

LA CONTROVERSIA SOBRE LA LEGALIDAD DEL DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY DE TASAS DE INTERÉS Y USURA: UNA CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY 18.212

Rodríguez Russo
Prof. Adj. de Derecho Privado II-III

I. INTRODUCCIÓN

1. En anterior oportunidad publicamos en este Blog de Derecho y Actualidad un pequeño trabajo con las primeras reflexiones sobre el Decreto 344/009, Reglamentario de la Ley de Tasas de Intereses y Usura N° 18.212(1), en el que en lo medular destacábamos su legalidad, puesto que, al amparo de lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 10 de la Ley, vino a establecer las condiciones para que algunas cláusulas penales quedaren excluidas del cálculo de la Tasa de Interés Implícita de la operación, tanto en la opción por la ejecución forzada, como en la resolución del contrato por incumplimiento.

Lo dicho en el entendido que la ley incluye en el mencionado cálculo a las cláusulas penales en todos los casos. Así lo manifestamos desde la primera edición de nuestra obra(2): las cláusulas penales estarán sujetas a límites o topes en todos aquellos casos en que deban incluirse en el cálculo de la Tasa de Interés Implícita. Y esos casos son todos, salvo los que en el futuro el Poder Ejecutivo excluya en base al párrafo 3° del artículo 10 de la Ley, en particular en la compraventa de inmuebles. En ese sentido concretamente indicamos: *"toda vez que la cláusula penal se computa para calcular la tasa de interés implícita, en caso de verificarse la usura civil, la pena debe ser afectada por la nulidad o caducidad; en cambio, cuando las cláusulas penales queden excluidas del cálculo de la tasa de interés implícita, tal como acontecerá en los casos previstos por el inciso 3 del Art. 10 de la Ley, esto es, cuando el Poder Ejecutivo reglamente los casos excluidos, las mismas no serán afectadas en caso de configurarse la usura civil. Esto es así en la medida en que si la cláusula penal no se computa para calcular la usura (...) luego no puede ser afectada por una caducidad (o nulidad, en su caso) que se aplica como sanción a la usura"*(3).

2. En el citado trabajo sobre el Decreto Reglamentario mencionábamos las opiniones divergentes de Molla y Groisman(4), quienes entienden que las cláusulas penales se encuentran topeadas -y que por consiguiente rige la sanción del artículo 21 de la Ley- únicamente en la vía de la ejecución forzada, pues este artículo dispone que configurada la usura “caduca el derecho a exigir el cobro”, siendo ello reafirmado por el inciso final que refiere al “crédito subsistente a ejecutar”. Esto sería indicativo que la sanción civil operaría para la ejecución forzada que promueva el acreedor, no para la resolución del contrato, pues aquí, lejos de ejecutar, se busca extinguir la relación.

En lo medular señalan los citados autores que, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley, la cláusula penal, junto con el capital, integra el elenco de flujos de pagos programados en el contrato. Por lo tanto, “para el caso de haberse pactado la acumulación de pena y cumplimiento, de acuerdo a lo ordenado por el art. 1367 inc. 2 del Código Civil, la pena debe incluirse a los efectos del cálculo de la tasa de interés implícita”.

“En cambio, la situación es distinta de pactarse la pena solamente para el caso de resolución del contrato por incumplimiento. Lo dicho, por cuanto, en esta hipótesis la pena no está programada para integrar el elenco de “flujos de pago” referidos en el artículo 10, o sea para el caso de cumplimiento o ejecución del contrato, sino para la otra opción que confiere el art. 1431 del Código Civil al acreedor...”.

Y concluyen expresando que “la pena establecida exclusivamente para el caso de optarse por la resolución del contrato, no estará sujeta a la contingencia de no poder exigirse”, posición que a su entender sería “coherente con la materia regulada por la Ley constituida por las obligaciones dinerarias a pagar en momento diferente a aquél en el que se celebra la operación”.

3. En la última entrega del Anuario de Derecho Civil Uruguayo el distinguido civilista y amigo Roque Molla ratifica su anterior opinión, puntualizando que el régimen de la Ley 18.212 no es aplicable a la cláusula penal pactada en una compraventa para el caso de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pagar el precio, siendo aplicable únicamente a la pena por retardo y a la pena por incumplimiento, en este último caso si mediare pacto de

acumulación(5). Argumenta que la materia disciplinada por la Ley es el control de la usura en las obligaciones de pagar sumas de dinero en momento diferente al perfeccionamiento del negocio, habiendo tenido en cuenta únicamente la situación de ejecución del contrato, no la de su resolución por incumplimiento, supuesto este que no integra el elenco de pagos que se obliga a realizar el deudor en cada momento del tiempo y que, por ende, no sufre las consecuencias de la aplicación del artículo 21 de la Ley.

4. Recientemente Molla, en trabajo publicado en este Blog de Derecho y Actualidad, sostiene la ilegitimidad del Decreto Reglamentario 344/009 por razón de materia(6).

