

NOTICIA PARA CLIENTES:

La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito confirma que las entidades estatales no son los “alter egos” de sus Estados

Por Jennifer L. Permesly y J. D. Anders
08 de septiembre 2015

El 31 de agosto de 2015, la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de los EE.UU. (el “Segundo Circuito”) emitió una importante decisión confirmando que las entidades estatales se presumirán independientes de los Estados que las poseen, sin mediar una demostración excepcional en contrario. Este fallo confirma que los demandantes y acreedores con sentencias favorables deben satisfacer un alto estándar para poder establecer que una entidad estatal o agencia es el “alter ego” del Estado mismo, o para someter a estas entidades a juicio en los Estados Unidos basándose en una dispensa de la inmunidad soberana.

En *EM Ltd. v. Banco Central de la República Argentina*, No. 13-3819-CV, 2015 WL 5090694 (2d Cir. 31 de agosto de 2015) (“BCRA”), el Segundo Circuito profundizó el razonamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611 (1983) (“*Bancec*”). *Bancec* estableció una presunción según la cual las agencias y sus Estados son entidades diferentes. Ver BCRA, 2015 WL 5090694, en *6. La presunción puede caer si: “(1) el organismo estuviera tan ampliamente controlado por el Estado que una relación de mandante y mandatario fuera creada; o (2) el reconocimiento de una personalidad jurídica independiente para el organismo en cuestión llevara a un fraude o a una injusticia.” *Id.*

El Segundo Circuito evaluó meticulosamente cada elemento del caso *Bancec*, aclarando que la presunción de separación entre un Estado y sus entidades descentralizadas puede caer solamente en circunstancias extremas y cuidadosamente definidas.

Antecedentes fácticos

En BCRA, los demandantes EM Ltd. and NML Capital, Ltd., que poseen títulos públicos en default emitidos por Argentina, buscaban una sentencia declarativa sobre la responsabilidad del Banco Central de la República Argentina (“BCRA”) por las deudas del país. El juicio fue promovido siguiendo los decretos presidenciales de Argentina que, entre otras cosas, ordenaron que fondos de reserva que tenía el BCRA fueran usados para pagar la deuda contraída con el Fondo Monetario Internacional (el “FMI”).

Argentina y el BCRA presentaron una moción para desestimar la demanda, argumentando que el BCRA tenía inmunidad judicial en Nueva York bajo la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los EEUU

(“FSIA” por sus siglas en inglés). La FSIA estipula que los Estados extranjeros y agencias y organismos de Estados extranjeros son inmunes frente a procesos judiciales en tribunales de los Estados Unidos, a menos que dicha inmunidad haya sido dispensada u otra excepción a la misma pueda ser invocada. Aquí, Argentina ha dispensado claramente su inmunidad en el contrato de emisión de los bonos, que establece la jurisdicción neoyorquina. Ver 28 U.S.C. § 1605(a)(1). Una dispensa de inmunidad soberana estatal se extenderá a sus agencias u organismos, sin embargo, solamente si un demandante demuestra que dichas agencias u organismos son el “alter ego” del Estado. Los demandantes argumentaron que, al ser el “alter ego” de Argentina, el BCRA había renunciado a su inmunidad para ser juzgado en los Estados Unidos.

Alternativamente, los demandantes argumentaron que el BCRA dispensó su inmunidad en forma independiente debido a su actividad comercial en los Estados Unidos, incluyendo el uso de su cuenta en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York. Este argumento estaba basado en la excepción a la inmunidad de la FSIA cuando la acción está basada en una actividad comercial llevada a cabo en los EEUU. Ver 28 U.S.C. § 1605(a)(2).

El Juez del Distrito estuvo de acuerdo, sosteniendo que: (1) el BCRA era el “alter ego” del Estado argentino y, en consecuencia, la dispensa de inmunidad de éste se extendía a aquél; y (2) el uso por parte del BCRA de su cuenta en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York en forma independiente satisfacía la excepción de actividad comercial prevista por la FSIA. Ver *id.* en *8.

El Segundo Circuito revocó la decisión, sosteniendo que los demandantes no lograron establecer que el BCRA era el “alter ego” del Estado argentino o que aplicara la excepción de la actividad comercial.

