Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

DE LA INMUNIDAD ABSOLUTA AL *ALTER EGO*: LOS ATAQUES DE LOS *HOLDOUTS* CONTRA EL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Alejandro Ezequiel COTO*

Fecha de recepción: 27 de noviembre de 2015
Fecha de aprobación: 23 de enero de 2016

Resumen

En 1994, el Estado Nacional celebró un contrato de agencia fiscal para que rija sobre las distintas emisiones de deuda pública externa que luego haría a lo largo de esa década: el *Fiscal Agency Agreement* (FAA). Sumergida en lo profundo de la crisis económica, política y social que la azotó en 2001, la República Argentina incurrió en *default* respecto de sus obligaciones bajo el FAA.

En este artículo se aborda la construcción jurídica relativa a la competencia de los tribunales de Nueva York para conocer en los procesos iniciados por los *holdouts* contra Estado Nacional y en los intentos de aquéllos de embargar y ejecutar las sentencias con activos de otra persona jurídica: el Banco Central de la República Argentina.

Palabras clave

Soberanía – inmunidad de ejecución – inmunidad de jurisdicción - doctrina del *alter ego* – actividad comercial – *acta iure imperii* – *acta iure gestionis* – Banco Central de la República Argentina – *holdouts* – deuda soberana – *Foreign Sovereign Immunities Act*

* Abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) (Argentina). Bachiller graduado del Colegio Nacional de Buenos Aires (UBA). Agente de la propiedad industrial. Ex Director, Subdirector y Redactor de la revista Lecciones y Ensayos (UBA). Ex becario de investigación en el proyecto DeCyT 2014-2016 (DCT1405). Correo electrónico de contacto: alexandroscoto@gmail.com
Agradezco a Francisco Ignacio ARAS por su importante colaboración en la confección y revisión de este artículo.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

FROM ABSOLUTE IMMUNITY TO THE *ALTER EGO* DOCTRINE: THE HOLDOUT ATTACKS AGAINST THE CENTRAL BANK OF THE ARGENTINE REPUBLIC

Abstract

In 1994, the Argentine Republic executed a fiscal agency agreement for ruling the numerous global bonds that it would utterly issue throughout that decade. Submerged in the deepest part of the economic, political and social crisis that scourged the country in 2001, the Argentine Republic incurred in default in relation to its obligations under the Fiscal Agency Agreement and the securities issued under its rule.

This article reviews the juridical foundations of the jurisdiction of the courts of New York City for adjudicating in the claims filed by holdouts against the Argentine Republic and also in their intent of attaching and executing their judgments with assets of a different juridical person: the Central Bank of the Argentine Republic.

Keywords

Sovereignty – execution immunity – jurisdiction immunity - *alter ego* doctrine – commercial activity – *acta iure imperii* – *acta iure gestionis* – Banco Central de la República Argentina – holdouts – sovereign debt – Foreign Sovereign Immunities Act

I. Introducción

a) Proemio

La deuda externa condiciona a la República Argentina desde hace más de treinta años y no existe ningún indicio de que esta situación vaya a cambiar en un futuro próximo.[1] A pesar de su evidente importancia y carácter estratégico en términos de los intereses nacionales, este tema ocupa un lugar marginal —en el mejor de los casos— en los programas de estudios de nuestras escuelas de Derecho. Así, abandonados a las oscilantes opiniones de nuestros comunicadores y otros expertos de ocasión, nos hemos

1 Aquí deberíamos matizar el período de la década de los noventa, cuando la Argentina tuvo fluido acceso al crédito. En cualquier caso, el crédito externo fue un elemento principal para las políticas aperturistas aplicadas en las presidencias de Carlos Saúl Menem.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

convencido de que la cuestión de la deuda externa es demasiado compleja como para ser entendida, estudiada y atendida.[2] Aquí abordamos esta cuestión con el cuidado de no sucumbir ante la fácil tentación de adherir al discurso de alguna de las partes en pugna. Entendemos que un pensamiento que adhiere acríticamente es más pernicioso que la mismísima ignorancia, puesto que el adoctrinado debe experimentar una *anagnórisis* antes de encontrar una nueva verdad.

El tema de este artículo son los ataques procesales de algunos *holdouts*[3] a los activos del Banco Central de la República Argentina (BCRA) mediante los cuales intentaron ejecutar sus sentencias contra el Estado Nacional. Esta elección no es inocente: las autoridades monetarias —función, por lo general, atribuida a los bancos centrales— realizan actividades esenciales para la estabilidad de las economías nacionales. Estas materias son tradicionalmente consideradas soberanas y los recursos de aquellas entidades son determinantes para el desarrollo y bienestar nacional. De aquí nuestro interés en la atención conferida al Banco Central de la República Argentina por los tribunales de Nueva York en relación con relaciones jurídicas en las cuales éste no es parte.

En términos conceptuales, construimos nuestro análisis desde el llano. El sistema jurídico que aplica a las relaciones bajo análisis es frondoso y, por lo general, desconocido. Sin ir más lejos, aquí confluyen normas de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, y Derecho federal de los Estados Unidos de América. La consideración del Derecho estadounidense es inevitable cuando el propio Estado Nacional consintió su aplicación. Así, nuestra incompetencia para expedirnos respecto de aquél implicaría resignar el destino de los intereses nacionales a manos e intelectos foráneos. Para nosotros, esto no es una opción. Por eso, el núcleo argumental de este artículo está construido en torno a reglas extranjeras en lengua extranjera. La difundida enseñanza del inglés en nuestro país nos permite augurar que esto no distorsiona la inteligibilidad del desarrollo, pero que sí propicia la inmediatez entre los lectores y el objeto. Esta cercanía

2 Esto ya lo hemos apuntado en un artículo anterior y allí nos remitimos: COTO y MONCAUT (2015).

3 Por *holdouts* designamos a los bonistas tenedores de bonos que no fueron canjeados en oportunidad de los canjes ofrecidos por la Argentina. El origen de esta denominación radica en que aquéllos están excluidos o se mantienen fuera (en inglés, *hold-out*) de tales canjes, en oposición a los *holdins* que sí están incluidos. Contrariamente a lo que manifestáramos en COTO y MONCAUT (2015), se debe advertir que no todos los *holdouts* rechazaron los canjes, puesto que los bonos continuaron comerciándose en el mercado secundario y algunos pudieron haberlos adquirido con posterioridad a tales canjes.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

es un paso imprescindible cualquier intento honesto de abrir a la luz esta materia, insistimos, de interés nacional.

II. Soberanía, inmunidad y restricciones

a) Soberanía

En los orígenes de la concepción de la soberanía estatal (s. XVI), BODIN (1985) sosteía que aquélla "no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo" (p. 49) y "es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otros y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; esto no puede ser hecho por quien está sujeto a las leyes o a otra persona" (pp. 52-3). Así, cada Estado era siempre inmune a ser sometido a cualquier regla que no fuera autónoma puesto que *in parem non habet imperium* (entre pares no hay imperio) (REMIRO BROTÓNS, 2010: 565).

La historia ha demostrado que la coexistencia pacífica de los Estados requiere la existencia de reglas por las cuales se determinen sus derechos y obligaciones. Si bien no es unánime en la doctrina la fijación del hito inicial del Derecho Internacional Público, hay cierto consenso sobre que la Paz de Wesfalia (1648) fue un punto de quiebre porque allí se definió un nuevo concepto de soberanía nacional (REMIRO BROTÓNS, 2010: 45)[4]. Éste estaba fundado en tres principios fundamentales: (i) soberanía interna absoluta de los Estados y autodeterminación de las naciones; (ii) igualdad legal interestatal; y (iii) no-intervención de un Estado en los asuntos internos de otro Estado.

A pesar de los siglos transcurridos, estos principios aún son centrales para el Derecho Internacional Público y la organización actual de la comunidad internacional tal

4 "Sin embargo, reconociendo el valor que el estudio de tales relaciones tiene desde un punto de vista histórico, antropológico y, hasta cierto punto, comparado, para explicar el nacimiento de la sociedad y del Derecho Internacional tal como hoy lo conocemos, basta con tomar como punto de partida la aparición y desarrollo en el continente europeo de una sociedad de Estados soberanos e independientes, que arranca a mediados de siglo XV con la desintegración de la llamada *Respública Christiana* (bajo la diarquía en tensión Imperio-Papado) y se asienta dos siglos más tarde con la Paz de Westfalia (1648). La sociedad internacional de nuestro tiempo, es el resultado de la expansión y, finalmente, la universalización de esa sociedad, de sus valores, instituciones, reglas y prácticas" (REMIRO BROTÓNS, 2010: 45).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

como la conocemos. Baste como prueba de ello su recepción en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, "ONU") (*e.g.* arts. 2.1 y 2.7), la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU y la Carta de la Organización de Estados Americanos [*e.g.*, arts. 3.b), 3.e), 10 y 19].

b) Inmunidad de jurisdicción

Uno de los correlatos de la soberanía es la *inmunidad*, que consiste en la ausencia o necesidad de no ejercer o suspender el ejercicio de un poder (soberano). Entre las distintas fases de este concepto, la inmunidad de jurisdicción es la que implica la impotencia jurídica de un Estado de someter a otro ante sus tribunales, independientemente de la instancia procesal de que se trate.

En lo atinente a cuándo existe la inmunidad de jurisdicción, hay dos posiciones básicas: (i) una absoluta (o incondicionada), por la cual los Estados tienen siempre inmunidad ante los tribunales de otro Estado, salvo que consientan tal competencia jurisdiccional (GOLDSCHMIDT, 1970);[5] y (ii) una relativa (o condicionada), según la cual existen situaciones en las cuales un Estado está sometido a la competencia jurisdiccional de otro. A su vez, de conformidad con la concepción relativa, la actuación estatal se divide en: (ii.1) actos celebrados como persona de Derecho Público, en ejercicio de la soberanía (*acta iure imperii*); y (ii.2) actos celebrados como persona de Derecho Privado, que no implicarían un ejercicio de soberanía (*acta iure gestionis*) (REMIRO BROTÓNS, 2010). En estos términos, un Estado tendría competencia jurisdiccional sobre otro Estado respecto de sus *acta iure gestionis* (cuando hubiera un emplazamiento que justificara la competencia

5 En este sentido, se ha sostenido que "[l]o que importa no es si un Estado extranjero ha actuado *iure gestionis*, sino si la sujeción de un Estado extranjero a los tribunales de otro contra su voluntad, constituye un acto de gestión o un acto de imperio del país cuyos tribunales proceden. No cabe duda alguna de que se trata de un acto de imperio del Estado que ejerce la jurisdicción. Y tal acto de imperio de uno no puede justificarse por un anterior acto de gestión del otro, pues tal actitud no se basa en una resolución voluntaria, conforme ocurre cuando un Estado actúa en su propio territorio como persona jurídica de Derecho Privado, sino en la necesidad que le impone el Estado en cuyo territorio gestiona, ya que, excepción hecha del servicio exterior, en tiempos de paz un Estado actúa siempre en el territorio de otro en carácter *iure gestionis*.— La tesis tradicional de la exención incondicional de un país extranjero de la propia jurisdicción, es más justa que la doctrina de la excepción restringida… el ideal consistiría en tribunales internacionales con poder jurisdiccional coactivo. Pero mientras ellos no existan, vale más para la paz internacional respetar la voluntad soberana del país extranjero, que intentar violarla" (GOLDSCHMIDT, 1970: 350).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

jurisdiccional de sus tribunales), o si el segundo Estado consintiera la jurisdicción del primero.

En un segundo nivel de análisis, hay acuerdo en que la inmunidad de jurisdicción tiene dos vertientes fundamentales: la inmunidad de jurisdicción propiamente dicha (*immunitas iurisdictionis*) y la inmunidad de ejecución (*immunitas executionis*). La primera consiste en la ausencia de poder jurídico de un Estado de resolver la determinación de los hechos, el derecho aplicable, y la creación de la norma particular para resolver la controversia que tenga por parte a otro Estado (*iurisdictio*); mientras que la inmunidad de ejecución es la ausencia de *imperium* de un Estado para aplicar medidas ejecutorias o de fuerza en el marco de un proceso contra otro Estado con anterioridad, simultaneidad o posterioridad a la sentencia.

c) Límites a la inmunidad de jurisdicción

De la misma manera que la comunidad internacional no concibe a la soberanía como una potestad ilimitada, el Derecho Internacional Público ha incorporado principios por los cuales se restringe el alcance de las inmunidades. Así, por ejemplo, la Convención de la ONU sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes establece que "[t]odo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención" (art. 5), pero impide su aplicación "en relación con una cuestión o asunto si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con aquélla o ese asunto […] en un contrato escrito" (art. 7);[6] y si "realiza una transacción mercantil con una persona natural o jurídica extranjera, y si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a esa transacción mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado" (art. 10).[7] Para facilitar la aplicación de sus

6 "La inmunidad de jurisdicción es *renunciable*, pudiendo estimarse la renuncia implícita cuando un Estado participa en un proceso ante los tribunales de otro Estado, ya sea incoando el proceso, interviniendo en él o realizado cualquier otro acto en relación con el fondo" (REMIRO BROTÓNS, 2010: 572–3).

7 Asimismo, los artículos 18 a 21 de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes de la ONU refieren a los límites de las inmunidades en relación a medidas coercitivas en relación con un proceso ante un tribunal.
Respecto de la Convención, REMIRO BROTÓNS (2010) apuntó que "[l]a definición del Estado fue uno de los puntos de discordia en la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas. La Convención entiende por *Estado* no sólo a sus diversos órganos de gobierno y sus representantes, sino también a

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

reglas, la convención enumera una serie de bienes protegidos por la inmunidad, al presumirse *iuris et de iure* adscritos a un servicio público no comercial, entre los que están los bienes de los bancos centrales y otras autoridades monetarias del Estado (art. 21.1).