Expresa el reputado civilista compatriota: *"El Decreto reglamentario de la ley 18.212 es ilegítimo, porque excede la materia de la ley en cuyo ámbito puede ejercer la potestad reglamentaria"; "el límite de la potestad reglamentaria del Decreto es el de la ampliación de facultades conferida por la ley para actuar"*. Y en su opinión la cláusula penal pactada exclusivamente para el caso de optarse por la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pagar el precio nunca puede integrar el elenco de los flujos de pago a que refiere el inciso 2º del artículo 10 de la Ley; *"la inclusión de la cláusula penal solo es procedente (ya sea por su naturaleza: penas por incumplimiento tardío o por haberse pactado la acumulación de pena por incumplimiento) (...) cuando se pretenda la ejecución forzada de la obligación dineraria"*.

5. También Berdaguer(7) se ha pronunciado en el sentido que en los casos en que se reclama la resolución del contrato la cláusula penal nada tiene que ver con la usura, pues ésta es concebible solamente si el acreedor persigue la ejecución forzada de una obligación de suma de dinero. Cuando en cambio el acreedor *"opta por la resolución no hay obligación de suma de especie alguna pues la sentencia judicial resolvió el contrato y extinguió ambas obligaciones"*. Si la usura consiste en esencia en traspasar el tope legal de los intereses en una obligación dineraria, el hablar de "usura" presupone que la referida obligación exista; en caso de resolución del contrato *"no existe una obligación de suma vigente a la que se pueda aplicar un tope de interés de especie alguna"*.

Refiriéndose al Decreto Reglamentario 344/009 señala el destacado civilista que el Poder Ejecutivo -al extender las limitaciones del

interés usurario a la resolución del contrato- se excedió en las facultades que le delegó la Ley, pues dichas facultades se encontraban doblemente limitadas: primero, a la reglamentación de la usura, la cual supone la existencia de obligación de suma de dinero cuyo cobro se exige por el acreedor (lo que no existe si se opta por la resolución del contrato); segundo, dentro de la materia reglamentaria, debiendo haber armonizado lo establecido por la Ley 18.212 con el régimen general de la cláusula penal del Código Civil. En consecuencia, estima que *"la referida delegación que le hizo el legislador no incluía (ni podía incluir) la potestad de agregar -dentro del tope de la usura- a las cláusulas penales previstas para los casos de resolución de contratos bilaterales"*(8).

II. LOS TÉRMINOS DE LAS DIFERENCIAS: LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY 18.212

1. La controversia sobre la legitimidad o ilegitimidad del referido Decreto Reglamentario 344/009 gira en torno a la interpretación de la Ley 18.212: si ella incluye o no en el cálculo de la Tasa de Interés Implícita o Tasa Interna de Retorno a la cláusula penal pactada para el caso de resolución del contrato por incumplimiento.

Como acabamos de señalar, para Molla, Groisman, y Berdaguer, no está incluida. Nosotros, en cambio, pensamos que sí.

Las disímiles interpretaciones se originan en la falta de claridad y precisión del texto legal, que emplea para situaciones jurídicas un lenguaje que no es el lenguaje técnico del derecho(9).

Las normas jurídicas se manifiestan a los sujetos jurídicos a través de un cierto lenguaje, que se denomina habitualmente lenguaje normativo. Cada norma determinada se expresa a través de una oración o frase; pero estas frases u oraciones no son las normas mismas, sino solamente su signo(10).

El lenguaje del legislador, como dice Bobbio(11), no es necesariamente riguroso, ni necesariamente completo, ni necesariamente ordenado, por lo que requiere una fase de purificación, de completamiento y de ordenación.

2. Más allá de ello, consideramos que la ley incluye a todas las cláusulas penales en el cálculo de la Tasa de Interés Implícita de la operación crediticia (penas por incumplimiento o por retardo, para

el cumplimiento o ejecución forzada como para la resolución del contrato por incumplimiento).

Primeramente porque el artículo 10 no distingue; refiere a cláusulas penales sin más, para incluir a toda pena por incumplimiento, independientemente de la vía en que por voluntad de las partes deba actuar (ejecución o resolución). Más aún, cuando el inciso 3º establece que "el Poder Ejecutivo reglamentará las condiciones para que *algunas* cláusulas penales queden excluidas (...)", está reafirmando que se incluyen a todas. De lo contrario no tendría sentido que disponga que solamente "*algunas*" puedan ser excluidas.

De acuerdo al sistema del Código Civil la cláusula penal rige en la ejecución forzada solamente si media pacto expreso de acumulación con el cumplimiento (artículo 1367 inciso 2º)(12), lo que de por sí es indicativo que el instituto tiene como ámbito propio de actuación la resolución del contrato. Lo corrobora el artículo precedente, que confiere al acreedor el derecho de exigir a su arbitrio la pena estipulada o la ejecución de la obligación principal. No es necesario pactar expresamente que la cláusula penal prevista deba regir para la resolución; la estipulación expresa es necesaria sí para que ella pueda operar en la ejecución forzada (cúmulo entre "la obligación principal y la pena" en la terminología del Código Civil).

En segundo lugar, porque si bien es cierto que la ratio legis es la regulación de la usura(13), esa misma ratio conduce a nuestro juicio a la interpretación señalada.

