

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 15 de octubre de 2015.

No. 753

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “LEVY Y ASOCIADOS CORREDOR DE BOLSA S.A. Y OTROS con BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. Acción de Nulidad” (Ficha No. 518/2013).

RESULTANDO:

I. En este proceso, varias empresas de corredores de bolsa -Levy y Asociados Corredor de Bolsa S.A., BCE&M Operadores Corredor de Bolsa S.R.L., CGW Corredor de Bolsa Limitada, Corporación de Inversiones Uruguay S.B. S.A., CVM Corredor de Bolsa S.A., De Simoni y Piaggio S.B. S.A., Durán y Perera S.B. S.A., Jorge Davisón y Cía. S.B. S.A., Openworld Sociedad de Bolsa S.A., Rebagliatti Morixe Sociedad de Bolsa S.A., Rodolfo Rebella Corredor de Bolsa S.R.L. y Rospide Corredor de Bolsa S.A. dedujeron pretensión anulatoria contra la Resolución dictada por el Banco Central del Uruguay D/293/2012 de 7.11.12 comunicada por Circular No. 2119 del 21.11.12.

II. Como fundamento de su pretensión alegan que se dedican a intermediar entre oferentes y demandantes de oferta de valores pública y privada, pero que a partir de la aplicación del Reglamento impugnado, no podrán calificar como “Operadores Primarios” y no tendrán acceso a los títulos de deuda pública, salvo en el caso de “colocaciones no

competitivas” o en el mercado secundario. Esto, según exponen, afecta su interés directo, personal y legítimo.

Puntualmente afirman que el acto impugnado es violatorio de los artículos 7, 8, 10 y 36 de la Constitución de la República, siendo que vulnera los principios de libertad, igualdad, reserva legal y libertad de empresa.

Asimismo, sostienen que se limitaron derechos personales de raigambre constitucional por vía administrativa sin los requisitos constitucionales del dictado de una ley fundamentada en razones de interés general, como dispone la Constitución.

Por último, alegaron que la Resolución atacada es violatoria de las disposiciones establecidas en la Ley 18.519 de Promoción y Defensa de la Competencias y su Decreto reglamentario.

III. Conferido traslado, la Administración demandada defendió la validez del acto, argumentado que en virtud de lo dispuesto por los artículos 190 de la Constitución y artículos 3, 4, 7, 27 y 50 de la Ley 16.696, le compete formular e implementar la política monetaria y la estabilidad de los precios y que la reglamentación dictada se ubica y orienta dentro de tales cometidos.

Argumentó que le fue conferida amplia discrecionalidad para utilizar los diferentes instrumentos y técnicas de política monetaria, y en atención a la misma es que estaba facultado para apreciar por sí el mérito y la conveniencia del contenido de los actos que dicta en ejercicio de su atribución de regular el mercado de emisiones de Títulos de Deuda Pública.

Su actuar se basó en una apreciación técnica adecuada al criterio de razonabilidad con la finalidad de cumplir los parámetros fijados por su Carta Orgánica, fundándose en razones de oportunidad y conveniencia.

Reseñó los antecedentes del dictado del acto reglamentario impugnado y describió el funcionamiento y objetivos del sistema, indicando que el mismo aplica únicamente a las emisiones del Banco Central y no a aquellos títulos de colocación no competitiva.

Rechazó que la reglamentación dictada limitara derecho de libertad e igualdad reconocidos por la Constitución y afirmó que la misma fue dictada en virtud de otra disposición constitucional, el artículo 196 de la Carta.

En último lugar, indicó que la resolución del caso no contradice las finalidades dispuestas por la Ley de Promoción y Protección de Defensa de la Competencia.

IV. Consta además que: a) abierto el juicio a prueba, se produjo la certificada a fs. 93, habiendo producido prueba sólo el demandado (fs. 66/92); b) la actora alegó de bien probado (fs.103/114) y también el demandado (fs. 117/125); c) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, por dictamen No. 675/2014 aconsejó hacer lugar a la pretensión anulatoria (fs. 128/129); y d) llamados los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, la misma se acordó en legal forma.

