

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 1º de junio de 2017.

No. 407

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: “CONSORCIO DEL URUGUAY S.A. con BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. Acción de Nulidad” (Ficha No. 501/2013).

RESULTANDO:

I) Que a fs. 3, comparece Juan José Scandroglio, en representación de Consorcio del Uruguay deduciendo acción de nulidad contra los actos administrados dictados por la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay, de fecha 7 de julio de 2012, en expediente N° 2012/01055, y del 20 de julio de 2012, en expediente 2012/01210, por las que se le prohibió e impidió que continuara utilizando los medios de prensa para difundir información acerca de los productos financieros que ofrece al público el Fideicomiso Campiglia & Pilay I.

La empresa actora se agravia en cuanto considera que las resoluciones recurridas resultan ilícitas, desde que se le impuso por parte de la Administración la censura previa a su representada, a quien se le obligó a cesar en forma inmediata en la publicación de los remitidos en los medios de prensa El País y Búsqueda.

Agrega que, como surge de los actos impugnados, la censura se impuso de la forma más amplia posible, quedando Consorcio inhibida de expresarse públicamente: a) sin límite de tiempo, b) en relación a todos los

medios de comunicación imaginables, c) a todos los sujetos vinculados a Campiglia & Pilay, sus empresas, marcas y productos, d) en relación a cualquier tipo de contenido o comentario.

Este tipo de medida por parte de la Administración constituye un acto de censura previa y la misma no tiene precedentes en nuestro país. El censor ha tratado de justificar la violación del artículo 29 de la Constitución, realizando imputaciones en base al supuesto contenido falso de los remitidos publicados por su representada, lo que implicaría aceptar que el BCU o cualquier órgano de la Administración puede amordazar a los particulares, colocando determinadas materias o a determinados sujetos, fuera de la libertad de expresión consagrada en la Constitución.

El BCU no tiene facultades para censurar a ninguna entidad supervisada y las normas que invoca, a lo sumo, lo habilitarían a aplicar una sanción a aquella institución que hubiere violentado las normas consagradas en la Carta Orgánica, cosa que no hizo el BCU, porque no hubo infracción.

Sostiene que la información publicada por Consorcio no es parcial o inadecuada y la propia Superintendencia de Servicios Financieros concluyó, tiempo después de la censura, el 14 de diciembre de 2012, que Consorcio decía la verdad en cuanto a que los valores de oferta pública del fideicomiso Campiglia & Pilay no solo eran especulativos, sino que este hecho se había ocultado en el informe de la calificadora de riesgo Care y en toda la publicidad del fideicomiso.

Por esa razón, la SSF mandó a corregir el informe de la calificadora de riesgo Care, a quien se la obligó a incluir el dato más relevante en una calificación de riesgo, que es el significado de la nota atribuida a los

valores que, en el caso, se ocultaba ya que se trata de valores especulativos.

Agrega que si Consorcio no hubiera divulgado esta información ante la opinión pública, los clientes de Campiglia & Pilay no sabrían hoy que están adquiriendo valores de grado especulativo.

Quienes no brindaron la información en forma completa fueron la calificadora de riesgo y el fideicomiso emisor de los valores especulativos; fueron ellos quienes violaron el manual de calificación de riesgo y el artículo 244 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores (RNMV), respectivamente.

En conclusión, el BCU instruyó a Care a corregir el informe de calificación de riesgo incorporando la aclaración de la nota asignada, confirmando que: a) que Consorcio informó en forma objetiva la verdad que había sido ocultada a los consumidores por Care y el fideicomiso Campiglia & Pilay; b) que la información parcial no era la que surgía de la publicación en el diario El País, sino la que surgía de Care que, sorprendentemente se había olvidado de insertar lo más importante, esto es, el significado de la nota; c) que el informe de la ex Intendente de SSF que dio origen a la censura, es groseramente erróneo; d) que el BCU, advertido del error, no tuvo en cuenta que Consorcio había sido injustamente censurada por publicar la verdad y mantuvo los actos recurridos.

Al contrario de lo que sostiene el BCU, la difusión pública de las calificaciones de riesgo, la nota y su significado, lejos de perjudicar el sistema financiero lo hace más transparente y protege a los consumidores. Justamente es la función de la Administración velar por la más amplia transparencia del sistema. Cuando el BCU no controla y luego los consumidores se ven perjudicados, se pierde la confianza en el propio

BCU; se debe alentar la transparencia del sistema financiero, no la opacidad.

Transcribe la opinión del ex Presidente del BCU, emitida en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, el 23/VIII/2006, en cuanto señala que la naturaleza que tiene un círculo de ahorro hace que sea imposible que se produzca una corrida contra esos fondos en la medida en que los fondos que recibe el círculo son distribuidos por la vía de sorteo o de licitación.

