

EL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS PENALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT (TAS) SOBRE FÚTBOL

The treatment of the penalty clauses in the Court of Arbitration for Sport (CAS) jurisprudence on football

JORDI LÓPEZ BATET

Abogado. Socio de Pintó Ruiz & Del Valle

YAGO VÁZQUEZ MORAGA

Abogado. Socio de Pintó Ruiz & Del Valle

Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento 49
Octubre - Diciembre 2015
Págs. 179 - 198

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL MARCO NORMATIVO DE LAS CLÁUSULAS PENALES EN LOS CONTRATOS DE FÚTBOL INTERNACIONALES. LA NORMA DEPORTIVA Y LA NORMA SUSTANTIVA. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO SUIZO. 3. AVATARES DE LA CLÁUSULA PENAL: NULIDAD Y PENA EXCESIVA. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL. 4. CLÁUSULAS PENALES Y CLÁUSULAS DE «LIQUIDATED DAMAGES»: DISTINCIÓN Y ENFOQUE DE LA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO. a. *Exigibilidad*. b. *Control judicial (o arbitral)*. 5. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En el presente trabajo se pretende analizar la forma en que las decisiones emanadas del Tribunal Arbitral du Sport han abordado la cuestión de las penas convencionalmente pactadas entre las partes en los contratos de fútbol. Tras un somero examen de la normativa material suiza, en materia de cláusulas penales (que es la que en un mayor número

ABSTRACT: In this article, it is intended to analyze the way in which the decisions issued by the Court of Arbitration for Sport have dealt with the penalty clauses agreed between the parties. After a quick review of Swiss material Law concerning penalties (being this Law not applicable to a great majority of cases related to penalty clause), and in particular of

de casos se aplicará a los litigios relacionados con ellos, y en particular de los avatares a que se suelen enfrentar las mismas bajo tal derecho (eventual nulidad y moderación en caso de exceso), nos referiremos a diversas resoluciones arbitrales del TAS y judiciales del Tribunal Federal Suizo sobre tales cláusulas, al objeto de tratar de extraer, en lo posible, determinados patrones generales o principios orientadores que puedan ayudarnos a comprender cómo dicho alto tribunal deportivo ha venido tratando el establecimiento y ejecución de este tipo de cláusulas en los mencionados contratos. Finalmente nos referiremos también a la distinción entre las penas convencionales y las cláusulas de liquidación de daños (liquidated damages) y a las consecuencias de tal distinción.

PALABRAS CLAVE: TAS, arbitraje, cláusula penal, cláusula de liquidación de daños, derecho suizo.

Fecha recepción original: 23 de septiembre de 2015

Fecha aceptación: 17 de octubre de 2015

the eventualities challenged by these clauses (potential nullity or reduction of the penalty in case of excess) reference will be made to several CAS and Swiss Federal Court decisions on this kind of clauses, so that to the extent possible, general formulae or guidelines may be extracted in the hopes of understanding how the aforementioned sports court has been dealing with the provision and execution of contractual penalties. Finally reference will be made to the distinction between penalty clauses and liquidated damages clauses and its consequences.

KEYWORDS: CAS, arbitration, penalty clause, liquidated damages clause, Swiss Law.

1. INTRODUCCIÓN

La problemática jurídica que suele plantear la aplicación de lo que genéricamente podemos denominar como «cláusulas penales» (aun cuando no exista una definición única y cerrada para conceptuar esta figura jurídica) se agrava sustancialmente cuando la misma afecta a una relación contractual de carácter internacional, como lo son habitualmente aquellas objeto de arbitraje ante el Tribunal Arbitral du Sport (TAS).

Como ejemplo introductorio, en el caso español, el Código Civil no define de forma específica el concepto de cláusula penal en su regulación (artículos 1.152, 1153, 1154 y 1.155 CC), siendo nuestro Derecho ciertamente generoso en cuanto a la posibilidad de configuración de las mismas, permitiendo que puedan cumplir funciones de naturaleza muy diversa. A los efectos del presente trabajo, y en relación con la distinta consideración que merecen este tipo de estipulaciones en derecho comparado, resulta útil recordar las tres principales funciones que en general puede tener una cláusula penal, que, *mutatis mutandis*, son trasladables a los distintos tipos de cláusula penal que suelen ser objeto de discusión en procedimientos ante el TAS y que van a tratarse en este comentario.

En primer lugar, la cláusula penal puede cumplir una función de garantía o coercitiva de la obligación principal (estipulación *in terrorem*), en el sentido de servir para incentivar el cumplimiento de esta última por parte del deudor, imponiéndole en caso contrario una prestación accesoria, generalmente pe-

cuniaria (esto es, una cláusula punitiva o cumulativa). En segundo lugar, la cláusula penal puede tener la finalidad de liquidar anticipadamente los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación principal (o su cumplimiento defectuoso) pueda causar al acreedor de esta última (cláusula penal sustitutoria o indemnizatoria). Finalmente, la cláusula penal también puede tener una función penitencial, estableciendo el pago de una pena para el caso de que el deudor decida liberarse de la obligación asumida contractualmente, sin que exista en puridad, en tal supuesto, un incumplimiento de la misma (cláusula penal de desistimiento¹).

Precisamente por ello, dada la variopinta tipología y teleología que pueden tener este tipo de estipulaciones, resulta prácticamente imposible proponer un concepto unitario de lo que debemos entender por «cláusula penal», que dé cabida a las distintas finalidades que ésta pueda tener. Como ha señalado DÍAZ ALABART², ello hace poner en duda «si la cláusula penal es una única figura con distintos tipos, o son varias figuras diferentes que guardan entre sí un cierto parentesco, aunque seguramente esta segunda opción es la correcta».

La consecuencia de lo anterior es que, aun cuando el concepto genérico de «cláusula penal» es conocido por todos los ordenamientos, su naturaleza jurídica, su régimen de aplicación, la facultad de control judicial o, incluso, los requisitos para su licitud, varían notoriamente de un ordenamiento jurídico a otro. Resulta especialmente trascendente la diferente conceptualización jurídica (o incluso filosófica) que de la misma hacen los sistemas jurídicos del *common law* y los de derecho continental, hasta el punto de que, contrariamente a lo que ocurre con estos últimos, para los primeros generalmente este tipo de estipulaciones únicamente pueden servir para predeterminar convencionalmente los potenciales daños contractuales (*pre-estimation damages clauses*). Esto es, en la mayoría de sistemas jurídicos del *common law*, estas estipulaciones sólo pueden cumplir una función liquidatoria o sustitutoria de los daños y perjuicios que pueda ocasionar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato (*liquidated damages clauses*), postulándose la nulidad³ y contravención del orden público⁴ de aquellas estipulaciones que excedan de

1. Aun cuando, como señala DÍAZ ALABART, «En cuanto a los autores españoles, son mayoría los que consideran que la de desistimiento no es verdaderamente una cláusula penal» (DÍAZ ALABART, S., *La cláusula penal*, *Derecho Español Contemporáneo*, Editorial Reus, Madrid, 2011, página 57, pie de página 113).

2. Ob. cit., página 51.

3. No obstante, «Although provisions deemed penalties are unenforceable, the remainder of the agreement is enforceable, and resort to default remedies for breach remains available» (WALT, S., *Penalty Clauses and Liquidated Damages*, The John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series, University of Virginia Law School, Paper 57, 2009).

