

Doctrina

Bye Bye Baby? O del embargo y ejecución de fondos de la ANSES en los EE.UU.

Por Luis H. Vizioli

“Originalmente, el embargo de fondos en los EE.UU. de las AFJPs y del ANSES fue motivado por el reclamo de tres acreedores de deuda soberana impaga de la República Argentina. Con el correr de los días, sesenta y ocho nuevos actores se adhirieron al reclamo.

El Juez Griesa determinó que la ANSES no es una dependencia autónoma con status jurídico independiente del Gobierno Argentino y, por ende, debe asimilarse su status y el de sus bienes a la Republica Argentina misma. En tal sentido, expresa que la ANSES no maneja sus finanzas en forma independiente ni con carácter de empresa autónoma. Por otra parte, deja claramente establecido su convencimiento acerca de la manipulación de los fondos de la ANSES instrumentada por el Gobierno Argentino para destinarlos a actividades gubernamentales que no se compadecen con la obligación constitucional de proveer a la seguridad social. Al ser dichos fondos invertidos en cuentas de inversión en los EE.UU., se promueve una actividad comercial que viabiliza el embargo y ejecución de los bienes conforme los términos de la FISA. Asimismo, se da por válida la jurisdicción del Tribunal atento la renuncia de inmunidad efectuada por la Republica Argentina en la deuda soberana impaga que motiva los reclamos ante el mismo.

Como consecuencia de lo expuesto, los fondos de las AFJP en los EE.UU. son pasibles de embargo y ejecución, aún cuando la última palabra en cuanto a la presente decisión del Tribunal no sea definitiva y quede sujeta a las distintas apelaciones del caso.”

Texto completo

Bye Bye Baby? O del embargo y ejecución de fondos de la ANSES en los EE.UU.

Por Luis H. Vizioli(*)

“... el uso de fondos de pensión para adquirir deuda publica Argentina tuvo, al menos en gran medida, un propósito radicalmente diferente al de efectuar inversiones seguras y rentables a favor de los fondos de pensión. Dicho propósito consistió en la apropiación efectiva de fondos para fines gubernamentales no relacionados con los fondos de pensión mismos”.

“...cualquiera que haya observado los años de litigio ante este Tribunal en relación con el enorme default de la deuda pública Argentina en 2001 (incluyendo la resistencia [de la República Argentina] en todo modo posible para abstraerse de sus obligaciones de pago ante sentencias legítimas), puede solo concluir que la idea que dicha deuda reconoce un standard de “seguridad aceptable” como inversión es un completo apartamiento de la realidad”[1].

I. Introducción.

En una nota intitulada “*Embargo y ejecución de bienes del Estado Argentino en EE.UU. ¿bajo qué premisas sería factible*”, publicada en este medio el pasado 5 de noviembre de 2008, analizábamos la orden dada por el juez Thomas P. Griesa, de la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York, el día 29 de octubre de 2008, congelando los activos que las AFJP y la ANSES poseían en los Estados Unidos hasta cubrir la suma de 553 millones de dólares que reclamaban Aurelius Capital Partners, LP, Aurelius Capital Master, Ltd., y Blue Angel Capital I LLC, por títulos de la deuda soberana que continúan en cesación de pagos.

Dicha orden importó la inmovilización de todos los fondos, depósitos, inmuebles, títulos de crédito, acciones, bonos, reclamos, intereses en equidad, y derechos contractuales, que existan o que pudieran encontrarse en los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.) a nombre de las AFJP o de la ANSES.

El pasado 11 de diciembre de 2008, el Juez Griesa emitió una opinión en el mismo caso. La decisión original del Tribunal se sustentó en la solicitud de los tres acreedores antes mencionados. Antes que transcurrieran dos semanas de dicha orden de embargo, los actores pasaron a ser setenta y uno que se sumaron al caso con diverso grado de diferenciación procesal aunque con un mismo objetivo, cobrar sus deudas de los fondos embargados.

Los abogados de la República Argentina solicitaron al Juez Griesa que todas sus presentaciones fueran consideradas válidas en los setenta y un casos planteados en la materia frente al Tribunal. Lo mismo hicieron los abogados de la ANSES y de las AFPJs.

El pasado 14 de noviembre se celebró una audiencia entre las partes en la que se determinó la necesidad de instrumentar ciertas medidas probatorias previas. Sin embargo, luego que el Tribunal mantuviera una conferencia telefónica conjunta con los abogados el día 25 de noviembre, y ante la evidencia que las medidas probatorias no se podrían producir en el tiempo esperado, el Tribunal informó que emitiría una decisión en lo inmediato en relación con los temas planteados a dicha fecha.

II. Hechos y Antecedentes.

Los setenta y un casos en cuestión son reclamos en los que el demandado es la Republica Argentina (salvo algunos contra la Provincia de Buenos Aires pero cuya diferenciación no fue considerada material). El resultado práctico del embargo

ordenado por el Juez Griesa fue el congelamiento de aproximadamente doscientos millones de dólares (US\$ 200 millones) de las AFJP depositados en cuentas de inversión en Nueva York. La ANSES declaró que no tenía propiedades en Nueva York.

Una vez promulgada la ley número 26.425 que creó el Sistema Integrado Previsional Argentino, el pasado 9 de diciembre ("Ley"), dichos fondos pasaron a ser de titularidad de la ANSES, tal como habían pregonado que sucedería los tres fondos nombrados al comienzo de esta nota. La entrada en vigencia de la Ley importó la eliminación del Régimen de Capitalización y consecuentemente de las AFJP.

El Juez Griesa pasa repaso preciso y puntual a la obligación constitucional del Estado Argentino en proveer los beneficios de la seguridad social a sus habitantes, los orígenes del "sistema de reparto", la creación de las AFJP y el "sistema de capitalización", el supuesto status de "entidad descentralizada" de la ANSES, la creación del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto (Decreto 897/2007), compuesto por los fondos aportados por aquellos individuos que escogieron pasar del sistema de capitalización al del reparto y por los fondos excedentes e inversiones de la ANSES, y la interacción entre el Gobierno y los nombrados.

Asimismo, destaca que la premisa en la creación del sistema de pensión privada fue el de proteger los fondos de pensión de un uso distinto al de su concepción, eventualmente propiciado por el gobierno de turno y, por ello, la existencia de diversas disposiciones en relación con la protección de los mismos en la legislación como ser la titularidad de cada pensionado de una cuenta individual propia. En especial, enfatiza que los fondos deben invertirse con "*criterios de seguridad y rentabilidad adecuados*" conforme pautas especialmente determinadas a las que debían sujetarse las AFPJ (art. 74, ley 24.241).

III. Ley Aplicable – Reglas y Excepciones.

La *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (FISA, por sus siglas en inglés) define la jurisdicción de los tribunales en los EE.UU. en acciones legales que involucran estados extranjeros y sus dependencias. Por motivos de brevedad, solo analizaremos las premisas básicas de esta ley en la presente nota. Para información adicional sobre esta materia, por favor, referirse a nuestra nota identificada al comienzo de la presente.

3.1 Jurisdicción.

La regla general es que, sujeto a acuerdos internacionales particulares de los que EE.UU. era parte al tiempo de la promulgación de la FISA, los estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de sus tribunales. Dicho principio general cede paso ante diversas excepciones. Las de relevante interés a la presente nota se verifican cuando el estado extranjero haya renunciado a dicha inmunidad, explícita o implícitamente, o cuando la acción legal se sustenta en una actividad comercial llevada a cabo por el estado extranjero en los EE.UU., o que tenga impacto directo en el mismo.

El término "actividad comercial" está definido en la FISA como "... *un curso regular de conducta comercial o un acto o transacción comercial particular...*" en donde debe primar "... *la naturaleza del curso de conducta, acto o transacción más que el propósito en sí mismo*".

3.2 Medidas cautelares.

Sujeto a obligaciones internacionales previamente asumidas por EE.UU. con anterioridad a la FISA, y conforme los términos de ésta, la propiedad de un estado extranjero situada en dicho país no será inmune a embargo, detención y ejecución, en relación con sentencias obtenidas contra tal estado, en el evento en que la misma sea utilizada en "actividad comercial" y el estado en cuestión haya renunciado a dicha inmunidad, explícita o implícitamente (otras excepciones exceden el marco del presente). Asimismo, y en relación con dependencias autónomas del estado extranjero, toda la propiedad de las primeras, y no solo aquella sujeta a actividad comercial, podrá ser atacada por sus acreedores siempre que dicha dependencia desarrolle actividad comercial.

Ahora bien, la FISA no permite la ejecución de la propiedad de una dependencia con status jurídico autónomo para satisfacer una condena contra otra dependencia o inclusive contra el estado extranjero, salvo que la misma esté tan controlada por el estado que exista una relación de principal y dependiente (teoría del *alter ego*) o que el reconocimiento del status jurídico autónomo provoque un fraude o injusticia.

IV. Temas a Dilucidar.

4.1 Conforme la ley aplicable y la lógica postura de cada una de las partes, los temas sobre los que tenía que decidir el Tribunal, aún con diversos matices, quedaron identificados de la siguiente manera:

(a) Si la República Argentina había renunciado a la inmunidad bajo la FISA y por ende, quedaba sujeta a la jurisdicción del Tribunal.

(b) Si la ANSES debía ser considerada como una dependencia de la República Argentina o gozaba de un status jurídico independiente.

(c) Si la ANSES, asumiendo su status jurídico independiente, había incurrido en "actividad comercial" en los EE.UU. y por ende, los fondos de las AFJP en dicho país eran pasibles de embargo.

(d) Si el "interés legal futuro" que la República Argentina tenía sobre los fondos de las AFPJ previo a la promulgación de la Ley le permitía a los actores promover la medida cautelar de embargo.

4.2 El Juez Griesa desarrolla su decisión mechando conceptos vertidos por las partes. En ocasiones señala coincidencias y hace propios argumentos de las partes, y en otras instancias rechaza directamente los argumentos vertidos.

Su decisión se sustenta en los siguientes conceptos:

(a) Renuncia de Inmunidad. La República Argentina renunció a su inmunidad bajo la FISA conforme los términos y condiciones de emisión de la deuda impaga en poder de los acreedores/actores. Como consecuencia de ello, quedó sujeta a las disposiciones de la FISA y fue válidamente condenada por incumplimiento de pago en su deuda soberana. Sus bienes en los EE.UU. son embargables y ejecutables siempre que estén utilizados en actividad comercial.

(b) ANSES - Inexistencia de status jurídico independiente. Los actores no disputan la estructura orgánica de la ANSES y de las AFJPs o la existencia de restricciones en relación al uso de los fondos de las mismas. Sin embargo, argumentan que dichas restricciones fueron directamente violadas o manipuladas por el Gobierno Argentino de manera tal que el mismo usó los fondos de la ANSES y de las AFJPs a voluntad para proveerse de fondos destinados a un uso escindido del de la seguridad social.

Los actores argumentan que la ANSES debe ser tratada como la República Argentina misma y no como una dependencia con status jurídico autónomo del país.

Por su parte, la República Argentina/ANSES sostiene que la ANSES es una entidad autónoma e independiente y por ello (i) debería haber renunciado expresamente a su inmunidad ante la FISA, hecho que el Tribunal admite no ha sucedido, y (ii) sus bienes estar destinados a actividad comercial cuando, mantienen, están dedicados a un propósito soberano (proveer a la seguridad social).

Como explicáramos, FISA establece que la jurisdicción sobre una dependencia del gobierno extranjero con status jurídico autónomo debe estar precedida de una renuncia expresa a la inmunidad. Asimismo, y asumiendo tal renuncia, sus bienes solo pueden estar sujetos a embargo si dicha dependencia desarrolla "actividad comercial".

El Juez Griesa encontró que distintas decisiones gubernamentales fueron ampliando el porcentaje de inversión que las AFJP podían tener en deuda soberana y obligando a las mismas a instrumentar la inversión correspondiente. Inclusive, se generó la misma consecuencia al prohibir ciertas inversiones (por ejemplo, al disponer la repatriación de inversiones desde Brasil).

A los efectos de nuestra cultura legal, resulta de sumo interés la relevancia que el Juez Griesa da a distintas opiniones vertidas en medios locales (declaraciones de Amado Boudou, Roberto Lavagna, notas periodísticas en La Nación, Dow Jones, Wall Street Journal, entre otros), casi como una confesión de parte cuando de oficiales públicos se trata

Concluye que las mismas restricciones legales que fueron violadas en el pasado se incluyen en la Ley, aunque con una mayor laxitud al indicar que los fondos "... se invertirán de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, contribuyendo al desarrollo sustentable de la economía real a efectos de garantizar el círculo virtuoso entre crecimiento económico y el incremento de los recursos de la seguridad social", quedando "... prohibida la inversión de los fondos en el exterior." (art. 8).

Expresa que "... el uso de fondos de pensión para adquirir deuda pública Argentina tuvo, al menos en gran medida, un propósito radicalmente diferente al de efectuar inversiones seguras y rentables a favor de los fondos de pensión. Dicho propósito consistió en la apropiación efectiva de fondos para fines gubernamentales no relacionados con los fondos de pensión mismos".

Haciendo partícipe de su experiencia al lector, a partir de años de litigio ante su Tribunal, manifiesta que "...cualquiera que haya observado los años de litigio ante este Tribunal en relación con el enorme default de la deuda pública Argentina en 2001 (incluyendo la resistencia [de la República Argentina] en todo modo posible para abstraerse de sus obligaciones de pago ante sentencias legítimas), se puede solo concluir que la idea que dicha deuda reconoce un standard de "seguridad aceptable" como inversión es un completo apartamiento de la realidad."

Luego de repasar los antecedentes sobre la definición de "dependencia del gobierno extranjero con status jurídico autónomo" en donde se privilegia la independencia de sus finanzas y su dirección como empresa independiente^[2], el Juez Griesa concluye que "... la evidencia presentada ante este Tribunal no deja dudas en cuanto a que el Gobierno Argentina domina las finanzas de la ANSES y usa a la ANSES a su voluntad para obtener fondos para utilizarlos con distinto propósito al de proveer a la seguridad social". Por ende, determina que la ANSES es pasible de estar sujeta a la jurisdicción del Tribunal y sus bienes embargados como si fuera la República Argentina misma por ser parte inescindible de ella.

(c) ANSES - Existencia de Actividad Comercial. Finalmente, determina que los bienes de las AFJP en los EE.UU., ahora devenidos de la ANSES, son utilizados con propósito y actividad comercial. Ello así luego de desentrañar la naturaleza del curso de conducta (inversión en títulos) más que en la referencia del propósito (proveer a la seguridad social), premisa que genera vastas dudas en el Tribunal.

El término "actividad comercial" está definido en la FISA como "... un curso regular de conducta comercial o un acto o transacción comercial particular..." en donde debe primar "... la naturaleza del curso de conducta, acto o transacción más que el propósito en sí mismo". En el caso "República de Argentina v. Weltover"^[3], la Corte Suprema concluye que un estado extranjero involucrado en actividades comerciales no ejercita poderes soberanos sino que desarrolla actividades que puede ejercer un individuo privado. Asimismo, los antecedentes legislativos de la FISA establecen que la inversión en títulos es considerada "actividad comercial" que es lo que precisamente sucedía con los US\$200 millones depositados por las AFJPs en cuentas de inversión en Nueva York.

(d) Medida cautelar sobre interés legítimo. Recurriendo a la aplicación de la Ley y Reglas de Práctica Civil del Estado de Nueva York que dispone que la propiedad sujeta a embargo y ejecución es aquella que "... puede ser cedida o transferida, consista ella en un derecho o interés presente o futuro, perfeccionado o contingente..." el Juez Griesa concluye que el embargo de los fondos de las AFJP y ANSES con carácter previo a la promulgación de la Ley, que disponía su futuro y contingente traspaso al Gobierno Argentino, fue válido.

V. Conclusión.

Originalmente, el embargo de fondos en los EE.UU. de las AFJPs y del ANSES fue motivado por el reclamo de tres acreedores de deuda soberana impaga de la República Argentina. Con el correr de los días, sesenta y ocho nuevos actores se adhirieron al reclamo.

El Juez Griesa determinó que la ANSES no es una dependencia autónoma con status jurídico independiente del Gobierno Argentino y, por ende, debe asimilarse su status y el de sus bienes a la Republica Argentina misma. En tal sentido, expresa que la ANSES no maneja sus finanzas en forma independiente ni con carácter de empresa autónoma. Por otra parte, deja claramente establecido su convencimiento acerca de la manipulación de los fondos de la ANSES instrumentada por el Gobierno Argentino para destinarlos a actividades gubernamentales que no se compadecen con la obligación constitucional de proveer a la seguridad social. Al ser dichos fondos invertidos en cuentas de inversión en los EE.UU., se promueve una actividad comercial que viabiliza el embargo y ejecución de los bienes conforme los términos de la FISA. Asimismo, se da por válida la jurisdicción del Tribunal atento la renuncia de inmunidad efectuada por la Republica Argentina en la deuda soberana impaga que motiva los reclamos ante el mismo.

Como consecuencia de lo expuesto, los fondos de las AFJP en los EE.UU. son pasibles de embargo y ejecución, aún cuando la última palabra en cuanto a la presente decisión del Tribunal no sea definitiva y quede sujeta a las distintas apelaciones del caso.

Finalmente, como nota de color a nuestra profesión, el Juez Griesa en nota al pie indica que "... *nada en la presente decisión intenta tratar en forma alguna la cuestión de la prioridad de pago entre los actores...*", agregando nosotros entre líneas "y entre los abogados patrocinantes!".

(*) Abogado, admitido en el Estado de Nueva York, EE.UU. (1997), y CPACF., Argentina (1992). Socio, Vizoli & Triolo Abogados.

El autor de la nota agradece la colaboración en materia de jurisprudencia y antecedentes del caso del Dr. Geoffrey J. Perkins, de Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, EE.UU.

[1] "Aurelius Capital Partners, LP et al. v. The Republic of Argentina", 07 Civ. 2715 (2008), decisión del Juez Griesa de la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York, el día 11 de diciembre de 2008, comentada en la presente nota.

[2] "First Nat'l City Bank v. Banco para el Comercio Exterior de Cuba" (Bancec), 462 U.S. 611, 628-33, 103 S. Ct. 2591, 77 L. Ed 2d 46 (1983), que aplica principios de derecho societario para determinar si se admite el status jurídico autónomo de una dependencia gubernamental.

"Garb v. Republic of Poland", 440 F 3d. 579 (2d. Cir. 2006), donde se determina que una dependencia es autónoma del gobierno al responderse la pregunta de si "... *sus funciones principales son predominantemente gubernamentales o comerciales*".

[3] "República Argentina v. Weltover", 504 U.S. 607, 609-610, 112 S. Ct. 2160, 119 L. ed. 2d. 394 (1992), caso en el que se discutió el incumplimiento de obligaciones de pago por parte de la República Argentina en 1982 y 1986.