

<p>TRIBUNAL FEDERAL DE DISTRITO DISTRITO SUR DE NUEVA YORK</p> <p>----- x</p> <p>CARTICA MANAGEMENT, LLC, et al.,</p> <p style="text-align: center;">Demandantes,</p> <p style="text-align: center;">-contra-</p> <p>CORPBANCA, S.A., et al.,</p> <p>-----</p> <p style="text-align: center;">Demandados.</p> <p style="text-align: right;">x</p>	<p><b>TRIBUNAL DE DISTRITO DE EE.UU. DISTRITO SUR DE NUEVA YORK</b></p> <p><b>DOCUMENTO PRESENTADO ELECTRÓNICAMENTE</b></p> <p><b>Nro. de DOC:</b></p> <hr/> <p><b>FECHA DE PRESENTACIÓN: <u>9-25-</u></b></p> <p style="text-align: center;">14-cv-2258 (PKC)</p> <p style="text-align: center;"><u>MEMORANDO Y SENTENCIA</u><sup>1</sup></p>
---	--

CASTEL, JUEZ FEDERAL DE DISTRITO DE EE.UU.

Los demandantes (en forma conjunta, "Cartica") interponen esta acción alegando que los Demandados cometieron fraude en operaciones bursátiles relacionado con la futura fusión de CorpBanca y Banco Itaú Chile. Cartica fundamenta su reclamo de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 10(b) de la *Securities Exchange Act* (Ley de Valores) sancionada en 1934 (en adelante la "Ley de 1934"), 15 U.S.C. § 78u-4(b), la Norma 10b-5 promulgada conforme a la misma, 17 C.F.R. § 240.10b-5, Artículo 13(d) de la "Ley de 1934", 15 U.S.C. § 78m, y Normas 13d-1 y 13d-5 promulgada conforme a la misma, 17 C.F.R. § 240.13d-1 y 17 C.F.R. § 240.13d-5, y el Artículo 20(a) de la "Ley de 1934", 15 U.S.C. § 78t. Cartica asimismo alega la comisión de *common law fraud* (fraude consistente en efectuar una promesa con la intención de no cumplirla). Solicita una medida precautoria en relación con sus reclamos federales en materia de valores pero reclama un resarcimiento de daños y perjuicios en su reclamo por *common law fraud*. Los demandados solicitan que se rechace la demanda.

En la causa Blue Chip Stamps c. Manor Drug Stores, 421 U.S. 723 (1975), la Corte Suprema analizó el texto del artículo 10(b) y la Norma 10b-5 y concluyó que un accionista que no era un "comprador" ni un "vendedor" no podía presentar reclamo alguno en relación con el presunto fraude. Blue Chip se decidió en el contexto de una demanda por daños y perjuicios y, desde entonces, ni la Corte Suprema ni el Segundo Circuito han resuelto si la solicitud de medida precautoria está sujeta a la misma norma. Este Tribunal acepta el razonamiento del Tribunal de Circuito del Distrito de Columbia que establece que "[m]ientras sea posible discernir las diferencias entre una acción por daños y perjuicios y una solicitud de medida precautoria, la mayor parte del alegato de la Corte Suprema en el caso Blue Chip se aplica casi tanto a esta última como a la primera." Corwin c. Bresler, 741 F.2d 410, 424 (D.C. Cir. 1984). Según se explicará más adelante, este Tribunal aplica la norma del comprador o del vendedor al reclamo de Cartica basado en el artículo 10(b) y no hace lugar al mismo.

Con respecto al reclamo de Cartica basado en el artículo 13(d), no se requiere que exista un comprador o un vendedor y, por lo tanto, Cartica puede hacer valer su pretensión. Sin embargo, en una solicitud para desestimar la demanda, este Tribunal puede considerar apropiadamente el texto de las declaraciones presuntamente falsas. Las declaraciones correctivas realizadas por ciertos demandados frustran la pretensión de medida precautoria presentada por Cartica y la misma también puede desestimarse. Debido a que la demanda omite alegar una violación principal, también se rechazan los reclamos de Cartica basados en el artículo 20(a)

<sup>1</sup> Traducción libre. El documento original, en inglés, se encuentra publicado en [www.corpbanca.cl](http://www.corpbanca.cl)

Con el desistimiento de todos los reclamos federales, el Tribunal se abstiene de ejercer su competencia suplementaria sobre los reclamos de *common law fraud*.

### I. Antecedentes

A los efectos de las peticiones presentadas por los demandados, todas las consideraciones de hecho no-concluyentes se aceptan como verdaderas, véase Ashcroft c. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009), y todas las conclusiones razonables favorecen la actora en su carácter de no-peticionante. Véase In re Elevator Antitrust Litig., 502 F.3d 47, 50 (2d Cir. 2007).

#### a. Partes

La Demandada CorpBanca S.A. es una sociedad que cotiza en Bolsa con domicilio en Santiago, Chile, constituida conforme a las leyes de Chile y autorizada para operar como banco comercial por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile. (Am. Compl. ¶ 38.) Se encuentra sujeta a los requisitos de presentación de información de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile y presenta ante la misma informes periódicos, conocidos como “notificaciones de hechos relevantes”. (Am. Compl. ¶ 39.) Las acciones de CorpBanca se negocian en la Bolsa de Valores de Santiago y el Mercado Electrónico de Valores Chile. (Am. Compl. ¶ 39.) Los ADR de CorpBanca se negocian en la Bolsa de Comercio de Nueva York (NYSE, por sus siglas en inglés) bajo el símbolo “BCA.” (Am. Compl. ¶ 40.)

La Demandante Cartica adquirió en primer lugar las acciones de CorpBanca en octubre de 2012, aparentemente de forma extraterritorial. El 18 de enero de 2013, adquirió 1,2 millones de *American Depository Receipts* (“ADR”) en operaciones dentro de los Estados Unidos, durante la oferta pública de CorpBanca (Am. Compl. 33.) Los fondos Cartica son titulares de aproximadamente 11 mil millones de acciones, incluyendo acciones ordinarias y acciones representadas por ADR, que representan aproximadamente el 3,22% de las acciones ordinarias en circulación de CorpBanca. (Am. Compl. ¶ 36.)

El Demandado Álvaro Saieh Bendeck (“Saieh”) es el Presidente del Directorio y el accionista mayoritario de Corp Group, grupo que no cotiza en bolsa, y el accionista mayoritario de CorpBanca a través de Corp Group y de otras inversiones. (Am. Compl. ¶ 43.) Al 31 de diciembre de 2013, Saieh controlaba aproximadamente el 50,44% de las acciones en circulación de CorpBanca a través de sociedades *holding*, que incluyen a los demandados Corp Group Banking S.A., titular de aproximadamente el 45,26% de las acciones ordinarias de CorpBanca, y Compañía Inmobiliaria y de Inversiones Saga Limitada (“Saga”), titular de aproximadamente el 5,18% de las acciones ordinarias de CorpBanca. (Am. Compl. ¶¶ 44, 46-47.) De acuerdo con el Formulario F-20 de 2012 de CorpBanca, Saieh era titular de acciones con suficiente poder de voto para aprobar todas las formas de resoluciones societarias sujetas a la decisión de las juntas de accionistas. (Am. Compl. ¶ 45.) Asimismo, Corp Group tiene una participación mayoritaria en SMU (el tercer mayor operador de supermercados de Chile), Copesa (un conglomerado de medios), y en operaciones inmobiliarias y de seguros. (Am. Compl. ¶ 43.) El Tribunal se refiere a estos demandados en forma colectiva como “Corp Group” o los

---

<sup>1</sup> Cartica Management, LLC, un asesor financiero inscripto ante la SEC, es una sociedad de responsabilidad limitada constituida en el Estado de Delaware con domicilio en Washington DC. (Am. Compl. ¶ 31.) Los Demandantes Cartica Corporate Governance Fund, LP, Cartica Investors, LP, y Cartica Capital Partners Master, LP son, individualmente, fondos de inversión privados administrados por Cartica Management, LLC, y son los titulares o propietarios finales de los ADR de CorpBanca y de acciones adicionales de CorpBanca. (Am. Compl. ¶ 32.) Cartica Investors II, L.P., otro fondo administrado por Cartica Management, LLC, es el titular final de las acciones de CorpBanca. (Am. Compl. ¶ 32.)

“demandados Corp Group.” Los Demandados también incluyen a los directores y funcionarios de CorpBanca. (Am. Compl. ¶¶ 48, 56, 59-60.)

La Demandada Itaú Unibanco Holding S.A. es una sociedad abierta que cotiza en Bolsa constituida conforme a las leyes de Brasil. Las acciones preferidas de Itaú se han negociado en la forma de ADR en la NYSE, bajo el símbolo “ITUB” desde febrero de 2002. Itaú presenta ante la SEC el Formulario F-20 y el Formulario K-6. (Am. Compl. ¶ 61.) La Demandada Banco Itaú Chile es una filial de Itaú Unibanco Holding S.A. y es una sociedad constituida bajo las leyes de Chile. (Am. Compl. ¶ 62.)