El elemento del “amplio control”

El Segundo Circuito enfatizó que, para satisfacer el elemento del “amplio control” de *Bancec*, un demandante debe establecer no la mera posesión, sino que el Estado ejerció un amplio control sobre las operaciones diarias de la agencia u organismo. Por lo tanto, el nombramiento y la remoción de oficiales y directores del BCRA por parte de Argentina no echó por tierra la presunción de que tales organismos y Estados sean entidades diferentes porque “la contratación y despido de miembros del directorio u oficiales es un

¹ La decisión es la tercera consecutiva emitida por el Segundo Circuito desde el 2007 relacionada con la responsabilidad del BCRA por la deuda soberana argentina. Ver *EM Ltd v. Republic of Argentina*, 473 F.3d 463, 480 (2d Cir. 2007); *NML Capital, Ltd. v. Banco Central de la República Argentina*, 652 F.3d 172 (2d Cir. 2011).

NOTICIA PARA CLIENTES: (continuación)

ejercicio de poder inherente a la posesión”. *Id.* en *8. “Asegurarse de que el directorio de una agencia gubernamental comparte los objetivos del Estado y las políticas dictadas para aquella no es, por sí mismo, amplio control. El Estado debe, en su lugar, usar su influencia sobre estos directores para interferir con los asuntos ordinarios de dicha agencia.” *Id.*

La Corte sostuvo además que la emisión de decretos del Poder Ejecutivo de Argentina y reformas que permitieron a este país tomar prestados o directamente usar los fondos del BCRA no llegaron a ser necesariamente “amplio control”. *Id.* en *9. La Corte mencionó que la supuesta conducta fue consistente con funciones comúnmente llevadas a cabo por bancos centrales, y que el BCRA, sus asesores legales, y su directorio, revisaron y aprobaron las propuestas del gobierno. *Id.*

Asimismo, la alegación de que Argentina y el BCRA coordinaron en implementar política monetaria no estableció amplio control: “Los gobiernos y los bancos centrales ... con frecuencia consultan y coordinan sus acciones en relación a la política monetaria.” *Id.* En resumen, las supuestas acciones “no son el tipo de actividades que ilustran una completa toma de control sobre las operaciones diarias por parte del gobierno [argentino].” *Id.*

El elemento “fraude o injusticia”

Abordando el segundo elemento de *Bancec*, el Segundo Circuito sostuvo que los demandantes no lograron demostrar que el reconocimiento de Argentina y el BCRA como distintas entidades llevaría a un “fraude o injusticia”. *Id.* en *10.

El Segundo Circuito observó que en casos donde se encontró fraude o injusticia, el Estado había abusado de la forma corporativa, tal como cuando un gobierno “creó una entidad ficticia que pretendía gozar de inmunidad soberana para proteger sus propios bienes de acreedores con sentencia favorable.” *Id.* Las alegaciones de que Argentina utilizó al BCRA para pagar a acreedores distintos de los demandantes eran insuficientes: “Las alegaciones de los hechos por parte de los demandantes simplemente no demuestran que Argentina usó al BCRA para frustrar el esfuerzo de cobro por parte de sus acreedores, o que Argentina trató al BCRA como una ‘entidad ficticia’ para ocultar sus propios bienes.” *Id.* en *11.

Como los demandantes no lograron derribar la presunción de que el BCRA y Argentina eran entidades diferentes, el Segundo Circuito sostuvo que el BCRA no era el “alter ego” del Estado argentino y, en consecuencia, la dispensa de inmunidad soberana de éste no se extendía al BCRA. *Id.*

La excepción de la actividad comercial según la FSIA

El Segundo Circuito también sostuvo que la excepción de la actividad comercial prevista por la FSIA no establecía una base independiente para sujetar al BCRA a un juicio en los Estados Unidos. *Id.* en *11-12. Los demandantes argumentaron que la excepción de actividad