Aunque la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes no logró la cantidad de adhesiones requerida para entrar en vigencia, sus principios han sido reconocidos como costumbre internacional[8] por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, "CIJ") (2012).[9]

d) Posición de la Argentina sobre la inmunidad de jurisdicción

En este subacápite se aborda la evolución de la posición de la Argentina respecto de la inmunidad de jurisdicción. Para su apreciación debe advertirse que los actos unilaterales de los Estados son manifestaciones de voluntad para el Derecho Internacional Público y, bajo determinadas circunstancias, son vinculantes. Así, la jurisprudencia y legislación deben considerarse indicativas de la posición del Estado Nacional respecto de esta cuestión en términos de reciprocidad (*comitias gentium*).

La posición argentina debe concebirse desde la inexistencia de normas relacionadas hasta 1958. Por ello, la deducción del criterio estatal debe hacerse a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, la "Corte" o

---

los elementos constitutivos de un estado federal o las subdivisiones políticas del Estado y los organismos, instituciones y otras entidades que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado (art. 2.1.*b*)" (p. 572).

8 Al respecto, corresponde recordar que la costumbre internacional es fuente de Derecho Internacional Público según el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

9 Cfr. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (p. 35), consultado en [http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf] el 09.09.2014.

Entre los argumentos a favor del carácter consuetudinario de estos principios, la CIJ argumentó que varios Estados habían sancionado normas relativas a la improcedencia de la inmunidad de jurisdicción en distintos supuestos. En este sentido, (i) la *Foreign Sovereign Immunities Act* (1976) de Estados Unidos de América; (ii) la *State Immunity Act* (1978) de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; (iii) la *Foreign States Immunities Act* (1981) de República de Sudáfrica; (iv) la *State Immunity Act* (1985) de Canadá, la *Foreign States Immunities Act* (1985) de la República de Singapur; (v) la ley 24.488 (1995) de la República Argentina; (vi) la *Foreign State Immunity Law* (2008) del Estado de Israel; y (vii) la *Act on the Civil Jurisdiction* (2008) del Estado de Japón. No parece una casualidad que todas estas normas sean posteriores a la primera mitad de la década de 1970.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

"CSJN"), que no ha sido unívoca sino oscilante como la evolución del concepto de soberanía en el Derecho Internacional Público.

La primera tesis a referir es la sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "José B. Zubiaurre c. Gobierno de Bolivia" (05.06.1899), donde el tribunal declaró su incompetencia para conocer una demanda contra un Estado extranjero (Fallos: 79:124):[10]

> [n]i la Constitución nacional, en sus artículos 100 y 101, ni la ley de competencia federal de 1986, en su artículo 1, ha incluido entre las causas cuyo conocimiento atribuyen a la jurisdicción originaria de V.E. las demandas contra un gobierno extranjero, ni esto fuera posible ante los principios dominantes del derecho público internacional, que proclaman la extraterritorialidad y la independencia jurisdiccional de las respectivas soberanías.

En "Baima y Bessolino c. Gobierno del Paraguay" (26.02.1916), la Corte morigera su doctrina anterior, para sostener que (Fallos: 123:58):

> si un particular es el demandante contra un gobierno extranjero debe ocurrir al juez de sección, para que éste transmita la demanda, por intermedio del Poder Ejecutivo Nacional, al representante de la Nación demandada, que aceptará o declinará a su arbitrio la jurisdicción, no pudiendo ser otro el alcance de la cláusula final del artículo 100 de nuestra Constitución.

En consecuencia, el criterio original de la inmunidad de jurisdicción absoluta cede ante la admisión del consentimiento del estado extranjero como excepción. La CSJN reitera esta misma doctrina en el fallo "Ibarra y cía. c. Capitán del vapor español Ibaí" (1937) (Fallos: 178:173), que incluye una categórica cita de Madison: "[n]o concibo que una controversia pueda ser decidida en estos tribunales entre un Estado americano y un país extranjero sin el consentimiento de las partes".

10 Del dictamen del Procurador General de la Nación, al cual adhiere la CSJN para resolver.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Sancionada en 1950, la ley 13.998 receptaba la jurisprudencia mencionada en el artículo 24, según el cual:

> [l]a Corte Suprema de Justicia conocerá: 1°) Originaria y exclusivamente en las causas que se susciten entre la Nación o una provincia o sus vecinos con un Estado extranjero [...]. No se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero, sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio.

Pese a ser derogada por el decreto-ley 1258/1958, este criterio fue reiterado por esta nueva norma (art. 24, inc. 1). Tal posición fue ulteriormente relativizada con el dictado del decreto-ley 9015/1963, que incorporó el siguiente párrafo al artículo transcripto:[11]

> [e]l Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso el Estado extranjero, con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina.

En seguimiento del texto legal, la Corte denegó la declaración de inconstitucionalidad de la regla transcripta en razón de la distinción entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*, en la consideración de que ella tenía su fuente en el Derecho Internacional e implicaba la positivización del principio de inmunidad de los Estados en el Derecho interno (Fallos: 292:246, 295:176; 305:2150; 310:1633; 311:327; 315:7779; 316:3111).

Sin embargo, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió a partir del caso "Manauta, Juan J. y otros c. Embajada de la Federación Rusa" (22.12.1994). Allí, el tribunal sostuvo que:

> a la vista de la práctica actual divergente de los Estados, ya no es

11 Omitiremos aquí la referencia a la reforma de este texto por la ley 21.708, puesto que la modificación del artículo 24 no es relevante a los fines de este artículo.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de Derecho Internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad. Prueba de ello son los textos legislativos modernos que se enrolan claramente en la teoría restrictiva, tales como la "Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados" (1972), la *Foreign Sovereign Immunities Act* de los Estados Unidos (1976), la *State Immunity Act* de Gran Bretaña (1978), entre muchos otros. Asimismo, el proyecto sobre inmunidad de jurisdicción elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sigue la teoría restrictiva [… y] no siempre se aplica a la Argentina en los foros extranjeros la tesis absoluta. Se admitieron demandas en su contra, aun en casos en los que el carácter de acto de gestión del hecho impugnado era sumamente controvertible.[12]

De lo anterior se desprende que la CSJN sostuviera que la *ratio legis* del artículo 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/1958 no fuera aplicable al caso, cuando una interpretación opuesta (Fallos: 317:1880) conduciría:

> al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales. Todo ello conduciría a un grave peligro de su derecho humano a la jurisdicción, peligro que el derecho internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a inducir.

Con posterioridad a este fallo, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.488 (Ley de Inmunidad de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos), por la que se derogó el decreto-ley referido. Por esta ley se estableció el principio general de inmunidad a la jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos (art. 1), salvo

12 Probablemente esta alusión corresponda al *leading case* "República Argentina c. Weltover, Inc.", resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCOTUS) y que es abordado en el Acápite III(b)(ii).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

excepciones como que (i) el Estado extranjero hubiera expresado su consentimiento a favor de la competencia jurisdiccional de los tribunales argentinos por tratado internacional, contrato escrito o declaración en un caso determinado (art. 2, inc. a), o (ii) la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato o del derecho internacional (*acta iure gestionis*) (art. 2, inc. c). Recordemos estos dos supuestos de excepción de la inmunidad de jurisdicción (consentimiento y desarrollo actividad comercial), puesto que se repetirán en el desarrollo

Por lo tanto, la Argentina reconoce el principio de inmunidad de jurisdicción en términos restrictivos tanto por la vigencia de la ley 24.488 cuanto por la jurisprudencia de la CSJN (Fallos: 321:2434; 321:2594; 322:1905; 316:1669; 322:2399; 323:959; 324:1648; 324:2885).

III. Inmunidad de jurisdicción, inmunidad de ejecución y competencia de los tribunales con asiento en Nueva York

Según la posición absoluta, la inmunidad de jurisdicción no aplica cuando un Estado consiente la competencia jurisdiccional de otro para que conozca en una controversia que lo tiene por parte. Sin embargo, este consentimiento puede no ser necesario para este otro Estado, cuyo Derecho puede reconocer competencia a sus tribunales con fundamento en la verificación de un emplazamiento jurídico determinado. En esta sección abordamos estos dos aspectos. En primer lugar, exponemos el consentimiento del Estado Nacional respecto de la competencia de los tribunales con asiento en Nueva York, expresado en el *Fiscal Agency Agreement* de 1994 (Subsección III(a)). Luego, introducimos la *Foreign Sovereign Immunities Act*, es decir, la norma federal de los Estados Unidos de América que regula los principios y excepciones en materia de inmunidades de jurisdicción y ejecución (Subsección III(b)).

a) Tribunal competente y renuncias de inmunidad según el Fiscal Agency Agreement *celebrado entre el Estado Nacional y Bankers Trust Company el 19.10.1994*

A principio de la década de los años noventa, la Argentina entró al Plan Brady, con el cual logró una quita (insignificante) de la deuda externa a corto plazo y reconoció (mediante títulos denominados en moneda extranjera) la deuda heredada de la gestión macroeconómica de la última dictadura militar y los intereses desde su *default* (DAMILL,

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

FRENKEL y RAPETTI, 2005). En el marco de este plan, el Estado Nacional celebró el *Fiscal Agency Agreement* con el Bankers Trust Company en 1994 (en adelante, "FAA"), contrato en el marco del cual se emitieron distintas series de bonos globales.[13] Así, nuestro interés en el FAA reside en que rige sobre muchos de los bonos en poder de los *holdouts*.

Una simple lectura del FAA es suficiente para advertir que el Estado Nacional renunció allí irrevocablemente a su inmunidad de jurisdicción ante cualquier controversia relativa al contrato o a los bonos emitidos en su marco, y que expresamente aceptó la competencia de cualquier tribunal estatal o federal con asiento en la ciudad de Nueva York (ARGENTINA, 1994).[14] El texto de su artículo 22 era tan claro como redundante cuando reza que:

> [t]he Republic hereby irrevocably and unconditionally waives, to the fullest extent permitted by law, any objection which it may now or hereafter have to the laying venue of any aforesaid action arising out of or in connection with this Agreement brought in any such court has been brought in an inconvenient forum. Neither such appointment nor such acceptance of jurisdiction shall be interpreted to include actions brought under the United States federal securities laws. This appointment and acceptance of jurisdiction is intended to be effective upon execution of this agreement without any further act by the Republic before any such court and introduction of a true copy of this Agreement into evidence shall be conclusive and final evidence of such waiver.
>
> […] The Republic hereby irrevocably waives and agrees not to plead any immunity from the jurisdiction of any such court to which it might otherwise be entitled in any action arising out of or based on the Securities or this Agreement by the holder of any Security.

13 No debe confundirse este *Fiscal Agency Agreement* con el celebrado por el Estado Nacional y Citibank N.A. (07.04.1993).

14 El artículo 22 del FAA antes define a tales acciones como: "any action arising out of or based on the Securities or this Agreement by the holder of any Security which may be instituted in any state or federal court in The City of New York" (ARGENTINA, 1994).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

De esta manera, el Estado Nacional renunció inclusive a objetar la competencia de tales tribunales en forma irrevocable, incondicional y con el máximo alcance permitido por el Derecho. Asimismo, es importante advertir que el artículo 23 del FAA establece que se rige por las leyes del Estado de Nueva York, según las cuales también debe ser interpretado (ARGENTINA, 1994).[15-16]

Por su parte, los términos atinentes a la inmunidad de ejecución estaban

15 "This Agreement shall be governed by, and interpreted in accordance with, the laws of the State of New York…" (art. 23, FAA).

16 Los Estados emiten deuda pública externa porque necesitan activos financieros que no están disponibles en sus economías *internas* o que están disponibles bajo términos peores que los ofertados por el sector externo. En consecuencia, el mercado primario de las emisiones de deuda pública externa tiene generalmente por adquirentes principales a los inversores extranjeros.

Por definición, la inversión implica la asunción de un riesgo con la expectativa de obtener un beneficio. Así, los inversores adquieren los bonos con la expectativa de cobrar intereses en determinados plazos, y el riesgo que asumen consiste en la posibilidad de que el Estado incumpla con los términos de emisión de los bonos. Así, dado el Estado tiene la obligación de cumplir con sus obligaciones, y los bonistas tienen derecho a requerir el cumplimiento forzoso a través del servicio de justicia.

La cuestión entonces es la definición de los tribunales competentes para conocer en aquellas controversias. Si los únicos tribunales competentes fueran los del Estado emisor, los inversores extranjeros no sólo tendrían que enfrentar las inconveniencias de litigar lejos de su domicilio sino también el riesgo de ser juzgados parcialmente. Otro tanto cabría afirmar respecto del Derecho, que no sólo es desconocido por los inversores, sino que también podría ser modificado por el Estado deudor en detrimento de las obligaciones asumidas. Sea por legislación o por jurisdicción, nótese que en ambos casos el Estado estaría ejerciendo su soberanía.

En estos términos, los sometimientos a tribunales y Derecho extranjeros se presentan como imprescindibles para que los bonos emitidos sean atractivos para los inversores extranjeros y que el riesgo percibido no sea superior al que están dispuestos a asumir. Aquí se supone que a menor riesgo percibido, mayor es la confianza (crédito) que motiva el activo, mayor es el valor de éste y menor es costo de endeudamiento para el Estado.