#### b. La Transacción En Cuestión

CorpBanca e Itaú anunciaron en enero de 2014 la celebración de una propuesta de contrato de fusión (en adelante, el “Contrato de la Transacción”). (Am. Compl. ¶ 91.) Si se aprueba la fusión, 172 mil millones de nuevas acciones del capital de CorpBanca se emitirán a los accionistas de Banco Itaú Chile. Los actuales accionistas de CorpBanca conservarán el 66,42% de las acciones del banco fusionado. Con posterioridad al cierre, la cantidad total de acciones del banco fusionado aumentará de 340 mil millones a 512 mil millones de acciones debidamente suscriptas y totalmente integradas. (Slocum Decl. Ex. 4.)

Saieh obtuvo una participación mayoritaria en CorpBanca en 1996. (Am. Compl. ¶ 63.) Carece de suficiente poder de voto para aprobar la fusión propuesta, que requiere el voto de dos tercios o más de los accionistas. (Am. Compl. ¶ 138.)

SMU, el operador de supermercados controlado por Corp Group, perdió \$720 millones en los primeros nueve meses de 2013. SMU informó la existencia de errores contables y aumentó su pasivo declarado en una actualización. (Am. Compl. ¶ 70.) Saieh despidió a 7.000 empleados de SMU, regresó como presidente del directorio de SMU, e inyectó \$300 millones en la cadena, de los cuales el 60% provenía de sus fondos personales. (Am. Compl. ¶ 71.)

El 29 de noviembre de 2013, CorpBanca informó que había contratado “bancos de inversión internacionales” con el objeto de analizar “transacciones potenciales” que involucraban al banco y a otros operadores bancarios. (Am. Compl. ¶¶ 82, 140.) El 6 de diciembre de 2013, Moody’s bajó la calificación crediticia de CorpBanca de Baa3 a Baa2, como consecuencia de los problemas en SMU. (Am. Compl. ¶ 84.)

En diciembre de 2013, Saieh y CorpBanca declararon públicamente que solamente aceptarían una oferta que permitiera a Saieh conservar cierto control de CorpBanca. (Am. Compl. ¶ 102.) Preocupado por estas declaraciones, el director de Cartica, Tessa Barger, se reunió con Saieh en Nueva York el 9 de diciembre de 2013, e indicó, esencialmente, que toda transacción que incluya beneficios especiales para Saieh que “no redunden en beneficio de todos los accionistas por igual trasladaría el valor, de manera inaceptable e ilegítima, de los accionistas minoritarios a Saieh.” El 20 de diciembre de 2013, en una carta dirigida a Saieh, Barger reexpresó la necesidad de garantizar el máximo valor para todos los accionistas. (Am. Compl. ¶ 102.) Saieh manifestó a Cartica que no buscaría beneficios personales, sino una transacción con el máximo beneficio para todos los accionistas. (Am. Compl. ¶ 103.) Basado en las declaraciones de Saieh, Cartica adquirió 188 millones de acciones adicionales de CorpBanca y continuó siendo titular de sus ADR en CorpBanca. (Am. Compl. ¶ 103.) Cartica omite alegar que las acciones adicionales se adquirieron dentro de los Estados Unidos y no se afirma que las acciones, a diferencia de los ADR, se cotizan en la Bolsa de los Estados Unidos.

El 29 de enero de 2014, CorpBanca anunció que acordó que Itaú fusionaría sus unidades de Chile y Colombia con CorpBanca. (Am. Compl. ¶ 91.) El Contrato de la Transacción dispuso que Corp Group votaría sus acciones en CorpBanca a favor de la fusión propuesta. (Slocum Decl. Ex. 8.1. § 4.4(g))

El 30 de enero de 2014, el día posterior al anuncio de la transacción, los demandados proporcionaron información a ciertos accionistas en una reunión que se celebró temprano por la mañana, a la cual Cartica no fue invitada. (Am. Compl. ¶ 107.) Los demandados

también proporcionaron información sobre la transacción a través de una opción de compra. (Am. Compl. ¶¶ 106, 153.) CorpBanca presentó el Formulario K-6 que notificaba la celebración del contrato y adjuntaba la Notificación de Fusión. (Am. Compl. ¶ 151.) En la misma fecha, CorpBanca presentó otro Formulario K-6 informando que había notificado la fusión a través de un comunicado de prensa que definía a la fusión como una “transacción acción-por-acción.” (Am. Compl. ¶ 152.)

En febrero de 2014, Cartica adquirió 2 mil millones de acciones adicionales en CorpBanca. (Am. Compl. ¶ 105.) Cartica omite alegar que las acciones adicionales se adquirieron en los Estados Unidos.

En marzo de 2014, CorpBanca emitió una carta pública en la que respondía a las preguntas formuladas por Cartica. (Am. Compl. ¶ 154.) CorpBanca también publicó una serie de preguntas y respuestas que incluían algunos de los presuntos beneficios que Saieh obtendría de la transacción. (Am. Compl. ¶ 155.)

El 14 de marzo de 2014, los demandados publicaron el texto del Contrato de la Transacción y el Pacto de Accionistas en el sitio web de CorpBanca. (Am. Compl. ¶ 109.) Cartica alega que el Pacto de Accionistas y el Contrato de la Transacción otorgan beneficios especiales para Saieh y Corp Group a costa de los accionistas minoritarios, entre los que se incluyen los siguientes: (i) que la filial de Itaú otorgará a Corp Group una línea de crédito de \$1,2 mil millones a una tasa de interés altamente favorable; (ii) que el banco tras la fusión adquirirá todas las acciones de CorpBanca Colombia de Corp Group por un precio inflado; y (iii) que Corp Group recibirá derechos de opciones de compra y de venta. La demanda argumenta que Corp Group recibirá derechos o beneficios adicionales que “representan[] una transferencia de valor de los accionistas del Banco a CorpGroup.” (Am. Compl. ¶ 110.)

El 29 de mayo de 2014, los demandados Corp Group presentaron un Apéndice con Revelación de Información 13D, que modificaron el 24 de junio de 2014. (Am. Compl. ¶ 132; Slocum Decl. Ex. 15.) El 7 de julio de 2014, Itaú Unibanco Holding S.A. presentó un Apéndice con Revelación de Información 13D en relación con las acciones ordinarias de CorpBanca. (Rodriguez Decl. Ex. 3.)

Debido a que la transacción en cuestión consiste en una fusión en virtud de la cual los accionistas de Banco Itaú Chile canjearían sus acciones en Banco Itaú Chile por acciones en CorpBanca, Cartica sería titular de la misma cantidad de acciones y ADR en CorpBanca con posterioridad a la transacción que poseía antes de la transacción. Se vio obligada a separarse sin sus acciones ni sus ADR. Cartica no cuestiona (ni podría hacerlo) la legitimidad o la adecuación de la transacción en este procedimiento, lo cual es una cuestión relacionada con los deberes fiduciarios de los directores de una sociedad chilena. Los reclamos federales en materia de valores se refieren únicamente a la adecuación y conveniencia de las divulgaciones. La demanda modificada alega que los demandados han introducido declaraciones falsas y han incurrido en omisiones en sus presentaciones ante la SEC, como así también declaraciones públicas y privadas. (Am. Compl. ¶¶ 133, 139-68.)

### c. Antecedentes procesales

Cartica inició juicio el 1 de abril de 2014. Con posterioridad a un debate con el Tribunal, Cartica amplió la demanda e incorporó a los demandados Itaú. (Expediente N° 48.) La pretensión de Cartica contra los demandados Fernando Aguad Dagach, Jorge Selume Zaror, Rafael Guilisati Gana, Francisco León Délano, Francisco Mobarec Asfura, Gustavo Arrigada Morales, José Luis Mardones Santander, María Catalina Saieh Guzmán y Ana Beatriz Holuigue Barro fue desestimada en forma voluntaria sin producir efectos jurídicos algunos. (Expediente N° 77.) Este Tribunal denegó previamente la petición de Cartica de levantar la suspensión de la etapa de producción de pruebas de PSLRA. (Expediente N° 113.)

## II. Normas legales aplicables a la petición de no hacer lugar a la demanda

De acuerdo con la Norma 12(b)(6), Fed. R. Civ. P., para sobrevivir a una petición de no hacer lugar a la demanda, “una demanda debe contener una descripción suficiente de los

hechos, aceptada como verdadera, para ‘exponer la naturaleza de la pretensión a fin de obtener una reparación que sea verosímil a simple vista.’” Ashcroft c. Iqbal, 556 U.S. 662, 678 (2009) (que cita a Bell Atlantic Corp. c. Twombly, 550 U.S. 544, 570 (2007)). Las conclusiones jurídicas no gozan de la presunción de veracidad, y un tribunal que evalúa la suficiencia de una demanda no las considera. Id. En su lugar, el Tribunal debe examinar solamente las consideraciones de hecho debidamente fundadas, si las hubiere, “y luego determinar si, a simple vista, otorgan el derecho a obtener una reparación.” Id. at 679. Al revisar una solicitud para que se rechace la demanda de acuerdo con la Norma 12(b)(6), un tribunal “podrá considerar cualquier instrumento escrito adjunto a la demanda, declaraciones o documentos incorporados a la demanda como referencia, documentos de divulgación pública requeridos por la ley y presentados ante la SEC, y documentos en poder de la demandante o conocidos por ella y sobre los cuales se basó al interponer la demanda.” ATSI Commc’ns, Inc. c. Shaar Fund, Ltd., 493 F.3d 87, 98 (2d Cir. 2007).