CONSIDERANDO :

I. En el aspecto formal, según la normativa vigente, se han cumplido las exigencias que habilitan a ingresar al examen de la pretensión anulatoria (Constitución arts. 317 y 319 y Ley No.15.869 de 22/6/87 arts. 4 y 9).

1. La resolución impugnada fue dictada el 7.11.12 (A.A. fs. 100) y notificada por Circular No. 2129 el 21.11.12 (A.A. fs. 42).

2. Esa decisión fue útilmente recurrida por los impugnantes el 3.12.12 mediante los recursos de revocación y jerárquico en subsidio (A.A. fs. 60/92). Por Resolución D 123-2013 de 22.5.13 el Directorio del Banco Central del Uruguay desestimó el recurso de revocación (A.A. fs.134/135) no correspondiendo el jerárquico. Dicha resolución fue notificada a los actores el 29.5.13 (A.A. fs. 138).

3. La demanda anulatoria fue deducida el 12.8.13 (nota de cargo fs. 28).

II. Como se ha señalado, el objeto de este proceso es resolver sobre la pretensión anulatoria deducida contra la Resolución del Banco Central del Uruguay D/293/2012 dictada el 7.11.2012 (A.A. fs.100) por la que aprobó el Reglamento del Programa de Operadores Primarios para Emisiones del Banco Central del Uruguay.

III. Los argumentos de las partes litigantes han sido explicitados y por razones de brevedad cabe remitirse a lo oportunamente reseñado (resultandos II y III).

La cuestión medular a resolver es si las normas reglamentarias aprobadas -en cuanto limita quiénes pueden ser "operadores primarios"- son violatorias de lo dispuesto por la Ley No. 18.159 y su Decreto Reglamentario No. 404/007 y/o de principios constitucionales que tutelan la igualdad, la libertad de empresa y establecen la reserva legal para su afectación.

IV. Analizadas las disposiciones indicadas y apreciadas las consideraciones expuestas por ambas partes, el Tribunal, por

unanimidad de votos y de acuerdo con lo aconsejado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, ha decidido amparar la pretensión anulatoria y, en consecuencia, anulará el acto impugnado explicitando a continuación sus fundamentos.

V. Para abordar el punto central el punto de partida es la lectura del acto administrativo cuestionado.

El Reglamento regula la forma en que el Banco Central colocará los títulos de deuda pública que emita e introduce una serie de limitaciones en cuanto a quienes podrán ser "operadores primarios" de esos títulos, en tanto establece que sólo pueden ser "operadores primarios" bancos que cumplan con determinados requisitos y participen del programa.

La reglamentación distingue "colocación competitiva" y "colocación no competitiva" y ha de verse que excluye a los actores de la posibilidad de participar en la primera que, según se explica en la contestación de la demanda, es la adquisición de los "títulos de deuda pública" emitidos por la institución mediante un procedimiento competitivo que denomina "licitación" y que básicamente consiste en la posibilidad de formular ofertas para adquirir esos valores.

De acuerdo con la reglamentación, la posibilidad de ofertar queda restringida a ciertas entidades habilitadas especialmente para operar en esa modalidad, que serían necesariamente bancos, excluyendo a los actores.

Así, afirma el demandado que (...) *la reglamentación bajo la denominación de "Operadores Primarios" hace referencia a aquellas Entidades que se encuentran bajo supervisión del Banco Central y fueron habilitadas para operar en el tramo competitivo del Mercado Primario, es decir fueron autorizadas para participar en los procedimientos*

competitivos y adquirir directamente (a nombre propio o por cuenta de terceros) títulos de deuda emitidos por el Banco Central.” (fs. 49). Y agrega, que *“el sistema ideado a partir de la nueva Reglamentación consiste en restringir las entidades habilitadas para operar en el Mercado Primario, en la “colocación competitiva”, es decir, aquellas que pueden adquirir directamente los títulos de deuda emitidos por el Banco Central a través de la participación en un procedimiento competitivo, denominado licitación...”* (fs. 49 vto.).

VI. La propia Administración ha admitido que el acto impugnado conlleva a una restricción de las entidades habilitadas para adquirir directamente los títulos de deuda emitidos por el B.C.U. y los actores sostienen que ello afecta derechos constitucionalmente protegidos porque les impide continuar ejercitando una actividad lícita para la que fueron habilitados y se dedican profesionalmente.