Consortio denunció ante el BCU que el negocio de Pilay en la Argentina, sede principal de sus negocios, está sujeto a una grave contingencia jurídica, derivada de una sentencia, en la que se dispuso el cese inmediato en todo el territorio del país de la concertación por parte de Pilay S.A. y sus asociados, de nuevos contratos que importen la captación periódica de fondos de terceros para su administración, bajo la promesa de futura adjudicación y entrega de bienes.

Afirma que la divulgación de la sentencia es un hecho relevante para los consumidores y el mercado de valores, máxime cuando la calificadora Care al evaluar los certificados de participación que se ofrecen en el mercado puso especial énfasis en los antecedentes y en la reputación de la empresa en la Argentina, al punto que los calificadores viajaron a Rosario y Santa Fe para analizar in situ el negocio Pilay.

Sin embargo, la ex Intendente de Servicios Financieros, Ec. Rosario Patrón, ante la denuncia de Consortio, informó que la sentencia se trataba de un hecho irrelevante.

Manifiesta que más allá que la censura previa no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, es del caso señalar que los actos

administrativos recurridos no señalan ninguna publicidad en particular de Consorcio, la que, en su caso, por una supuesta violación de la normativa de defensa del consumidor, podría ser suspendida.

En un mercado competitivo y en un estado de derecho, el límite para la conducta de un competidor que se refiere a los productos de otro, es la ilicitud derivada de la falsedad de la información, o en todo caso el abuso de derecho, pero si la información brindada es correcta, la conducta no es jurídicamente reprochable.

Aplicando ese criterio jurídico a la publicidad realizada por Consorcio, la Administración debería haber determinado con precisión, si la misma contenía aspectos subjetivos o de carácter psicológico u emocional, porque es el límite entre licitud e ilicitud, para referirse a los productos de un consumidor.

Nada tiene que ver la publicidad comercial que habitualmente realiza Consorcio, ésta obviamente no fue censurada, pero no legitima el accionar del BCU al censurar los remitidos referentes al fideicomiso Campiglia & Pilay.

Sostiene que no es serio sostener que no se viola la libertad de expresión porque en modo alguno se limita la posibilidad de realizar publicidad, como si Consorcio pudiera publicar otro remitido, sin exponerse a las sanciones que veladamente insinúa imponer el BCU.

El BCU puede inhabilitar a Consorcio y de hecho, el Ente expresamente se lo recuerda a su representada, por si se le ocurre desacatar la orden impartida. Esto demuestra la fuerza coercitiva de la instrucción impartida.

Asimismo, se agravia de que no se le confirió vista a Consorcio,

previo a dictar las resoluciones recurridas, lo cual atentó contra su derecho de defensa, así como que no se hizo lugar al diligenciamiento de la prueba ofrecida, por considerarla inconducente. Al respecto, expresa que no se diligenció la prueba testimonial porque sabían que con la misma se evidenciaría la veracidad de los hechos publicados por Consorcio.

Solicita que, en definitiva, se anulen los actos administrativos impugnados.

II) Que a fs. 37 se confirió traslado de la demanda, el que fue evacuado a fs. 42 y ss., por los Doctores Elisa Buschiazzo y Gervasio Dalchiele González en representación del Banco Central del Uruguay, quienes manifiestan que debe desestimarse el accionamiento instaurado.

Como precisión previa expresan que el planteo elaborado por Consorcio del Uruguay parte de una premisa errónea, esto es, que lo actuado por el BCU supone censura previa.

Los actos dictados son el resultado de una sucesión de avisos publicitarios y/o remitidos de prensa realizados entre dos empresas integrantes del sistema financiero. Los avisos suponían la realización de publicidad confrontativa destacando las “debilidades” o “falencias” del producto financiero ofrecido por el competidor.

La SSF del BCU se ha limitado a instruir sobre la realización de cierto tipo de comunicaciones y/o referencias públicas realizadas por Consorcio del Uruguay en su política o estrategia empresarial de publicidad confrontativa. El mismo acto, con idéntico contenido, fue dictado respecto de Pilay Uruguay Afisa, quien no recurrió administrativamente el acto.

Ni Consorcio ni Pilay buscaban “informar” por medio de los

“comunicados” o “remitidos” contratados. La tónica propuesta por Consorcio fue la de realzar las bondades de su producto frente al del fideicomiso Campiglia & Pilay, aún a costa de lesionar la confianza en la forma que comercializa dichos valores en el mercado y de, eventualmente, lesionar el funcionamiento del mercado de valores.

Se impugna un acto dictado al amparo de las competencias otorgadas a la SSF y al propio BCU. Se trata de una instrucción particular (y su posterior ampliación) debidamente motivada y dictada conforme al interés general, tutelando el funcionamiento del mercado de valores en particular y del mercado financiero en general.

