

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, BANCO CENTRAL DEL URUGUAY: CONFIANZA Y RIESGOS SISTÉMICOS. RESEÑA JURISPRUDENCIAL

*Viviana Pérez Benech**

I. FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA CON RELACIÓN AL CUMPLIMIENTO DE LOS COMETIDOS BANCOCENTRALISTAS

I.1. Administración y función jurisdiccional

Los jueces y los tribunales en general, son los órganos que ejercen la llamada función jurisdiccional, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Materialmente, se trata de decidir cuestiones jurídicas controvertidas, mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva¹.

Precisamente el valor y fuerza de cosa juzgada es la principal característica que distingue la función administrativa y de la jurisdiccional, lo que cobra especial importancia a la luz de los nuevos y crecientes cometidos que se fueron atribuyendo a la Administración reguladora y controladora de la actividad privada. El cumplimiento de tales cometidos genera a veces confusiones sobre la función que desempeña la Administración cuando es llamada a pronunciarse en asuntos que involucran cuestiones jurídicas controvertidas, conflictos intersubjetivos de intereses, por ejemplo entre entidades reguladas y sus clientes.

Pero mientras que todo pronunciamiento de la Administración es esencialmente revisable en vía jurisdiccional (ya sea contencioso anulatoria o reparatoria), los fallos de la justicia, agotadas todas sus instancias (por acción o inacción de las partes), adquieren carácter firme y son pasibles de ejecución forzada.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Magíster en Derecho Administrativo Económico y Derecho de la Empresa, profesora asistente interino (grado 2) de la materia Derecho Público II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Correo electrónico: vivipebe@yahoo.com.ar

¹ Conforme lo resume SAYAGUES LASO, citando a destacados autores de la doctrina francesa (Jèze, Duguit, Bonnard, etc.), en "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo I, 6ta. edición, Montevideo, 1988, pág.47.

El Banco Central del Uruguay (BCU) es un ejemplo típico del creciente papel conformador de la Administración. Basta citar a mero título de ejemplo sus competencias y poderes jurídicos en materia de defensa de la competencia, relaciones de consumo, seguro obligatorio de automóviles, prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, etc.

Pero en tanto la función desempeñada es de naturaleza administrativa, naturalmente el BCU también está sujeto al pronunciamiento de un tercero imparcial (un tribunal de justicia) que dirime en forma definitiva la legitimidad de su actuación en el ejercicio de sus cometidos.

A su vez, también puede ser el propio BCU quien requiera tal pronunciamiento si el cumplimiento de los cometidos de interés público que le asigna la normativa legal lo exige. Por ejemplo, cuando revestía la calidad de liquidador de las instituciones de intermediación financiera², el deber de proteger el ahorro público ante una situación de insolvencia, le podía llevar a demandar a sus propietarios o personal superior por su eventual responsabilidad. Actualmente, pueden darse situaciones análogas por su condición de liquidador de los intermediarios de valores, en las que quien acuda a un pronunciamiento judicial sea el BCU, en forma directa o a través de un liquidador delegado, como parte de las medidas destinadas a que los activos de terceros en poder del intermediario sean debidamente cautelados.

I.2. La jurisprudencia como fuente no formal de Derecho. Importancia en Derecho Administrativo

La jurisprudencia es el conjunto de decisiones jurisdiccionales de los tribunales sobre una materia determinada, emitidas con ocasión de los juicios sometidos a su resolución³. Como es sabido, no constituye en nuestro orden jurídico una fuente formal de Derecho, según lo establece expresamente el artículo 12 inciso segundo del Código Civil⁴.

No obstante, COUTURE señalaba que aún no teniendo fuerza obligatoria, la jurisprudencia “*se impone por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del cual emanan*”⁵. Se trata del “Derecho vivo”, el Derecho real, según se expresaba en la editorial de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal en el año 1976: “*..el Derecho que verdaderamente vale puesto que es el que se pone en vigencia para cada situación concreta y determinada. Es por eso que no nos podemos cansar de destacar el hecho esencial en la vida del Derecho y aún en el plano axiológico, de que el momento jurisdiccional se presenta como decisivo y fundamental. El Derecho para el individuo es el que interpreta el juez, el que dice el Juez (iuris dictio). De ahí la importancia que tiene la jurisprudencia como ciencia y de allí la trascendencia que tiene el Juez en la vida social y en la esfera de las conductas humanas.*”⁶

² La creación de la Corporación de Protección del Ahorro Bancario (COPAB) por obra de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008, determinó la asignación de esta competencia a dicha persona pública no estatal.

³ COUTURE, Eduardo J., “*Vocabulario Jurídico*”, 4ta. Edición, editorial BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pág. 458.

⁴ Artículo 12 del Código Civil: “*las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.*”

⁵ COUTURE, op. cit. pág. 458.

⁶ RUDP, Números 3-4, 1976, nota editorial “*El Derecho, la Justicia y los Magistrados*”.

Es precisamente esta centralidad en la persona humana, la “humanización” del Derecho que se produce a través de la aplicación que el juez debe hacer de la norma general al caso concreto, lo que confiere un papel protagónico a las resoluciones que derivan del ejercicio de la función jurisdiccional en el marco de un Estado de Derecho y en clave de uno de sus principios fundacionales: la separación de poderes. No debe olvidarse que nuestro orden jurídico obliga a los jueces a dictar sentencia en todos los casos, no pudiendo ampararse en el silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes⁷.

Ciertamente son muchos los casos de oscuridad, silencio, insuficiencia, imprevisión, contradicciones, derogaciones tácitas y difusas de las normas jurídicas, así como la multiplicidad de relaciones humanas y jurídicas que están en juego y los fenómenos imprevisos, de conmoción social, intereses públicos y particulares, que están presentes en las causas sometidas a la justicia.

De ahí el especial desafío que tienen por delante los jueces cuando se enfrentan a la decisión que deben tomar: impartir justicia no es una potestad sino un deber. El Estado de Derecho se mantiene vivo en tanto la justicia independiente deba dar solución a todos los reclamos que sus individuos le planteen; mientras los jueces no puedan eludir su responsabilidad de aplicar rectamente el orden jurídico a la realidad, a las causas y reclamos concretos, a los conflictos que se plantean en la vida cotidiana de las personas, procurando dilucidar la solución justa y ajustada a Derecho aún ante la confusión, oscuridad o falta de previsión de la norma objetiva.

En reciente sentencia el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno, ilustra muy bien este sentido de la función jurisdiccional como actividad estatal en cumplimiento de sus cometidos esenciales, cuando expresa “. . . *El Estado y este Tribunal, ejerciendo la jurisdicción del mismo.*” A su vez, el maestro COUTURE definía la Justicia como una “virtud” o un “valor”, antes que por su condición de legitimidad, ajuste al Derecho u organización administrativa del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.⁸

Al decir de Ramón PARADA, la jurisprudencia posee en la vida del Derecho una eficacia condicionante de la actividad de los sujetos, igual –o incluso mayor- que las normas que aplica⁹. Citando a SANTAMARÍA PASTOR, ilustra esta relación entre el Derecho y la Jurisprudencia sosteniendo que ésta se adhiere a las normas como una “segunda piel”, limitando o ampliando su sentido y en todo caso, concretándolo y modificándolo, “*de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto, sino lo que los tribunales dicen que dicen*”. De forma inevitable, conscientemente o no, la doctrina jurisprudencial termina creando Derecho.

Incluso los jueces y tribunales se ven impulsados a seguir los criterios interpretativos sentados por los órganos judiciales superiores, no sólo por razón de coherencia, sino eventualmente motivados a evitar la revocación de sus fallos.¹⁰

⁷ Artículo 15 del Código Civil.

⁸ COUTURE, op. cit., pág. 469.

⁹ PARADA, Ramón, “*Derecho Administrativo I. Parte General*”, décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 86.

¹⁰ PARADA, op. cit., pág. 86.

Pese a que en Derecho Administrativo, al igual que en Derecho Privado, la jurisprudencia no es fuente formal de Derecho¹¹, la seguridad jurídica de las soluciones normativas no será completa sin el componente jurisprudencial. Incluso cabe anotar que en esta rama del Derecho se plantea la cuestión relativa a la extensión del fallo más allá del caso concreto, en las sentencias referidas a los actos administrativos de carácter general (reglamentos), según lo previsto en el artículo 311 inciso segundo de la Constitución¹². Pero en términos generales, si bien los fallos ciñen su ámbito de aplicación al caso concreto, sientan criterios jurídicos o guías de actuación que permean hacia otros casos, otros asuntos aún no resueltos, o incluso asuntos respecto de los cuales la Administración ni siquiera se ha pronunciado.

El caso del Consejo de Estado francés es emblemático. Al decir de SAYAGUES LASO, es por demás conocida su magnífica labor creadora y su jurisprudencia, retroalimentada por la mejor doctrina¹³. Ha ido elaborando en gran parte, paso a paso, el Derecho Administrativo francés, quizá –según el autor en su época- el más adelantado del mundo. De esta influencia recíproca, fueron surgiendo y desarrollándose, por ejemplo, muchas de las creaciones fundamentales de la jurisprudencia y la doctrina francesas, como las nociones de servicio público y la teoría de la responsabilidad por acto o hecho administrativo.

Sin embargo, la eficacia jurídico formal de la jurisprudencia en Derecho Administrativo no difiere sustancialmente del Derecho Privado: carece de toda fuerza obligatoria fuera del caso concreto en que se dictó el fallo (con la única excepción señalada del artículo 311 inciso segundo de la Constitución)¹⁴.

Pero SAYAGUES LASO señalaba dos motivos por los cuales cobra mayor importancia que en Derecho Privado: a) en Derecho Administrativo (una rama relativamente incipiente del Derecho en comparación con el Derecho Civil) no hay grandes codificaciones como sí las hay en Derecho Privado, que dan solución a mayor cantidad de casos prácticos; y b) la labor interpretativa de jueces y juristas tiende a generar nuevos vacíos normativos donde no los había y que requieren a su vez de nuevas interpretaciones jurisprudenciales para su llenado.¹⁵

Un ejemplo claro de esto último –dice el propio autor- es la evolución del derecho francés en materia de responsabilidad por acto o hecho de la Administración, lo que nos lleva directamente a ingresar en el objeto de análisis.

Al respecto, cabe realizar dos aclaraciones iniciales:

- a) Puede considerarse al Derecho Bancario como una suerte de “fusión” o combinación entre temáticas propias del Derecho Administrativo y del Derecho Comercial. En

¹¹ SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 144.

¹² El artículo 311 inciso segundo de la Constitución establece que “cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.”

¹³ Basta citar como ejemplo la influencia de LAFERRIERE, DUGUIT, HAURIOU, JEZE, WALINE, etc. en la jurisprudencia francesa.

¹⁴ Con la precisión de que algunos fallos de nulidad de actos administrativos reglamentarios, conforme al citado artículo 311 inciso segundo de nuestra Constitución, pueden tener efectos generales y absolutos cuando la decisión jurisdiccional fuere adoptada en interés de la regla de derecho o de la buena administración. La discusión doctrinaria sobre los presupuestos para que se configure esta extensión de los efectos del fallo es extensa y excede el alcance del presente trabajo.

¹⁵ SAYAGUES LASO, op. cit., pág. 162.

este sentido, el análisis de la responsabilidad del Estado por su actuación como regulador nos remite a todas las consideraciones y desarrollos que la jurisprudencia ha elaborado en base a las escasas normas de Derecho Público que regulan expresamente la cuestión (fundamentalmente artículos 24 y 25 de la Constitución). Así, los elementos de la responsabilidad –falta de servicio, daño, nexo causal-, la prosecución del fin debido por la actividad estatal, materializado en el interés general y los intereses específicos sectoriales (como por ejemplo la protección del ahorro público), signan la relevancia de la creación jurisprudencial, necesariamente innovadora, conforme a los permanentes cambios que operan en la realidad y el contexto social y económico en el que se producen los hechos sometidos al pronunciamiento de los tribunales.

- b) Por otra parte, las particulares características del funcionamiento del sistema financiero agregan especificidades a los cometidos del Banco Central del Uruguay en su carácter de regulador sectorial. Entre ellas, le hacen pasible de responsabilidades vinculadas a estas características, entre las cuales el valor de la *confianza* (concepto inmaterial si los hay) trasciende el plano ético y se proyecta directamente como condicionante de la “salud” y estabilidad del sistema. Basta mencionar su importancia en el marco de un proceso de crisis bancaria, tanto a nivel de instituciones como su efecto en posibles propagaciones sistémicas de las crisis institucionales.

II. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE DISTINTOS TEMAS CLAVES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ESTATAL, RIESGOS SISTÉMICOS EN EL SECTOR FINANCIERO Y CRISIS BANCARIA

Por los fundamentos que vienen de expresarse, resulta de especial interés el análisis de la jurisprudencia que se ha ido generando a raíz de los diversos reclamos vinculados a las crisis bancarias, entre las que notoriamente la crisis del año 2002 generó una conmoción sistémica sin precedentes y derivó en múltiples pronunciamientos jurisdiccionales en reclamos de diversa naturaleza.

