirá para interpretar adecuadamente cláusulas nominalmente denominadas “penales” (o con nombres similares, según el criterio de las

partes) pero de contenido únicamente liquidatorio del daño que, sin constituir materialmente lo que en *common law* se califica como una *penalty*, pueden tener que ser aplicadas bajo el prisma de una legislación nacional adscrita a dicho sistema y que se ha designado como ley aplicable (como, por ejemplo, la ley de Inglaterra y Gales, que en algunas ocasiones se invoca como ley aplicable supuestamente neutral a los intereses de las partes).

PALAZÓN GARRIDO, de hecho, equipara las cláusulas de *liquidated damages* con las “penas compensatorias o cláusulas penales con función de liquidación anticipada de daños y perjuicios”⁵⁰, sin embargo, como veremos, dicha asimilación no alcanza a todos los supuestos y puede matizarse, en función de distintas posibilidades que se presentan en la práctica al recoger cláusulas de *liquidated damages* en los contratos, y, singularmente, en contratos internacionales de ingeniería y construcción. Dicha objeción a la plena equiparación descrita puede también hallarse a tenor de la evolución que del concepto de *liquidated damages* se aprecia en el *case law*, tras el asunto *Cavendish*.

C) Comparativa esquemática de sus rasgos principales.

Si bien ya se han señalado previamente, en relación con distintas características de la figura de los *liquidated damages*, los puntos comunes y divergentes con las cláusulas penales en las obligaciones, pueden éstos tratar de resumirse, en afán de síntesis, en el cuadro que sigue, en el que tomamos, a la hora de categorizar las distintas manifestaciones de la cláusula penal, la tipología que describe DÍAZ ALABART⁵¹:

Características principales	Cláusula penal cumulativa con el cumplimiento <i>in natura</i> de la obligación ⁵²	Cláusula penal sustitutoria o liquidatoria de daños ⁵³	Cláusula penal penitencial o de desistimiento ⁵⁴	Liquidated damages antes de <i>Cavendish</i>	Liquidated damages después de <i>Cavendish</i>
Regulación principal	Art. 1153 CC, segunda frase	Art. 1152 CC, primer párrafo	Art. 1153 CC, primera frase	<i>Case law</i> , singularmente <i>Dunlop</i>	<i>Case law</i> , singularmente <i>Cavendish</i>
Se puede exigir la pena / LDs y el cumplimiento de la obligación	Sí	No	No	Depende de lo que se pacte. En LDs en contratos de ingeniería y construcción, habitualmente sí	Depende de lo que se pacte. En LDs en contratos de ingeniería y construcción, habitualmente sí

⁵⁰ PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, op. cit., p. 1013.

⁵¹ DÍAZ ALABART, Silvia: “La cláusula penal”, Madrid, 2011, Ed. Reus, pp. 171 y ss.

⁵² Según DÍAZ ALABART es “un *plus*, un añadido a las consecuencias normales del incumplimiento, una sanción pactada entre las partes. Con ella se persigue reforzar las expectativas de cumplimiento, agravando la condición del deudor incumplidor”. DÍAZ ALABART, Silvia, op. cit., p. 171.

⁵³ De acuerdo con DÍAZ ALABART, “es la pena acordada para sustituir los daños y perjuicios que haya causado el incumplimiento. Es el acreedor quien tiene la facultad de elegir entre reclamar el cumplimiento de la obligación principal o el de la pena, con lo que en caso de incumplimiento el esquema de este tipo de cláusula se corresponde con una obligación alternativa en la que la elección corresponde al acreedor”. DÍAZ ALABART, Silvia, op. cit., p. 172.

⁵⁴ DÍAZ ALABART la define como “La pena convenida como sanción o precio por el uso de la facultad de desistimiento pactada (...) El esquema de esta cláusula penal se corresponde con el de una obligación facultativa, puesto que el deudor debe una sola prestación pero puede cumplir ejecutando esa u otra, que constituye la pena pactada con ese fin”. DÍAZ ALABART, Silvia, op. cit., p. 174.