Existió abuso en el ejercicio del derecho a la libertad de comunicación y de publicidad por parte de Consorcio, según surge de la tónica de la publicidad.

La disciplina del mercado regulado mediante el dictado de normas de la autoridad bancocentralista es esencial para que el mismo no sea distorsionado por los agentes que lo integran, en pos de la protección sistémica.

Como surge del Considerando III de la instrucción atacada por el actor, lo que orientó el accionar de la SSF fue el cumplimiento de las finalidades impuestas en su Carta Orgánica, en cuanto debe promover la estabilidad, solvencia, transparencia y el funcionamiento ordenado y competitivo de las entidades supervisadas y de los mercados en que actúan.

Esta regulación a cargo del BCU supone una limitación a la libertad de empresa, constitucional y legalmente autorizada. En modo alguno puede sostenerse que el BCU, a través de la instrucción dictada, haya impuesto una limitación arbitraria a la libertad de expresión y mucho menos que

haya operado respecto de Consorcio y de Pilay la denominada “censura previa”.

En cuanto al agravio referido a la inexistencia de vista previa manifiesta que, tal como lo ha sostenido el Tribunal, ni el dictado de la instrucción particular ni el de su ampliación o posterior aclaración exigen el otorgamiento de vista previa, tal como se ha sostenido en sentencias Nos. 491/2011 y 787/1997.

Las garantías procedimentales de Consorcio no se han visto limitadas en modo alguno. Ha contado con todos los mecanismos establecidos en la vía administrativa y ha participado activamente formulando argumentos, presentando descargos y deduciendo los recursos correspondientes, por lo que no se ha limitado su derecho de defensa.

En cuanto a los medios de prueba rechazados, indica que el acto no fue impugnado por los accionantes y el debido procedimiento fue cumplido a rajatabla.

Sostienen que el objeto del proceso contencioso administrativo de anulación lo constituye el análisis de la legitimidad del acto impugnado, debiendo excluirse, por más que sean alegadas en la demanda, todas aquellas cuestiones que excedan el objeto del proceso constitucionalmente establecido (artículo 309 de la Constitución).

Por lo tanto, considera que determinados argumentos alegados por la actora no forman parte del litigio y resultan irrelevantes para la dilucidación de la acción planteada, enumerándolos (ordinal IV del escrito de contestación).

En cuanto a la cuestionada legitimidad de los actos, manifiesta que es preciso establecer que no se trata de una cuestión de censura previa; lo que

debe juzgarse es si la actuación del BCU se ha ajustado al ordenamiento vigente.

Entiende que el único interés que puede tomarse en consideración es el directo, personal y legítimo de Consorcio del Uruguay que no es otro que el interés de empresa, de una entidad regulada por el BCU, al cual se le dictó una instrucción particular, como también se hizo con Pilay Afisa. La acción entablada no constituye una acción instaurada en defensa del interés social o la vigencia de las libertades fundamentales. La accionante no es una persona física lesionada o indefensa frente a la conculcación de sus derechos por parte del Estado.

La situación de hecho en la que se basa el accionamiento planteado tiene origen en la publicidad contratada y realizada por su parte en busca de obtener clientes para su emprendimiento, la que se realiza persiguiendo un fin de lucro.

Lo actuado por el BCU no ha supuesto lesión de derecho alguno y su actuación se ve ponderada y legitimada por la protección del interés general y especialmente la protección del mercado de valores y el sistema financiero en su conjunto, transcribiendo al respecto los conceptos expuestos por el Señor Vicepresidente del BCU, ante la Comisión de Hacienda del Senado, en convocatoria relacionada con el asunto planteado en estas actuaciones.

Se destaca que la prohibición realizada por el BCU alcanzó tanto a la actora como a Pilay, por lo que no es admisible la velada afirmación realizada por la accionante en el sentido de que el BCU haya colocado bajo un manto de protección al fideicomiso Campiglia & Pilay. Muy por el contrario, el BCU se limitó a ejercer su rol como regulador y supervisor del

sistema financiero.

La instrucción dictada por el BCU no ataca la libertad de expresión del pensamiento, sino que se dirige a la publicidad realizada por su parte en beneficio del emprendimiento empresarial. El derecho de Consorcio a realizar publicidad no se ha visto limitado o cercenado en modo alguno, sino que la norma ha sido dictada a efectos de disciplinar el funcionamiento de ambas empresas que integran el sistema financiero, bajo la órbita de vigilancia del BCU.

Considera que la difusión de la publicidad emitida en el tono y con los términos que venían realizando Consorcio del Uruguay S.A. y Pilay Uruguay Afisa implicaba un riesgo de lesión a la estabilidad del mercado financiero, por erosionarse la confianza que deben tener en éste los consumidores de servicios financieros y la propia credibilidad e imagen institucional que debe guardar el ente de control.