Este sucinto escenario se completa con las diferencias que existen entre un crédito contra un particular y otro contra el Estado en miras a su realización. El acreedor de una deuda contra un deudor particular tiene acción para requerir su pago y, eventualmente, ejecutar parte de los bienes del deudor. En algunos casos, el acreedor hasta podría solicitar la liquidación del patrimonio de éste, sin que ello implique que los bienes serán suficientes para satisfacer totalmente las deudas al final del proceso. Por el contrario, las deudas del Estado están regidas por reglas que tutelan intereses públicos y, en consecuencia, limitan la realización de los bienes del Estado a los de dominio privado —o afectados a la actividad de naturaleza privada (*acta iure gestionis*)—, puesto que el resto está afectado a la actividad pública (*acta iure imperii*) y, en consecuencia, bajo inmunidad de ejecución.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

contenidos en el modelo de bono del FAA (ARGENTINA, 1994: A-17):[17]

> [t]he Republic agrees that a final non-appelable judgment in any such Related Proceeding […] shall be conclusive upon it and may be enforced in any Specified Court or in any other courts to the jurisdiction of which the Republic is or may be subject […], by a suit upon such judgment.

De esta manera, la República Argentina renunció a su inmunidad de jurisdicción y de ejecución con los máximos alcances permitidos por el Derecho. Esto verifica el primer supuesto de excepción general de la inmunidad: el consentimiento del Estado.

b) Ley de jurisdicción de los EUA sobre Estados extranjeros: Foreign Sovereign Immunities Act

La *Foreign Sovereign Immunities Act* (en adelante, "FSIA") es la ley federal de los Estados Unidos de América (en adelante, "EUA") que establece las reglas relativas a las inmunidades soberanas de los Estados extranjeros.[18] La importancia de esta norma es central para nuestro análisis, puesto que la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EUA (en adelante, "SCOTUS") reconoce el principio de inmunidad soberana de los Estados (HLR, 2010),[19] y que la FSIA es "única base para la obtención de jurisdicción sobre un

17 En igual sentido, ver ARGENTINA (2010): "[t]he bonds issued pursuant to the FAA further provided that to the extent that "the *Republic or any of its revenues, assets or properties*" shall be entitled to immunity, the Republic waived such immunity, to the extent permitted by law […]. *See, e.g.*, Global Note for Bond US040114AR16 at A-15 (Ex. D) (emphasis added)" (pp. 14-5).

18 Es importante aquí aclarar que la definición del concepto de "Estado extranjero" que se aplica en la FSIA es mucho más amplia que lo que normalmente se significaría por ese término. Así, (a) A "foreign state", except as used in section 1608 of this title, includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).— (b) An "agency or instrumentality of a foreign state" means any entity— (1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and (2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and (3) which is neither a citizen of a State of the United States […], nor created under the laws of any third country" (sección 1603, título 28 del *United States Code*).

19 "The United States has a long and rich jurisprudence of sovereign immunity, dating to the 1812 case of *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, which provided absolute immunity from suit because such "interference cannot take place without affecting [the sovereign's] power and his dignity"" (HLR, 2010: 554). La referencia corresponde al fallo de la SCOTUS "*The Schooner Exchange v. M'Faddon*" (11

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Estado extranjero" por los tribunales de los EUA.[20]

i) Inmunidad de jurisdicción según la Foreign Sovereign Immunities Act

La cuestión de la inmunidad de jurisdicción es regulada por la FSIA conforme los lineamientos de la concepción relativa que apuntáramos en la Subsección II(b). De esta manera, la norma establece como principio que "un Estado extranjero será inmune a la jurisdicción de las cortes de los Estados Unidos y de los Estados excepto lo dispuesto en las secciones 106 a 107 de este capítulo" (§ 1604, título 28 del *United States Code*).[21-22]

Ahora bien, los supuestos de excepción que interesan a los casos de la República Argentina y los *holdouts* son los siguientes (§ 1605):

> (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—
>
> (1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication [...];
>
> (2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States [...].

U.S. 116) de 1812.

20 La FSIA "provides the sole basis for obtaining jurisdiction over a foreign state in the courts of this country", en *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989).

21 "Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter" (28 *U.S. Code* § 1604).

22 La FSIA está incorporada al *United States Code* y es por ello que las referencias normativas que se harán en lo sucesivo remitirán a ese cuerpo normativo. Por otra parte, en aquellos casos en que no se especifique la pertenencia de las secciones, deberá entenderse que corresponden al título 28 del *United States Code*.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En la parte transcripta de la sección 1605 están los dos supuestos genéricos principales: (1) la renuncia de inmunidad de jurisdicción explícita o implícita por el Estado extranjero, y (2) la relación entre los fundamentos de la acción y una actividad comercial realizada por el Estado extranjero.[23] A su vez, este supuesto tiene tres especies posibles: (a) que la acción tenga por causa a una actividad comercial realizada en los EUA por el Estado extranjero; (ii) que la acción tenga por causa a un acto realizado en los EUA por el Estado extranjero y con relación a una actividad comercial de tal Estado desarrollada en otro lugar, o (iii) un acto realizado por el Estado extranjero fuera de los EUA en relación con una actividad comercial de tal estado desarrollada también fuera de los EUA, cuando aquel acto tenga efectos directos en los Estados Unidos.

Tal como expusiera en la Subsección III(a), el Estado Nacional renunció a su inmunidad de jurisdicción en el FAA y se sometió a la competencia de los tribunales con asiento en Nueva York y al Derecho aplicable en tal estado. No obstante, a la luz del la sección 1605(a)(2), tales tribunales serían competentes aún si no existiera tal consentimiento y se verificarse alguno de los supuestos de excepción relacionados con la actividad comercial. En el caso en concreto, esto depende de qué se significa por "actividad comercial" en la FSIA.

ii) La "actividad comercial" según la FSIA a la luz del caso "República Argentina c. Weltover, Inc." (1992)

El punto de partida obligado para la determinación del concepto de "actividad comercial" es la definición que contiene la FSIA (§ 1603):

> (d) A "commercial activity" means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

De esta manera, la actividad comercial comprende tanto a actos individuales como conductas continuadas o reiteradas, mientras que el carácter comercial debe determinarse

23 Estos supuestos son similares a los contenidos en los incisos a) y c) del artículo 2 de la ley 24.488 (Ley de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en atención a la naturaleza de la conducta y no a su propósito. Sin embargo, la norma omite definir en qué consiste el carácter comercial,[24] cuestión que consideró la SCOTUS en "*República Argentina v. Weltover, Inc*." (504 U.S. 607) (en adelante, "*Weltover*"). Dado que este caso hace directamente a la historia de la deuda externa de nuestro país y la doctrina resultante es importante para el desarrollo de este artículo, a continuación abordaremos sucintamente los hechos y la cuestión jurídica.

En 1982, el Estado Nacional emitió bonos a través del Banco Central de la República Argentina (decretos 1334/82, 1336/82 y 1603/82)[25] porque carecía de reservas en divisas necesarias para pagar la totalidad de sus obligaciones externas, muchas de ellas contraídas en el programa de seguros de cambio.[26] Estos bonos fueron aceptados por los acreedores y la crisis fue *pedaleada* hasta 1986, cuando el Estado

24 "This definition, however, leaves the critical term "commercial" largely undefined: The first sentence simply establishes that the commercial nature of an activity does not depend upon whether it is a single act or a regular course of conduct; and the second sentence merely specifies what element of the conduct determines commerciality (*i. e.*, nature rather than purpose), but still without saying what "commercial" means" (SCOTUS, 1992: 612).

25 Los considerandos del primero de estos decretos son indicativos de la situación de hecho en la cual ocurrió su dictado: "la evolución de la economía nacional ha derivado en una situación del sector externo caracterizada por un muy elevado nivel de endeudamiento y por la falta de disponibilidad de divisas en cantidad suficiente para atender las obligaciones asumidas.— [… T]al estado forma parte de un cuadro crítico a nivel internacional, caracterizado por las dificultades que afronta el sistema financiero para cobrar regularmente el servicio de sus créditos, por una recesión que ha disminuido los precios de varios de los principales productos de exportación del país y por la acentuación de medidas proteccionistas que afectan el acceso de nuestras exportaciones al mercado mundial, configurando un caso de fuerza mayor.— […A]nte dicha situación, el Gobierno Nacional debe proveer un instrumento idóneo para afrontar esas obligaciones a fin de afectar en la menor medida posible la posición de los deudores y acreedores involucrados, que a su vez refleje la disposición a cumplir con los compromisos externos" (decreto 1334/82). Para dimensionar la gravedad del contexto en el cual se emitieron los bonos, es conveniente referir también a los considerandos del decreto 1335/82: "[q]ue la expansión monetaria a que daría lugar la compensación de valores que implicaría como hipótesis de máxima, la renovación de todos los seguros de cambio, sería del orden del treinta y seis por ciento de la base monetaria.— Que tal expansión monetaria provocaría de manera irreversible un estado de emergencia económica por el impacto inflacionario consecuente.— Que dicha coyuntura de absorción monetaria que evite tal estado de emergencia económica.— Que la selección del instrumento de absorción monetaria adecuado, debe tomar en cuenta el estado de necesidad definido por esa previsible situación de grave emergencia económica, dadas las consecuencias que soportaría toda la comunidad si no se evitase, en lo inmediato, aquella expansión monetaria" (decreto 1335/82).

26 El programa de seguros de cambio fue establecido por las comunicaciones "A" 31 (05.06.1981), 54 (14.08.1981), 61 (24.09.1981), 76 (30.11.1981) y 251 (17.11.1982) del Banco Central de la República Argentina.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Nacional quedó nuevamente imposibilitado de cumplir con sus obligaciones financieras.[27] En este contexto, el Poder Ejecutivo Nacional prorrogó unilateralmente las amortizaciones de capital de la deuda externa de los bonos, decisión fue "adoptada exclusivamente con el fin de implementar la política monetaria de Gobierno para encarar la continuada crisis de pagos externos que enfrenta el país" (decreto 772/86). En otras palabras, la medida decretada implicaba una decisión claramente soberana.

De esta manera, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 772/86 en el marco de sus políticas monetarias para proteger los intereses públicos comprometidos por la grave crisis que afectaba al país. Adviértase aquí lo evidente: la competencia para diseñar e implementar políticas monetarias es inherente a la soberanía, sólo puede ser desarrollada por los Estados y, en consecuencia, no puede calificarse como una actividad o acto *comercial*.

Ahora bien, la prórroga unilateral decretada por el Estado Nacional tenía por finalidad evitar la incursión en *default* de los títulos emitidos (denominados "*Bonods*" y "*Promisory Notes*"). Hubo acreedores que no aceptaron esta reprogramación y accionaron por el incumplimiento (*breach-of-contract*) ante los tribunales con asiento en Nueva York. El Estado Nacional y el Banco Central de la República Argentina fueron condenados y recorrieron la vía procesal hasta la SCOTUS (1992: 607), donde alegaron la incompetencia de tales tribunales en razón de la persona y *forum non conveniens*.

Si bien la SCOTUS advirtió que a la definición legal del carácter comercial era vaga,[28] entendió que éste debía determinarse según la concepción restrictiva de la inmunidad soberana seguida por el Departamento de Estado desde 1952[29] y cuyos

27 "[A]ctualmente el país continúa teniendo insuficientes reservas de divisas para atender la totalidad de los vencimientos para atender la totalidad de los vencimientos de capital e interés del Sector Público […], y por lo tanto se hace necesario seguir implementando un ordenado sistema de astenación de divisas escasas que dé un igual y ecuánime tratamiento a todos los acreedores dentro del marco general de las negociaciones de la deuda externa" (decreto 772/86).
28 Ver nota al pie 24.
29 "[I]n 1952, State Department Legal Advisor Jack Tate announced a policy shift. The so-called "Tate Letter" "surveyed trends in European, East Asian, and South American immunity jurisprudence," and concluded that "little support has been found... for continued full acceptance of the absolute theory." Instead, Tate recommended adoption of the "restrictive" theory of sovereign immunity, which he described as guaranteeing that "the immunity of the sovereign is recognized with regard to sovereign or public acts (*jure imperii*) of a state, but not with respect to private acts (*jure*

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

principios habían sido receptados por la propia FSIA.[30] En este sentido, la SCOTUS afirmó que las acciones de un estado extranjero son comerciales según la FSIA cuando aquél actúa como un sujeto privado actuante en el mercado y no como un agente regulador. Ello por cuanto la cuestión no es si el gobierno extranjero actúa con finalidad de lucro o con el único objetivo de satisfacer objetivos soberanos (*purpose*), sino si la acción realizada es del tipo de acciones que un sujeto privado puede realizar en el comercio (*nature*).[31] En consecuencia (p. 615),

> [t]he commercial character of the Bonods is confirmed by the fact that they are in almost all respects garden-variety debt instruments: They may be held by private parties; they are negotiable and may be traded on the international market

gestionis)"(HLR, 2010: 554).

30 "The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 [...] largely codifies the so-called "restrictive" theory of foreign sovereign immunity first endorsed by the State Department in 1952. The meaning of "commercial" is the meaning generally attached to that term under the restrictive theory at the time the statute was enacted. [...] The plurality stated that the restrictive theory of foreign sovereign immunity would not bar a suit based upon a foreign state's participation in the marketplace in the manner of a private citizen or corporation. 425 U. S., at 698–705. A foreign state engaging in "commercial" activities "do[es] not exercise powers peculiar to sovereigns"; rather, it "exercise[s] only those powers that can also be exercised by private citizens" (SCOTUS, 1992: 614).

31 "In accord with that description, we conclude that when a foreign government acts, not as regulator of a market, but in the manner of a private player within it, the foreign sovereign's actions are "commercial" within the meaning of the FSIA. Moreover, because the Act provides that the commercial character of an act is to be determined by reference to its "nature" rather than its "purpose," 28 U. S. C. § 1603(d), the question is not whether the foreign government is acting with a profit motive or instead with the aim of fulfilling uniquely sovereign objectives. Rather, the issue is whether the particular actions that the foreign state performs (whatever the motive behind them) are the type of actions by which a private party engages in "trade and traffic or commerce" (SCOTUS, 1992: 614).

