

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo 20 de junio de 2023.

No. 313

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “[REDACTED] con BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. Acción de nulidad” (Ficha No. 238/2021).

RESULTANDO :

I) La acción de nulidad, deducida a fojas 3 y siguientes, se dirige contra las Resoluciones de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay:

1) No. RR-SSF-2020-681, de fecha 6 de noviembre de 2020, mediante la cual se dispuso:

“1) *Instruir a [REDACTED] a cesar la comercialización de los productos denominados:*

a) *"Asistencia por Desempleo" en lo que respecta a las coberturas de canasta de alimentos, servicios de luz, agua y gas, hospitalización y protección de compras,*

b) *"Tarjeta Blindada" en lo que refiere a las prestaciones de seguro de hurto, protección de compras, asistencia ante robo, garantía de uso fraudulento y compras por internet.*

c) *"Seguro hogar protegido" y "Seguro de accidentes personales y vida" hasta que presente los contratos que ha suscrito con las empresas aseguradoras en los que éstas brindan su consentimiento en asumir las respectivas obligaciones con los clientes de [REDACTED] - junto con los*

contratos por ellas emitidos para que suscriban los clientes de [REDACTED], de corresponder.

2) Otorgar un plazo de 30 días hábiles para que presente ante la Superintendencia de Servicios Financieros la documentación acreditante del cumplimiento de la instrucción particular dispuesta en el numeral anterior (...)” (fs. 415 a 418 A.A., Pieza II);

2) No. RR-SSF 2021-308, de fecha 12 de mayo de 2021, que hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto, disponiendo: “1. Hacer lugar parcialmente al recurso de revocación interpuesto por [REDACTED] contra la Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros SSF No. 2020-681, de 06.11.2020, respecto de la comercialización del Seguro Hogar Protegido, en función de lo establecido en el Considerando XII).

2. Desestimar en los demás aspectos el recurso de revocación interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] contra la Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros SSF No. 2020-681, de 06.11.2020.

3. Franquear para ante el Directorio el recurso jerárquico interpuesto en subsidio.” (fs. 952 a 955 de los A.A., Pieza IV) y;

3) No. D-129/2021, de 2 de junio de 2021, dictada por el Directorio del Banco Central del Uruguay, que desestimó el Recurso Jerárquico. (fs. 962 vto. a 963 de los A.A.).

Por lo tanto, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto Ley No. 15.524, la acción anulatoria, debe entenderse dirigida, contra el acto generador del perjuicio que se alega, en el caso, es la Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay No. RR-SSF-2020-681, de 6 de noviembre de 2020,

con las modificaciones introducidas por la revocatoria parcial dispuesta.

██████████ cuyo nombre de fantasía es ██████████ relató que es una empresa uruguaya que tiene como giro, entre otras actividades, brindar por sí y/o a través de terceros contratados, distintos tipos de servicios de asistencia. ██████████ forma parte representante de un Grupo Internacional de Compañías Prestadoras de Servicios con probada capacidad de contratar y dar cumplimiento a los servicios que promueve.

Sostuvo que la autoridad reguladora impide dichas prestaciones basada en que se trataría de seguros que ██████████. no está autorizada a brindar. Incluso en el caso de algunas prestaciones que se canalizan por medio de empresas aseguradoras, ello se trataría de una tercerización que requiere autorización de la Superintendencia de Servicios Financieros, aunque en dicha vinculación la actora actúa como el corredor de seguros que es, y no como un asegurador.

La actora cuestionó que se trate de seguros, consideró que son prestaciones de asistencia que no resarcen el daño patrimonial sufrido, requiriéndose para caracterizar el seguro que el riesgo sea suficientemente homogéneo, disperso y de una cuantía mínima.

Entendió que mediando una interpretación extensiva del contrato de seguros, prácticamente cualquier transacción comercial, podría ser tildada como seguro, lo que contradiría los principios de libertad individual y de libertad de comercio (artículos 7° y 36° de la Constitución).

En virtud de la revocación parcial, el agravio se circunscribe al cese de comercialización de los productos denominados “Asistencia por Desempleo” y “Tarjeta Blindada”.

La actora expresó que el Banco Central carece de competencia para

establecer dicha prohibición. Mencionó el artículo 7 literal G de la Ley No. 16.696, orgánica del BCU, pero sostiene que la actividad prestada no se enmarca en dicha regulación. Invocó el principio de legalidad como sustento de su postura, entendiendo que no es posible cercenar una actividad comercial lícita.

Alegó que la actividad de la actora era anterior a la Ley No. 19.678, que con anterioridad a dicha ley primaba el principio de autonomía de la voluntad y de libertad de comercio aún en sede de seguros, y que el concepto de orden público debe considerarse en sentido estricto en función de la vigencia del principio de libertad.

Describió las prestaciones que brinda y señaló la diferencia que existe, a su juicio, entre éstas y el contrato de seguros, destacando que aquéllas no asumen riesgos ajenos. No se trata, en su caso, de indemnizar, sino que se reembolsa parte de los gastos y no el daño efectivamente sufrido por el beneficiario. Por ejemplo, en el caso de la canasta básica de alimentos, que resulta topeada, no se resarce el daño sufrido por el desempleo, sino que se cubre un monto con independencia del ingreso del beneficiario. Similar razonamiento se hace en el caso de la cobertura por hospitalización o del servicio de tarjeta blindada

En síntesis, solicitó la anulación de la Resolución impugnada.