Por un lado, reclamos civiles del Banco Central del Uruguay contra personas físicas o jurídicas responsables de desequilibrios financieros en las entidades controladas o contenciosos administrativos de anulación contra actos sancionatorios a dichas personas; y por otro lado, la enorme mayoría, conformada por reclamos de muy diversa índole contra el Banco Central del Uruguay, planteados por quienes resultaron damnificados en la crisis por distintas operativas: tenedores de eurobonos emitidos por las entidades bancarias liquidadas, ahorristas de dichas entidades, inversores en valores emitidos por empresas extranjeras vinculadas, víctimas del robo de cofre-fort, etc. Esta gran variedad casuística incluye una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso planteado por los referidos inversores.

Sin que ello represente una muestra estadística de casos, ni siquiera una muestra completa, seleccionamos a modo de ejemplo algunos de los criterios más emblemáticos derivados de estos casos jurisprudenciales, que pueden resultar de interés.

II.1- El Banco Central como actor: acciones de responsabilidad promovidas por el Banco Central del Uruguay contra personas físicas o jurídicas participantes en operaciones presuntivamente dolosas que directa o indirectamente pudieran haber contribuido a provocar el desequilibrio económico o financiero de empresas bancarias.

Es una de las caras de la responsabilidad del BCU como regulador y supervisor del sistema financiero y promotor de su solvencia, eficiencia y desarrollo (según establece su Carta Orgánica¹⁶). Probablemente es la faceta menos conocida del regulador, la que corresponde a su responsabilidad por “acción” y no por “omisión”. Las presuntas “omisiones” del BCU en el contralor del sistema financiero fueron el fundamento de multiplicidad de reclamos promovidos por clientes del sistema financiero (ahorristas, inversores, deudores, etc.) a raíz de la crisis bancaria de 2002, lo que dio más notoriedad pública al tema.

Este otro tipo de reclamos fueron promovidos por el BCU contra personas físicas o jurídicas presuntamente responsables de maniobras que derivaron en la insolvencia de instituciones financieras de plaza (sobre todo bancos), con el objetivo de que reparen con su patrimonio los daños y perjuicios causados a dichas instituciones y en definitiva a sus ahorristas.

II.1.1. Antecedente

El Banco Central del Uruguay ya había promovido judicialmente en la década del '90, a raíz de la crisis del entonces Banco Pan de Azúcar, medidas cautelares y demanda de daños y perjuicios contra personal superior de dicho banco.

La Sentencia No. 14 de 28 de marzo de 2003¹⁷ del Juzgado Letrado de 1era. Instancia en lo Civil de 6º Turno hace lugar a la condena por daños y perjuicios solicitada por el Banco Central del Uruguay contra ex directores del banco, laudando el cuestionamiento realizado por la parte demandada a la existencia de legitimación activa de esa institución para promover acción de daños y perjuicios, debido a que el artículo 24 del Decreto-Ley N° 15.322 de 17-IX-1982 sólo prevé en forma expresa su legitimación para solicitar medidas cautelares.

En tal sentido, expone la referida sentencia entre sus fundamentos que *«como consecuencia ineluctable de la posición sustentada en ambas instancias, el Banco Central del Uruguay debió promover la demanda pertinente, vinculada inescindiblemente con las medidas cautelares peticionadas, y en consecuencia, no es dable pretender que carezca de legitimación en la causa, quien ha gestionado y obtenido medidas cautelares, dentro del marco de sus atribuciones legales, y que han sido el presupuesto formal, para la promoción del accionamiento incoado.»*

¹⁶ Artículo 3 de la Ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995, en la redacción dada por la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008.

¹⁷ Dictada en autos «Banco Central del Uruguay c/Stephane Denis Benhamou Gharbi y Sergio Giorgio Dell Acqua Pagnamenta. Medidas Cautelares - Solicitud de Embargo - Daños y Perjuicios (Reembolso)» Ficha 227/96.

«En buen romance, no es razonable pretender, que se admita la legitimación para solicitar medidas cautelares, y se pretenda desconocer que el mismo Organismo que las ha solicitado carezca entonces de legitimación para impetrar la demanda resarcitoria, encuadrada legalmente dentro de las facultades que le otorga el art. 24 del Decreto-ley No. 15.322.»

«. . . el Banco Central del Uruguay, ha probado la admisibilidad y pertinencia de su accionamiento, basado en la defensa de los intereses patrimoniales de Banco Pan de Azúcar S.A., afectado gravemente por las operaciones dolosas de los codemandados.»

II.1.2. Legitimación activa del BCU

En demanda promovida por el BCU contra múltiples personas físicas y jurídicas, reclamó la reparación civil a uno de los bancos liquidados a raíz de la crisis de 2002 (concretamente el ex Banco de Montevideo) por la responsabilidad de aquéllas en maniobras que directa o indirectamente pudieron haber provocado su quiebra. El BCU invocó en respaldo normativo de su legitimación, los artículos 24 del Decreto-Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982 (Ley de Intermediación Financiera) y el artículo 23 de la Ley N° 17.613 de 27 de diciembre de 2002 (llamada “de Fortalecimiento del Sistema Bancario” por regular la salida jurídica a diversos aspectos de la crisis bancaria de 2002).¹⁸ Según aclaró el BCU en la demanda, el producido de esa acción sería destinado a la reparación de los clientes del banco damnificados por su quiebra.

En reciente Sentencia N° DFA 3-532/2016 el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno desestimó ambos fundamentos legales para la legitimación activa del BCU, por considerarlos insuficientes en el caso planteado: el Decreto-Ley N° 15.322, por referir únicamente a la adopción de medidas cautelares y no a la acción principal de responsabilidad civil y la Ley N° 17.613, por conferir legitimación activa únicamente al Estado persona pública mayor (y no al ente autónomo BCU), alegando que la ley recoge en otros artículos la distinción entre ambos significados de la palabra “Estado”. Invoca el Tribunal el principio de especialidad, para limitar la legitimación activa del BCU en este tipo de reclamos a la expresamente reconocida en la ley. Sin embargo, finalmente sí reconoce la legitimación activa del BCU en base a otro fundamento, a la luz del principio “*iura novit curia*”: la protección del ahorro público por razones de interés general.¹⁹

Si bien esta sentencia de segunda instancia (aún resta resolver el recurso de casación) reconoció la legitimación activa del BCU, no compartimos este fundamento. Entendemos que la Sentencia de primera instancia (N° 45/2014 del Juzgado Letrado en lo Civil de 17mo.

¹⁸ Autos “*Banco Central del Uruguay c/XXX y otros – Daños y Perjuicios*” IUE 2-12117/2004, ante el Juzgado Letrado en lo Civil de 17mo. Turno, en los que recayó la Sentencia N° 45/2014 de 8 de setiembre de 2014. Luego de apelada dicha Sentencia, el Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno dictó recientemente la Sentencia N° DFA 3-532/2016 SEF 3-111/2016 de 24 de agosto de 2016, en la que ratifica parcialmente la condena dispuesta en primera instancia.

¹⁹ El reconocimiento expreso de la protección del ahorro público como un interés general, se encuentra presente en diversas disposiciones legales, fundamentalmente sancionadas a partir de la crisis de 2002, entre las cuales cabe destacar los artículos 22 inciso tercero y 27 inciso primero de la mencionada Ley N° 17.613 de 27 de diciembre de 2002 y el artículo 42 de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008, al definir este último la finalidad de los procedimientos de solución bancaria.

Turno) había marcado el camino correcto en este sentido, al aceptar el fundamento de la legitimación del BCU en la potestad de solicitar medidas cautelares por las mismas causales y contra las mismas personas físicas o jurídicas: no existe argumento que respalde interpretación restrictiva de la facultad conferida al BCU por el referido artículo 24 del Decreto-Ley N° 15.322.

Como expresa la mencionada sentencia de primera instancia, no se trata de medidas cautelares autosatisfactivas y consecuentemente, al ser solicitadas en el marco de un proceso preliminar “*necesariamente deben ser seguidas en razón de su instrumentalidad, accesoriedad y provisoriedad de un proceso principal resultante del ejercicio de una acción autónoma.*” Sostener lo contrario, es decir, que la facultad del BCU se restringe únicamente a solicitar medidas cautelares por ser las únicas previstas a texto expreso, careciendo de potestades para promover el juicio ordinario posterior), implicaría –como bien dice la sentenciante- un perjuicio para los intereses de los propios demandados, quienes interpusieron la excepción de falta de legitimación activa, ya que en tal caso las medidas adoptadas con carácter cautelar se extenderían *sine die*, no sujetándose a la interposición de la demanda ordinaria posterior. A ello debe sumarse que precisamente, como consecuencia de la provisoriedad inherente a su carácter cautelar, son dispuestas con menores exigencias en cuanto a sus fundamentos sustanciales –la prueba del buen derecho o “*fumus bonis juris*”, en razón de estar sujetas a las resultancias del proceso ordinario posterior.

II.1.3. Cometidos del BCU - el fin debido

Es relevante el reconocimiento jurisprudencial del cometido del BCU vinculado al interés general en la protección del ahorro público. Si bien no es completamente novedoso, adquiere especial relevancia en este caso por eruirse como único fundamento de la legitimación activa del BCU en este tipo de acciones, a falta de una norma expresa que la confiera. La Ley N° 17.613 es en realidad pionera en explicitar este cometido en más de un pasaje: el artículo 22 inciso tercero impone al BCU la finalidad de “*la custodia del ahorro por razones de interés general*” en su carácter de liquidador de los bancos²⁰ y el artículo 27 confiere al Poder Ejecutivo la potestad de destinar partidas en beneficio de los depositantes de los bancos liquidados.

En definitiva, en clave de Derecho Administrativo, se trata del “fin debido” al que debe ajustarse la actuación del regulador bancario en este caso.

A su vez, como fundamento legal, en la referida sentencia el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno sí invocó el artículo 3 de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay²¹, donde se establece como una de sus dos finalidades “*La regulación del funcionamiento y la supervisión del sistema de pagos y del sistema financiero, promoviendo su solidez, solvencia, eficiencia y desarrollo.*” Mediante esta acción –según expresa el Tribunal- el BCU cumple con tal finalidad al procurar que los responsables de la situación

²⁰ Esta competencia ya no corresponde al BCU, en virtud de haber sido asignados los procesos de solución y resolución bancaria a la COPAB (Corporación de Protección del Ahorro Bancario), por obra de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008 (ver artículo 42 de dicha ley).

²¹ Artículo 3 de la Ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995, en la redacción dada por el artículo 1 de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008.

de insolvencia de los bancos reparen los perjuicios causados a los patrimonios de éstos. El apartamiento del fin debido—ya sea mediante actos, hechos u omisiones de la Administración— implica, recordemos, desviación, abuso o exceso de poder, lo que determina en todos los casos la ilegitimidad de lo actuado.

II.1.4. Responsabilidad de los directores de los bancos insolventes

En cuanto a este punto, la citada sentencia de segunda instancia se remite a las normas y principios de derecho comercial común—responsabilidad de los directores de sociedades anónimas— y las acciones previstas fundamentalmente en la Ley N° 16.060 y la condena “in solidum” prevista en el artículo 668 del Código Civil.

No obstante, cabe mencionar que la sentencia de primera instancia no había optado tan claramente por el marco jurídico de la Ley N° 16.060 para calificar la responsabilidad de los demandados ex directores o socios del banco como “societaria”. Enumeró una serie de fundamentos jurídicos posibles y en definitiva, estableció finalmente que cualquiera sea la posición que se sostenga, para que se configure la responsabilidad civil de los directores de una sociedad anónima deben verificarse sus tres elementos constitutivos: a) el evento dañoso (incumplimiento de una obligación contractual, o si se sostiene la naturaleza extracontractual, del deber genérico de diligencia; b) el factor de imputación de responsabilidad (dolo o culpa); y c) la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño.²² Resulta una posición en definitiva más amplia para valorar jurisprudencialmente la conducta de los sujetos individuales o colectivos en las crisis bancarias.

II.1.5. Responsabilidad del personal superior del ex Banco Comercial S.A.

El Banco Central, ejerciendo la potestad sancionatoria respecto del personal superior que le atribuye el artículo 23 del Decreto-Ley N° 15.322, instruyó un sumario administrativo a su respecto y demandó civilmente a aquéllos que consideró responsables de maniobras que produjeron el desequilibrio económico que llevó a la liquidación del ex Banco Comercial S.A.

En un caso, la sentencia de primera instancia acogió parcialmente la demanda y la de segunda instancia la revocó²³. Al interponerse el recurso de casación, la Suprema Corte de Justicia confirmó la sentencia desestimatoria de segunda instancia²⁴, por entender que el BCU carecía de legitimación causal activa, debido a que la condición de síndico de la demandada exigía la configuración de culpa grave o dolo para ser pasible de responsabilidad, lo que no se había acreditado.

En otro juicio promovido por el Banco Central del Uruguay contra un corredor de bolsa a quien se reclamó su responsabilidad civil conforme al citado artículo 24 del Decreto-Ley N° 15.322, la Sentencia N° 5 de 2 de marzo de 2015 hizo lugar parcialmente a la demanda condenando al demandado a abonar la suma de U\$S 5.100.000 más ilíquidos, expresando que: “*El B.C.U. en mérito a lo dispuesto por el inc. 1° Art. 24 del Decreto-Ley 15.322 y por*

²² Considerando 4.1 de la mencionada Sentencia N° 45/2014.

