Ministerio de la Producción
Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Expte. N° S01:0228000/2002 (OPI N° 61) SME-MB
Opinión Consultiva N° 170

BUENOS AIRES, 24 SET 2002

Se presentan ante esta COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, los Sres. Enrique Maschwitz y Juan José Aldazabal en representación de BANCO COMAFI S.A. (en adelante "COMAFI") y el Sr. Roberto Eilbaum en representación de BANCO BANSUD S.A (en adelante "BANSUD"), a fin de requerir una opinión consultiva respecto de la obligación de notificar una operación de concentración económica en los términos del artículo 8° de la Ley N° 25.156.

Los presentantes manifiestan que la opinión consultiva se vincula con la interpretación del artículo 6, incisos (b) y (d) de la Ley N° 25.156 a la luz de lo dispuesto por el artículo 35 bis, Apartado II de la Ley N° 21.526 relativo a la exclusión de activos y pasivos que puede disponer el Banco Central de la República Argentina (en adelante "BCRA") en el marco de la reestructuración de una entidad financiera, y la transferencia de los mismos a otra u otras entidades financieras.

Los consultantes manifiestan que mediante Resolución N° 55 del 18 de abril de 2002 la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias dispuso la suspensión de las operaciones de SCOTIABANK QUILMES S.A. (en adelante "SCOTIABANK") de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley N° 24144. Asimismo, mediante Resolución N° 254 de la misma fecha, el BCRA autorizó la reestructuración de SCOTIABANK en los términos del artículo 35 bis de la Ley N° 21.526.

Los consultantes informan que, luego de un proceso de mejoras de oferta, COMAFI y BANSUD presentaron ofertas individuales para asumir los pasivos privilegiados de SCOTIABANK en una proporción de 65 y 35% respectivamente, y a cambio recibir certificados de participación sobre el fideicomiso creado por SCOTIABANK respecto de la casi totalidad de sus activos.

Por otra parte manifiestan que el día 19 de agosto de 2002 SCOTIABANK, ABN AMRO BANK N.V. Sucursal Argentina (en adelante "ABN"), COMAFI, BANSUD y MBA MERCHANT BANKERS ASOCIADOS S.A. suscribieron un contrato de fideicomiso por el que: 1) todos los activos de SCOTIABANK fueron cedidos y transferidos en propiedad fiduciaria a ABN; 2) ABN emitió a favor de SCOTIABANK un certificado de participación

Clase A, un certificado de participación Clase B y un certificado de participación Remanente; 3) ABN tiene la obligación de liquidar todos los activos que forman parte del mismo, distribuyendo su producido primero entre los titulares de los certificados de participación Clase A y B, a efectos de cancelarlos, entregando el saldo restante a los titulares del certificado de participación remanente; 4) Los certificados de participación Clase A y B deben ser transferidos a COMAFI y BANSUD en un 65 y 35%, respectivamente, quedando ambos bancos facultados para rescatar los activos transferidos por SCOTIABANK al fideicomiso.

Los presentantes agregan que el día 19 de agosto de 2002 COMAFI y BANSUD celebraron sendos contratos de transferencia con SCOTIABANK que disponen, entre otros aspectos, lo siguiente: 1) Asunción de pasivos privilegiados: COMAFI y BANSUD asumirán el 65 y 35%, respectivamente, de las sumas adeudadas por SCOTIABANK en concepto de depósitos bancarios, y los pasivos frente al BCRA por el otorgamiento de adelantos, redescuentos, cancelaciones de cartas de crédito y anticipo por el precio de suscripción bajo el plan Boden; y 2) Transferencia de activos: COMAFI y BANSUD recibirán de SCOTIABANK certificados de participación Clase A y B del fideicomiso mencionado precedentemente y, en menor medida, dinero en efectivo y otros créditos cedidos en garantía al BCRA, los que tendrán un valor equivalente a los pasivos privilegiados asumidos por la cada una de las presentantes.

Asimismo manifiestan que los contratos de transferencia prevén que ABN entregue en comodato los inmuebles en los que estaban situadas las sucursales de SCOTIABANK a COMAFI y BANSUD, quienes podrán rescatar tales inmuebles con los certificados de participación Clase A y B.

Los presentantes informan que mediante Resolución N° 523 del 20 de agosto de 2002 el BCRA resolvió excluir los pasivos privilegiados y activos de SCOTIABANK mencionados en los párrafos precedentes y autorizar su transferencia a COMAFI y BANSUD, y que el día 22 de agosto de 2002, los interventores judiciales de SCOTIABANK ratificaron los contratos celebrados.

Los consultantes también manifiestan que el volumen de negocios de las partes involucradas supera el umbral de $ 200.000.000 previsto en el artículo 8 de la Ley N° 25.156, pero que no obstante ello entienden que la operación traída a consulta no constituye una concentración económica sujeta a la aprobación de esta Comisión Nacional ya que si bien se trata de una transferencia de activos y pasivos de SCOTIABANK a COMAFI y BANSUD, la misma ha sido dispuesta por el BCRA en virtud de lo establecido en el artículo 35 bis de la Ley

N° 21.526. En ese orden de ideas los presentantes alegan que el procedimiento establecido en la última norma referida es un procedimiento especial y específico que se aleja de los conceptos señalados en la Ley N° 25.156, y que prueba de ello es que la autoridad de aplicación de la Ley de Entidades Financieras ha autorizado la operación mediante la Resolución N° 523/2002.