II) Conferido el traslado correspondiente, la Dra. María Paz Wilson -en representación del Banco Central del Uruguay- compareció a fojas 33 y siguientes, contestando la demanda anulatoria.

Relató que [REDACTED] ofrece servicios de asistencia y comenzó a operar en el año 2011. Sus accionistas son los Sres. [REDACTED] (70% y 30% del capital accionario

respectivamente). El canal de distribución empleado para la comercialización de productos es la venta directa a través de su “call center”, contando con acuerdos con distintas empresas que ofician de sponsor y proporcionan la base de sus clientes para la venta de estos productos. Los proveedores con los que opera la compañía se encuentran ampliamente diversificados tanto en Montevideo como en el interior del país.

Señaló que los productos comercializados son: servicio de asistencia por desempleo, servicio de tarjeta blindada, seguro hogar protegido, seguro de accidentes personales y vida, asistencia domiciliaria, asistencia veterinaria /asistencia en mascotas, asistencia informática, asistencia escolar, asistencia legal, Info 24, servicio de acompañante.

Añadió que previa consulta a la asesoría letrada se afirmó que no es actividad vedada a la actora la intermediación en seguros, por lo que en los casos en que su actividad es poner en contacto a potenciales interesados con empresas aseguradoras para que ellos celebren pólizas con éstas, la actividad es lícita e ingresa en el ámbito de la libertad. Y, en virtud de los criterios expresados, se concluyó que solamente son contratos de seguro, y, por lo tanto, no pueden ser celebrados por [REDACTED] los denominados “Asistencia por desempleo, Tarjeta blindada, Seguro Hogar Protegido y Seguro Accidentes Personales” porque predomina el concepto de indemnización frente a la producción de un siniestro. Actividad reservada a las empresas de seguros autorizadas por el Poder Ejecutivo.

La demandada apuntó que respecto de los productos Hogar Protegido y Accidente personales y Vida, la actora los reconoció como contratos de

seguros, por lo cual, se sugirió individualizara las empresas aseguradoras para las que actúa como corredor de seguros.

██████████ presentó un contrato que demuestra que ha asumido el riesgo por las consecuencias del producto “Seguro hogar protegido”, por lo que, se hizo lugar parcialmente al recurso administrativo interpuesto, respecto de dicho producto.

Destacó la competencia del Banco Central del Uruguay en materia de seguros y reaseguros.

Indicó que la actividad aseguradora se encuentra limitada por la Ley No. 16.426, a aquellas empresas que hayan obtenido la previa autorización del Poder Ejecutivo (artículo 2) y la previa habilitación del órgano regulador (artículo 7, que refiere como tal a la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, hoy Superintendencia de Servicios Financieros). Son estas empresas las únicas habilitadas a asumir esta clase de riesgos en el territorio nacional y, por tanto, son las únicas que pueden suscribir contratos de seguros. En dicho cuerpo normativo se asignó la competencia de regulación y contralor a la entonces Superintendencia de Seguros y Reaseguros, órgano desconcentrado creado por el legislador, emplazado dentro del Banco Central del Uruguay.

Este órgano de contralor se mantuvo hasta la sanción de la Ley No. 18.401, por la que se actualizaron los cometidos y estructura del BCU, sintetizando las competencias asignadas por diversas leyes (entre las que se encuentra la Ley 16.426) que no fueron derogadas. Así el artículo 7, literal G) de la Ley No. 16.696, (Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay), en su nueva redacción establece que a éste compete la regulación y supervisión del sistema financiero nacional. A tal efecto, puede autorizar o

prohibir, en todo o en parte, operaciones en general o en particular, así como fijar normas de prudencia, buena administración o método de trabajo.

Por su parte, según se establece en el artículo 37 de la Carta Orgánica (Ley No. 16.696, en la redacción dada por el artículo 9 de la Ley No. 18.401) dichos cometidos de regulación y supervisión respecto del sistema financiero serán ejercidos a través de la Superintendencia de Servicios Financieros.

Afirmó que no cabe duda de que la regulación y supervisión de la actividad desarrollada por la actora en cuanto actividad aseguradora, se encuentra dentro del ámbito de competencias asignadas legalmente al BCU.

Invocó la teoría de los poderes implícitos, señalando que, conforme a la normativa vigente, si el BCU tiene poderes jurídicos para reglamentar y sancionar la operativa de seguros, con más razón, ostenta el poder jurídico necesario para reorientar, conforme a su rol rector del sistema financiero, los alcances de la definición de la actividad, respetando la definición legal actualmente consagrada en el artículo 2 de la Ley 19.678, de 26 de octubre de 2018. Por lo tanto, el BCU puede calificar un negocio como seguro - cuando tiene las características de seguro, como en el caso de autos -, a efectos de que quede sometido al régimen legal vigente.

La accionada sostuvo que la potestad de regulación y supervisión comprende no solamente a las entidades supervisadas (esto es, aquellas autorizadas o registradas para el desarrollo de la respectiva actividad), sino a los mercados en que éstas actúan, lo que implica que el BCU tiene atribuciones para evitar que en esos mercados actúen empresas que no han

cumplido los requisitos de autorización, habilitación o registro que la ley impone a cada tipo de actividad.

