

# "EJEMPLAR PARA EL AUTOR"

## **INMUNIDAD SOBERANA EXTRANJERA Y EXCEPCIÓN POR ACTIVIDAD COMERCIAL EN LA EXPROPIACIÓN DE YPF\***

**Análisis de la sentencia dictada por la United States Court  
of Appeals of the Second Circuit**

## **FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITY AND COMMERCIAL ACTIVITY EXCEPTION TOWARDS THE EXPROPRIATION OF YPF**

**An analysis of the United States Court of Appeals  
of the Second Circuit's decision**

Por FLORENCIA RATTI MENDAÑA\*\*

*Resumen:* Se analiza brevemente la decisión judicial por la cual se resolvió que la República Argentina e YPF no son inmunes a ser demandados bajo la Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), pues resulta aplicable la excepción de actividad comercial.

*Palabras clave:* Ley de inmunidad soberana extranjera. Excepción por actividad comercial.

*Abstract:* This is a brief analysis of the judicial decision by which it was held that Argentine Republic and YPF are not immune from suit under the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) since the commercial activity exception is applicable.

*Key words:* Foreign Sovereign Immunity Act. Commercial activity exception.

### § 1. INTRODUCCIÓN

El 10 de julio de 2018, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos<sup>1</sup> dictó una sentencia interlocutoria en virtud de la cual

\* Recibido: 15/8/2018. Aceptado: 3/11/2018.

\*\* Abogada (UCA, 2012). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UCA). Becaria doctoral del CONICET desde 2014. Fulbright Visiting Scholar (Boston College, 2018). Profesora asistente de Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA) y Jefa de Trabajos Prácticos de Taller de Doctrina y Jurisprudencia (UNLZ). Correo electrónico: [florenciaratti@uca.edu.ar](mailto:florenciaratti@uca.edu.ar).

<sup>1</sup> "United States Court of Appeals for the Second Circuit"; en adelante, "Corte de Apelaciones".

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “*Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad...*”

"EJEMPLAR PARA EL AUTOR"

rechazó la moción de desestimación interpuesta por el Estado argentino y por YPF S.A. (en adelante, YPF) en la causa *Petersen Energía Inversora, S.A.U. and Petersen Energía, S.A.U. v. Argentine Republic and YPF S.A.* (en adelante, *Petersen*)<sup>2</sup>.

La causa en cuyo marco se dictó esa sentencia se relaciona con la expropiación de YPF llevada a cabo por el Estado argentino en 2012, que significó un giro en el régimen jurídico nacional de los hidrocarburos. A continuación, se realizará un breve análisis de esa decisión judicial a partir de la identificación de los hechos relevantes, la cuestión presentada, el *holding* y los fundamentos que de ella se desprenden.

Este examen ordenado y sistemático de la sentencia facilitará su comprensión y permitirá al lector familiarizarse con el proceso judicial federal de los Estados Unidos e identificar con precisión los argumentos jurídicos que sometieron, en este caso, al Estado argentino a la jurisdicción de aquel país. Asimismo, será de gran utilidad para formular una sucinta revisión histórica que permita apreciar el escenario en el que la expropiación fue llevada a cabo, lo que habilitará un mejor entendimiento del régimen actual de los hidrocarburos. Finalmente, se vislumbrarán las consecuencias jurídicas que el Estado argentino podría tener que enfrentar.

## § 2. HECHOS

La siguiente enumeración de hechos está basada en la descripción fáctica que la propia Corte de Apelaciones de los Estados Unidos realiza. Si bien, como es sabido, la expropiación de YPF generó diversas controversias —e incluso dio lugar a actuaciones ante el CIADI<sup>3</sup>—, el presente análisis se centrará exclusivamente en la resolución judicial de la Corte de Apelaciones dictada en el marco del proceso judicial iniciado por *Petersen Energía Inversora, S.A.U.* y *Petersen Energía, S.A.U.* contra YPF S.A. y el Estado Nacional argentino.

