

## DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 15 de agosto de 2019.

No.536

### VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “**[REDACTED]** con BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. Acción de nulidad”. (Ficha No. 666/2017).

### RESULTANDO :

I) Que a fs. 3 compareció **[REDACTED]**, a demandar la nulidad de la Resolución de la Gerencia de Área Sistema de Pagos del Banco Central del Uruguay de 26 de diciembre de 2016 (fs. 23 vto. de los antecedentes en 100 fs.), mediante la cual fue expresamente denegada la petición promovida por **[REDACTED]** (fs. 2 a 4 de los antecedentes en 100 fs.), a efectos de que se proceda a la reforma del art. 163 de la Circular N° 2.246 de la Recopilación de Normas de Sistemas de Pago -Registro de entidades que prestan servicios de pago y cobranza- ampliando la nómina de proveedores de tales servicios a sociedades anónimas con acciones al portador.

Asimismo, se requirió que, en definitiva, se autorice a **[REDACTED]** S.A. a inscribirse en el registro del Banco Central del Área de Sistema de Pagos.

La parte actora indicó que **[REDACTED]** S.A. es una empresa que brinda servicios de desarrollo y comercialización de software, a partir de lo cual, en julio de 2014, incorporó el servicio adicional denominado **[REDACTED]** **[REDACTED]**” que permite a sus clientes realizar cobranzas.

En virtud de lo anterior, el Área Sistema de Pagos, Departamento de Normativa y Vigilancia del BCU consideró que [REDACTED] S.A., a efectos de prestar el servicio de cobranzas, debía estar inscripto en el registro a cargo de dicho departamento.

No obstante, [REDACTED] S.A. no cumplía con lo dispuesto por el art. 163 de la Recopilación de Normas del Sistema de Pago. Dicha disposición, bajo la denominación “Naturaleza jurídica”, establece que: *“Los proveedores de servicios de pago deberán organizarse como sociedades comerciales bajo cualquiera de los tipos sociales previstos en la Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989. En caso de sociedades anónimas, sus acciones deberán ser nominativas y pertenecer a personas físicas o acreditarse la cadena de accionistas hasta identificar al sujeto de derecho que ejerce el efectivo control sobre la misma. También podrán prestar el servicio los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado y las personas públicas no estatales, siempre que el servicio de pagos y/o cobranzas constituya una actividad admitida a dichas entidades por el ordenamiento jurídico vigente”*.

En el caso de [REDACTED] S.A., se trata de una sociedad anónima con acciones al portador, por lo cual no cumple los requisitos a efectos de inscribirse en el registro de entidades que prestan servicios de pago.

En virtud de lo anterior, la petición movilizada tiende a la modificación de la normativa en cuestión. Básicamente, se pretendió la admisión de la inscripción de sociedades anónimas con acciones al portador.

A efectos de fundar su pretensión, la actora señaló la escasa relevancia de la distinción entre acciones al portador y acciones

nominativas a la luz del régimen jurídico actual. Específicamente señaló a la ley N° 18.930 de 17 de julio de 2012 y a su Decreto reglamentario, Decreto N° 147/012 de 2 de agosto de 2012, que establecieron la obligación de los titulares de acciones al portador de brindar los datos necesarios a efectos de su individualización. En la misma orientación refirió a la ley N° 19.484 de 5 de enero de 2017, que establece la obligación de identificarse por parte de los beneficiarios finales de las entidades emisoras de acciones o partes sociales nominativas.

Asimismo postuló que en el decurso del procedimiento administrativo, iniciado a partir de la petición promovida, fue informada favorablemente la propuesta de modificación, llegándose, inclusive, a elaborar un proyecto de reforma de la normativa.

Sin embargo, en posteriores actuaciones administrativas se resolvió desestimar la petición movilizada, invocando: *“lineamientos estratégicos definidos por el BCU -en consonancia con tendencias internacionales en la materia- que promuevan una convergencia hacia la nominatividad de las participaciones patrimoniales, fomentando así la transparencia de los mercados”* (fs. 22 de los antecedentes).

