

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 8 de diciembre de 2022.

No. 949

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: [REDACTED] S.A. con BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. Acción de Nulidad” (Ficha No. 793/2011).

RESULTANDO :

I) La parte actora dedujo pretensión anulatoria contra:

- *“El acto administrativo expreso y escrito (“instrucción” o “nota”) de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay de fecha 31 de noviembre de 2010, con el alcance que le confiere el acto administrativo expreso (“nota”) de esa misma Superintendencia de 14 de diciembre de 2010”; y*
- *“Los actos administrativos expresos o tácitos realizados por la Intendencia de Regulación Financiera del mismo BCU que se detallan: a) comunicación telefónica realizada a [REDACTED] luego de la denuncia presentada por mi representada (la denuncia es del 9 de febrero de 2011, la llamada habría sido ese mismo día o el siguiente); b) la omisión en sancionar a [REDACTED] SA por las infracciones denunciadas; c) la comunicación escrita dirigida a [REDACTED] SA con contenido de “advertencia”, de 28 de febrero de 2011” (fs. 241, pieza 1).*

En su demanda, tras realizar una pormenorizada revisión de los antecedentes administrativos (fs. 248 a 254, pieza 1), la accionante delimitó el alcance de su pretensión anulatoria señalando que:

a) La Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros 31 de noviembre de 2010, en los términos dispuestos por su modificativa de 14 de diciembre de 2010, es absolutamente nula, en cuanto habilitó a [REDACTED] S.A. a comercializar un producto que procuraba la captación del ahorro público, sin que haya existido autorización ni registro previo para ello;

b) Asimismo, las Resoluciones posteriores que en forma expresa o tácita denegaron la solicitud de aplicación de sanciones a [REDACTED] S.A., también son absolutamente nulas (fs. 254, pieza 1).

Seguidamente, se agravió contra los actos impugnados esgrimiendo las siguientes causales de ilegitimidad: **i) falta de motivación; ii) inexistencia de autorización y registro previos; iii) inaplicación del régimen sancionatorio.**

Sobre el **primer agravio**, señaló que como surge de la simple lectura de los actos impugnados, la exigencia de motivar los actos administrativos no se cumplió en modo alguno, a pesar de emanar de órganos de singular jerarquía en la estructura administrativa del Ente y referir a cuestiones de gran importancia, en las que se juegan reglas básicas de un moderno Estado de Derecho, como la existencia de una sana y leal competencia igualitaria, el respeto a los derechos de los consumidores, el correcto funcionamiento del sistema financiero y de valores, etc..

Con respecto al **segundo agravio**, afirmó que [REDACTED] S.A., sin haber cumplido los trámites para obtener la habilitación y registro,

continuó realizando la actividad que solo podía realizarse cumpliendo los requisitos previstos por la normativa aplicable (artículo 26 de la Ley N° 17.703 y artículos 127, 129, 197 y 206 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores (RNMV).

En cuanto al *tercer agravio*, manifestó que de acuerdo al artículo 286 de la RNMV, la infracción de las normas legales o reglamentarias, o las normas generales e instrucciones dictadas por el BCU, determina la imposición de las sanciones que allí se indican.

En ese sentido, puntualizó que, con referencia a la no aplicación de sanciones por haber captado clientes, la ilegitimidad de la decisión de no sancionar, deriva de la previa ilegitimidad de la Resolución de 14 de diciembre de 2010, que autorizó a la empresa a captar clientes.

En lo que respecta a la oferta pública del producto por cualquier medio masivo, incluido la página web del fideicomiso o cualquier otra, el propio BCU reconoció la existencia de infracción a sus instrucciones expresas. Ante la claridad de esas instrucciones que prohibían cualquier forma de oferta pública antes de completar el proceso de autorización y registro, el incumplimiento de la empresa resulta injustificable, y debió ameritar la aplicación de las sanciones previstas en el ordenamiento aplicable.

En definitiva, demandó la anulación de los actos impugnados (fs. 241 a 262 vto.).

II) Conferido el correspondiente traslado, compareció la Dra. Makarena Fernández en representación del Banco Central del Uruguay, quien opuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de jurisdicción y falta de legitimación activa y solicitó

el llamamiento al pleito de [REDACTED] S.A.

Sobre la *primera excepción*, manifestó la actora no agotó debidamente la vía administrativa respecto a la instrucción o nota de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay, de fecha 31 de noviembre de 2010 (que en realidad fue dictada el 30 de noviembre de 2010, pero por error se estampó como fecha el “31/11/2010”).

La accionante reconoció explícitamente haber tomado conocimiento informal del contenido del acto en su escrito de fecha 9 de febrero de 2011, por lo que los recursos interpuestos el día 4 de marzo de 2011 resultan extemporáneos.

Por otra parte, el acto originario lo constituye la instrucción fechada el 31 de noviembre de 2010, siendo irrelevante a los efectos del agotamiento de la vía administrativa la notificación de la nota de 14 de diciembre de 2010, calificable como acto reiterativo, en tanto resulta meramente aclaratoria del contenido de aquella primera instrucción.

Acerca de la *segunda excepción*, indicó en tanto no existió ninguna pretensión calificada por parte de [REDACTED] S.A., no puede interpretarse que la “*omisión de sancionar a [REDACTED] S.A.*” haya dado nacimiento a un acto administrativo ficto pasible de ser impugnado.