Por medio de aquella resolución, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia interlocutoria de la Corte de Distrito, que había rechazado la moción de desestimación del juicio interpuesta por el Estado argentino y por YPF. Seguidamente serán relatados los hechos que para el tribunal fueron relevantes en la resolución de esa apelación:

En 1992, YPF fue privatizada y convertida en una sociedad anónima<sup>4</sup>. En ese momento, y con el fin de atraer inversiones extranjeras, la compañía modificó sus estatutos e incorporó ciertas protecciones a los inversores, en

<sup>2</sup> Causa No. 16-3303 (2018). (*N. de R.*) El 7 de enero de 2019, en 18-575, *YPF S.A. v. Petersen Energía, et al.*, y en 18-581, *Argentine Republic v. Petersen Energía, et al.*, la Corte Suprema estadounidense invitó al *Solicitor General* a presentar alegatos que expresen la opinión de Estados Unidos respecto de estos casos.

<sup>3</sup> Sobre el particular, puede verse el procedimiento arbitral iniciado por Repsol: *Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. Argentine Republic*, iniciado en 2012.

<sup>4</sup> Por medio de la ley 24145 (B.O. 6/11/1992).

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .”

especial, frente a tomadores hostiles y frente a futuros intentos de la República Argentina de renacionalizar la empresa.

Fue así como, a través del artículo 7° de los estatutos, se prohibió la adquisición de acciones que representasen más del 15 % del capital social, a menos que se realizare una oferta pública de adquisición de todas las acciones de acuerdo con ciertos procedimientos y a un precio determinado por una fórmula prevista en los mismos Estatutos.

Entre aquellos procedimientos se exigía que la oferta pública fuera efectuada de acuerdo con las normas aplicables en las jurisdicciones de las bolsas y mercados de valores donde cotizaran las acciones. El incumplimiento de esos procedimientos quedaba sancionado con la pérdida del derecho a voto y del derecho a recibir dividendos.

La República Argentina pregonó esas protecciones a inversores en el documento que presentó ante la SEC (*Securities and Exchange Commission*) al momento de hacer la oferta pública de sus acciones para cotizar en la Bolsa de Nueva York (*New York Stock Exchange* o NYSE).

Entre 2008 y 2011, Petersen Energía Inversora y Petersen Energía adquirieron aproximadamente el 25 % de las acciones de YPF en ADR (*American Depositary Receipts*<sup>5</sup>) emitidos por el Bank of New York Mellon.

Petersen compró la mayoría de las acciones a Repsol, con el financiamiento de Repsol y de otras instituciones financieras. En su carácter de accionistas, Repsol y Petersen celebraron un acuerdo en virtud del cual YPF haría distribuciones bianuales del 90 % de las ganancias. Esos dividendos eran utilizados por Petersen para el pago de los créditos que había tomado para la compra de acciones de YPF.

El 16 de abril de 2012, y luego de una serie de declaraciones públicas en las que el gobierno argentino acusaba a Repsol y Petersen de un deficiente manejo de YPF, envió al Congreso un proyecto de ley para expropiar el 51 % del patrimonio de YPF S.A. Ese mismo día, a través de un decreto de necesidad y urgencia<sup>6</sup>, se nombró un interventor que tomó control inmediato de YPF. Las gerencias de la empresa fueron ocupadas por funcionarios públicos.

Poco menos de un mes después, el 3 de mayo de 2012, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la “Ley de Soberanía Hidrocarburífera”<sup>7</sup>, por medio del cual se declaró la expropiación directa del 51 % de las acciones con derecho a voto de Repsol.

La expropiación implicaba que el Estado Nacional tomara el control de más de la mitad de las acciones de la empresa. Sin embargo, la oferta pública por el resto de las acciones, prevista en los estatutos para supuestos de ad-

<sup>5</sup> ADR es la sigla en inglés para “American Depositary Receipt”. Se trata de un instrumento físico que respalda el depósito de acciones de una compañía extranjera en un banco estadounidense. De este modo es posible que una empresa extranjera pueda emitir acciones directamente en la Bolsa de ese país. Las acciones que subyacen a los ADR se llaman ADS, sigla en inglés para “American Depositary Shares”. Véase YPF (s/f).

<sup>6</sup> Decreto 530/2012 (B.O. 16/4/2012).

<sup>7</sup> Ley 26741 (B.O. 7/5/2012).

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “*Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .*”

quisición de más del 15 % del capital social, no se realizó. Petersen entendía que tenía derecho a que dicha oferta se le realizara y fue esto lo que motivó el inicio del proceso judicial.