### III. La Petición de Medida Precautoria contemplada en el Artículo 10(b)

#### a. La Norma de Blue Chip

##### i. Requisito de Compra o Venta

En el caso Blue Chip, 421 U.S. at 755, la Corte Suprema sostuvo que solamente los compradores o los vendedores de títulos valores estaban activamente legitimados para presentar un reclamo conforme al artículo 10(b). El idioma jurídico del artículo 10(b) y la Norma 10b-5 prohíben la manipulación o el engaño “en relación con la compra o venta de algún título-valor.” 15 U.S.C. § 78j(b); 17 C.F.R. § 240.10b-5. Respaldao la opinión del Segundo Circuito según se expresa en Birnbaum c. Newport Steel Corp., 193 F.2d 461 (2d Cir. 1952) (A. Hand, J.), el Tribunal determinó que “[l]a redacción del artículo § 10(b) se refería al fraude ‘en relación con la compra o venta’ de títulos valores.” Blue Chip, 421 U.S. en 733.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Al interpretar la Ley denominada *Securities Litigation Uniform Standards Act*, la Corte Suprema interpretó el texto del artículo 10(b) y de la Norma 10b-5 con una mayor amplitud de criterio. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc. c. Dabit, 547 U.S. 71, 85 (2006) (que cita a SEC v. Zanford, 535 U.S. 813, 820 (2002) y United States c. O’Hagan, 521 U.S. 642, 651). En Dabit, la Corte Suprema indicó expresamente que “[J]aquí no nos enfocamos nuevamente en el entendimiento del Tribunal en el fallo pronunciado en el caso Blue Chip Stamps en relación con los valores de renta variable involucrados en la limitación de la disponibilidad de los recursos privados conforme a la ley federal; en cambio, nos preocupa la intención del Congreso de adoptar una norma sobre derechos preferentes de compra, cuyo propósito evidente es limitar la disponibilidad de los recursos bajo la ley estatal.” Dabit, 547 U.S. at 88 n.13. Véase asimismo Ashland Inc. c. Morgan Stanley & Co., Inc., 652 F.3d 333, 338 n.2 (2d Cir. 2011) (“Generalmente, el ‘titular’ de valores carece de legitimación para presentar un reclamo conforme a las leyes federales en materia de títulos valores.”); Amorosa c. AOL Time Warner Inc., 409 F. App’x 412, 417 (2d Cir. 2011) (“[E]ste Tribunal está de acuerdo. . . con el hecho de que la Corte Suprema no comunicó en Dabit que la Norma 10b-5 otorgaba un derecho de iniciar acción al reclamo de un “titular”. En realidad, la Corte Suprema específicamente indicó que no estaba refiriéndose nuevamente a la limitación de legitimación para compradores y vendedores de valores que había sido previamente comunicada en Blue Chip.” (se omitieron citas internas).

---

El entonces Juez Rehnquist, escribiendo para el Tribunal, señaló que, a diferencia del artículo 10(b), otras disposiciones de la *Securities Act* (Ley de Valores) sancionada en 1933 (la “Ley de 1933”) y la “Ley de 1934” no estaban limitadas por las palabras “compra o venta” en el artículo 10(b) o la Norma 10b-5. El Tribunal determinó que “[c]uando el Congreso deseó otorgar un recurso para aquellos que no compran ni venden valores, tuvo problemas para hacerlo expresamente.” Id. at 734 (que compara el artículo 16(b) de la Ley del ’34, 15 U.S.C. § 78p(b)). Asimismo, el Tribunal señaló que los recursos civiles privados en caso de violaciones del artículo 11(a) de la Ley de 1933 y los artículos 9, 12 y 18 de la Ley de 1934, creados por el Congreso en el momento en que se promulgó el artículo 10(b), se limitaban expresamente a los compradores y vendedores de valores, y concluyó que “ciertamente sería incongruente imputar al Congreso la intención de ampliar a la clase demandante un derecho de accionar judicialmente implícito más allá de los límites que delineó para los derechos de accionar expresos comparables.” Id. at 736.

El Tribunal también observó que después de Birnbaum, la SEC solicitó dos veces la modificación del artículo 10(b) para incluir el texto “en relación con la compra o la venta de, o todo intento de compra o venta de, cualquier título-valor.” El Congreso no promulgó cambio alguno en ninguna ocasión. Id. en 732.

#### ii. Consideraciones de políticas

De manera memorable, el Juez Rehnquist sostuvo que “[c]uando nos ocupamos de acciones privadas en virtud de la Norma 10b-5, tratamos con un roble judicial que ha crecido desde poco más de una bellota legislativa.” Id. at 737. Dado que se trata de un derecho de entablar acciones implícito y creado judicialmente, el Tribunal, sin “sugerir que somos capaces de intuir del texto del artículo § 10(b) la expresa ‘intención del Congreso’ en cuanto a los límites de un derecho privado de accionar conforme a la Norma 10b-5” recurrió a consideraciones de política que podrían sugerir un resultado distinto de aquel al cual se llegó en base al análisis legal. Idem

El tribunal reconoció que el requisito de “compra o venta ” prohibía a tres clases de demandantes potenciales, entablar acciones conforme al artículo 10(b) o la Norma 10b-5, incluyendo “los accionistas existentes del emisor que argumentan que decidieron no vender sus acciones debido a una declaración indebidamente prometedora o a la falta de divulgación de información desfavorable.” Id. en 737-38. Considerando que dicha exclusión era una “desventaja” del requisito, el Tribunal sostuvo que “opinamos que existen ventajas compensatorias de la norma Birnbaum, puramente como una cuestión de política, aunque aquellas ventajas son más difíciles de articular que la desventaja.” Id. en 739.

Principalmente entre las ventajas se encontraba la prevención de reclamos potencialmente improcedentes/temerarios: “[c]reemos que la preocupación expresada en relación con el peligro de litigios improcedentes que podrían derivar de una clase muy amplia de demandantes conforme a la Norma 10b-5 se basa en algo más esencial que la queja habitual de los muchos demandados que preferirían evitar pleitos por completo en lugar de resolverlos o someterlos a juicio.” Id. en 739. Asimismo, el Tribunal señaló que las compras y ventas de acciones están documentadas y son fácilmente verificables mientras que los reclamos basados en la afirmación de que a un accionista le gustaría comprar o vender apuntarán en gran medida a testimonios verbales sobre intenciones subjetivas. Id. en 742. También consideró las presiones de los arreglos y la interrupción de los negocios resultantes de reclamos no resueltos. Id. en 740.

#### b. La aplicación de Blue Chip Stamps a peticiones de medidas precautorias

es una pregunta abierta en este Circuito

“[L]os tribunales de distrito y otros tribunales inferiores están obligados por las decisiones del Tribunal de Apelaciones en el circuito pertinente a menos que fueran revocadas por decisión de la Corte Suprema interviniente u otro cambio en la ley.” United States. c. Moreno, 94-cr-165 (SS), 2000 WL 1843232, en \*5 (S.D.N.Y. Diciembre. 14, 2000) (Sotomayor, J.) (que cita a Ithaca Coll. V. NLRB, 623 F.2d 224, 228 (2d Cir. 1980). Lo que se sostuvo expresamente en Blue Chip fue “que el demandado no estaba facultado para entablar una acción judicial por violación de la Norma 10b-5. . .” Blue Chip, 421 U.S. en 755. Según se analizará infra, el Segundo Circuito no ha sostenido que el precedente anterior a Blue Chip que permitía la presentación de solicitudes de medidas precautorias en virtud del artículo 10(b) por alguna persona que no sea comprador ni vendedor de valores sobrevivió a Blue Chip. Esto es coherente con la observación del Juez Cote de que “desde el fallo de la Corte Suprema en Blue Chip, el Segundo Circuito no ha autorizado la presentación de una acción por medidas precautorias salvo que el demandante fuera comprador o vendedor de valores,” Global Intellicom, Inc. c. Thomson Kernaghan & Co., 99-cv-342 (DLC), 1999 WL 544708, en \*8 (S.D.N.Y. 27 de julio de 1999). Es de utilidad revisar la historia de la norma del comprador o vendedor en el Segundo Circuito.

i. Ley del Segundo Circuito antes de Blue Chip

Casi 25 años antes de la decisión de la Suprema Corte en el caso Blue Chip, el Segundo Circuito sostenía que los accionistas no podían iniciar una acción por daños y perjuicios de acuerdo con la Norma 10b-5 salvo en el caso de una “compra o venta” de valores. En Birnbaum, 193 F.2d 461, los accionistas, actuando como demandantes en nombre y representación de la sociedad y de otros accionistas, alegaron que el presidente de la sociedad y los miembros del directorio defraudaron a los actores al brindar declaraciones falsas en las comunicaciones por correo enviadas a los accionistas en relación con una oferta de adquisición rechazada y la venta por parte del presidente de sus acciones de la sociedad. Id. en 462. El Segundo Circuito observó que “[l]a ausencia de una disposición [que en forma expresa otorgue el derecho de accionar a un emisor o accionista] en el Artículo 10(b) refuerza la conclusión de que ese artículo apuntaba únicamente a ese tipo de declaración falsa o práctica fraudulenta comúnmente asociada a la venta o compra de valores en lugar de a la mala administración fraudulenta de los asuntos societarios, y que la Norma [10b-5] ampliaba la protección solamente al comprador o vendedor defraudado.” Id. en 464.

Con posterioridad a Birnbaum, pero antes de Blue Chip, el Segundo Circuito sostuvo que había una excepción limitada al requisito de “compra o venta” cuando los demandantes perseguían únicamente una medida precautoria. En Mutual Shares Corp. c. Genesco, 384 F.2d 540 (2d Cir. 1967), el Segundo Circuito sostuvo que Birnbaum no prohibía la legitimación de la petición de una medida precautoria iniciada por accionistas conforme a la Norma 10b-5. En Mutual Shares, los demandantes alegaron que los demandados adquirieron el 94,6% de las acciones de S. H. Kress and Company (“Kress”), engañaron a los actores en la compra de acciones del capital de Kress, de las que eran titulares los demandantes en el momento de la presentación de la demanda, y continuaron defraudándolos al hacer que Kres actuara contra sus intereses societarios en detrimento de los accionistas minoritarios. Id. en 542. El Segundo Circuito sostuvo que el hecho de que los actores no habían vendido sus acciones a un precio reducido no impedía la presentación de una solicitud de medida cautelar. “La demanda alega un esquema manipulador que aún continúa. Aunque sin duda la Comisión podía solicitar la interrupción de esas prácticas, los actuales accionistas también son demandantes lógicos para jugar un rol importante en exigir el cumplimiento de la Ley de este modo.” Id. en 546-47. El Segundo Circuito distinguió las acciones por daños y perjuicios conforme a 10b-5, observando que

el reclamo por daños y perjuicios de esta teoría naufraga tanto en la prueba de la pérdida como en la conexión causal con la presunta violación de la Norma; por otra parte, la solicitud de una medida precautoria evita en gran medida estas cuestiones, puede subsanar el daño sufrido por los accionistas continuadores, y ofrecería una reparación total contra la violación de la Norma 10b-5 para el futuro.

Id. en 547.

ii. Ley del Segundo Circuito con posterioridad a Blue Chip

El fallo en Blue Chip se dictó ocho años después del de Mutual Shares, y el Segundo Circuito no ha resuelto en forma explícita la cuestión de si las solicitudes de medidas precautorias conforme al artículo 10(b) o a la Norma 10b-5 pueden iniciarse cuando la demandante no es ni comprador ni vendedor de valores en el mercado interno. Algunos tribunales se han basado en Crane Co. c. American Standard, Inc., 603 F.2d 244 (2d Cir. 1979) (“Crane III”), para la propuesta de que Mutual Shares sobrevivió a Blue Chip. Pero esa no fue la sentencia del caso Crane III. En Crane III, el Segundo Circuito, basándose en Piper c. Chris-Craft Indus., 430 U.S. 1 (1977), comprobó que Crane, el oferente, no estaba facultado para iniciar acción por daños y perjuicios conforme al artículo 10(b) y a la Norma 10b-5. Crane III, 603 F.2d en 251. El tribunal señaló que “adherimos a nuestro fallo en Crane I de que Crane estaba legitimada para iniciar la acción de solicitud de medida precautoria. . . .” Id. en 251 n.15. En Crane Co. c. Westinghouse Air Brake Company, 419 F.2d 787, 798 (2d Cir. 1969) (“Crane I”), fundándose en Vine c. Beneficial Finance Co., 374 F.2d 627, 635 (2d Cir. 1967), el tribunal comprobó que Crane, titular de acciones de Air Brake, estaba legitimada para presentar una petición de medida precautoria, porque Crane era un accionista minoritario en una fusión abreviada que estaría forzado a vender sus acciones a cambio de efectivo. “El efecto del engaño y la manipulación de Standard fue disuadir a los accionistas de Air Brake de realizar la oferta a Crane. El éxito de la maniobra de Standard convirtió a Crane en un vendedor forzoso de las acciones convertibles preferidas de la nueva emisión de Standard bajo la amenaza de una acción para desprenderse de parte de los activos de una empresa que sería entablada por Standard de acuerdo con las leyes antimonopolio.” Crane I, 419 F.2d en 798. Véase Crane Co. c. American Standard, Inc., 490 F.2d 332, 336 (2d Cir. 1973) (“Crane II”).

La sentencia pronunciada por el Segundo Circuito en Crane I se fundó en la excepción del “vendedor forzoso” de Vine a la norma Birnbaum. En Vine, el Segundo Circuito sostuvo que si, en el contexto de una fusión abreviada, el demandante estaría forzado a vender sus acciones en una sociedad, ya sea en virtud de una oferta pública realizada o los derechos de receso, el demandante se convertiría en parte de una “venta” de valores. “Dado que, con el objeto de realizar el valor de sus acciones, el apelante debe canjear las acciones por dinero perteneciente al apelado, en la práctica el apelante debe eventualmente convertirse en una parte de la “venta”, según se ha utilizado ese término siempre.” Vine, 374 F.2d at 634. En consecuencia, el Segundo Circuito comprobó que la demandante había alegado una “venta.” A diferencia de Crane I (“Este caso se contempla dentro del fundamento de Vine, donde sostuvimos que un accionista minoritario en una fusión abreviada es un “vendedor” dado que tiene derecho solamente a cobrar en efectivo el precio de sus acciones”), y Crane III, el fundamento de Vine no se cuestiona aquí, ya que los accionistas de CorpBanca, incluyendo a la demandante, continuarán siendo titulares de las acciones de la sociedad continuadora con posterioridad al perfeccionamiento de la fusión.



Desde Crane III, el Segundo Circuito ha repasado dos veces *in dicta* la cuestión de la legitimación para no compradores o vendedores que solicitan una medida precautoria conforme al artículo 10(b) y a la Norma 10b5. En United States c. Newman, 664 F.2d 12 (2d Cir. 1981), el tribunal revocó la desestimación de una acusación formal penal por parte del tribunal de distrito que acusaba al imputado de violar el artículo 10(b) y la Norma 10b-5. El tribunal sostuvo que en un juicio penal, la defraudación perpetrada contra compradores o vendedores de valores no fue un elemento necesario del delito de fraude de valores, señalando que “[m]ucho antes de que el apelado se comprometiera a participar en el esquema fraudulento alegado en la acusación formal, este Tribunal, y asimismo otros Tribunales de Apelación, ya habían sostenido que la demandante no necesita ser un comprador o vendedor defraudado para estar legitimado a petitionar una medida precautoria conforme a la Norma 10b-5. Estos principios fueron coherentes con el texto de la Norma 10b-5, que no contiene ningún requerimiento específico de que el fraude deba perpetrarse contra el vendedor o comprador de valores.” Id. at 17. (que cita a Crane III, 419 F.2d en 789; Mutual Shares, 384 F.2d en 546-47; Kahan c. Rosenstiel, 424 F.2d 161, 173 (3d Cir. 1970); Britt c. Cyril Bath Co., 417 F.2d 433, 436 (6th Cir. 1969)). Esta declaración, realizada en un caso penal, no constituye un principio del Segundo Circuito de que la excepción de Mutual Shares sobrevivió a Blue Chip.

Tal vez la declaración más clara de que la cuestión continúa sin resolverse en este Circuito se deriva del Segundo Circuito mismo. En Simon DeBartolo Grp., L.P. c. Richard E. Jacobs Grp., Inc., 186 F.3d 157 (2d Cir. 1999), el Juez Milton Pollack aplicó las sanciones de la Norma 11 a DeBartolo y su abogado por interponer una demanda que alegaba que los demandados habían violado las Normas 10b-5 y 10b-13, y solicitaban, en parte, medidas precautorias. El Juez Pollack comprobó que DeBartolo no estaba legitimado para iniciar la acción porque no era ni comprador ni vendedor de los valores en cuestión.

El Segundo Circuito revocó la sanción relativa al reclamo de la Norma 10b-5, señalando que “Crane proporcionada al menos una base de buena fe para la afirmación de legitimación de DeBartolo.” Id. en 171. Pero el Segundo Circuito de forma explícita se abstuvo de sostener que DeBartolo estaba legitimado: “[p]ara ser claros, no sostenemos que DeBartolo tenía legitimación para solicitar una medida precautoria; esa cuestión no nos compete a nosotros. Únicamente sostenemos que, como un competidor externo que solamente solicita una medida precautoria, DeBartolo estaba casi indiscutiblemente legitimado conforme a Crane.” Id. Señaló que:

Hemos reconocido que la regla [Blue Chip Stamps-Birnbaum] no se extiende necesariamente a acciones que persiguen medidas precautorias. En Crane III, aunque concluimos que un oferente desilusionado no podía presentar un reclamo por daños y perjuicios conforme a la Norma 10b-5 porque no era él mismo un inversor defraudado, de todos modos consideramos que la demandante tenía legitimación para petitionar la medida precautoria.

Id. en 170 (se omite la cita).