La actora destacó la ilegitimidad en que incurrió la Administración a partir del comportamiento errático asumido, ya que, inicialmente se pronunció favorablemente a su petición, para luego, finalmente, desestimarla. Al respecto insistió que en nuestro ordenamiento jurídico la política no ha sido la eliminación de las acciones al portador, sino que, al contrario, se han mantenido dichas acciones, incorporando instrumentos a efectos de su contralor.

En suma, requirió el amparo de la demanda anulatoria.

II) Que conferido el correspondiente traslado, compareció a fs. 23 Elisa Buschiazzi Figares, en representación del BANCO CENTRAL DEL URUGUAY, a contestar la demanda.

Enumeró el marco legal que le confiere potestades reglamentarias.

En concreto, refirió al art. 3º de ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995, en la redacción dada por el art. 1º de la ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008, que establece dentro de las competencias del BCU a *“la regulación del funcionamiento y la supervisión del sistema de pagos”*.

Asimismo refirió a las competencias otorgadas a la autoridad bancocentralista a partir de la ley N° 18.573 de 13 de setiembre de 2009, regulatoria del sistema de pagos, en particular las atribuciones previstas por el art. 21 de la citada norma.

También señaló que no corresponde otorgar una dispensa especial a efectos del registro de la sociedad peticionante, lo cual constituiría una ilegítima desaplicación singular de un reglamento general.

Por otra parte, señaló la existencia de un régimen jurídico diferenciado entre las acciones al portador y nominativas, indicando que, inclusive, a partir de la aplicación de la citada ley N° 18.930 perviven las diferencias entre ambos tipos de acciones. Al respecto, sostuvo que la información que deben brindar al BCU los titulares de acciones al portador consiste en información de acceso restringido, aún para el BCU, ya que la consulta del registro se limita a la prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo. Asimismo, reconoció que, pese a que el art. 5º de la citada ley N° 18.930 habilita al titular de la información a brindar su consentimiento para la divulgación, ello no enerva la discrecionalidad administrativa.

En relación con lo anterior, insistió en la discrecionalidad con que se encuentra dotado el BCU a efectos de dictar normas reglamentarias. Al respecto, indicó que la solución normativa propuesta no es arbitraria, sino que se funda en una política de transparencia que ha seguido nuestro Estado, en especial a partir de la inclusión de nuestro país en la lista negra de OCDE. Sobre dicha cuestión reseñó la evolución de la normativa en la materia y los fundamentos esgrimidos por el BCU al Dictar la resolución de Directorio N° D - 353/2015 mediante la cual se incorporó a la Recopilación de Normas de Sistema de Pagos el Libro IX, sobre “Registro de Entidades que Prestan Servicios de Pago”.

Asimismo, enumeró múltiples disposiciones legales en lo que refiere a la obligatoriedad de la nominatividad de acciones por parte de entidades supervisadas por el BCU.

Por último, tras reseñar los antecedentes administrativos del acto en cuestión, concluyó que su motivación resultó ajustada a Derecho.

En definitiva, bregó por la confirmación del acto objeto de impugnación.

III) Que abierto el juicio a prueba (fs. 56), se produjo la que luce certificada a fs. 62.

IV) Que alegaron de bien probado las partes por su orden (fs. 65-67 y 70-85)

V) Conferida vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo aconsejó, por Dictamen No. 603/2018, la confirmación del acto impugnado.

VI) Se dispuso el pase a estudio y se citó a las partes para sentencia definitiva, la que se acordó en legal y oportuna forma.

### **CONSIDERANDO:**

I) Que desde el punto de vista formal, se han cumplido adecuadamente con los presupuestos respectivos para que pueda ingresarse al análisis de mérito del asunto (arts. 317 y 319 de la Constitución de la República y arts. 4 y 9 de la Ley 15.869).