²³ Sentencias N° 3/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 12° turno y en segunda instancia SEF 0007-000493/2014 del Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno.

²⁴ La Sentencia de casación de la SCJ es la N° 339 de 5 de enero de 2016.

²⁵ Sentencia N° SEF-0006-000168/2015 MET-0006-000489/2015 de 23 de diciembre de 2015.

su calidad de liquidador del B.C.S.A., y en suma por su actuación como tal en defensa y protección de los derechos de los depositantes de las entidades suspendidas por razones de interés general (Art. 22 de la Ley N° 17.613), debe ser resarcido por el daño causado... por lo que corresponde se condene al demandado a reparar los daños y perjuicios”.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno el 23 de diciembre de 2015²⁵ En dicha confirmación expresó el Tribunal: *“La solución confirmatoria de la sentencia de condena con la imputación de la participación del demandado en una “operativa fraudulenta”, que incluía negocios ficticios o simulados, un entramado de negocios en violación a la ley y actuaciones dolosas, determina la aplicación de las máximas sanciones, las costas y costos del proceso, tanto en primera como en segunda instancia, a quien contribuyó con su conducta a la estratagema que permitió el maquillaje de los balances del Banco Comercial y que derivó, a la postre, en su quiebra y afectación de derechos de terceros (arts. 56 y 261 CGP y 688 CC).”*

II.2. El Banco Central como demandado

II.2.1. Antecedentes

a) *Intervención de una casa bancaria*

A raíz de la actuación del Banco Central del Uruguay como interventor de una casa bancaria en crisis, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. Turno se pronunció mediante Sentencia N° 78/95²⁶ sobre los límites de la responsabilidad del Banco Central del Uruguay en el ejercicio de su función de contralor del sistema financiero. En dicho caso se desestimó la demanda incoada por clientes que sostenían la configuración de falta de servicio, por haberse dispuesto tardíamente la intervención de la casa bancaria, perjudicando así sus intereses al permitirse de este modo el crecimiento de la insolvencia de la misma.

La Sentencia estableció al respecto: *“...todas las actividades de intermediación financiera están sometidas al contralor del BCU. Corresponde determinar si dichos controles fallaron, en cuyo mérito se demoró una medida que habría superado la situación y que debido a ello se configura falta de servicio. Una cosa es detectar irregularidades u operaciones riesgosas y otra comprobar operaciones simuladas y la consiguiente maniobra dolosa que se efectuaba de forma tal que podía escapar al control bancocentralista. Sólo cuando se decreta la intervención se detecta la maniobra. Los contralores se hicieron y resulta difícil concluir que las irregularidades detectadas imponían la adopción de medidas extremas. Cuando la casa bancaria solicitó la moratoria el BCU dispuso la intervención a fin de realizar una investigación exhaustiva. Y no cabe dejar de lado que la crisis estuvo impulsada por factores externos. E incluso que la medida de la intervención se encuadra en el marco de decisiones políticas que refieren a la imagen de nuestra plaza financiera.”* La sentencia descarta la afirmación de la parte actora en cuanto a que era inexcusable la responsabilidad del Estado, sosteniendo que quienes orquestaron la maniobra, los administradores de la casa bancaria, eran a quienes acudieron y en quienes confiaron los inversores, mientras que el Banco Central tiene por cometido la prevención de riesgos y no es responsable en el caso por las maniobras efectuadas con el fin de eludir

²⁶ Ministros Redactores Caorsi, Troisa y Rodríguez, publicada en Anuario de Derecho Comercial Tomo 8 (“Contralor del BCU”), pag. 344, Caso, 207.

sus controles, “porque las cuentas equilibraban perfectamente” y sólo podían ser detectadas a partir de la intervención cuando el BCU asume directamente la administración.

Esta posición se compadece, a nuestro juicio, con la naturaleza “prudencial” de la regulación bancocentralista (artículo 38 literal A de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay)²⁷, respecto de las entidades que integran el sistema financiero y el propio sistema (“mercado”) en el que éstas actúan.

b) Responsabilidad “in vigilando” del Estado regulador y fiscalizador

Igualmente ilustrativas resultan sobre responsabilidad de la Administración por los daños causados por entidades sujetas a su fiscalización, las manifestaciones del ex Magistrado Dr. Antonio Grille en juicio referido al control de instituciones de intermediación financiera²⁸: “...sólo puede emerger responsabilidad cuando ha habido una relación directa e inmediata entre el comportamiento dañoso de la Administración y el perjuicio que se reclama, y que por ende, no puede surgir tal responsabilidad cuando ese comportamiento ha sido “condición” y no “causa” del perjuicio.”

Ejemplificando su posición, más adelante expresaba el citado magistrado: “la función de contralorpuede ser categorizada como de “policía” económica” y en base a ello podríamos poner un ejemplo que a nuestro entender esclarecerá aún más la cuestión. Si alguien es víctima de una rapiña en una calle céntrica de nuestra ciudad, parece indiscutible que su perjuicio ha surgido en razón de que el rapiñero aprovechó una ocasión: la defección de la “policía de seguridad” que no custodiaba la zona para ejercer la función preventiva que tiene asignada. Pero parece también evidente que no por ello, la víctima de ese delito puede tener derecho a reclamar del Estado la indemnización del perjuicio sufrido, alegando que la “omisión” de la Policía ha sido la causa del mismo. Mutatis mutandi es lo que sucede con el caso en examen”.

c) Inexistencia de una noción del Estado como “garante” de los depósitos bancarios

Más recientemente el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. turno, en Sentencia No. 322/04 de 3 de noviembre de 2004²⁹, ha ratificado esta posición sosteniendo que “El fundamento de la ley No. 15.322 no radica en la noción de garantía del Estado sobre los depósitos de particulares en instituciones privadas como sostienen los accionados, pues la

²⁷ El artículo 38 de la Ley ° 16.696 de 30 de marzo de 1995, en la redacción dada por el artículo 11 de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008, establece que es competencia no privativa de la Superintendencia de Servicios Financieros “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.”

²⁸ Sentencia consentida No. 113 de 26.9.1973 Juzgado Nacional de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo, en autos “Ding de Mathias Irene y otros c/ B.C.U. y B.R.O.U.” Daños y Perjuicios Ficha ac/ 54/1969.

²⁹ Sentencia Dictada en autos caratulados “Banco Central del Uruguay C/Benhamou, Stephane y Dell Aqua, Sergio – Daños y Perjuicios, Reembolso” IUE 30-227/1996.

circunstancia de ser responsable de ejercer contralores no permite ampliar el concepto y considerar que aquél asuma una garantía patrimonial directa por los agentes privados”.³⁰

d) No configuración de responsabilidad por inversiones en el extranjero realizadas a través de bancos de plaza

En igual sentido se pronunció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno en Sentencia No. 78 de 28 de junio de 1995³¹, confirmatoria de la primera instancia, desestimando la demanda incoada por depositantes de Hispanoamericana Casa Bancaria, donde con absoluta claridad, expresa entre otros conceptos en el Considerando II que “...el depósito en un banco extranjero...a través de otro Banco supone además una operación riesgosa que tenía además la contrapartida de que se obtenían intereses mayores. En estas condiciones es claro que nuestro Estado no estaba obligado a garantizar tales depósitos...”

e) Responsabilidad del inversor en productos financieros

La mayor o menor sofisticación del inversor como variable determinante de su responsabilidad por los riesgos asumidos, ha sido también una constante en la jurisprudencia especializada.

Como ejemplo, basta citar dos casos emblemáticos:

- La Sentencia No. 25/04 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno de 9-III-2004³²: “Indiscutiblemente, que los actores sabían lo que hacían al decidir sus inversiones.

Porque cuatro años recibiendo informes mensuales y tomando decisiones respecto a la próxima colocación, sin duda da versación suficiente en el tema, como para no tener que depender en forma exclusiva de lo que le puedan decir quienes reciben su decisión.

Máxime cuando, como en el caso, se trata de profesionales universitarios, sin duda capaces de comprender y valorar tanto la información recibida de BGV como la que recogían por sí mismos del medio.

Si bien resulta razonable atribuir cierto peso al comentario –o aun, consejo– que el funcionario de la demandada pueda verter sobre la cuestión, no lo es adjudicarle carácter definitorio cuando han transcurrido tantos años de operativa y se trata de personas lúcidas.

El solo hecho de haber resuelto, con el transcurso del tiempo, asumir mayores riesgos en la colocación a fin de recibir mayores réditos, está indicado que se trata de personas conocedoras de lo que hacían: y del riesgo a que se exponían.

³⁰ El artículo 42 del mismo Decreto Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982, en la redacción dada por la Ley N° 16.327 del 11 de noviembre de 1992, establece que “El Estado no es responsable por cualquier incumplimiento en que puedan incurrir las instituciones financieras no estatales. Estas deberán advertir a sus clientes de tal circunstancia en los términos que reglamentará el Banco Central del Uruguay.”

³¹ Sentencia dictada en autos “ Germán Delgado y otros C/ Poder Ejecutivo (M.E.F.) y Banco Central del Uruguay”

³² Publicada en LJU, caso 15023, Tomo 131, año 2005.

Es obvio que toda inversión conlleva riesgo, incluso un plazo fijo en un Banco; porque aún existiendo un compromiso formal de una institución a devolver en determinada fecha la suma que recibe, el riesgo existe.

Resulta por ello razonable pensar que el portafolio de inversión con que se manejaban los actores distribuía sus fondos como medio de reducir, en parte, el riesgo que asumían –mayor o menor- en cada una de ellas. Pero aún así no obtenían la seguridad que hoy reclaman, en tanto conservaban la característica de su imprecisa evolución.

A la seguridad extrema sólo puede aspirar quien pague para tener su dinero custodiado (cofre fort), pero no quien cobra interés al entregarlo. Y menos aún si ellos son más altos que los comunes de plaza.

III. Dentro de este esquema, la imputación de los actores relativa a que fue el erróneo asesoramiento de la demandada lo que los llevó a invertir en una empresa que carecía a la fecha de capacidad de respuesta, no resulta de recibo.

Primero porque, de acuerdo a lo expuesto, de haber sido la caída de la empresa un hecho previsible –supuesto del que parten los actores para endilgar responsabilidad a la demandada-, ellos estaban capacitados para valorar por sí la conveniencia de continuar o no renovando su inversión. En consecuencia, no existía posibilidad de dependencia del erróneo asesoramiento en que fundan su pretensión indemnizatoria. . . .”

• En el mismo sentido, la Sentencia No. 3 de 7-II-2001 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno³³, expresa citando a BETTI: *“En sede de negocios jurídicos se trata, al decir de Betti, de las cargas de sagacidad y claridad, que perfilan la necesidad de una cierta y determinada forma de comportamiento a riesgo de soportar las consecuencias desfavorables de su actuar negligente. En las palabras del jurista: “para evitar luego que la eficacia del negocio se extienda más allá de los confines previstos incumbe a la parte un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía que el derecho le reconoce desde luego en su favor pero también a su propio riesgo. Es libre y desinhibido de actuar en el sentido de su propio beneficio según su criterio pero las consecuencias eventualmente perjudiciales o dañosas de un uso torpe de la iniciativa desarrolladas están solo a cargo de ellos”. Describiendo la carga de sagacidad dice que en el acto que da vida a un negocio jurídico incumbe a la parte “estar atenta a cuanto dice o hace además de conocer los términos y el significado de la declaración que emite y representarse exactamente la situación de hecho sobre cuya base se determina el negocio; le incumbe sobre todo una carga de claridad en el sentido de fijar de manera inequívoca y fácilmente reconocible en cuanto le interesa el valor vinculante al negocio que concluye. El negocio es un acto humano de importancia social fruto de consciente iniciativa y por tanto de libertad; es un acto cuyas consecuencias aún las onerosas debe el autor someterse en el mundo social y por tanto fuente de auto-responsabilidad” (Betti, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, edit. Combres S.L. Granada 2000, p. 103; Revista IUDAU, año 7, No. 20, ps. 69-70; Sentencias de la Sala 134/99 y 302/00)”.*

Luego de la crisis de 2002, la jurisprudencia recogió criterios similares al afirmar que *“. . . los actores [que reclamaban la responsabilidad del BCU por sus inversiones en valores*

³³ Publicada en ADCU T. XXXII, caso 1078

extranjeros] *asumieron el riesgo de colocar dinero fuera del país a cambio de obtener una mayor tasa de interés y su relación contractual fue entre el actor y la institución extranjera y por tanto no sujeta al contralor del BCU*³⁴

II.2.2. El tema de la confianza legítima y la estabilidad del sistema financiero

Una sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to Turno, del 3 de octubre de 2012³⁵, al rechazar una pretensión de amparo contra el Banco Central del Uruguay, expresó a nuestro juicio en forma muy ilustrativa el peso fundamental del valor “confianza” en la estabilidad del sistema financiero. Desestima la acción de amparo incoada por una administradora de grupos de ahorro previo contra el BCU, en la que se oponía a la prohibición dispuesta por éste de hacer publicidad en base a información descalificatoria de una empresa competidora, en los años subsiguientes a la crisis de 2002.