Lejos de informar o aclarar eventuales dudas planteadas a los consumidores se instauró una guerra mediática de comunicaciones parciales, sin brindar información cierta, oportuna y veraz.

La conducta asumida por Consorcio y Pilay suponía sembrar dudas sobre agentes del mercado cuyo funcionamiento es regulado por el BCU. Las acusaciones formuladas por Consorcio no se fundaban en hechos objetivos.

El accionar del BCU se produce a consecuencia de hechos ya ocurridos. No se trató nunca de un accionar previo tendiente a limitar la libertad de expresión o de informar de la empresa supervisada, como pretende la actora.

Para el caso de entenderse, lo que no se comparte, que se ha limitado

el derecho a la libre expresión de Consorcio, dicha limitación resulta plenamente justificada y fundada, por lo estatuido por el artículo 7 de la Constitución, como por el artículo 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica.

Cuando el accionar de la empresa Consorcio supuso un riesgo tangible y evidente para el sistema, el BCU se encontró ante la obligación de arbitrar los poderes jurídicos a su cargo para hacer cesar una conducta que resultaba lesiva para el funcionamiento del sistema financiero.

La publicidad realizada por parte de la empresa accionante, aún considerándola enmarcada dentro del campo normativo previsto por el artículo 29 de la Constitución, resulta, por tanto, regulada por la normativa vigente en materia de regulación del sistema financiero y del mercado de valores y hasta por las normas que regulan las relaciones de consumo, normas que el BCU debe aplicar en el ámbito de su competencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 196 de la Constitución, Leyes 16.696 y modificativas, Ley 18. 627, etc. El artículo 7 de la Constitución establece que los derechos pueden ser limitados conforme a las leyes que se establezcan por razones de interés general.

Las limitaciones impuestas por la Ley 17.250 son plenamente aplicables a la empresa Consorcio, citando diversa opiniones doctrinarias, concluye en que la tutela constitucional otorgada a la libertad de expresión no resulta abarcativa de la publicidad como tal, ya que un anuncio no persigue el interés general sino el particular de los individuos afectados que previamente han contratado un determinado “espacio” en un medio de comunicación para su difusión.

La instrucción dictada tiene directa relación con el interés público

perseguido. La medida restrictiva no es desproporcionada para la consecución de este interés y no priva en modo alguno a Consorcio y a Pilay de desarrollar publicidad respecto de su producto o servicios ofertados.

Agrega que las instrucciones no contienen una limitación absoluta, ni indeterminada ni genérica; las mismas tienen un objeto acotado a determinadas hipótesis y en relación a sujetos determinados.

Citando la sentencia N° 509/2011 de este Colegiado expresa que, en la lógica establecida en la misma, es admisible hacer primar ciertos derechos sobre otros, ciertos valores o principios superiores, en interés de la tutela del bien común por sobre los intereses individuales.

En el mismo sentido, en sentencia N° 131/2010, el Tribunal ha sostenido que es limitable la libertad de expresión de las empresas a desarrollar publicidad cuando exista una razón de interés general y norma legal habilitante. Las normas constitucionales y legales ya mencionadas (artículo 196 de la Constitución, decreto-ley 15.322, leyes 16.696, 18.627, entre otras) indican la respuesta en el sentido que debe primar la estabilidad del sistema financiero en general por sobre los intereses de las empresas integrantes del mismo. En uso de atribuciones constitucionales y legales se indicó que debía cesarse en determinada tónica de las comunicaciones que resultaban generadoras de incertidumbre y desconfianza.

Resulta evidente que el BCU ha instruido particularmente a una empresa integrante del sistema financiero para que ajuste su accionar empresarial en beneficio del interés común. El fin resulta indicado en las instrucciones dictadas en cuanto busca proteger el mercado de valores y la estabilidad del sistema financiero en general. No existió control previo a la

publicación y/o anuncios realizados por parte de Consorcio del Uruguay o Pilay Afisa, actuando el BCU solo a consecuencia de su emisión o publicación, dictando un acto administrativo en forma posterior y de manera ponderada.

Ninguna comunicación fue emitida a medios de comunicación prohibiendo o limitando la publicidad de la empresa Consorcio del Uruguay S.A. o Pilay Uruguay Afisa. Tampoco se ha solicitado a Consorcio que presente al BCU las comunicaciones o pautas publicitarias para su consideración por parte del ente. La publicidad de ambas empresas involucradas en la instrucción particular sigue concretándose sin cortapisa alguna, salvo en lo que se refiere al aspecto confrontativo y vulnerador de la estabilidad y disciplina del mercado regulado. Las instrucciones particulares no suponen, en modo alguno, la lesión de la libertad de expresión de la accionante y en modo alguno limita su posibilidad de realizar publicidad.

En definitiva, solicitan que se desestime el accionamiento instaurado.

III) Que a fs. 77 se abrió el juicio a prueba, término en el cual se produjo la certificada a fs. 263.

A fs. 266 y ss. alegó la parte actora y a fs. 311 y ss. lo hizo la parte demandada.

A fs. 334 se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien la evacuó a fs. 336 y ss., expresando que la instrucción resistida no se inscribe en el elenco de situaciones previstas en la normativa, en tanto su alcance es tan amplio e irrestricto que constituye una inhibición total y absoluta para referirse a su competidor, de forma que afectan principios de arraigo constitucional, como el derecho a

la libre expresión del pensamiento.

La institución demandada se irrogó la potestad de resolver lo que ella mismo denominó una “guerra mediática” entre dos competidores, conflicto cuya solución la Constitución asigna al Poder Judicial.

Entiende la Procuraduría que el BCU no puede arrogarse la potestad de resolver tal conflicto al amparo de disposiciones que claramente le otorgan poderes para regular la publicidad e instruir cómo ésta debe ser efectuada, pero no, ante un caso puntual dictar una restricción total y absoluta a un operador.

La prohibición de publicar a futuro y *sine die* cualquier comunicación referida a la Administradora citada, constituye un acto de censura previa y por ello deviene ilegítima.

Tampoco surge acreditado que la publicidad que diera mérito a esa guerra mediática haya afectado la estabilidad del mercado cuya regulación es de competencia del Ente demandado, prueba que se considera fundamental para dictar una instrucción con la amplitud como la del casus.

Aconseja que se acoja la demanda y se anulen los actos atacados.

A fs. 340 se citó a las partes para sentencia, la que se acordó en legal forma, previo pasaje a estudio por su orden de los Sres. Ministros.

CONSIDERANDO:

I) Que, se impugna la resolución N° 375/2012 dictada el 6 de julio de 2012, por la Superintendencia de Servicios Financieros (SSF) del Banco Central del Uruguay (BCU), y su ampliatoria, dictada el 20 de julio de 2012.

En lo que interesa al presente proceso, por el primer acto se dispuso: “.... Instruir a Consorcio del Uruguay S.A. a abstenerse absolutamente de

efectuar comunicaciones públicas en cualquier medio de difusión -prensa, radio, televisión, internet y cualquier otro medio de comunicación- en la que se haga referencia directa o indirectamente a Pilay Uruguay Administradora de Fondos de Inversión S.A. a las características del Fideicomiso Campiglia & Pilay y los certificados de participación y los títulos de deuda emitidos por dicho Fideicomiso. Esta instrucción incluye la prohibición de citar o parafrasear los documentos constitutivos de dicho negocio y las opiniones vertidas por terceros sobre dichos instrumentos financieros y el negocio a que refieren” (fs. 21 vto. a 22 A.A. en fs. 409).

Por el segundo acto, como se dijo ampliatorio del primero, se comunicó que “... ..dicha instrucción también incluye la prohibición absoluta de efectuar comunicaciones públicas en cualquier medio de difusión -prensa, radio, televisión, internet y cualquier otro medio de comunicación- en las que se haga referencia directa o indirectamente a los accionistas de Pilay Uruguay Administradora de Fondos de Inversión S.A., las empresas vinculadas a esta última, los accionistas de dichas empresas vinculadas y los negocios llevados adelante por dichas empresas....” (fs. 269 vto. en A.A. de fs. 409).

Dichas resoluciones fueron notificadas a la actora el 6 y el 20 de julio de 2012, respectivamente, conforme surge de fs. 22 vto. a 23 vto. y fs. 270 A.A. en 409 fojas; interponiendo ésta, conjunta y subsidiariamente, los respectivos recursos de revocación y jerárquico a fs. 35 a 36 y fs. 277 vto. a 278 vto.

Por resolución del 12 de abril de 2013, la SSF desestimó los recursos de revocación interpuestos y por acto del 22 de mayo de 2013, el Directorio del Banco Central del Uruguay hizo lo propio con los recursos jerárquicos

opuestos, decisión que fuera notificada a la recurrente el 4 de junio de 2013 (fs. 245 A.A.).

Conforme surge de la nota de cargo obrante a fs. 36 de autos, la demanda de nulidad se presentó el 5 de agosto de 2013.

En suma, se ha agotado en debida forma la vía administrativa y se ha interpuesto tempestivamente la acción de nulidad, por lo que corresponde que el Tribunal se aboque al estudio del debate planteado.

II) Que, como primera cuestión, corresponde analizar la procesabilidad de las resoluciones recurridas, en especial, teniendo presente lo resuelto por esta Sede en sentencia N° 803, del 8 de diciembre de 2016, proceso que también involucraba a las mismas partes que hoy comparecen en autos.