Características principales	Cláusula penal cumulativa con el cumplimiento <i>in natura</i> de la obligación	Cláusula penal sustitutoria o liquidatoria de daños	Cláusula penal penitencial o de desistimiento	Liquidated damages antes de <i>Cavendish</i>	Liquidated damages después de <i>Cavendish</i>
La pena / LDs equivale a una estimación previa de la indemnización por los daños que se causarían	En todo caso la pena se añade al cumplimiento obligado, con lo cual siempre tendrá un carácter sancionador que exceda la nota indemnizatoria, si bien cabe la facultad moderadora del juez	Depende de la cuantía que se pacte. Puede tener un carácter sancionador que exceda la nota indemnizatoria, si bien cabe la facultad moderadora del juez	Depende de la cuantía que se pacte. Puede tener un carácter sancionador que exceda la nota indemnizatoria, si bien cabe la facultad moderadora del juez	Generalmente sí, aunque puede darse el caso de que sea una estimación inferior (no superior)	No tiene necesariamente que ser así, aunque la cuantía debe guardar relación con el interés del comitente para que se cumpla la obligación
Pueden exigirse otros daños y perjuicios por el incumplimiento al que se refiere la pena / LDs	Depende de lo que se acuerde, no hay impedimento teórico para ello, sumando pena con efecto sancionador + cumplimiento + indemnización.	No, la pena sustituye a la indemnización.	No, con la pena se exige de cumplir la obligación. Teóricamente, podrían celebrarse pactos que lo estableciesen, pero parecerían contrarios a la definición legal de la figura.	No, los LDs son <i>sole remedy</i> sustituyen a los <i>general damages</i>	No, los LDs son <i>sole remedy</i> sustituyen a los <i>general damages</i>
El juez / árbitro puede moderar la pena / LDs	Sí, en el caso de que la obligación se haya cumplido en parte o irregularmente. Es más probable que intervengan las facultades moderadores de la pena por el juez / árbitro	Sí, en el caso de que la obligación se haya cumplido en parte o irregularmente. ⁵⁵ Es más probable que intervengan las facultades moderadores de la pena por el juez / árbitro,	Sí, en el caso de que la obligación se haya cumplido en parte o irregularmente (por ejemplo, previamente al desistimiento) Es menos probable que intervengan las facultades moderadores de la pena por el juez / árbitro. ⁵⁶	No	No
El juez / árbitro puede dejar de aplicar la pena / LDs	En principio no, sin perjuicio de las circunstancias de la ejecución del contrato (por ejemplo, modificaciones que afectan al plazo)	En principio no, sin perjuicio de las circunstancias de la ejecución del contrato (por ejemplo, modificaciones que afectan al plazo)	No, porque la elección es del contratista	Sí, si considera que se trata de una <i>penalty</i> , <i>punitive damages</i> o <i>exemplary damages</i>	Sí, si considera que se trata de una <i>penalty</i> , <i>punitive damages</i> o <i>exemplary damages</i>

Y, con carácter complementario, a la revisión descrita, pueden apreciarse las confluencias y distanciamientos de ambas figuras en algunos de sus aspectos, como se hace seguidamente.

⁵⁵ O, si se pactó para cubrir los daños reales, en el caso de que los daños causados fueran inferiores al monto pactado o no llegara a producirse ningún daño.

⁵⁶ Pero no es una opción ajena a las previsiones legales, como señala DÍAZ ALABART, de acuerdo con la STS 1179/2008, de 12 de diciembre. DÍAZ ALABART, Silvia, op. cit., p. 175.

D) El distinto efecto de la cláusula punitiva y las facultades del juez.