Que en virtud de lo prevenido en el art. 60 del DL 15.524 el accionamiento anulatorio debe entenderse dirigido contra la Resolución de la Gerencia de Área Sistema de Pagos del Banco Central del Uruguay de 26 de diciembre de 2016 (fs. 23 vto. de los antecedentes en 100 fs.), mediante la cual fue expresamente denegada la petición promovida por [REDACTED] S.A. (fs. 2 a 3 de los antecedentes, *ib.*), a efectos de que se proceda a la reforma del art. 163 de la Circular N° 2.246 de la Recopilación de Normas de Sistemas de Pago -Registro de entidades que prestan servicios de pago y cobranza- ampliando la nómina de proveedores de tales servicios a sociedades anónimas con acciones al portador. Asimismo, se requirió que, en definitiva, se autorice a [REDACTED] S.A. a inscribirse en el registro del Banco Central del Área de Sistema de Pagos.

Dicho acto fue notificado a la parte actora el día 28 de diciembre de 2016 (fs. 24 de los antecedentes) y contra el mismo dedujo temporalmente los recursos de revocación y jerárquico en subsidio el 17 de enero de 2016 (AA fs. 26 a 29 vto.)

Por resolución del Directorio del Banco Central del Uruguay N° 192-2017 de 19 de julio de 2017 (fs. 90 vto.) se desestimó el recurso jerárquico, actuación que fuera notificada el 25 de julio de 2017 (fs. 93 vto.).

La demanda anulatoria se interpuso tempestivamente el 25 de setiembre de 2017, según nota de cargo de fs. 12 y sello fechador de fs. 3.

III) Para un correcto entendimiento de la situación que se plantea en obrados corresponde efectuar una breve reseña de las actuaciones administrativas relevantes.

Así, resulta a fs. 2 a 5 de los antecedentes administrativos la petición promovida por la actora a efectos de que se proceda a la reforma del art. 163 de la Circular N° 2.246 de la Recopilación de Normas de Sistemas de Pago -Registro de entidades que prestan servicios de pago y cobranza-, ampliando la nómina de proveedores de tales servicios a sociedades anónimas con acciones al portador. Asimismo, se requirió que, en definitiva, se autorice a [REDACTED] S.A. a inscribirse en el registro del Área de Sistema de Pagos del Banco Central del Uruguay.

En virtud de dicha petición recayó el dictamen N° 2016/409 de 11 de octubre de 2016 que, en lo sustancial, consideró: *“...se concluye que -si bien no se advierten razones de legitimidad que exijan o determinen hacer lugar a la modificación solicitada- tampoco se observan razones de carácter jurídico que representen un obstáculo para su consideración, siempre y cuando si se optare por modificar la reglamentación en el sentido peticionado, la misma se acompañare necesariamente de la exigencia de relevamiento expreso del secreto de acceso a la información consignada en el Registro por parte de todos los accionistas respecto del Banco Central del Uruguay...”* (fs. 12 de los antecedentes).

Como consecuencia de dicho informe se elaboró una propuesta de modificación de la normativa en el sentido pretendido por la parte actora (fs. 15 vto. a 16 vto. de los antecedentes).

Luego de diversas actuaciones administrativas, la Oficina de Normativa y Vigilancia concluyó que correspondía desestimar la petición

movilizada, a partir de los *“lineamientos estratégicos definidos por el BCU -en consonancia con tendencias internacionales en la materia- que promuevan una convergencia hacia la nominatividad de las participaciones patrimoniales, fomentando así la transparencia de los mercados”* (fs. 22 de los antecedentes).

Finalmente fue dictada la resolución denegatoria de la petición movilizada, a la vez que se instó al peticionante a efectos de que adecúe su forma accionaria a las exigencias del citado art. 163 de la Recopilación de Normas de Sistema de Pagos (fs. 23 vto. de los antecedentes).

IV) En cuanto a la cuestión de fondo sometida a decisión, el Tribunal por unanimidad de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, dispondrá la confirmación del acto administrativo impugnado.

En lo inicial y más allá de que conforme emerge de las actuaciones administrativas, la administración inicialmente se pronunció en sentido favorable a la petición del actor, ello, per se, no resulta vinculante para la Administración y, menos aún, para el Tribunal.