Al fundamentar su voto en la referida Sentencia, la Dra. Ana Maggi expresa que “. . . *La estabilidad del sistema financiero se basa en la confianza, razón por la cual, la continuación de la campaña publicitaria podría tener eventualmente consecuencias perjudiciales e imprevisibles cuya determinación excede la cognición sumaria del amparo.*”

“Pascale enseña que la crisis ha demostrado que uno de los principales bienes de la economía es la confianza. La economía y la psicología han demostrado ser complementarias para el estudio de las diferentes situaciones. Entre ellas se ha fallado que las decisiones económicas ya no las toma un ser humano con racionalidad perfecta sino seres humanos psicológicamente más complejos insertos en situaciones de incertidumbre que les comportan diferentes niveles de riesgo. En estas decisiones económicas influye la confianza que. . . procura reducir la percepción del riesgo.”

“Se observa la estrecha relación entre economía y confianza, pues la baja de esta última comienza con la irrupción de la crisis.”

“Las finanzas tienen un alto componente de confianza y esta última se había quebrado y no es fácil reconstruirla.”

“La confianza disminuye el riesgo en situaciones de incertidumbre emocional y financiera. (“la economía en tiempo de desconfianza” Pablo Pascale y Ricardo Pascale)”.

II.2.3. Caso de los cofre fort de Pando

Se multiplicaron las demandas contra el Banco Central del Uruguay formuladas por los titulares de cofre-fort en la sucursal Pando del ex Banco La Caja Obrera que resultaron violentados en un hecho delictivo que oportunamente cobró notoriedad, el día 28 de mayo de 2002. Se pretendió la responsabilidad del BCU *in vigilando*, así como por su condición de interventor y luego liquidador de dicho banco. Según surgió de la prueba diligenciada, los actores –clientes del banco- sostuvieron que en dichos cofre fort guardaron en esos días grandes cantidades de efectivo que retiraban de depósitos bancarios comunes, por temor a

³⁴ Sentencia N° 81/2006 de 28 de setiembre de 2006 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno

³⁵ Sentencia DFA-0009-100124/2012 sef-0009-199994/2012

medidas estatales de restricción de retiros de depósitos como se habían adoptado en Argentina.

Los reclamos contra el BCU fueron siendo rechazados por argumentos similares, entre los que cabe citar a modo de ejemplo la Sentencia N° 18/2007 de 28 de agosto de 2007:

“En cuanto a [la responsabilidad del BCU] por su calidad de liquidador del B.C.O., la misma fue asignada por Ley N° 17.613 de 27 /12/2002, disponiéndose la intervención sin suspensión de actividades el 21/06/2002 y su disolución y liquidación en sede administrativa el 31/12/2002, es decir luego de ocurrido el insuceso en la sucursal Pando, por lo que su legitimación queda descartada.”

“Con relación a su responsabilidad por hecho propio, como ya se señalara no es parte del contrato de locación de servicios respecto al Cofre Fort violentado, ni se demostró la existencia de ningún acto, hecho u omisión del B.C.U. que represente un nexo causal con el daño patrimonial alegado por los reclamantes.”

“En cuanto a la Seguridad y su control, a juicio del Oficio, la misma queda fuera del control, vigilancia y fiscalización respecto a las instituciones de intermediación financiera, siendo el tema de los sistemas de seguridad asunto del Ministerio del Interior, por lo que también se descarta la legitimación pasiva del B.C.U. al respecto.”

II.2.4. Eurobonos – compensación

Otra serie de juicios fue promovida contra el Banco Central del Uruguay por prestatarios de créditos otorgados y pendientes de pago a los bancos suspendidos o liquidados durante la crisis de 2002, que a su vez adquirieron obligaciones negociables emitidas por éstos (Eurobonos) en los años previos para su colocación en el mercado internacional. Obviamente, una vez que los referidos bancos fueron suspendidos, ingresaron en cesación de pagos respecto de dichos valores y en tal situación aquéllos prestatarios, que podían comprar los bonos a muy bajo precio en el mercado, pretendieron mediante estas demandas compensar ambas obligaciones (eurobonos contra créditos otorgados por el banco liquidado) fuera de la “moneda de quiebra” de los bancos suspendidos o liquidados.

La jurisprudencia rechazó unánimemente estos reclamos. El artículo 20 de la Ley N° 17.613 de 27 de diciembre de 2002 estableció que la suspensión de actividades de las instituciones bancarias determinaba la suspensión de la exigibilidad de todas sus obligaciones mientras durara la medida. En consecuencia, los tribunales desestimaron la referida pretensión de compensación, entendiendo que no se daba la nota de “exigibilidad”

³⁶ En cuanto al argumento concreto de Derecho Positivo, expresó la sentencia: *“En efecto, el art. 20 de la Ley No. 17.613 declaró que la suspensión de actividades de las entidades de intermediación financiera comprendidas en el art. 1 del Decreto-Ley No. 15.322 ‘... tendrá por efecto la suspensión de la exigibilidad de todos los créditos contra la entidad suspendida por todo el plazo de duración de esta medida...’; y como la accionante devino titular de los créditos que pretende compensar cuando ya estaba vigente la suspensión de actividades del Banco de Montevideo, en la medida que la referida falta de exigibilidad rigió—según declaró la Ley— por todo el plazo de duración de la medida de suspensión de actividades (esto es, desde el 29/7/2002 hasta que se dispuso la liquidación el 31/12/2002), el crédito de la actora no se tornó exigible y por ende no procede la compensación pretendida, conforme a lo dispuesto por el art. 977 inc. 3 del C. Comercio.”*

requerida por el Código Civil para que resultara compensable la obligación negociable – emitida por el banco luego suspendido- con las deudas de sus tenedores con el mismo banco.

Se expidió al respecto la Suprema Corte de Justicia en múltiples sentencias, entre las que mencionamos la N° 23 de 198 de febrero de 2014:

“En consecuencia, partiendo como lo hizo la Sala, del contexto histórico en que se sucedieron los hechos, la magnitud y naturaleza de la crisis económico-financiera que afectó al país y al entorno regional y los cometidos de política financiera que dan fundamento a las facultades de contralor e intervención asignadas al Banco Central del Uruguay, no se advierte que la conducta de la entidad pueda vincularse causalmente con los daños cuyo sufrimiento invocó la recurrente. La omisión atribuida por los accionantes al B.C.U. no resulta ser la causa adecuada, es decir aquella condición a la que, conforme a parámetros de previsibilidad, abstractamente considerados, desde una perspectiva ‘ex ante’ y no ‘ex post facto’, corresponda atribuir, imputar, la verificación del evento y resultados dañosos invocados por la parte actora.”...³⁶

“Con criterio realista no puede desconocerse que el legislador reguló la situación de instituciones bancarias cuyas actividades habían sido suspendidas administrativamente en momentos en que se había desencadenado una grave crisis bancaria con hondas repercusiones en la economía nacional”...”el Banco Central había dispuesto la suspensión de la institución, lo que impedía que se procediera a restituir la suma pretendida. En definitiva, la Corporación considera que no puede imputársele falta de servicio al Banco Central del Uruguay.”

II.2.5. Responsabilidad como regulador y supervisor del sistema financiero frente a los clientes de las instituciones en crisis.

a) Fin debido: diferencia entre la estabilidad del sistema financiero y de las unidades de negocios que lo componen.

La jurisprudencia acogió una defensa del Banco Central basada en que su cometido refiere principalmente a la estabilidad del sistema financiero en general (artículo 3 de su Carta Orgánica) y cuando ello colide con la estabilidad de una institución supervisada en particular, debe primar aquélla finalidad principal. En otras palabras, los “riesgos” que debe cubrir el BCU son fundamentalmente los sistémicos y no es su objetivo evitar la quiebra de las entidades consideradas individualmente, más allá de las normas prudenciales. Es más: puede suceder que la liquidación de una entidad o la liquidación de un área de sus negocios pueda tener efectos positivos o al menos mitigadores de la propagación de la crisis hacia el sistema. En tal caso, el regulador debe procurar que la liquidación se realice de la manera más ordenada posible y la entidad liquidadora (actualmente la COPAB) actuar durante dicho proceso con el fin de proteger el ahorro público por razones de interés general.

La creación del Comité de Estabilidad Financiera por Decreto N° 224/011 de 23 de junio de 2011, confirmó la relevancia de este cometido primordial al que considera un “bien público”, institucionalizando la coordinación entre los organismos involucrados (Ministerio de Economía y Finanzas, COPAB, Superintendencia de Servicios Financieros y Banco Central del Uruguay), que integran, según la parte expositiva del citado Decreto, una “red

de seguridad financiera” para la identificación y monitoreo sistemático de los riesgos a los cuales está expuesta la actividad financiera.³⁷

En primera instancia, la Sentencia N° 81/2006 de 28 de setiembre de 2006 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno, estableció al respecto que *“Las medidas que adoptó el BCU fueron tomadas con discrecionalidad y apreciando la oportunidad y conveniencia y sobre todo teniendo presente las repercusiones que pudiera tener una medida severa en el sistema financiero nacional, cuando en la región (Argentina) la situación era bastante peor.”*

En el año 2006, la Sentencia No. 234 de 11 de octubre de 2006, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, puntualizó el alcance de las responsabilidades sistémicas del supervisor financiero: *“Es obvio que la obligación de supervisión y contralor de la actividad bancaria del Banco Central del Uruguay no es una obligación de resultado sino una mera obligación de medios, y que por ende la mera caída de una institución financiera o de varias no implica por sí la responsabilidad del ente controlador.”... “...el apreciar la oportunidad (o falta de oportunidad) de la medida de suspensión de actividades del Banco Comercial puede ser fácil, una vez ocurridos los hechos, pero es claro que no es lo mismo cuando lo que se trata es de sanear la situación económico-financiera de un país.” “Acá se trata de determinar la eventual responsabilidad del Banco Central del Uruguay por sus acciones concretas respecto del Banco Comercial, su tempestividad o no, o si debieron tomarse otras medidas en lugar de las que se tomaron, de conformidad con el estado actual de la ciencia económica...o si debió razonablemente descubrir en tiempo –con la diligencia del buen supervisor medio- la maniobra fraudulenta que se estaba realizando. Pero para poder arribar a tal conclusión, la situación alegada debió ser objeto de contundente prueba pericial, realizada por un conjunto de especialistas reconocidos internacionalmente, y de variada orientación política, y no lo fue.”*

“La autoridad bancocentralista antes de la crisis bancaria no tenía por finalidad “evitar insolvencias” sino controlar el ajuste a las reglas que la misma dictaba tendientes a medir la liquidez y solvencia exigidas y las entidades estaban obligadas a suministrar a la autoridad de supervisión toda la información que la ley o las normas reglamentarias establecían, de modo que por ese medio se pudiera fiscalizar el cumplimiento de las reglas de liquidez y solvencia.”...

“Los bancos están expuestos a crisis. En la normativa anterior (a la Ley 17.613), exigir que el BCU se anticipara a la misma, obturándola o impidiéndola con medidas de diligencia no era lo debido por falta de una política en tal sentido ya que se creía que las crisis se resolvían atendiendo financieramente a las entidades, además de la falta de todos los medios legales y reglamentarios idóneos.”

La Sentencia N° 18/09 del Tribunal de Apelaciones de 6to. Turno expresó sobre el punto: *“asiste razón al B.C.U. al afirmar que su rol, su cometido competencial, se limita a un control del sistema, en general, pero no refiere a las unidades que lo componen (artículo 41 y 42 del Dec. Ley N° 15.322)....” y en definitiva, en opinión del Tribunal, lo cierto es que con las herramientas con las que contaba la autoridad bancocentralista en la época de la crisis bancaria no podía haber adoptado otras conductas...”*

³⁷ Considerando II del Decreto N° 224/011.

A su vez, las sentencias dictadas a propósito de la más reciente crisis de la cooperativa COFAC en juicios promovidos contra el BCU —entre otros demandados— por sus socios cooperativistas, volvieron sobre esta distinción entre el cometido de preservar la estabilidad del sistema. El caso es muy ilustrativo de este potencial conflicto entre la estabilidad del sistema y de cada entidad financiera, ya que la suerte de salida “concordataria” que se dio en el marco de la Ley N° 17.863 de 11 de marzo de 2005, buscó viabilizar de la manera menos perjudicial posible para sus ahorristas el “cierre” de la operativa de intermediación financiera, de modo que conjuntamente con la operativa del seguro de depósitos, se evitara la propagación de la crisis hacia el sistema financiero en general.