Y, en tal orden de ideas, es preciso señalar que, a juicio del Colegiado, el litigio aquí planteado no constituye una hipótesis similar a la ventilada y sentenciada en el expediente individualizado con la ficha 125/2012.

En efecto, el acto recurrido y su ampliación, exceden el alcance de una recomendación, de un acto de directiva, cuya única finalidad fuera indicar, aconsejar, orientar, solicitar, una determinada conducta al instruido, o una exhortación a cumplir con determinada normativa vigente en la materia.

El acto impugnado y su ampliatorio imponen concretas prohibiciones al destinatario del mismo, no se limitan a impartir una determinada orientación, sino que el mismo debe ser interpretado como un acto administrativo con contenido decisorio, desde que constituyen manifestaciones últimas de voluntad de la Administración en torno a la

problemática planteada y susceptibles de crear una situación jurídica lesiva al demandante, tal como se desprende de la simple lectura del texto de los mismos.

En suma, como se ha señalado en otros pronunciamientos anteriores, el acto es definitivo en función de su procedimiento de formación (artículo 24 del decreto ley 15.524), la procesabilidad de un acto no podría dubitarse, desde que la comprobación de la lesión de un derecho o de un interés directo personal y legítimo del interesado conforma una cuestión de lesividad, de existencia de perjuicio, ajena a la procesabilidad del acto.

El acto en causa es un acto administrativo definitivo, productor de efectos jurídicos y por ende, resulta procesable ante esta jurisdicción.

III) Que, la parte actora sostiene que se han vulnerado las garantías del debido proceso, en tanto se afectó su derecho de defensa desde que no se le confirió vista previamente a adoptar las decisiones que se cuestionan, así como no se hizo lugar al diligenciamiento de la prueba ofrecida, rechazándola por inconducente.

El Tribunal comparte los argumentos expuestos por la demandada que llevan a rechazar los agravios que vienen de enunciarse, en tanto y en cuanto se comparte que la instrucción del asunto fue cumplida debidamente, otorgándole a los interesados la oportunidad de presentar sus descargos, argumentos, puntos de vista, acerca del debate planteado.

A su vez, el rechazo de la prueba testimonial ofrecida, ha sido debidamente fundado, observándose al respecto las exigencias previstas en el artículo 100 del Reglamento Administrativo del BCU, solución que recoge lo previsto en el artículo 71 del decreto 500/991.

En conclusión, en torno a estos aspectos planteados por la empresa

actora, la Sede no vislumbra actuación ilegítima de la contraparte, por lo que corresponde desestimar tales agravios.

IV) Que, tal como manifiesta en su dictamen el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el objeto de esta litis se circunscribe a resolver si la instrucción y su ampliatoria emitidas por la SSF del BCU, fue dictada conforme a los poderes jurídicos que la normativa le otorga.

Es decir, no se discute que al BCU le corresponde: “.....La regulación del funcionamiento y la supervisión del sistema de pagos y del sistema financiero, promoviendo su solidez, solvencia, eficiencia y desarrollo...”, conforme a lo preceptuado por el artículo 3º de la Ley 18.401; y que, para ello: “...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...” (artículo 37 en la redacción dada por la Ley 18.401).

En este orden de ideas, cabe tener presente que el artículo 38, en la redacción dada por el artículo 11 de la Ley 18.401, atribuye a la SSF “....respecto de las entidades supervisadas, todas las atribuciones que la legislación vigente y la presente ley le atribuyen según su actividad.....”; entre otras, es del caso señalar, las previstas en los literales que a continuación se transcriben:

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.

H) Requerir a las entidades supervisadas que le brinden información con la periodicidad y bajo la forma que juzgue necesaria, así como la exhibición de registros y documentos.

I) Establecer el régimen informativo contable al que deberán ceñirse las entidades supervisadas.

J) Reglamentar la publicación periódica de los estados contables y otras informaciones de las entidades supervisadas.

K) Evaluar periódicamente la situación económico-financiera de las entidades supervisadas, el permanente cumplimiento de las normas vigentes y la calidad de la gestión de dichas entidades.

L) Aplicar sanciones de observaciones, apercibimientos y multas de hasta el 10% (diez por ciento) de la responsabilidad patrimonial básica de los bancos, a las entidades enumeradas en el artículo anterior que infrinjan las leyes y decretos que rijan su actividad o las normas generales o instrucciones particulares dictadas a su respecto.

M) Proponer al Directorio la aplicación de sanciones pecuniarias más graves o de otras medidas, tales como la intervención, la suspensión de actividades o la revocación de la autorización o de la habilitación para funcionar a las entidades enumeradas en el artículo anterior que infrinjan las leyes y decretos que rijan su actividad o las normas generales o instrucciones particulares dictadas a su respecto, pudiendo también recomendar al Directorio que gestione ante el Poder Ejecutivo la revocación de la autorización para funcionar cuando corresponda.

