

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 3 de febrero de 2020.

No. 8

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “[REDACTED] con BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. Acción de Nulidad” (Ficha No. 705/2017).

RESULTANDO:

I) La parte actora compareció y dedujo pretensión anulatoria contra la Resolución RR-SSF-2017-349 de la Superintendencia de Servicios Financieros de 9 de junio de 2017 mediante la cual se dispuso:

“1. Requerir a [REDACTED] la presentación en un plazo de 20 días hábiles, de un plan de adecuación que contemple la reestructuración del financiamiento obtenido a través del Contrato de Fideicomiso de Garantía de 26 de febrero de 2014 dentro de un plazo máximo de 6 (seis) meses, en los términos del artículo 81 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero.

2. Hacer saber a [REDACTED] en relación a las participaciones con interés lo siguiente:

a) Constituyen fuentes de financiamiento admisibles siempre que sean colocadas a personas físicas, socias de la cooperativa y que las autorizaciones de transferencia que eventualmente confiera el Consejo Directivo, prevean el cumplimiento de estos requisitos;

b) de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 18.627 constituyen “valores” y por ende su emisión merecerá la calificación de oferta privada siempre

que no reúna los caracteres exigidos en el artículo 2 de la citada Ley y el artículo 1 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores para concluir la configuración de oferta pública.

En caso de tratarse de una emisión bajo esta última modalidad, la misma deberá adecuarse a las exigencias reglamentarias de inscripción de los valores en el Registro de Valores, así como las restantes obligaciones normativas impuestas a los emisores de oferta pública.” (fs. 28 y 28 vto., infolios y fs. 10 vto. a 11, pieza 1, en carpeta verde de 325 fojas, A.A.).

En su demanda, relató que es una cooperativa de ahorro y crédito de capitalización y que al mismo tiempo reviste la calidad de empresa administradora de crédito, por su actividad como emisora de tarjetas de crédito de las marcas Líder y Master Card. Por lo primero, se encuentra sometida al control de la Auditoría Interna de la Nación y por lo segundo al contralor del Banco Central del Uruguay.

Tras relacionar los antecedentes, sintetizó que la ilegalidad del acto administrativo impugnado surge de la errónea aplicación del ordenamiento jurídico, interpretando e integrándolo incorrectamente.

En primer lugar, se refirió a la regulación de las participaciones de interés (artículos 52, 66 y 164 de la Ley N° 18.407 y artículo 32 de su Estatuto) y concluyó que de dicha normativa surge que estas constituyen un recurso propio de la cooperativa, recursos financieros que se integran a su patrimonio. De las propias normas cooperativas surge que no existe limitación alguna con relación a quienes pueden ser sus titulares. Así, en el artículo 66 de la Ley N° 18407 se establece que pueden ser titulares tanto los socios como los no socios. La única limitación con relación a las participaciones de interés surge de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo

67, que dispone que el saldo nominal vigente de estos instrumentos no podrá superar, en conjunto, el cincuenta por ciento del patrimonio de la cooperativa emisora.

En segundo término, se centró en la normativa del Banco Central para empresas administradoras de crédito. Mencionó la Carta Orgánica del BCU y lo establecido por el artículo 37 literal B), que regula las entidades administradoras de crédito y establece sus fuentes de financiamiento.

La norma dispone que dichas entidades sólo podrán financiarse con recursos propios o créditos conferidos por personas físicas que sean directores o accionistas, según la definición que al efecto establezca la Superintendencia de Servicios Financieros.

En cumplimiento de lo dispuesto, en el artículo 81 del RNRCSF se establecieron las correspondientes definiciones según la empresa administradora operara bajo la forma de una sociedad anónima o cuando no asumiera dicha forma. En este último caso, los términos director y accionista se asimilan a los de administrador y socio, respectivamente.

La interpretación que realizó la Administración de los dos ordenamientos jurídicos aplicables lesiona los derechos de la cooperativa por cuanto no consideró -en desconocimiento del precepto legal- a las participaciones con interés como un recurso patrimonial propio de la cooperativa, entendiendo que son un financiamiento que se obtiene de terceros.

La Resolución impugnada acepta la posibilidad de readecuación del financiamiento mediante la emisión de participaciones de interés mediante oferta pública y privada únicamente si sus tenedores son personas físicas socias de la cooperativa.