En este sentido es importante apuntar que los Estados frecuentemente regulan la economía a través de la realización de actos que los privados pueden realizar pero en gran escala (téngase por ejemplo la compra y venta de dólares para regular el tipo de cambio), lo cual implica su exposición a la pérdida de inmunidad según la FSIA en los momentos de mayor vulnerabilidad (HLR, 2010). En el caso de los bancos centrales, esta situación es particularmente grave, por cuanto: "[f]irst, litigious creditors seek any liquid assets they can obtain — specifically the foreign exchange reserves of central banks. Second, central banks are more likely to be acting as private players in the market — creating credit facilities to provide liquidity previously provided by defunct private institutions. Third, central banks are acting at the direction (i.e., as the *alter ego*) of their parent governments" (pp. 550-1). A esto agréguese que muchos de los ataques procesales contra los bancos centrales ocurren en el contexto de crisis económicas, es decir, cuando más determinante es la actividad de aquéllos y también cuando más frecuente es la ocurrencia de *defaults* de deuda soberana (p. 563).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> (except in Argentina); and they promise a future stream of cash income […].[32]

De esta manera, la jurisprudencia estadounidense es conteste en la interpretación amplísima de los supuestos de excepción de la FSIA relacionadas con la actividad comercial, cuya definición está dada por este estándar del actor privado, es decir, la cuestión reside en si un privado podría haber realizado una conducta similar (HLR, 2010).[33]

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde hacer una aclaración importante. Como se señalara en el Acápite III(b)(i), son tres diferentes los casos contenidos en ese numeral y cada uno tiene sus propios requisitos específicos. Según la sección 1605(a)(2), los requisitos a verificarse en el caso *Weltover* para que aplique la excepción habilitante de la competencia de los tribunales de EUA eran: (i) la existencia de un acto fuera de los EUA; (ii) que ese acto tuviera conexión con una actividad comercial del Estado extranjero en algún lugar; y (iii) que ese acto cause un efecto directo en los EUA. En este acápite se expuso que los primeros dos requisitos se cumplieron con el dictado del decreto 772/86, y la emisión de los bonos y la relación entre el Estado Nacional y sus acreedores. Respecto

32 En este mismo sentido, la SCOTUS desestimó otras defensas alegadas por el Estado Nacional en estos términos: "Argentina points to the fact that the transactions in which the Bonods were issued did not have the ordinary commercial consequence of raising capital or financing acquisitions. Assuming for the sake of argument that this is not an example of judging the commerciality of a transaction by its purpose, the ready answer is that private parties regularly issue bonds, not just to raise capital or to finance purchases, but also to refinance debt. That is what Argentina did here: By virtue of the earlier FEIC contracts, Argentina was already obligated to supply the United States dollars needed to retire the FEIC-insured debts; the Bonods simply allowed Argentina to restructure its existing obligations. Argentina further asserts (without proof or even elaboration) that it "received consideration [for the Bonods] in no way commensurate with [their] value" […]. Assuming that to be true, it makes no difference. Engaging in a commercial act does not require the receipt of fair value, or even compliance with the common-law requirements of consideration. Argentina argues that the Bonods differ from ordinary debt instruments in that they "were created by the Argentine Government to fulfill its obligations under a foreign exchange program designed to address a domestic credit crisis, and as a component of a program designed to control that nation's critical shortage of foreign exchange" (SCOTUS, 1992: 616).

33 "No obstante, un acto de un Estado puede presentar contenido comercial y, sin embargo, tener naturaleza pública. Así lo reconoció un tribunal de los Estados Unidos en el asunto *Practical Concepts Inc.* (1985) al negar *carácter comercial* a un contrato de servicios celebrado entre dicha sociedad y Bolivia por contener disposiciones impropias de un contrato privado, tales como exenciones fiscales y otros privilegios" (REMIRO BROTÓNS, 2010: 570).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de este último extremo, la SCOTUS afirmó que:

> [w]e nonetheless have little difficulty concluding that Argentina's unilateral rescheduling of the maturity dates on the Bonods had a "direct effect" in the United States. Respondents had designated their accounts in New York as the place of payment, and Argentina made some interest payments into those accounts before announcing that it was rescheduling the payments. Because New York was thus the place of performance for Argentina's ultimate contractual obligations, the rescheduling of those obligations necessarily had a "direct effect" in the United States: Money that was supposed to have been delivered to a New York bank for deposit was not forthcoming.

De esta manera, la FSIA y la doctrina del caso *Weltover* han hecho de sus tribunales una suerte de fuero de atracción con competencia para conocer en todos los casos relacionados con actos comerciales *lato sensu* en los que intervengan Estados en que exista un punto de emplazamiento en tal país (por ejemplo, que Nueva York sea lugar de pago). Y aquí no hablamos ya de renuncia de inmunidad de jurisdicción (al menos, expresa), sino de otro de supuesto excepción de la FSIA diferente: la actividad comercial.

iii) Inmunidad de ejecución según la Foreign Sovereign Immunities Act

En los términos expuestos, la competencia de los tribunales neoyorquinos para conocer en los reclamos de los *holdouts* no es una cuestión controvertida.[34] Sin embargo,

34 En adición a la fundamentación realizada anteriormente, se señala que esta prórroga a favor de los tribunales de los EUA tendrían sustento en nuestro Derecho de conformidad con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 1), y la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto (ley 11.672, t.o. 2014, art. 53). Asimismo, "la Procuración del Tesoro de la Nación al pronunciarse sobre la validez de la prórroga de jurisdicción en análisis ha entendido que, tratándose de asuntos vinculados con la deuda pública externa "(…) la demandabilidad por incumplimiento estatal no ingresaría dentro de la zona de competencia exclusiva de los tribunales argentinos["]. Por otra parte, agregó que la aceptación de la prórroga de jurisdicción, en los términos previstos por la ley argentina, no equivale ni supone resignar o renunciar a la inmunidad soberana que protege a la potestad de imperio ni a la inmunidad de ejecución que goza la República Argentina como Estado soberano", en Dictámenes de la Procuración General de la Nación 251: 652 (ARAYA y TUCULET, 2014).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

esto ha sido insuficiente para que estos acreedores pudieran ejecutar las sentencias condenatorias con causa en el *default*. Como cierre de esta sección, aquí encuadraremos sucintamente los lineamientos principales de la inmunidad de ejecución para el Derecho estadounidense.

Dado que la FSIA recepta una concepción restringida de la inmunidad,[35] los principios rectores de la inmunidad de ejecución son similares a los de la inmunidad de jurisdicción (Acápite III(b)(i)). Así, la regla general es que "la propiedad de un Estado extranjero en los Estados Unidos y de los Estados será inmune a embargo, secuestro y ejecución excepto lo dispuesto en las secciones 1610 y 1611 de este capítulo" (§ 1609),[36] pero las amplias excepciones limitan significativamente tal inmunidad. De las excepciones de la FSIA interesan las siguientes dos por el momento (§ 1610):

> (a) The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State […], if—
>
> (1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or by implication […], or

No obstante, hay algunos autores cuestionan la competencia del Estado Nacional para someterse a tribunales extranjeros y esta cuestión ha sido inclusive objeto de acciones judiciales. Ver Juzg. Cont. Adm. Fed. n° 12 (14/08/2014) *in re* "Cafiero, Mario Alejandro Hilario c. Estado Nacional s. proceso de conocimiento" (30777/2014) y CSJN (24.02.2015) *in re* "Cafiero, Mario Alejandro Hilario c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento" (expediente CSJ 1464/2014/CS1). Por otra parte, esto no debe ser confundido con los posibles excesos en el ejercicio de la jurisdicción incurridos por la justicia de los EUA en el conocimiento de las controversias que involucran al Estado Nacional, las cuales fueran el fundamento del reclamo realizado por nuestro país ante la CIJ. *Cfr.* Demanda de institución de procedimientos presentada ante la Secretaría de la CIJ el 07.08.2014 por la disputa concerniente a las decisiones de la justicia de los EUA relacionadas con la reestructuración de la deuda soberana argentina (Argentina v. Estados Unidos de América). Consultado en [ver link] el 23.10.2015.

35 Ver nota al pie 24.

36 "Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act the property in the United States of a foreign state shall be immune from attachment arrest and execution except as provided in sections 1610 and 1611 of this chapter" (§ 1609).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> (2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based [...].

De esta manera, los bienes de un Estado extranjero[37] en los EUA usados para una actividad comercial[38] no están protegidos por la inmunidad de ejecución, entre otros supuestos, cuando: (1) existe una renuncia expresa o tácita del Estado extranjero; o (2) tales bienes hayan sido usados para la actividad comercial relacionada con el fundamento de la pretensión.

Sin embargo, la excepción de la sección 1610 tiene, a su vez, otras excepciones. De ellas nos interesa la contenida en la sección 1611(b)(1), relativa a la protección de la propiedad de los bancos centrales y autoridades monetarias:

> (b) Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution, if—
>
> (1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless such bank or authority, or its parent foreign government, has explicitly waived its immunity from attachment in aid of execution, or from execution [...]

La norma transcripta establece que la propiedad de un Estado extranjero es inmune a embargo y ejecución si pertenece a un banco central o autoridad monetaria que la tenga a su cuenta, a menos que tal banco, autoridad o el propio Estado haya explícitamente renunciado a su inmunidad de ejecución. Si el diablo se esconde en los detalles, veremos en la Sección IV(b) cómo esta regla es mucho más incierta de lo que parece.

37 Ver nota al pie 18.
38 El concepto de "actividad comercial" debe interpretarse según la doctrina de la SCOTUS en el *leading case* "República Argentina c. Weltover, Inc.", reseñado en el Acápite III(b)(ii).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

IV. Inmunidad de ejecución y doctrina del *alter ego*

A fines del año 2001, la República Argentina se sumergió en lo más profundo de su crisis económica, política y social. En ese marco, un Presidente de la Nación declaró la decisión política de incurrir en *default* (*rectius*: moratoria) respecto de las obligaciones de deuda externa ante un Congreso de la Nación que lo ovacionaba de pie.[39] Este *default* tuvo dos consecuencias. En primer lugar, los bonos relacionados se depreciaron hasta el punto de calificar como *bonos basura* en el mercado secundario, lo cual permitió su adquisición a precios irrisorios en relación con su valor nominal. Segundo, a partir de entonces algunos bonistas accionaron ante distintos tribunales del mundo para satisfacer sus créditos, muchos de ellos ante los tribunales con asiento en el Estado de Nueva York (Subsección III(a)). Éstos son los casos que aquí abordamos. A pesar de que el Estado Nacional fue condenado en incontables oportunidades, los *holdouts* todavía enfrentan serios obstáculos para forzar el cumplimiento de las sentencias a su favor (o realizar medidas garantizadoras de la posible ejecución de las sentencias pretendidas), puesto que los activos del Estado Nacional bajo el *imperium* de los tribunales estadounidenses son escasísimos como consecuencia de las previsiones aplicadas por aquél,[40] y que las sentencias dictadas tampoco son ejecutables en nuestro país de conformidad con la jurisprudencia nacional.[41]

Ante la imposibilidad de forzar el cumplimiento de las sentencias a su favor, los *holdouts* han impulsado distintas estrategias como la búsqueda agresiva e indiscriminada de activos del Estado Nacional alrededor del mundo para su embargo y ejecución,[42]el

39 El *default* fue declarado informalmente en diciembre de 2001 en ocasión de la asunción de Alberto Rodríguez Saa como Presidente de la Nación ante el Congreso de la Nación [https://www.youtube.com/watch?v=-IOp_CcENB4].

40 Ver nota al pie 93.

41 Cfr. CSJN (06.03.2014) *in re* "Claren Corporation c/ Estado Nacional – arts. 517/518 CPCC exequátur s/ varios" (C. 462. XLVII). Consultado en [ver link] el 30.10.2015.

42 El caso del embargo de la fragata ARA Libertad en Ghana (2012) probablemente sea el más emblemático en este sentido. Sin embargo, ha habido otros inclusive en EUA. Así, por ejemplo, "se rechazó el pedido de embargo de los fondos de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones en cuentas de los EE.UU., nacionalizados en virtud de la ley 26.425, toda vez que dichos fondos estaban exclusivamente afectados al sostenimiento del sistema de seguridad social del país y, por ende, no entrañaba ningún tipo de actividad comercial. Una excepción fue la aceptación del pedido de embargo sobre los fondos de la cuenta bancaria en Nueva York de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica de la República Argentina, girados a dicha cuenta para la adquisición de equipamiento científico, por considerar que dicha operación se trataba de una

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

bloqueo de los circuitos de pago y financiación externa a través de la aplicación extensiva de la cláusula *pari passu*,[43] campañas de *lobby* y propaganda,[44] etcétera. En esta sección final se abordan distintos intentos de los *holdouts* de realizar sus sentencias con activos del Banco Central de la República Argentina (en adelante, "BCRA") con fundamento en que éste es un *alter ego* del Estado Nacional y que realizaba actividades comerciales en los EUA en los términos de la FSIA.

a) La doctrina del alter ego *a la luz del caso "First National City Bank c. Banco para el Comercio Exterior de Cuba" (1983)*

Dado que se ha abordado la cuestión relativa al concepto de "actividad comercial" anteriormente, corresponde ahora introducir en qué consiste la doctrina del *alter ego*. A tal fin, nuevamente nos valdremos del *leading case* de la SCOTUS en la materia: *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba* (462 U. S. 611) (en adelante, "*Bancec*").