comercial era aplicable porque el BCRA usó la cuenta del Banco de la Reserva Federal de Nueva York para comprar dólares, los cuales a su vez fueron usados para hacerle préstamos a Argentina para pagar a acreedores distintos de los demandantes. La Corte sostuvo que la compra de dólares por el BCRA era totalmente incidental a los reclamos de los demandantes, los cuales se basaban en préstamos hechos por el BCRA al Estado argentino, en Argentina. *Id.* en *11. (“Cualesquiera hayan sido las consecuencias adversas supuestamente sufridas por los demandantes en el caso del préstamo del BCRA al Estado argentino, ellos habrían soportado las mismas consecuencias si el BCRA hubiera utilizado cualquier otra cuenta bancaria en los Estados Unidos o en otro país.”). Además, la Corte declaró que adoptar el argumento de los demandantes expandiría inapropiadamente la excepción de actividad comercial, explicando que, bajo la teoría de los demandantes, “cualquier alegación del uso imprudente de dólares fuera de los Estados Unidos conduciría posiblemente a una dispensa de inmunidad soberana, siempre y cuando el demandante pudiera demostrar que esos dólares fueron adquiridos en transacciones basadas en dicho país. Dado el rol de Nueva York como un centro financiero mundial, cada país y cada banco central estarían en riesgo de perder su inmunidad soberana sobre esta base”. *Id.* en *12.

Implicaciones

La decisión de el Segundo Circuito admite la realidad de que los Estados soberanos y sus entidades controladas están intrínsecamente ligados, y confirma que aún los vínculos extensos y colaboración no darán lugar, sin más, a un veredicto de “alter ego”. La decisión confirma los principios establecidos en *Bancec*, y su minucioso análisis de los hechos clarifica que un escenario de “alter ego” requerirá una combinación de control o abuso de formas corporativas muy significativas y fuera de lo común por parte del Estado. Por lo tanto, excepto en casos excepcionales, los demandantes no podrán hacer responsable a la entidades estatales descentralizadas por las deudas del Estado, y los acreedores con sentencias favorables de un Estado soberano no podrán ejecutar sus sentencias contra los bienes de una entidad estatal o agencia situados en Nueva York.

Además, la decisión confirma que la actividad comercial en los Estados Unidos desarrollada por una entidad estatal no dará lugar a una dispensa de inmunidad soberana a menos que el reclamo del demandante esté directamente ligado a esa actividad comercial. El uso rutinario de cuentas bancarias de Nueva York o las transacciones para la obtención de dólares estadounidenses no servirán, por sí mismos, de base para dispensar inmunidad soberana en los Estados Unidos.

La decisión es la tercera consecutiva emitida por el Segundo Circuito desde el 2007 relacionada con la responsabilidad del BCRA por la deuda soberana argentina. Ver *EM Ltd v. Republic of Argentina*, 473 F.3d 463, 480 (2d Cir. 2007); *NML Capital, Ltd. v. Banco Central de la República Argentina*, 652 F.3d 172 (2d Cir. 2011).

NOTICIA PARA CLIENTES:
(continuación)

Chaffetz Lindsey es un estudio jurídico especializado en litigios y arbitrajes situado en Nueva York que cuenta con amplia experiencia en el derecho de los EE.UU. sobre las inmunidades soberanas extranjeras y pleitos a favor y en contra de Estados soberanos. Este artículo es provisto como un servicio para nuestros clientes y colegas y no constituye asesoramiento legal. Si tuviera cualquier pregunta acerca de esta decisión o de nuestra práctica, por favor contacte a cualquiera de los abogados con que ha trabajado en el pasado o a cualquiera de los siguientes abogados

INFOMACIÓN DE CONTACTO.

David Lindsey

SOCIO

tel: +1 212 257 6966

fax: +1 212 257 6950

d.lindsey@chaffetzlindsey.com

James Hosking

SOCIO

tel: +1 212 257 6963

fax: +1 212 257 6950

j.hosking@chaffetzlindsey.com

Cecilia Moss

SOCIA

tel: +1 212 257 6964

fax: +1 212 257 6950

c.moss@chaffetzlindsey.com

Andreas Frischknecht

SOCIO

tel: +1 212 257 6965

fax: +1 212 257 6950

a.frischknecht@chaffetzlindsey.com

Jennifer Permesly

SOCIA

tel: +1 212 257 6941

fax: +1 212 257 6950

j.permesly@chaffetzlindsey.com

Chaffetz Lindsey LLP

505 Fifth Avenue, 4th Floor, New York, NY 10017

Tel: +1 212 257 6960 | fax: +1 212 257 6950

Para más información sobre nuestra experiencia y nuestra firma, por favor ir a: www.chaffetzlindsey.com.

© CHAFFETZ LINDSEY LLP 2015.