Corresponde interpretar en forma armónica lo dispuesto en el artículo 37 de la Carta Orgánica del BCU, el artículo 81 del RNRCSF y el artículo 66 de la Ley N° 18.407.

Al establecer la Carta Orgánica del BCU que las entidades administradoras de crédito podrán financiarse con recursos propios y la Ley de Cooperativas señalar como tales a las participaciones de interés, se debe admitir el financiamiento mediante dicho instrumento (sea en oferta pública o privada, según la normativa legal y banco centralista aplicable), sin más limitaciones que las que surgen de la Ley de Cooperativas que es donde se las reguló.

Sin embargo, por la Resolución N° 2017-349, el BCU limitó al instrumento de capitalización admitido como recurso de financiamiento propio en otra norma de fuente legal (Carta Orgánica del BCU).

La exigencia que las participaciones sólo podrán ser emitidas a personas físicas socias de la cooperativa resulta únicamente del acto impugnado y contraría en forma manifiesta la Ley de Cooperativas.

Además, el acto impugnado exige que los titulares sean personas físicas, dejando de lado a las personas jurídicas, contraviniendo lo establecido por el artículo 18 de la Ley N° 18.407, que entiende por tales tanto a unas como a las otras.

El acto dictado por el BCU contraría el orden jurídico por cuanto modifica una norma de superior jerarquía como es la Ley N° 18.407 y establece diferencias donde el legislador no lo hizo.

La Resolución N° 2017-349 se encuentra viciada de nulidad al contrariar una regla de derecho legal careciendo de motivos, por lo que se impone su anulación.

La incorrecta aplicación de las normas jurídicas por parte del BCU violenta asimismo al principio constitucional de seguridad jurídica. No resulta admisible la alteración sustancial de una determinada situación, máxime cuando no se verifican las circunstancias de hecho ni de derecho que admitan tal modificación.

En definitiva, solicitó la declaración de nulidad del acto impugnado (fs. 39 a 47 vto.).

II) Conferido el correspondiente traslado, compareció la Dra. María Paz Wilson -en representación del Banco Central del Uruguay-, quien lo contestó oponiéndose al accionamiento.

El Decreto - Ley N° 15.322 y la Ley N° 16.696 y sus modificativas forman parte del conjunto de normas que regulan la actividad económica pública y privada para encausarla hacia objetivos y metas de interés general.

Si las empresas administradoras de crédito operan con recursos que económicamente no les pertenecen y que recogen del público, cambian de naturaleza y pasan a ser intermediarios financieros, por lo que deben estar sometidos a un régimen más intenso de control estatal, que surge del Decreto - Ley N° 15.322 y sus modificativas.

La cooperativa no está controlada por el BCU en cuanto tal, sino por la tarea que desarrolla al ser administradora de crédito (actividad financiera que no es de intermediación), por lo que no puede desconocer la regulación especial a la que está sometida, que impone -entre otros requisitos- la limitación de sus fuentes de financiamiento, para no incurrir en actividad de intermediación.

El BCU realizó una correcta armonización de la normativa que

regula la actividad de las cooperativas de ahorro y crédito de capitalización y de las empresas administradoras de crédito.

Es fundamental comprender que la actora reúne la doble calidad de: **i)** cooperativa de ahorro y crédito de capitalización; y **ii)** empresa administradora de crédito.

Tal circunstancia determina que su régimen de financiamiento no derive aisladamente de las previsiones de la Ley N° 18.407 y su reglamentación, sino además de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a las empresas administradoras de crédito.

En particular, el artículo 37 de la Ley N° 16.696, en la redacción dada por la Ley N° 18.401, con las modificaciones dispuestas por el artículo 1° de la Ley N° 18.643. A esto se le suman las disposiciones de los artículos 81 y 82 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero (RNRCFSF).

No importa tanto la calidad de los agentes, sino la realidad de la función: los servicios financieros. La Ley no los define y realiza una enumeración de los agentes desde una perspectiva sistemática. En este marco, el artículo 37 de la Ley refiere a "*Entidades Supervisadas*", definidas como aquellas que integran el sistema financiero, cualquiera sea su naturaleza, dispongan o no de personería jurídica, indicando que la supervisión se realizará por el BCU, a través de la SSF.

La actora se encuentra dentro de la categoría de instituciones previstas por el artículo 37 literal B de la Ley N° 16.696, que otorgan crédito con carácter profesional y habitual.