Desde Blue Chip, el Segundo Circuito no ha resuelto en forma explícita la cuestión de si las peticiones de medidas precautorias conforme al artículo 10(b) y a la Norma 10b-5 pueden presentarse cuando la demandante no es ni comprador ni vendedor de valores en el mercado interno. Este Tribunal sostiene que Mutual Shares ha sido revocado por Blue Chip. Esta conclusión es coherente con las observaciones del Juez Cote. Global Intellicom, Inc., 1999 WL 544708, en \*8.<sup>3</sup> Por otra parte, algunos tribunales en este distrito han leído el precedente del Segundo Circuito como una autorización a los demandantes para petitionar medidas precautorias de acuerdo con el artículo 10(b) y la Norma 10b-5 incluso en ausencia de una conexión con una

“compra o venta” de valores. Fuchs c. Swanton Corp., 482 F. Supp. 83, 89 (S.D.N.Y. 1979) (Sand, J.); Langner c. Brown, 913 F. Supp. 260, 270 (S.D.N.Y. 1996) (Sand, J.) (“el precedente suficientemente fundado del Segundo Circuito establec[e] que, al perseguir una medida precautoria conforme a una petición § 10(b), la demandante no debe probar la existencia de daños y perjuicios en relación con la compra o venta de ningún valor.”) (que cita a Mutual Shares y Packer c. Yampol, 630 F. Supp. 1237, 1242 (S.D.N.Y.

<sup>3</sup> La opinión en Global Intellicom se emitió el día anterior al fallo DeBartolo pronunciado por el Segundo Circuito DeBartolo, una revocación parcial de una sanción, no constituye una autorización a la demandante para solicitar la medida precautoria.

1986) (Connor, J.) (se señala *in dicta* que “los tribunales han establecido que los accionistas que no eran compradores o vendedores pueden iniciar acciones basadas en la Norma 10b-5 para obtener medidas precautorias.”).<sup>4</sup>

c. Los Fallos de Otros Circuitos

Sólo un circuito ha arribado a la cuestión precisa de si Blue Chip prohíbe una petición de medida cautelar conforme al artículo 10(b) y a la Norma 10b-5, en ausencia de una conexión con una “compra o venta” de valores. En Cowin c. Bresler, 741 F.2d 410 (D.C. Cir. 1984), el Distrito de Columbia sostuvo que un accionista minoritario que no había alegado una compra o venta de valores no estaba legitimado para solicitar una medida precautoria de acuerdo con el artículo 10(b) y la Norma 10b-5, y concluyó que, “[m]ientras sea posible discernir diferencias entre una acción por daños y perjuicios y una solicitud de medida precautoria, la mayor parte del argumento de la Corte Suprema en Blue Chip se aplica casi tanto a lo último como a lo primero.” Id. en 424.

El tribunal manifestó que “la cuestión de lo que constituye la clase demandante adecuada de acuerdo con el artículo 10(b) y la Norma 10b-5 no se puede determinar de forma concluyente al recurrir al texto de esas sanciones; como uno podría esperar, ni la ley ni la norma son prueba concluyente de la cuestión de quién puede entablar una acción ya que el derecho de iniciar la acción fue creado posteriormente por el poder judicial.” Id. (énfasis en el original). Asimismo, el tribunal señaló que “[a]ún, en el proceso de aludir a derechos privados, los jueces deben considerar el esquema reglamentario. No hay mejor guía que el texto de la ley y la reglamentación correspondientes.” Id. (se omitieron citas). Sostuvo que “el requisito de legitimación flexibilizado . . . sería contrario a la justificación del artículo 10(b) y la Norma 10b-5 conforme lo percibido por la Corte Suprema en Blue Chip.” Idem

<sup>4</sup> En Packer, los demandantes alegaron que habían realizado compras basadas en declaraciones falsas. 630 F. Supp. en 1239. El tribunal de distrito comprobó que la demanda no alegaba un daño. El Juez Connor rechazó el argumento de la demandante de que “siempre y cuando la demandante sea propietaria de los valores afectados, está legitimada para demandar a fin de impedir prácticas fraudulentas.” Id. en 1242.

El Circuito del Distrito de Columbia también rechazó el argumento de la actora de que flexibilizar el requisito de comprador-vendedor no sería contradictorio con la justificación de la política establecida en Blue Chip. “Si pensáramos esta pregunta de forma abierta, podríamos concluir que las peticiones de medidas precautorias presentan muchos de los mismos problemas de los juicios improcedentes o ‘*strike suits*’ (juicios iniciados para obtener un acuerdo transaccional ventajoso), abuso de la producción de prueba en forma extrajudicial, y otros problemas de índole similar a los de las acciones por daños y perjuicios. Sin embargo, no necesitamos decidir eso, ya que pensamos que el enfoque que sugiere la parte recurrente está extinguido por el mismo Blue Chip.” Id. en 424-25. Asimismo, el tribunal estableció que “[e]n casos de duda, el rol institucional de la Corte Suprema pesa a favor de considerar sus fallos de manera general en vez de forma limitada a hechos particulares.” Id. en 425. “[En Blue Chip] . . . el Tribunal dio todas las indicaciones que tuvo la intención de dar para hablar en términos generales.” Id. El Circuito del Distrito de Columbia concluyó que Blue Chip se aplicaba a las peticiones de medidas precautorias.

Otros circuitos han establecido en *dicta* que un demandante que persigue una medida cautelar estaría legitimado de acuerdo con la Norma 10b-5. El 5to. Circuito aprobó Mutual Shares en *dicta* después de Blue Chip. Davis c. Davis, 526 F.2d 1286, 1290 (5th Cir. 1976) (“[E]l elemento de especificidad que acompaña una insistencia estricta en una compra o venta . . . no es tan crítico en una acción para obtener una medida cautelar como lo es cuando se persiguen daños y perjuicios.”). Véase también Pelletier c. Stuart-James Co., Inc., 863 F.2d 1550, 1558 n.15 (11th Cir. 1989) (que señala, en *dicta*, que “Las consideraciones de [] política [en cuestión en Blue Chip] no requerirían la desestimación de una acción para obtener una medida cautelar, sin embargo, ya que un demandante que persigue una medida cautelar con frecuencia tiene bastante éxito precisamente porque no puede calcular los daños que sufre”).

Una cantidad de circuitos se han rehusado a abordar la cuestión abierta de si Blue Chip se aplica a aquellas acciones que involucren únicamente medidas cautelares. Véase Trump Hotels & Casino Resorts, Inc. c. Mirage Resorts Inc., 140 F.3d 478, 486 (3rd Cir. 1998) (“[H]emos de decidir todavía si una demandante no compradora o no vendedora continúa estando legitimada para obtener una medida cautelar por una violación presunta de la Norma 10b-5 con posterioridad a Blue Chip Stamps. Sin embargo, la resolución de esa cuestión deberá esperar un tiempo ya que no necesitamos ahora resolver el caso en la corte.”); Advanced Resources Intern., Inc. c. Tri-Star Petroleum Co., 4 F.3d 327, 332 (4th Cir. 1993) (“No necesitamos hoy decidir si respaldar la excepción a la regla de legitimación de Blue Chip.”); Westinghouse Credit Corp. c. Bader & Dufty, 627 F.2d 221 (10th Cir. 1980) (“No nos sentimos obligados a decidir aquí si la norma de Blue Chip Stamps se aplica a la acción privada conforme a la Norma 10b-5, la cual es puramente cautelar en naturaleza. . . .“)

#### d. Aplicación de la Norma Blue Chip a este Caso

- i. El requisito legal del Estado de Comprador o Vendedor es el mismo en el caso de una Solicitud de Medida Precautoria

El texto de la ley y el principio explícito de la Suprema Corte en Blue Chip llevan a este Tribunal a concluir que Blue Chip prohíbe la presentación de solicitudes de medidas precautorias en ausencia de una compra o venta de valores. No hay ningún motivo para apartarse del principio expreso de Blue Chip, que notablemente no está restringido a acciones por daños y perjuicios: “Por lo tanto, sostenemos que el demandado no estaba legitimado para entablar una acción judicial por violación a la Norma 10b-5. . . .” Id. en 755. Según mencionó el Circuito del Distrito de Columbia, la prescripción legal, la estructura de la Ley de 19344, y la negativa del Congreso de ampliar el texto del artículo 10(b) y la Norma 10b-5 “nos obligan a aceptar, en el contexto de una acción para petitionar una medida cautelar, el significado habitual de los

términos “compra o venta” y a rechazar una interpretación expansiva de la Norma, como hizo Blue Chip en las acciones por daños y perjuicios.” Corwin, 741 F.2d en 424.

ii. Las Consideraciones de Política también favorecen la aplicación de la Norma a las Peticiones de Medidas Precautorias

Muchas de las mismas preocupaciones sobre la política planteadas por el Tribunal en Blue Chip siguen siendo aplicables a la petición de medidas cautelares. Mientras algunas de las preocupaciones se han atenuado debido a las modificaciones a la Norma 11, Fed. R. Civ. P., introducidas en 1983, y a la *Private Securities Litigation Reform Act* sancionada en 1995, 15 U.S.C. § 78u-4, existen serias preocupaciones que se presentan a raíz de reclamos de medidas precautorias presentados por meros titulares de acciones. Una acción federal por indemnización por daños y perjuicios pecuniarios conforme a la Norma 10b-5 comúnmente obtiene su influencia para la resolución porque se inicia como una acción de clase. Al invocar la Norma 23, Fed. R. Civ. P., el volumen de la demanda puede incrementarse ampliamente. Sin embargo, el reclamo está sujeto a lo que dictamina la Norma 23, la cual prevé una importante supervisión judicial. Debe resolverse que las partes representativas protegerán la clase de forma justa y adecuada. Norma 23(a)(4). La designación de un abogado de clase está sujeta a revisión judicial y el abogado debe representar los intereses de la clase de forma justa y adecuada. Norma 23(g). Una acción de clase certificada no podrá resolverse o desestimarse en forma voluntaria sin cumplir con rigurosos requisitos de forma y de fondo. Norma 23(e).