4. Así vienen a establecerlo por ejemplo en Estados Unidos tanto el artículo 356 del *Restatement (Second) of Contracts* («Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as penalty.») como el artículo 2-718 del *Uniform Commercial Code* («Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of

lo anterior y tengan una finalidad coercitiva, punitiva o sancionadora⁵ (*penal clause* ó *penalty clause*).

Efectivamente, como señala MARÍN GARCÍA⁶ «La cláusula penal es admitida generalmente en los sistemas jurídicos de civil law, mientras que los sistemas de common law son mucho más reacios a la admisión de aquellos pactos que tienen por finalidad la coacción del deudor, esto es, promover el cumplimiento in natura de la obligación y no por equivalente pecuniario. Por este motivo, la jurisprudencia angloamericana maneja diversos criterios a fin de dilucidar si la cláusula de liquidación anticipada del daño priva al deudor de su libertad de elección, facultad que suele corresponder al acreedor en los sistemas de Derecho continental. De este modo, y como aproximación general, si la suma pactada es una previsión razonable del daño derivado del incumplimiento, la estipulación será válida (*liquidated damages*); en caso contrario, se trata de una estipulación nula por estar prohibida (*penalty clause*)».

Por ello, es importante remarcar que, aun cuando bajo el prisma del derecho español la distinción de las cláusulas penales en función de su naturaleza o de la finalidad que persiguen pueda parecer más dogmática que necesaria, tal diferenciación cobra una importancia fundamental en el caso de la contratación internacional, pues dependiendo del derecho aplicable *ad casum*, la regulación o incluso la validez de una estipulación de este tipo, dependerá de su naturaleza o finalidad⁷.

Prueba de ello son los distintos instrumentos internacionales y las distintas normas de *soft law* existentes en relación con esta materia, que llaman a la armonización internacional de esta polifacética figura jurídica. Particularmente son destacables la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978⁸, así como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos⁹ (art.

the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or non-feasibility of otherwise obtaining and adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty»).

5. Para distinguir entre una estipulación de *liquidated damages* y una *penalty clause*, los jueces americanos aplican un test dirigido tanto a averiguar cuál fue la intención de las partes al pactar esa estipulación como a valorar la razonabilidad del importe de la compensación pactada como *liquidated damages*, puesta en relación con el importe previsible de los potenciales daños que se pudieran derivar de un incumplimiento contractual. Concretamente, las premisas de dicho test las sentaron a principios del siglo pasado (1914) los *leading cases Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd.* y *Banta v. Stamford Motor Co.*
6. MARÍN GARCÍA, I., La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N° 2, 2009, página 6, pie de página 7.
7. Pues, como señala DÍAZ ALABART, «en general, la cláusula penal como sanción es una función que no goza del favor del legislador. En los ordenamientos en que se admite ha de pactarse expresamente, y en alguno incluso está prohibida. Detrás de esta realidad parece latir la idea de que es inadecuado que los particulares puedan pactar una multa o sanción distinta de la pura indemnización de los daños y perjuicios, como si esta cláusula penal participara de la naturaleza de los "punitive damages" del Derecho norteamericano» (ob. cit., página 40).
8. Resolution (78) 3 Relating to Penal Clauses in Civil Law, adopted by the Committee of Ministers on 20 January 1978, at the 281
9. <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

9:509); el Borrador del Marco Común de Referencia¹⁰ – *Draft Common Frame of Reference* – (art. III-3: 712) e, igualmente, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales¹¹ de 2010 (art. 7.4.13). Todos ellos vienen a proponer una uniformización de la regulación de lo que genéricamente denominan «pago pactado para el caso de incumplimiento» («*Agreed Payment for non-performance*»), según los PECL y los Principios UNIDROIT, «*Stipulated payment for non-performance*» según el citado Borrador o, «*sum of money by way of penalty or compensation*», según la citada Resolución del Consejo de Europa). En ese sentido, resulta pertinente hacer notar que la omisión del concepto «cláusula penal» en dichos documentos (a excepción de la Resolución del Consejo de Europa) no es casual¹², pues con ello se pretende evitar el conflicto entre los sistemas jurídicos del *common law* y los de derecho continental.

Por lo tanto, resulta una obviedad decirlo, la jurisprudencia que el TAS pueda dictar en esta materia no será nunca del todo uniforme, pues la decisión de cada caso vendrá condicionada tanto por la tipología de «cláusula penal» pactada por las partes, como por el derecho aplicable al caso concreto. Obviamente, el presente trabajo no tiene por objeto hacer un estudio exhaustivo de todas las tipologías de cláusulas penales que pueden ser objeto de revisión o aplicación por el TAS, ni tampoco llevar a cabo un análisis sobre la validez o la regulación aplicable a cada una de las mismas (que variará según cuál sea la *lex contractus* que se aplique). Por el contrario, teniendo en cuenta cuál es la tipología más frecuente de «cláusulas penales» (en su concepto genérico) que son objeto de procedimientos ante el TAS, así como que mayoritariamente (vid. apartado 2 de este trabajo) la ley aplicable a dichos procedimientos suele ser la suiza, pretendemos ofrecer una aproximación a (i) cuál es, con carácter general, el marco normativo aplicable a las cláusulas penales en los contratos de fútbol internacionales, (ii) cuáles son sus rasgos generales, (iii) cuál es el alcance y en qué circunstancias puede darse el control judicial (*rectius*; arbitral) de dichas cláusulas y (iv) qué trascendencia tiene en este ámbito la citada distinción entre las cláusulas penales y las cláusulas de *liquidated damages*.

10. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

11. <http://unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>

12. Así, como explican los propios Principios UNIDROIT, su art. 7.4.13 da una definición intencionalmente amplia de aquellas estipulaciones pactadas para el caso de incumplimiento contractual a fin de incluir en el mismo tanto las cláusulas destinadas a facilitar la reparación de los daños (*liquidated damages*), bien a disuadir al deudor del incumplimiento (cláusula penal propiamente dicha), o incluso aquellas que cumplan ambas funciones («*This Article gives an intentionally broad definition of agreements to pay a specified sum in case of non-performance, whether such agreements be intended to facilitate the recovery of damages (liquidated damages according to the common law) or to operate as a deterrent against non-performance (penalty clauses proper), or both*») UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ob. cit., página 284).

2. EL MARCO NORMATIVO DE LAS CLÁUSULAS PENALES EN LOS CONTRATOS DE FÚTBOL INTERNACIONALES. LA NORMA DEPORTIVA Y LA NORMA SUS- TANTIVA. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO SUIZO

Nuestro análisis debe iniciarse con el examen de las normas que regulan este tipo de cláusulas en el ámbito específico de la contratación internacional de futbolistas, pues serán mayoritariamente estos casos con elemento internacional¹³ los que serán resueltos en única o en última instancia por el TAS y por ende los que han contribuido a conformar el cuerpo de resoluciones arbitrales sobre las que versa este trabajo. Dicho análisis normativo debe realizarse, como veremos, no sólo desde una óptica general, sino también, como ya hemos apuntado, desde una perspectiva particular y específica del caso concreto.

A este respecto, debemos partir de que la normativa internacional reguladora de la estabilidad contractual (esto es, el conocido Reglamento FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores –en adelante RETJ–) no contempla un régimen específico para las cláusulas penales¹⁴. Ello no obstante, ha de tomarse en consideración que el primer inciso del propio artículo 17.1 del citado RETJ, que trata sobre la extinción de los contratos sin justa causa, abre la puerta a la posibilidad de incluir cláusulas penales en los contratos con futbolistas¹⁵, aunque sin abordar los términos de su regulación. En concreto, el citado apartado del artículo dice lo siguiente:

«En todos los casos, la parte que rescinde el contrato se obliga a pagar una indemnización. Bajo reserva de las disposiciones sobre la indemnización por formación del art. 20 y el anexo 4, y salvo que no se estipule lo contrario en el contrato, la indemnización por incumplimiento se calculará considerando la legislación nacional, las características del deporte y otros criterios objetivos.»