Además, tampoco puede entenderse que la referida omisión de sancionar encierre un acto tácito, por lo que concluyó que no existe acto administrativo procesable ante este Tribunal.

Con respecto a la *tercera excepción*, expresó que la actora no puede invocar válidamente una situación jurídica subjetiva vulnerada por los actos encausados, ya que no es titular de un derecho subjetivo ni de un interés

directo, personal y legítimo a que la Superintendencia de Servicios Financieros ejerza la potestad sancionatoria sobre otra empresa.

Asimismo, solicitó la citación de [REDACTED] S.A. en su condición de *interesado en el mantenimiento del acto*, de acuerdo con lo previsto por el artículo 55 del Decreto - Ley N° 15.524.

Finalmente, peticionó que de no hacerse lugar a las excepciones opuestas se le concediera la *prórroga para contestar la demanda* prevista por el artículo 63 inciso segundo del Decreto - Ley N° 15.524 (fs. 266 a 273, pieza 1).

De las excepciones se dio traslado a la parte actora (fs. 275, pieza 1), quien lo evacuó oponiéndose.

En primer lugar, señaló que el acto administrativo impugnado no es la instrucción o nota de fecha 31 de noviembre de 2010 –como afirma el BCU-, sino la nota de fecha 14 de diciembre de 2010, acto que resultó modificadorio de aquel, no constituyendo un acto meramente reiterativo.

Además, indicó que jamás fue notificada del acto administrativo de 31 de noviembre de 2010, y que recién tomó conocimiento el 28 de febrero de 2011 de la nota de fecha 14 de diciembre de 2010, que le diera un nuevo alcance a la instrucción de 31 de noviembre de 2010.

En segundo término, afirmó que la defensa de falta de jurisdicción carece de sustento puesto que había promovido sendas peticiones ante el BCU solicitando el cese inmediato de la conducta de su competidora y la aplicación de las sanciones pertinentes, por lo que no se trataba de simples denuncias.

Adujo también que es claro que la omisión del BCU en sancionar a la competidora reviste las características de un acto tácito o implícito, y

como tal, es impugnabile ante este Tribunal. Ello por cuanto la conducta del BCU posterior a las notas presentadas por la actora reveló claramente su intención de no sancionar a [REDACTED], y esa conducta solo puede fundarse en una decisión, es decir, en un acto voluntario de la demandada, que puede y debe ser controlado por este Tribunal.

Por último, rechazó la excepción de falta de legitimación, señalando que solo puede ser relevada en la sentencia definitiva y que además es titular de un interés directo, personal y legítimo, así como de derechos subjetivos afectados (fs. 278 a 291 vto., pieza 1).

III) A solicitud de la parte demandada, se dio noticia del accionamiento a la empresa [REDACTED] S.A. (fs. 300 vto., pieza 1), la que compareció a deducir tercería coadyuvante con la demandada y opuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de jurisdicción, falta de legitimación activa y cosa juzgada administrativa.

Respecto a las tres primeras excepciones, reiteró los mismos argumentos ensayados por la demandada.

En cuanto a la *excepción de cosa juzgada administrativa*, indicó que por nota de fecha 16 de marzo de 2010 el BCU notificó a [REDACTED] S.A. que “*la operativa realizada por [REDACTED] no se encuadra dentro de las actividades desarrolladas por las administradoras de grupos de ahorro previo*”.

Contra dicha Resolución, [REDACTED] S.A. interpuso recursos de revocación y jerárquico, el último de los cuales fue desestimado por el Directorio del BCU por Resolución notificada a la actora el 19 de octubre de 2010, en la que se señala que dicha empresa no

es titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo lesionado.

Por lo tanto, existió una palabra final del BCU sobre que [REDACTED] S.A. carecía de interés legítimo, la cual adquirió carácter definitivo al no interponerse en término la acción de nulidad. Otorgar a la actora una legitimación activa que ha quedado descartada por Resoluciones firmes anteriores, violaría gravemente la cosa juzgada administrativa (fs. 340 a 347 vto., pieza 2).

Tras ser notificada de la tercería deducida (fs. 350, pieza 2), la promotora compareció a abogar por el rechazo de las excepciones opuestas.

En lo que concierne a las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de jurisdicción y falta de legitimación activa, se remitió a los fundamentos que dio al contestar el traslado del Banco Central del Uruguay.

En lo que respecta a la excepción de cosa juzgada administrativa, sostuvo que la tercerista no podía oponer defensas que no hubiera opuesto su coadyuvado, el BCU.

Asimismo, rechazó la figura de la llamada “*cosa juzgada administrativa*”, y en definitiva solicitó el rechazo de las excepciones opuestas (fs. 351 a 353 vto., pieza 2).

IV) Se abrió el expediente a prueba por treinta días (fs. 355, pieza 2) y se produjo la que obra certificada a fs. 503, pieza 2.

A continuación, la parte actora alegó de bien probado (fs. 511 a 525 vto., pieza 2) mientras que la parte demandada fue acusada (fs. 542, pieza 2) y declarada en rebeldía (fs. 544, pieza 2).

Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo,

se pronunció por desestimar las excepciones opuestas (fs. 571 a 571 vto., pieza 2).