La diferencia capital sobre la facultad de moderar equitativamente las penas, que los tribunales tienen al aplicar el Código Civil (y los preceptos de carácter similar en otros códigos de Derecho Continental) en virtud de su artículo 1154, es totalmente extraña a los sistemas de *common law*, en los que se ve como una **intromisión en el ámbito de decisión de las partes**, lo que, curiosamente, produce el más tajante efecto de extirpar de la relación jurídica entre las partes (sin anular el contrato) la cláusula que se considere penal, sin reinterpretarla ni mitigar los excesos. La explicación de este enfoque la encontramos, por ejemplo, en *Murray v Leisureplay Plc* (2005), EWCA Civ 963, sentencia en la que se indica que el **tribunal no tiene jurisdicción para reformular los términos de un contrato porque entienda que sean indebidamente gravosos para una de las partes**, y se abordan bajo el mismo criterio de inaplicación tanto las cláusulas penales como las que contemplan exenciones de responsabilidades⁵⁷. Es decir, al entender que el tribunal no puede extralimitarse en sus funciones modificando o reelaborando una cláusula (precisamente “modificar” es el término del artículo 1154 de nuestro Código Civil) y **superar esa limitación del órgano jurisdiccional equivaldría a franquear una limitación establecida con categoría de orden público.**

A su vez, una diferencia sustancial reside en que, si bien después de *Cavendish* puede entenderse que las partes gozan de mayor margen de amplitud para determinar *liquidated damages* que se acomoden razonable y justificadamente al interés de las partes, sin quedar atados por el criterio de la pre-estimación genuina (como sucedía en *Dunlop*), parece claro que **no pueden aspirar a que los tribunales respalden criterios que resulten extravagantes o sustancialmente punitivos, para los que la consecuencia sería igualmente la inaplicación.** Siguen siendo, por lo tanto, no susceptibles de moderación y desde luego inmodificables las cláusulas que rebasen ese límite.

Es llamativo, a este respecto, como desde posiciones a priori distantes se llega a este respecto a consecuencias que parecen contrarias a las que inicialmente podrían esperarse, si nos atenemos al grado de intrusión en la autonomía de la voluntad de las partes. Así, los tribunales en el sistema de *common law* no pueden introducir modificaciones materiales en la regulación que las partes (como lo que aquí llamamos moderación de la pena) pero **el resultado no es una, digamos, conservación parcial del acuerdo de las partes mediante la aplicación de la pena resultante de la moderación, sino directamente la inaplicación de la cláusula.** En el otro extremo, el principio, a priori intrusivo sobre la autonomía de la voluntad contractual, de protección del deudor no doloso que, en virtud de las previsiones de los artículos 1103 y 1154 del Código Civil, puede ver moderada la pena, da como resultado que **en lugar de dejar de aplicar la cláusula en su totalidad, esta se conserve en una parte esencial querida por las partes**, (como es la imposición de la pena) aunque la cláusula se vea afectada por

⁵⁷ La Corte de Apelación de Inglaterra y Gales indicaba que “*The court has no general jurisdiction to re-form terms of a contract because it thinks them unduly onerous on one of the parties – otherwise we should not be so hard put to find tortuous constructions for exemption clauses, which are penalty clauses in reverse; we could simply refuse to enforce them...*”. Recogido por CHERN, Cyril, op. cit, p. 251.

la moderación. Yendo a un análisis sobre la finalidad de ambos criterios, que es en última instancia proteger en alguna medida al deudor de daños punitivos, **acaba por resultar más tuitivo del deudor y, por otro camino bien distinto, materialmente intervencionista en las relaciones privadas, el criterio seguido por el common law** (desde luego antes de *Cavendish* y a partir de ahora, veremos en qué medida).

Por cierto, al mencionar las distancias y aproximaciones entre ambas figuras, es de señalar que tanto la intervención del juez de *common law* que deja de aplicar la cláusula de *liquidated damages* que considera materialmente una *penalty clause*, como la del juez de nuestro ordenamiento que modifica o modera la pena, **no requiere petición concreta de las partes** (en el caso de los tribunales españoles, así lo señalan las SSTS de 14 de mayo de 1920, 3 de enero de 1964, 6 de noviembre de 1987 o 31 de mayo de 1994). Muestra de que, de algún modo, existen criterios de orden público en esta materia, a hacer respetar, a despecho de lo que las partes hayan escrito, en tales supuestos, en los respectivos contratos.

E) Aproximaciones funcionales y cumplimiento efectivo de la prestación.