Tal como lo señaló el Economista Mario Bergara en la discusión parlamentaria, lo que está prohibido a las empresas administradoras de

crédito es la forma de financiamiento a través de llamados públicos a inversores. Si así fuera, se transformarían en instituciones de intermediación financiera y entrarían en la clasificación del literal a).

O sea que sí tienen restricción de financiamiento en cuanto a que no pueden financiarse llamando abiertamente a que la gente invierta sus fondos en esas entidades.

Esta restricción aplica a *todas* las empresas administradoras de crédito, cualquiera sea la forma jurídica que hayan adoptado. La Ley se aplica de la misma forma, sin excepciones.

Las restricciones al financiamiento por personas físicas establecidas en el artículo 37 literal a), así como las del literal c) son plenamente aplicables a las sociedades cooperativas, pues pretenden evitar que las empresas cooperativas de giro financiero (que no son de intermediación financiera) se financien directa o indirectamente con recursos del público en general. Y en cuanto al financiamiento por otras personas jurídicas, lo único que agrega el artículo 165 numeral 3 de la Ley N° 18.407 son algunos posibles prestamistas no previstos por el régimen común, pero de modo alguno habilita el financiamiento por cualquier persona jurídica.

No es que la Ley prohíba el financiamiento externo de las cooperativas de ahorro y crédito, pero debe hacerlo en determinadas condiciones, especialmente si a su vez reviste la característica de ser una empresa administradora de crédito.

La propia Ley de Cooperativas determina con claridad (artículos 163 y 165) que sólo las cooperativas de ahorro y crédito de intermediación financiera les está autorizado recibir inversiones del público, vedando tal posibilidad para las cooperativas de ahorro y crédito de capitalización.

Ni la Ley N° 18.401 ni la Ley N° 18.407 habilitan el recurso al ahorro público como fuente de financiamiento.

Al tratarse de una cooperativa de ahorro y crédito de capitalización, los aportes sistemáticos de capital provienen de sus socios (artículo 163 de la Ley N° 18.407), por lo que es razonable interpretar que la noción de accionistas empleada por la norma legal (artículo 37 literal b) y numeral i) de los incisos segundo y cuarto de la Ley N° 16.696, en la redacción dada por el artículo 9 de la Ley N° 18.401 y por los artículos 1 y 2 de la Ley N° 18.643) es asimilable a la de aquellas personas físicas que integran los órganos de dirección de la entidad.

En consecuencia, no merece observaciones el financiamiento a través de la emisión de participaciones con interés cuyos titulares sean personas físicas que revisten la calidad de “*socios*” de la cooperativa o quienes integran los órganos de dirección. En cambio, sí resulta objetable que a través de este instrumento se financie la cooperativa a través del aporte de personas físicas que no revisten tales caracteres.

El financiamiento de las empresas de crédito por parte de personas físicas -cualquiera sea la vía formal por la que se realice- se encuentra limitado a quienes revisten la calidad de “*directores o accionistas*” de las instituciones (artículo 37 de la Ley N° 16.996, en la redacción dada por la Ley N° 18.401 y artículo 81 literal a) RNRCFS).

La limitación no es casual ya que procura tutelar el ahorro público, de modo que las empresas que asuman la actividad profesional y habitual de conferir crédito asumiendo los riesgos que ello conlleva sólo puedan ser destinatarios de inversiones del público en general si están autorizadas a realizar intermediación financiera y -por lo tanto- se sujetan al estatuto

legal y reglamentario de esas empresas. Que es distinto y -obviamente- más riguroso que el de una administradora de crédito.

El financiamiento obtenido por [REDACTED] a través del contrato de fideicomiso de garantía no es admitido, en tanto los clientes de valores son personas físicas que no revisten calidad de socios.

Por esa razón, se requirió a [REDACTED] que reestructurara el financiamiento del contrato de fideicomiso de garantía a efectos de adecuarlo a las fuentes de fondeo admitidas por la normativa, dentro de un plazo prudencial.

La emisión de participaciones con interés constituye financiamiento admitido por la normativa vigente siempre que la misma esté dirigida a socios de la cooperativa, personas físicas, en los términos del literal a) del artículo 81 de la RNRCSF y que las autorizaciones de transferencia que eventualmente confiera el Consejo Directivo prevean también estos requisitos.