En el caso, el referido informe consignó la viabilidad jurídica del cambio normativo peticionado. Sin embargo, fue explícito al señalar que *“...no se advierten razones de legitimidad que exijan o determinen hacer lugar a la modificación solicitada”* (fs. 12 de los antecedentes).

V) Ahora bien, conforme lo establecido en el artículo 165 de la Recopilación de Normas del Sistema de Pagos, - adoptada por la Resolución N° D/353/2015 de fecha 29 de diciembre de 2015 y comunicada por Circular No. 2246 del 7 de enero de 2016 -, la obligación de inscripción en el Registro de Entidades que prestan Servicios de Pago y



Cobranza resulta exigible a la actora desde la entrada en vigencia de la norma.

Dicha actividad está regulada por los artículos 162 y 163 de la misma Circular No. 2246, que exige a los interesados que adopten la forma de sociedad anónima, que sus acciones sean nominativas y pertenecer a personas físicas o probar la cadena de accionistas para identificar quién ejerce el efectivo control sobre ella (art. 163).

La referida reglamentación se inscribe en las atribuciones que la Ley No. 18.573 confiere al BCU para reglamentar el funcionamiento del sistema Nacional de Pagos y ejercer su control y vigilancia (art. 19).

En tal sentido, el artículo 20 de dicha norma establece como objetivo, de la política a seguir por el Banco Central, velar por la transparencia (literal B). Asimismo dentro de los poderes jurídicos conferidos al BCU a efectos de la aplicación de la norma legal, se estableció en el art. 21 dentro del capítulo atribuciones, entre otras, la de: Dictar las normas generales e instrucciones particulares que rijan el Sistema Nacional de Pagos y la conducta de sus participantes y operadores (literal A ); mantener el registro de entidades que prestan servicios de pagos (literal b) y reglamentar y vigilar el funcionamiento de las entidades que participan u operan en el Sistema Nacional de Pagos y de aquellas entidades que -sin integrar ese Sistema- pueden generarle riesgos o introducirle ineficiencias, a juicio del Banco Central del Uruguay (literal C).

Por otro lado, la Ley No. 19.210 de Inclusión Financiera amplía las atribuciones y los sujetos pasivos sobre quien el Banco Central del

Uruguay ejerce vigilancia y/o control, para que estas operaciones tengan seguridad y transparencia.

Conforme se indicara, dichas competencias de reglamentación y de contralor, deberán ejercerse con los objetivos de velar por A) La eficiencia, seguridad y fiabilidad del Sistema Nacional de Pagos y B) La transparencia, entre otros, según establece el art. 20 de la ley No. 18.573.

Es así, que en virtud de dichas prerrogativas legales fue dictada la reglamentación cuya modificación se pretende.

Pues bien, no se vislumbra ninguna ilegitimidad por arbitrariedad en lo dispuesto por el citado art. 163 de la Recopilación de Normas de Sistema de Pago, en cuanto exige que las sociedades anónimas que brindan servicios de cobranza cuenten con acciones nominativas.

Dicha opción se enmarca dentro de la discrecionalidad con que cuenta la Administración y, a su vez, dentro de las potestades reglamentarias legalmente conferidas.

En el caso, tal como fuera relevado por la demandada, la opción por sociedades anónimas con acciones nominativas no aparece como caprichosa o injustificada por parte de la Administración, sino que se enmarca dentro de una política que privilegia la transparencia en el mercado.

Dicha circunstancia fue expresamente atendida por la Administración a efectos de la conformación de la voluntad denegatoria de la petición, en cuanto se consignó como motivo de la denegatoria a: *“lineamientos estratégicos definidos por el BCU -en consonancia con tendencias internacionales en la materia- que promuevan una*

*convergencia hacia la nominatividad de las participaciones patrimoniales, fomentando así la transparencia de los mercados”.*

Por el contrario, la actora no indica cuál sería la norma infringida en la negativa de su petición, o bien en la circular antes dictada. Menos aún indica una limitación no habilitada por la ley. Es que no se advierte en el acto impugnado un actuar restrictivo de derechos protegidos, sea por la ley que le confirió al BCU potestad reglamentaria en la materia, o en el resto del ordenamiento. Antes bien, la exigencia de la circular en cuanto solicitar que las acciones sean nominativas, procura la transparencia que se explicitó como motivo del acto y en la que se explaya el demandado en su alegato.