También podemos apreciar, singularmente en el ámbito de los contratos internacionales de ingeniería y construcción, una aproximación funcional entre *liquidated damages* y cláusula penal, cuando ésta recoge de forma proporcionada en la pena el daño causado por el incumplimiento defectuoso (en el caso más frecuente, por la demora), pero a su vez es cumulativa con la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación principal. **En este subsector contractual, la sustitución del cumplimiento efectivo por una indemnización no es, habitualmente, una reparación satisfactoria.** Ésto puede entenderse por la singularidad de la prestación, en un escenario en el que habitualmente se contará con un contratista cualificado, seleccionado en un proceso de concurrencia, habiendo celebrado el contrato tras un proceso de negociación prolongado y en el que la aportación del contratista al diseñar, planificar, realizar las actividades de suministro y logística, organizar la ejecución, movilizar los recursos para ello, etc., es capital para el éxito del proyecto. Evidentemente, obtener una indemnización, aunque sea muy cuantiosa, y sustituir al contratista, es una situación extrema que se pretende evitar a toda costa (salvo situaciones patológicas). No obstante, **el comitente habitualmente querrá verse compensado por el incumplimiento irregular del contratista e incentivarlo para que corrija éste**, pero preferirá, sobre todo en contratos EPC o similares en los que el avance ya sea significativo, evitar tener que sustituirlo. De ahí que muchos contratos prevean esa doble facultad para el comitente (imponer los *liquidated damages* y conseguir el cumplimiento efectivo de la prestación), como por ejemplo hace FIDIC al regular los *delay damages* indicando que, la indemnización “*no eximirá al Contratista de su obligación de terminar las Obras, o de cualquier otro deber, obligación o responsabilidad que pudiera tener según el Contrato*”⁵⁸.

⁵⁸ Libros rojo, amarillo y plata, edición de 1999, Cláusula 8.7 *in fine*.

F) Aproximaciones funcionales y pretensión de incentivo para el cumplimiento por el contratista.

Otra aproximación funcional entre ambas figuras la encontramos al analizar el efecto incentivador que se pretende en el contratista. De este modo, si bien los *liquidated damages* no pueden tener, como hemos visto, un sesgo punitivo, no es menos cierto que suelen preverse para dar respuestas indemnizatorias expeditas, sencillas y, en lo posible, claras ante los incumplimientos en aspectos que suelen considerarse esenciales para el contrato (plazo, estándares de producción, criterios de disponibilidad, etc.). Y, dada la incidencia inmediata que la aplicación de *liquidated damages* tiene sobre los intereses del contratista, empezando por su propia tesorería, el **efecto de advertencia y disuasión** está sin duda presente. En el caso de las obligaciones penales, no es necesaria ninguna clase de interpretación para apreciar que, cuando se trata de cláusulas penales estrictamente compensatorias o sustitutivas, el mismo efecto se conseguirá, como con los *liquidated damages*, al escoger sobre qué concretos aspectos del cumplimiento contractual recaerán; y, en el caso de las cláusulas penales punitivas, la disuasión estará en este propio componente penitencial.

G) Aproximaciones funcionales y correspondencia con el daño causado.

Es pertinente, al referirse a los puntos en común, sobre todo funcionales, que la figura con la que los *liquidated damages*, como exclusivo remedio y pre-estimación genuina del daño o al menos fijación de éste de forma no extravagante ni excesiva, guarda una correspondencia material más clara, es con las cláusulas penales sustitutivas del artículo 1152 del CC en las que las partes, sobre un principio de **correspondencia entre pena y resarcimiento del daño causado**, establecen de antemano una pena razonablemente proporcional a las indemnización que se pudiese prever, alejándose de criterios punitivos y, naturalmente, de la imposición de penas acumulativas, configurando lo que la Audiencia Territorial de Oviedo ya en su sentencia de 8 de noviembre de 1969, apreció como “**pena moratoria, tendente a liquidar por anticipado el daño que pueda originarse para el caso de que el deudor se constituya en mora**”, definición, como se ve, pareja al contenido esencial de la figura de *liquidated damage*. La diferencia esencial entre ambas figuras estriba, por lo tanto, en la posibilidad de exigir la compensación emanada de los *liquidated damages* y el cumplimiento de la obligación, supuesto no previsto para las penas sustitutivas; y las facultades moderadoras del juez o árbitro, que no se contemplan para los *liquidated damages* pero sí para las penas sustitutivas.