Respecto de los restantes agravios movilizados por la actora, arguyó en primer lugar, que, dada la confusa estructura adoptada por la actora en su demanda, y en tanto, no identifica una desviación, abuso o exceso de poder, ni una violación de una regla de derecho en el dictado del acto, es posible concluir que no cumple con los extremos exigidos por el artículo 59 del Decreto Ley 15.524.

Sin perjuicio de lo anterior, seguidamente refutó los argumentos manejados por la demandante, señalando que, la Superintendencia de Servicios Financieros no ha infringido la norma constitucional que habilite a [REDACTED] a trabajar como corredor de seguros, en tanto los negocios jurídicos calificables como contratos de seguros, no se encuentran en el ámbito de la libertad de trabajo o de comercio establecida en el artículo 36 de la Constitución, debido a que existe una norma de rango legal, que por razones de interés general ha limitado dicho ejercicio a algunas entidades.

En adición, manifestó que si bien la relación contractual entre [REDACTED] y las compañías aseguradoras es de derecho privado, el objeto de esos contratos está sometido a la regulación y supervisión de la Superintendencia y, en los mismos, debe estar identificada la empresa aseguradora, lo que no sucedió en este caso.

Puntualizó que, en virtud de no ser una empresa aseguradora, [REDACTED]. debió limitarse a officiar de corredor de seguro en los términos del Código de Comercio, el desarrollo de la actividad de corretaje de seguros, no le habilita a ofrecer contratos de seguro de elaboración

propia, como los denominados Seguro de Hogar Protegido, Seguro de Accidentes Personales y de Vida.

Sobre el tema, concluyó que, la actividad consistente en la comercialización de seguros (celebración de contratos de seguro como giro habitual y profesional), constituye actividad aseguradora y por tanto se encuentra vedada a [REDACTED], por no encontrarse autorizada a funcionar por el Poder Ejecutivo como empresa aseguradora al amparo de lo dispuesto en la Ley 16.426 y el Decreto 354/94, ni habilitada por la Superintendencia de Servicios Financieros para desarrollar la citada actividad.

Con relación al “servicio de tarjeta blindada”, postuló que es un seguro comercializado directamente por [REDACTED] y que es irrelevante que esté asociado solo a la tarjeta [REDACTED]”. Entendió que esta circunstancia ocurre en los demás seguros que existen en plaza para proteger el uso fraudulento o hurto de la tarjeta de crédito, siempre están asociadas a una tarjeta particular el tarjetahabiente y lo mismo ocurre con los seguros de automotores, en tanto, están asociados a cada vehículo en particular y, en general, cubren daños que son consecuencia de su uso.

Manifestó que la forma de determinar el premio, en este caso homogénea para todos los beneficiarios, también es intrascendente porque se encuentra predefinido un tope de cobertura, como ocurre en muchos seguros, e igual razonamiento cabe para los periodos de exclusión o exención de obligación para [REDACTED].

En resumen, también este contrato ofrece una cobertura indemnizatoria por la producción de un hecho futuro y eventual (de producción incierta), típico del contrato de seguro.

Por último, consideró que la revocación parcial del acto respecto del producto “Seguro hogar protegido” no alcanza a extender lo dispuesto por la resolución SSF -2021-308, al producto “Accidentes Personales y de Vida”. Y agregó que, [REDACTED], ha desistido expresamente de impugnar el acto con relación al “Seguro de Accidentes Personales y de Vida”, por lo que el acto administrativo quedó firme con relación a este punto.

En definitiva, abogó por la confirmación de la Resolución hostilizada.

III) Las partes alegaron de bien probado por su orden de fs. 78 a 106, y de fs. 108 a 118, respectivamente.

IV) Oída la Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 439/2022, fs. 121 y ss.) aconsejó acoger la demanda anular el acto en causa.

V) Puestos los autos para sentencia, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) Desde el punto de vista formal, se ha cumplido con los extremos exigidos por la normativa vigente para habilitar el examen del presente accionamiento (Constitución de la República, artículos 317 y 319 y Ley No. 15.869, arts. 4º y 9º).

El accionamiento pretende la declaración de nulidad de las Resoluciones de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay: i) RR-SSF-2020-681, de 6 de noviembre de 2020, (fs. 415 a 418 A.A.) notificada el 1 de diciembre de 2020; y ii) RR-SSF 2021-

308, de fecha 12 de mayo de 2021, que hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto (fs. 956 a 959 A.A.) y la del Directorio del Banco Central del Uruguay D129/2021, de 2 de diciembre de 2021 que desestimó el recurso jerárquico (fs. 966 A.A.).

El artículo 60, inciso 1º del Decreto Ley No. 15.524, dispone: *“Aun cuando el promotor aluda al acto confirmatorio con el que hubiera concluido la vía administrativa, la demanda se entenderá siempre dirigida contra el acto originario creador de la situación de perjuicio que se invoca en el reclamo anulatorio. Si ha mediado revocación parcial o reforma, se entenderá como objeto del juicio el acto administrativo tal como quedará a raíz de la modificación aludida”*.