Así, el Banco Central a fs. 84 vta. *infolios*, señala: *Así pues, el Área Sistema de Pagos, luego de un exhaustivo análisis y en línea con la implementación de una firme política pública en materia de transparencia impulsada tanto desde el Gobierno como desde este Banco Central en los últimos años, resolvió desestimar mediante resolución del 26 de diciembre de 2016 el petitorio de [REDACTED] A., instando a la entidad a cumplir con los requisitos establecidos en el artículo No 163 del libro IX de la Recopilación de Normas de Sistema de Pagos en relación a la nominatividad en las acciones.*

*En la especie, existen razones de mérito, oportunidad y conveniencia -clara, suficiente y exhaustivamente expuestas en los AA- que hicieron aconsejable no introducir modificaciones a la reglamentación vigente en el sentido planteado por la actora. Dicha decisión no responde a un repentino cambio de criterio, como pretende -sin éxito- demostrar la actora, sino a un profundo y serio análisis del caso concreto en*

*consonancia con la política pública aplicada en la materia por el Estado uruguayo en los últimos años.*

En similar orientación se releva que la cuestión debatida se inserta dentro del mérito de la actuación administrativa, lo cual desborda el control de juridicidad constitucionalmente encomendado a la Corporación (art. 309 de la Carta). Así se ha dicho que: *“El examen de la justicia, conveniencia, oportunidad o mérito del acto, desborda su competencia -refiere al TCA-, en tanto dichos elementos no integran la juridicidad o legalidad del mismo, y su consideración se libra a la discrecionalidad de la Administración”* (Héctor Giorgi. “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Montevideo, 1958, p. 195).

Como expresa SESIN, la discrecionalidad es *una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho.* (Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Domingo Juan Sesin, 2ª edición, Pág. 443).

En similar sentido se ha expedido el Tribunal (sent. 460/2009) *Precisamente, la doctrina mayoritaria ha sido conteste en que, el poder discrecional debe reputarse una facultad de libre apreciación sobre la oportunidad y conveniencia de la acción administrativa, que no puede ser ejercitada arbitrariamente, sino teniendo en cuenta los fines de interés público del Servicio, pues de lo contrario la Administración incurriría en exceso o desviación de poder (Cf. SAYAGUÉS LASO, Enrique: “Tratado*

*de Derecho Administrativo” T. I, Págs. 405 y ss.). Obviamente, en la apreciación de los hechos no existe discrecionalidad, pero su valoración a fin de establecer conclusiones racionalmente fundadas sobre la conveniencia u oportunidad, entra en el ámbito lícito de la discrecionalidad.*

Por otra parte, importa observar que la normativa reglamentaria, cuya modificación ha pretendido la actora mediante la pretensión promovida, no fue objeto de impugnación, por lo cual deviene en un acto administrativo firme y estable, notas que no son aptas de conmovier mediante la vía oblicua de una petición, tal como acontece en la especie.

En definitiva, no se advierte arbitrariedad alguna en la actuación del BCU, en tanto se condujo a partir de un motivo cierto, como lo son los objetivos trazados por la ley, que determinó razonablemente lo actuado, utilizando un medio adecuado, que se encuentra dentro de sus facultades. Actuación que en definitiva se enmarcó dentro de los límites de la discrecionalidad (Cfme. CAJARVILLE. Sobre Derecho Administrativo, tomo I, pág. 82).

Por los fundamentos expuestos el Tribunal

**FALLA:**

***Desestímase la demanda y en su mérito confírmase el acto administrativo impugnado.***

***Sin sanción procesal específica.***

***A los efectos fiscales, fijanse los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$33.000 (pesos uruguayos treinta y tres mil).***

*Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.*

Dr. Corujo, Dr. Gómez Tedeschi (r.), Dr. Echeveste, Dr. Vázquez Cruz,

Dra. Klett.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).