A su vez, los interventores de YPF decidieron cancelar los pagos de dividendos previamente acordados por los accionistas. Sin aquellos dividendos, Petersen se vio impedida de hacer frente a los créditos que había solicitado para adquirir las acciones y, consecuentemente, se declaró en quiebra.

### § 3. EL CASO

La causa judicial en cuyo marco se dictó la decisión que aquí se analiza fue iniciada por Petersen sobre la base del presunto incumplimiento de contrato –“*breach of contract*”– por parte del Estado argentino y de YPF.

Los incumplimientos estatutarios que Petersen alega son dos: *i*) el Estado argentino e YPF omitieron realizar la oferta pública de las restantes acciones que los estatutos exigían en caso de adquisición de más del 15 % de las acciones; *ii*) YPF no aplicó contra el Estado argentino las penalidades previstas en el estatuto para el supuesto de omisión de dicha oferta pública y, consecuentemente, no privó al Estado argentino de ejercer el derecho a voto correspondiente a las acciones que aquel había expropiado a Repsol.

La causa comenzó su trámite en la Corte del Distrito Sur de Nueva York (United States District Court for the Southern District of New York). Ante ese Tribunal, el Estado argentino e YPF (en adelante, “los apelantes”) presentaron una moción para desestimar el caso, alegando que la Corte de Distrito de Nueva York no tendría competencia material ni personal para resolver la controversia. En el siguiente acápite se analizarán en detalle las dos cuestiones en torno a las cuales los apelantes fundaron esta posición.

La Corte de Distrito, tribunal de primera instancia, denegó esa moción. En consecuencia, el Estado argentino e YPF apelaron la decisión ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (United States Court of Appeals for the Second Circuit). Dentro de esa Corte de Apelaciones, el *panel* (panel o sala) interviniente estuvo conformado por los jueces de circuito Winter, Calabresi y Chin<sup>8</sup>. La decisión de esa Corte de Apelaciones es la que se aquí analiza.

### § 4. CUESTIONES PLANTEADAS

Las dos cuestiones denegadas por la Corte de Distrito que, a raíz de la apelación, debió resolver la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito fueron las siguientes:

<sup>8</sup> Las Cortes Federales de Apelaciones en Estados Unidos resuelven los casos en paneles aleatorios de tres jueces que integran el circuito. Cfr. U.S. Code, Title 28, § 46.

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .”

## "EJEMPLAR PARA EL AUTOR"

a) *¿GOZAN EL ESTADO ARGENTINO E YPF DE INMUNIDAD SOBERANA EN ESTE PLEITO, DE ACUERDO CON LA LEY DE INMUNIDADES SOBERANAS EXTRANJERAS (FSIA)<sup>9</sup>, O PROCEDE LA EXCEPCIÓN DE ACTIVIDAD COMERCIAL PREVISTA EN AQUELLA NORMA, QUE OTORGA COMPETENCIA MATERIAL A LOS TRIBUNALES DE ESTADOS UNIDOS?* — La Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras (en adelante, LISE) establece que un Estado extranjero goza, por principio general, de inmunidad frente a los tribunales de los Estados Unidos<sup>10</sup>, de modo que no puede ser llevado a juicio en territorio extranjero sin su consentimiento. Esa es la ley que el Estado argentino e YPF invocaron para fundar, en primer lugar, su moción de desestimación del pleito, en el entendimiento de que la norma les otorgaba una inmunidad soberana en virtud de la cual no podían ser juzgados por tribunales de Estados Unidos.

Sin embargo, si bien la inmunidad soberana es el principio general que consagra la LISE, su propio texto prevé ciertas excepciones. La excepción más importante recae, sin duda, sobre la actividad comercial<sup>11</sup>.

Son tres los supuestos que prevé la LISE en los que es posible demandar a un Estado extranjero ante los tribunales de Estados Unidos:

a) Cuando el reclamo está basado en una actividad comercial que el Estado extranjero ha llevado a cabo en los Estados Unidos.

b) Cuando el reclamo está basado en un acto que el Estado extranjero ha llevado a cabo en Estados Unidos en conexión con una actividad comercial que se realiza fuera de los Estados Unidos.

c) Cuando el reclamo está basado en un acto que el Estado extranjero ha llevado a cabo fuera de los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial realizada fuera de los Estados Unidos, pero que causa un efecto directo en los Estados Unidos.