Molla(14), convocando en cita a Emilio Betti, expresa que "la materia (ratio legis) de la ley es la disciplina de la usura civil y penal abarcativa no solamente de los intereses usurarios sino también de los negocios usurarios en las operaciones de crédito", como surge de los artículos 1, 10, 19 y 21 de la ley. Entiende que el texto legal "ha regulado exclusivamente la situación de obligación de pagar suma de dinero en forma diferida, abocándose al control de los intereses usurarios en el Capítulo III, ya sea para el caso de cumplimiento como en situación de ejecución forzada", sin tener en cuenta, "por ser ajeno a la materia regulada, la otra opción que genera el incumplimiento del deudor: la resolución del contrato y sus eventuales consecuencias".

Enseña Coviello(15) que es necesario tener en cuenta la *ratio legis*, en el doble sentido de la expresión de principio superior de derecho del cual deriva una disposición como consecuencia y de objeto práctico que la ley se propone lograr. Pero advierte que "el examen de la *ratio legis*, en el significado de objetivo práctico, por sí solo puede conducir a error, ya que, no por haberse encontrado tal objetivo, se ha encontrado también la naturaleza del medio, existiendo medios de índole diversa que pueden conducir al mismo fin; y también porque a una misma disposición de la ley pueden atribuirse distintas finalidades prácticas".

Pensamos que tanto del tenor del artículo 10, como del contexto y de la propia *ratio iuris* de la norma(16), se colige que las penas pactadas para el caso de resolución del contrato están incluidas en el cálculo de la TIR.

Tal como lo señala Betti, "siendo varios los aspectos de la ley inescindibles el uno del otro, como es inescindible la palabra del pensamiento que ella expresa y a su vez el pensamiento del propio objeto, bien se comprende que también las diferentes fases del proceso interpretativo no son sino consideradas como medios independientes el uno del otro y que se adoptan indiferentemente o según accidentales criterios de preferencia, pero que deben, en cambio, considerarse ligados entre sí por un orden de secuencia como *sucesivos momentos de un proceso inescindible*, que no consigue su resultado si no se actúa en integridad (...) A medida que el intérprete profundiza e interioriza la declaración (...) en su contenido de espíritu y pensamiento, a medida que él con su comprensión se adueña del discurso (...) de la que aquélla forma parte y llega a encuadrarla en la totalidad espiritual a la que pretende, sucede que la comprensión antes provisoria o aproximativa, se va perfeccionando, corrigiendo e integrando. En la progresión de una a otra fase de este proceso va implícito también un filtro crítico, un control del resultado provisional obtenido. De modo que la interpretación de la fase subsiguiente lleve a confirmar el sentido fijado en la precedente, y, de este modo, establecer que el tenor literal de la declaración es congruente con su contenido normativo y éste, a su vez, congruente con la *ratio iuris*"(17).

Es cierto que el artículo 19 refiere a las penas por retardo -que por otra parte deben surgir con nitidez(18)- pero de allí pensamos que

no puede inferirse necesariamente que esas son las cláusulas penales a que refiere el artículo 10. Por el contrario, son dos situaciones distintas, al grado tal que el legislador emplea dos denominaciones diferentes: a las penas por incumplimiento las denomina "*cláusulas penales*" (artículo 10), en tanto que a la pena o cláusula penal por retardo la llama "*multa por mora*" o "*multas por atrasos*" (artículo 19). En ese contexto lo que viene a evidenciar el artículo 19 es que también las penas por retardo se incluyen en el cálculo de la tasa de interés implícita de la operación (definida por el artículo 10) clausurando así cualquier duda al respecto: ambas, pena por incumplimiento y pena por retardo, están incluidas en el referido cálculo.

Esto se confirma con la remisión que efectúa el inciso 2º del artículo 10, precepto que luego establece cómo se determina la existencia de intereses usurarios en las operaciones de crédito originadas en la venta de bienes y servicios no financieros realizados por el propio proveedor, establece: "*aplicándose en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 15 de la presente ley*". Y este artículo 15 regula los rubros excluidos del cálculo de la TIR y allí no figuran las penas por incumplimiento pactadas para el caso de resolución del contrato. Obsérvese que el mentado inciso 2º distingue el "valor actualizado del flujo de pagos" de lo que son "intereses, compensaciones, comisiones, gastos, seguros u otros cargos por cualquier concepto, incluidas las cláusulas penales". Para este supuesto el artículo 15 excluye algunos rubros (intereses, comisiones, gastos, primas de seguros) pero no incluye en el elenco de las exclusiones a las penas por incumplimiento previstas para el caso de resolución del contrato.

Por otra parte, si realmente las únicas cláusulas penales que incluye el artículo 10 debieran ser las mismas a que refiere el artículo 19, vale decir, penas por retardo, estarían excluidas en todos los casos todas las demás penas por incumplimiento, tanto las exigibles en la ejecución forzada (por haberse pactado el cúmulo) como las previstas para el caso de resolución del contrato. De esa manera quedarían sujetas a los topes de la usura únicamente las penas por retardo pactadas para el incumplimiento temporal, sin que las penas por incumplimiento previstas (pacto mediante) para acumularse con la obligación principal estén sujetas a límite alguno,

lo que comportaría una disonancia intrínseca de la propia ley, que ante la identidad de situaciones y mediando los mismos fundamentos para la tutela, vendría a preordenar dos soluciones completamente disímiles.