Por el contrario, un único accionista que pretenda invocar la Norma 10b-5 para impedir una transacción no asume obligación alguna hacia otra persona. La transacción puede ser sumamente ventajosa para los otros accionistas pero, a menos que participen en la acción, estos otros accionistas no tiene voz en la cuestión. El único accionista que actúa como demandante podrá en cualquier momento resolver el reclamo o desestimarlo voluntariamente a cambio del pago de una suma de dinero calculada no por el daño potencial sufrido por ese accionista sino por el perjuicio potencial al demandado—o sus otros accionistas—al hacer prohibir la transacción en general. El peligro de abuso es evidente y las herramientas presentes conforme a la Norma 23 no se encuentran disponibles para el Tribunal.

Asimismo, en la acción prototípica de la Norma 10b-5, la demandante ha sufrido una pérdida porque él o ella realizaron una adquisición a un precio inflado como consecuencia de una declaración falsa fraudulenta o ausencia de divulgación y vendieron a un precio inferior después de conocer la verdad. Aquí, la demandante pretende haber alegado un fraude por parte de los demandados. Es de suponer que, a través de la presentación pública de la demanda, el supuesto fraude se conoce a nivel mundial. Necesariamente, la demandante ya no puede confiar razonablemente en las declaraciones ofensivas de los demandados. Como señaló el Juez Conner, “[s]i se ordenaron esas modificaciones a las declaraciones, casi seguramente ellos harían que baje el precio de [la] acción. Por lo tanto, irónicamente, la reparación que persigue la demandante podría convertirse en la causa de su único perjuicio.” Packer, 630 F. Supp. en 1241.

No todos los asuntos de políticas giran a favor de prohibir a un titular el inicio de una acción de medidas precautorias. Conforme lo ha señalado el Juez Friendly, la medida precautoria tiene la gran eficiencia de permitir la legalidad de una línea de conducta que se ha de evaluar antes del cierre. Elec. Specialty Co. c. Int’l Controls Corp., 409 F.2d 937, 947 (2d Cir. 1969). Pero, en casos como este, la SEC está facultada para solicitar medidas cautelares o precautorias. 15 U.S.C. § 78u(d)(1); SEC c. National Securities, Inc., 393 U.S. 453, 467 n.9 (1969). Ni antes ni después de Blue Chip las acciones privadas para solicitar medidas cautelares de acuerdo con la Norma 10b-5 por meros titulares de valores han sido una parte esencial del paisaje reglamentario.

Asimismo, en una acción en la que se solicita una medida cautelar, el tribunal es quien realiza la investigación o determinación de los hechos. Por ende, el investigador de los

hechos relacionados con “cuestiones confusas de hechos históricos cuya prueba dependiera casi por completo del testimonio verbal” sería un tribunal y no un jurado. Blue Chip, 421 U.S. en 743

La mayoría en Blue Chip señaló que las consideraciones de las políticas no estaban todas del mismo lado en ese caso, id. en 738-39, 749, ni lo están en éste. Pero, en definitiva, el Tribunal concluye cómodamente que las consideraciones de políticas que constituyen la base del principio en Blue Chip se aplican con la misma fuerza al presente caso.

iii. Cartica no es Comprador ni Vendedor dentro del significado del Artículo 10(b) o la Norma 10b-5

“El Artículo 10(b) incorpora el uso de un dispositivo o artificio manipulador o engañoso únicamente en relación con la compra o venta de un valor que cotiza en una bolsa de valores en los Estados Unidos, y la compra o venta de cualquier otro valor en los Estados Unidos.” Morrison c. National Australia Bank Ltd., 561 U.S. 247, 273 (2010). Las acciones de CorpBanca cotizan en la Bolsa de Valores y en el Mercado Electrónico de Chile. (Am. Compl. ¶ 39.) Los ADR de CorpBanca cotizan en la Bolsa de Comercio de Nueva York (NYSE). (Am. Compl. ¶ 40.) Cartica adquirió ADR en CorpBanca el 18 de enero de 2013, casi un año antes de que la fusión propuesta sea anunciada. (Am. Compl. ¶ 33.) Estas compras no podrían haberse realizado sobre la base de declaraciones falsas sobre la fusión próxima a anunciarse. “En diciembre de 2013 y a principios de enero de 2014,” Cartica “adquirió 188 millones de acciones en CorpBanca” y “[e]n febrero de 2014 . . . Cartica adquirió 2 mil millones de acciones adicionales en CorpBanca.” (Am. Compl. ¶¶ 103, 105.) No se alega que estas adquisiciones se hayan realizado en Estados Unidos y, de acuerdo con Morrison, no califican como compras conforme al artículo 10(b).

Cartica basa su reclamo conforme al artículo 10(b) y la Norma 10b-5 solamente en “su titularidad de los ADR de CorpBanca que cotizan en la NYSE.” (Mem. en Opp. en 17 n.5.) Cartica no argumentó que adquirió o compró acciones en una transacción basada en los Estados Unidos en relación con las declaraciones falsas y omisiones alegadas. La adquisición por parte de Cartica de los ADR de CorpBanca tuvo lugar antes de las declaraciones falsas y omisiones. Las compras extraterritoriales de Cartica no se encuentran contempladas dentro del alcance del artículo 10(b). Cartica no ha alegado una compra o venta de títulos valores en relación con su reclamo de acuerdo con el artículo 10(b) o la Norma 10b-5.

Por consiguiente, no se hará lugar al reclamo de Cartica conforme al artículo 10(b) y la Norma 10b-5.

IV. La petición de medida precautoria del Artículo 13(d)

La Demanda Ampliada presentada el 12 de junio de 2014, argumenta que Saieh, Corp Group, e Itaú formaban un “grupo” conforme a la definición del 17 C.F.R. § 240.13d-5(b)(1) debido a la celebración del Contrato de Transacción y, por ende, asumieron obligaciones para presentar el Apéndice con Revelación de Información 13D.<sup>5</sup> El Contrato de

<sup>5</sup> Como accionista, Cartica está legitimada para entablar una acción por violación del Artículo 13(d), que no estipula el requisito de ser comprador o vendedor. Rondeau c. Mosinee Paper Corp., 422 U.S. 49, 62 (1975); GAF Corp. c. Milstein, 453 F.2d 709, 719 n.21 (2d Cir. 1971). El Tribunal asume sin decidir que tiene competencia sobre los demandados de Itaú y que los mismos fueron debidamente notificados.

Transacción dispone que (i) Corp Group y CorpBanca Colombia votarán en proporción a sus acciones ordinarias en CorpBanca y en CorpBanca Colombia a favor de las transacciones y contra cualquier propuesta de adquisición; y (ii) Corp Group y CorpBanca no transferirán ninguna acción en CorpBanca o en CorpBanca Colombia ni adoptarán ninguna medida que traiga como consecuencia que Corp Group o CorpBanca no tengan la “facultad total y exclusiva de votar en proporción de esas acciones.” (Slocum Decl. Ex. 8.1 § 4.4(g).)

El Artículo 13(d) de la *Exchange Act*, 15 U.S.C. § 78m(d), requiere que los “titulares finales” informen la adquisición de la titularidad final de más del 5% de los valores de una sociedad dentro de los 10 días siguientes a la compra. “[E]l objetivo del Artículo § 13(d) es alertar al mercado en relación con el agregado o acumulación de gran cantidad valores de forma rápida. . . que podrían representar un cambio potencial en el control societario.” CSX Corp. c. Children’s Inv. Fund Mgmt (UK) LLP, 654 F.3d 276, 286 (2d Cir. 2011) (que cita a Treadway Cos, Inc. c. Care Corp., 638 F.2d 357, 380 (2d Cir. 1980)). “[L]os intereses que protege el artículo 13(d) ‘son satisfechos por completo cuando los accionistas reciben la información que se requiere presentar.’” Idem

#### a. Revelaciones posteriores a la Ampliación de la Demanda

CorpBanca e Itaú han presentado las revelaciones del Apéndice con Revelación de Información 13D en respuesta a las afirmaciones de Cartica. El 29 de mayo de 2014, los demandados Corp Group presentaron un Apéndice con revelación de Información 13D.<sup>6</sup> (Slocum Decl. Ex. 12.) El 24 de junio de 2014, los demandados Corp Group presentaron una modificación al Apéndice con Revelación de Información 13D presentado el 29 de mayo de 2014. (Slocum Decl. Ex. 15.) La modificación señalaba que:

Ciertos terceros han afirmado que los Informantes pueden ser considerados integrantes de un “grupo” dentro del significado del Artículo 13(d) de la *Securities Exchange Act* de 1934, con sus reformas, con Itaú Unibanco Holding S.A. y Banco Itaú Chile como resultado de los acuerdos contenidos en el Contrato de la Transacción. Los Informantes niegan expresamente ser miembros de un grupo con Itaú Unibanco Holding S.A. y Banco Itaú Chile a partir de la fecha de la presente. Los Informantes, sin embargo, esperan convertirse en integrantes de un “grupo” con Itaú Unibanco Holding S.A. una vez perfeccionada la fusión contemplada en el Contrato de Transacción y la celebración por parte de los Informantes del Pacto de Accionistas de Itaú con Itaú Unibanco Holding S.A. en relación con el perfeccionamiento de la fusión (Slocum Decl. Ex. 15 en 3.)