Por consecuencia, corresponde tener por formulado el accionamiento contra la Resolución RR-SSF-2020-681 con las modificaciones introducidas por la revocatoria parcial dispuesta, de 6 de noviembre 2020, notificada el 1 de diciembre de 2020 y recurrida mediante los recursos de revocación y jerárquico en subsidio, el 8 de diciembre de 2020 (fs. 436 y ss. A.A.).

Por Resolución No. RR-SSF 2021-308, de fecha 12 de mayo de 2021, la Superintendencia de Servicios Financieros hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto. Franqueó el recurso jerárquico ante el Directorio del Banco Central, quien, por Resolución R. No. D129-2021, de fecha 2 de junio de 2021, hizo lo propio, desestimando el recurso jerárquico (fs. 966 A.A.). El acto conclusivo de la vía administrativa, se notificó al recurrente, el 3 de junio de 2021 (fs. 965 vto. A.A.).

La demanda de nulidad se presentó en tiempo útil, el 16 de julio de 2021 (fs. 3 y ss.).

II) Para realizar un correcto análisis de la cuestión, conviene ensayar una reseña de los hechos establecidos, a partir de las actuaciones que precedieron el dictado del acto enjuiciado.

Emerge de la compulsa de los antecedentes administrativos, que las actuaciones tienen su origen a raíz del procedimiento de inspección llevado adelante por el Departamento de supervisión de Seguros del BCU con fechas 12 y 13 de junio de 2018 (fs. 2 a 4 vto., de A.A.).

En dicha instancia se solicitó copia de todos los contratos celebrados con los clientes de entidades financieras.

Posteriormente, en cumplimiento a lo requerido, de acuerdo con el plazo otorgado, la compañía presentó por notas de 18 de junio (fs. 39 a 200 de A.A.) y 21 de junio de 2018 (fs. 201 a 278 vto. A.A. Pieza I y II) los contratos solicitados durante la visita.

Por un primer informe a cargo de la [REDACTED] de fecha 19 de diciembre de 2018 (fs. 280 a 283 vto, A.A. Pieza II), se concluye que: *“A partir de la evaluación realizada sobre las condiciones de cada uno de los contratos y productos comercializados, se han detectado una serie de características que generan dudas respecto a la categorización de éstos como "servicios de asistencia" por parte de [REDACTED]*

En virtud de lo expuesto, se sugiere el pase de las presentes actuaciones a la Asesoría Jurídica de este Banco Central, a los efectos se sirva opinar si las condiciones de los contratos y productos descriptos en el segundo cuadro adjunto al presente informe, podrían ser alcanzados por la definición del contrato de seguros y por lo tanto su comercialización sólo podría ser realizada por empresas autorizadas y habilitadas a desarrollar actividad aseguradora.

Asimismo solicitamos su opinión respecto a si son ajustados a derecho los contratos entre [REDACTED] referidos a los productos Seguro de Hogar y Seguro de Accidentes Personales y Vida, en los cuales [REDACTED] sólo oficiaría de intermediario”.

De tal modo, se elevaron las actuaciones a la Asesoría Jurídica, quien informó en los términos que surgen de fs. 288 a 291 vto. de los antecedentes administrativos. Y en su mérito, compartiendo las conclusiones del referido Informe, se emitió el Dictamen No. 2019/0101, por el cual se consigna, en lo medular que: “(…) en cuanto a que aquellos contratos en los que la empresa se compromete a ofrecer un servicio futuro y eventual contra el pago de una determinada suma periódica (mensual, semestral, anual), si bien ofrecen una cobertura frente a la eventualidad de que sean necesitados esos servicios (veterinarios, legales, de asistencia domiciliaria en electricidad o sanitaria, etc.), no constituyen propiamente seguros que deban considerarse comprendidos en la reserva de mercado establecida por la Ley No. 16.426. El contratante accede a la disponibilidad de un servicio frente a la eventualidad de que lo necesite.

c) Tampoco es actividad vedada a [REDACTED] la intermediación o mediación en seguros. Por lo que aquellos casos en los cuales su actividad es poner en contacto a potenciales interesados con empresas aseguradoras para que aquellos celebren pólizas con éstas, la actividad es lícita e ingresa en el ámbito de la libertad. Inclusive si se trata de una empresa extranjera, como [REDACTED] en tanto ofrezca seguros no comprendidos en la reserva de mercado porque cubren riesgos que se producirán en el exterior (seguros de viaje), la actividad es lícita.

d) En virtud de los criterios expresados, y del desarrollo efectuado

en el dictamen precedente, solamente son contratos de seguro y - por lo tanto - no pueden ser celebrados por [REDACTED], los denominados "Asistencia por Desempleo", "Tarjeta Blindada", "Seguro Hogar Protegido" y "Seguro Accidentes Personales" (folios 76 a 119), pues en todos esos casos predomina el concepto de indemnización o reparación frente a la producción de un siniestro. Si [REDACTED] estuviera ofreciendo esos productos por sí (como parece surgir de algunos de los contratos), debería intimársele el cese de esa actividad por estar reservada a las empresas de seguros autorizadas por el Poder Ejecutivo a tal efecto" (fs. 292 vto. de A.A.).