El artículo 21, que establece la sanción para la usura civil, si bien refiere a la caducidad⁽¹⁹⁾ del "*derecho a exigir el cobro*" de intereses y otros rubros, así como a "*crédito subsistente a ejecutar*", es perfectamente compatible con la inclusión de la cláusula penal para el caso de resolución del contrato en el cálculo de la Tasa de Interés Implícita. En efecto, configurada la usura caduca el derecho a exigir la pena, pudiendo el acreedor solamente exigir el crédito subsistente -que no es otro que la obligación dineraria principal a la cual accedía en términos asegurativos la propia cláusula penal que "caducó"- o, en su caso, pedir la resolución del contrato.

Pensamos que el hecho que la norma refiera a la ejecución forzada del crédito subsistente (puesto que caducaron los rubros usurarios, entre ellos la cláusula penal) no significa que la única cláusula penal que se incluya en el cálculo sea la prevista para el cumplimiento o ejecución forzada⁽²⁰⁾. *El precepto (artículo 21) regula la sanción de la usura civil, no los rubros que se incluyen para el cálculo de la misma.* A esto último provee el multicitado artículo 10.

3. La Ley 18.212 regula los intereses y la usura en las operaciones de crédito o similares (artículo 1º), las que conforman el ámbito de aplicación objetivo del texto legal. Habrá operación de crédito cuando como contraprestación por un bien o servicio, o por la disponibilidad de dinero, una parte se obliga a pagar una suma de dinero diferida en el tiempo, sea que este diferimiento resulte o no fraccionado en varias prestaciones.

Y si bien es cierto que, como señala Molla, la ley "*ha regulado exclusivamente la situación de la obligación de pagar suma de dinero en forma diferida*", ello no significa que quede excluida la pena por incumplimiento pactada para el caso de resolución del contrato. Pues justamente, la cláusula penal, como negocio jurídico accesorio, depende para existir de esa obligación dineraria principal cuya exigibilidad ha sido diferida. Vale decir, tanto la pena por retardo, como la pena por incumplimiento (a ser acumulada con el cumplimiento -si así se pactó- o actuable en caso de resolución del

contrato) supone la existencia de una operación de crédito, la que de acuerdo a la ley se configura cuando hay una obligación de pagar suma de dinero en forma diferida. Como de suma de dinero es también, por hipótesis, el contenido de la propia pena.

Berdaguer(21) argumenta que en caso de resolución del contrato se extinguen las obligaciones, por lo que al no existir más la obligación de pagar suma de dinero no puede haber usura, al no poder aplicarse un tope de interés de especie alguna.

Es cierto que la resolución del contrato por incumplimiento es una causa de cesación de la eficacia contractual, por lo cual operada la misma se extingue la relación obligatoria por vía de consecuencia(22). Pero no debe perderse de vista que el momento al cual debe referirse para la operación de determinación de la usura es el de la "*fecha de constituir la obligación*" o de "*convenir la obligación*" (artículo 11); ella se calcula por referencia a los topes máximos vigentes a ese momento, los que se determinan en función de determinado porcentaje sobre las tasas medias de interés correspondientes al trimestre móvil anterior a la fecha de constituir la obligación. Por lo tanto, si los topes a considerar son los de la fecha de celebrarse la operación de crédito, si esa misma fecha es la que hay que tener en cuenta para determinar si hay o no usura, la conclusión que se impone es que también ese es el momento en que la usura se configura(23). Por consiguiente, es en ese momento -y no el de la resolución del contrato- en el que hay que apreciar si se vulneran los topes máximos. Y aunque las obligaciones se extingan con la sentencia de resolución, igual subsiste la obligación de pagar la pena -que en el caso justamente es la prestación que debe determinarse si es o no "usuraria" de acuerdo al régimen de la Ley 18.212- salvo que vulnere los topes máximos, en cuyo caso "caduca" (artículo 21). No porque se extinga la obligación principal con la resolución la pena quedaría excluida del cálculo de la Tasa de Interés Implícita y de los límites de lo que, de acuerdo a la ley, es un cargo usurario(24).

La finalidad perseguida por la Ley (ratio de la normativa) es la regulación de la usura, combatiendo su configuración mediante una serie de sanciones, civiles (artículo 21) y penales (artículo 22). Se estatuye al efecto un régimen que "abarca toda la temática de los intereses y usura, disciplinados en forma orgánica, en un régimen

inspirado en el principio *favor debilis*, con distintos grados en la intensidad de la protección según el nivel de debilidad”(25). Justamente, señalábamos(26) que la Ley “parece consagrar una hipótesis de orden público de *protección*, en tanto se ocupa de fijar reglas imitativas de los intereses en general, sea en relaciones asimétricas entre empresas y consumidores, o entre empresas especializadas en lo financiero y otras empresas no especializadas en tal área”; se trata de una “tutela desde el Estado, en el que el *favor debilis* aparece como expresión del orden público de *protección*”, “con una diversa tutela según los distintos niveles o grados de debilidad”, de manera que “la intensidad de la protección varía según el mayor o menor poder negocial del sujeto sindicado como débil”.