Tras disponerse el pasaje de los autos para resolución (fs. 573), se dictó la **sentencia interlocutoria N° 743/2016** (fs. 575 a 582, pieza 2), mediante la cual se desestimaron las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimación activa y cosa juzgada administrativa y se acogió la de falta de jurisdicción.

Sobre la ***falta de agotamiento de la vía administrativa***, se señaló -medularmente- que ***“Lo relevante en el caso, a efectos de analizar el agotamiento de la vía administrativa, es que no resulta controvertido en obrados que no existió notificación personal a la actora ni de la instrucción de fecha “31 de noviembre de 2010” ni de la nota de fecha 14 de diciembre de 2010” y que por lo tanto, el plazo para su recurrencia no había comenzado a correr, razón por la cual “los recursos de revocación y jerárquicos interpuestos con fecha 4 de marzo de 2011 (fs. 195 infolios) deben considerarse tempestivos.”*** (fs. 578 a 579, pieza 2) (la negrilla no está en el original).

Así, pues, se concluyó que: ***“El último de dichos recursos fue desestimado en forma expresa mediante el dictado de la resolución del Directorio del BCU de fecha 20 de setiembre de 2011, notificada a la actora el 23 del mismo mes (fs. 230 vto. y 239 infolios).***

Por ende, la demanda de nulidad presentada con fecha 21 de noviembre de 2011 fue promovida en tiempo y forma (nota de cargo a fs. 263 de autos).” (fs. 579, pieza 2) (la negrilla no está en el original).

Acerca de la ***falta de legitimación activa***, se razonó que: ***“La defensa resulta de rechazo, en tanto la falta de legitimación causal constituye un***

presupuesto de mérito, por lo que el análisis de ese requisito será realizado en ocasión del examen de fondo del asunto, a efectuarse en la sentencia definitiva.” (fs. 580 vto., pieza 2) (la negrilla no está en el original).

En cuanto a la *cosa juzgada administrativa*, se consignó que: “(...) **la excepción de la tercerista no puede ser admitida.**

En tal sentido, se ha expresado en reciente pronunciamiento: “Cabe recordar que esta Sede ha sostenido que: “...De conformidad con los artículos 55, 56, 104 y concordantes D.L. 15.524, y los artículos 520, 523 y concordantes CPC, se desconoce la llamada intervención adhesiva o coadyuvante autónoma; el tercero coadyuvante en rigor no es una verdadera parte y su posición procesal es de total subordinación a la de la demandada con la que coadyuva...” (sentencia 152/2015). Como enseña TEITELBAUM, tal subordinación “...no sólo implica que debe tomar la causa en el estado en que se halle, ni puede hacer retroceder el curso del juicio, etc., sino que sus afirmaciones no pueden contrariar a la parte principal coadyuvada. Ese es el sentido de la disposición en cuanto establece “...ni alegar ni probar lo que estuviere prohibido al principal, por ser pasado el término o por cualquier otro motivo...” (El proceso acumulativo civil, págs. 136 y ss. y sentencia N° 22/2016).

En suma, el tercerista coadyuvante carece de legitimación para interponer excepciones cuando la defensa no resulta articulada por la accionada principal, razón que lleva a desestimar la cuestión en estudio (sentencia N° 22/2016)” (Conf. Sentencia No. 624/2016).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la defensa promovida en obrados por la tercerista, debidamente analizada, atañe a una cuestión de

fondo, relacionada con la legitimación activa de la accionante y a presuntos derechos adquiridos por la tercerista en base al dictado de anteriores resoluciones del BCU, cuestiones de índole sustancial que serán analizadas en oportunidad del dictado de la sentencia de mérito” (fs. 581 a 581 vto., pieza 2) (la negrilla no está en el original).

Por el contrario, se acogió la *excepción de falta de jurisdicción* en los siguientes términos: *“A juicio de la Sede, la defensa resulta de recibo, por cuanto -en lo que respecta a la “omisión en sancionar a [REDACTED] SA por las infracciones denunciadas”- no se verifica la existencia de un acto tácito o implícito impugnabile ante el Tribunal.*

En tal sentido, más allá de la discusión entre las partes respecto a si las notas presentadas por la actora con fecha 9 y 17 de febrero de 2011 (fs. 186 vto. y 188 infolios) constituyen simples denuncias o peticiones calificadas, lo cierto es que no existe un acto tácito o implícito constituido por la “omisión en sancionar a [REDACTED] SA por las infracciones denunciadas”.

Ello por cuanto, a juicio de la Sede, no puede inferirse la existencia de una decisión cierta e inequívoca del organismo en cuanto a no sancionar a [REDACTED] S.A. por la conducta denunciada por la actora.

Véase que las notas (denuncias o peticiones, según las distintas interpretaciones) fueron presentadas en febrero de 2011, y ya al mes siguiente, concretamente el 28 de marzo de 2011, la accionante consideró que se habría configurado un acto tácito consistente en la omisión de aplicar una sanción (vide: fs. 198 vto. a 199 vto. infolios), siendo que no emerge del expediente una voluntad inequívoca de la Administración

demandada de no aplicar sanciones a la empresa supuestamente infractora.

(...)