De lo dictaminado, se confirió vista a la empresa actora, quien la evacuó por escrito, en los términos que surgen de fs. 308 a 310 de A.A., donde, además, agregó una consulta de parte a cargo de la Dra. Andrea Signorino Barbat (fs. 312 a 318 de A.A.).

En virtud de los descargos presentados, se remitieron nuevamente las actuaciones a la Asesoría Jurídica, quien, tras el análisis de los mismos, produce un nuevo dictamen, desestimando los argumentos esgrimidos por la actora en la evacuación de la vista (fs. 321 a 323 de A.A.).

La Supervisión comparte los argumentos de la Asesoría Jurídica, tal cual emerge del dictamen No. 2019/0422, de fs. 324 vto. de los antecedentes administrativos, donde se insiste en la naturaleza aseguradora de los productos, ya que: *"(...)los productos de asistencia por desempleo y de tarjeta blindada (cuya naturaleza aseguradora se cuestiona), se verifica ese hecho. Hay un riesgo cubierto (el desempleo transitorio o la hospitalización y la consecuente pérdida de ingresos en un caso, riesgos emanados de la utilización de la tarjeta [REDACTED] en otro caso). Y hay una*

cobertura económica por parte de quien ofrece la asistencia, consistente en el reembolso de ciertos gastos o pérdidas sufridos. En definitiva, hay una captación de recursos de los que integran la mutualidad (tenedores de tarjeta [REDACTED]) para permitir el pago de prestaciones dinerarias futuras a aquellos integrantes de la mutualidad respecto de los que se verifique el riesgo cubierto.

Con respecto a esos productos, pues, se sugiere que [REDACTED] cese de prestarlos, lo cual implicará no celebrar nuevos contratos y rescindir los vigentes dentro de un plazo razonable.

En cuanto a los productos "Hogar Protegido" y "Accidentes Personales y Vida", que la propia [REDACTED] reconoce como contratos de seguro, se sugiere requerirle individualice la o las empresas aseguradoras para las cuales estaría actuando como intermediaria, presentando los modelos de póliza respectivos.

Finalmente, con referencia a la tercerización de servicios, se comparte con [REDACTED] que el tema se debe enfocar desde las empresas aseguradoras tercerizantes, a quienes la Superintendencia de Servicios Financieros podrá requerirles la información correspondiente”.

Se confirió nueva vista a la actora el 17 de setiembre de 2019 (fs. 327 de A.A.) la cual es evacuada el 30 de setiembre de 2019, mediante escrito que luce de fs. 333 vto. a 345, donde también se acompaña un Informe complementario de la Dra. Andrea Signorino Barbat y una consulta formulada por el Dr. Martin Risso Ferrand (fs. 346 a 354 y 355 a 362 vto. de A.A., Pieza II, respectivamente).

La Asesoría Jurídica se vuelve a expedir en Dictamen No. 2020/0171, ratificando conclusiones a las cuales arribó en los Dictámenes

2019/101 y 2019/422 (fs. 371 vto. a 375 de A.A.).

Se elaboró un proyecto de Resolución del cual se confiere vista, el 24 de julio de 2020, a [REDACTED], quien la evacuó el 4 de agosto 2020 (fs. 396 a 401 de A.A.) y la Asesoría Jurídica se expidió en Dictamen No. 2020/0663, reiterando conceptos vertidos en los tres dictámenes anteriores (fs. 404 a 407 de A.A.).

Finalmente, se dictó la Resolución impugnada No. RR-SSF-2020-681, mediante la cual, la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay, dispuso: *"1) Instruir a [REDACTED] a cesar la comercialización de los productos denominados:*

a) "Asistencia por Desempleo" en lo que respecta a las coberturas de canasta de alimentos, servicios de luz, agua y gas, hospitalización y protección de compras,

b) "Tarjeta Blindada" en lo que refiere a las prestaciones de seguro de hurto, protección de compras, asistencia ante robo, garantía de uso fraudulento y compras por internet.

c) "Seguro hogar protegido" y "Seguro de accidentes personales y vida" hasta que presente los contratos que ha suscrito con las empresas aseguradoras en los que éstas brindan su consentimiento en asumir las respectivas obligaciones con los clientes de [REDACTED] - junto con los contratos por ellas emitidos para que suscriban los clientes de [REDACTED] de corresponder.

2) Otorgar un plazo de 30 días hábiles para que presente ante la Superintendencia de Servicios Financieros la documentación acreditante del cumplimiento de la instrucción particular dispuesta en el numeral anterior (...)" (fs. 415 a 418 de los antecedentes administrativos).

Cabe agregar que, luego de interpuestos los recursos de revocación y jerárquico por parte de la actora, por Resolución No. RR-SSF 2021-308, de 12/5/2021, se hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto, disponiendo: *“1. Hacer lugar parcialmente al recurso de revocación interpuesto por [REDACTED], contra la Resolución de la Superintendencia de Servicios Financieros SSF No. 2020-681 de 06.11.2020, respecto de la comercialización del Seguro Hogar Protegido, en función de lo establecido en el Considerando XII). (fs. 415 a 418 de los A.A., Pieza II).*

III) El Tribunal, por unanimidad, apartándose del dictamen de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, declarará que el acto enjuiciado no resulta procesable ante esta jurisdicción, por los fundamentos que a continuación se desarrollarán.