En efecto, el art. 36 del texto constitucional establece que *"toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes"*.

Si bien la actividad de agentes de intermediación en la compra y venta de valores que cotizan en bolsa no es una actividad libre (Ley No. 18.627 de 2.10.09 arts. 96 y 97), los actores son actualmente agentes de bolsa y como tales, en conjunto -como Bolsa de Valores de Montevideo- o individualmente, adquirieron y ejercieron el derecho de adquisición originaria de títulos de deuda pública que ahora se les quitaría.

La limitación o privación de tal derecho está reservada formalmente a la ley y debe estar fundada en razones de interés general (reserva legal)

porque así lo establece la disposición transcrita y también el art. 7 del texto constitucional. Como ya fuera expresado por este Colegiado en sentencia 147/2013:

“En nuestro Derecho, la limitación de derechos es por imperio constitucional materia reservada a la ley. Como expresa el autor antes citado, el constituyente ha conferido únicamente al legislador la competencia para normar en esa materia (Cf. CAJARVILLE, Juan Pablo: “Relaciones entre..., cit., especialmente págs. 441 y 448).”

VII. La Administración se ha defendido sosteniendo que es competente para establecer esa limitación en virtud de lo dispuesto por la Constitución art. 190 y la Ley No. 16.696 de 30.3.95 arts. 3, 4, 7, 27 y 50; y aunque no fue invocada también debe considerarse lo dispuesto por la Ley No. 18.627 de 2.10.09 en cuanto a sus atribuciones para regular la actividad en el mercado de valores.

La Constitución creó el Banco Central de Uruguay (art. 196), fundado el 6.7.67, con los cometidos que le asigne la ley y en el citado art. 190 expresa el "principio de especialidad" en cuanto ningún ente autónomo o servicio descentralizado podrá *"realizar negocios extraños al giro que preceptivamente le asignen las leyes..."*.

La Ley No. 16.696 de 30.3.95 determina en su art. 3 (redacción modificada por la Ley No.18.401 de 24.10.08 art. 1) los cometidos asignados al Banco Central del Uruguay y el art. 4 se limita a establecer que tendrá los poderes jurídicos necesarios para el cumplimiento de tales cometidos.

Entre esos cometidos se encuentra, efectivamente, la regulación del funcionamiento y supervisión del sistema financiero para promover "su

solidez, solvencia, eficiencia y desarrollo". Las demás disposiciones citadas refieren a política monetaria y financiera, incluyendo la autorización para emitir títulos de deuda pública (art. 50).

A ellos debe agregarse lo dispuesto por la Ley No. 18.627 de 2.10.09 que le asignó el propósito de *"velar por la transparencia, la competitividad y el funcionamiento ordenado del mercado de valores, por la adecuada información a los inversionistas y por la reducción del riesgo sistémico"* (art. 7) y, a tal efecto, admitió que la Superintendencia de Servicios Financieros *"en el ámbito de su competencia"* dictara normas *"a las cuales deberán ajustarse los mercados de valores y las personas físicas o jurídicas que en ellos intervengan..."* (art. 8).

Específicamente, se le cometió la regulación y fiscalización de la actividad de los intermediarios de valores (art. 95), habilitándolo para determinar requisitos que deben cumplir *"requisitos patrimoniales y de garantía, organización interna y de conducta, estándares de aptitud, rectitud comercial y profesional, deberes de información y exigencias prudenciales y otros requisitos que establezca la Superintendencia de Servicios Financieros"*- admitiendo expresamente que las exigencias puedan ser diferentes según el tipo de intermediario u *"otras circunstancias que estime apropiadas"* (art.100).

Sin embargo, a juicio del Tribunal que se inclina por la anulatoria, ninguna de esas normas le confiere competencia para limitar derechos cuya limitación compete exclusivamente a las leyes dictadas por razones de interés general.

El actuar del demandado no resulta legitimado por ninguna norma que pueda identificarse como "norma de competencia". Las llamadas

normas de competencia son normas que no ordenan, ni 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 aquellas 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 infracción de las normas de competencia tiene como consecuencia el de la nulidad del acto dictado en infracción (Cfme. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Apuntes de Teoría del Derecho”, Trotta, Madrid, 2008, págs. 68 a 72. Véase también MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María: Introducción a la Teoría del Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 85 y MENDONCA, Daniel: Las claves del Derecho, Gedisa, Barcelona, 2008, pág. 48).