De manera que, **siendo esta categoría de actos excepcional, la voluntad del acto que se exterioriza mediante su ejecución, debe ser inequívoca, condición que no se verifica en el caso de autos.**” (fs. 579 vto. a 580 vto., pieza 2) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Así las cosas, el Tribunal falló ***declarando no procesable la omisión de sancionar*** a [REDACTED] S.A. por las infracciones denunciadas y mandó contestar derechamente la demanda (fs. 582, pieza 2) (la negrilla no está en el original).

V) Tras solicitar una prórroga (fs. 587 a 587 vto., pieza 2) que le fue concedida (fs. 589, pieza 2, A.A.), compareció -en representación del Banco Central del Uruguay- la Dra. Makarena Fernández, quien contestó la demanda.

En primer lugar, reseñó detalladamente los antecedentes de los actos impugnados y destacó que estos se enmarcaron en la transición que debió atravesar la empresa [REDACTED] S.A. a efectos de reestructurar su negocio de modo tal de constituirse en un fideicomiso financiero, quedando así bajo la supervisión del BCU.

En ese contexto, hizo hincapié en que [REDACTED] [REDACTED] S.A. opera en el mercado como administradora de grupos de ahorro previo y por ende realiza intermediación financiera. [REDACTED] [REDACTED] S.A. no desarrolló la misma actividad y reviste naturaleza jurídica diversa. Incluso se les aplican regímenes jurídicos distintos.

Adicionalmente, apuntó que la actividad de [REDACTED]

S.A. se trató de una cuestión compleja y novedosa que requirió determinar si el negocio reunía las características de un fideicomiso de administración o de uno financiero, tema que resultó controvertido, meritando la intervención de varios técnicos del Ente.

En segundo término, volvió a reiterar -y a profundizar- las defensas de: **i) falta de legitimación activa; ii) ilegitimidad de los actos impugnados.**

En resumidos términos, sobre a la **primera defensa** señaló que [REDACTED] S.A. no es titular de un derecho subjetivo ni de un interés directo, personal y legítimo respecto a lo actuado por la Superintendencia de Servicios Financieros en ejercicio de sus potestades de regulación y control sobre [REDACTED] S.A., que se trata de un tercero.

En tanto, acerca de la **segunda defensa** cuestionó -básicamente- que: **a)** con referencia al **primer acto** cuya nulidad se demanda, el acto originario lo constituye la instrucción fechada el 31 de noviembre 2010, que no fue impugnada. La nota del 14 de diciembre de 2010 es meramente reiterativa de la primera; **b)** con relación a la **comunicación telefónica** y la **comunicación escrita** a [REDACTED] S.A., también son reiterativos de la nota del 14 de diciembre de 2010; **c)** además, tienen un idéntico contenido de **advertir** a dicha empresa que las instrucciones deben interpretarse en sentido estricto y que las eventuales trasgresiones serán pasibles de sanción. En ello no se advierte ningún perjuicio posible; **d)** En todo caso, el agravio radica en la **omisión de aplicar sanciones** cuya consideración quedó **fuera del objeto del proceso** por imperio de lo dispuesto por la **sentencia interlocutoria N° 743/2016.**

En cuanto al **fondo del asunto**, argumentó -en esencia- que todos los

actos impugnados: **i)** fueron dictados en el *legítimo ejercicio de potestades discrecionales*, en forma ajustada al estándar de razonabilidad, los principios generales y el fin debido. Además, estos *se enmarcaron en la transición* que debió atravesar la empresa a efectos de *reestructurar su negocio*, de modo tal de constituirse en fideicomiso financiero, quedando bajo su supervisión (inicialmente [REDACTED] S.A. cumplía su actividad en el mercado bajo la forma de fideicomiso de administración). El caso claramente constituyó una *suspensión parcial* tendiente a contemplar un plazo prudencial de adaptación de la empresa a la normativa exigida, permitiéndole continuar con la operativa ya iniciada; **ii)** son legítimos porque *no existió violación al principio de igualdad* dado que la actora desarrolla una actividad diversa y bajo un régimen jurídico distinto a [REDACTED] S.A.; **iii)** *no se verificó la falta de motivación* invocada. De la atenta lectura de los actos y sus antecedentes se desprende que la motivación es suficiente, idónea y eficaz.

En definitiva, abogó por el rechazo de la demanda y la confirmación de los actos impugnados (fs. 600 a 624 vto., pieza 2).

VI) Por su parte, la tercerista coadyuvante, [REDACTED] compareció a contestar la demanda representada por la Dra. Adriana Calvo.

En resumen, controvirtió que: **i)** la actora *no posee un interés directo, personal y legítimo* para plantear la nulidad de los actos impugnados; **ii)** *los actos no carecen de motivación*; **iii)** *no se afectaron las reglas de la sana competencia ni se perjudicó a los consumidores*; **iv)** la nulidad que se pretende es improcedente pues *no se ha violado lo que manda la Ley* ni se ha realizado oferta pública.

En suma, solicitó que se desestimara la demanda (fs. 590 a 597, pieza 2).

VII) Por decreto No. 1120/2017 (fs. 626) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 861, pieza 3.

VIII) Las partes y la tercerista alegaron por su orden (fs. 864 - 884; 906 a 919 y 890 a 903 vto., respectivamente, pieza 3).

IX) La Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante dictamen No. 100/2022 y aconsejó amparar parcialmente la demanda haciendo lugar a los agravios referidos a la falta de motivación e inexistencia de autorización y registros previos, anulando los actos administrativos impugnados vinculados a los mismos (fs. 922 a 928, pieza 3).