Como ejemplo de lo antedicho, basta citar la Sentencia N° SEF-0109-000061/2013 de 20 de setiembre de 2013: *“La plataforma fáctica desarrollada evidencia que no existió «falta de servicio» imputable al B.C.U sino que, dada la crisis financiera de COFAC, la demandada adoptó las medidas que racionalmente correspondían desde el punto de vista de un «idóneo observador razonable», en ejercicio de facultades discrecionales legalmente conferidas, para corregir la situación y evitar un daño integral del sistema financiero. Porque las medidas adoptadas y ya relacionadas, deben interpretarse en el marco de decisiones tendientes al mantenimiento de la solidez, solvencia y funcionamiento en forma del sistema financiero. En base a ello se entiende que no existió en la especie «falta de servicio» imputable al B.C.U que en conocimiento de la situación de inestabilidad del COFAC adoptó medidas adecuadas para evitar un perjuicio generalizado en el sistema financiero en aplicación de los principios de progresividad, ponderación y racionalidad. El ejercicio de la potestad administrativa discrecional del B.C.U a los efectos de cumplir sus fines de conformidad con los poderes jurídicos consagrados en el art. 4 de la ley 16.696, encuentra en la norma citada el fundamento de la amplitud de criterio para imponer en el momento oportuno las medidas que considere adecuadas ante una situación determinada.(...)”*

En el mismo sentido, la Sentencia del TAC 7° Turno N° 134 de 16 de agosto de 2012 expresó: *“Cabe recordar que al Estado no puede atribuirse el rol de garante de la actuación de cada una de las instituciones del sistema financiero y menos ser custodio de los clientes de un banco, puesto que el régimen de contralor no fue establecido en beneficio de los acreedores considerados particularmente, sino en protección del interés general de la economía y ahorro nacional (leyes 15.322, 16.327, 16.696, 17.613 a vía de ejemplo).”*

La sentencia N° SEF-0006-000119/2013, de 26 de junio de 2013 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, dictada en un proceso iniciado por depositantes de COFAC, estableció: *“... tal como esta Sala ha señalado en casos semejantes, la mera caída de una o de varias instituciones bancarias o financieras no implica, por sí, la responsabilidad del Ente controlador (sent. N° 147/2008, entre otras). En el caso, se probó que el Banco Central venía “monitoreando” a COFAC desde el año 2002, tal como surge de los medios de prueba diligenciados. Como se ha tenido oportunidad de sostener antes de ahora (sentencias Nos. 244/07 y 147/08), el Estado no es responsable por las vicisitudes o los incumplimientos en que los Bancos privados puedan llegar a incurrir por su mala gestión. Y es que no puede atribuirse al Estado el rol de garante de la actuación de cada una de las instituciones del sistema financiero en general ni, mucho menos, de asistente, asesor o custodio de los clientes de un Banco. El régimen jurídico de contralor del sistema financiero no fue establecido en beneficio de los acreedores particularmente considerados,*

sino en protección del interés general de la economía y del ahorro nacional. Sus cometidos se orientan a preservar la estabilidad del sistema financiero, pero no pueden asegurar que las colocaciones individuales estén exentas de riesgos. Cabe recordar la vigencia del art. 42 del Decreto-Ley N° 15.332 que postula la inexistencia de responsabilidad del Estado por “cualquier incumplimiento en que puedan incurrir las instituciones financieras no estatales (cf. sentencia 293/06 del TCA). Tampoco puede responsabilizarse al Banco Central por haber aprobado el convenio colectivo, desde que, como ya se estableció, este se celebró con absoluto apego a las pautas establecidas en la Ley N° 17.863 (cf. sentencia N° 76/10). Entonces, en la formulación del recurso de que a COFAC le cabe la misma responsabilidad que al BCU, fs. 2681 y vto., que significó el abandono del fundamento original de las pretensiones deducidas, no existiendo mérito para su condena tampoco lo hay para la de COFAC”.

b) Límites jurídicos de la discrecionalidad

Las medidas adoptadas por el Banco Central con respecto a las instituciones del sistema financiero que caían en crisis (supervisión intensiva, intervención sin y con remoción de autoridades, suspensión de actividades, liquidación) también estuvieron sujetas a la revisión del pronunciamiento jurisdiccional.

Claramente, el mérito y la oportunidad de la adopción de las medidas no se encuentran reglados en las normas generales y corresponden por tanto al actuar discrecional de la Administración. No obstante, tal actuar discrecional no se sustrae por completo al control jurisdiccional. Al decir de CAJARVILLE, éste debe actuar conforme a los límites jurídicos de la discrecionalidad, normas de razonable adecuación entre el fin debido y el contenido del acto administrativo o el actuar de la Administración. En caso de no existir ajuste entre ambos extremos la conducta de la Administración podrá resultar ilegítima por desviación, abuso o exceso de poder³⁸.

Pero en cuanto al mérito y oportunidad estrictamente, la jurisprudencia ha sostenido que no le cabe competencia material en su revisión. Resulta de una claridad meridiana, en ese sentido, el comentario del Dr. CASSINELLI MUÑOZ a propósito de la Sentencia No. 65 del TCA del 25 de mayo de 1964³⁹. Sostuvo allí que “*En Uruguay, no existe la jurisdicción de mérito*”. Si la sentencia se fundara en razones de buena administración o mérito y no de Derecho, la actividad del juez “*bien puede calificarse de actividad materialmente administrativa*.” “*La sentencia que confirmara, corrigiera o extinguiera, por razones de mérito, un acto administrativo legítimo, sería una anomalía difícil de justificar en teoría e imposible de conciliar con el orden jurídico uruguayo. Podría justificarse si el órgano jurisdiccional tuviera mejor preparación como buen administrador que el órgano administrativo autor del acto impugnado; pero en tal caso ¿por qué no hacer de aquél un jerarca o contralor administrativo de éste, en lugar de tenerlo por juez? La autoridad de cosa juzgada de tales sentencias de mérito, en efecto, ataría o paralizaría el movimiento ordinario de la actividad administrativa.*”⁴⁰

³⁸ CAJARVILLE, Juan Pablo, “*Invalidez de los actos administrativos en la Ley 15.524. Desviación, abuso y exceso de poder, o violación de una regla de Derecho*”. Ed. Universidad, Montevideo, 1984.

³⁹ Publicada en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 65, págs. 219 y ss.

⁴⁰ Si bien esta afirmación del connotado jurista corresponde a la década del '60 y al día de hoy podría merecer una relectura a la luz del avance jurisprudencial sobre el concepto de “buena administración”

En tal sentido, la justicia desistió de ingresar en el juicio de mérito respecto de las medidas administrativas adoptadas (o dejadas de adoptar) por el Banco Central del Uruguay durante la crisis que llevó a la liquidación del Banco de Montevideo (instrucciones particulares, supervisión intensiva, intervención, etc.). Al respecto, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno en Sentencia N° 155/09 de 31 de julio de 2009 expresó: “...en la medida que no se viole una regla de derecho y se respeten los límites jurídicos de las potestades discrecionales (entre ellos la legalidad y proporcionalidad), el mérito de las medidas adoptadas por el Banco Central debe ser evaluado por éste y no corresponde trasladarlo a la órbita jurisdiccional.”...“El BCU fue adoptando una serie de medidas a lo largo de la crisis bancaria con los elementos de que disponía en ese entonces y según su apreciación técnica, donde el tema medular se suscita cuando, ante las dificultades presentadas por las instituciones en cuestión, debió inicialmente asistirlos, luego suspender sus actividades hasta llegar a la liquidación.”...“En todo caso, los eventuales errores (no probados en forma fehaciente), hubieran constituido una de las condiciones que habilitó la o las maniobras fraudulentas realizadas por propietarios y directores de los bancos (de propiedad y gestión privada), que fue lo que realmente pudo o perjudicó a los actores, y no la causa eficiente directa de los perjuicios que alegan...”

Este criterio de “razonabilidad” que legitima la actuación administrativa discrecional estuvo presente en sentencia 42/2006 dictada por el Juzgado Letrado de 1era. Instancia de 2° Turno (ficha 2-7993/2004), que descartó la responsabilidad del BCU por entender que “no aparece en modo alguno, atención a los hechos probados, que la actuación bancocentralista ora haya pecado de omisa ora se haya excedido en el cumplimiento de su función generando la crisis financiera y particularmente la de Banco de Montevideo S.A. En cuanto a las omisiones o negligencias que se le atribuyen en la demanda, aludiendo a manifestaciones aisladas y tomadas fuera de contexto que se transcriben, cabe puntualizar que de acuerdo con la normativa en el momento vigente, la operativa desarrollada por el demandante es lícita e igual lo que se asesoren a esos efectos con representantes de la misma y concreten su operación mediante una institución de intermediación financiera (...) la actuación banconcentralista aparece como razonable y criteriosa en un contexto generado en la región a causa de la crisis eclosionada en la República Argentina a raíz de las medidas adoptadas por el Ministerio de Economía (...) Ellas en lo que a nuestro país atañen determinan por la pérdida de acceso a sus fondos que recurran los ahorristas argentinos a aquellos depositados aquí generando por consecuencia que los depósitos en moneda extranjera que al 31.12.2001 ascendían a 14285 millones de dólares americanos a fines de julio del año 2002 descendieron a 8.456 millones (...) se advierte en la actuación del organismo un adecuar y acompañar las medidas de vigilancia y contralor de acuerdo con la evolución de la situación en el Banco de Montevideo(...) Ni siquiera se presenta por la demanda otra actitud como debida a la desarrollada en la oportunidad por el Banco Central del Uruguay; técnicamente no se manejan otras soluciones que las arbitradas y demuestra lo dificultoso de la toma de decisión las disímiles posturas que manejan los

y su vinculación a los derechos ciudadanos respecto de la Administración o gestión estatal, igualmente resulta vigente, a nuestro entender, en tanto refiere a un pronunciamiento conceptual sobre la distinción entre la función administrativa y jurisdiccional, y la existencia de límites (que pueden ser objeto de interpretaciones evolutivas por parte de la jurisprudencia) sobre la valoración de esta última sobre el mérito de aquella.

restantes codemandados y el propio actor (...)En definitiva, no puede equipararse el cometido de esta institución a un seguro de depósitos de los ahorristas, lo que pueden esperar es un comportamiento razonable que atienda a las múltiples complejidades de la actividad financiera, que a no dudar clara incidencia recibe de las resoluciones políticas que el Poder Ejecutivo de la época adoptó. Razonabilidad que el Banco Central del Uruguay tuvo en el manejo de la situación...”

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno en Sentencia N° 181/2008 de 30 de julio de 2008, expresó al respecto que: “[el Tribunal]... *ha considerado la función de supervisión y control del sistema financiero como típicamente bancocentralista que, por su naturaleza es ejercida con un rango de alta especialización técnica y en forma discrecional (art. 3 de la ley 16.696, Orgánica de la Institución), y por tanto –sin que suponga ausencia de límites jurídicos para la actuación- eso implica que la oportunidad y conveniencia de la misma deben ser apreciados por el órgano competente. De modo que, en la medida que no se viole una regla de derecho y se respeten los límites jurídicos de las potestades discrecionales (entre ellos la legalidad y proporcionalidad), el mérito de las medidas adoptada por el Banco Central debe ser evaluado por éste y no corresponde trasladarlo a la órbita jurisdiccional.*”

La Suprema Corte de Justicia también fue cauta al distinguir el ámbito de jurisdicción de su actuación, excluyendo las valoraciones de mérito en tanto resulten de un complejo proceso técnico de valoración por parte del órgano Administrativo cuestionado. En Sentencia N° 846 de 20 de setiembre de 2010 expresó al respecto que *”la complejidad de la situación, la necesidad de preservar la estabilidad de la plaza financiera en el momento histórico en que las medidas discrecionales de contralor son tomadas, imponen al órgano jurisdiccional un criterio de prudencia y mesura (self restraint) a la hora de calificar, tiempo después, no la conveniencia o acierto de las medidas preventivas o represivas adoptadas, sino su jurisdicción, máxime si se tiene en cuenta que las alegadas omisiones -genéricamente expuestas- no exhiben, ni por asomo, los rasgos de claridad, contundencia u ostensibilidad que tornen fundada la responsabilidad imputada al ente demandado.”*[el Banco Central del Uruguay]. *«En consecuencia, partiendo como lo hizo la Sala, del contexto histórico en que se sucedieron los hechos, la magnitud y naturaleza de la crisis económico-financiera que afectó al país y al entorno regional y los cometidos de política financiera que dan fundamento a las facultades de contralor e intervención asignadas al Banco Central del Uruguay, no se advierte que la conducta de la entidad pueda vincularse causalmente con los daños cuyo sufrimiento invocó la recurrente.»*

La ya citada jurisprudencia generada a raíz del más reciente caso COFAC, concretamente sobre los reclamos de los cooperativistas que se vieron obligados a capitalizar una parte de sus depósitos en el marco de la Ley especial N° 17.863 de 11 de marzo de 2005, ingresa en el alcance de la responsabilidad del Estado regulador del sistema financiero, en el ejercicio de sus potestades discrecionales. A modo de ejemplo, la Sentencia SEF-0109-000061/2013 de 20 de setiembre de 2013, expresó con claridad: *“...en la medida que no se viole una regla de derecho y se respeten los límites jurídicos de las potestades discrecionales (entre ellos la legalidad y proporcionalidad), el mérito de las medidas adoptadas por el Banco Central debe ser evaluado por éste y no corresponde trasladarlo a la órbita jurisdiccional (sent. 312/07)...el Banco Central adoptó decisiones a medida que se precipitaban los acontecimientos, acompasándolos, sin poder soslayarse a la hora de*

valorar su actuación, que las mismas debieron tomarse en momentos de grave situación de la economía nacional y por ende, cualquier medida a disponer debe serlo en forma cuidadosa, contemplando la crisis de liquidez o insolvencia que, acontecimientos como los sucedidos en la época relevante, aparejan a todo el sistema financiero nacional...la actividad desplegada por el BCU en la especie no aparece como omisiva o tardía...sino por el contrario, ajustada a la particular y excepcional gravedad de la situación que atravesaba el ámbito financiero nacional y también el internacional, con clara incidencia en el primero...» (T.A.C 7o turno en sentencia 129/2009).”