O) Otorgar la no objeción para la designación del personal superior

de cualesquiera de las entidades supervisadas en los casos que establezca la reglamentación que se dicte atendiendo a la jerarquía funcional de los sujetos comprendidos.

P) Requerir a las entidades supervisadas reestructuras de su organización y desplazamientos o sustituciones de su personal superior así como modificaciones a la estructura y composición del capital accionario.

Q) Ejercer el control en base consolidada de las entidades supervisadas, teniendo en cuenta su operativa en el país y en el exterior.

R) Llevar los registros que las leyes establecen y habilitar los que estime necesarios para el adecuado funcionamiento del sistema financiero, autorizando la inscripción en los mismos de quienes cumplan los requisitos correspondientes y disponiendo la cancelación de la misma cuando corresponda por la finalización de su objeto o cuando se infrinjan las leyes y decretos que rijan su actividad o las normas generales o instrucciones particulares dictadas a su respecto.

T) Divulgar la información sobre personas, empresas e instituciones contenida en los registros que se encuentren a su cargo, lo que en ningún caso implicará dar noticia sobre fondos y valores que se encuentren depositados en el sistema financiero nacional, o custodiados en las entidades supervisadas, ni tampoco sobre las declaraciones juradas presentadas por los accionistas, los directores y el personal superior de las entidades supervisadas.

V) Desarrollar las funciones encomendadas legalmente al Banco con la finalidad de combatir los delitos de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo previstos por la normativa vigente.

W) Atender los reclamos de los consumidores de las empresas

supervisadas...” (subrayado del Redactor).

Como expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Eduardo Vázquez Cruz: “... El problema se presenta cuando el BCU pudiera excederse en el ejercicio de sus potestades, dictando instrucciones que, por su alcance y contenido, ya no serían ni particulares ni concretas o bien caerían fuera del ámbito de actuación del ente.

En casos como el de marras en donde, en puridad, no se estaría ante una norma particular y concreta como un mero contenido directriz sino ante una eventual intervención fuera del ámbito de sus competencias del ente regulador, por el dictado de actos con alcance general y absoluto....”.

Al contestar la demanda, el BCU manifestó que: “...Aún en el caso de entender que lo que ha limitado el BCU respecto de Consorcio del Uruguay S.A. ha sido su derecho a la libertad de expresión, criterio que no se comparte, dicha limitación resulta plenamente justificada y fundada.

El Banco Central del Uruguay, en su legítima facultad de supervisión del sistema financiero detectó un abuso en el ejercicio del derecho y, dentro del marco de su competencia, instruyó a cesar en ese tipo de conducta....” (fs. 59 de autos).

Agrega que, en realidad, en la especie, se ha limitado el ejercicio abusivo de la libertad de empresa y ello en razón de que al BCU le compete resguardar la solidez y solvencia de la plaza financiera.

En tal sentido el comportamiento de Consorcio del Uruguay S.A. y del Fideicomiso Pilay Uruguay Afisa, desencadenó una guerra mediática de comunicados, que ponía en riesgo el mercado, alentando la desconfianza y generando injustificada incertidumbre.

Sostiene que, en definitiva, la instrucción dictada tiene directa

relación de medio a fin con el interés público perseguido y que la medida restrictiva impuesta no es desproporcionada para la consecución de ese interés y no priva a Consorcio del Uruguay ni a Pilay Uruguay Afisa de desarrollar publicidad respecto de su producto o servicios ofertados.

Y bien.

Todo derecho tiene sus límites que, con relación a los derechos fundamentales, lo establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera meditada o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.

En principio, y sin desconocer el debate que tal asunto plantea, es dable concluir que la publicidad representa una manifestación más de la libertad de expresión, máxime si se tiene presente la importancia e implantación creciente en los tiempos presentes. De todas formas, ninguna libertad, ningún derecho, por fundamental que sea, es ilimitado, menos aun cuando su finalidad primera, aunque no única, es la comercial.

Planteada la cuestión de esta manera, el problema se ubica en cómo el ente regulador ejercitó sus potestades normativas, y, en torno a este tema central, a juicio del Colegiado, el BCU ha desbordado el ámbito normativo que le fuera asignado.

No resulta de recibo el supuesto sobre el que reposan las decisiones adoptadas, esto es, que las potestades otorgadas al BCU supongan conferirle facultades para recortar o ponerle límites a derechos constitucionalmente protegidos, ya sea que se entienda que lo que se afecta es la libertad de empresa y no la de expresión del pensamiento.