X) Puestos los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma (fs. 928, pieza 3).

CONSIDERANDO :

I) En el *aspecto formal*, corresponde señalar que el cumplimiento de las exigencias que según la normativa vigente (Constitución artículos 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22 de junio de 1987, artículos 4 y 9) habilitan el examen de la pretensión anulatoria ya fue relevado por la **sentencia interlocutoria N° 743/2016** (fs. 575 a 582, pieza 2), a cuyos fundamentos cabe remitirse *brevitatis causae*.

II) El Tribunal, por unanimidad, habrá de compartir en términos generales el dictamen de la Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo (fs. 922 a 928, pieza 3) y dispondrá la

anulación del acto administrativo de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay, de fecha 31 de noviembre de 2010, con el alcance que le confirió el acto de esa misma entidad, el 14 de diciembre de 2010, por los fundamentos que se explicitarán.

La demanda anulatoria de autos se dirigió contra:

1º) *“El acto administrativo expreso y escrito (“instrucción” o “nota”) de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay de fecha 31 de noviembre de 2010, con el alcance que le confiere el acto administrativo expreso (“nota”) de esa misma Superintendencia de 14 de diciembre de 2010”*; y

2º) *“Los actos administrativos expresos o tácitos realizados por la Intendencia de Regulación Financiera del mismo BCU que se detallan: a) comunicación telefónica realizada a [REDACTED] SA luego de la denuncia presentada por mi representada (la denuncia es del 9 de febrero de 2011, la llamada habría sido ese mismo día o el siguiente); b) la omisión en sancionar a [REDACTED] SA por las infracciones denunciadas; c) la comunicación escrita dirigida a [REDACTED] SA con contenido de “advertencia”, de 28 de febrero de 2011”* (fs. 241, pieza 1).

En su planteo previo a la formulación de agravios, la accionante delimitó el alcance de su pretensión anulatoria señalando que:

a) La Resolución de la Superintendencia de 31 de noviembre de 2010, en los términos dispuestos por su modificativa de 14 de diciembre de 2010, es absolutamente nula, en cuanto habilitó a [REDACTED] S.A. a comercializar un producto que procuraba la captación del ahorro público, sin que haya existido autorización, ni registro previo para ello;

b) Asimismo, las Resoluciones posteriores que en forma expresa o tácita denegaron la solicitud de aplicación de sanciones a [REDACTED] S.A., también *son absolutamente nulas* (fs. 254, pieza 1).

Seguidamente, se agravió contra los actos impugnados esgrimiendo las siguientes causales de ilegitimidad: **i) falta de motivación; ii) inexistencia de autorización y registros previos; iii) inaplicación del régimen sancionatorio.**

En oportunidad de pronunciarse sobre las excepciones previas deducidas por la parte demandada y la tercerista, la **sentencia interlocutoria N° 743/2016 declaró no procesable la omisión de sancionar a [REDACTED] S.A.** por las infracciones denunciadas y mandó contestar derechamente la demanda (fs. 582, pieza 2) (la negrilla no está en el original).

Con lo cual, podría entenderse que el cúmulo de agravios dirigidos contra las Resoluciones posteriores a la Resolución de la Superintendencia Financiera de 31 de noviembre de 2010, en los términos dispuestos por su modificativa de 14 de diciembre de 2010, habrían quedado excluidos del objeto del proceso, precisamente por versar sobre la cuestión atinente a la **omisión de sancionar a [REDACTED] SA.**

Ahora bien, dado que la accionante identificó específicamente en tres literales distintos “*las Resoluciones posteriores que en forma expresa o tácita denegaron la solicitud de aplicación de sanciones (...)*” y que la **sentencia interlocutoria N° 743/2016 únicamente declaró no procesable la omisión de sancionar a [REDACTED] S.A. (literal b),** corresponde igualmente examinar la *procesabilidad* de la *comunicación*

telefónica (literal a) y la *comunicación escrita (literal c)* que el BCU le realizó.

De la compulsa de los antecedentes surge que tanto la *comunicación telefónica* realizada a [REDACTED] S.A. luego de la denuncia presentada por la actora (**literal a**) (véase informe de fs. 376, pieza 2, en carpeta verde de 520 fojas, A.A.) como la *comunicación escrita* a [REDACTED] [REDACTED] S.A. de 28 de febrero de 2011 (**literal c**) (véase fs. 382, pieza 2, *ibidem*, A.A.) contuvieron *instrucciones particulares* del BCU.

Al respecto, corresponde señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corporación, las *instrucciones particulares* que emite el BCU *no resultan procesables* por tratarse de *actos preparatorios carentes de la nota de definitividad*, salvo cuando exorbiten o desnaturalicen los alcances propios de las mismas (véase por ejemplo *sentencias N° 491/2011, 803/2016, 407/2017 y 480/2021*), cuestión que no se verifica en autos.

En este sentido, se coincide con el fundado voto de la Sra. Ministra, Dra. Nilza Salvo en cuanto consignó: “*Con respecto a la comunicación escrita dirigida a [REDACTED] S.A. con contenido de “advertencia” de 28/11/11 considero que tampoco resulta procesable (...)*

La referida comunicación resulta -a mi juicio- asimilable a un acto de intimación, en cuanto agota sus efectos en sí mismo y requiere del dictado de un acto posterior que haga efectiva la modificación de la situación jurídica eventualmente lesiva a la que refiere.