<sup>6</sup> La revelación, presentada el 29 de mayo de 2014, que figura el 14 de mayo de 2009 como fecha de activación para la presentación. 15 U.S.C. § 78m(d)(1) requiere que una parte presente el Apéndice con Revelación de Información 13D dentro de los 10 días de la fecha de activación. Sin embargo, una vez realizada la revelación, los intereses protegidos por el artículo 13(d) se encuentran cumplidos. Véase CSX Corp., 654 F.3d en 286.

El 7 de julio de 2014 Itaú Unibanco Holding S.A. presentó un Apéndice con Revelación de Información 13D en relación con las acciones ordinarias de CorpBanca. (Rodriguez Decl. Ex. 3.) El Apéndice con Revelación de Información 13D de Itaú señaló que la demanda de Cartica alegaba que cada una de Itaú e Itaú Chile adquirió la titularidad final de las acciones ordinarias de CorpBanca de las que era titular Corp Group. El Apéndice con Revelación de Información 13D rechazaba la titularidad final de dichas acciones. (Rodriguez Decl. Ex. 3.) Asimismo, el Apéndice con Revelación de Información 13D de Itaú revelaba que:

Asimismo, la Demanda de Cartica alega que el Informante, junto con Itaú Chile, Gasa, ICGI y Álvaro Saieh Bendeck, un ciudadano de la República de Chile, constituyen un “grupo” en virtud del Artículo 13(d) de la *Exchange Act* como resultado de ciertas cláusulas del Contrato de la Transacción. El Informante (en su propio nombre y en representación y de sus filiales, incluyendo a Itaú Chile) renuncia de manera expresa a ser integrante de ese grupo en todo momento desde la celebración del Contrato de la Transacción y a partir de la fecha de la presente. El Informante, sin embargo, espera convertirse en miembro de un “grupo” con CGHI, ICGI, Gasa, CGB y Saga a partir de la celebración del Pacto de Accionistas de Itaú por parte del Informante con dichas personas en relación con el perfeccionamiento de la Fusión Chilena.

De acuerdo con el leal saber y entender del Informante, ningún Accionista Mayoritario ni las personas que se identifican en el Anexo A son titulares finales de Acciones Ordinarias.

A.

El Informante no (i) tiene ningún derecho como accionista del Emisor con respecto a las acciones ordinarias y (ii) no tiene derecho a voto, dirigir el voto de, disponer de, o dirigir que se disponga de, cualesquiera acciones ordinarias, excepto el derecho conferido en virtud del Contrato de la Transacción.

Id. El Apéndice con Revelación de Información 13D de Itaú también indicaba que “[n]inguna disposición que conste en esta Declaración se interpretará como una admisión de que alguna transacción aquí descrita tuvo lugar en los Estados Unidos ni que el Artículo 13(d) de la *Exchange Act* se aplica extraterritorialmente al Informante o a la celebración del Contrato de la Transacción por parte del Informante (o de Itaú Chile).” Idem.

Las revelaciones realizadas en junio y julio han subsanado las deficiencias en el Apéndice con Revelación de Información 13D previamente presentado y el mercado ha tenido tiempo más que suficiente para absorber la información. La transacción fue anunciada en enero. El Contrato de la Transacción y el Pacto de Accionistas se hizo público en marzo. Corp Group e Itaú presentaron sus revelaciones y modificaciones del Apéndice con Revelación de Información 13D en mayo, junio y julio de 2014. Los demandados han sostenido que los accionistas no votarían hasta por lo menos el 2 de septiembre de 2014, y se espera que ello ocurra en algún momento en noviembre de 2014. (Expediente N° 49, 117.) “Cuando . . . se efectúa una presentación correctiva y se brinda la oportunidad adecuada para que la información que contiene sea asimilada por los accionistas, la medida cautelar correctiva debería extinguirse.” ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Khan, 2 F.3d 484, 489 (2d Cir. 1993). Las revelaciones del Apéndice con Revelación de Información 13D se realizaron con tiempo suficiente para que los accionistas realicen una revisión antes de emitir su voto. Véase Drobbin c. Nicolet Instrument Corp., 631 F. Supp. 860, 914 (S.D.N.Y. 1986) (impide al demandado votar en proporción a sus acciones hasta 10 días después de la revelación).

b. Estado del Grupo

“Cuando dos o más personas acuerdan actuar juntas con el objeto de adquirir, ser titulares de, votar o disponer de títulos valores de un emisor, se considerará que el grupo formado



a tal efecto ha adquirido la titularidad beneficiaria, a los efectos de los artículos 13(d) y (g) de la Ley, a partir de la fecha de dicho acuerdo, de todos los títulos valores de ese emisor de los que esas personas sean titulares finales.” 17 C.F.R. § 240.13d-5(b)(1). Cartica reclama que Corp Group e Itaú no han realizado revelaciones adecuadas ni reparadoras en sus presentaciones del Apéndice con Revelación de Información 13D porque esas presentaciones rechazan la afirmación de Cartica de que han ingresado a un “grupo.” Cartica argumenta que en el fallo pronunciado en una moción basada en la Norma 12(b)(6), el Tribunal debe aceptar como hecho su afirmación de que Itaú y Corp Group formaron un grupo a los efectos del artículo 13(d). “Las cuestiones de (a) si dos o más personas ‘act[uaron]’ como un grupo o acordaron actuar juntas, y (b) si su propósito fue la adquisición, titularidad, o enajenación de los valores de un emisor, son cuestiones de hecho.” Roth c. Jennings, 489 F.3d 499, 508 (2d Cir. 2007). “[L]os presuntos miembros del grupo no necesitan comprometerse a ‘adquirir, ser titulares de, votar, o disponer de los valores’ en ciertos términos específicos, sino que solo necesitan haberse reunido para impulsar un objetivo común con respecto a una de las actividades que acabamos de relatar.” Morales c. Quintel Entm’t, Inc., 249 F.3d 115, 124 (2d Cir. 2001). Cartica argumenta que el Contrato de la Transacción agrupó a Corp Group e Itaú de acuerdo con las leyes sobre valores, un hecho que ellos no han admitido en sus revelaciones.

El Tribunal no necesita determinar si Cartica ha alegado de manera verosímil que los demandados Corp Group e Itaú han formado un grupo. “Cualquier persona puede declarar expresamente en cualquier declaración presentada que la presentación de dicha declaración no se interpretará como una admisión de que esa persona es, a los efectos del artículo 13(d) ó 13(g) de la Ley, el titular final de los valores comprendidos en la declaración.” 17 C.F.R. § 240.13d-4. Cabe agregar que no se requiere que una parte admita afirmaciones en un Apéndice con Revelación de Información 13D que disputa de buena fe. Taro Pharm. Indus. Ltd. c. Sun Pharm. Indus. Ltd., 09-cv-8262, 2010 WL 2835548, en \*13 (S.D.N.Y. 13 de julio de 2010). Los demandados tienen el fundamento de la buena fe para cuestionar el estado de “grupo”. Aunque el Segundo Circuito no se ha pronunciado con respecto a si una persona puede ser miembro de un “grupo” sin ser un “titular final,” un tribunal en este distrito y dos circuitos han sostenido que la titularidad final de los valores es necesaria para ser miembro de un “grupo” conforme se define en el artículo 13(d). Transcon Lines c. A.G. Becker Inc., 470 F. Supp. 356, 373 (S.D.N.Y. 1979) (“[A] la luz del propósito del Artículo 13(d) según lo demuestra la historia legislativa y conforme la interpretación de otros tribunales en casos análogos, la mejor norma es que aquel que no sea titular final de acciones de una sociedad propietaria de las mismas no es integrante de un grupo conforme al significado de dicho término contemplado en el Artículo 13(d)(3).”); Rosenberg c. XM Ventures, 274 F.3d 137, 145 (3d Cir. 2001) (“[A]quel que no tiene la titularidad final de los valores de un emisor no puede ser integrante de un grupo de personas físicas que sí tienen la titularidad final.”); Hemispherx Biopharma, Inc. c. Johannesburg Consol. Inv., 553 F.3d 1351 (11th Cir. 2008) (“[L]a propiedad final de los valores es necesaria para convertirse en integrante de un grupo dentro del significado del artículo 13(d)(3) de la *Exchange Act*.”).

Cartica argumenta que Itaú es el titular o propietario final de las acciones de CorpBanca en virtud del Contrato de la Transacción. Los demandados argumentan que Cartica no ha alegado de manera verosímil que los demandados de Corp Group han formado un grupo con Itaú porque Itaú no alega ser titular beneficiario de los valores de CorpBanca según la definición de ese término en los reglamentos de la SEC. El titular final de un valor: comprende a toda persona que, en forma directa o indirecta, ya sea mediante un contrato, acuerdo, entendimiento, relación o de otro modo tiene o comparte:

- (1) El derecho de voto que incluye la facultad de votar o de dirigir el voto de ese valor; y/o,
- (2) El derecho de invertir que comprende la facultad de disponer, o dirigir la disposición, de ese valor.