En un caso, el del artículo 36 de la Constitución, no admite otra cortapisa que “...las limitaciones de interés general que establezcan las leyes...”; y, en el caso del artículo 29 la solución no es otra que la represiva y no la preventiva: “...Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos.....quedando responsable el autor...con arreglo a la ley por los abusos que cometieren...”.

Y esto es de esta manera, en el caso de la libertad de expresión porque, en realidad, se protege no sólo la expresión de opiniones inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquéllas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo y la tolerancia, sin los cuales no existe una sociedad democrática.

Como afirma reiteradamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no solo son admisibles “las informaciones o ideas recogidas con favor o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que molestan, chocan o inquietan”.

El control de la corrección de los mensajes comunicativos exige un sacrificio de principios para el estado liberal-democrático, desde que comporta la activación de órganos e instrumentos que colisionan con la misma esencia de la democracia liberal.

En segundo lugar, directamente relacionado con lo anterior y sin perjuicio de lo dicho, las restricciones impuestas por la ley, sobre los derechos constitucionalmente reconocidos se deben interpretar de forma restrictiva, sobre todo cuando su ejercicio está directamente relacionado con el funcionamiento del modelo de sociedad democrática que la Carta consagra.

Y, en este sentido, el temperamento adoptado por el Ente regulador ha sido, aparentemente, el inverso, y, por la vía de la instrucción, se ha atribuido facultades limitativas de derechos fundamentales en franco desconocimiento del alcance de la atribución del legislador y, en definitiva, de los expresos límites sobre los que aquél delimitó el ámbito de acción del Banco Central.

Como ha señalado este Tribunal reiteradamente, las normas de competencia son normas que ni ordenan, permiten o prohíben la realización de determinadas conductas, sino que establecen las condiciones de validez del dictado de otras normas. Las normas de competencia permiten calificar como válidas las normas dictadas en el ejercicio de la competencia.

En palabras de PRIETO SANCHÍS, las normas de competencia son aquéllas que atribuyen a un sujeto u órgano la potestad o competencia para producir, a través de un cierto procedimiento, un resultado institucional que llamamos ley, decreto, sentencia, resolución, etc. Las normas de competencia, prevén que, por el hecho de que un sujeto u órgano realice determinada conducta, en el marco de determinadas circunstancias, se obtiene un efecto o resultado normativo -e institucional- determinado. La violación de las normas de competencia tiene como consecuencia la nulidad del acto dictado en infracción. (Cfme. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Apuntes de Teoría del Derecho”, págs. 68 a 72).

Ninguna de las normas mencionadas por la parte demandada, ya sea en los actos recurridos y al contestar la demanda, le confiere competencia para restringir derechos cuya limitación compete exclusivamente a las leyes dictadas por razones de interés general.

Como ha dicho esta Sede, en sentencia N° 753/2015, conceptos que se estiman aplicables o trasladables a la especie que nos ocupa: “...nos encontramos con el dictado de un acto fuera del ámbito de competencia formal y material del emisor.

Hace largo tiempo ha expresado GIORGI que: “El acto administrativo debe formularse por el órgano o centro de administración competente, es decir, por quien ha sido habilitado jurídicamente para su emisión. Cuando la Administración dicta un acto exorbitando el campo de sus atribuciones, violando las reglas de la competencia, el acto está viciado de incompetencia, en principio, el más grave y el de mayor entidad de los vicios jurídicos.” (GIORGI, Héctor, “El Contencioso Administrativo de Anulación”, p. 199, Montevideo, 1958).

(...) las restricciones instauradas por la resolución impugnada únicamente podrían haber sido impuestas por una disposición legal sancionada por razones de interés general, tal como dicta el artículo 7 de la Constitución. Es por este motivo que una norma creada por el Reglamento que nos convoca carece de aptitud jurídica para limitar derechos fundamentales contenidos en la Carta, sin importar los objetivos que la Administración persiguiera con ello.

(...) En definitiva, se está ante la limitación de derechos constitucionalmente reconocidos sin una disposición con valor y fuerza de ley que lo respalde. Como dijo el Tribunal en la sentencia No. 160/2010: “Esto implica, ni más ni menos, que la limitación del ejercicio de derechos fundamentales previstos en la Carta por la vía de un acto administrativo, lo cual es claramente inconstitucional, por cuanto de acuerdo a lo previsto en los arts. 7, 10 y 36 de la Constitución, la limitación de tales derechos sólo

puede realizarse por ley, dictada por razones de interés general”.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal,

FALLA :

Haciendo lugar a la demanda y, en su mérito, anúlense los actos impugnados.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$28.000 (pesos uruguayos veintiocho mil).

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

Dra. Castro, Dr. Gómez Tedeschi (r.), Dr. Tobía, Dr. Echeveste, Dr. Vázquez Cruz.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).