En consecuencia, 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).

Es la posición que también desde larga data viene sosteniendo el Tribunal, como se desprende de lo expuesto en la Sentencia No. 587/2001:

“La causal de nulidad invocada es de pronunciamiento prioritario, en función de su incidencia respecto de las restantes articulaciones referidas con la ilegitimidad del acto. Aspecto que en la especie, a criterio de la unanimidad de miembros integrantes de la Corporación, se estima que se configura el VICIO INSUBSANABLE DE INCOMPETENCIA. (...) En consecuencia, como expresa MARIENHOFF: “La violación de las normas sobre competencia determina la nulidad del respectivo acto administrativo. Esto obedece a que la “competencia” representa un requisito o elemento esencial del acto administrativo...”; y continúa diciendo: “...para que un acto administrativo sea tenido como acto “regular”, es indispensable que reúna las condiciones esenciales de validez, entre éstas que sea dictado por autoridad competente. (“Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 583)”. Para mayor abundamiento, resulta trasladable al caso lo expuesto por el Maestro SAYAGUÉS LASO en cuanto define a la competencia como la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. Sostiene que ella determina los límites dentro de los cuales han de moverse unas y otros. Asimismo, señala: “Este concepto desempeña en el derecho público un papel equivalente al de la capacidad de las personas físicas en el derecho privado. Pero existen señaladas diferencias. Lo más importante radica en la extensión de uno y otro concepto. En el derecho privado la capacidad reconocida al ser humano lo habilita para desenvolverse en todo sentido,

sin otros límites que los establecidos a texto expreso por la Constitución o las leyes (arts. 7 y 10 de la Constitución). En cambio, las personas públicas y sus órganos actúan solamente en la zona que les fija el derecho vigente, debiendo fundarse siempre en textos expresos” (SAYAGUÉS LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I, p. 191, FCU, Ed. 1988). En la misma línea de razonamiento, el Dr. CAJARVILLE PELUFFO, manifestó: “El presupuesto de derecho del dictado de un acto administrativo es la existencia de una norma atributiva de competencia a un órgano estatal. Si no existe una norma que atribuya la potestad de dictar el acto de que se trata, éste estará viciado de incompetencia.” (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Sobre Derecho Administrativo”, T. II, p. 23 y 24, FCU, 2da Edición ampliada). En suma, la actuación de la Administración, en el caso de infolios, no estuvo amparada por ninguna norma de aquellas que en la Teoría General del Derecho, se identifican como normas de competencia.”

Por lo expuesto, 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.

VIII. 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”.

IX. Por último, dado el alcance general del impugnado, y en función de la desigualdad que la anulación con efecto inter-partes podría provocar entre los sujetos alcanzados, el Tribunal ejercitará la facultad conferida en el art. 311, inciso 2º, de la Constitución de la República, amplificando el alcance del pronunciamiento anulatorio, por fuera de los límites connaturales de la cosa juzgada.

La sentencia anulatoria con efectos generales y absolutos cumple *“...una finalidad purgativa del ordenamiento de la que puede decirse que es primariamente relevante en interés de la Ley antes que el interés particular de los recurrentes”*, objetivo que prima sobre evidentes razones de economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios, al tiempo que facilita la unidad de calificación de la ilegalidad declarada (GARCÍA DE ENTERRÍA: Ob. cit., t. I cit., págs. 244-245).” (Sentencia No. 1016/1998; Cfme. Sentencias Nos. 619/2013, 696/2013, 59/2014, entre otras)”. (Cfme. Sentencia No. 545/2014).

Por las razones expuestas, lo establecido en el artículo 309 de la Constitución de la República, el Tribunal, por unanimidad,

FALLA:

Ampárase la pretensión anulatoria y, en su mérito, declárase la nulidad del acto impugnado con efectos generales y

absolutos, en interés de la regla de Derecho o de la buena administración (Constitución de la República artículo 311, inc. 2º).

Sin especial condena procesal.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de \$23.000 (pesos uruguayos veintitrés mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

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

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).