Si la finalidad es proteger a los deudores contra los abusos, parece claro que deben también incluirse las penas pactadas para el caso de resolución del contrato, pues lo que ha querido la Ley es evitar que el acreedor pueda percibir intereses u otros cargos usuarios, vale decir, en el caso, que frente al incumplimiento del deudor el acreedor pueda exigir una prestación dineraria excesiva; en suma, “*una forma de control de la autonomía privada contra el abuso de una parte en daño de otra*”(27). El problema que se quiere resolver es el de los límites de la legitimidad del derecho del acreedor a percibir prestaciones excesivas(28) en las operaciones de crédito, llámese intereses, comisiones, cláusulas penales, etc. Tanto en las penas por retardo, como en las penas exigibles en caso de resolución del contrato, el problema práctico es el mismo; en ambas se está ante la determinación de la suma exigible por el acreedor a título de pena. Y aunque en términos reales el tema de la usura civil debiera concebirse limitado a la desproporción en el valor de la contraprestación que obtiene el acreedor en la fase de cumplimiento o ejecución forzada, al desequilibrio entre la prestación de una y otra parte(29), la regulación legal sin embargo ha sido abarcativa también de las penas en situaciones de resolución del contrato(30).

Más allá del valor que pueda tener, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre Tasas de Interés y Usura elaborado por el Poder Ejecutivo (setiembre 2005), se señaló que el régimen anterior “ha demostrado debilidades y aspectos perfectibles que el proyecto

de ley apunta a solucionar”, pues particularmente “desde la crisis financiera y económica de 2002, se hizo notoria la existencia de situaciones de abuso, en general contra la población de más bajos ingresos y menos informada”. Allí se destacan “los problemas de asimetrías de información y la presencia de consumidores o demandantes de crédito que, por su tamaño en el mercado y su capacidad para obtener e interpretar la información relevante, se encuentran en inferioridad de condiciones al momento de solicitar y obtener crédito”. En términos generales el Proyecto “*busca reforzar la defensa de la población ante excesos y abusos de ciertas empresas y particulares (...)*”; los límites que se fijan son una “*forma de poner límite a la posibilidad de abusos en la fijación de tasas de interés*”. “*Son los deudores más pequeños los que necesitan más protección ante posibles abusos, mientras que aquellos que pueden acceder a créditos por montos mayores se presume que están en mejores condiciones de negociar en el mercado. De esta forma, se refuerza la defensa de los demandantes más pequeños, y se contemplan niveles de protección para demandantes mayores, pero se reducen las posibles distorsiones ineficientes del control de precios*”.

4. La interpretación que adoptamos, al incluir a todas las cláusulas penales en el cálculo de la Tasa de Interés Implícita, conlleva a una importante limitación a la autonomía privada(31), a la libertad negocial de pactar el monto de la pena que las partes estimen conveniente, pues al quedar sujetas a los límites de la usura dispuestos por el artículo 11, configurada la misma “caducará el derecho a exigir” la pena.

Reconocemos que se trata de una cuestión opinable. La interpretación, como enseña Larenz(32), es una actividad creadora del espíritu; no de otro modo que en el enjuiciamiento de un hecho particular en base a una pauta de valoración que precisa ser llenada de contenido, al intérprete le queda también, en casos límite, un margen de libre enjuiciamiento, dentro del cual son “defendibles” diferentes resoluciones.

La intervención legislativa limitando las penas por incumplimiento como mecanismo de protección de la parte débil no es nueva. Ya la Ley 8.733, del 17 de junio de 1931, que es una Ley de amparo o tuición del *prometiente adquirente*, había establecido límites a la

pena pactable para el caso de incumplimiento de esta parte contratante (artículo 47), restringiendo así la autonomía privada en protección de otros valores merecedores de tutela(33). Como señalaba el insuperable Maestro Eugenio Cafaro al referirse a la improcedencia del pacto de pena y cumplimiento a favor del prometiende enajenante, el espíritu de la ley 8.733 ha sido la limitación de las sanciones; más aún, la forma en que el legislador ha organizado todo el mecanismo de la cláusula penal "*da a pensar que la exigibilidad de la pena supone el caso de resolución del contrato*"(34).

También en la Ley de Tasas de Interés y Usura el legislador ha venido a limitar esta sanción aflictiva, con la drástica consecuencia de la caducidad si se vulneran los límites fijados. No se trata de una limitación cuantitativa de los daños resarcibles -en cuyo caso se violaría el principio general de la reparación integral del daño- sino de un *límite a una pena privada* de marcada función punitiva, limitación dispuesta por decisión legislativa en protección del débil(35) (orden público de protección), aplicable a las situaciones alcanzadas por la nueva regulación.