Las primeras dos hipótesis de la excepción no estaban en discusión en este caso, pues era claro que la controversia no giraba en torno a una actividad comercial en los Estados Unidos ni a un acto del Estado argentino en territorio estadounidense. Fue, en cambio, el tercer supuesto el que la Corte de Apelaciones debió analizar, con el objeto de resolver si procedía o no la inmunidad soberana a favor de los demandados, lo que hubiera llevado el pleito a territorio argentino. El análisis que el tribunal hizo de esta excepción y su aplicación en este caso concreto serán detallados en § 7 del presente trabajo.

b) *¿ES POSIBLE APLICAR LA “DOCTRINA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO” A LA AC-TUACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO EN TORNO A LA EXPROPIACIÓN DE YPF?* — La moción de rechazo presentada por el Estado argentino y por YPF se fundaba no solo en la aplicación de la regla general de inmunidad soberana contenida en la LISE, sino también en que la expropiación de YPF constituía un acto de gobierno y que, por ende, debía ser aplicada la “doctrina de los actos de

<sup>9</sup> *Foreign Sovereign Immunities Act*, 28 U.S.C. § 1601 *et seq.*

<sup>10</sup> U.S. Code, Title 28, Part IV, Chapter 97, § 1602.

<sup>11</sup> 28 U.S.C. § 1605(a)(2).

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “*Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .*”

gobierno”, en virtud de la cual no es posible juzgar la validez de actos soberanos de otro gobierno llevados a cabo bajo su legislación y dentro de su propio territorio<sup>12</sup>.

La “doctrina de los actos de gobierno”, a diferencia de la regla de inmunidad soberana –aunque con grandes similitudes que conducen usualmente a confusión–, no apunta a si el Estado argentino puede o no ser sometido a juicio en los Estados Unidos por la expropiación de YPF, sino más bien a una cuestión de fondo, relacionada con que no es posible juzgar la validez de los actos de un gobierno soberano. En el primer caso, se trata de una cuestión de jurisdicción o competencia; en el segundo, de una cuestión de fondo.

La apelabilidad de ambas cuestiones merece ser considerada por separado, para una mejor comprensión de por qué la Corte de Apelaciones consideró improcedente la apelación en relación a la doctrina de los actos de gobierno.

Como regla general, la denegación de una moción de rechazo (“*motion to dismiss*”) no es inmediatamente apelable<sup>13</sup>. Sin embargo, la Corte de Distrito consideró admisible la apelación en ambos casos, aunque con distintos fundamentos.

En lo referido a la primera de las cuestiones planteadas, es decir, la relativa a la inmunidad soberana de acuerdo con la LISE, se concedió la apelación con fundamento en lo que en Estados Unidos se denomina “*collateral order doctrine*”. Según esta doctrina, son apelables las resoluciones interlocutorias que deciden definitivamente una cuestión separada de la sustancia del caso, que luego de la sentencia definitiva ya no podrá ser discutida. La “*collateral order doctrine*” es generalmente admitida y aplicada por la jurisprudencia estadounidense en casos de apelación de la denegación de inmunidad soberana en el marco de la LISE<sup>14</sup>.

No sucede lo mismo con la cuestión relativa a la aplicación de la doctrina de los actos de gobierno: ni el procedimiento federal de los Estados Unidos ni los precedentes admiten, por principio, la apelación de este tipo de cuestiones resueltas en decisiones interlocutorias. Lo que sí existe es la posibilidad de que la Corte de Distrito considere que se trata de una cuestión relevante sobre la cual podría existir una discrepancia suficiente para poner fin al pleito<sup>15</sup> y, en consecuencia, certifique excepcionalmente la apelación de cuestiones de este estilo. En tales circunstancias, la Corte de Apelaciones tiene la discreción suficiente para decidir si declarar o no admisible la apelación certificada por la Corte de Distrito.

<sup>12</sup> *Ricaud v. Am. Metal Co.* (1918) 309-310: “when it is made to appear that the foreign government has acted in a given way on the subject matter of the litigation, the details of such action or the merit of the result can not be questioned but must be accepted by our courts as a rule for their decision”.