En 1960, el Gobierno de la República de Cuba constituyó Banco Para el Comercio Exterior de Cuba (en adelante, "Bancec") para que funcione como una institución crediticia autónoma para el comercio exterior con plena capacidad jurídica (SCOTUS: 1983: 613).[45] En septiembre de ese año, Bancec intentó cobrar una carta de crédito emitida por First National City Bank (en adelante, "Citibank") como garantía de un contrato de transporte de azúcar cubana para un comprador en los EUA (*id.*). Pocos días después de recibir la interpelación de pago, todos los activos de Citibank en Cuba fueron embargados y nacionalizados por el Gobierno de Cuba (*id.*). Entonces, Bancec requirió el pago ante los tribunales de los EUA, Citibank reconvino y requirió la compensación judicial de la deuda por el valor de los activos nacionalizados (*id.*). Antes de que Citibank presentara su

actividad comercial en los EE.UU" (ARAYA y TUCULET, 2014). También aquí corresponde mencionar los intentos de embargos a cuentas de embajadas y consulados argentinos, los cuales fueron respondidos con el armado de una sofisticada estructura de ingeniería financiera para evitar contratiempos en el cumplimiento de las funciones propias del Servicio Exterior argentino.

43 Cfr. COTO y MONCAULT (2015).

44 Ejemplo de esto es la actividad de la American Task Force Argentina (ATFA). Cfr. [http://www.atfa.org/about-us/].

45 No obstante, esta autonomía estaba *morigerada*, puesto que, si bien "Bancec was an autonomous organization that was supervised by the Cuban Government but not controlled by it" (SCOTUS, 1983: 617), "Bancec's capital was supplied by the Cuban Government and that its net profits, after reserves, were paid to Cuba's Treasury, but that Bancec did not pay taxes to the Government" (*id.*).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

contestación (p. 631), el Bancec fue disuelto y sus derechos, pretensiones y activos relativos a los negocios bancarios fueron atribuidos al Banco Nacional y los relativos a las funciones comerciales a las dependencias del Ministerio de Comercio Exterior (23.02.1961) (p. 613).[46] Poco después, el Ministerio de Comercio Exterior creó Empresa Cubana de Exportaciones, a la cual facultó para realizar todas las operaciones comerciales de exportación antes realizadas por Bancec, al que le atribuyó los derechos y obligaciones que antes correspondían a ésta (01.03.1961) (*id.*). A fin de ese año, en 31.12.1961, la Empresa Cubana de Exportaciones fue disuelta y los derechos de Bancec relativos al comercio exterior fueron asignados a Empresa Cubana Exportadora de Azúcar y sus Derivados (pp. 615-6).[47]

Planteado en estos términos, el caso encerraba dos intereses en pugna. Por un lado, la *comitas gentium* y la defensa de los intereses económicos de los EUA en el exterior, dado que su desconsideración de la separación de la personalidad de las personas jurídicas extranjeras podría comprometer los activos de las empresas estadounidenses en el exterior por la falta de reciprocidad.[48] Por otro, evitar casos de fraude por la creación de entidades jurídicas separadas de Estados extranjeros, los cuales supuestamente no estaban previstos en la FSIA.[49] Entonces, la SCOTUS resolvió según lo que denominó las

46 Esta sustitución habría sido manifestada en el proceso (SCOTUS, 1983: 615).

47 Supuestamente, el caso estuvo *dormant* hasta mayo de 1971, cuando se peticionó la sustitución a favor de Empresa Cubana Exportadora de Azúcar y sus Derivados (SCOTUS, 1983: 616). El Citibank se opuso a esta petición, y la Corte de Distrito rechazó la sustitución en agosto de 1975, con el fundamento de que "to permit such a substitution […] would only multiply complications in this already complicated litigation" (*id.*).

48 "In its discussion of FSIA § 1610(b), the provisiondealing with the circumstances under which a judgment creditor may execute upon the assets of an instrumentality of a foreign government, the House Report states: "Section 1610(b) will not permit execution against the property of one agency or instrumentality to satisfy a judgment against another, unrelated agency or instrumentality. There are compelling reasons for this. If U. S. law did not respect the separate juridical identities of different agencies or instrumentalities, it might encourage foreign jurisdictions to regard the juridical divisions between different U. S. corporations or between a U. S. corporation and its independent subsidiary. However, a court might find that property held by one agency is really the property of another" (SCOTUS, 1983: 627-8).

49 "[W]e conclude that the FSIA does not control the determination of whether Citibank may set off the value of its seized Cuban assets against Bancec's claim" (SCOTUS, 1983: 621). Esta afirmación se hizo en referencia a que Bancec alegaba que la FSIA no permite la imputación de responsabilidad del Estado extranjero a sus entes ("foreign instrumentality owned and controlled by a foreign government").

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

políticas articuladas por el Congreso de los EUA al sancionar la FSIA,[50] y rechazó la aplicabilidad de las leyes de la República de Cuba para determinar si Bancec tenía una personalidad jurídica separada. Sostuvo que, si bien la *lex loci constitutionis* rige los aspectos internos de las personas jurídicas cuando existe un conflicto de Derecho Internacional, principios distintos aplican para las terceras personas, puesto que (p. 622):

> [t]o give conclusive effect to the law of the chartering state in determining whether the separate juridical status of its instrumentality should be respected would permit the state to violate with impunity the rights of third parties under international law while effectively insulating itself from liability in foreign courts.[51] We decline to permit such a result.

De esta manera, la SCOTUS calificó la existencia o no de separación jurídica entre Bancec (acreedora de la carta de crédito contra Citibank) y la República de Cuba (deudora por la nacionalización de los activos de Citibank) según el Derecho estadounidense. Obviamente, éste reconoce el principio de responsabilidad limitada, pero contempla también excepciones para los casos determinados (pp. 629-30):

> where a corporate entity is so extensively controlled by its owner that a relationship of principal and agent is created, we have held that one may be held liable for the actions of the other [...]. In addition, our cases have long recognized "the broader equitable principle that the doctrine of corporate entity, recognized generally and for most purposes, will not be regarded when to do so would work fraud or injustice" [...]. In particular, the Court has consistently refused to give effect to corporate form where it is interposed to defeat legislative

50 "[O]ur resolution of that question is guided by the policies articulated by Congress in enacting the FSIA" (SCOTUS, 1983: 611).

51 Aquí incluimos la nota al pie que hizo la SCOTUS: "Cf. *Anderson* v. *Abbott,* 321 U. S. 349, 365 (1944) (declining to apply the law of the State of incorporation to determine whether a banking corporation complied with the requirements of federal banking laws because "no State may endow its corporate creatures with the power to place themselves above the Congress of the United States and defeat the federal policy concerning national banks which Congress has announced")" (SCOTUS, 1983: 622).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

policies.

De esta manera, la doctrina del caso *Bancec* es el resultado de la integración del Derecho Internacional con el Derecho Societario de los EUA. Por un lado, se reconoce el principio de que los instrumentos de los Estados extranjeros deben presumirse como personas jurídicas separadas y tratarse como tales (SCOTUS, 1983: 628). Por otro, este principio cede dos supuestos de excepción: (a) el control extenso (*extensive control*) del Estado extranjero sobre su instrumento; y (b) la posibilidad de que la separación jurídica de la personalidad jurídica sea aprovechada para producir resultados fraudulentos o injustos (*fraud or injustice*).[52]

La disolución de Bancec y absorción de parte de sus activos por el Gobierno de la República de Cuba (confusión patrimonial) antes de que Citibank contestara la demanda implicaba que el Estado cubano iba a ser el beneficiario del recupero que lograra del crédito exigido (p. 632).[53] Esto implicaba confusión patrimonial y, consecuentemente, implicaba un control extenso. Por el contrario, Citibank no iba a ser indemnizado por la nacionalización de sus activos si ese la República de Cuba no renunciaba a su inmunidad de jurisdicción y ejecución (*id.*). Esto implicaba la producción de un resultado injusto. Así, la SCOTUS falló que Bancec era un *alter ego* de la República de Cuba y aplicaba la compensación judicial de crédito instrumentado por la carta de crédito con el de los daños por la nacionalización de los activos (p. 633). Respecto de esta decisión, la SCOTUS manifestó que, contrariamente a lo solicitado por el Citibank y el *Solicitor General*, su decisión no implica una formula mecánica para determinar las circunstancias bajo las cuales se debe desconocer la separación jurídica de un Estado respecto de sus

52 Las nociones subyacentes a estos supuestos de excepción son compartidos por nuestro Derecho Societario y también tienen por efecto jurídico el corrimiento del velo societario. Así, por ejemplo, el artículo 54 de la ley 19.550 (Ley General de Sociedades) prevé la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando "[l]a actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios[,] constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros" y el artículo 161 de la ley 24.522 (Ley de Concursos y Quiebras) prevé la extensión de quiebra a varios supuestos de control y confusión patrimonial. Sin embargo, la extrapolación de los conceptos societarios a personas jurídicas de Derecho Público (en especial cuando se trata de los banco centrales) no es tan simple, puesto que, si bien los políticos y los funcionarios pueden disentir en cuanto a los intereses a corto plazo y los medios a aplicar, existe entre ellos una unión de interés que haría inaplicable el abuso de la forma societaria (HLR, 2010: 560).

53 Como señaláramos en la nota al pie 47, la situación era más compleja que esto porque estos activos fueron luego atribuidos a una nueva entidad (Empresa Cubana Exportadora de Azúcar y sus Derivados).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

instrumentos (*id.*).

b) Los ataques procesales contra el Banco Central de la República Argentina

En esta subsección abordamos el ataque procesal en tres tiempos contra los activos del Banco Central de la República Argentina. Este avance en etapas se explica en el cuidado de la estrategia de los *holdouts* para no generar jurisprudencia adversa a sus intereses. En cualquier caso, se advierte se simplifican los análisis a partir de la prescindencia de cuestiones procesales para facilitar su comprensión.

i) Intento de embargo de los activos del Banco Central de la República Argentina depositados en el Federal Reserve Bank of New York (caso BCRA I)

En 2003, EM, Ltd. y NML Capital, Ltd. accionaron contra el Estado Nacional por el incumplimiento de sus obligaciones de pago de los bonos. Tales bonos contenían renuncias de jurisdicción y de ejecución.[54] Años después, el Presidente de la Nación, Néstor Carlos Kirchner, dictó los decretos 1599/2005 y 1601/2005 (15.12.2005), por los cuales se declararon la disponibilidad de las reservas del Banco Central de la República Argentina (en adelante, "BCRA") en exceso de las requeridas para garantizar la estabilidad monetaria a fin de pagar total y anticipadamente la deuda con el Fondo Monetario Internacional (en adelante, "FMI").[55] Entonces, los acreedores referidos intentaron

54 "In the terms and conditions governing EM's bond, the Republic "irrevocably agreed not to claim and has irrevocably waived ... immunity to the fullest extent permitted by the laws of [the] jurisdiction." […]. The Republic also "consent[ed] generally for the purposes of the Foreign Sovereign Immunities Act to the giving of any relief or the issue of any process in connection with any Related Proceeding or Related Judgment, provided that attachment prior to judgment or attachment in aid of execution shall not be ordered by the Republic's courts with respect to... the assets which constitute freely." *Id*. The bonds that NML acquired contained similar waivers" (USCA2C, 2007: n. 6).

55 El decreto 1599/2005 modificó la ley 23.928 (Ley de Convertibilidad del Austral) para que las reservas del BCRA en exceso de las necesarias para el total respaldo de la base monetaria sean calificadas como de "libre disponibilidad" y sean aplicables "al pago de obligaciones contraídas con organismos financieros internacionales"; mientras que el decreto 1601/2005 dispuso la cancelación total de la deuda con el FMI con reservas de libre disponibilidad del BCRA. Entre los considerandos del segundo decreto mencionado se manifestaba que "se advierte una situación de solvencia fiscal que permite asegurar la fortaleza de la economía ante eventuales escenarios externos desfavorables […, y q]ue dentro de un régimen de cambio flotante, el nivel actual de reservas internacionales supera con amplitud los márgenes necesarios para mantener adecuadas políticas monetarias y cambiarias".
El pago fue encomendado al BCRA a través de la resolución 49/2005 del Ministerio de Economía y

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

embargar 105 millones de dólares del BCRA depositados en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York (en adelante, "FRBNY").

La posición de los *holdouts* era que se cumplían las excepciones a la inmunidad de ejecución de las secciones 1610(a) y 1611. Por un lado, sostenían que la posibilidad del Estado Nacional de utilizar las reservas de libre disponibilidad para el pago de deuda a organismos multilaterales de crédito implicaba que tales fondos eran propiedad del Estado Nacional y utilizados para actividad comercial. Así, quedaban alcanzados por la renuncia del Estado Nacional a su inmunidad de ejecución. Por otro lado, los activos depositados en el FRBNY habían dejado de estar a cuenta del BCRA desde el momento en que Estado Nacional decretó que las reservas en exceso de la base monetaria eran de libre disponibilidad. Dado que las normas no especificaban concretamente cuáles eran estas reservas, los acreedores alegaban que los fondos depositados en el FRBNY podían ser considerados de libre disponibilidad y, en consecuencia, embargables.[56]

En una primera instancia, la pretensión fue rechazada por la Corte de Distrito Sur de Nueva York (12.01.2006) con fundamento en que: (a) los decretos 1599/2005 y 1601/2005 no implicaron la adquisición de las reservas de libre disponibilidad del BCRA por el Estado Nacional, especialmente, los activos depositados en el FRBNY;[57] (b) aún en el

---

Producción (29.12.2005), que también instruyó la emisión de una letra intransferible en dólares estadounidenses a favor del BCRA por el monto de las reservas de libre disponibilidad utilizadas en el pago encomendado.
Sin atender la probable conveniencia de los efectos inmediatos de los decretos, los hechos demuestran que su confección ha sido insuficientemente cuidadosa, puesto que pusieron de manifiesto la capacidad de pago (parcial, obviamente) de la República Argentina y la elección de las obligaciones a cumplir. Alrededor de este punto ha girado una parte importante de la argumentación de los *holdouts* e inclusive algunas reflexiones de los tribunales de EUA: "[i]n al the years of litigation, the Republic has shown not the slightest recognition of this obligation to pay. And it is clear beyond any question that the Republic, as it went on from the crisis of 2001, has at times had resources at its command to pay the judgements, or at least to make substantial part-payments. But the Republic thus far pays nothing on these judgements" (USDC SDNY, 2010: 12-3).