En primer lugar, esta Corporación comparte con la Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo que no resultan de recibo los cuestionamientos formales que le atribuye la Administración a la demanda.

En el caso, de la lectura de la demanda, no se aprecian oscuridades o carencias que impidieran contestarla y con ello, que se cercenara el derecho de defensa de la Administración, por el contrario, la accionada pudo contestar la demanda, conforme surge de autos.

Tampoco resulta de recibo la interpretación de la demandada, con relación a la existencia de un desistimiento parcial a cargo del actor con relación al “Seguro de Accidentes Personales y de Vida”. Como señala la Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo: *“Ello no surge del petitorio ni del exordio, por lo que sobrevivió de la decisión originaria, tras la revocación parcial, se mantiene como parte de*

la litis”.

Clarificado lo que antecede, importa adentrarse en el tema de la procesabilidad del acto procesado.

En efecto, pese a que el tema no fue abordado por las partes, corresponde manifestarnos sobre el punto, ello por razones de orden adjetivo, además, por tratarse de un aspecto relevable de oficio por el Tribunal.

La cuestión de la procesabilidad de las instrucciones particulares que emite el BCU, dada su complejidad, ha propiciado el debate tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial.

Así pues, importa traer a colación las consideraciones vertidas por el Tribunal en sentencia No. 480/2021, donde se analizó pormenorizadamente el tópico en consideración.

Dijo el Tribunal en el referido fallo, que: *“Desde la dogmática, el profesor Delpiazzo analiza la cuestión dentro de las potestades normativas, en los siguientes términos: “(...) la expresión “instrucciones particulares” es novedosa en nuestro Derecho positivo, no registrando antecedentes (...).*

La originalidad de la expresión planteó dudas acerca de su correcta interpretación. En nuestro país, se ha entendido tradicionalmente que las instrucciones son indicaciones de conducta y, como tales, meros actos administrativos que sólo tienen vigencia en el ámbito interno de la Administración por tratarse de manifestaciones del poder jerárquico y no del poder reglamentario.

Sin embargo, ese no parece ser el sentido utilizado por nuestro legislador, que faculta al Banco Central para instruir a cualquier administrado comprendido en su ámbito de control, con lo cual se rebasan

nítidamente los límites de la organización interna. Ello podría inducir a pensar que estamos en presencia de actos de directiva mediante los cuales la autoridad bancocentralista orienta la actividad de uno o más agentes. Pero los actos de directiva -de acuerdo a la más calificada doctrina- no producen el deber de actuar conforme a su contenido sino tan sólo de tenerlo presente al actuar, es decir, que no obligan al destinatario, aunque lo hagan pasible de responsabilidad en caso de inobservancia. En cambio, el incumplimiento de las instrucciones particulares bajo examen puede aparejar la aplicación de las sanciones previstas en el art. 2 del decreto-ley N° 15.322, con la redacción dada por el art. 2° de la ley N° 16.327. En virtud de tal circunstancia, cabe pensar que se trata de actos administrativos que crean normas particulares y concretas, es decir, resoluciones de acuerdo a la terminología utilizada por algunos de los proyectos antecedentes, que recogían el concepto clásico de actos unilaterales que producen efectos jurídicos subjetivos, u órdenes, como lo establecía el Anteproyecto de 1980. Sin embargo, no es descartable que las instrucciones particulares puedan configura, en ciertos casos, reglamentos singulares que crean normas particulares y abstractas que se dirigen a un sujeto y le prescriben todos los comportamientos que puedan encuadrar en la acción tipificada.

En consecuencia, partiendo de una situación previa de libertad del destinatario, la limitan, sea en sentido positivo (prescripciones que imponen una conducta activa), sea en sentido negativo (prohibiciones que imponen una conducta omisiva). En consecuencia, se trata de actos administrativos constitutivos ya que concretan en el caso particular un imperativo de conducta, el cual debe tener su base en la ley, pero se

actualiza y hace exigible a partir de esa concesión confiada a un órgano de la Administración.

Obsérvese, además, que esas instrucciones se califican de particulares por oposición a generales, vale decir, que se dirige específicamente a determinados sujetos y no se aplican a un número ilimitado de situaciones (...)” (Cf. Carlos E. Delpiazzo, “El Banco Central del Uruguay”, segunda edición, actualizada y ampliada, editorial AMF, Montevideo, 1998, p. 117 a 119) (sentencia No. 480/2021).

En una postura opuesta, podemos citar a Duran Martínez, quien señala que “...las instrucciones particulares son verdaderamente actos de directiva...” que no obligan, aunque responsabilizan tanto a su destinatario (por las consecuencias que pueda determinar su no observancia) como a su emisor (por las consecuencias que puedan derivar de su observancia) (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, en “Casos de Derecho Administrativo”; Volumen V, págs. 65 y 66).

Por su parte, “el Tribunal ha sostenido, en esencia, y como solución de principio, que el acto de instrucción no resulta lesivo “en cuanto no crea, modifica, ni extingue una situación jurídica, sino que exclusivamente exhorta a cumplir con la normativa ya vigente en la materia” (sentencias No. 491/2011) (Cf. sentencia No. 480/2021).