Las participaciones con interés constituyen *valores* de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 18.627, correspondiendo la calificación de emisión de oferta privada siempre que no reúnan los caracteres exigidos en el artículo 2 de la citada Ley y el artículo 1 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores.

La transmisibilidad de las participaciones con interés expone a la cooperativa a ser financiada por el ahorro público, en forma indirecta. Es claro que lo que no puede hacerse en forma directa no debe hacerse tampoco oblicuamente.

Si una empresa recurre al financiamiento de acreedores, se hace dueño del recurso y se obliga a restituir la suma recibida más un interés.

Por ende, se trata de un crédito.

Ambos van a tener un derecho sobre la cooperativa, en este caso, pero el derecho del socio o cooperativista es mucho más subordinado, sometido a que prioritariamente se cancele el derecho de los acreedores.

Es ese el riesgo que ha pretendido limitar la Superintendencia de Servicios Financieros al dictar la Resolución SSF N° 2017-349, en el marco de sus competencias legales y constitucionales, en aras del interés general.

En suma, abogó por el rechazo de la demanda (fs. 54 a 69).

III) Por decreto No. 9657/2017 (fs. 71) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 77.

IV) Las partes alegaron por su orden (fs. 80-84 vto. y fs. 87-96 vto., respectivamente).

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante dictamen No. 38/2019 y aconsejó la confirmación del acto en proceso (fs. 99 a 101).

VI) Puestos los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma (fs. 102).

CONSIDERANDO:

I) En el aspecto formal, se han cumplido 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.

La Resolución RR-SSF-2017-349 se emitió el 9 de junio de 2017 (fs. 3 a 3 vto., *infolios* y fs. 10 vto. a 11, pieza 1, en 325 fojas, A.A.) y se notificó el 15 de junio de 2017 (fs. 11 vto., pieza 1, A.A.).

El 22 de junio de 2017 se interpusieron en tiempo y forma los recursos de revocación y jerárquico en subsidio (fs. 2 a 2 vto., pieza 1, A.A.).

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante *denegatoria expresa*, a través de la Resolución D-222/2017, de 9 de agosto de 2017, por la que el Directorio del BCU desestimó el recurso jerárquico y confirmó el acto recurrido (fs. 105 a 105 vto., pieza 1, A.A.). Se notificó a la actora el 14 de agosto de 2017 (fs. 109, pieza 1, A.A.).

La demanda de nulidad se presentó dentro del término legal, el 13 de octubre de 2017 (nota de cargo, fs. 48).

III) El Tribunal, por unanimidad de sus integrantes, habrá de compartir lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 99 a 101) y se pronunciará por el rechazo de la demanda y la consecuente confirmación del acto impugnado, por los fundamentos que se intentará explicitar.

Surge de autos que la cooperativa accionante reúne la doble condición de ser, por un lado, una *cooperativa de ahorro y crédito de capitalización*, regida básicamente por la Ley de Cooperativas N° 18.407 (artículos 162 y siguientes) y por otro, una *empresa administradora de crédito*, en su calidad de emisora de diversas tarjetas de crédito, bajo contralor y supervisión regulatoria del BCU (artículo 37 de la Ley Orgánica del BCU N° 16.696, modificativas y concordantes).

El nudo gordiano de la *litis* estriba en cuál es el régimen de financiamiento aplicable a la entidad compareciente.

Si bien no puede desconocerse el carácter *cooperativo* de la accionante, el BCU en su carácter de autoridad banco centralista no puede dejar de velar por el correcto funcionamiento de la accionante como *empresa administradora de crédito* bajo su supervisión.

En tal sentido, la normativa banco centralista es clara en cuanto a que a las empresas administradoras de crédito les está prohibido financiarse mediante ahorro público, so pena de transformarse en instituciones de intermediación financiera.

El artículo 37 de la Ley N° 16.696, en la redacción dada por el artículo 9 de la Ley N° 18.401 (Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay) dispone lo siguiente: “*(Entidades supervisadas).- El Banco ejercerá la regulación y fiscalización de las entidades que integran el sistema financiero, cualquiera sea su naturaleza jurídica y dispongan o no de personería jurídica, a través de la Superintendencia de Servicios Financieros.*

A estos efectos se definen como entidades integrantes del sistema financiero las siguientes:

(...)