“[La] propiedad final puede originarse en ‘arreglos,’ ‘relaciones,’ y ‘artificios,’ así como en ‘contratos’ y ‘acuerdos.’” S.E.C. c. Drexel Burnham Lambert, Inc., 837 F. Supp. 587, 608 (S.D.N.Y. 1993). “[L]a investigación se centra en toda relación que, como cuestión de hecho, confiere a una persona la capacidad significativa de influir sobre la forma en que será ejercitado el derecho de voto o el derecho de invertir, porque principalmente está diseñada para garantizar la revelación oportuna de datos sensibles del mercado acerca de los cambios en la identidad de aquellos que son capaces, como cuestión práctica, de influenciar el uso de ese derecho.” Id. (énfasis en el original) (se omiten las menciones y citas). El Tribunal no necesita determinar si el Contrato de la Transacción confiere a Itaú la condición de propietario final. Un titular final debe tener “derecho de voto” o bien “derecho de invertir” de acuerdo con la definición de 17 C.F.R. § 240.13d-3. El Contrato de la Transacción no confiere a Itaú ni el derecho de voto ni el derecho de invertir – en forma explícita señala que Corp Group dirigirá el voto de sus acciones y de las acciones de CorpBanca Colombia. El Contrato de la Transacción establece que Corp Group conserva “la facultad total y exclusiva de votar” en proporción a sus acciones en CorpBanca. Contractualmente obliga a Corp Group a votar a favor de la transacción en proporción a sus acciones, pero no transfiere el “derecho de votar” ni el “derecho de invertir” a Itaú. Dado que el acuerdo no confiere en forma explícita a Itaú los derechos de un propietario final, el argumento de Cartica de que los demandados han formado un grupo no es determinante.

A lo sumo, existe una cuestión controvertida respecto de si Corp Group e Itaú han formado un grupo. Corp Group e Itaú han realizado las revelaciones adecuadas en sus presentaciones del Apéndice con Revelación de Información 13D, y ambas indican las controversias de Cartica en esta acción y refutan las mismas. “Cuando, como en este caso, el antecedente demuestra que existe una disputa en cuanto a los hechos, la ley requiere solamente que se revelen los hechos controvertidos y los posibles resultados. Este es el límite de la ley salvo que exista un motivo para creer que los hechos no son realmente controvertidos. En el caso que nos ocupa, no existe razón para creer que no son realmente controvertidos,” Avnet, Inc. c. Scope Indus., 499 F. Supp. 1121, 1125-26 (S.D.N.Y. 1980). Las revelaciones, que explican la demanda de Cartica, rechazan los argumentos, y niegan que Itaú haya formado un grupo con los demandados Corp Group, fueron suficientes. La revelación en el Apéndice con Revelación de Información 13D de Itaú negó la condición de propietario beneficiario de los valores de CorpBanca.

Asimismo, el Apéndice con Revelación de Información 13Ds informó a los inversores el hecho de que Itaú y Corp Group formarán un “grupo” al cierre de la transacción. Dado que aún no se ha firmado el Pacto de Accionistas y no se firmará hasta el cierre de la transacción, es razonable para Corp Group e Itaú establecer que ellos aún no han formado un grupo conforme se define en el artículo 13(d). En aras de la divulgación, el Apéndice con Revelación de Información 13Ds revela la expectativa de que ellos formarán un grupo al cierre. Como en Avnet, la admisión en este punto por parte de los demandados de que Itaú es un “propietario final” de las acciones en CorpBanca o el miembro de un “grupo” con los demandados de Corp Group “puede de hecho convertir en falso el Apéndice con Revelación de Información 13D.” Avnet, 499 F. Supp. en 1126.

Por consiguiente, no se hará lugar al reclamo de Cartica conforme al artículo 13(d) y la Norma 13d-1 y 13d-5.

#### **V. Responsabilidad del Artículo 20(a)**

“Con el objeto de establecer un caso *prima facie* de responsabilidad de la persona de control, la demandante debe demostrar (1) una violación principal por la persona controlada, (2) el control del violador principal por parte de la demandada, y (3) que la demandada era, en algún sentido significativo, un participante culpable en el fraude de la persona controlada.” ATSI, 493 F.3d en 108. Dado que la demanda no alega una violación sustancial del artículo

10(b), Norma 10b-5, artículo 13(d), Norma 13d-1 ó Norma 13d-5, no se hará lugar a los reclamos del Artículo 20(a).

#### **VI. Reclamo de Common Law Fraud**

El Tribunal no hizo lugar a los reclamos federales de valores presentado por Cartica. Cartica solicita que el Tribunal conserve su competencia en razón de la materia sobre el Cargo V, el reclamo de *common law fraud*, de acuerdo con lo dispuesto en 28 U.S.C. § 1332(a)(3). Cartica ha alegado la jurisdicción de manera incorrecta. (Am. Compl. ¶ 27.) Los demandantes incluyen a una sociedad de responsabilidad limitada y una sociedad en comandita. (Am. Compl. ¶¶ 3132.) A los efectos de determinar si el tribunal tiene jurisdicción en relación con la diversidad de ciudadanía, se considera que una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad en comandita poseen la ciudadanía de todos sus integrantes. Bayerische Landesbank, New York Branch c. Aladdin Capital Mgmt. LLC, 692 F.3d 42, 49 (2d Cir. 2012), Herrick Co., Inc. c. SCS Commc'ns, Inc., 251 F.3d 315, 322 (2d Cir. 2001). La demandante Cartica Capital Partners Master, LP, tiene socios que son ciudadanos de Bailiwick en Jersey y de las Islas Caimán. (Slocum Decl. Ex. 14 ¶ 4.) Cartica no ha argumentado que alguno de los demandados sea ciudadano de los Estados Unidos. “[N]o existe diversidad . . . cuando en una parte hay ciudadanos y extranjeros y en la parte contraria hay solo extranjeros.” Universal Licensing Corp. c. Paola del Lungo S.p.A., 293 F.3d 579, 581 (2d Cir. 2002).

En consecuencia, la jurisdicción sobre el reclamo de la ley estatal de Cartica se fundamenta en 28 U.S.C. § 1367(a). Un tribunal de distrito “podrá negarse a ejercer su competencia suplementaria sobre un reclamo en virtud del apartado (a) si el tribunal de distrito ha rechazado todas las acciones sobre las que tenía competencia originaria” 28 U.S.C. § 1367(c) (3). El Segundo Circuito aclaró que la discreción del Tribunal “no es ilimitada.” Valencia ex rel. Roth c. Jennings, 316 F.3d 299, 305 (2d Cir. 2003). “Al decidir si han de ejercer la competencia sobre reclamos de derecho estatal suplementarios, los tribunales de distrito deberían equilibrar los valores de la economía procesal, la conveniencia, equidad y cortesía — los ‘factores Cohill.’” Klein & Co. Futures, Inc. c. Bd. of Trade of N.Y., 464 F.3d 255, 262 (2d Cir. 2006) (que cita a Carnegie-Mellon Univ. c. Cohill, 484 U.S. 343, 350 (1988)). “[E]n el caso habitual de que todos los reclamos de derecho federal se eliminan antes del periodo de prueba, el equilibrio de factores a considerar en virtud de la *pendent jurisdiction doctrine* (extensión de la jurisdicción del tribunal a cuestiones accesorias de un juicio en trámite) —economía procesal, conveniencia, equidad y cortesía—apuntará a rechazar el ejercicio de la jurisdicción sobre los reclamos pendientes de derecho estatal.” Cohill, 484 U.S. en 350 n.7.

Dado que en la presente se desestiman los reclamos federales de Cartica y que ninguno de los factores de Cohill sustenta el ejercicio suplementario de la jurisdicción sobre el reclamo de derecho estatal, no se hará lugar a los reclamos de derecho estatal de la demandante sin producir efectos jurídicos algunos.

### **CONCLUSIÓN**

Por las razones expuestas anteriormente, se hace lugar a las peticiones para desestimar la demanda presentadas por los demandados CorpBanca S.A., Alvaro Saieh Bendeck, Corp Group Banking S.A., y Saga (Expte. N° 60) y Itaú Unibanco Holding S.A. y Banco Itaú Chile (Expte. N° 78), y se rechaza la ampliación de la demanda. Dado que se desestiman todos los reclamos contra todos los demandados, se hace lugar a la petición presentada en subsidio para desestimar la demanda de los directores y funcionarios (Expte. N° 64). El Tribunal no necesita contemplar las causales alternativas para desestimar la demanda presentada por los demandados, incluyendo que la Demanda Ampliada no cumple con los requisitos de presentación de los escritos judiciales que establece la Norma 9(b), Fed. R. Civ. P., ni la *Private Securities Litigation Reform Act* sancionada en 1995, 15 U.S.C. § 78u-4.

ASÍ SE ORDENA.

A rectangular box containing a handwritten signature in black ink. The signature is cursive and appears to read 'P. Kevin Castel'.

P. Kevin Castel  
Juez de Distrito de EE.UU.

Fecha: Nueva York, Nueva York.

25 de septiembre de 2014