Si la incursión legislativa en materia de cláusula penal ha sido o no oportuna, si es conveniente que se establezcan topes al monto de las penas en todos los casos o si esta limitación se justifica solamente en la ejecución forzada, es harina de otro costal.

5. En virtud de lo antes expuesto ratificamos nuestra opinión en lo que respecta a la inclusión en el cálculo de la Tasa de Interés Implícita de las cláusulas penales pactadas en un contrato para el caso de resolución por incumplimiento de la obligación de pagar suma de dinero de exigibilidad diferida.

En consecuencia, reafirmamos también nuestra interpretación(36) respecto a la legalidad del Decreto 344/009, que estableció las condiciones para la exclusión de algunas cláusulas penales en los contratos de compraventa y promesas de compraventa de inmuebles y vehículos automotores, fijándose un tope máximo para la exclusión, que rige tanto para la ejecución forzada, como para la resolución del contrato. Superado ese tope, en lo que exceda, deberá incluirse en el mentado cálculo.

El Decreto no establece un tope para la pena, sino un tope para la exclusión. Primeramente, porque así se infiere del propio artículo

2º, que luego de establecer que "*quedan excluidas del cálculo (...) dispone de inmediato "en estos casos, la cláusula penal no podrá superar (...)"*". Y evidentemente, "*estos casos*" son los excluidos, a saber, cláusulas penales estipuladas en las compraventas o promesas de compraventa cuando se trate del saldo de precio de bienes inmuebles o vehículos automotores. Existe un necesario "*trait d'union*" entre la primera y la segunda oración del citado artículo.

En segundo lugar, porque las facultades conferidas por el artículo 3º del artículo 10 de la Ley 18.212 son para establecer las condiciones para que algunas cláusulas penales queden excluidas del cálculo de la tasa de Interés Implícita, no para fijar para las penas topes diferentes a los que marca la propia Ley.

Para Berdaguer(37), en cambio, lo que hace el precepto es "*tolerar, como excepción, que se estipule una cláusula penal general que puede llegar hasta el 100% del monto de la suma adeudada*", proceder objetable a su entender porque no se entiende porqué razón cuando se trata de inmuebles o automotores "*existe una especie de tolerancia(multa del 100%)*". Según el citado jurista, lo que debió decir el Decreto eran dos cosas: 1º) Aclarar que la limitación de las cláusulas penales establecida por la Ley de Intereses y Usura regía en la ejecución forzada respecto a todos los bienes y servicios; 2º) Que la cláusula penal no podía sobrepasar "*el tope legal de los intereses moratorios máximos (art. 19, Ley 18212)*".

Más allá de la posible actitud que pudiera esperarse del Decreto, no debe perderse de vista que el objetivo central no es otro que cumplir con lo dispuesto por el artículo 10 inciso 3º de la Ley: *reglamentar las condiciones para que algunas cláusulas penales puedan ser excluidas del cálculo de la Tasa de Interés Implícita de la operación*. Los límites a la cuantía de las cláusulas penales los ha fijado la Ley, tanto para las penas por retardo (artículo 19) como para las penas por incumplimiento (artículos 10 y 11). También la Ley ha suministrado pautas para la mentada exclusión por vía Reglamentaria, al referir "*en particular en aquellos contratos de compraventa de inmuebles u otros bienes*". El mensaje de la Ley es claro: *la exclusión a la que faculta no puede ser para todas las cláusulas penales*. Por el contrario, atañe a algunas de

ellas, mencionándose en particular a determinado contrato y a cierta categoría de bienes.

III. DE LEGE FERENDA

En aras a la seguridad y certeza es indispensable una futura intervención legislativa al respecto.

Ante la falta de precisión y claridad de la Ley 18.212, y dada la existencia de opiniones divergentes, debería procederse a una *interpretación auténtica*(38) de la Ley, de manera de poder determinar con exactitud cuáles son las cláusulas penales que de acuerdo al artículo 10 están incluidas en el procedimiento de cálculo de la Tasa de Interés Implícita de la operación (de crédito o asimilada), fijándose también *por vía legislativa* -y no por Decreto- las cláusulas penales que están excluidas y cuáles son los requisitos y condiciones para la exclusión.

De esa manera podrá también ponerse fin tanto a la controversia sobre la legitimidad o ilegitimidad del Decreto 344/009, como respecto al sentido y alcance de los topes que establece su artículo 2º, texto que, al igual que la Ley, carece de la necesaria precisión, propiciando interpretaciones divergentes que van en desmedro de los valores señalados.

Cuestiones de tanta trascendencia no deberían quedar libradas exclusivamente a las resultancias de interpretaciones doctrinarias o jurisprudenciales.

REFERENCIAS

(1) Rodríguez Russo, Jorge, "*Una Reglamentación esperada: el Decreto del Poder Ejecutivo que establece las condiciones para que algunas cláusulas penales queden excluidas del cálculo de la tasa de interés implícita*", publicado el 11 de agosto de 2009.

(2) Caffera, G.- Rodríguez Russo, J.- Fernández Fernández, G.- Mantero, E., *Intereses y Usura. Análisis de la Ley Nº 18.212 de 5/XII/2007 desde la perspectiva del Derecho Civil*, Fcu, Montevideo, diciembre de 2007, p. 147.