56 En la audiencia del 12.01.2006 ante la Corte del Distrito Sur, el representante de EM, Ltd. manifestó al respecto: "[t]he decrees didn't discriminate it [por las reservas de libre disponibilidad], it simply created different accounts, but there is no – there was no label attached to one dollar or another. In every event, money is fungible, your Honor, and in fact they are not arguing – they have not argued that this $100 million is necessary for the monetary function of the government" (EM & NML Capital, 2007: 64a).

57 "As to the property argument, [...] what is more important to me is that the activities of the central bank with respect to the so-called unrestricted reserves did not change with that first decree,

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

caso de que los activos depositados en el FRBNY hubieran sido adquiridos por el Estado Nacional, éstos no habían sido utilizados para una actividad comercial como requiere la FSIA y el pago al FMI constituía una "actividad financiera gubernamental y no una actividad comercial" (§ 1610(a));[58-59] y (c) la FSIA califica a los activos de un banco central extranjero habidos por cuenta propia como inembargables, salvo que exista una renuncia explícita de tal banco central o Estado extranjero (§ 1611(b)(1))[60] y no existía semejante renuncia respecto del BCRA.[61]

---

and surely they did not change ever, even after the payment to the International Monetary Fund, with respect to the 105 million in the Federal Reserve Bank or deposited with the Federal Reserve Bank. So from a practical standpoint, in my view the title should be regarded as not changed. It doesn't mean that the Republic did not have some right after the first decree to call upon the central bank to pay the International Monetary Fund, but that ability does not mean that there was a literal change of property as of the time of the first decree. The Republic has always had an ability to give directions to the central bank in certain ways; that's why they were able to issue the first decree at all. So in my view, there should not be held to be some significant substantial change in the property right situation because of the first decree" (EM & NML Capital, 2007: 107-8a).

58 "Now even if there was, we have the issue of whether the payment to the International Monetary Fund was a commercial activity. Again, there are reasonable arguments on both sides, but the weight, in my view, including the weight of the informed opinion that has been given me, is to the effect that this is not commercial activity. The payment of an obligation of the Republic of Argentina to a international lending agency, it seems to me, to be a governmental activity, a governmental financial activity and not a commercial activity" (EM & NML Capital, 2007: 109a).
Esta posición fue sostenida por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito: "[t]he Republic's borrowing relationship with the IMF is *regulatory in nature* because the IMF's provision of foreign currency or IMF specific assets in exchange for domestic currency" (sin cursiva en el original) (USCA2C, 2007). En este sentido se había manifestado también el FRBNY antes (2006): "[r]epaying a sovereign debt to the IMF is a quintessential central banking function" (p. 23).

59 Los *holdouts* atacaron esta conclusión cuando intentaron el *writ of certiorari*, cuando sostuvieron que el congreso comprendía en el concepto de actividad comercial al endeudamiento con instituciones públicas como el FMI (EM & NML CAPITAL, 2007: 22-3). Con este mismo argumento también cuestionaron la distinción que había hecho la USCA 2C entre este caso y *Weltover* en lo atinente al tipo de endeudamiento, es decir, entre el modelo de endeudamiento *currency exchange* del FMI y los *Bonods* (p. 22).

60 Ver Acápite III(b)(iii).

61 "[I]t seems to me there is a distinction of substance between the kind of waiver that is in the fiscal agency agreement and the kind of waiver that is required under 1611. It seems to me that the waiver required under 1611 needs to be very, very explicitly either by the central bank or explicitly mentioning the central bank and explicitly saying what that waiver applies to. And we really don't have that here" (EM & NML Capital, 2007: 110a). En el mismo sentido se manifestó luego la USCA 2C: "although the Republic's waiver of immunity from attachment is worded broadly, it does not appear to clearly and unambiguously waive BCRA's immunity from attachment, as it must do in order to be effective" (USCA2C, 2007: n. 22).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Los *holdouts* apelaron y la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (en adelante, "USCA 2C") confirmó la resolución de primera instancia (USCA 2C, 2007):

> [w]e conclude that (1) the Decrees did not alter property rights with respect to the FRBNY Funds—the assets that are the subject of the present appeal—but merely reflect the Republic's ability to exert control over BCRA itself, and (2) *plaintiffs have not availed themselves of any arguments that would allow attachment of the FRBNY Funds based on the Republic's control over BCRA*.[62]

Así, la USCA 2C no sólo coincidió en el núcleo argumental de la Corte del Distrito Sur de Nueva York, sino también en su *obiter dictum* (destacado en cursiva en la última cita). Al respecto, es importante destacar que EM, Ltd. y NML Capital, Ltd. no habían alegado todavía la doctrina del *alter ego* para atacar los activos del BCRA, probablemente para evitar que se resuelva entonces al respecto y que pudiera posteriormente la excepción de cosa juzgada (*res iudicata*).[63-64]

Finalmente, los *holdouts* intentaron el *writ of certiorari*, el cual fue denegado por la

62 Sin cursiva en el original.

63 "The separate juridical status of BCRA is not disputed by plaintiffs, and plaintiffs expressly elected not to argue in support of attachment that BCRA's separate juridical status should be disregarded because BCRA is the alter ego of the Republic […]. Before President Kirchner decreed funds held by the Central Bank available to pay a debt of Argentina, appellants had no basis—*other than an alter ego argument, which they have not yet made in the District Court*—to argue that they were entitled to attach Central Bank funds to pay a debt of Argentina" (USCA 2C, 2007). En igual sentido, "[p]laintiffs did not present, or develop, the contention that BCRA was the alter ego of the Republic" (USDC SDNY, 2010: 45).

64 Aún así, cuando los *holdouts* peticionaron la declaración de que el BCRA era el *alter ego* del Estado Nacional, el BCRA alegó igualmente la excepción de *res iudicata* con la resolución de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito, puesto que "the alter ego claim is something which plaintiffs could have and should have presented in their December 2005 motions, and that, since they did not do so, they are now barred from bringing new motions and bringing a new action based on that claim" (USDC SDNY, 2010: 46). De todos modos, esta excepción fue rechazada por el juez Griesa en el entendimiento de que los "[p]laintiffs did not have a realistic opportunity to present their alter ego claims in December 2005 motions" (p. 51); y, posteriormente, también fue rechazada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito porque la desestimación de un pedido de embargo no hace cosa juzgada (USCA2C, 2011: 18).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

SCOTUS (01.10.2007).[65]

ii) Petición de declaración del Banco Central de la República Argentina como alter ego *del Estado Nacional (caso BCRA II)*

Antes de la resolución de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito (septiembre de 2006), EM, Ltd. y NML Capital, Ltd. iniciaron una nueva acción, esta vez para que se declare al BCRA *alter ego* del Estado Nacional (USDC SDNY, 2010: 3). La finalidad era abrir la vía procesal para cobrar las sentencias con los activos del BCRA bajo el *imperium* de los tribunales estadounidenses, dada la escasez de activos embargables del Estado Nacional.[66]

En estos términos, el debate jurídico comenzó a asemejarse al del caso *Bancec*,[67] puesto que los *holdouts* hicieron el foco en la calidad de la independencia el BCRA, por ejemplo: (a) la existencia de 7 presidentes en el BCRA ente 1996 y 2010, cuando según la ley 24.144 (Carta Orgánica del BCRA) los mandatos debían durar 6 años (USDC SDNY, 2010: 17-8); (b) la práctica formalmente laxa de designaciones *en comisión* y remociones de presidentes y directores del BCRA por decreto presidencial en vez de ser aprobadas por el Senado de la Nación (pp. 18-20); (c) el dictado del decreto 1599/2005 por el cual las reservas de libre disponibilidad del BCRA pueden utilizarse para pagar deuda a autoridades monetarias internacionales, y del decreto 1601/2005 por el cual se realizó el pago anticipado y total al FMI con tales reservas (pp. 20-3) y luego al Club de París (p. 62); (d) la legislación de normas para ampliar la capacidad de endeudamiento del Estado Nacional con el BCRA y el financiamiento del primero en términos desfavorables para el BCRA (pp. 24-6 y 28-30); y (e) la acumulación de dólares estadounidenses y la depreciación del peso con fines supuestamente extraños a la política monetaria nacional (pp. 26-34). También alegaron que el Estado Nacional aprovechaba la ficción legal de aquella independencia para injusta y fraudulentamente evitar el pago a acreedores como los actores (USCA 2C, 2011: 13).

65 552 U.S. 818. Cfr. [http://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docketfiles/06-1576.htm].
66 "[I]t is surely true that the Republic of Argentina does not keep substantial funds or other assets in New York which can be recovered against" (USDC SDNY, 2010: 14). En igual sentido, "[t]here are no assets of the Republic readily available for attachment (to secure future judgements) or for execution (to obtain payment of judgements already entered)" (p. 51).
67 Ver Subsección IV(a).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El trasfondo del caso *BCRA I* era diferente del *BCRA II*. Aquí los *holdouts* ya habían logrado varias condenas de la Corte del Distrito Sur contra el Estado Nacional, que se sistemáticamente negaba a cumplirlas pese los compromisos asumidos en el FAA y los bonos.[68] En este contexto, el juez Griesa aplicó la doctrina del caso *Bancec* a su manera, y verificó el cumplimiento de los dos supuestos de excepción: (a) control extenso (*extensive control*); y (b) que el reconocimiento de la separación jurídica implique un resultado injusto o fraudulento.

Por un lado, y pese a reconocer que "[t]he Republic did not manage the day-to-day operations of BCRA [… nor] the routine transactions regarding Argentine pesos and foreign currency" (p. 60), la Corte del Distrito Sur de Nueva York tuvo por demostrado que el BCRA era el *alter ego* del Estado Nacional, con fundamento en que (p. 61-2):

> the Republic could draw on the resources of BCRA at will. The Republic ignored the mandate of BCRA's charter, which provided that BCRA would not be subject to any order or instruction of the National Executive in connection with the implementation of monetary and financial policy. The management of BCRA posed no obstacles to the Republic's use of the resources of BCRA exactly as the Republic wished. The Republic's control in this regard was complete. The court concludes that the presumption of separateness is overcome, and that the BCRA was the servant or the agent of the Republic as to its funds, within the meaning of the *Bancec* case.

Por otro, consideró que el reconocimiento de la personalidad jurídica separada implicaba posibilitar una situación de fraude o injusticia, porque las amplias renuncias de

68 "[T]he Republic has turned these assurances [por las renuncias de inmunidad] into a dead letter. The good faith was in the words but not in the deeds.- It is true that the Republic has duly consented to the jurisdiction of the federal court in New York City, and has been reasonably cooperative in litigation leading to the entry of many judgments against the Republic based on defaulted bonds. However, as it turns out, this has been all largely pro forma. As we know, judgments are worthless without the ability to enforce them. Despite the commitment in the bonds that there could be judgments which "may be enforced," the Republic has done everything in its power to prevent such enforcement" (USDC SDNY, 2010: 12).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

inmunidad de ejecución del Estado Nacional[69] eran ilusorias en los hechos, inclusive cuando aquél tuvo cierta capacidad como para hacer pagos parciales a los *holdouts* (USDC SDNY, 2010: 63).[70]

Una vez afirmado que el BCRA era el *alter ego* del Estado Nacional, el juez Griesa interpretó que se verificaba la excepción de inmunidad de ejecución por actividad comercial según la doctrina del caso *Weltover*, puesto que los activos del BCRA depositados en el FRBNY devengaban interés y se usaban para operaciones bancarias (USDC SDNY, 2010: 68).[71] Finalmente, también sostuvo que tales activos no estaban protegidos por la inmunidad de ejecución de la sección 1611(b)(1) aunque no hubiera una renuncia específica al respecto, ya que esos fondos eran en realidad del Estado Nacional (doctrina del *alter ego*)[72] y, en consecuencia, no estaban a cuenta del BCRA como requiere la FSIA (p. 69).

Por lo tanto, el *holding* de la resolución de la Corte del Districto Sur de Nueva York fue que la inmunidad de jurisdicción y ejecución conferida a los bancos centrales en los términos de la sección 1611(b)(1) está condicionada a su independencia (USCA 2C, 2011). Esta decisión fue apelada por el el Estado Nacional y el BCRA.[73] También fue fuertemente

69 Ver § 1610(a), transcripta en el Acápite III(b)(iii).

70 "The court concludes that the use by the Republic of the resources and funds of BCRA […] has contributed to fraud and injustice perpetrated by the Republic on the bondholders, particularly on those who are seeking to vindicate their legal rights in the federal court. The Republic has used BCRA to pay billions of dollars to get rid debts which the Republic wished to be rid of. At the same time the Republic refuses to ay the bond indebtedness which it does not wish to pay, and will not honor its obligations to pay the judgments duly entered in the court. It follows that there is the kind of fraud and injustice, referred to in the *Bancec* case, which justifies disregarding the formal separateness of the Republic and BCRA treating the funds in the hands of BCRA as of December 2005 as the funds of the Republic" (USDC SDNY, 2010: 65).