13. FIFA se refiere en su Comentario al Reglamento sobre el Estatuto y las Transferencias de Jugadores a dicho elemento de internacionalidad del modo siguiente: *La dimensión internacional está representada por el hecho de que el jugador en cuestión sea un extranjero en el país en cuestión.*
14. Como tampoco hallamos, en el específico caso de la normativa deportiva española interna, una regulación autónoma y singular de tales cláusulas. Si bien debemos mencionar la existencia, en Derecho español, de las denominadas «cláusulas de rescisión» previstas en el Real Decreto 1006/1985, respecto a las cuales un amplio sector de la doctrina ha señalado su carácter penalizador. No obstante no es este momento y lugar en el que entrar a valorar esta cuestión, que excede del objeto del presente trabajo.
15. Así se reconoce por ejemplo por CZARNOTA, P. (*FIFA Transfer Rules and Unilateral Termination Without «Just Cause»*, Berkeley Journal of Entertainment and Sports Law, vol. 2, issue 1), que afirma que *«When determining compensation payable by a breaching party for unilateral termination of the playing contract without «Just Cause» Article 17 provides as a starting point that the judging authority must look to whether the club and player have specified in their contract the compensation payable in the event of unilateral termination (otherwise known as a «Buy-Out» or «Penalty» clause)»*, o por el laudo del TAS 2010/A/2202 *Konyaspor Club Association vs. J.*, en que se dice que *«Article 17 directs a panel to consider any penalty clause in the first instance»*. En igual sentido, el laudo CAS 2012/A/2952 *Musampa vs. Trabzonspor* establece que las cláusulas penales *«are recognized as relevant for the quantification of damages by Article 17.1 RSTP (as well as for the definition of «just cause» for termination: CAS 2006/A/1180, para. 8.3)»*.

Esta ausencia de tratamiento de la cláusula penal por parte de la normativa deportiva internacional, que se limita simplemente a permitir la posibilidad de que las partes puedan convenir penas convencionales en caso de incumplimiento, nos aboca a una consecuencia inexorable: para dilucidar el tratamiento a otorgar a este tipo de cláusulas, deberemos acudir a la ley sustantiva aplicable al contrato en cada caso. Es decir, será la ley material aplicable al fondo del asunto la que deberemos tener en cuenta en cuestiones tales como la interpretación, alcance, límites o incluso la validez de la cláusula. ¿Y cuál será dicha Ley? Pues aquella que las partes hubieran acaso elegido en el contrato, y en su defecto, aquella que resulte de aplicar los criterios subsidiarios de determinación de ley aplicable que se establecen en el Código del TAS, que como sabemos son distintos dependiendo de si estamos ante un procedimiento ordinario o ante un procedimiento de apelación. Así:

- a) En los procedimientos ordinarios, de acuerdo con el artículo R45 del Código del TAS¹⁶, a falta de elección de ley, los árbitros aplicarán el derecho suizo.
- b) Por su parte, en los procedimientos de apelación, de conformidad con el artículo R58 del referido Código¹⁷, en defecto de pacto sobre la ley aplicable los árbitros aplicarán la ley del país en que se halle domiciliada la federación, asociación u organismo deportivo que hubiera emitido la resolución que se recurre ante el TAS.

Si hacemos un repaso a la jurisprudencia del TAS advertiremos que en un número muy elevado de casos, la ley sustantiva que se aplica en la resolución de conflictos relacionados con cláusulas penales en el ámbito del fútbol es la ley suiza. Ello obedece a diversos motivos, tales como la cierta tendencia de muchos operadores internacionales del fútbol a elegir expresamente en sus contratos la ley suiza como la ley aplicable, el hecho de que, como ya hemos mencionado, en los procedimientos ordinarios ante el TAS sea el derecho suizo el aplicable en defecto de elección de ley, o el hecho de que FIFA, cuyas

16. R45: «The Panel shall decide the dispute according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to Swiss law. The parties may authorize the Panel to decide *ex aequo et bono*».

17. R58: «The Panel shall decide the dispute according to the applicable regulations and, subsidiarily, to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to the law of the country in which the federation, association or sports-related body which has issued the challenged decision is domiciled or according to the rules of law that the Panel deems appropriate. In the latter case, the Panel shall give reasons for its decision».

Adviértase al leer el texto de dicho artículo R58 del Código del TAS que cabría igualmente la posibilidad de que los árbitros, en lugar de aplicar la ley del país del órgano que emitió la resolución apelada, aplicaran otra ley que consideraran apropiada, debiendo en tal caso motivar la decisión de aplicar dicha ley. Sin embargo, debe señalarse que la práctica enseña que dicha facultad de los árbitros de optar por otra ley más «apropiada» para resolver el asunto es más teórica que otra cosa, decantándose los árbitros por no hacer uso de la misma y resolver con arreglo a la ley del país de órgano de instancia a falta de elección de ley.

decisiones son revisadas en última instancia por el TAS por vía de apelación, está domiciliada en Suiza¹⁸.

Por esta razón, no es de extrañar que una nutrida parte del desarrollo de las cláusulas penales en el ámbito de la jurisprudencia del TAS tome como referencia la normativa material suiza¹⁹ sobre este tipo de cláusulas, así como las sentencias del Tribunal Federal Suizo que interpretan tal normativa sustantiva.

Es por ello que para adentrarnos en el tratamiento que desde el TAS se ha dado a las penas convencionales, se antoja imprescindible referirse a los rasgos principales de la regulación de la cláusula penal en el derecho suizo, al objeto de entender con mayor precisión el enfoque que luego la mencionada jurisprudencia deportiva ha venido dado al tema.

La regulación sobre las penas convencionales en derecho suizo hay que hallarla en el Código de Obligaciones suizo, y en particular en sus artículos 160 a 163. Una regulación sin duda parca²⁰, pero que ha sido objeto de un extenso tratamiento y análisis interpretativo por parte de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios suizos, y en particular de su Tribunal Federal.

De acuerdo con los indicados artículos y su desarrollo jurisprudencial pueden establecerse los siguientes caracteres generales de las cláusulas penales en derecho suizo:

- a) Revisten naturaleza condicional, dado que la obligación de abonar la pena tiene lugar en caso de incumplimiento y de cumplimiento defectuoso de una de las partes.
- b) Son cláusulas autónomas (pues generan una obligación separada dentro del contrato en que se insertan), pero a la vez accesorias (pues devienen tributarias de una obligación contractual cuyo cumplimiento tratan de reforzar), por lo que la eventual nulidad de la obligación principal acarreará la inexigibilidad de la pena aparejada a la misma.
- c) Salvo pacto en contrario, el acreedor podrá exigir o bien el cumplimiento o bien la pena (art. 160.1 CO²¹).

18. A ello cabe añadir que el artículo 66 de los Estatutos de FIFA «establece que el procedimiento arbitral se rige por las disposiciones del código de arbitraje en materia deportiva del TAS. El TAS aplica en primer lugar los diversos reglamentos de la FIFA y, adicionalmente, el derecho suizo».