(3) Caffera- Rodríguez Russo- Fernández- Mantero, *Intereses y Usura*, p. 147.

(4) Molla, Roque- Groisman, Carlos, "*Ley 18.212: Tasas de intereses y usura. Compraventa entre particulares y cláusula penal*", La Pluma, Revista Informativa de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Año 10, Nº 29, Montevideo, junio 2008, p. 39.

(5) Molla, Roque, "*Cláusula penal y usura. ¿El régimen de la ley 18.212 se aplica a la cláusula penal pactada en una compraventa para el caso de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pagar el precio?*", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXXIX, Fcu, Montevideo, agosto de 2009, p. 887 y ss.

(6) Molla, Roque, "*El Decreto Reglamentario de la Ley 18.212 (Usura): su ilegitimidad*", publicado el 25 de septiembre.

(7) Berdaguer, Jaime, "*La limitación en el monto de las cláusulas penales en la Ley de Usura (art. 10 de la ley 18.212 y art. 2 del decreto del 27-7-09)*", Revista La Ley Uruguay (on line), Año 1, Nº 36, edición del 12 de agosto de 2009.

(8) Señala el doctrinario que la más grave de todas las observaciones que merece el artículo 2º del Decreto es lo que "quedó implícito", puesto que al regular los casos de operaciones con inmuebles y

automotores como cuestión especial, quedó implícito el erróneo criterio de que en cualquier otro contrato (de consumo, servicios, mercaderías, entre empresas, etc.), en caso de resolución del contrato, las cláusulas penales quedan dentro del tope legal.

(9) Molla, Roque- Groisman, Carlos, "Ley 18.212: Tasas de intereses y usura. Compraventa entre particulares y cláusula penal", p. 38. Molla, Roque, "Cláusula penal y usura. ¿El régimen de la ley 18.212 se aplica a la cláusula penal pactada en una compraventa para el caso de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pagar el precio?", p. 888.

(10) Cfme. Massini Correa, Carlos, "Doce tesis sobre semántica e interpretación jurídica", Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992, p. 139.

(11) Bobbio, Norberto, "Scienza del Diritto e analisi del linguaggio", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 4, Giuffrè, Milano 1950, p. 355.

(12) Distinto es si se pacta expresamente una pena por retardo para el incumplimiento temporal. Sobre el punto, Gamarra, Jorge, *Responsabilidad Contractual. Vol. 1. El Incumplimiento*, Fcu, Montevideo 1996, ps. 313-316.

(13) Aunque la Ley tiene un ámbito de aplicación más extenso que el de la usura, al comprender, por ejemplo, la operativa con tarjetas de crédito, los intereses de mora no usurarios, la carga de comunicar en forma fehaciente al fiador de cualquier incumplimiento del deudor principal (artículo 27), etc. Caffera- Rodríguez Russo- Fernández- Mantero, *Intereses y Usura*, p. 137.

(14) Molla, "Cláusula penal y usura. ¿El régimen de la ley 18.212 se aplica a la cláusula penal pactada en una compraventa para el caso de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pagar el precio?", ps. 888-890; "El Decreto Reglamentario de la Ley 18.212 (Usura): su ilegitimidad", p. 2.

(15) Coviello, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, Uteha, México 1938, ps. 78-79. Anota Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona 1994, p. 335, la expresión *ratio legis* es equívoca, pues quiere decir tanto el fin como el fundamento racional, el principio de una regulación.

(16) Dejamos de lado el problema de si lo que se interpreta es la disposición o la norma, vale decir, si ésta en realidad es objeto o producto de la interpretación. Sobre el punto, véase por todos: Riccardo Guastini, Voz "Interpretazione. I) Interpretazione dei documenti normativi", Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XVII, Roma 1989, Nº 2.1., p. 2.

(17) Betti, Emilio, *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1975, ps. 250, 251 y 252.

(18) Cfme. Gamarra, Jorge, *Responsabilidad Contractual. Vol. I. El Incumplimiento*, p. 314.

(19) En *Intereses y Usura*, ps. 141-145, expresamos que dicha sanción no sería explicable de manera uniforme, sino que estrictamente habría caducidad a título de pena para lo que está por debajo de los topes permitidos y nulidad absoluta para aquello en que los excediere.

(20) Al "caducar" la pena, solo subsiste el crédito principal, de manera que frente al incumplimiento del deudor, la parte acreedora de un contrato bilateral podrá optar entre la ejecución forzada o la resolución del contrato con daños y perjuicios.

(21) Berdaguer, "La limitación en el monto de las cláusulas penales en la Ley de Usura (art. 10 de la ley 18.212 y art. 2 del decreto del 27-7-09)", apartados 1, literal B) y 3, literal b).

(22) Cfme. Cafaro, Eugenio- Carnelli, Santiago, *Eficacia Contractual*, 3ª edición, Fcu, Montevideo 2006, p. 134.

(23) Así lo señalamos en *Intereses y Usura*, ps. 130, 139 y ss.