71 Se ha sostenido que la doctrina del caso *Weltover* no es apta para aplicarse a los bancos centrales, puesto que (a) distorsiona la protección separada que el Congreso de los EUA ha conferido a aquéllos en la § 1610; (b) vacía de contenido la distinción entre actividades tradicionales de los bancos centrales y sus funciones comerciales por el legislador estadounidense en su expresión de motivos respecto a la FSIA (HLR, 2010).

72 Una lectura literal de la sección 1611(b)(1) admitiría que la propiedad de un banco central también sea del Estado respectivo sin que esto implique la pérdida de la inmunidad ("the property of a foreign state shall be immune […] if […] the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account") (USCA 2C, 2011: 24-5; EUA, 2012: 9).

73 Si bien el BCRA no era parte del proceso, pudo apelar por tener un interés que era afectado por la resolución.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

rebatida por los EUA en su intervención como *amicus curiae*,[74] donde se expusieron claramente cuáles eran los intereses estadounidenses involucrados (EUA, 2010).[75]

---

74 Los EUA (2010) sostuvieron que "the FRBNY funds are immune from attachment under § 1611(b)(1) regardless of whether the BCRA is the "alter ego" of the Republic […]. The plain language of the § 1611(b)(1), as well as the history and structure of the relevant provisions of the FSIA, all demonstrate that central bank property is immune from attachment without regard to whether central bank is independent from its parent foreign government. Such immunity should be afforded to any property held by a central bank used for central banking activities. Adopting the cramped view of central bank immunity that the plaintiffs advocate in this appeal would contravene Congress's intent to protect all foreign state property used for central banking functions from attachment or execution, and could cause harm to the interests of the United States" (p. 3). En consecuencia, afirmaron que "[t]he district court's holding and rationale are erroneous. Regardless of whether the district court was correct in holding that the BCRA is he alter ego of the Republic of Argentina, it does not follow that § 1611(b)(1)'s grant of immunity does not apply. The plain language of § 1611(b)(1), as well as its history and structure, make clear that foreign state property used for central banking activities is immune from attachment or execution without regard to whether the central bank or monetary authority is independent from its parent foreign state" (p. 5). En sentido similar, indicaron que los activos del BCRA depositados en el FRBNY "should be presumed to meet § 1611(b)(1)'s "held for its own account" requirement" (p. 11).
Asimismo, los EUA cuestionaron el analisis del carácter del *alter ego*, al punto de calificar a la construcción de Griesa como "defectuosa" [*flawed*]. Al respecto, se apuntaron que "the district court erred in relying on the BCRA's alleged involvement in repaying the Republic's debts to the IMF as evidence that the BCRA is the alter ego of the Republic. Should the Court choose to reach this issue on appeal, the United States urges the Court to clarify that the BCRA's involvement in repaying the IMF does not suport disregarding the BCRA's sperarate juridical status" (p. 3-4). En este punto, los EUA sostuvieron el criterio que otrora hubiera sostenido la USCA 2C en cuanto al privilegio de las obligaciones con el FMI: "the Republic's decision to pay the IMF in preference to its other creditos was consistent with the long-standing policy of the United states and the other sovereign members of the IMF to recognize the preferred creditor status of the IMF. In order to protect the funds of its member states (including the funds invested by the United States), the IMF rightly expects to be paid even when others creditors are not" (p. 20); y aclaró que "the BCRA's involvement in the Republic's payment to the IMF was not unusual: central banks commonly perform payment functions for their governments, including central banks that are relatively independent from their governments" (p. 21).
75 "If the immunity afforded to central bank property were weakened, foreign governments might withdraw reserves from the United States, which could have an immediate and adverse impact on the U.S. economy and global financial system. Reduction of these reserves could result in a substantial deterioration in the United States' balance of payments. And because foreign reserves are frequently invested in U.S. government securities, withdrawal of those reserves could cause U.S. interest rates to rise as government securities were sold. Moreover, any sharp movement of central bank reserves would likely cause significant currency flow away from the U.S. dollar and into other currencies, which could have an unsettling effect on foreign exchange markets. In addition, Congress wanted to avoid the adverse foreign-relations consequences that might arise from attaching sovereign funds.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La resolución de la USCA 2C (2011) revirtió las interpretaciones del juez Griesa de conformidad con los lineamientos del *brief* de los EUA. En primer lugar, apuntó que el texto, la historia y estructura de la sección 1611(b)(1)[76] confieren inmunidad a la propiedad de los bancos centrales habida por su cuenta sin importar que aquéllos sean el *alter ego* de su Estado según la doctrina del caso *Bancec*,[77] puesto que no aplican las mismas normas de la FSIA a los bancos centrales que a las agencias y entes públicos (USCA2C, 2011: 23).[78] En este sentido, argumentó que la *ratio legis* no atendía a la independencia de los bancos centrales, puesto que la mayoría de las autoridades monetarias en la época de sanción de la FSIA eran ministeriales y no entidades autárquicas, con lo cual el congreso no tenía razones para prever que los bancos centrales serían mayoritariamente independientes en el futuro (p. 27).[79] Asimismo, la corte sostuvo que existía una presunción de que los activos depositados en el FRBNY estaban a cuenta del BCRA, puesto que éstos eran utilizados para actos relativos a las funciones normales de los bancos centrales, independientemente de su naturaleza comercial (p. 34). Finalmente, reiteró[80] que la renuncia de inmunidad del Estado Nacional no era lo suficientemente explícita y clara como para comprender a la inmunidad del BCRA respecto a los fondos depositados en el FRBNY según la sección 1611(b)(1) (p. 37).

De esta manera, la USCA 2C declaró que los activos del BCRA en los EUA estaban protegidos por inmunidad en los términos de la sección 1611(b)(1), sin expedirse sobre si

These are the concerns underlying § 1611(b)(1) —not central bank independence— and they are implicated whenever a plaintiff tries to execute on central bank funds in the United States that are being used for a sovereign purpose, regardless of whether the central bank is independent of the parent government or the funds might be considered the foreign state's property" (EUA, 2010: 10).

76 Ver Acápite III(b)(iii).

77 La equiparación que hace la sección 1611(b)(1) entre bancos centrales y autoridades monetarias es coherente con esta interpretación (EUA, 2012: 9).

78 "We hold that the plain language, history, and structure of § 1611(b)(1) immunizes property of a foreign central bank or monetary authority held for its own account without regard to whether the bank or authority is independent from its parent state pursuant to *Bancec*. If foreign central bank property is immune from attachment under § 1611(b)(1), the fact that "a relationship of principal and agent [has been] created" between the foreign state and its central bank under *Bancec* is irrelevant" (USCA2C, 2011: 23).

79 "Accordingly, when Congress passed the FSIA, it had no reason to believe that foreign central banks and monetary authorities would be independent of their parent states because, at that time, most were not. Moreover, Congress had reason to suspect that, as appears to be the case with Argentina, a central bank's actual degree of autonomy may not be entirely predictable based on its degree of juridical independence" (USCA2C, 2011: 27).

80 Ver nota al pie 61.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

el BCRA calificaba como *alter ego* del Estado Nacional de conformidad con la doctrina del caso *Bancec* (USCA 2C: 23).[81] Los *holdouts* intentaron el *writ of certiorari*, pero fue denegado por la SCOTUS en 25.06.2012.[82]

iii) Petición de declaración del Banco Central de la República Argentina como alter ego *del Estado Nacional (caso BCRA III)*

Tras el rechazo en el caso *BCRA II*, los *holdouts* hicieron una tercera petición, más amplia, por la cual intentaron que se declare que el BCRA es un *alter ego* del Estado Nacional y, consecuentemente, responsable por todas y cada una de sus obligaciones. El objetivo era atacar los activos del BCRA fuera de los EUA para embargarlos en el cumplimiento de las condenas del Estado Nacional.[83] Así, las alegaciones eran las invocadas en el caso *BCRA II* y los actores intentavan evitar los obstáculos implicados por el eventual compromiso de los intereses estadounidenses.

De conformidad con la resolución anterior, la Corte de Distrito Sur volvió aceptar la posición de los *holdouts* categóricamente (USCA 2C, 2015: 15-6):[84]

> [i]n the papers before me, the plaintiffs have made a very powerful case […], and I so held in my earlier decision, and that

81 "We declined to reach the District Court's alter ego determination and instead concluded that these funds were immune from attachment "without regard to whether the [BCRA] is independent from its parent state pursuant to *Bancec*" (USCA 2C, 2015: 12).
82 Cfr. [http://www.scotusblog.com/case-files/cases/em-ltd-v-republic-of-argentina/], consultado el 24.10.2015.
83 "Accordingly, the TAC is framed more broadly—the declaratory judgment it seeks would establish: (1) that BCRA is the alter ego of Argentina; and (2) that BCRA is thus liable for any and all of Argentina's debts. Plaintiffs' stated purpose for seeking this judgment is to enable them to attach any asset held by BCRA anywhere in the world in satisfaction of their judgments against Argentina. This option was arguably left open by *BCRA II*, which foreclosed the possibility of attaching assets deposited in BCRA's own accounts in the United States, but did not otherwise address plaintiffs' ability to reach BCRA assets elsewhere" (USCA 2C, 2015: 12-3). A mayor abundamiento, la USCA 2C señala que EM, Ltd. y NML Capital, Ltd. habían manifestado en su presentación que: "[w]e would like to be able to have a judgment that holds BCRA liable for the judgments entered against Argentina that we may enforce as a judgment if we find assets anywhere" (*id.*).
84 Si bien no fue posible obtener la fuente directa —es decir, la resolución de la Corte del Distrito Sur de Nueva York de fecha 26.09.2013 ni la transcripción de la audiencia del 23.09.2015—, se toma aquí como referencia la reconstrucción realizada por la USCA 2C en su sentencia.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> holding was not what was disturbed by the Court of Appeals. So, there's a very good case of alter ego.
>
> I believe that the Court should entertain the idea that it would be desirable to have this Court with its experience in this case and its background in this case make some kind of formal ruling of alter ego which could be legitimately used in a proceeding in another state or a foreign country so that the plaintiffs do not have to go to the other state or the foreign country and start in again, once again, and maybe more than once again with this presentation about alter ego.

El Estado Nacional y el BCRA apelaron la resolución del juez Thomas Griesa, y la USCA 2C consideró por tercera vez la cuestión de la inmunidad del BCRA en fecha 31.08.2015.

Para determinar el carácter de *alter ego* del BCRA —cuya implicancia era la extensión implícita de la renuncia de inmunidad realizada por el Estado Nacional—, la USCA 2C partió de presunción de independencia sentada por la doctrina del caso *Bancec*[85] a fin de analizar si se verificaba alguna de sus excepciones: (a) la existencia de la relación entre principal y agente (*extensive control*); y (b) que el reconocimiento del BCRA como una entidad separada implique fraude o injusticia (USCA 2C, 2015). Por un lado, y más allá de la independencia formal del BCRA, la USCA 2C determinó que los hechos alegados por los *holdouts* —y reconocidos por la Corte del Districto Sur— no implicaban el control extenso del Estado Nacional sobre el BCRA en las operaciones diarias, puesto que: (i) la designación de autoridades implicaba un control incidental normal pero no extenso en términos operativos (pp. 28-9), (ii) los pagos al FMI correspondían a un proceder normal de los bancos centrales (pp. 30-2),[86] y (iii) la coordinación entre el Estado Nacional y el BCRA en materia monetaria no obstaba a la independencia de este último (pp. 32-3). Por otro, sostuvo que la jurisprudencia en materia de fraude e injusticia se componía de casos en los cuales los Estados extranjeros se aprovechaban de la separación jurídica

85 Esta doctrina era que las instrumentalidades de los Estados extranjeros deben considerarse entidades separadas y diferentes de tales Estados (ver Acápite IV(a)). En este sentido, no era materia de controversia que el BCRA es una instrumentalidad del Estado Nacional.

86 Recordar que esta era la posición sostenida por los EUA en su *brief* como *amicus curiae* en el caso *BCRA II* (ver nota al pie 74).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

deliberadamente para burlar a sus acreedores, lo cual no pasaba entre el Estado Nacional y BCRA (pp. 34-7).

Asimismo, la USCA 2C sostuvo que la excepción a la inmunidad por actividad comercial requiere la existencia de un grado de proximidad entre el gravamen que funda la pretensión y la actividad comercial realizada (2015: 38). En este caso, el gravamen era que el BCRA —pretenso *alter ego* del Estado Nacional— era responsable por el *default* de las obligaciones de pago relativas a los bonos; mientras que la actividad comercial del BCRA realizada en los EUA era el uso de de su cuenta en el FRBNY para adquirir dólares con el propósito de prestárselos al Estado Nacional para pagar deuda denominada en dólares estadounidenses (p. 38-9). Así, la USCA 2C señaló que tal actividad comercial del BCRA en los EUA era incidental en el reclamo de los *holdouts*, y que inclusive faltaba un nexo entre esta actividad comercial del BCRA en los EUA y el gravamen ocasionado.

De esta manera, la USCA 2C revocó definitivamente la resolución de la Corte del Distrito y prohibió a EM, Ltd. y NML Capital, Ltd. que realicen nuevos ataques procesales contra el BCRA para realizar con sus activos las sentencias a su favor causadas en el *default* del Estado Nacional.

V. Corolario

La deuda externa condiciona las políticas públicas de nuestro país desde hace décadas. El diseño y ejecución de políticas públicas es constitutivo de la actividad soberana de los Estados, con lo cual la deuda externa también condiciona a la soberanía.