<sup>13</sup> Cfr. *Will v. Hallock* (2006); véase también *Balintulo v. Daimler AG* (2013).

<sup>14</sup> *Kensington Int'l Ltd. v. Itoua* (2007).

<sup>15</sup> Cfr. 28 U.S.C. § 1292(b); véase también *McDonnell Douglas Fin. Corp. v. Penn. Power & Light Co.* (1988).

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .”

"EJEMPLAR PARA EL AUTOR"

En el caso que nos ocupa, la Corte de Distrito entendió que estaban dados los requisitos para la procedencia excepcional de la apelación respecto de la doctrina de los actos de gobierno, de modo que certificó la apelación ante la Corte de Apelaciones. Sin embargo, la Corte de Apelaciones –haciendo uso de la discrecionalidad que posee en estos asuntos– decidió (con una mayoría de dos votos) que la apelación sobre esta cuestión era improcedente –y que, en todo caso, podía ser objeto de apelación en la oportunidad procesal correspondiente–, por considerar: *i*) que la configuración de los actos cuestionados por Petersen como actos de gobierno no era manifiesta; *ii*) que se trataba de una cuestión fáctica que no correspondía a la Corte de Apelaciones dilucidar en esa instancia del juicio.

El tercer voto, del juez Winter, constituyó una disidencia parcial en este aspecto puntual, pues ese magistrado entendió que los mismos argumentos que se utilizaron para rechazar la moción de desestimación en torno a la inmunidad soberana podían utilizarse también para resolver el fondo de la cuestión sobre la doctrina del acto de gobierno (y rechazar la apelación de la moción también en este punto). De este modo, Winter, en su voto, rechazó la apelación en ambas cuestiones.

#### § 5. LA DECISIÓN

La decisión de la Corte de Apelaciones fue que la obligación de realizar una oferta pública prevista en los estatutos de las restantes acciones de YPF luego de la expropiación constituía una obligación comercial a cargo del Estado argentino, subsiguiente y distinta de la expropiación, que causó un efecto directo sobre Petersen. Por tal motivo, hizo lugar a la excepción de inmunidad soberana y resolvió que el juicio continuase tramitando ante los tribunales federales de Estados Unidos.

#### § 6. EL *HOLDING*

El *holding* o *ratio decidendi* de una sentencia es aquella regla de derecho expresa o implícitamente considerada por el juez como un paso necesario para arribar a su conclusión, teniendo en consideración la línea argumental adoptada por él<sup>16</sup>.

En Estados Unidos –y, en general, en toda la tradición jurídica del *common law*– es únicamente el *holding* lo que constituye precedente y, en consecuencia, obliga a los jueces a decidir de igual modo los casos análogos posteriores.

El *holding* que podría extraerse de esta decisión de la Corte de Apelaciones es el siguiente: “Si bien la expropiación en sí misma es siempre

<sup>16</sup> CROSS y HARRIS (1991) p. 72.

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “*Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .*”

"EJEMPLAR PARA EL AUTOR"  
un acto de soberanía, el cumplimiento o incumplimiento de una obligación estatutaria, aun cuando hubiera sido desencadenado por esa expropiación, es un acto comercial independiente de ella que puede tener efectos directos en los Estados Unidos, habilitando en tal caso la excepción a la inmunidad soberana contenida en la Foreign Sovereign Immunity Act”.

#### § 7. FUNDAMENTOS Y PRECEDENTES RELACIONADOS

a) *LA EXCEPCIÓN COMERCIAL A LA INMUNIDAD.* — En función de que la cuestión relativa a la doctrina de los actos de gobierno no fue resuelta, por considerar la Corte de Apelaciones que el recurso de apelación en ese punto era inadmisibles, queda analizar bajo qué argumentos consideró aplicable una de las excepciones a la regla general de inmunidad soberana, permitiendo que el pleito continúe ante los tribunales federales de Estados Unidos.

Más arriba se mencionó que la excepción en la que podría encuadrar la actuación del Estado argentino y de YPF en torno a la expropiación era la del tercer supuesto: “Cuando el reclamo está basado en un acto que el Estado extranjero ha llevado a cabo fuera de los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial realizada fuera de los Estados Unidos, pero que causa un efecto directo en los Estados Unidos”.