(24) Tampoco tenemos el honor de compartir la afirmación efectuada por Berdaguer de que para reclamar la pena pactada y los daños y perjuicios se exija un pacto expreso, de acuerdo al artículo 1367 del Código Civil. Tal como enseñan Cafaro y Gamarra, la cláusula penal no tiene contenido indemnizatorio, por lo que puede solicitarse acumulativamente pena y daños y perjuicios sin necesidad de pacto expreso, estipulación que sí es exigida por la citada norma para el cúmulo entre pena y "cumplimiento" (ejecución forzada específica). Cfme. Cafaro, Eugenio B., "La cláusula penal en la promesa de enajenación", Revista AEU, T. 54, Ns. 5-8, Montevideo, 1968, p. 131. Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XVIII, 4ª edición actualizada, Fcu, Montevideo 2006, p. 170.

(25) Caffera-Rodríguez Russo-Fernández-Mantero, *Intereses y Usura*, p. 9.

(26) Caffera-Rodríguez Russo-Fernández-Mantero, *Intereses y Usura*, ps. 17, 20 y 21.

(27) Estas son palabras de C. Massimo Bianca para la reducción judicial de la pena en el sistema italiano. *Diritto Civile. V. La responsabilità*, ristampa, Giuffrè, Milano, 1997, p. 233.

(28) En obra de reciente aparición Gabrielli destaca que el contrato del tercer milenio sufre condicionamientos y dependencias ulteriores respecto a las enunciadas por las partes, de modo que a menudo, a fin de hacer lo más transparente posible los intercambios y predisponer técnicas de tutela de las posiciones débiles, los ordenamientos singulares, por un lado, califican los supuestos de hecho también en función de la diversa calidad subjetiva de una de las partes (como en los contratos de los consumidores), y por el otro, las legislaciones nacionales imponen límites de naturaleza cuantitativa a determinadas prestaciones. Enrico Gabrielli, *Doctrina General del Contrato*, Vol. I, El contrato y la operación económica, Fcu, Montevideo, setiembre de 2009, p. 18, traducción de Carlos De Cores.

(29) La usura real, como dice Molla, hace referencia a aquella situación donde existe una "enorme desproporción entre las prestaciones". Molla, Roque, "Tasas de interés cuando éste se pacta como cláusula de mantenimiento de valor", Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXII, Fcu 1992, p. 441, publicado también en Revista AEU, Vol. 79, Ns. 1-6, 1993, p. 51. En su último trabajo, "El Decreto

Reglamentario de la Ley 18.212 (Usura): su ilegitimidad", publicado el 25 de septiembre, p. 5, señala que el tope establecido por el Decreto 344/009 en algunos casos puede significar una "usura permitida", tomando la expresión usura en ese sentido (enorme desproporción).

(30) Porque en definitiva si bien con la resolución cesa la eficacia contractual -debiendo procederse a las restituciones consiguientes- el acreedor tiene no obstante el derecho de exigir la pena estipulada. De manera que no solo se libera de su propia prestación (si todavía no había cumplido) o reasume la titularidad del bien que eventualmente hubiere transferido, sino que además puede cobrar la pena. Si en estas circunstancias no hubiere un límite, podría el acreedor obtener ventajas excesivas con el incumplimiento del deudor, al pactarse una pena exorbitante.

(31) Luigi Mengoni, "Proprietà e libertà", in *La Costituzione Economica*, Milano 1990, p. 20, califica a la autonomía privada de "variable dependiente de garantías públicas" (citado por Natalino Irti, "Scambi senza accordo", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LII, Giuffrè, Milano 1998, p. 363, nota 16).

(32) Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 344.

(33) Sobre la limitación de la cláusula penal en la promesa de enajenación de inmuebles a plazos véase por todos: Cafaro, Eugenio B., "La cláusula penal en la promesa de enajenación", ps. 134 y 135. Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. IV, 3ª edición, Fcu, Montevideo 1992, p. 156; 5ª edición actualizada, Fcu, Montevideo 2006, p. 292 y ss.

(34) Cafaro, Eugenio B., "La cláusula penal en la promesa de enajenación", p. 136. En consideración a ello, señalaba que el juez está autorizado a limitar toda pena que supere los límites fijados por el artículo 47, siendo nula la renuncia anticipada a la limitación establecida por la ley (Ob. Cit., p. 135).

(35) Como señala Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, Fcu, Montevideo 2009, p. 145, la protección del débil no es un principio general que permita un control sobre cualquier contrato, pues la intervención está reservada al legislador.

(36) Rodríguez Russo, Jorge, "Una Reglamentación esperada: el Decreto del Poder Ejecutivo que establece las condiciones para que algunas cláusulas penales queden excluidas del cálculo de la tasa de interés implícita", Ns. III y IV.

(37) Berdaguer, Jaime, "La limitación en el monto de las cláusulas penales en la Ley de Usura (art. 10 de la ley 18.212 y art. 2 del decreto del 27-7-09)", N° 3, B) literal b).

(38) Que como dice Francesco Galgano, *Istituzioni di Diritto Privato*, 2ª edición, Cedam, Padova, 2002, p. 32, permite eliminar las disputas sobre la reconstrucción de la intención del legislador.