En el mismo sentido, se pronunció la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. Turno N° 134 de 16 de agosto de 2012: *“Con relación al BCU se señaló que “no se probó que en su gestión de contralor se hubiera sido omiso o negligente. Por el contrario se demostró que se venía “monitoreando” a COFAC ya desde 2002”...”Más aún es la propia COFAC quien en nota del 4/3/2005 pone en conocimiento del BCU como venían fracasando los intentos por lograr una capitalización de la entidad (fs. 1077) ante lo cual suspende preventivamente en forma urgente y por primera vez sus actividades. Paulatinamente fue luego ejerciendo cada vez más ingerencia (observaciones y recomendaciones hasta culminar en la intervención (testigos referidos) todo en el marco de discrecionalidad técnica que le corresponde como autoridad bancocentralista.”*

c) Nexo causal

En cuanto a existencia de nexo causal entre el daño sufrido por los damnificados por la crisis financiera de 2002 y la actividad del supervisor -aún en caso de haberse comprobado alguna omisión por parte de éste-, la jurisprudencia de los Tribunal de Apelaciones y de la Suprema Corte de Justicia fueron desestimatorias. Esta perspectiva del nexo causal resultó clave, ya que en definitiva se trató –a nuestro juicio- del principal fundamento para el rechazo por el máximo órgano jurisdiccional de las acciones contra el BCU. Como ejemplo, cabe citar:

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, Sentencia No. 34 del 28 de febrero de 2007: rechaza una demanda de responsabilidad de un inversionista en TCB Cayman a través de Banco de Montevideo, revocando la sentencia de 1era. Instancia que condenara al Banco Central, sosteniendo que aún si se comprobara (cosa que no sucedió en dicho proceso) la existencia de omisiones por parte del BCU en el contralor, no se advierte la existencia de nexo causal entre las mismas y el daño sufrido por el actor. Expresa textualmente, luego de enumerar los requisitos que deben verificarse para que el Estado sea responsable de acuerdo al artículo 24 de la Constitución (entre los cuales enumera el nexo causal), que: *“...en la situación planteada no se advierte que se haya operado el nexo causal entre el actuar de la Administración y el perjuicio sufrido, o sea no se advierte la necesaria relación causa-efecto entre uno y otro.”...”Los eventuales errores de contralor (no admitidos formalmente por el Banco Central del Uruguay ni probados pericialmente) en el mejor de los casos hubieran sido una de las condiciones que permitió la maniobra fraudulenta realizada por los propietarios y directores del banco (de propiedad y gestión privada), que es la que perjudicó a la actora, y no la causa eficiente directa de los perjuicios que alega.”...”La autoridad bancocentralista antes de la crisis bancaria no tenía por finalidad “evitar insolvencias” sino controlar el ajuste a las reglas que la misma dictaba tendientes a medir la liquidez y solvencias exigidas y las entidades estaban obligadas a*

suministra a la autoridad de supervisión toda la información que la ley o las normas reglamentarias establecían, de modo que por ese medio se pudiera fiscalizar el cumplimiento de las reglas de liquidez y solvencia.”

La Suprema Corte de Justicia se pronunció finalmente en forma contundente con relación al alcance de los cometidos bancocentralistas de contralor del sistema financiero y como consecuencia, la ausencia de nexo causal entre el daño reclamado por un cliente damnificado y la conducta del regulador. Pese a que la transcripción es extensa, entendemos ilustrativo remitirnos al tenor textual de la Sentencia N° 846 de 20 de setiembre de 2010: *“con relación al cumplimiento por parte del Banco Central de la normativa vigente regulatoria del control de las instituciones bancarias y de intermediación financiera, la Corte, en la sentencia N° 648/2008, ha arribado a una serie de conclusiones, que, aunque referidas a la operativa del Banco Comercial, son extensibles -en lo pertinente- al presente caso. En tal sentido, la Corporación sostuvo: «...En la especie, la actora no acreditó la concordancia entre los fundamentos fácticos de su pretensión reparatoria y la realidad histórica en que se inserta, esto es, que la conducta omisiva del B.C.U. en su cometido de supervisar o controlar la gestión de las entidades de intermediación financiera, hubiera determinado causalmente -en forma adecuada y exclusiva- la pérdida del depósito que la accionante tenía en el Banco Comercial. «No se verifica falta de servicio con relevancia causal que virtualizara la responsabilidad del ente autónomo demandado, en la previsión del art. 24 de la Carta... «(...) Y es en el ámbito del nexo causal (quaestio juris) donde, como acertadamente lo resolviera el Tribunal de mérito, el progreso de la pretensión encuentra un escollo insalvable, según la mayoría concurrente a esta decisión. «En efecto, la causa del desastre financiero y la caída del Banco Comercial debe ubicarse en un complejo fáctico acumulativo que claramente no pudo ser evitado por el B.C.U. y es extraño por completo a sus potestades de prevención y evitación... «(...) Por otra parte, existieron factores concurrentes que desataron la grave crisis bancaria nacional respecto de las cuales el B.C.U. no tuvo participación alguna ni pudo razonablemente prevenirlas, esto es, el efecto reflejo de la crisis argentina, con la inmediata consecuencia del deterioro de los activos de los bancos uruguayos, y la inmediata ‘corrida’ bancaria del país. Determinada entre otros, por factores de orden eminentemente psicológicos imposibles de controlar desde la autoridad banco centralista. «Y el Estado uruguayo por sí y a través del B.C.U., tomó medidas precisas para tratar de evitar el desastre: capitalizó el banco con el aporte estatal, prestó asistencia financiera extraordinaria a la institución afectada, tomó medidas concretas de control, suspendió sus actividades, para finalmente ante su inevitabilidad, disponer la liquidación del banco. «Es claro que en el ejercicio discrecional de tales cometidos el banco central no puede entenderse extraño al control revisivo jurisdiccional, en la medida que la discrecionalidad de las potestades no autoriza su arbitrariedad. Pero de la misma manera, la complejidad de la situación, la necesidad de preservar la estabilidad de la plaza financiera en el momento histórico en que las medidas discrecionales de contralor son tomadas, imponen al órgano jurisdiccional un criterio de prudencia y mesura (self restraint) a la hora de calificar, tiempo después, no la conveniencia o acierto de las medidas preventivas o represivas adoptadas, sino su juridicidad, máxime si se tiene en cuenta que las alegadas omisiones -genéricamente expuestas- no exhiben, ni por asomo, los rasgos de claridad, contundencia u ostensibilidad que tornen fundada la responsabilidad imputada al ente demandado. «En consecuencia, partiendo como lo hizo la Sala, del contexto histórico en*

que se sucedieron los hechos, la magnitud y naturaleza de la crisis económico-financiera que afectó al país y al entorno regional y los cometidos de política financiera que dan fundamento a las facultades de contralor e intervención asignadas al Banco Central del Uruguay, no se advierte que la conducta de la entidad pueda vincularse causalmente con los daños cuyo sufrimiento invocó la recurrente. La omisión atribuida por los accionantes al B.C.U. no resulta ser la causa adecuada, es decir aquella condición a la que, conforme a parámetros de previsibilidad, abstractamente considerados, desde una perspectiva 'ex ante' y no 'ex post facto', corresponda atribuir, imputar, la verificación del evento y resultados dañosos invocados por la parte actora"⁴¹ ... "Ciertamente, el Banco Central tiene el deber de vigilar y custodiar el sistema bancario como centinela alerta, activo y diligente. Pero el extremo rigor con que la parte actora evalúa el cumplimiento por el ente estatal de sus cometidos de contralor del sistema bancario y de intermediación financiera lo transformaría, en los hechos, en una entidad garante de la restitución de los depósitos efectuados en las instituciones bancarias nacionales, tesis que, a juicio de la Suprema Corte, no resulta compatible (cf. sentencia No. 869/2008)".

Finalmente, cabe anotar que esta posición de la Suprema Corte de Justicia –referida a la materia bancocentralista- resulta consistente con su anterior jurisprudencia vinculada al nexo causal como factor determinante de la configuración de responsabilidad estatal. A modo de ejemplo, cabe citar un pronunciamiento del año 2002, que si bien refiere a una circunstancia de hecho completamente diferente –la eventual responsabilidad del Estado por el delito cometido por un recluso en salida transitoria- también descarta dicha responsabilidad en atención a la ausencia de una causa eficiente del hecho dañoso en la conducta estatal. En Sentencia N° 440 de 13 de octubre de 2002 (caso 14.191 de LJU) sostuvo la SCJ que «cualquiera sea el enfoque sobre el art. 24 de la Constitución (si la responsabilidad del Estado es subjetiva u objetiva) para la configuración de dicha responsabilidad es siempre necesario que exista un nexo causal adecuado entre el obrar estatal y el daño invocado por el demandante». Agrega nuestro máximo órgano jurisdiccional que «será causa aquella condición que produce «adecuadamente» un determinado efecto. Aquella que un hombre normal, razonable, el prototipo del «buen padre de familia», ha considerado como consecuencia natural de un cierto comportamiento. Esto es, la causa «eficiente», en el sentido de ser «el principio productivo del efecto, o la que hace o por quien se hace alguna cosa (Diccionario de la Lengua Española, voz causa eficiente, pág. 285) y que se puede prever como resultado común o propio de una acción...».

⁴¹ Con relación al análisis de las medidas concretas adoptadas por el BCU, expresa la SCJ en dicha sentencia: «En definitiva, como se sostuvo en la Sentencia N° 31/2010 cit., "... el Banco Central del Uruguay actuó en forma correcta, dictando instrucciones particulares destinadas a prevenir riesgos. Así, a partir de la comprobación del aumento de la exposición del Banco de Montevideo respecto del Grupo Velox el 25 de febrero de 2002, dispuso la supervisión intensiva de la institución bancaria; formuló observaciones en cuanto al incremento del crédito referido; ordenó (por D/110/02 del 7 de marzo de 2002) la adopción de medidas inmediatas para proceder a la recomposición de la situación patrimonial del Banco de Montevideo en el plazo de 90 días; por D/119/02 de 25 de abril de 2002, le otorgó un plazo al T.C.B. para que cancelara sus obligaciones con el Banco de Montevideo; requirió un aporte de capital de U\$S45.000.000 antes del 15 de mayo, y la constitución de garantías reales hipotecarias y prendarias para respaldar la deuda con el T.C.B.; el 9 de junio de 2002 designó un veedor con facultades de veto; actuaciones que derivaron, finalmente, en la intervención del Banco de Montevideo el 21 de junio de 2002 (cf. sentencias Nos. 731/2008, 869/2008, 275/2009 y 423/2009 ...)."

d) La supervisión como obligación de medios y no de resultado. Ausencia de garantía legal de depósitos (artículo 42 del DL 15.322).

El Juez Letrado en lo Civil de 17mo. Turno en Sent. No. 13/2007 de 8 de marzo de 2007, expresó en forma contundente que ha de verse en la actividad de contralor del BCU una *“actividad de Medio y no de Resultado porque no conjura totalmente las actividades de “mala Praxis Bancaria”, esta sí de total responsabilidad de los Bancos Privados, sino que tiende a encausar y restablecer la Normalidad si se puede de la Institución Bancaria Privada, intentando minimizar los problemas bancarios y los efectos colaterales. Es una actividad de Control (o de Contralor) pero no de Tutela o Dirección. El Monitoreo de la Actividad Bancaria, aunque sea permanente, se va dando sobre los Hechos que van sucediendo o pasando, y algunos aunque reversibles, pueden ocasionar perjuicios. Los “Cracks financieros”, como los Terremotos, pueden controlarse o preverse, pero no puede evitarse que sucedan o que no sean devastadores. En nuestro caso, las Crisis de cada Banco son Responsabilidad del Banco Privado que las provocó, no del Banco Central que lo quiere corregir o controlar”. Las inversiones, colocaciones y negocios bancarios son por definición, operaciones de Riesgo, se pretenda o no que haya habido información suficiente (arts. 6 Num. “C” y 12 y ss., 17, 20, 21, 32 de la Ley No. 17250). Los Bancos Centrales son pueden ni tienen por qué asumir las pérdidas o riesgos de los particulares. En cuanto a su función de Contralor sobre el Sistema Bancario, el Banco Central propicia la Estabilidad, pero no es la Garantía ni garantiza la total Estabilidad del Sistema Bancario.”*(Considerando VI).