Para hacer lugar a esta excepción y dejar de lado la inmunidad soberana, el tribunal debió constatar la configuración de los tres elementos contenidos en esa excepción: *i)* un acto nuclear del Estado argentino; *ii)* el carácter comercial de ese acto (o su relación directa con la actividad comercial); *iii)* la afectación directa que ese acto producía sobre Petersen.

b) *IDENTIFICACIÓN DEL ACTO PRESUNTAMENTE DAÑOSO REALIZADO POR EL ESTADO ARGENTINO.* — Si bien puede parecer el punto más sencillo de resolver, sobre esta cuestión la posición de ambas partes del pleito era contrapuesta: el Estado argentino e YPF fundaron la moción de desestimación en la consideración de que el acto que estaba siendo cuestionado por Petersen era la expropiación y que, en tanto la expropiación no constituye una actividad comercial, sino un acto de soberanía, jamás podía quedar exceptuada de inmunidad.

Si los tribunales estadounidenses hubieran coincidido en que el acto que habría afectado a Petersen era la expropiación, los demás requisitos de la excepción comercial a la inmunidad no habrían sido siquiera considerados: la moción de desestimación hubiese sido admitida, por cuanto la expropiación es considerada un acto soberano por la jurisprudencia estadounidense<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> “. . . expropriations (. . .) do not fall within the ‘commercial activity’ exception of the FSIA [because] [e]xpropriation is a decidedly sovereign –rather than commercial– activity” (“las expropiaciones no encuadran en la excepción de la actividad comercial de la LISE, puesto

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .”

## "EJEMPLAR PARA EL AUTOR"

Sin embargo, la Corte de Apelaciones no identificó el acto nuclear de la demanda con la expropiación de YPF. Fundada en precedentes según los cuales ese acto nuclear es aquel que realmente perjudica a los demandantes<sup>18</sup>, entendió que el acto que perjudicó a Petersen, y cuyo incumplimiento este alega, no fue la expropiación en sí misma, sino la omisión de realizar oferta pública de acciones luego de esa expropiación y la inaplicación de las sanciones correspondientes frente a aquella omisión.

c) *EL CARÁCTER COMERCIAL DEL ACTO.* — La LISE indica que, a los efectos de determinar si la actividad de los Estados extranjeros es o no comercial, los tribunales deben atender a la naturaleza del acto en sí mismo, más que al propósito o finalidad que la soberanía extranjera le otorgó al acto<sup>19</sup>.

En aplicación de ese principio, en un precedente contra la República Argentina, la Suprema Corte de Estados Unidos había afirmado que “la cuestión no es si el gobierno extranjero está actuando para obtener rédito o para alcanzar objetivos propios de su soberanía. La cuestión es si los actos del gobierno (cualquiera fuera el motivo que hay detrás de ellos) son el tipo de actos mediante los cuales un particular ejerce el comercio”<sup>20</sup>.

En el caso concreto que nos convoca, la Corte de Apelaciones efectuó una distinción entre la expropiación en sí misma y la omisión de realizar la oferta pública por el restante de las acciones. En cuanto a la expropiación, sostuvo que no se trataba de un acto de carácter comercial. En cambio, sí le atribuyó tal carácter a la obligación de realizar la oferta pública; para ello, puntualizó que era la propia ley de expropiación de YPF la que establecía explícitamente que la sociedad continuaría operando como sociedad anónima abierta, no siéndole aplicable legislación o normativa administrativa que reglamentase la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación<sup>21</sup>.

d) *EL EFECTO DIRECTO EN LOS ESTADOS UNIDOS.* — La oferta pública por el resto de las acciones debía realizarse en Estados Unidos, puesto que esas acciones cotizaban en la bolsa de Nueva York y los Estatutos establecían que la oferta debía ser efectuada de acuerdo con las normas aplicables en las jurisdicciones de las bolsas y mercados de valores donde cotizaran las acciones.

En función de ello, la Corte de Apelaciones entendió que la actuación del Estado argentino y de YPF provocaba un efecto directo en los Estados Unidos. Como sustento de tal postura, invocó precedentes según los cuales el mero incumplimiento de una obligación contractual causa un efecto suficiente para

---

que la expropiación es más una decisión soberana que una actividad comercial”). Véase *Garb v. Republic of Poland* (2006).