H) Aproximaciones funcionales y correspondencia con el elemento sancionador.

Es cierto, no obstante, que desde *Cavendish* la aproximación puede ser mayor con las penas sustitutivas, porque no sólo habrá correspondencia cuando las cláusulas penales de nuestro Derecho pretendan ser fieles a una predeterminación del daño que se supone resultará del incumplimiento contractual, sino también en los casos en los que pueda existir un relativo elemento punitivo en la propia definición originaria de la obligación,

para la eventualidad de su incumplimiento. Elemento que, en todo caso, no puede ser excesivo, lo que, por otra parte, puede resultar de la voluntad de las partes al establecer la pena o de la actuación modificadora o moderadora de la pena por el juez sobre la base del artículo 1154 del Código Civil, en los casos en los que al menos se haya cumplido parcialmente la obligación. A la postre, los criterios de razonabilidad, evitación de extravagancias y desconfianza hacia el aspecto punitivo, propios de la configuración de los *liquidated damages* (también en *Cavendish*), no dejan de guardar ciertas concomitancias con el criterio de equidad al que se refiere el artículo 1154 del Código Civil, en relación con el propio artículo 3.2 de dicho texto, que DÍEZ PICAZO pone a su vez en relación con la evitación del enriquecimiento injusto⁵⁹. En todo caso, de esa aproximación sólo puede hablarse si la cláusula penal que se establezca preserva la condición de pena sustitutiva y no acumulativa, además de producirse el cumplimiento al menos parcial de la obligación que requiere el artículo 1154 del Código Civil para entrar en juego, como requieren las SSTS 8/2014, de 21 de febrero; 366/2015, de 18 de junio; ó 33/2017, de 25 de enero, por mencionar algunas de las más recientes; y que la pena no esté expresamente prevista para incumplimientos parciales (SSTS 585/2006, de 14 de junio; 384/2009, de 1 de junio; 839/2009, de 29 de diciembre; 170/2010, de 31 de marzo; 470/2010, de 2 de julio; 633/210, de 1 de octubre; 486/2011, de 12 de julio; 999/1011, de 17 de enero de 2012; ó 196/2015, de 17 de abril).

1) Aproximaciones en materia de imputabilidad del incumplimiento.

Al compartir sustancialmente una funcionalidad común, *liquidated damages* y cláusulas penales llegan, nuevamente por distintos derroteros, a posiciones comunes. Así, por un lado, el criterio de imputabilidad del incumplimiento que da lugar a los *liquidated damages*, o que, cuando menos, puede aducirse para **esgrimir causas de exoneración del contratista**, se impone en la práctica contractual en proyectos complejos de ingeniería y construcción, en ocasiones reflejado en la propia literalidad del contrato, y por ello puede oponerse por el contratista que la causación del incumplimiento (por ejemplo de plazo) no le es atribuible. Y, por el otro lado, cuando de cláusulas penales se trata, nos encontramos con criterios jurisprudenciales similares, más marcadamente en el campo del análisis de la **imputabilidad del incumplimiento**, que señalan, por ejemplo, que las modificaciones del proyecto suponen tácitamente la prórroga del plazo de ejecución (STS de 15 de diciembre de 1995), que la cláusula penal resulta ineficaz cuando los supuestos básicos de ésta se alteran con variaciones trascendentales en las obras contratadas (STS de 10 de junio de 1969, 21 de marzo de 1973 y 27 de marzo de 1989) o que es necesario, en suma, que subsistan los mismos supuestos con base en los cuales se pactó (SSTS de 7 de diciembre de

⁵⁹ Así lo recogen DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZÁLEZ, Manuel, op. cit. Pp. 276-277, glosando a su vez a DIEZ PICAZO: “ante la pretensión del comitente que exija finalmente la indemnización fijada, en un caso de mora convenida con carácter automático, podrá el constructor alegar que la cantidad estipulada al efecto excede del importe del daño efectivamente inferido al dueño de la obra; y como quiera que hay que evitar todo enriquecimiento injusto, podrá el constructor pedir la reducción de la pena. Reducción que posee la función de procurar la coincidencia entre el daño y la indemnización. Tal reducción, por tanto, tiene su base en el principio de equidad y forma parte, según dicho autor, del arbitrio judicial, en cuanto que es cuestión de hecho la calificación excesiva de la cláusula”.