Participando de tal temperamento, que se estima corresponde revalidar en la especie, se ha sostenido en casos análogos que: “... el acto encausado se trata de una instrucción particular emitida por el Superintendente de Servicios del Banco Central del Uruguay, dirigida a la empresa actora.

(...) las “instrucciones particulares” son actos administrativos que

crean normas particulares y concretas, pero que consisten en actos de directiva o que orientan la actividad de uno o más agentes, por lo cual, cabe analizar si aquéllas resultan lesivas y por ende procesables ante este Tribunal (...)” (sentencia No. 803/2016).

Con tal entendimiento, en el *sub iudice*, esta Sede se inclina por considerar que, dado el contenido y naturaleza del acto impugnado, que crea normas jurídicas particulares y concretas que tienen por objeto orientar o imprimir directivas a sus destinatarios (pero que no crea no modifica, ni extingue situaciones jurídicas), la volición no sería susceptible de causar lesión o agravio alguno a la actora, según lo dispuesto por los artículos 309 de la Constitución y 24 del Decreto - Ley No. 15.524, por lo que corresponde declarar no procesable dicho acto.

Conforme establece el Diccionario de la Real Academia Española “instruir” significa: “1. Enseñar, doctrinar”; “2. Comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas”; “3. Dar a conocer a alguien el estado de algo, informarle de ello, o comunicarle avisos o reglas de conducta”. En su mérito, el acto de “instrucción” - dado que no establece apercibimiento alguno para el caso de no cumplimiento- no califica como un acto de intimación.

En tal sentido, en la emergencia, al igual que en los casos referidos, se impone la necesidad de examinar el caso concreto y los contenidos del acto impugnado, a fin de determinar si este se encuentra circunscripto dentro de los límites conceptuales de las instrucciones particulares establecidas por el artículo 35 literal a) del Texto Ordenado de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay, aprobada por Ley No. 16.696, de 30 de marzo de 1995, con las modificaciones introducidas por las Leyes

No. 18.401, de 24 de octubre 2008.

Dicha disposición establece: *“En especial, corresponderá a la Superintendencia de Servicios Financieros: A) Dictar normas generales de prudencia, así como instrucciones particulares, tendientes a promover la estabilidad, solvencia, transparencia y el funcionamiento ordenado y competitivo de las entidades supervisadas y de los mercados en que actúan, así como para la protección de los consumidores de servicios financieros y la prevención y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.”*

Teniendo presente el antedicho marco normativo, la volición impugnada establece lo siguiente:

“1) Instruir a [REDACTED] a cesar la comercialización de los productos denominados:

a) "Asistencia por Desempleo" en lo que respecta a las coberturas de canasta de alimentos, servicios de luz, agua y gas, hospitalización y protección de compras,

b) "Tarjeta Blindada" en lo que refiere a las prestaciones de seguro de hurto, protección de compras, asistencia ante robo, garantía de uso fraudulento y compras por internet.

c) "Seguro hogar protegido" y "Seguro de accidentes personales y vida" hasta que presente los contratos que ha suscrito con las empresas aseguradoras en los que éstas brindan su consentimiento en asumir las respectivas obligaciones con los clientes de [REDACTED] - junto con los contratos por ellas emitidos para que suscriban los clientes de [REDACTED] de corresponder.

2) Otorgar un plazo de 30 días hábiles para que presente ante la

Superintendencia de Servicios Financieros la documentación acreditante del cumplimiento de la instrucción particular dispuesta en el numeral anterior (...)”.

Así pues, es de ver, que nada lleva a razonar que la instrucción particular, reviste la calidad de una sanción.

Por el contrario, visiblemente, la Administración no está imponiendo una sanción, en tanto se limita a instruir a la accionante “*a cesar la comercialización de los productos*” que se describen. Con el agregado que, en su numeral 2.), confiere a la actora un plazo de 30 días hábiles para que presente ante la Superintendencia de Servicios Financieros la documentación acreditante del cumplimiento de la instrucción particular que viene de referirse con relación a los productos denominados “Seguro hogar protegido” y “Seguro de accidentes personales y vida”.

Cabe considerar, entonces, que la instrucción particular encausada, en principio, no se traduce para la actora la imposición de un gravamen, sino que, solamente lo determina a adecuar su comportamiento, respecto de determinados productos contractuales, al marco jurídico vigente en materia de seguros, según los criterios determinados por el regulador.

Es dable insistir, que nada se expresa en la misma acerca de la imposición de una sanción para el caso de incumplimiento. No hay apercibimiento alguno, por lo cual, no se advierte cuál sería la consecuencia de no adoptar la conducta indicada, y con ello, que el acto no pueda catalogarse de “definitivo”, resultando una especie de intimación preparatoria o de trámite.

Será, eventualmente, en el supuesto de incumplimiento de la instrucción ahora impugnada, que se instrumentará un procedimiento

sancionatorio. Pero ello, no sucede, ni se desprende del acto administrativo impugnado en autos.

Como corolario de los conceptos que vienen de desarrollarse, cabe concluir que la instrucción particular impugnada encarta dentro de los poderes jurídicos que posee la Superintendencia Financiera de orientar o indicar un comportamiento debido a determinados sujetos bajo su control para que lo ajusten al cumplimiento de la normativa vigente.