A los efectos de una mayor comprensión de la situación de fondo, cabe relacionar que la comunicación telefónica a [REDACTED] (que se considera no procesable) fue a los efectos de instruir la supresión

de la página web utilizada, advirtiéndosele que, de persistir en dicho comportamiento, se lo consideraría como incumplimiento a una instrucción particular, y se le aplicarían las sanciones correspondientes. Dicha “advertencia” fue formulada por escrito en la nota de 28/11/11 (Véase a fs. 382 de A.A.)” (la negrilla no está en el original).

En definitiva, cabe concluir que *no resultan procesables las Resoluciones posteriores que en forma expresa o tácita denegaron la solicitud de aplicación de sanciones a [REDACTED] S.A. (literales a, b y c).*

En virtud que la **sentencia interlocutoria N° 743/2016** únicamente declaró *no procesable* la omisión de sancionar a [REDACTED] S.A. (literal b), corresponde declarar en esta instancia *no procesables* a la *comunicación telefónica* (literal a) y la *comunicación escrita* (literal c) que el BCU le cursó a dicha empresa con carácter de *instrucciones particulares*, quedando plenamente descartado *el agravio de inaplicación del régimen sancionatorio*.

III) Delimitado lo anterior, cabe examinar únicamente los agravios de *falta de motivación* e *inexistencia de autorización y registros previos*, circunscribiendo sus alcances a La Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros de 31 de noviembre de 2010, en los términos dispuestos por su modificativa de 14 de diciembre de 2010.

Previo a ello, procede relevar los *presupuestos procesales de falta de legitimación activa e ilegitud* de dicha Resolución, que, como es sabido, requieren de un *examen previo* que, de no verificarse, *obsta la decisión de mérito*.

Comenzando por el estudio de la *legitimación activa* de la promotora, hay que tener en cuenta que el acto que se viene de mencionar la agravió en tanto posibilitó el inicio de un *funcionamiento provisorio y limitado* de [REDACTED] S.A como fiduciaria financiera administradora de fondos de inversión, siendo ambas empresas competidoras en el mercado de capitales.

Al respecto, resultan trasladables los fundamentos planteados por el Tribunal en la **sentencia N° 504/2018** en oportunidad de examinar la legitimidad de la *autorización definitiva* concedida a [REDACTED] S.A.

En términos *mutatis mutandis* trasladables, dicha sentencia consignó: “*Es exacto lo que se manifiesta al contestar la demanda en cuanto a que [REDACTED] S.A. capta recursos del mercado bajo otra modalidad distinta a la de [REDACTED]: una es una AGAP y la otra es un fideicomiso financiero.*

Pero, aún con sus diferentes regímenes jurídicos, no desarrollan su actividad en compartimientos estancos, ambos operan, a punto de partida de tales diferencias jurídicas, en la misma plaza financiera, operando en el mercado de capitales, procurando la captación del ahorro privado.

(...)

“*...Bajo formas jurídicas distintas ambas empresas, [REDACTED] y [REDACTED] se dedican al mismo negocio que es captar el ahorro público especialmente para adquisición de vivienda, fuere por sorteo o licitación entre un mercado de ahorristas con ese fin y tanto el mercado de valores organizado en torno a grupos de ahorro previo o*

fideicomisos financieros se encuentran bajo la regulación y supervisión del BCU.

Es clara la legitimación de [REDACTED] en tanto tiene un interés legítimo en que todos sus competidores se ajusten a la misma normativa que regula ese mercado y exigir un comportamiento debido en tal sentido de la autoridad supervisora bancocentralista.

La calidad de competidor de [REDACTED] por la captación de ahorro público previo (es indiferente la forma jurídica) hace que se encuentre en una situación jurídica definida y actual con relación a la Administración por tanto su interés legítimo califica como directo y personal (...)” (la negrilla y el subrayado no coinciden con el texto original).

En lo que respecta a la *ilesividad*, la demandada argumentó que el *acto originario* es la instrucción del 31 de noviembre de 2010 y la notificación de la nota de 14 de diciembre de 2010, es un *acto reiterativo* por ser *meramente aclaratorio*.

No le asiste razón en su planteo.

Véase.

En la nota del 31 de noviembre de 2010, dirigida a [REDACTED] se expresó: *“Hasta tanto la empresa fiduciaria como el fideicomiso financiero no hayan sido registrados la empresa deberá abstenerse de realizar oferta pública de este producto por cualquier medio masivo, incluido la página web del fideicomiso o cualquier otra página web”* (fs. 5, en carpeta verde de 32 fojas, A.A.) (la negrilla no está en el original).

En tanto, en la nota del 14 de diciembre de 2010, ante los planteos de dicha empresa, el BCU consignó: “(...) *nos permitimos señalar que la instrucción referida hace mención a medios masivos de comunicación y no a la suspensión de toda actividad de venta del producto; razón por la cual no se está impidiendo la comercialización del producto; sino solamente prohibiendo que esta se realice de acuerdo a la forma preseñalada*” (fs. 13, ibídem) (la negrilla no está en el original).