Por último citan los dictámenes N° 2, 57 y 173 de esta Comisión Nacional, señalando que en todos esos casos se consideró que las cesiones de carteras de seguros, de cuentas de usuarios de tarjetas de crédito y de saldos deudores de cuentas de préstamos personales importaban la cesión de activos que encuadraban en el artículo 6, inciso d) de la Ley N° 25.156, pero que en el presente caso no se está realizando una cesión de cartera o clientela similar a las analizadas en dichos dictámenes. Ello es así, ya que los presentantes entienden que no se trata de una operación de mercado acordada libremente entre los participantes del mismo, sino que es una operación específicamente dispuesta y autorizada por el BCRA en el uso de sus facultades, y que aun en el caso de que la operación deba ser notificada a esta Comisión Nacional, el BCRA al emitir su opinión conforme el artículo 16 de la Ley N° 25.156 será consistente con la autorización conferida.

Habiendo analizado la presentación efectuada esta Comisión Nacional entiende que los presentantes están contestes en el hecho de que, de no haber mediado la actuación del BCRA en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley de Entidades Financieras, la operación traída a consulta encuadraría en el artículo 6 de la Ley N° 25.156, y al alcanzar el umbral dispuesto en el artículo 8 se encontraría sujeta a la notificación obligatoria dispuesta en dicho cuerpo legal.

En principio cabe señalar que, tal como lo señalan los presentantes, el artículo 35 bis de la Ley N° 21.526 establece un procedimiento especial que el BCRA podrá poner en marcha a fin de reestructurar una entidad financiera en resguardo del crédito y los depósitos bancarios. En dicho caso, el BCRA en su carácter de Autoridad de Aplicación de dicha Ley podrá disponer la reducción, aumento y enajenación del capital social; la exclusión de activos y pasivos y su transferencia a otras entidades financieras; y/o solicitar la intervención judicial de una entidad financiera.

Asimismo el apartado V del artículo mencionado precedentemente, incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 24.627 (B.O. 18/03/1996), dispone que las transferencias de activos y pasivos dispuestas por el BCRA en el marco de dicho procedimiento especial se rigen exclusivamente por lo dispuesto en la Ley N° 21.526, siéndoles inaplicable la Ley N° 11.867. Asimismo dicho apartado dispone que no pueden iniciarse o proseguirse actos de ejecución

forzada sobre los activos excluidos, que los actos autorizados, encomendados o dispuestos por el BCRA en el marco de este procedimiento no están sujetos a autorización judicial ni pueden ser reputados ineficaces respecto de los acreedores de la entidad financiera que fuera propietaria de los activos excluidos, y que los acreedores de la entidad financiera enajenante de los activos excluidos no tendrán derecho alguno contra los adquirentes de dichos activos, salvo que tuvieren privilegios especiales que recaigan sobre bienes determinados.

Por otra parte la Ley N° 25.156 (B.O. 20/09/1999), y sus normas reglamentarias, han dispuesto el procedimiento al que deben ajustarse las personas físicas o jurídicas que celebren operaciones de concentración económica en los términos de los artículos 6 y 8 de dicha Ley. A tal fin la Ley instituye el control previo de dichas operaciones por parte de la Autoridad de Aplicación, y dispone que "los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 ...". Asimismo, en el artículo 59 dispone que "Queda derogada toda atribución de competencia relacionada con el objeto y finalidad de esta Ley otorgada a otros organismos o entes estatales".

De esta forma surge claramente que el hecho de que el BCRA, en su carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley de Entidades Financieras, ponga en marcha el procedimiento establecido en el artículo 35 bis de dicha norma, y adopte alguna de las medidas allí previstas en nada empece la aplicación del procedimiento de control establecido en la Ley N° 25.156. Ello es así toda vez que la Ley N° 25.156 ha sido sancionada con posterioridad a las Leyes N° 21.526 y 24.627, y no ha previsto la exclusión de las operaciones celebradas en el marco de las Leyes mencionadas.

Por lo expuesto, esta Comisión Nacional entiende que la operación que origina la presente consulta encuadra en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, y por lo tanto se encuentra sujeta a la obligación de notificación prevista en de dicho cuerpo legal.

No obstante ello, esta Comisión hace saber a los consultantes que la presente opinión consultiva ha sido emitida valorando como sustento fáctico la información presentada en el expediente de referencia, por lo que si los hechos relatados fueran falsos o incompletos, ello tornaría inaplicables los conceptos aquí vertidos.

LUCAS GROSSI
VOCAL

EDUARDO MONTENEGRO
VOCAL

Lic. MAURICIO BUTERA
VOCAL

ISMAEL F. G. MALIS
PRESIDENTE
COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA