

La caza de activos de empresas argentinas en default:

Medidas frente al peligro de juicios y embargos en el exterior

Fabián D'Aiello

Colaboración

¿Hasta dónde llega "el largo brazo de la ley"? La aceptación contractual de jurisdicciones externas por parte del Estado nacional o de las provincias podría ser recurrida por estos actores invocando "inmunidad de jurisdicción". En su larga tradición de incumplimientos, ¿tiene la arbitrariedad el espacio legal en el que pretendería ampararse? Tema recurrente en la Argentina, analizado con seriedad y rigor.

Los recientes acontecimientos acaecidos en nuestra economía han incrementado sustancialmente el riesgo de "default" de las obligaciones financieras asumidas por empresas privadas argentinas con entidades financieras u organismos del exterior. La gran mayoría de esas obligaciones están sometidas a la legislación y a los tribunales de otras jurisdicciones, principalmente, el Estado de Nueva York, por lo que, frente al "default" del deudor argentino, resulta probable que los acreedores inicien procesos para el cobro de sus acreencias ante los tribunales del exterior que correspondan.

En este contexto, surgen dos preguntas fundamentales: (i) ¿pueden los acreedores externos embargar "preventivamente" (durante el trámite del juicio) activos de sus deudores argentinos en el exterior?; y (ii) dado que muy probablemente los tribunales del exterior intervinientes fallen en contra de las empresas argentinas —sencillamente porque no pagaron sus obligaciones—, ¿qué alternativas tienen tales empresas para suspender esos procedimientos en el Estado de Nueva York y forzar a que todos los acreedores se sienten a negociar una salida común?

FABIÁN D'AIELLO

Socio de Muñoz de Toro & Muñoz de Toro.

El presente artículo resume algunos precedentes de la jurisprudencia de los tribunales del estado de Nueva York y de Inglaterra que nos brindan algunas pautas respecto de qué tipo de "cacería" pueden esperar las empresas argentinas con activos en el exterior y, asimismo, describe algunas alternativas para suspender los juicios que se inicien en el Estado de Nueva York, nada fáciles de adoptar, por cierto, ya que implican una presentación en concurso preventivo en la Argentina.

A. ¿Pueden embargarse activos de empresas argentinas en el exterior?

1. La posición de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: Embargos preventivos sólo sobre activos de dicho país.

En 1999, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos falló en la causa "*Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc.*⁽¹⁾", en la que se estableció que la jurisdicción de los tribunales federales estadounidenses (la "*equitable jurisdiction*") no podía ser ejercida con el fin de otorgar una medida cautelar (embargo preventivo) respecto de activos del deudor situados en su país de origen con el propósito de asegurarle al acreedor que dichos activos estarían disponibles para satisfacer

un reclamo por resarcimiento de daños y perjuicios pendiente de resolución por el tribunal.

La empresa Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. ("GMD") emitió títulos de deuda con garantía común por U\$S 250.000.000, con un interés anual del 8,25% y vencimiento en 2001 (los "Títulos de Deuda"). Diversos fondos de inversión adquirieron una parte significativa de los Títulos de Deuda. GMD estaba abocada a un proyecto de construcción de caminos, pero, como consecuencia de una disminución de la actividad económica mejicana, comenzó a tener problemas financieros que culminaron en la imposibilidad de pagar los intereses de los Títulos de Deuda a su vencimiento. A su vez, como parte del proyecto de construcción de caminos, el gobierno mejicano se comprometió a efectuar ciertos pagos, los cuales fueron asignados por GMD al pago de sueldos y otras obligaciones fiscales. A raíz de ello, y ante el incumplimiento de pago de los compromisos asumidos en los Títulos de Deuda de GMD, los fondos de inversión tenedores de los mismos iniciaron juicio ante los tribunales del Estado de Nueva York, solicitando el embargo de los montos adeudados por el gobierno mejicano a GMD. El juez de primera instancia otorgó dicha medida cautelar. Sin embargo, la resolución fue apelada por GMD y el embargo, finalmente, fue denegado por la Corte, **que decidió no avalar la posibili-**

dad de que un tribunal estadounidense otorgue medidas cautelares preventivas con alcance extraterritorial, es decir, fuera de su jurisdicción. De esta manera, es posible que este tipo de medidas no sean dictadas por los tribunales de los Estados Unidos hasta tanto lo permita una ley del Congreso de dicho país.

2. El caso "Mareva" en Inglaterra: vocación extraterritorial.

Contrariamente a lo resuelto por el máximo tribunal norteamericano, la jurisprudencia inglesa aceptó la posibilidad de que sus tribunales dicten medidas cautelares con efecto extraterritorial. Así, desde 1975, se reconoce la jurisdicción de los tribunales ingleses para evitar que un deudor extranjero pueda disponer de los activos ubicados dentro de la jurisdicción del tribunal⁽²⁾. Posteriormente, esta potestad de los tribunales ingleses fue extendida en ciertos casos a supuestos en los cuales los activos del deudor se encuentren ubicados tanto dentro como fuera de Inglaterra⁽³⁾. Ello implica que los tribunales ingleses estarían facultados para dictar medidas cautelares respecto de bienes ubicados en cualquier parte del mundo, siempre que se cumplan ciertos requisitos (incluyendo que los tribunales ingleses tengan "*personal jurisdiction*" para intervenir en la cuestión). Claro está, la ejecución

de dicha sentencia estará, a su vez, sujeta a la legislación del país en el cual se busca hacer cumplir la orden del tribunal inglés.

Originalmente, la finalidad del dictado de este tipo de medidas cautelares consistió en evitar que los activos ubicados dentro de la jurisdicción de los tribunales ingleses fueran trasladados a jurisdicciones extrañas por parte del

en una restricción a las posibilidades del deudor de disponer de sus activos, sea que éstos estén ubicados en Inglaterra o fuera de dicha jurisdicción. Asimismo, se establece que estas medidas pueden dictarse aún cuando el proceso de fondo se desarrolle en otra jurisdicción⁽⁴⁾.

De todas formas, deben distinguirse dos supuestos. Sin dudas,

cautos y el tema presenta ciertos matices. En diversos precedentes, la *High Court* consideró que otorgar una medida de este tipo podría ser considerado "*inexpedient*"⁽⁵⁾ y sentó una regla práctica de no otorgamiento de medidas extraterritoriales en conexión con procesos desarrollados en otra jurisdicción. Sin embargo, en la causa "*Credit Suisse Fides Trust*"⁽⁶⁾, la Cámara de Apelaciones argumentó que cada caso debe ser evaluado según sus particularidades y que, si las circunstancias así lo exigen, podría otorgarse una medida cautelar de alcance mundial⁽⁷⁾.

Desde 1975, se reconoce la jurisdicción de los tribunales ingleses para evitar que un deudor extranjero pueda disponer de los activos ubicados dentro de la jurisdicción del tribunal.

deudor extranjero. En la actualidad, los tribunales ingleses consideran a la jurisdicción como un medio necesario para evitar acuerdos irrazonables o la disipación de activos, preservando los mismos con el fin de que, eventualmente, sirvan para satisfacer la sentencia final.

En efecto, la *Rule 25* de las *Civil Procedure Rules* permite el otorgamiento de medidas cautelares consistentes tanto en una prohibición de sacar activos del territorio de Inglaterra (hasta el valor del reclamo del acreedor en el juicio de fondo respectivo) como

es posible solicitar a los tribunales ingleses el dictado de una medida cautelar respecto de activos situados en Inglaterra aún cuando (i) el deudor sea residente de otro país y/o (ii) el juicio se hubiera iniciado o estuviera por iniciarse fuera de Inglaterra.

Ahora bien, la situación podría ser distinta si se trata del dictado de una medida de embargo preventivo de alcance mundial (una "*worldwide freezing injunction*") cuando los activos y el deudor se encuentren fuera de Inglaterra. En este supuesto, los tribunales ingleses han sido mucho más

3. Comunidad Europea: en línea con Inglaterra.

A diferencia de la evolución que tuvo la aplicación de la "*Mareva injunction*" en Inglaterra, en el resto de la Comunidad Europea este tipo de medidas no pudieron obtenerse hasta la sanción de la *Judgments Convention and the Jurisdiction of Courts and Enforcement of Judgments (European Communities) Act 1988*. Dicho instrumento reconoció, finalmente, la jurisdicción de los tribunales de los países pertenecientes a la Comunidad Europea para dictar medidas precautorias preventivas con efectos extraterritoriales con relación a procesos de fondo iniciados en otro país de la Comunidad (excepto cuando el tribunal considere que el otorgamiento de la medida es

"inexpedient", es decir, inoportuno o inconveniente).

4. ¿Se podrá litigar en Nueva York y pedir "auxilio" a los tribunales ingleses?

Posiblemente sí. De acuerdo con la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (Interim Relief) Order 1997*, la *English High Court* puede otorgar medidas cautelares, tales como una medida de embargo preventivo de alcance mundial (una "*worldwide freezing injunction*") en relación con procedimientos judiciales iniciados en cualquier parte del mundo, siempre que el deudor esté sujeto a la "*personal jurisdiction*" de las cortes de Inglaterra. En definitiva, en teoría, y sujeto a cada caso en particular, los tribunales ingleses podrían llegar a dictar una medida cautelar de alcance mundial, aún cuando el deudor, los activos y el proceso de fondo estuvieran fuera de Inglaterra.

Por ello, aún cuando el contrato firmado por una empresa argentina tenga jurisdicción de los tribunales de Nueva York, es posible que los acreedores recurran a los tribunales ingleses a fin de obtener una medida cautelar que puedan ejecutar en cualquier lugar donde se ubiquen los activos y, obviamente, la legislación de ese país permita su ejecución. Sin duda, si existen activos en Inglaterra, convendría a

los deudores moverlos a otra jurisdicción, ya que, seguramente, los tribunales ingleses harán lugar a la medida dentro de su territorio (asumiendo que exista "*personal jurisdiction*", la que, habitualmente, aparece cuando menos se lo imagina el deudor) y, eventualmente, podrían llegar a dictar una "*worldwide freezing injunction*" contra la empresa argentina.

5. Posible tratamiento de la cuestión en el derecho argentino

Con relación a la posible interpretación que correspondería dar a esta cuestión en virtud de las normas vigentes en la Argentina, ningún tribunal estaría, en principio, facultado para dictar este tipo de medidas con alcance extraterritorial. Es decir, difícilmente un tribunal argentino se considerará facultado para trabar embargo sobre bienes del deudor situados en el extranjero, por cuanto no existe una norma específica que otorgue a nuestros jueces este tipo de potestades.

Ahora bien, cabe considerar si un tribunal argentino reconocerá la sentencia dictada por un tribunal inglés mediante la cual se disponga el embargo de un bien situado en la Argentina. En este supuesto, habrá que tomar en consideración los requisitos dispuestos por el artículo 517 del Código Procesal Civil y Comer-

cial de la Nación a los fines de determinar si una sentencia extranjera tiene o no fuerza ejecutoria en la Argentina. En principio, la resolución de esta cuestión en la Argentina sería similar a la dispuesta en los Estados Unidos. Según lo dispuesto por el artículo antes citado, si se hubiese celebrado un tratado con el país del cual proviene la sentencia (con relación a la cuestión sujeta a *litis*), la misma tendrá, en principio, fuerza ejecutoria en los términos de lo dispuesto por dicho tratado, sin perjuicio de que el juez competente podría denegar su ejecutoriedad si considerare que la sentencia extranjera vulnera los principios de orden público internacional argentinos o las normas de competencia vigentes en la Argentina.

En el supuesto de que no existiesen tratados para la resolución de tales cuestiones, el juez argentino deberá verificar que (i) la sentencia emane de un tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la Argentina durante o después del juicio promovido en el extranjero; (ii) la parte demandada haya sido debidamente citada y garantizada su defensa; (iii) la sentencia reúna los requisitos de tal en el lugar de su dictado y las condiciones de autenticidad necesarias; (iv) la sentencia no afecte el derecho

de orden público argentino; y (v) la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada por un tribunal argentino⁽⁸⁾.

B. ¿Se puede evitar la jurisdicción del Estado de Nueva York?

1. La ley de concursos y quiebras de los Estados Unidos

El artículo 304 del *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos dispone que, en los casos en que se inicie un procedimiento ante un tribunal de quiebras de dicho

país o sus bienes⁽⁹⁾. Asimismo, el artículo 305 de la misma norma dispone que el tribunal, luego de una audiencia, podrá desestimar o suspender un procedimiento iniciado en los Estados Unidos conexas a otro iniciado en el exterior (*foreign proceeding*) cuando (i) esta decisión preserve el interés de los acreedores o de los deudores o (ii) esté pendiente un procedimiento en el extranjero. En este último caso, la declinatoria puede ser solicitada por un representante extranjero⁽¹⁰⁾.

En síntesis, el *Bankruptcy Code* respeta, al menos en principio, el fuero de atracción de un procedimiento judicial iniciado en el ex-

tranjero por "proceeding", ya que de esto dependerá a qué tipo de procesos se podrá aplicar la medida precautoria explicada en el punto anterior. La jurisprudencia norteamericana ha dicho que, al no estar definido en el *Bankruptcy Code*, se le ha querido dar a ese término su significado ordinario y no un significado técnico o específico⁽¹²⁾. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha aplicado la noción de "proceeding" no sólo a procedimientos judiciales, sino también a procedimientos liquidatorios de entidades financieras conducidos por autoridades administrativas⁽¹³⁾.

En tal sentido, la *United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York* concedió la medida precautoria del artículo 304 del *Bankruptcy Code* en el caso de una liquidación de una compañía de seguros panameña. En este caso, el tribunal aplicó la medida precautoria y reconoció que lo que la ley panameña denomina "reestructuración" (una especie de procedimiento liquidatorio llevado a cabo por la Comisión de Reaseguros de Panamá) podía considerarse incluida dentro de la noción de *foreign proceeding*.

El caso *Pravin Banker Associates, Ltd. v. Banco Popular del Perú*⁽¹⁴⁾, sin ser un caso que contemple la aplicación del artículo 304 del *Bankruptcy Code*, aporta elementos útiles para dilucidar los casos en los que resultaría aplica-

Difícilmente un tribunal argentino se considerará facultado para trabar embargo sobre bienes del deudor situados en el extranjero.

país que sea conexas a otro procedimiento iniciado en el extranjero (*foreign proceeding*), el tribunal norteamericano podrá detener la pretensión del actor mediante una medida precautoria y, en consecuencia, abstenerse de (i) entender en procedimientos seguidos contra el demandado o su propiedad y (ii) ejecutar cualquier sentencia contra al deman-

trado o sus bienes⁽⁹⁾. Asimismo, el artículo 305 de la misma norma dispone que el tribunal, luego de una audiencia, podrá desestimar o suspender un procedimiento iniciado en los Estados Unidos conexas a otro iniciado en el exterior (*foreign proceeding*) cuando, por ejemplo, una reestructuración judicial⁽¹¹⁾.

2. El concepto de "proceeding". La jurisprudencia norteamericana.

Resulta fundamental desentrañar qué entiende el *Bankruptcy Co-*

ble dicha norma. En efecto, Mellon Bank N.A. había cedido a Pravin Banker Associates Ltd. (una sociedad norteamericana, en adelante "Pravin") una deuda que el Banco Popular del Perú (una entidad estatal peruana) mantenía con esta entidad por el pago del capital e intereses de títulos de deuda a corto plazo garantizados por el gobierno peruano. En consecuencia, el Banco Popular del Perú comenzó a pagar los intereses de los títulos directamente a Pravin. En 1991, y ante la falta de pago de ciertas cuotas de interés vencidas, Pravin declaró el "default" de la deuda. Un año más tarde, la Superintendencia de Bancos y Seguros del Perú determinó que el Banco Popular debía ser disuelto y liquidado y el Banco Central de ese país designó al comité de liquidación.

Pravin, sin embargo, no se avino a negociar con los liquidadores peruanos y, en el año 1993, inició un juicio ejecutivo contra Banco Popular de Perú y la República de Perú (los "Demandados") ante la *United States District Court for the Southern District of New York*

(la "District Court"), tendiente al cobro del capital y el interés de los títulos. La *District Court* suspendió transitoriamente en dos oportunidades el procedimiento, a la espera de la finalización de la liquidación iniciada en la República del Perú⁽¹⁵⁾. Pero en 1995 rechazó un tercer pedido de los Demandados para la suspensión y desestimación de la demanda entablada por Pravin, declarándose competente para entender en el caso.

Este rechazo se fundó en que, según lo entendió el tribunal, el reconocimiento de procedimientos extranjeros sobre la base de los principios de cortesía internacional no incluye procedimientos que violen la política exterior de los Estados Unidos. En este sentido, destacó que el "Plan Brady" (por ese entonces la política del gobierno de los Estados Unidos con respecto al pago de la deuda externa de países en vías de desarrollo) alentaba la participación de los acreedores en la solución de la deuda externa de países en vías de desarrollo, pero disponía que dicha participación debía ser voluntaria y requería que la deu-

da continúe siendo ejecutable durante las negociaciones.

Los Demandados apelaron el fallo, pero la *United States Court of Appeals for the Second Circuit* confirmó la decisión de la *District Court*, agregando que una decisión distinta privaría a Pravin de (i) la posibilidad de ejecutar su deuda hasta que finalice el procedimiento liquidatorio (lo cual no parecía factible en lo inmediato) y (ii) ejercitar sus derechos más allá del procedimiento liquidatorio peruano.

3. Alcances de la jurisprudencia aplicable.

Si bien la ley vigente en los Estados Unidos obliga a sus jueces a atenerse al fuero de atracción de los procedimientos concursales o liquidatorios iniciados en el extranjero, la jurisprudencia ha hecho una interpretación que flexibiliza y torna relativo dicho precepto. Los tribunales del Estado de Nueva York consideran que, si bien deben respetar la jurisdicción extranjera, ante situaciones en las que el orden público de

Tiene tecnología y diseño, y si es Movicom es único.

- Lo último en diseño - Doble pantalla de cristal líquido - Radio FM*
- Identificador de llamadas con visor externo - Grabadora de mensajes recordatorios - Internet Móvil

Nuevo Motorola V60



MOTOROLA

*Funciona con accesorio de compra opcional. Movicom y BellSouth son marcas registradas de Compañía de Radiocomunicaciones

Móviles S.A. (CRM) y BellSouth Corporation Inc. CRMing: Butty 240 piso 20; Capital: CUIT 30-62441865-0. Origen: Brasil.



Graffiti Diary

MOVICOM
© BELL SOUTH

5321-1111
o Centros de Atención Comercial

los Estados Unidos se ve vulnerado o ante maniobras que puedan interpretarse como fraudulentas, los mismos pueden desconocer el fuero de atracción del procedimiento extranjero y ejercer su jurisdicción con respecto a personas o bienes en los Estados Unidos.

Notas

- (1) Sentencia del 17 de junio de 1999.
- (2) Si bien los precedentes *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis* (2 Lloyd's Rep 137, CA) y *Mareva Compañía Naviera S.A. v. International Bulkcarries S.A.* (2 Lloyd's Rep 502), resueltos en 1975 por los tribunales ingleses marcan un hito en la historia del derecho inglés, ya en el siglo XV existía en Londres un proceso denominado "*foreign attachment*" que preveía la adopción de una suerte de embargo internacional.
- (3) *Derby & Co. Ltd. v. Weldon* [1990] Ch 48; *Babanaft Co. S.A. v. Bassantne* [1990] Ch 13.
- (4) En el ámbito de los procedimientos arbitrales, es factible también obtener el dictado de este tipo de medidas cautelares extraterritoriales, conforme a lo dispuesto por la *Arbitration Act 1996*.
- (5) *Channel Tunnel* [1993] AC 334 y *Lyle v. Bulhoes* [1997] 1 Lloyd's Rep. 355.
- (6) *Credit Suisse "Fides Trust" v. Gough* [1997] 3 All ER 724.
- (7) En el caso mencionado, el deudor se encontraba en Inglaterra, el juicio se había iniciado en Suiza y la medida cautelar se había dictado sobre bienes del deudor situados en otro país.
- (8) En cuanto al modo de plantear su ejecución, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 518 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la ejecución deberá ser solicitada ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando testimonio legalizado y traducido de las actuaciones que acrediten su ejecutoriedad.
- (9) Asimismo, el artículo en cuestión enumera las pautas a tener en cuenta por el tribunal al decidir sobre el otorgamiento o no de la medida precautoria que suspenda o desestime el juicio en los Estados Unidos. Entre ellas: (i) asegurar un trato igualitario entre los acreedores, (ii) proteger a los demandantes en los Estados Unidos respecto de problemas que pudieran tener para llevar adelante sus peticiones ante el juez que entiende en el procedimiento principal, (iii) respetar los principios de cortesía internacional y (iv) evitar fraudes.
- (10) El artículo 305 dispone, además, que al tomar la decisión de desestimar o suspender la petición, el tribunal tendrá en cuenta los criterios del artículo 304, inciso c) expuestos en la nota anterior.
- (11) En este sentido, el 17 de enero de 2001 un tribunal de los Estados Unidos hizo lugar a la medida precautoria solicitada por Sociedad Comercial del Plata S.A. (actualmente en concurso preventivo de acreedores) en virtud del artículo 304 del *Bankruptcy Code*, prohibiendo a los acreedores estadounidenses iniciar o continuar acciones contra dicha sociedad o Compañía General de Combustibles S.A. (una sociedad controlada) o tomar cualquier medida contra sus bienes.
- (12) *Pioneer Inv. Serv. Co v Brunswick Assoc. Ltd. Partnership*, U.S., 113 S Ct. 1489, 1595, 123 L. Ed. 2d 74 (1993). Comúnmente, el término "*proceeding*" se refiere a la forma o manera de conducir asuntos judiciales ante un tribunal o un agente judicial. El término también se refiere a procedimientos administrativos seguidos ante organismos o tribunales administrativos (*Black's Law Dictionary* 1204 6th. Ed. 1990).
- (13) *In re Banco de Descuento*, 78 Bankr. at 338.
- (14) 165 Bankr. 379 (S.D.N.Y. 1994).
- (15) Basándose en principios de cortesía internacional, la *District Court* reconoció el fuero de atracción del procedimiento de liquidación iniciado en Perú.