Como bien lo pone de manifiesto el dictamen de la Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo: “(...) *resulta opinable si esta última nota es reiterativa de la anterior fechada el 31/XI/10. A nuestro criterio, si bien la misma en principio parecería ser meramente aclaratoria, agrega un elemento que no se había señalado expresamente en la nota original y que resulta de sustancial importancia para la operativa de [REDACTED]; la afirmación de que no se le impide la comercialización del producto sino solamente de ofertar el mismo en medios masivos de comunicación incluida una página web.*

La autorización de comercializar el producto con las limitaciones referidas, en nuestro concepto, supone una toma expresa de posición del BCU posterior a la nota original fechada 31/XI/10, posición que no se desprende en forma directa y asertiva de la mera lectura de la nota primigenia.

Por otra parte, consideramos que en caso de duda, debe darse prevalencia al principio de acceso a la jurisdicción, razón por la cual sugerimos desestimar esta excepción del BCU.” (fs. 923, pieza 3) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Al analizar el punto, Cajarville advertía: ***“No son objeto de la acción de nulidad las resoluciones meramente reiterativas o denegatorias de peticiones de revocación o modificación, de otras anteriores, porque no siendo ellas las creadoras de la situación jurídica lesiva, su anulación no proporcionaría satisfacción al impugnante”*** (Cf. Juan Pablo Cajarville Peluffo, *“Recursos administrativos”*, FCU, 3ª edición, Montevideo, 2000, p. 138-139). (la negrilla no está en el original).

Pero a continuación, el autor formulaba una importante precisión: **“En la categoría de resoluciones meramente reiterativas no deben incluirse aquellas que, aunque en su expresión literal reiteren una anterior, lo hagan luego de ocurridos cambios en las circunstancias de hecho o de derecho que motivaron el dictado del primer acto. Este nuevo acto es en realidad originario en cuanto a los motivos existentes al tiempo de su emisión, y por tanto es objeto de recurso administrativos y de acción de nulidad”** (Cf. Juan Pablo Cajarville Peluffo, *“Recursos administrativos”*, op. cit., p. 139) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Y bien, a juicio del Tribunal, ello es justamente lo que sucede en el ***sub - iudice***, en el cual, ante un planteo de la empresa, el BCU indicó que la instrucción particular no implicaba un impedimento a la comercialización del producto, sino únicamente una prohibición de hacerlo a través de medios masivos de comunicación.

Así las cosas, no puede concluirse que la decisión contenida en la nota de 14 de noviembre de 2010, constituya un acto meramente reiterativo de la expresada primigeniamente en la nota de 31 de noviembre de 2010.

IV) Despejadas las cuestiones atinentes al cumplimiento de los presupuestos procesales, se ingresará al estudio del *fondo del asunto*, el que como se anunció con anterioridad, se limita en sus alcances a la Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros de 31 de noviembre de 2010, en los términos dispuestos por su modificativa de 14 de diciembre de 2010, únicamente en lo que respecta a los agravios de *falta de motivación e inexistencia de autorización y registros previos*.

Comenzando por el primer agravio, surge de autos que en la nota fechada el 31 de noviembre de 2010, el Superintendente de Servicios Financieros, Jorge Ottavianelli se dirigió a la empresa [REDACTED] expresando que *“Hasta tanto la empresa fiduciaria como el fideicomiso financiero no hayan sido registrados la empresa deberá abstenerse de realizar oferta pública de este producto por cualquier medio masivo, incluido la página web del fideicomiso o cualquier otra página web”* (fs. 5, en carpeta verde de 32 fojas, A.A.) (la negrilla no está en el original).

A raíz de los planteamientos formulados por la empresa, el 14 de diciembre de 2010, el Superintendente de Servicios Financieros respondió: *“(...) nos permitimos señalar que la instrucción referida hace mención a medios masivos de comunicación y no a la suspensión de toda actividad de venta del producto; razón por la cual no se está impidiendo la comercialización del producto; sino solamente prohibiendo que esta se realice de acuerdo a la forma preseñalada”* (fs. 13, ibidem) (la negrilla no está en el original).

Dichas notas tuvieron como antecedente el informe elaborado el 29 de noviembre de 2011 por la Intendente, Ec. María del Rosario Patrón,

donde se analizó detalladamente la situación y en particular se expresó que ***“Preocupa que el producto -que involucra la captación de ahorro público- además de seguir fuera del control de la Superintendencia, continúa ofreciéndose en forma pública por varios medios, y en particular en la página web [REDACTED]”*** (fs. 1, ibídem) (la negrilla no está en el original).

Ahora bien, no obstante surgir de los antecedentes la tramitación dada al asunto, la existencia de motivación conforme a derecho se vincula íntimamente con el restante agravio, razón por la cual se los analizará en forma conjunta.

Este agravio, referido a la inexistencia de autorización y registros previos conforme a la normativa aplicable (artículo 26 de la Ley N° 17.703 y artículos 127, 129, 197 y 206 de la RNMV) apunta directamente al centro de la controversia, que estriba en determinar si el BCU obró conforme a derecho al posibilitar, mediante el impugnado, el inicio de un ***funcionamiento provisorio y limitado*** de [REDACTED] S.A como ***fiduciaria financiera administradora de fondos de inversión***.