La Sentencia No. 13 de 28 de febrero de 2007 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, en caso análogo, se pronuncia en forma contundente en el mismo sentido: *“La obligación de supervisión y contralor de la actividad bancaria del Banco Central del Uruguay no es una obligación de resultado sino una mera obligación de medios, y que por ende la mera caída de una institución financiera o de varias no implica por sí la responsabilidad del ente controlador.”*

También en sentencias más antiguas, del año 1994, había entendido el Juzgado Letrado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno⁴², que *“debe descartarse que el Estado Uruguayo o el Banco Central del Uruguay deban garantizar la recuperación de los depósitos efectuados en instituciones bancarias o de intermediación financiera que operan en nuestro país...»* *«Son los agentes bancarios y de intermediación financiera - y no el Estado o el Banco Central uruguayo - quienes asumen directamente la responsabilidad ante sus depositantes y es a ellos exclusivamente que deben dirigirse las demandas judiciales fundadas en contratos de depósito bancario»*. En igual sentido se pronunció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno en Sentencia No. 78 de 28 de junio de 1995 confirmatoria del expresado fallo. Allí, con absoluta claridad, expresa en otros conceptos en el Considerando II que *“...el depósito en un banco extranjero...a través de otro Banco supone además una operación riesgosa que tenía además la contrapartida de que se obtenían intereses mayores. En estas condiciones es claro que nuestro Estado no estaba obligado a garantizar tales depósitos...”*

Desde la perspectiva del Derecho Positivo, la jurisprudencia citó recurrentemente en este sentido el artículo 42 del Decreto-Ley N° 15.322, que dispone expresamente: *“Art. 42.*

⁴² Sentencia No. 84 de 17 de junio de 1994 (confirmada por el órgano de alzada).

El Estado no es responsable por cualquier incumplimiento en que puedan incurrir las instituciones financieras no estatales. Éstas deberán advertir a sus clientes de tal circunstancia en los términos que reglamentará el Banco Central del Uruguay.”

Tales el caso de la Sentencia N° 81/2006 de 28 de setiembre de 2006 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno expresó al respecto que *“El régimen jurídico se establece para la protección del interés general de la economía y del ahorro nacional y el régimen de los controles de los Bancos no supone un seguro que cubra los riesgos que los clientes de los bancos puedan correr en sus negocios bancarios y el Estado no respalda esos riesgos según el art. 42 de la ley 15.322”*.

Del mismo modo la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno N° SEF-0006-000119/2013 de 26 de junio de 2009, expresa con relación al supervisor: *“.. no puede atribuirse al Estado el rol de garante de la actuación de cada una de las instituciones del sistema financiero en general ni, mucho menos, de asistente, asesor o custodio de los clientes de un Banco.”... “Sus cometidos se orientan a preservar la estabilidad del sistema financiero, pero no pueden asegurar que las colocaciones individuales estén exentas de riesgos. Cabe recordar la vigencia del art. 42 del Decreto-Ley N° 15.332 que postula la inexistencia de responsabilidad del Estado por “cualquier incumplimiento en que puedan incurrir las instituciones financieras no estatales” (cf. sentencia 293/06 del TCA).”*

La Suprema Corte de Justicia en Sentencia N° 486 de 20 de setiembre de 2010, dispuso que cabía descartar la función del Estado—en este caso a través del regulador sectorial Banco Central del Uruguay— de garante de cada una de las entidades que conforman el sistema financiero. Expresó al respecto que *“...el extremo rigor con que la parte actora evalúa el cumplimiento por el ente estatal de sus cometidos de contralor del sistema bancario y de intermediación financiera lo transformaría, en los hechos, en una entidad garante de la restitución de los depósitos efectuados en las instituciones bancarias nacionales, tesis que, a juicio de la Suprema Corte, no resulta compatible (cf. sentencia No. 869/2008)”*.

e) Diferencia entre gestión y supervisión

Esta distinción ya aparecía implícita en la citada Sentencia N° 78/95 del TAC 7° Turno, al señalar, con relación a la intervención de una casa bancaria, que los inversores acudieron a los administradores y en ellos confiaron, por lo que *“está fuera de lugar literalmente la afirmación de que tal plaza financiera, dotada de un sistema económico-administrativo jurídico especial, cuyo correcto funcionamiento a cargo del Estado, no puede considerarse un riesgo del particular sino una responsabilidad inexcusable del Estado...”*

La sentencia No. 234 de 11 de octubre de 2006, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, estableció al respecto que *“Los eventuales errores de contralor (no admitidos formalmente por el Banco Central del Uruguay ni probados pericialmente) en el mejor de los casos hubieran sido una de las condiciones que permitió la maniobra fraudulenta realizada por los propietarios y directores del banco (de propiedad y gestión privada), que es la que perjudicó a la actora, y no la causa eficiente directa de los perjuicios que alega.”*

En expresiones también aplicables a la distinción entre gestión y contralor bancario, la ya citada Sentencia N° 13/2007⁴³ del Juzgado Letrado en lo Civil de 17mo. Turno definió

⁴³ de 8 demarzo de 2007.

que la actividad de contralor del BCU es una “*actividad de Medio y no de Resultado porque no conjura totalmente las actividades de “mala Praxis Bancaria”, esta sí de total responsabilidad de los Bancos Privados, sino que tiende a encausar y restablecer la Normalidad si se puede de la Institución Bancaria Privada, intentando minimizar los problemas bancarios y los efectos colaterales. Es una actividad de Control (o de Contralor) pero no de Tutela o Dirección. El Monitoreo de la Actividad Bancaria, aunque sea permanente, se va dando sobre los Hechos que van sucediendo o pasando, y algunos aunque reversibles, pueden ocasionar perjuicios. Los “Cracks financieros”, como los Terremotos, pueden controlarse o preverse, pero no puede evitarse que sucedan o que no sean devastadores. En nuestro caso, las Crisis de cada Banco son Responsabilidad del Banco Privado que las provocó, no del Banco Central que lo quiere corregir o controlar”.*

En el mismo sentido se expidió años más tarde la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, N° SEF-0006-000119/2013 de 26 de junio de 2013, al señalar: “...Como se ha tenido oportunidad de sostener antes de ahora (sentencias Nos. 244/07 y 147/08), el Estado no es responsable por las vicisitudes o los incumplimientos en los que los Bancos privados puedan llegar a incurrir por su mala gestión.”

II.2.6. El caso COFAC

Como hemos dicho, la jurisprudencia generada a partir del caso COFAC ocurrido en el año 2005-2006, sentó también posición relevante en diversos aspectos generales relativos al alcance de la responsabilidad del supervisor bancario, de los cuales se han mencionado algunos en los capítulos anteriores.

Por ello, bastará con citar a continuación un par de fragmentos de la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno N° 1 de 17 de febrero de 2011 que resume diversas consideraciones de interés sobre el punto:

- a) Sobre el cuestionamiento de la constitucionalidad de la Ley especial N° 17.863⁴⁴, en cuanto debió inspirarse en razones sistémicas de interés general, más allá de la protección individual de los ahorristas: “*De los términos de la propia ley discusión parlamentaria surge claramente cuál era la finalidad que inspiró la ley y llevó a la categorización de los ahorristas: protección del interés general. La retención obligatoria de depósitos fue una medida realizada con fundamento legal inspirada en la emergencia económica que habilitó a intervenir en el contrato de depósito celebrado entre el banco y su cliente, prorrogando los plazos y modificando la moneda. Por emergencia económica debe entenderse un hecho externo temporalmente limitado que afecta aspectos esenciales de la organización del Estado creando una situación de peligro colectivo, que autoriza la adopción de medidas que afectan las garantías individuales (Cf. Lorenzetti, Ricardo “La emergencia económica y los contratos, págs. 78 y ss.) tal fue lo que ocurrió en el caso de COFAC. En estos casos a fin de superar una crisis de entidad como la que afectó a la cooperativa se habilita la solución legal con el fin de garantizar la estabilidad social (Alterini, Juan Martín “Aproxima-*

⁴⁴ La cuestión de constitucionalidad de la Ley N° 17.863 fue planteada ante la Suprema Corte de Justicia, que desestimó dicha pretensión en diversas sentencias, entre ellas la N° 81 de 22 de abril de 2008.

ciones al derecho de crisis. Poder de la policía financiera”, en Revista Crítica de Derecho Privado N° 3, 2006, pág. 129).”

- b) Con relación a la responsabilidad del supervisor en el ejercicio de su potestad discrecional: “. . . no se probó ninguna omisión o negligencia del BCU, sabido es que la obligación de dicha institución es de medios y no de resultados, por tanto no alcanza con constatar la caída financiera de una institución bancaria para atribuir la responsabilidad que se pretende. Por el contrario, la prueba diligenciada da cuenta que el BCU venía monitoreando a COFAC desde 2002 y que si no se llegaba al acuerdo que cuestiona la actora la cooperativa hubiera cerrado y se procedía a su liquidación (testimonios fs. 1506/1537). También resulta probado que se requirió que COFAC presentara otra solución para mitigar la caída financiera, todo lo cual culminó a la postre con la intervención de la cooperativa. También resulta probado que el BCU siguió de cerca la situación patrimonial de COFAC así como la tuvo en forma permanente bajo supervisión estricta. Entiende el Tribunal que la respuesta del BCU no fue tardía, como se alega sino que el BCU estuvo atento a la situación de COFAC desde su problema patrimonial en 1998, agudizado por el retiro de depósitos del año 2002. La entidad banco centralista realizó todo lo posible para que la cooperativa readecuara su patrimonio, tomándose como última medida la suspensión de actividades y posterior intervención con desplazamiento de autoridades cuando ya se vio que la situación había escapado de las manos de los directivos de COFAC.”

II.2.6. Responsabilidad por el tipo de cambio.

A raíz de las variaciones en el tipo de cambio de moneda extranjera operados durante el año 2002, se instauraron diversas acciones contra el Estado - Ministerio de Economía y el Banco Central del Uruguay, por parte de tomadores de préstamos en moneda extranjera que vieron acrecentado el monto nominal de su deuda en moneda nacional en virtud de la variación en el tipo de cambio.

En este caso la pretensión de responsabilizar al BCU se vincula con la otra finalidad establecida en el artículo 3 de su Carta Orgánica⁴⁵: “La estabilidad de precios que contribuya con los objetivos de crecimiento y empleo.”

Las demandas fueron desestimadas y a modo de ejemplo, cabe citar la extensa pero ilustrativa (por la claridad de su exposición y fundamentos) Sentencia N° 272/12 de 16 de octubre de 2012 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno:

“Alega la parte actora que la parte demandada por actos y hechos ejecutados en ejercicio de la función administrativa que le es inherente a la competencia legalmente atribuida, modificó la política cambiaria que imperaba desde hacía 12 años aproximadamente en nuestra República, mediante las siguientes decisiones: ensanchar la banda de flotación –de 7 de enero de 2002-; aumentar el ritmo devaluatorio- de 19 de junio de 2001; y la posterior de culminar el proceso de transición hacia un régimen cambiario totalmente

⁴⁵ Artículo 3 de la Ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995, en la redacción dada por el artículo 1 de la Ley N° 18.401 de 24 de agosto de 2016.

flexible, disponiendo la libre flotación del peso uruguayo- de 20 de junio de 2002. Tales decisiones ocasionaron a los accionantes los daños y perjuicios que especifica, resumida en que “se volvió mas gravosa la situación de cada uno de los actores para afrontar las obligaciones asumidas”, explicitando que en términos generales, el daño irrogado es el siguiente: “diferencia en valor existente entre la cotización del dólar americano interbancario vendedor correspondiente al 31 de diciembre de 2001, anterior al ensanchamiento de la banda de flotación, con el ritmo devaluatorio del 0.6% mensual, correspondiente al momento anterior a la modificación del aumento del ritmo devaluatorio (19 de junio de 2001) y la cotización de dicha moneda (interbancario vendedor) correspondiente a la fecha de exigibilidad de la última de las cuotas correspondientes al préstamo contraído con la institución prestataria. Tal diferencia en pesos uruguayos por cada dólar americano pendiente de cancelación a la fecha de promoción de esta demanda, en relación al monto total de adeudo, será la pretensión de condena que se impetra”...

“No son de recibo los agravios formulados. En primer término, respecto a la ausencia de legitimación causal pasiva del BCU, emerge del recaudo obrante a fs.180 (comunicado aludido por el apelante), que se trató claramente de una decisión de “el Gobierno”. No es el BCU el que determina la política económica, ni en el marco de la misma la política cambiaria. La conducción de la política económica es un cometido que corresponde ejercer al Poder Ejecutivo conforme a las normas constitucionales (art.50 de la Carta) y legales (Ley 16.696 vigente a la fecha en que se constituyeron los préstamos aludidos por los demandantes). Como expresa el Dr.Carlos Delpiazzo “. . desde el punto de vista orgánico, parece claro que el cometido esencial de la conducción de la economía, concretado en la fijación de las respectivas políticas, corresponde a los órganos ejecutivos o gubernamentales de cada país. . .(Cf. “El Banco Central del Uruguay”, p.6). Y agrega que, mientras el BCU actúa “. . en función del interés público, como instrumento de la política general del Estado (. .) siendo a la vez instrumento y una fuerza. Como instrumento, es el medio utilizado por el Estado para llevar a cabo su política financiera nacional y como fuerza, dispone de los recursos necesarios para lograr los fines de esa política (. .) La conducción de la economía está a cargo del Poder Ejecutivo”...

“Resulta claro entonces que, la dirección de la economía está a cargo del Poder Ejecutivo, por intermedio del MEF, al que compete la conducción de la política nacional en materia económica y financiera y del comercio, así como la coordinación y contralor de la planificación económica y su ejecución (D Nro.574/74).