1959, 25 de noviembre de 2960, 13 de octubre de 1966 ó 27 de marzo de 1980).⁶⁰ En este sentido, se aprecian algunos elementos comunes entre ambas figuras, al **cobrar particular relevancia las modificaciones contractuales en relación con la cláusula de liquidated damages**, como se aprecia en pronunciamientos como *Unaoil Ltd. v Leighton Off Shore PTE Ltd.* (2014) EWHC 2965 (Comm)⁶¹, en el que el cambio en la cuantía de un proyecto (en ese caso con una reducción de su precio en un 27%) llevó a considerar que la cláusula de *liquidated damages* pactada ya no podría ser considerada aplicable al no haberse producido una correlativa enmienda -con motivo de la reducción del proyecto- del documento contractual la que en su momento se acordó dicha cláusula.

De este modo, **en este particular subsector hay una especial aproximación de sistemas en lo que a la determinación de la imputabilidad del incumplimiento se refiere**, ya que, aunque la prueba recaiga sobre el propio contratista, podrá esgrimir que la causación del incumplimiento le es ajeno (a veces vendrá esto explicitado en el propio contrato). Aproximación que no sucede, o no al mismo nivel. en la configuración de la cláusula de *liquidated damages* en, por ejemplo, un contrato de compraventa, en el que estará alineada con el criterio de responsabilidad objetiva, como sucede en la propia Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, (arts. 77 y 79; Convención cuya exclusión expresa de entre el derecho aplicable al contrato es, por cierto, cláusula frecuente en muchos contratos internacionales de ingeniería y construcción) y en los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (art. 7.4.1).

J) Cláusulas penales y orden público en el sistema de common law.

El rechazo en los sistemas de *common law* a las cláusulas penales punitivas puede incluso considerarse materia de orden público de dicho ordenamiento. Así lo expresa la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales en *Murray v Leisureplay Plc* (2005), EWCA Civ 963, al señalar que la **regla de orden público por la que el tribunal no ejecutará una cláusula penal que permita a una parte del contrato obtener mediante el ejercicio de acciones una suma superior a la indemnización que tendría derecho a reclamar**. Regla que continúa siendo vigente y útil en la actualidad en la que a menudo una parte tiene que acogerse a un contrato estándar⁶².

Pese a que la posibilidad de modificación de la pena convencional sea, como hemos visto extraña a las facultades de las que dispone el juez en los sistemas de *common law*, la aversión al ejercicio de ésta por terceros órganos jurisdiccionales o arbitrales no llega a

⁶⁰ Supuestos y jurisprudencia que destacan DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZALEZ, Manuel: "Derecho de la Construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)", Granada, Ed. Comares, 1997, pp. 269 y ss.

⁶¹ Caso destacado en PATTERSON (QC), Lindy A., op. cit, p. 13.

⁶² En concreto, y con utilización de un ejemplo muy didáctico, se señala que "...the rule of public policy that the court will not enforce a "penalty clause" so as to permit a party to a contract to recover in an action a sum greater than the measure of damages to which he would be entitled at common law is well established, and in these days when so often one party cannot satisfy his contractual hunger à la carte but only at the table d'hôte of a standard printed contract, it has certainly not outlived its usefulness". Recogido por CHERN, Cyril, op. cit, p. 251.