Sobre este punto corresponde señalar que el artículo 26 de la Ley N° 17.703 es categórico al establecer que: **“Solamente podrán ser fiduciarios en un fideicomiso financiero las entidades de intermediación financiera o las sociedades administradoras de fondos de inversión”** (la negrilla y el subrayado no pertenecen al texto original).

En este sentido, está claro que [REDACTED].A. [REDACTED]”) no era una entidad de intermediación financiera, por lo que, para ser fiduciaria de un fideicomiso financiero

debía formalizarse e inscribirse como una sociedad administradora de fondos de inversión.

Al respecto, el artículo 5° de la Ley N° 16.774, en la redacción dada por el artículo 3 de la Ley N° 17.202, establecía que las sociedades administradoras de fondos de inversión ***“Para funcionar requerirán autorización del Banco Central del Uruguay. A efectos de otorgar la autorización referida el Banco Central del Uruguay atenderá a razones de legalidad”*** (la negrilla y el subrayado no pertenecen al texto original).

En tanto, el artículo 129 de la RNMV disponía que para ser autorizadas las sociedades administradoras de fondos de inversión deben cumplir con ciertos requisitos: tener por objeto exclusivo la administración de fondos de inversión, revestir la forma jurídica de sociedades anónimas por acciones nominativas, físicas o escriturales e incluir en su denominación la expresión *“Administradora de Fondos de Inversión”*.

A su vez, el artículo 197 de la RNMV estableció la información que debe acompañar la solicitud de inscripción en el Registro del Mercado de Valores, sección Fiduciarios y el artículo 206 del mismo plexo normativo previó los requerimientos necesarios para solicitar la inscripción como fiduciarios financieros.

En el *casus*, a través del dictado de la Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros de 31 de noviembre de 2010, en los términos dispuestos por su modificativa de 14 de diciembre de 2010, el BCU se apartó de lo preceptuado por la normativa aplicable al haber autorizado a [REDACTED] un ***funcionamiento provisorio y limitado***, como ***fiduciaria financiera administradora de fondos de***

inversión, cuando ésta aún no había cumplido con las exigencias a tales fines.

Como bien lo destaca el dictamen de la Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo, “(...) *el BCU para otorgar dicha autorización para funcionar, conforme a nuestra normativa vigente, debe atenerse a estrictas razones de legalidad, no alcanzando las alegadas razones de mérito o discrecionalidad.*

Obsérvese que dicha norma refiere en general a la autorización “para funcionar”, y que por tanto, dicho concepto abarca también la autorización para comercializar el producto aunque no se permita su oferta en medios masivos de comunicación. Dicho de otra forma, la autorización para comercializar el producto – con la limitación referida– supone un permiso para funcionar (aunque en forma limitada), potestad que la Ley admite únicamente si se cumple con la normativa vigente.

En definitiva, en el presente caso, el BCU por la instrucción del 14/XII/10, permitió la comercialización del producto en forma limitada, cuando no se habían cumplido con los trámites para obtener la habilitación y registro de [REDACTED] lo que resulta contrario a derecho de acuerdo a la normativa vigente (art. 5 de la Ley 16.774)- un caso con aristas similares fue objeto de la Sentencia anulatoria N° 504/2018.” (fs. 925 vto., pieza 3) (la negrilla no está en el original).

En efecto, [REDACTED] no se encontraba habilitada para operar regularmente como fiduciaria de tipo financiero, aun cuando se encontrase en trámite de cambio de objeto social y denominación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 17.703.

En este sentido, cabe remitirse a la fundamentación expresada por la Corporación en oportunidad de expedirse sobre la *autorización definitiva* otorgada a [REDACTED] instancia en la que concluyó que: “(...) *la SSF se ha excedido en sus facultades o potestades que, como resulta de los textos legales transcriptos se trata de potestades regladas, no discrecionales. Por consecuencia, el BCU: a) no tiene potestad para autorizar a funcionar una sociedad como administradora de fondos de inversión, cuando ésta no había cumplido las exigencias o requisitos legales; b) por añadidura, las razones que invoca para conferir la autorización aluden a cuestiones de mérito y no de legalidad, como lo exige la norma, y c) la ley no prevé soluciones transitorias o alternativas para contemplar situaciones como las acaecidas en autos.*” (sentencia N° 504/2018) (la negrilla no está en el original).

En definitiva, procede acoger los agravios de falta de motivación e inexistencia de autorización y registros previos y en su mérito disponer la anulación la Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros de 31 de noviembre de 2010, en los términos dispuestos por su modificativa de 14 de diciembre de 2010.

Por las razones expuestas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en atención a lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución, por unanimidad

FALLA :

Declárase que la comunicación telefónica (literal a) y la comunicación escrita (literal c) cursadas por el BCU a [REDACTED] [REDACTED] no resultan procesables ante esta jurisdicción, de acuerdo con lo expresado en el Considerando II).

Ampárese la demanda incoada y, en su mérito, anúlase la Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros de 31 de noviembre de 2010, en los términos dispuestos por su modificativa de 14 de diciembre de 2010, según lo expresado en el Considerando IV).

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora y tercerista en la cantidad de \$ 43.000 (pesos uruguayos cuarenta y tres mil) cada uno.

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Simón, Dr. Vázquez Cruz (r.), Dr. Corujo, Dra. Klett, Dra. Salvo

Dr. Marquisio (Sec. Letrado)