“No resulta de recibo entonces, partir de la existencia de un “cambio reglado”, desconociendo que en nuestro país no existe una política de cambios fijos, siendo el libre juego de la oferta y la demanda el que determina el precio de la moneda extranjera (art.1 Ley 12.670). Finalmente, en punto al tercer agravio no comparte la Sala que la decisión de política monetaria que determinó la libre flotación del dólar fuera imprevisible. En el marco de una economía liberal, la modificación de la cotización de la moneda extranjera, es previsible y la devaluación del signo monetario en nuestro país también es un hecho razonablemente previsible. No existía en nuestro país en el período considerado en obrados, una política de cambios fijos, sino -como se ha dicho precedentemente- un régimen de tipo de cambio flexible, regulado por la oferta y la demanda. Entonces, no puede considerarse ilegítimo ni el ensanchamiento de la banda de flotación (7.1.2002), ni

el aumento del ritmo devaluatorio (19.6.2002) que culminaron con un proceso de transición hacia un régimen cambiario totalmente flexible (20.6.2002)”...-

“Tampoco puede considerarse que las decisiones referidas fueran la causa determinante del daño alegado por los accionantes. Por el contrario, los actores asumieron el riesgo de contratar en dólares con la institución bancaria que refieren. En tal caso, pactado un precio que depende de las variaciones de una moneda extranjera, el contrato se vuelve aleatorio en tanto las ventajas o pérdidas para ambas partes o una de ellas, depende de un acontecimiento incierto (valor de la divisa al momento de pago). Así como no cabe invocar la excesiva onerosidad para pretender revisar el contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión -que no es el caso, pero si lo fuera no sería de recibo porque la onerosidad no se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato- tampoco puede sostenerse que la fluctuación de la moneda o el cambio de la pauta devaluatoria como instrumento, se trate de un hecho extraordinario e imprevisible, por lo que la ausencia de nexo causal es patente. Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia en sentencia Nro.196 del 30/9/1985: “. . . nuestro país, como todos aquellos de economía dependiente, tiene una larga tradición de inestabilidad monetaria, que incluye reiteradas devaluaciones de gran magnitud (. . .) basta señalar que en noviembre de 1967 se efectuó una devaluación del tipo de cambio oficial que pasó de 99 a 200 pesos por dólar, en abril de 1968 el dólar se llevó a \$250; tras un período de relativa estabilidad en diciembre de 1972 el financiero alcanza a \$861.68 en diciembre de 1973 (. . .), en diciembre de 1974 a \$ 2186,84 (. . .) y al abandonarse el sistema de fijación administrativa en noviembre de 1982 el dólar pasa de N\$ 13.12 a N\$ 28.51 promedial en diciembre en régimen de fluctuación libre . . .” Y más adelante expresa “. . . en la previsión razonable del hombre común la continuidad de la política económica del gobierno no puede asumirse como un hecho definitivo e irreversible (. . .) si la devaluación del signo monetario en nuestro país debe estimarse como un hecho razonablemente previsible, la estipulación en el contrato de ejecución diferida o continuada por períodos extensos de prestaciones periódicas expresadas por su valor nominal en moneda extranjera, implica la asunción de un riesgo, la introducción de un alea, que sin enervar la conmutabilidad del vínculo contractual excluye la aplicabilidad del instituto de la imprevisión para alterar los términos del contrato en función de la excesiva onerosidad superviniente. Y aún así, si la parte perjudicada por el cambio de política económica alegare su absoluta confianza en el programa gubernamental como motivo determinante de la concreción del negocio en moneda extranjera, tal móvil psicológico carece de relevancia causal, al ubicarse en el plano de la motivación subjetiva extraña a la noción legal de “causa inmediata” (art.1261 del C.C.) como requisito de perfeccionamiento del contrato (. . .)” (Cf. LJU T.XC c.10290). V. La conducta procesal de las partes, no amerita especial condenación en el grado (art.688 C.Civil y art.261 C.G.P.).“

II.2.7. Acciones de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Varios ex directores de un banco liquidado a raíz de la crisis de 2002, fueron sumariados y sancionados por el Banco Central, con inhabilitación por 10 años para desempeñar cargos de personal superior de bancos, en base a la potestad disciplinaria establecida en el artículo 23 del Decreto-Ley N° 15.322.

Impugnadas estas sanciones en vía administrativa, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo las confirmó en Sentencia N° 319 de 20 de mayo de 2010 –entre otras-, estableciendo respecto de la responsabilidad del BCU que: “. . . *la sanción de inhabilitación impuesta por las resoluciones que se procesan, se dictaron en el ejercicio legítimo de la potestad sancionatoria que le asiste al Banco Central del Uruguay, en tanto máxima Autoridad en el contralor de la actividad de intermediación financiera (Decreto-Ley 15.322)*” *resulta de absoluto rechazo, la pretendida exoneración de responsabilidad, invocando la crisis financiera y la responsabilidad que le pudo haber cabido al Banco Central, al decretar la intervención de los bancos involucrados. Y ello porque las imputaciones que el Banco Central del Uruguay le realiza a los hermanos Peirano, son concretas y están enumeradas en las propias resoluciones sancionatorias que éstos resisten; se trata concretamente de múltiples acciones y omisiones, provenientes de conductas irregulares de los imputados. Por ende, las eventuales “causas exógenas” de la crisis financiera, no enervan la cuota de responsabilidad administrativa que les corresponde afrontar.*”

Otras múltiples demandas de nulidad de actos administrativos fueron interpuestas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por actos dictados por el Banco Central del Uruguay (verificación de créditos en la liquidación de bancos, medidas preventivas adoptadas respecto de las instituciones en crisis y su personal superior, etc.). En la medida que en tales casos no refieren directamente a la responsabilidad civil del Banco Central por su gestión de supervisor (son acciones de nulidad contra actos administrativos basados en su ilegitimidad), no se han incluido comentarios al su respecto en el presente trabajo. Tampoco se incluyen las acciones de amparo u otras pretensiones no vinculadas directamente a la responsabilidad civil del BCU.

III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

III.1. El caso “Peter Paul y otros vs. *Bundesrepublik Deutschland*.”

Este caso planteado ante la Corte de Justicia de la Unión Europea y resuelto mediante sentencia en el año 2004⁴⁶, constituyó un *leading case* en materia de responsabilidad civil del regulador bancario ante una presunta falta de servicio. Determinó que el único derecho garantizado a los ahorristas por la Directiva Europea (94/19/EC) ante las situaciones de insolvencia de instituciones bancarias, es el seguro de depósitos, por el monto máximo garantizado, que en ese momento llegaba a Euros 20.000.

El fallo desestimatorio del rechazo de la pretensión de un ahorrista de un banco liquidado contra el Banco Central de Alemania, se basa en tres premisas fundamentales:

- El supervisor no sustituye a los administradores de las empresas del sistema financiero
- El supervisor no maneja las variables económicas internas y externas de influencia
- El supervisor no garantiza depósitos, esa función la cumplen los seguros de depósitos

⁴⁶ ECR I-09425, caso P222/02.

III.2. Juicio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Un grupo de 539 inversores en una institución bancaria de Islas Cayman, que habían realizado dichas inversiones a través del ex Banco de Montevideo, promovieron juicio contra el Estado Uruguayo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso N° 12.587 conocido como “*Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*”, en el se dictó Sentencia con fecha 13 de octubre de 2011.

En dicho proceso el cuestionamiento principal fue a la actuación del Banco Central del Uruguay, por la aplicación del artículo 31 de la Ley N° 17.613 de 27 de diciembre de 2002 (llamada “Ley de Fortalecimiento del Sistema Financiero”). Dicha norma facultaba al Banco Central del Uruguay a otorgar a los ahorristas de los Bancos de Montevideo y La Caja Obrera, cuyos depósitos hubieren sido transferidos a otras instituciones sin mediar su consentimiento, los mismos derechos que correspondieran a los ahorristas de dichos bancos, debiendo conformar una Comisión para analizar los casos que se plantearan. La Comisión de 3 miembros fue conformada en el año 2003 y recibió un total de 1.426 peticiones, que fueron analizadas mediante un dictamen técnico y resueltas por el Directorio del Banco Central del Uruguay, que hizo lugar a 22 solicitudes. Entre los fundamentos de los respectivos actos administrativos se explicitó la necesidad de cumplir los tres requerimientos de la referida ley: a) ser cliente de uno de los dos bancos mencionados; b) poseer depósitos y que los mismos fueran transferidos al extranjero y c) que la transferencia hubiere operado sin su consentimiento.

Muchos peticionantes impugnaron administrativamente la resolución denegatoria, de los cuales a su vez algunos interpusieron luego la correspondiente acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Otros, fueron directamente a la vía reparatoria ante la justicia ordinaria, reclamando el pago de los importes que les hubieran correspondido en caso de ser tratados en la liquidación de los referidos bancos, como depositantes.

En la citada sentencia la CIDH declaró a Uruguay responsable internacionalmente por haber violado los siguientes derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos:

- a) el ámbito material del *derecho a ser oído* de las 539 personas accionantes, reconocido en el artículo 8.1 de la Convención en relación al artículo 1.1, por haberse analizado en forma incompleta la prueba sobre la existencia de consentimiento para la transferencia de sus depósitos al exterior;
- b) el derecho a un *tratamiento sin discriminación* establecido en los artículos 8.1 y 1.1 de la Convención en el caso de 2 personas, por no haberles garantizado una adecuada motivación de los actos de rechazo de su petición, en tanto sus casos tenían circunstancias análogas a alguno de los 22 que fueron acogidos; y
- c) el derecho a la *protección judicial* consagrado en el artículo 25.1 de la Convención, en perjuicio de 12 personas que interpusieron sus acciones de nulidad ante el TCA, debido a que ese tribunal incurrió en un examen incompleto de tales acciones y no contaban con otro recurso judicial que los amparara de forma efectiva en su derecho a ser oídos.

La CIDH desestimó a su vez otras pretensiones, entre las que se destaca la de violación del debido proceso.

La condena, que por Derecho Internacional no recayó sobre el Banco Central sino sobre el Estado uruguayo, no incluyó un pronunciamiento sobre la razón del reclamo de fondo de los demandantes, esto es, el amparo en el referido artículo 31 de la Ley N° 17.613, sino en:

- a) considerar que la propia sentencia de la CIDH era *per se* una reparación,
- b) ordenar al Estado uruguayo que garantice a las víctimas que puedan presentar nuevas peticiones que deban ser conocidas y resueltas en un plazo de tres años, con las debidas garantías y
- c) pagar la suma de U\$S 3.000 a cada víctima por concepto de daño inmaterial, costas y costos.

IV. CONCLUSIONES

1) El ejercicio de los cometidos del BCU, materializados gráficamente en el fin debido de proteger el ahorro por razones de interés general y custodiar la estabilidad de precios, conforme a su Carta Orgánica, es controlado por la jurisprudencia con los límites que en general se reconocen al ejercicio de la función jurisdiccional: control de los límites jurídicos de la discrecionalidad, y no su mérito u oportunidad.

2) La responsabilidad del regulador y fiscalizador en el cumplimiento de este cometido tiene una faceta “activa” (el BCU reclamando ante presuntos responsables de crisis de instituciones financieras o sistémicas o ejerciendo a su respecto la potestad disciplinaria) y una faceta “pasiva” (ser objeto de reclamos por parte de los clientes e inversores del sistema, o de las propias instituciones, cuando entienden que no ha cumplido diligentemente sus cometidos).

3) Como reflejo de estas dos facetas a nivel jurisprudencial y de sentencias muy diversas dictadas respecto de situaciones y reclamos muy disímiles, pueden extraerse grandes criterios interpretativos que cruzan transversalmente los diversos fallos y que los jueces y tribunales han aplicado para dar solución a los casos concretos. Entre esos criterios surge la definición legal del cometido de interés general asignado al Banco Central del Uruguay en su carácter de regulador y fiscalizador del sistema financiero nacional: promotor de su solidez, solvencia, eficacia y desarrollo, así como de la estabilidad de precios compatible con el crecimiento y el empleo; protección del ahorro por razones de interés general (y por tanto de los derechos de sus depositantes); custodia del valor “confianza”, un activo intangible y necesario que hace posible el adecuado funcionamiento del sistema.

4) Finalmente, la justicia ha reconocido –lo que determinó el alcance de muchos de sus fallos- que en la esencia del cumplimiento de tales cometidos legales el órgano administrativo de regulación no tiene por objeto “salvar” instituciones financieras puntuales o individualmente consideradas, sino adoptar las medidas adecuadas para prevenir riesgos y mitigar las crisis sistémicas, preservando la estabilidad del sistema aún cuando ello deba realizarse a costa de velar por la resolución ordenada de instituciones integrantes del sistema que están llamadas a desaparecer por causas no atribuibles al regulador. Ello puede vincularse en materia de obligaciones, a la distinción entre obligaciones de “medios” y de “resultados”, o entre “riesgos” y “eventos dañosos”.

5) Creemos que estos criterios jurisprudenciales contribuyen, a su vez, a la ardua tarea de definir, a la luz del principio de especialidad, la “función bancocentralista”, genéricamen-

te reconocida por el artículo 196 de la Constitución al crear al Banco Central del Uruguay como un Ente Autónomo necesario, sin explicitar expresamente su alcance, lo que dejó librado el punto a la labor legislativa y la creación jurisprudencial.

Fecha de recepción: 9 diciembre 2016.

Fecha de aceptación: 11 marzo 2017.