constituir motivo para no reconocer y ejecutar sus resoluciones, sobre todo si con dicha moderación, además, se aplaca en cierto modo el carácter punitivo de una cláusula contractual. Tal es el caso de la decisión de la *High Court* de Inglaterra y Gales, en el asunto *Pencil Hill Ltd. v US Citta Di Palermo SpA* (2016) WL 212897, de **ejecutar un laudo arbitral en el que se aplicaba una cláusula considerada *penalty* bajo los criterios del *common law***. El caso es de particular interés en el contexto de la cooperación judicial internacional y de la flexibilización de criterios de orden público. Y no sólo trata de *penalty clauses* sino indirectamente, permítaseme la licencia, de penaltis futbolísticos, porque la disputa originaria traía causa del incumplimiento por la Union Sportiva Citta di Palermo de un contrato con la firma Pencil Hill Ltd. relativa a los llamados derechos federativos (*registration rights*) del jugador argentino de fútbol Paulo Dybala. En este caso, el contrato contemplaba que el impago de uno de los plazos previstos daría lugar no sólo a la exigencia de todo el precio contractual (cláusula de vencimiento anticipado) sino además al pago de una penalización cumulativa y netamente sancionadora correspondiente a otra cantidad adicional igual a la pendiente de pago. La cláusula fue objeto de moderación por el Tribunal de Arbitraje Deportivo (conocido como TAS, por las siglas en francés de *Tribunal Arbitral du Sport* ó CAS, por las siglas en inglés de *Court of Arbitration for Sport*). En efecto, el TAS, aplicando el artículo 163.3 del Código de Obligaciones suizo, redujo la condena en cuanto a la cláusula penal, de la cantidad de 6.720.000 € a 1.680.000 €. Ratificado el laudo por el Tribunal Federal de Lausana, y solicitada su ejecución en Inglaterra, la *High Court* decidió estimar dicha petición, porque (1) **la ley aplicable al contrato contemplaba la posibilidad de imponer tales penas y otorgaba al árbitro la posibilidad de moderarlas;** (2) **el criterio de orden público en el sistema de *common law*, contrario a la ejecución de cláusulas penales, no tiene el mismo rango de protección de principios morales y bienes públicos que en otros casos** (contratos relacionados con actos o conductas que en Inglaterra se considerarían delictivos, por ejemplo); (3) **aunque la cláusula contractual era originariamente claramente penal, tras la moderación de la pena podría no considerarse excesiva** (en la línea de flexibilidad que abre *Cavendish*); y (4) en el marco del reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales bajo la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, **los supuestos en los que se rechace la ejecución de un laudo extranjero deben interpretarse restrictivamente**. En el análisis de la resolución de la *High Court*, JOHNSTONE subraya el peso dado a la reducción de la pena como una forma, finalmente admisible por esta vía de reconocimiento y ejecución de laudos extranjero, de moderación de la consecuencia sancionadora para que no sea exorbitante ni fuera de lo razonable⁶³.

⁶³ JOHNSTONE, Andrew: "*Pencil Hill Ltd v US Citta di Palermo SpA: The High Court enforces arbitration award even though sum awarded was under a penalty clause*", en *International Arbitration Quarterly Bulletin*, de Holman Fenwick Willan, febrero de 2016, pp. 6-7. Señala JOHNSTONE que "*The judgement in Pencil Hill Ltd v US Citta di Palermo SpA is undoubtedly pro arbitration. It also suggests that penalty clauses which are determined to be unobjectionable under the law of the contract, are unlikely to result in the non-enforcement of awards under the New York Convention (...) Indeed, the balancing exercise performed by His Honour Judge Bird, coupled with the weight he afforded to the fact that the CAS reduced the amount of the penalty so as to ensure that it was neither exorbitant nor unconscionable, suggests that a sufficiently egregious or punitive penalty, or perhaps even one that had not been considered by the Tribunal in question, could result in the refusal to enforce an award under the New York Convention*".

K) Necesaria distinción, pese a los elementos comunes.

La distinción entre ambas figuras, cláusula penal y *liquidated damages* o daños prefijados, debe mantenerse, evitando⁶⁴ la utilización indistinta de los términos⁶⁵, porque las diferencias son más que matices, sobre todo si analizamos dichas instituciones a la luz de la práctica contractual.

Dada la variedad de alternativas que se contemplan en los artículos 1152 y ss. del Código Civil, con penas sustitutorias del cumplimiento efectivo, acumulativas con el cumplimiento de la obligación y, según su materialización en cada caso, con una cantidad que puede ser superior, igual (o inferior) a la cuantificación del daño causado, nos encontramos, como señala DÍAZ ALABART, en disposición de apreciar “la dificultad para dar un concepto unitario de cláusula penal en el que tengan cabida todas las funciones reconocidas en el Código Civil”⁶⁶, por la variedad de combinaciones citadas. La diversidad de manifestaciones y singularidades respecto a la misma institución puede comenzar a presentarse, aunque no del mismo modo, también en la figura de los *liquidated damages* desde que en la decisión en el asunto *Cavendish* se constata el reconocimiento de *liquidated damages* que pueden ir, dentro de una justificación en el interés de la parte perjudicada, más allá de la pre-estimación genuina de los daños que ocasione el incumplimiento. Con las oscilaciones de esta figura, son efectivamente varios los puntos de intersección que, en distintos momentos, según cada caso concreto y por lo tanto de forma discontinua, no en paralelo, tienen ambas vías (la de la cláusula penal y la de los *liquidated damages*); aspecto que deberá ser tenido en cuenta en la concreta aplicación práctica por los actores de todo sector en el cuyo tráfico contractual se invoque y aplique esta figura y por los operadores jurídicos encargados de analizarla, en cada caso.

5. Conclusión.

En los contratos internacionales de ingeniería y construcción, la figura de los *liquidated damages* o daños prefijados constituye una institución útil y generalmente eficaz para que las partes fijen de antemano en el contrato las consecuencias del incumplimiento, singularmente el del contratista. Esta institución experimenta un desarrollo y dinamismo notable, en su regulación por las partes en el contrato y en su interpretación por jueces y árbitros, acorde tanto a su profusa utilización

⁶⁴ Como bien hace FIDIC al escoger una traducción al español que incluya el término “penal” u otro derivado.

⁶⁵ De este modo, discrepo aquí de la definición de REIG FABRADO (op. cit., p. 165), que las describe, a como “cláusulas penales, habituales en el *common law*, que establecen cuantiosas sumas para los supuestos de retraso en el cumplimiento de los plazos de entrega”. Debe evitarse esa plena identificación, pese a ciertas similitudes y confluencia funcional. Por otra parte, las cláusulas de *liquidated damages*, como hemos visto, no se resumen sólo en las cláusulas aplicables a los supuestos de demora en el cumplimiento del plazo por el contratista.

⁶⁶ DÍAZ ALABART, Silvia, op. cit., p. 52. Señala, más en detalle, que “Hay una gran variedad de tipos de cláusula penal que tienen cabida en los artículos que la regulan en el CC, pero aún puede resultar mucho mayor, si consideramos las modificaciones en los tipos básicos, que, en uso de su libertad contractual, pueden introducir las partes al acordarlas. Por esa razón es importante la interpretación de cada cláusula penal conforme a las reglas del CC, independientemente de la denominación que le han dado los contratantes, antes de atribuirle a uno u otro tipo”; DÍAZ ALABART, Silvia, op. cit., pp. 178 y 179.

como a su interacción con figuras como las obligaciones con cláusula penal, con las que presenta ciertas similitudes funcionales, como hemos visto.

El proceso de perfeccionamiento evolutivo de la figura es también parejo al grado de complejidad, previsión y detalle con el que las partes afrontan el proceso de negociación, celebración y ejecución de contratos de ingeniería y construcción, en consonancia a su vez con las características de los proyectos que abordan. No obstante, como en todo proceso de difusión y aplicación cada vez más amplia, se producen utilidades de la figura no del todo rigurosas, ni siempre bien definidas y acomodadas a la estructura de derechos y obligaciones de las partes en el contrato. A su vez, el encaje y recepción de una figura propia de sistemas de *common law* en contratos en los que los elementos del Derecho Civil Continental pueden estar muy presentes en razón de los aspectos internacionales de la operación, puede provocar también ciertas discordancias que afecten a su aplicación. Por eso es necesario que los operadores del sector, sabedores de la dificultad de confeccionar contratos razonablemente ajustados a las necesidades e intereses de las partes, y conocedores de la relevancia que tiene una adecuada regulación contractual para el éxito del proyecto de ingeniería y construcción, presten la atención oportuna a la materia, haciendo un uso preciso y acertado de esta figura, siempre atendiendo a las circunstancias particulares de cada proyecto.