<sup>18</sup> *OBB Personenverkehr AG v. Sachs* (2014).

<sup>19</sup> 28 U.S.C. § 1603(d)

<sup>20</sup> *Republic of Argentina v. Weltover* (1992).

<sup>21</sup> Conf. artículo 15 de la ley 26741.

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “*Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .*”

otorgar jurisdicción de acuerdo con la LISE siempre que los Estados Unidos sea el lugar de ejecución de esa obligación infundida<sup>22</sup>.

Asimismo, invocó el precedente anteriormente citado contra la República Argentina, en el que la Suprema Corte había determinado que ese efecto no necesariamente debe ser sustancial o previsible, sino que para adquirir el carácter de “directo” únicamente debe ser una consecuencia inmediata de la actividad<sup>23</sup>.

e) *OTROS ARGUMENTOS.* — 1. *La oferta pública como medio o como consecuencia de la expropiación.* El primero de estos argumentos está referido a la interpretación del artículo 7° de los estatutos de YPF. Al respecto, los apelantes sostuvieron que, de acuerdo con ese artículo, el Estado argentino no estaba obligado a realizar una oferta pública con posterioridad a la expropiación, sino que, más bien, la oferta pública era el modo en que debió llevar a cabo la expropiación de YPF. De allí que, si el Estado había incurrido en algún incumplimiento, este era precisamente no haber realizado la oferta pública para expropiar YPF y, en cambio, realizar la expropiación por medio de una ley. Pero como la expropiación en sí, y su modo de realización, constituyen actos soberanos, si existió ese incumplimiento, el juicio sobre él goza de inmunidad en Estados Unidos.

A esto, la Corte de Apelaciones respondió que, si bien el artículo 7° no se distinguía por su claridad (lo que se acentuaba aún más por las diferencias idiomáticas), no era esa la correcta interpretación, por cuanto en algunos casos en que los Estatutos exigían la realización de oferta pública para la adquisición de acciones aquel requisito se desprendía con nitidez de la propia letra de los Estatutos. No era ese el caso del artículo 7°.

2. *Porcentaje por expropiar.* Los apelantes también sostuvieron que la expropiación efectuada en los términos de la Ley de Soberanía Hidrocarburífera tornaba de cumplimiento imposible la realización de oferta pública, por cuanto aquella ley exigía la expropiación únicamente del 51 % de las acciones, sin que el Estado pudiera tomar más acciones que ese porcentaje.

No obstante, la Corte de Apelaciones dejó en claro que en ningún momento la normativa relativa a la expropiación ordenaba expropiar *solo* el 51 % de las acciones, y por ende no prohibía adquirir un porcentaje mayor. Además, afirmó que esa interpretación restrictiva de las potestades del Estado para adquirir acciones no era acorde con la finalidad que la propia ley establecía en sus considerandos, al indicar que la expropiación tenía por objetivo que el Estado recuperara la soberanía hidrocarburífera.

<sup>22</sup> *Atlantica Holdings, Inc. v. Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna* (2016).

<sup>23</sup> *Republic of Argentina v. Weltover* (1992).

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .”

"EJEMPLAR PARA EL AUTOR"

3. *El objeto del juicio.* Por último, el Estado argentino sostuvo que el objeto del pleito constituía un intento tardío de Petersen de hacer cumplir con los estatutos (“enforce the bylaws”).

No obstante, el tribunal sostuvo que ese no era el objeto del pleito, lo que implicaría que el Estado argentino hiciera la oferta pública obligado por el tribunal que resolviese la controversia. Esa interpretación no tiene base alguna, puntualizó la Corte de Apelaciones, puesto que Petersen ni siquiera es tenedor actual de acciones de YPF. Más bien, continúa diciendo el tribunal, lo que Petersen pretende es un resarcimiento compensatorio por el daño que le provocó la omisión en la realización de la oferta pública de acciones que, sostiene, era obligatoria luego de que el Estado argentino tomara el control de la compañía.

Los enumerados en esta sección han sido los argumentos que la Corte de Apelaciones utilizó para rechazar la apelación del Estado argentino y de YPF, confirmando así la sentencia de la Corte de Distrito que había rechazado la moción de desestimación.