B) Entidades que presten servicios financieros de cambio, transferencias domésticas y al exterior, servicios de pago y cobranzas, servicios de cofres, créditos y otras de similar naturaleza, exceptuando a las reservadas a las instituciones de intermediación financiera. Estas entidades sólo podrán financiarse con recursos propios o con créditos conferidos por:

a) Personas físicas que sean directores o accionistas de las mismas, según la definición que al efecto establezca la Superintendencia de Servicios Financieros.

b) Instituciones de intermediación financiera nacionales o extranjeras.

c) Organismos internacionales de crédito o de fomento del desarrollo.

d) Fondos previsionales del exterior o fondos de inversión sujetos a una autoridad reguladora, en los cuales el o los créditos conferidos a cada entidad a la que refiere este literal no representen más de un porcentaje de las inversiones del fondo a ser determinado por la reglamentación de la Superintendencia de Servicios Financieros.

e) Toda otra persona jurídica de giro financiero, fideicomiso financiero o patrimonio de afectación de análoga naturaleza, que - reuniendo los requisitos establecidos en el literal d) precedente- sea autorizado por la Superintendencia de Servicios Financieros a tal efecto, la que tendrá un plazo de sesenta días para expedirse al respecto. En caso que transcurra el plazo sin que se emita la autorización expresa, se considerará fictamente autorizada la operación. El plazo precedente se suspenderá si la Superintendencia de Servicios Financieros requiriera información adicional, reanudándose su cómputo cuando se hubiera presentado la misma (...)"

Cabe señalar que el artículo 3° de Ley N° 18.643 agregó un nuevo inciso al referido artículo 37 de la Ley N° 16.696, estableciendo que: ***“Las disposiciones del presente artículo se establecen sin perjuicio de lo dispuesto para las cooperativas de ahorro y crédito de capitalización, en***

el numeral 3) del artículo 165 de la Ley N° 18.407, de 24 de octubre de 2008. Las ampliaciones a las fuentes de financiamiento que la Auditoría Interna de la Nación pudiese disponer al amparo de dicha norma, requerirán opinión previa y favorable del Banco Central del Uruguay.”

Así pues, puede apreciarse que tampoco las cooperativas de ahorro y crédito se sustraen totalmente a la autoridad regulatoria del BCU.

En el caso, la [REDACTED] suscribió en febrero de 2014 un *contrato de financiamiento* con [REDACTED] por un total de U.I 37.500.000 (fs. 17 a 22, [REDACTED] pieza 1, A.A.).

En su numeral 1.5 se estipuló que las partes celebraron un acuerdo por el cual el [REDACTED] *“comparecía actuando por cuenta, orden y riesgo de sus clientes y por tanto suscribiendo dicho contrato en el marco de las instrucciones recibidas de sus clientes”* (fs. 17 vto., pieza 1, A.A.) (la negrilla no está en el original).

Por tanto, y de conformidad al artículo 37 reseñado *ut supra*, estos denominados “clientes” deben necesariamente ser *personas físicas que sean directores o accionistas* de la parte deudora y de acuerdo a lo estipulado en el **artículo 81 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero**, en el caso que la empresa administradora de crédito no sea una sociedad anónima (como es el caso de la actora), los términos “director” y “accionista” se asimilarán a “administrador” y “socio”, respectivamente.

O sea, que en el caso de una cooperativa como [REDACTED] su fuente de financiamiento en tanto *empresa administradora de crédito* deberá provenir **exclusivamente de recursos propios o de créditos**

provenientes de quienes integran sus órganos de dirección o de sus socios.

Al revestir también la accionante su condición de *empresa administradora de crédito*, resulta legítimo el accionar del BCU al tratar de reconducir su financiamiento en el marco de la normativa banco centralista referida a tal tipo de entidades, conforme a sus potestades de supervisión y regulación de los mercados financieros.

En último análisis, el acto se encuentra motivado y la actora no puede válidamente apelar a argumentos como el de la violación del principio de seguridad jurídica para desconocer su doble naturaleza o condición jurídica de *cooperativa de ahorro y crédito de capitalización* y de *empresa administradora de crédito*, que la someten al contralor y supervisión del BCU.

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 de sus integrantes

FALLA :

Desestímase la demanda, y en su mérito confírmase la Resolución impugnada.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$36.000 (pesos uruguayos treinta y seis mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dr. Marquisio. (Sec. Letrado).