Pero, al igual que en otros casos, se considera que en puridad no hubo una especificación de la consecuencia asociada al incumplimiento de tal orientación, indicación o advertencia, todo lo cual corrobora su naturaleza instrumental. (Cf. sentencia No. 480/2021).

Como colofón, sin perjuicio de lo que antecede y, aun partiendo del entendimiento de que la Resolución procesada fuera procesable, se entiende que el Banco Central del Uruguay, con el dictado del acto accionado, claramente, no exorbitó sus competencias legales como apuntó la actora.

En efecto, no asiste la razón a la actora, en lo concerniente a la competencia del Banco Central del Uruguay para el dictado del acto de autos.

En tal sentido, como ya fuera señalado, debe tenerse presente que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4° de su Carta Orgánica (Ley No. 16.696, en la redacción dada por la Ley No. 18.401) el B.C.U. está facultado para realizar todos los actos jurídicos y contraer todas las obligaciones, conducentes al cumplimiento de los cometidos que le asignan la Constitución y la ley.

Los poderes jurídicos fundamentales otorgados al B.C.U. por el

orden jurídico vigente, son de naturaleza diversa, a saber: potestad normativa, potestad de contralor y potestad sancionatoria.

Tales atribuciones, el Banco Central las ejerce en relación a las entidades de intermediación financiera, las administradoras de fondos de ahorro previsional, los agentes que intervienen en el mercado de capitales y también, respecto de las empresas de seguros y reaseguros y las mutuas de seguros (artículo 37, Ley No. 16.696).

No cabe duda, que la regulación y supervisión del mercado de seguros, se encuentra dentro de las competencias del Banco Central del Uruguay.

De tal modo, pese a no ser la actora una empresa aseguradora, en la medida de los contratos objetados, en principio pueden ser conceptuados como contratos de seguros. La Superintendencia de Servicios Financieros, tiene conferida legalmente la herramienta de la instrucción particular, de forma de orientar la conducta de aquella, sobre tal concreto aspecto, en respeto del marco jurídico vigente.

Si no fuera suficiente lo dispuesto en la Ley, cabe invocar la teoría de los “poderes implícitos”, de amplia recepción en el Derecho Público. Como enseña nuestra mejor doctrina, cuando se otorga legalmente competencia a un órgano público, implícitamente se le otorgan los medios para hacerla cumplir. Dependen para su existencia de un poder expreso al que adhieren, por el cual existen y al cual sirven en ejercicio de una competencia (CAGNONI, José Aníbal: ¿Qué son los poderes implícitos?, Revista de Derecho Público, No. 33, 2008, págs. 195/197).

Por otra parte, no se entiende de qué forma podría la Administración controlar un incumplimiento a las normas que regulan el mercado de

seguros, si fuera suficiente para eludir dicho control, esgrimir que no se es una entidad supervisada -entendiendo por tales, solamente aquellas autorizadas o registradas para el desarrollo de la respectiva actividad - a pesar de que, se confeccionen y comercialicen contratos de seguros. Por donde se lo analice, resulta ser un verdadero contrasentido.

Claramente, la potestad de regulación y supervisión comprende, necesariamente, al mercado de seguros en que actúan las empresas, única forma de que la Administración pueda ejercer sus poderes jurídicos a efectos de evitar que empresas no autorizadas o habilitadas, actúen dentro del mismo.

Del contenido de la enjuiciada, se desprende que nos encontramos ante un acto preparatorio, de trámite y, como tal, no susceptible de producir efectos jurídicos subjetivos. Los actos de procedimiento, si bien son siempre pasibles de la interposición de los recursos administrativos correspondientes, en la esfera jurisdiccional solo son impugnables “(...) *si hacen imposible o suspenden en forma indefinida la tramitación, decidiendo así directa o indirectamente el fondo del asunto*” (inc. final del art 24 del Decreto-Ley No. 15.524), lo que no ocurre en la especie (cf. Cajarville Peluffo, Juan Pablo: “Procedimiento Administrativo en el Decreto 500/991”, Ed. IDEA, Montevideo, 1997, pág. 59-60).

Así pues, el acto referido carece de la nota de definitividad con aptitud lesiva exigida por el artículo 309 de la Constitución de la República al no ser creador de una situación irreversiblemente dañosa en la esfera jurídica del actor desde un enfoque jurídico del daño, y por ello no resulta procesable ante esta jurisdicción (Sentencias Nos 95/2010, 445/2010, 273/2011, 55/2015, 234/2017, entre otras).

En tal sentido, cabe recordar las palabras del Profesor Giorgi:

“Para ser impugnables en la jurisdicción anulatoria, los actos administrativos deben ser susceptibles además de causar agravio o perjuicio, de “faire grief”. Es decir, deben comportar una decisión o manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos. El agravio o daño debe entenderse en un sentido puramente jurídico, no en un sentido material.” (cf. “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág.157).

IV) Por las razones expuestas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución de la República; demás normas citadas y complementarias, por unanimidad de sus integrantes,

FALLA :

Declárase que el acto impugnado no es procesable y, en su mérito, desestímase la demanda; sin especial sanción procesal.

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$46.000 (pesos uruguayos cuarenta y seis mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dra. Klett, Dr. Corujo, Dr. Simón (r.), Dr. Balcaldi, Dra. Rossi.

Dr. Marquisio. (Sec. Letrado).