#### § 8. REFLEXIONES FINALES

La sentencia que aquí se analiza presenta argumentos precisos para fundar la improcedencia de la inmunidad soberana en razón de la cláusula comercial, acordes con los precedentes existentes en la materia. Su núcleo radica en que el acto por juzgar no es la expropiación en sí, sino el incumplimiento de la obligación estatutaria de realizar oferta pública en caso de adquisición de más del 15 % del capital social.

Si bien la cuestión principal se refiere únicamente a un asunto de inmunidad de jurisdicción –preliminar de acuerdo a los estadios de la causa–, lo cierto es que la Corte de Apelaciones, al expedirse sobre ella, adelantó algunos argumentos que se anticipan desfavorables para los demandados, de cara al resultado final del pleito.

No obstante, queda para una instancia ulterior la determinación de si es posible o no encuadrar la actuación de Argentina y de YPF en torno a la expropiación, así como la toma de control de la compañía, dentro de la doctrina de actos de gobierno. La Corte de Apelaciones entendió que no era el momento procesal oportuno para definir esta cuestión –aun cuando uno de los magistrados se expidió en sentido contrario–, dejando una puerta abierta para que el Estado argentino se exima de ser juzgado en relación con la omisión de efectuar oferta pública.

A partir de esta sentencia, la causa volverá a la United States District Court for the Southern District of New York para seguir su trámite. Esa Corte de Distrito deberá resolver, oportunamente, si el Estado argentino incumplió o no la obligación de realizar oferta pública por el resto de las acciones que no fueron objeto de expropiación, tal como era previsto por los estatutos de YPF para casos de adquisición de más del 15 % de la empresa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CROSS, Rupert, y HARRIS, James W. (1991): *Precedent in English Law* (Oxford, Clarendon Press, cuarta edición).

JURISPRUDENCIA CITADA

a) *Estados Unidos de América*

1. *Corte Suprema de los Estados Unidos*

*Ricaud v. Am. Metal Co.* (1918): 246 U.S. 304.

*Republic of Argentina v. Weltover* (1992): 504 U.S. 607 (1992).

*Will v. Hallock* (2006): 546 U.S. 345.

*OBB Personenverkehr AG v. Sachs* (2014): 572 U.S. 1113.

2. *Corte de Apelaciones del Segundo Circuito*

*McDonnell Douglas Fin. Corp. v. Penn. Power & Light Co.* (1988): 849 F.2d 761.

*Garb v. Republic of Poland* (2006): 440F.3d 579.

*Kensington Int'l Ltd. v. Itoua* (2007): 505 F.3d 147.

*Balintulo v. Daimler AG* (2013): 727 F.3d 174.

*Atlantica Holdings, Inc. v. Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna JSC* (2016): JSC, 813 F.3d 98.

*Petersen Energía Inversora S.A.U. and Petersen Energía, S.A.U. v. Argentine Republic and YPF S.A.* (2018): 16-3303-cv (L).

b) *Tribunales arbitrales*

*Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. v. Argentine Republic* (2012-2014): CIADI, Case N° ARB/12/38.

NORMAS CITADAS

a) *República Argentina*

Ley 24145 (B.O. 6/11/1992). Federalización de hidrocarburos. Transformación empresarial y privatización del capital de YPF S.A. Privatización de activos y acciones de YPF S.A.

Ley 26741 (B.O. 7/5/2012). Se declara de interés público nacional el autoabastecimiento de hidrocarburos. Se crea el Consejo Federal de Hidrocarburos. Se declara de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51 % del patrimonio de YPF S.A. y Repsol YPF Gas S.A.

Decreto 530/2012 (B.O. 16/4/2012). Se dispone la intervención transitoria de YPF S.A.

b) *Estados Unidos de América*

U.S. Code, Title 28, § 46.

RATTI MENDAÑA, Florencia ❖ “*Inmunidad soberana extranjera y excepción por actividad . . .*”

**"EJEMPLAR PARA EL AUTOR"**  
*Foreign Sovereign Immunities Act*, 28 U.S.C. § 1601 *et seq.*

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

YPF (s/f): “Centro de inversores. Preguntas frecuentes”, disponible en: <https://www.ypf.com/inversoresaccionistas/paginas/faq.aspx> (último acceso: 22/11/2018).