19. Debe igualmente señalarse que en arbitrajes con sede en Suiza, incluso en caso que derecho suizo no sea la ley aplicable al contrato, se ha sostenido que debería observarse tal derecho de forma imperativa. Señala en este sentido Arroyo, con fundamento en diversas resoluciones del Tribunal Federal Suizo, que «*In conclusion, Swiss law may apply as the law governing the arbitration clause or as the law governing the main contract. If a foreign law governs the penalty clause and that law does not give any effect to penalty clauses at all or does not allow a reduction of excessive sums, an arbitral tribunal with seat in Switzerland may apply Swiss law on penalties as international mandatory law*» (Arroyo, M. *Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide*, Wolters & Kluwer, página 1485).

20. Cuestión que no debe resultarnos extraña si la comparamos con la regulación obrante en el Código Civil español, que dedica a la cláusula penal y su regulación también únicamente cuatro artículos (los 1152 a 1155).

21. «*Lorsqu'une peine a été stipulée en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat, le créancier ne peut, sauf convention contraire, demander que l'exécution ou la peine convenue*».

- d) La obligación de pago de la pena surge con independencia de que el acreedor pruebe o no los daños sufridos por el incumplimiento del deudor (art. 161.1 CO²²), siendo ello una manifestación de la naturaleza autónoma de la cláusula antes mencionada.
- e) Con el abono de la pena el acreedor debe en principio ver colmadas sus expectativas frente al incumplimiento, pero puede reclamar al deudor una indemnización superior al monto al que asciende la pena si logra acreditar la culpa del deudor en el incumplimiento que motivó la aplicación de la pena²³.
- f) Rige el principio de libertad de forma²⁴ en la construcción y constitución de la pena, aunque siquiera por cuestiones de prueba de su existencia y alcance, adoptará en la práctica totalidad de los casos la forma escrita.
- g) La determinación del monto de la pena se deja a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 163.1 CO²⁵), sin perjuicio de lo que se dirá al tratar de los avatares de la cláusula penal en el siguiente apartado.

Diversos laudos del TAS han recogido, o se han referido de un modo u otro a, los rasgos generales de la cláusula penal en el Derecho suizo enumerados en los apartados anteriores, y a la doctrina²⁶ y jurisprudencia de sus tribunales ordinarios, habiéndose de hecho construido los mismos sobre la base de tales mimbres jurídicos. Entre ellos, podemos destacar los laudos emitidos en los asuntos CAS 2007/O/1391 *P. vs. R.*, CAS 2013/A/3411 *Al Gharafa & Bresciano vs. Al Nassr & FIFA*, o CAS 2013/A/3205 *Marítimo da Madeira Futebol SAD v. AEP Paphos*. Por poner un ejemplo de cómo se ha recogido tales rasgos de la cláusula penal en los laudos arbitrales del TAS, podemos referirnos al último de los anteriormente listados, en el que el Panel Arbitral hace expresa mención, entre otros, a los elementos propios de la cláusula penal («*In fact, it contains all the necessary elements required for such purpose: (i) the parties bound thereby are mentioned, (ii) the kind of penalty has been determined, (iii) the conditions triggering the obligation to pay it are set, (iv) its measure is identified*»), a la naturaleza condicional de la

22. «*La peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage*».

23. Así se recoge en el artículo 161.2 CO, según el cual *le créancier dont le dommage dépasse le montant de la peine, ne peut réclamer une indemnité supérieure qu'en établissant une faute à la charge du débiteur*».

24. Salvo en el caso de que la obligación principal precise de una forma específica para ser válida, en cuyo caso tal solemnidad se trasladará también de la cláusula penal. Siguiendo a MOOSER, M. (en THÉVENOZ – WERRO, *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, Helbing Lichtenhahn, página 1153), «*ce principe connaît une exception: si l'obligation principale n'est valable que moyennant le respect d'une forme déterminée (par exemple en matière de transfert de la propriété immobilière – CC 657), celle-ci doit également être respectée, compte tenu de son caractère accessoire, pour la clause pénale*».

25. «*Les parties fixent librement le montant de la peine*».

26. Son comunes a este respecto las citas a, por ejemplo, la obra «*La clause pénale-Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques et droit de la construction*», de Gaspard Couchepin, o al «*Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotés*», de Scyboz, Gilliéron y Branconi.

cláusula penal («Under Swiss law, in fact, a penalty can be agreed for the event of non-performance or defective performance of a contract (Article 160.1 CO»), y al carácter exclusivo o eventualmente cumulativo de las penas convencionales («In such situation, the penalty clause must be considered “exclusive”: this means that the creditor must choose between compelling the performance or claiming the penalty. At the same time, a penalty can be set for the event of failure to comply with the stipulated time or place of performance (Article 160.2 CO). In such situation, the penalty is “cumulative”: this means that the creditor might claim the penalty in addition to performance, provided he has not expressly waived such right or accepted performance without reservation»).

No obstante, y como veremos a continuación, los pronunciamientos más prolijos del TAS en materia de cláusula penal tienen que ver precisamente con lo que hemos denominado sus «avatares», en particular su validez o nulidad y su eventual carácter excesivo.

3. AVATARES DE LA CLÁUSULA PENAL: NULIDAD Y PENA EXCESIVA. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Siguiendo con el análisis de derecho suizo apuntado en el apartado anterior, debemos indicar que si bien será la voluntad de las partes la que configurará la construcción y el alcance de la pena convencional en cada caso, dicha autonomía de la voluntad no es absoluta, desmedida ni indiscriminada. De hecho, la formulación de la cláusula penal en derecho suizo está sometida a dos límites legales, establecidos en los artículos 163.2 y 3 CO:

- a) Un límite que afecta la propia validez de la pena, según el cual la pena estipulada no será exigible en caso de que tenga por objeto sancionar una obligación ilícita o inmoral, ni, salvo pacto en contrario, en caso de que el cumplimiento de la obligación haya devenido imposible como consecuencia de una circunstancia de la que el deudor no es responsable (artículo 163.2 CO²⁷)
- b) Un segundo límite, destinado a atacar potenciales desmanes que las partes pudieran cometer en el establecimiento de las penas convencionales, en méritos del cual el juez debe reducir las penas que estime excesivas²⁸ (artículo 163.3 CO)²⁹.

27. «La peine stipulée ne peut être exigée lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illícite ou immorale, ni, sauf convention contraire, lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible par l'effet d'une circonstance dont le débiteur n'est pas responsable».

28. A diferencia de nuestro sistema jurídico que, según la interpretación dada por el Tribunal Supremo al art. 1.154 del CC (según el cual el juez moderará «equitativamente» la pena, únicamente «cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»), «no permite al Juez moderar la pena exclusivamente por ser «excesiva» ya que, como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo, reproduciendo otra anterior, «la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes» (STS de 17 de enero de 2012 –[RJ 2012,287]–).

29. «Le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives».

Como apuntábamos en el apartado anterior, es precisamente en el tratamiento de estos dos avatares de la cláusula penal (nulidad y carácter excesivo) donde hallamos en la jurisprudencia del TAS un mayor desarrollo y análisis. Y ello debido a que es común el planteamiento de una estructura conflictual ante dicho tribunal deportivo consistente en que la parte que sufre un incumplimiento acciona contra la incumplidora y solicita la activación de las consecuencias derivadas de la cláusula penal convencionalmente acordada, y la parte supuestamente incumplidora rechaza la obligación de pagar la penalidad bien porque niega el incumplimiento o porque considera que la cláusula penal es nula, solicitando además subsidiariamente (para el caso de que el Panel arbitral declare la existencia del incumplimiento y/o la validez de la cláusula penal) la moderación de la cláusula penal sobre la base de su desproporción o exceso.

Como regla general, dicha jurisprudencia suele mostrarse favorable a reconocer la validez de las cláusulas penales, y a determinar su nulidad únicamente en aquellos casos en que de un modo flagrante, tenga lugar una situación de ilicitud o inmoralidad³⁰. Ejemplos del reconocimiento y afirmación de la validez de estas cláusulas podemos hallarlos en los casos CAS 2009/A/1834 *FK Banik Sokolov a.s. vs. FC Hradec Králové a.s.*, CAS 2012/O/3040 *F. vs. A.*, o CAS 2011/O/2427 *M. vs. J.M., J.C. y & M.* Por el contrario, el laudo que resolvió el procedimiento CAS 2011/O/2580 *I. vs. V.* es una clara muestra de aquellos casos en que procede estimar la nulidad de la cláusula penal. En tal asunto, la Formación arbitral decidió anular una determinada penalidad impuesta a un jugador por suponer la misma, en el contexto en que se recogía³¹, una restricción a su libertad personal, de elección de empleo y de desarrollo profesional, y por ser claramente desequilibrada, todo lo cual suponía un quebranto de las «buenas costumbres» (*moeurs*) a que se refieren los artículos 19 y 20³² del Código de Obligaciones suizo.

Por lo que respecta a la apreciación o no de exceso en la penalidad pactada, la parquedad del artículo 163.3 CO ha obligado a la jurisprudencia del TAS a acudir a lo indicado por la doctrina suiza y la jurisper-

30. En este sentido, y siguiendo a MOOSER (ob. cit. página 1158), «*la convention prévoyant la peine conventionnelle doit être valable. Sa validité se juge selon les règles ordinaires (forme – CO 160 N7, vices de consentement, etc.); CO 20 s'applique en particulier dans les cas où la peine serait, en tout ou partie, contraire aux mœurs (p. ex. parce qu'elle pourrait conduire à la ruine économique du débiteur dont on aurait exploité la position de partie faible du contrat)*».

31. Entre otras circunstancias, cabe señalar (i) que en el supuesto analizado en dicho caso, el monto de la pena que contractualmente se imponía al jugador era más de 100 veces superior a su salario anual (siendo el jugador además un principiante con más bien escasos recursos), y (ii) el notorio desequilibrio respecto a la pena prevista para la contraparte en caso de incumplimiento, que era 1000 veces inferior a la pena establecida en caso de incumplimiento del Jugador.

32. De acuerdo con el artículo 20.1 CO, «*le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs*».

dencia⁴ del Tribunal Federal sobre este particular. Así, por citar algunos ejemplos, MOOSER³³ sostiene que la pena debe ser reducida si su monto es irracionalmente exagerado y manifiestamente incompatible con el derecho y la equidad. Por su parte, ARROYO³⁴ afirma que la reducción debe tener lugar en casos de fuerte desproporción respecto al interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, y defiende una interpretación restrictiva de la facultad de moderar conferida al juzgador. En cuanto a la jurisprudencia suiza, baste citar como indicativa la referencia que se realiza en extracto en el laudo CAS 2013/A/3419 *Maritimo da Madeira – Futebol SAD v. Club Atlético Mineiro* a la Sentencia del Tribunal Federal Suizo 26/2006, de 28 de junio, según la cual el órgano resolutorio debe censurar penas «manifiestamente abusivas», guiado por el derecho y los principios de la equidad³⁵, o la que se realiza en el laudo CAS 2011/A/2593 *Clube Nautico Capibaribe vs. FIFA & SC de Braga SAD*, que se refiere a la necesaria reducción en caso de «grosera desproporción» entre monto de la pena e intereses del acreedor a proteger³⁶.

En cualquier caso, el perfil valorativo y un nada desdeñable componente de subjetividad van a estar siempre presentes en la decisión del Panel arbitral acerca de reducir o no la pena, siendo difícil establecer reglas generales y debiéndose descender a cada caso concreto para determinar si procede o no, atendidas todas las circunstancias concurrentes, la moderación que impone³⁷ el artículo 163.3 CO.

Dicho lo anterior, no es menos cierto que el órgano decisorio depositario no se halla completamente huérfano de guía u orientación a este respecto, ya que la abundante jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo respecto a la reducción de las penas convencionales ha contribuido a

33. Ob. cit., página 1160: «la loi n'indique pas quand une peine est excessive. Celle-ci ne doit être réduite que si son montant est déraisonnablement exagéré et manifestement incompatible avec le droit et l'équité, ce que le juge examinera au moment de la violation de l'obligation principale et dans chaque cas particulier».

34. Ob. cit., página 1488: «the Swiss Federal Supreme Court requested a restrictive approach to the reduction of the excessive sums: only if the agreed sum is in stark disproportion (krasses Misverhältnis in German) to the interest of the creditor in the performance of the secured obligation.»

35. «Therefore the Panel shall censure «manifestly abusive penalties; in this context must act with restraint, letting himself be guided by the rules of law and equity (art. 4 CC)»

36. «Under Swiss Law, the predominant view viz-a-viz Art 163, para 3 of the Swiss Code of Obligations is that the Court will use its discretion, if the relationship between the amount of the penalty agreed upon on the one hand and the interest of the creditor worthy of protection on the other hand is grossly disproportionate (ATF 1114 II 264 seq.)»

37. Debe tenerse en cuenta que la reducción de la pena establecida en el artículo 163.3 CO se configura como una obligación del juzgador («le juge doit réduire ...»). De acuerdo con lo indicado por SCYBOZ, GILLIÉRON y BRANCONI (*Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotés*, Helbing Lichtenhahn, página 125) el artículo 163.3 CO es una «norme d'ordre public, donc impérative, que le juge doit appliquer même si le débiteur n'a pas demandé expressément de réduction».

forjar un elenco de supuestos o criterios a tener en cuenta por el juzgador a la hora de determinar si debe reducirse o no una pena convencional. Así, por ejemplo, de conformidad con lo indicado en ciertos laudos dictados en la materia³⁸, algunos de tales criterios serían el *«intérêt du créancier à l'exécution»* (interés del acreedor en la ejecución), *la gravité de la faute ou de la violation de l'engagement principal* (gravedad de la falta o de la violación de la obligación principal), *la situation financière des parties* (la situación financiera de las partes) ATF 63 II 245, *la dépendance économique du débiteur* (la dependencia económica del deudor) ATF 51 II 162, *l'expérience en affaires des parties* (la experiencia de las partes en los negocios) ATF 133 III 43 JT 2007 I 226, *la nature et la durée du contrat* (la naturaleza y duración del contrato) ATF 133 III 43 JT 2007 I 226, ATF 95 II 532 JT 1971 I 40 (*interdiction de concurrence parvenue près de son terme au moment de la violation* –prohibición de competencia acaecida cerca del plazo en el momento de la violación–), *la circonstance que la peine est due une fois ou au contraire à chaque nouvelle infraction* (la circunstancia de que la pena sea devengue una vez o en cada nueva infracción) ATF 68 II 169 JT 1943 I 99, *la disproportion évidente entre dommage causé et la peine stipulée* (la desproporción evidente entre el daño causado y la pena estipulada) ATF 52 II 223 JT 1926 I 422, *entre dommage effectif ou vraisemblable et celui dont les parties ont envisagé la possibilité* (entre daño efectivo o probable y aquel potencialmente previsto por las partes) ATF 103 II 129 JT 1978 I 150, *mais non l'absence de dommage en soi* (pero no la ausencia de daño en sí) ATF 40 II 471, *pas seulement le dommage qui s'est effectivement produit, mais aussi le risque de dommage auquel le créancier était exposé* (no solo el daño efectivamente causado pero también el riesgo de daños al que el acreedor estaba expuesto) ATF 133 III 43 JT 2007 I 226.

¿Cómo y cuándo deberán aplicar tales criterios, y en qué ocasiones aplicaremos unos en detrimento de otros? Estas preguntas no tienen fácil respuesta, debiendo ser los árbitros encargados de resolver cada asunto los que tomando en consideración las particularidades del caso, determinen cómo proceder. En la práctica, son múltiples los casos en que las Formaciones Arbitrales han optado por la moderación de la penalidad, basándose en algunos de los criterios antes enunciados (ad exemplum, CAS 2013/A/3419 *Maritimo da Madeira – Futebol SAD v. Club Atlético Mineiro*, CAS 2011/A/2593 *Clube Nautico Capibaribe vs. FIFA & SC de Braga SAD*, CAS 2011/O/2397 *O. vs. E.*, o CAS 2011/O/2427 *M. vs. J.M., J.C. Y & M.*), pero igualmente no en pocos asuntos se ha decidido que no procedía la reducción de la pena (entre ellos, CAS 2013/O/3726 *I. & A. vs. J.M* o CAS 2014/A/3840 *Clube Atletico Mineiro vs Al-Gharafa SC*). La cuestión no admite pues respuestas unívocas ni soluciones omnicomprendivas, deviniendo pues esencial la sensibilidad en la apreciación del juzgador respecto al particular.

38. Entre ellos, CAS 2014/O/3726 *I. & A. vs. J.M.*, o CAS 2011/O/2397 *O. vs. E.*

4. CLÁUSULAS PENALES Y CLÁUSULAS DE «LIQUIDATED DAMAGES»: DISTINCIÓN Y ENFOQUE DE LA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

Aun cuando no existe norma alguna en el Código de Obligaciones suizo que dé carta de naturaleza a las cláusulas de *liquidated damages*, ni que establezca expresamente una distinción entre éstas y las cláusulas penales *in genere*, tanto la jurisprudencia como la doctrina suiza han venido realizando dicha distinción³⁹. De este modo, en derecho suizo «*La peine conventionnelle doit être distinguée de la fixation contractuelle du dommage (Schadenpauschalierung), les parties stipulant le mode de calcul de celui-ci*»⁴⁰. Como se ha explicado en la introducción de este trabajo, tal diferenciación se fundamenta en la distinta naturaleza y finalidad que cumplen dichas estipulaciones que, en cierto modo, conlleva la necesidad de departirles un trato jurídico distinto.

En derecho suizo, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, las cláusulas de *liquidated damages* («*fixation contractuelle du dommage*» o *Schadenpauschalierung*) son aquellas que se pactan con el fin de determinar anticipadamente los daños y perjuicios de los que deberá responder el deudor en caso de incumplimiento del contrato, y que serán exigibles con la única condición de que, efectivamente, el incumplimiento haya causado un daño. No se trata por tanto de sancionar el incumplimiento o de incentivar el cumplimiento, sino de determinar anticipadamente y de forma convencional, cuáles son los daños que se van a derivar de un incumplimiento contractual. Por lo tanto, se podría decir que con ella las partes (o una de las partes, en caso de no tratarse de obligaciones sinalagmáticas) vendrían a limitar su responsabilidad contractual para el caso de un incumplimiento (cuestión que, como veremos a continuación, resulta relevante para comprender el funcionamiento de las mismas). Del mismo modo, resulta evidente que, al no tener un componente punitivo, la virtualidad de estas cláusulas está condicionada al hecho de que el potencial incumplimiento contractual efectivamente produzca un daño a la otra parte. Es decir, que dicha estipulación únicamente será operativa y exigible en caso de que el incumplimiento haya producido un daño, en cuyo caso éste no deberá ser cuantificado ni evaluado, por cuanto el mismo ya ha sido determinado anticipadamente por las partes.

Por el contrario y como hemos visto, en derecho suizo las cláusulas penales se emplean generalmente para incentivar o promover el cumplimiento de

39. Como señala DÖRIG, «*Most penalty clauses provide that the debtor must pay a fixed sum in case of non-performance or breach of contract. The payment of a fixed sum can either be construed by the parties as liquidated damages or as a penalty. Both are admissible under Swiss law. Liquidated damages are used to estimate damages in case of non-performance or breach of contract and are due only if the creditor can demonstrate the existence of damage. As the damages are liquidated, the exact amount of the damage need not be shown. On the other hand, the triggering of a penalty clause does not require proof of any real damage*» (DÖRIG, M., *Supreme Court rules on contractual penalties*, en International Law Office; <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=c6783f39-4672-48fa-97de-80d72c90db2e>).

40. MOOSER, ob. cit. página 1152.

la obligación contractual, mediante el establecimiento de una pena accesoria de naturaleza punitiva para el caso de que el deudor no cumpla su obligación. Dicha pena, obviamente, no sólo tendrá una función coercitiva, sino que –dado el carácter híbrido de la cláusula penal– igualmente cumplirá una función compensatoria de los daños y perjuicios que ha causado el incumplimiento, a cuyo resarcimiento deberá aplicarse en todo caso el importe de la misma (pues «*Le montant de la peine s'impute sur celui du dommage*»⁴¹). No obstante, a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas de *liquidated damages*, cuya operatividad viene condicionada por la producción de un daño contractual derivado del incumplimiento, en el caso de las cláusulas penales, dado el carácter autónomo de las mismas, para que sea exigible la misma no será necesario que el acreedor demuestre la existencia o el alcance de los daños que se puedan haber causado (pues «*La peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage*», ex. art. 161.1 CO), bastándole únicamente demostrar el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto de la obligación principal, de la que la pena es accesoria.

De esta forma, y pese a lo que en la práctica ocurre en ocasiones, la distinción entre estas dos figuras jurídicas es relevante y no meramente trivial o fruto de sutilezas académicas, ya que el régimen jurídico aplicable irá en función de la naturaleza y finalidad que las partes han querido dar a la estipulación concreta. Particularmente, como hemos parcialmente apuntado, su distinta naturaleza tiene trascendencia directa en dos aspectos fundamentales:

A. EXIGIBILIDAD

El primer aspecto en el que tiene incidencia esta distinta conceptualización se refiere a los requisitos de operatividad de este tipo de cláusulas. En el caso de las cláusulas penales, dado su carácter punitivo, éstas resultarán exigibles siempre (sin perjuicio de su potencial moderación), aun cuando el incumplimiento contractual no hubiera generado ningún daño a la otra parte (art. 161.1 CO). Por el contrario, cuando las partes hayan pactado una verdadera cláusula de *liquidated damages*, ésta únicamente resultará exigible al deudor en caso de que el incumplimiento haya generado efectivamente algún daño al acreedor, que por lo tanto tendrá la carga de probar su existencia (no así su alcance o importe, que vendrá predeterminado por la estipulación contractualmente pactada).

Esta es sin duda una diferencia trascendental, puesto que mientras que las cláusulas penales serán exigibles automáticamente, siempre que se haya producido un incumplimiento contractual, para que la cláusula de *liquidated damages* sea exigible, el acreedor no sólo deberá demostrar dicho incumplimiento contractual, sino que además deberá probar que el mismo le ha producido daños. Ello por cuanto, como se ha dicho, en este último caso (*liquidated damages*) las partes no pretenden sancionar un incumplimiento sino cuanti-

⁴¹. MOOSER, ob. cit. página 1156.

ficar *ex ante*, al inicio de su relación contractual, el importe de los daños que pueden derivarse del mismo.

B. CONTROL JUDICIAL (O ARBITRAL)

En segundo lugar, la distinción entre ambos tipos de cláusulas tiene incidencia en el régimen de control judicial (o arbitral) de las mismas, ya sea moderándolas (163.3 CO) o en su caso, y de concurrir los requisitos para ello, incrementándolas hasta cubrir la totalidad de los daños efectivamente causados (161.2 CO).

En el caso de las cláusulas penales, como se ha expuesto, éstas pueden ser moderadas judicialmente en caso de que resulten excesivas. No obstante, dado el carácter punitivo de la cláusula penal y que la misma es una manifestación del principio de libertad contractual, su excesividad no se derivará automáticamente de la desproporción que pueda existir entre su importe y el de los daños efectivamente causados (aun cuando pueda ser un elemento a tener en consideración), sino del resultado del test global que deberá realizar el juez o el árbitro, valorando una serie de parámetros que ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo (vid. apartado 3 anterior) que, analizados en conjunto, pueden llevarle a concluir que la cláusula penal resulta «excesiva».

Por su parte, las cláusulas de *liquidated damages* son también moderables, por aplicación analógica del CO (así, por ejemplo, ATF 83 II 525). No obstante, a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas penales, dado que éstas carecen de efectos punitivos y su finalidad única es el resarcimiento del daño causado, cuando exista una notoria y gran desproporción entre el daño efectivamente causado y el importe prefijado contractualmente, podrán ser moderadas por el juez o el árbitro, no siendo preciso (aunque sí posible) atender al resto de criterios exigidos para la moderación de las cláusulas penales.

Igualmente, con idéntico fundamento en la distinta naturaleza y función de las cláusulas penales y de las cláusulas de *liquidated damages*, el importe de las primeras podrá ser incrementado con fundamento en el art. 161.2 CO (debiendo demostrar para ello que ha existido «*une faute à la charge du débiteur*»), pero, por el contrario, y dado el carácter limitativo de la responsabilidad contractual de las segundas, éstas en principio no podrán ser incrementadas (salvo en casos excepcionales como los de dolo o negligencia grave⁴²), aún cuando los daños superen al importe fijado contractualmente.

Como resumen de todo ello, tal y como pone de relieve MOOSER⁴³ «*la distinction est importante [entre cláusula penal y cláusula de liquidated damages], notamment sous l'angle de l'exigibilité du montant (le créancier pourrait, en cas de peine conventionnelle, exiger le montant dû même s'il ne subit pas de dommage) et*

42. Puesto que el derecho suizo prohíbe los pactos que limiten la responsabilidad en casos de dolo o negligencia grave (art. 100.1 CO: «*Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave*»).

43. Ob. cit. página 1152, nota al pie 18.

sous l'angle de l'étendue de ce montant (CO 161 II ne s'appliquent pas au dommage forfaitaire). En revanche, une réduction de ce montant, aux conditions de CO 163, appliqué par analogie, est en principe possible lorsque le montant du dommage effective est sensiblement inférieur au montant forfaitaire».

No obstante lo anterior, cuando descendemos al plano del derecho práctico, no siempre resulta sencillo determinar si una estipulación contractual concreta es una cláusula penal o una genuina cláusula de *liquidated damages*. Muchas veces tal dificultad se debe a la defectuosa técnica empleada por las partes en la redacción del contrato, utilizando confusa e indiscriminadamente, sin el debido rigor jurídico, términos que, si bien pueden guardar relación, no siempre significan lo mismo. Así, las cantidades que se pactan pagar en caso de incumplimiento contractual, son calificadas en ocasiones por las partes indistintamente como «*penal clause*», «*penalty clause*», «*buy-out clause*», «*liquidated damages*», «*damages*», «*indemnity*», «*compensation*», «*penalty*», etc., dificultando así su evaluación por parte del tribunal arbitral. A ello hay que añadir el problema derivado del carácter internacional de muchos de los contratos futbolísticos, que supone que las partes estén aplicando conceptos jurídicos que, posiblemente, tengan distinto alcance o significado para cada una de ellas, habida cuenta de su distinta tradición jurídica. Igualmente, el análisis por parte del TAS resulta también en ocasiones complejo, por cuanto el mismo está compuesto por árbitros de distinta procedencia y escuela jurídica, que provoca que, en algunos casos, una misma estipulación pueda ser considerada de forma distinta por Formaciones Arbitrales también distintas. Tales circunstancias, sin duda, hacen ciertamente complejo que pueda existir un cuerpo jurisprudencial absolutamente uniforme en esta materia.

Con todo, analizando la jurisprudencia dictada por el TAS al respecto, sí que podemos poner algunos ejemplos ilustrativos de cómo son tratadas estas estipulaciones por dicha institución arbitral. De entrada, debemos dejar claro que no son pocas las ocasiones en las que el TAS ha analizado cláusulas de *liquidated damages*, declarando que las mismas son válidas y conformes a derecho suizo, siendo necesario para que sean operativas que el acreedor de la misma pruebe que los daños realmente existen, aun cuando no deba probar el alcance de los mismos (CAS 2010/O/2177 M. & 2. vs. F.). Igualmente, el TAS ha despejado cualquier duda en cuanto al control arbitral de tales cláusulas, declarando que éstas pueden ser objeto de moderación arbitral (i.a. CAS 2010/A/2202 *Konyaspor Club Association vs. J.*, o CAS 2005/C/976 & 986 *FIFA & WADA*).

Asimismo, en cuanto a la distinción de la cláusula penal de una cláusula de *liquidated damages*, el TAS ha declarado (CAS 2013/A/3419 *Maritimo da Madeira – Futebol SAD v. Club Atlético Mineiro*) que, de acuerdo con el derecho suizo, no es preciso que dicha estipulación expresamente sea denominada por las partes como «cláusula penal», ni tan siquiera que la misma determine un importe fijo, a tanto alzado (*à forfait*), sino que es incluso posible establecer su importe posteriormente (en el momento del incumplimiento) de acuerdo

con una fórmula objetiva prefijada⁴⁴. Adicionalmente, como criterio útil para diferenciar ambos tipos de estipulaciones, en alguna ocasión el TAS ha señalado⁴⁵ que, en principio, dado su carácter punitivo, el importe de las cláusulas penales suele ser más elevado que el de las de *liquidated damages*.

Por último, para terminar de dibujar el perfil jurisprudencial de este tipo de cláusulas contractuales, el TAS también ha aclarado que, para que éstas sean válidas en derecho suizo no es necesario que sean recíprocas (CAS 2013/A/3411 *Al Gharafa & Bresciano vs. Al Nassr & FIFA* o CAS 2014/A/3746 *Al-Hilal Sports Club vs. Diego Garzitto*).

No obstante, el tratamiento que la jurisprudencia del TAS ha hecho de las cláusulas de *liquidated damages* no siempre tiene la uniformidad deseable, existiendo en particular cierta confusión en relación con los casos relativos a la aplicación del citado art. 17.1 del RETJ. Concretamente, en muchos de estos casos el TAS entiende⁴⁶ que, con independencia de cómo hayan denominado las partes a dichas estipulaciones («*buy-out clauses*», «*indemnity*» o «*penalty clauses*»), las mismas vienen a ser en realidad cláusulas de *liquidated damages*, por las que las partes han previsto anticipadamente el importe a pagar en caso de un incumplimiento contractual o de resolución unilateral del contrato (i.a. CAS 2008/A/1519-1520 *FC Shakhtar Donetsk VS. Matuzalem & Real Zaragoza SAD & FIFA*, CAS 2013/A/3419 *Maritimo da Madeira – Futebol SAD v. Clube Atlético Mineiro*). En nuestra opinión, ello puede resultar discutible por cuanto, aun pudiendo convenir que dichas cláusulas no son en realidad cláusulas penales, en ocasiones se pueden estar confundiendo conceptos similares pero distintos, como son las cláusulas de desistimiento («*buy out clauses*»), de tipo penitencial, por las que las partes fijan el «precio

44. «Both arguments are unavailing, because under Swiss law it is neither required that a penalty clause be expressly denominated as such, nor that the penalty contain a pre-fixed amount, it being possible to establish an amount to be determined by the application of an objective formula, as it occurs in the instant case» (CAS 2013/A/3419 *Maritimo da Madeira – Futebol SAD v. Clube Atlético Mineiro*, apartado 93 in fine).

45. «Higher amounts are appropriate for penalties that are not only intended as liquidated damages but, in addition, prevent the debtor from breaching its contractual obligation in the first place (punitive function of a penalty clause» (CAS 2012/A/2847 *Hammarby Football AB vs. Besiktas*, apartado 73).

46. Así, por ejemplo, en el caso CAS 2008/A/1519-1520 *FC Shakhtar Donetsk VS. Matuzalem & Real Zaragoza SAD & FIFA*, el TAS declaró (párrafo 68) que «Whether such clauses are called “buy-out clauses”, “indemnity” or “penalty clauses” or otherwise is irrelevant. To meet the requirements of art. 17 para. 1 FIFA Regulations the parties shall have “provided otherwise”, i.e. the parties shall have provided in the contract how compensation for breach or unjustified termination shall be calculated. Legally, such clauses correspond therefore to liquidated damages provisions, at least so far as the real will of the parties to foresee in such clauses the amount to be paid by the breaching party in the event of a breach and/or of unilateral, premature termination of the employment contract is established. Indeed, when FIFA and the relevant stakeholders were drafting the provision, it was recognized that such kind of penalties/liquidated damages may be validly agreed between the parties and, in such a case, it should not be up to the FIFA Regulations to deprive such a clause of its legal effect».

por desistir del contrato (no produciéndose en tales supuestos ningún incumplimiento), con las genuinas cláusulas de *liquidated damages*, que por su naturaleza suponen la existencia de un incumplimiento contractual que, además, ha producido daños a la otra parte del contrato.

Tal ambigüedad ha sido puesta de manifiesto por el TAS por ejemplo, advirtiendo *obiter dictum* que «*such a clause is often referred to as a penalty clause or a liquidated damages clause*» (CAS 2010/A/2145 & 2146 *Sevilla FC SAD vs. Udinese Calcio, spa*), o en casos en que aun reconociendo que las *buy-out clauses* son «*clauses that determine in advance the amount to be paid by a party in order to terminate prematurely the employment relationship*» (por lo tanto, cláusulas de desistimiento), al mismo tiempo concluye que «*such kind of clauses are, from a legal point of view, liquidated damages provisions*» (CAS 2008/A/1568 *Tomas Mica & Football Club Wil 1900 vs. FIFA & Club PFC Naftex AC Bourgas*⁴⁷, apartado 6.34).

Así pues, aun existiendo actualmente una más que abundante jurisprudencia en la materia, es más que probable que en los años venideros el TAS vaya afinándola, en pos de la seguridad jurídica en este tipo de asuntos.

5. CONCLUSIONES

Las anteriores consideraciones nos conducen a concluir que el establecimiento de cláusulas penales resulta perfectamente lícito y válido en los contratos futbolísticos según se ha venido repetidamente confirmando por parte del TAS, y que más allá del reconocimiento de dicha realidad, su inclusión en los contratos se revela además extraordinariamente útil, sobre todo en aquellos casos en que pueda existir dificultad en la determinación o cuantificación de los daños en caso de incumplimiento de una de las partes del contrato, que no son ni mucho menos pocos en la práctica.

La interpretación y aplicación de tales cláusulas dependerá en gran medida de lo pactado por las partes en el contrato y del derecho sustantivo que tales partes hayan elegido para regir su relación, lo cual obliga a ser muy cauteloso tanto en la formulación concreta de dichas cláusulas como en la elección de la ley aplicable al contrato, en función de los intereses de la parte que pretendamos proteger en cada caso. Un buen trabajo en la negociación y redacción de dichas cláusulas ahorrará sin duda potenciales conflictos e incertidumbres en caso de litigio, que como hemos tenido ocasión de ver al analizar la jurisprudencia del TAS en la materia, son comunes en este tipo de situaciones, donde el incumplidor buscará por lo general cualquier resquicio o hueco para tratar de amparar la inaplicación la penalidad pactada o por lo menos, para lograr la mitigación de sus efectos.

47. A idéntica conclusión llega el TAS en los casos CAS 2008/A/1519-1520 *FC Shakhtar Donetsk VS. Matuzalem & Real Zaragoza SAD & FIFA* o CAS 2007/A/1358 *FC Pyunik Yerevan vs. Edel Apouma Edima Bete, AFC Rapid Bucaresti & FIFA*.

Sin embargo, y como hemos tenido ocasión de analizar, ejercer un proteccionismo exacerbado puede resultar contraproducente. Un exceso de celo en el ánimo de salvaguardar a máximos los intereses del acreedor puede llevarnos precisamente a un resultado contrario al pretendido: la falta de validez de la cláusula pactada o por lo menos, su moderación por desproporcionada.

Por ende, la ponderación y el análisis consciente y responsable de todas las circunstancias concurrentes deviene imperativo en la no siempre sencilla tarea de definir el contenido de este tipo de cláusulas. Una solución correcta para un caso puede ser inconveniente para otro, por lo que deberemos huir de automatismos y modelos-tipo que conduzcan a situaciones no deseadas. El recurso de simplemente acudir a nuestra experiencia de otros casos puede jugarlos una mala pasada.

En cualquier caso, no debe desconocerse que la obtención de una plena robustez y seguridad en cuanto a los efectos de estas cláusulas no siempre se aventura sencillo, habida cuenta que en la jurisprudencia emanada del Alto Tribunal deportivo, no siempre las soluciones adoptadas son completamente uniformes, ni probablemente puedan serlo debido en muchas ocasiones al importante margen de apreciación que imprime en la práctica cada Formación Arbitral en el análisis de cada situación concreta y a la delgada línea que muchas veces separa las penas convencionales de las cláusulas de *liquidated damages*, cuyo régimen, como hemos tenido ocasión de comprobar, no es ni idéntico ni equivalente.

Tales incertidumbres se acrecientan aún más por el hecho de tener el Panel Arbitral conferidas facultades moderadoras de la pena y/o de la liquidación anticipada de daños. Si bien es cierto que existen unos principios generales o criterios orientadores que las Formaciones Arbitrales siguen y observan, no lo es menos que el concepto, alcance y monto del eventual «exceso» no siempre será entendido del mismo modo por todos los árbitros.

El esfuerzo y la habilidad argumentativa de las partes se destinará pues con frecuencia a convencer al Tribunal de que nos hallamos ante un tipo de cláusula u otro, o de que es necesario (o bien totalmente improcedente) reducir la pena o cantidad prefijada convencionalmente. La ausencia, en muchas ocasiones, de un entorno claro y la cierta discrecionalidad que se atribuye al juzgador así lo abonan.