Hemos visto en la Sección II que la soberanía se tutela en el Derecho Internacional Público a través de distintas inmunidades; y que tanto el concepto de soberanía como el de inmunidad han evolucionado desde formas amplias y absolutas a otras relativas y más restringidas. En el marco de esta evolución se distinguieron los actos de los Estados según actúen como sujetos de Derecho Público (*acta iure imperii*) o de Derecho Privado (*acta iure gestionis*) para determinar la existencia de inmunidades de jurisdicción y ejecución ante los tribunales de otros países. La legislación y jurisprudencia nacional no ha sido ajena a estos cambios de concepción, acaso impulsada por la falta de reciprocidad en su trato demasiado benévolo cuando el Estado Nacional era parte ante otros tribunales (*Weltover*). No parece casual que este fenómeno jurídico se haya consolidado en una época aperturista como la década de 1990.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Luego presentamos el *Fiscal Agency Agreement* de 1994, contrato que sirvió de marco para múltiples emisiones de bonos globales del Estado Nacional hasta su *default*. Allí expusimos el sometimiento al Derecho aplicable en Nueva York y también a los tribunales con asiento en esa ciudad. Asimismo, evidenciamos las renuncias de inmunidad de jurisdicción y de ejecución implicadas en los bonos. Sin perjuicio de ello, advertimos en la Sección III que tales renuncias no eran imprescindibles según el Derecho estadounidense para que sus tribunales pudieran tener competencia en los conflictos relativos a bonos bajo ley de Nueva York o cuyas obligaciones debieran cumplirse en esa ciudad. A tal fin, apuntamos a la *Foreign Sovereign Immunities Act* con sus principios y excepciones pertinentes, en especial la relativa a la actividad comercial con el alcance de la doctrina del caso *Weltover*. Este subsistema reviste una excepcional importancia, puesto que permite a los tribunales estadounidenses arrogarse competencia jurisdiccional y de ejecución sin que los Estados las consientan expresamente, lo que les permite conocer en tales casos y resolver de conformidad con los intereses nacionales de tal país.

En el tramo final del desarrollo, Sección IV, partimos de la construcción jurídica antecedente para abordar los ataques de los *holdouts* contra el Banco Central de la República Argentina (BCRA) en aras de ejecutar las condenas contra el Estado Nacional. Para ello, previamente reseñamos la doctrina del caso *Bancec*, por ser norte de la estrategia contra el BCRA. Finalmente, vimos por qué este ataque en tres tiempos fracasó.

De esta manera, pretendemos hacer aquí una reflexión final en esta conclusión y señalar que los tribunales de los Estados Unidos resolvieron en los casos abordados de conformidad con los intereses de su país. Entre éstos está la protección de la primacía del dólar como unidad de reserva de los Estados y de cambio operaciones internacionales;[87] y el mantenimiento de Nueva York como el principal centro financiero mundial.[88] Recordemos aquí que una alta proporción de las reservas de los bancos centrales del mundo está depositada en bancos estadounidenses[89] e invertida en títulos de deuda de ese

87 "In large part because of the safety and stability of the dollar and the financial, political and judicial systems of the United States, many countries maintain a significant part of their foreign exchange reserves in dollar-denominated assets, held mainly in central bank accounts at the FRBNY" (FRBNY, 2006: 2). "These institutions look to the FRBNY for assurance that their accounts at the FRBNY are under U.S. law" (p. 3).
88 Ver nota al pie 75.
89 "The FRBNY holds accounts for 171 central banks and monetary authorities from around the world" (FRBNY, 2006: 2). "Central banks continued investment of foreign official reserves in the United States maintains the preeminence of the dollar as a reserve currency. This investment is an

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

país.[90] En este sentido, el Banco de la Reserva Federal de Nueva York (FNBRY) es un ejemplo paradigmático[91] dado que tendría depósitos por aproximadamente tres millones de millones de dólares estadounidenses, es decir, una cantidad superior a la mitad de las reservas mundiales de esa moneda (HLR, 2010: 552; EM & NML CAPITAL, 2011: 23).

En estos términos, la inmunidad reconocida en tres tiempos al BCRA, en realidad, es un mensaje a la comunidad financiera internacional, una muestra de seguridad jurídica[92] para que no hagan como el Estado Nacional, que tras el *default* transfirió sus activos al Banco de Pagos Internacionales (Bank for International Settlements),[93] principal competidor de la Reserva Federal (HLR, 2010: 570-1), que sí garantiza la inmunidad de los

important component of what makes the United States, and New York in particular, one of the world's premier financial centers, augmenting this nation's ability to exercise leadership on the world stage" (p. 4).

90 "Another significant benfit to the United States from foreign reserves is that they are most frequently invested in U.S. government securities. In fact, foreign reserves account for about one-third of outstanding U.S. securities. This investment assists the United States in financing its public debt, because the greater demand resulting from foreign participation yields a lower interest rate on such debt" (FRBNY, 2006: 4).

91 La FRBNY es una entidad del gobierno de los EUA (FRBNY, 2006: i) y uno de los doce bancos regionales de la Reserva Federal (p. 1). El FRBNY está a cargo de un número especial de responsabilidades, como ser el brazo operativo del sistema de la Reserva Federal para operaciones internacionales, entre las cuales está encargarse de las operaciones de cambio (*id.*).

92 "Clear and certain central bank immunity in the United States enhances a predictable and resilent global financial and payment system, because of the prominent role the United States plays in the world economy. If such clarity and certainty were compromised, the potential disruptive effects on the international financial system could be profound" (FRBNY, 2006: 3).

93 "Historically, BCRA has had substantial accounts both at the FRBNY and at prívate banks located in the United States. As of month-end September 2001, BCRA held $14.4 billion of its reserves in the United States. Of this, $4.2 billion was on deposit at the FRBNY in the form of cash and U.S. government securities. […]. By month-end December 2001 (the time of the bond default), BCRA had reduced its reserves held in the United States to $4.5 billion. $3.5 billion as on deposit at the FRBNY in cash and U.S. government securities[…]. *Amounts withdrawn from the United States were to some extent moved to the Bank for International Settlements ("BIS")*, and were also moved to Argentina in connection with the financial crisis there. As to the reasons for the large withdrawals from the United States, according to BCRA, […] *one reason was to avert the possibility of "wrongful attachment" in the United States*.— The amounts that BCRA maintained in the United States stayed approximately at the December 2001 level through 2002. However, in 2003 BCRA decided that it would no longer invest in U.S. government securities […]. By December 2003, there were no U.S government securities deposit at the FRBNY, only a cash deposit of about $500 million […].— In 2005, BCRA again reduced its business at the FRBNY, and thereafter maintained running balances of only about $200 million" (USDC SDNY, 2010: 34-5) (sin cursive en el original).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

depósitos a los Estados.[94]

Referencias

ARAYA, T. y TUCULET, M. (2014) "El principio de inmunidad estatal y los procesos de reestructuración de deuda soberana", en *La Ley 2014-D*, p. 1106 (cita online AR/DOC/2870/2014).

BODIN, J. (1985) *Los seis libros de la República*. Madrid, Editorial Tecnos, 3ª edición, 1997. Consultado en [ver link] el 02.11.2015.

COTO, A. y MONCAUT, N. (2015) "La cláusula *pari passu* a la luz del caso "NML Capital, Ltd. c. República argentina", *En Letra*, número 3 (feb/2015), pp. 47-92.

DAMILL, M., FRENKEL, R., y RAPETTI, M. (2005) "La deuda argentina: historia, default y reestructuración", en Desarrollo económico, volumen 45, número 178, septiembre 2005, pp. 187-233. Consultado en [ver link] el 27.12.2014.

EM, LTD. & NML CAPITAL, LTD. (EM & NML CAPITAL) (2007) *Petition for a writ of certiorari* presentado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos en mayo de 2007 para los casos 06 Civ. 403, 06 Civ. 405 y 06 Civ. 406 ("EM, Ltd. and NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina"). Disponible en [ver link].

— (2011) *Petition for a Writ of Certiorari*, presentado ante la Corte Suprema de Estados Unidos en fecha 15.11.2011 para los casos 10 Civ. 1487, 10 Civ. 1488, 10 Civ. 1493, 10 Civ. 1507, 10 Civ. 1510, 10 Civ. 1524, 10 Civ. 1529, 10 Civ. 1545, 10 Civ. 1603 y 10 Civ. 1629 ("EM, Ltd. and NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina and Banco Central de la República Argentina"). Disponible en [ver link].

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (EUA) (2010) *Brief for the United States of America as Amicus Curiae in Support of Reversal* presentado ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en fecha 03.11.2010 para los casos 10 Civ. 1487, 10 Civ. 1488, 10 Civ. 1493, 10 Civ. 1507,

94 La competencia por la captación de depósitos de reservas de los bancos centrales es un punto señalado por el FRBNY (2006): "[a]s Congress recognized, central banks are particularly concerned with the security of their property abroad. If another prominent country offers greater protections than the United States, central banks may move their reserves elsewhere [...]. Accord Bank for International Settlements ("BIS") Headquarters Agreement, art. 4 | 4 [...] (affording absolute immunity from attachment or execution to central bank accounts at BIS).— Recently, a court in the United Kingdom interpreted an analogous provision in its sovereign immunity statute to provide the protections we urge" (pp. 16-7).

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

10 Civ. 1510, 10 Civ. 1524, 10 Civ. 1529, 10 Civ. 1545, 10 Civ. 1603 y 10 Civ. 1629 ("EM, Ltd. and NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina and Banco Central de la República Argentina"). Consultado en [ver link] el 02.11.2015.

— (2012) *Brief for the United States as Amicus Curiae* presentado ante la Suprema Corte de los Estados Unidos en fecha 25.05.2012 para los casos 10 Civ. 1487, 10 Civ. 1488, 10 Civ. 1493, 10 Civ. 1507, 10 Civ. 1510, 10 Civ. 1524, 10 Civ. 1529, 10 Civ. 1545, 10 Civ. 1603 y 10 Civ. 1629 ("EM, Ltd. and NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina and Banco Central de la República Argentina"). Disponible en [ver link].

FEDERAL RESERVE BANK OF NEW YORK [Banco de la Reserva Federal de Nueva York] (FRBNY) (2006) *Brief of Amicus Curiae Federal Reserve Bank of New York in Support of Appellees* presentado ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en fecha 05.04.2006 para los casos casos 06 Civ. 0403, 06 Civ. 0405 y 06 Civ. 0406. Disponible en [ver link].

GOLDSCHMIDT, W. (1970) *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Depalma.

HARVARD LAW REVIEW (HLR) (2010) "Too Sovereign to Be Sued: Immunity of Central Banks in Times of Financial Crisis", en *Harvard Law Review*, volumen 124, número 2, diciembre 2010 (pp. 551-71). Consultado en [http://harvardlawreview.org/2010/12/too-sovereign-to-be-sued-immunity-of-central-banks-in-times-of-financial-crisis/] el 21.10.2015.

REMIRO BROTÓNS, A. (2010) *Derecho Internacional Curso General*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

REPÚBLICA ARGENTINA (ARGENTINA) (1994) *Fiscal Agency Agreement beetween the Republic of Argentina and Bankers Trust Company, Fiscal Agent*, celebrado el 19.10.1994. Consultado en [ver link] el 08.10.2015

— (2010) *Memorandum of Law of the Republic of Argentina in Support of Motion to Vacate the 2010 Orders and in Opposition to Plaintiffs' Motions (i) to Confirm the 2010 Orders; (ii) for Reconsideration of Alter Ego Decision; and (iii) to Amend Alter Ego Complaint*, presentado ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York en fecha 30.07.2010 para los casos 08 Civ. 7974 (TPG), 03 Civ. 2507 (TPG), 03 Civ. 8845 (TPG), 05 Civ. 2434 (TPG), 06 Civ. 6466 (TPG), 07 Civ. 1910 (TPG), 07 Civ. 2690 (TPG), 07 Civ. 6563 (TPG), 08 Civ. 2541 (TPG), 08 Civ. 3302 (TPG), 08 Civ. 6978 (TPG), 09 Civ. 1707 (TPG), 09 Civ. 1708 (TPG).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES [SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS] (SCOTUS) (1983) *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, en 462 U. S. 611. Consultado en [ver link] el 02.11.2015.

— (1992) *Republic of Argentina et al. v. Weltover, Inc., et al.*, en 504 U. S. 607. Disponible en [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/607/case.html] el 02.11.2015.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT [CORTE DE APELACIONES DEL SEGUNDO CIRCUITO] (USCA 2C) (2007) "EM, Ltd., NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina", en 473 F.3d 463, resuelto el 05.01.2007 respeto de los casos 06 Civ. 403, 06 Civ. 405 y 06 Civ. 406. Consultado en [ver link] el 11.10.2015.

— (2011) "NML Capital, Ltd., EM, Ltd. v. República Argentina", resuelto el 05.07.2011 respecto de los casos 10 Civ. 1487, 10 Civ. 1488, 10 Civ. 1493, 10 Civ. 1507, 10 Civ. 1510, 10 Civ. 1524, 10 Civ. 1529, 10 Civ. 1545, 10 Civ. 1603 y 10 Civ. 1629. Consultado en [ver link] el 12.10.2015.

— (2015) "EM, Ltd., NML Capital, Ltd. v. Banco Central de la República Argentina, Republic of Argentina", resuelto el 31.08.2015 respecto del caso 06 Civ. 7792 (TPG). Consultado en [ver link] 21.10.2015.

UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK [CORTE DEL DISTRITO SUR DE NUEVA YORK] (USDC SDNY) (2010) *Opinion* del 07.04.2010 en "NML Capital, Ltd. y EM, Ltd. c. República Argentina", casos 03 Civ. 2507 (TPG), 03 Civ. 8845 (TPG), 05 Civ. 2434 (TPG), 06 Civ. 6466 (TPG) y 06 Civ. 7792 (TPG). Disponible en [ver link].

NOTA: El autor pone a disposición de los lectores todos los documentos arriba referenciados como fuentes documentales del presente artículo.

DR © 2016. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales.