

¡Liberen a la Fragata!
(A propósito de la detención de la Fragata Libertad en Ghana)

Por Luis H. Vizioli()*

I. Sumario de los hechos. II. Pequeñas postales de Ghana. III. Antecedentes legales de la cuestión. IV. Temas considerados por el Tribunal. VI. Conclusión.

I. Sumario de los hechos.

El día 2 de octubre de 2012, la Fragata (Q-2) ARA Libertad, buque escuela de la Armada Argentina, fue detenida en el puerto de Tema, República de Ghana, merced a una orden judicial solicitada por NML Capital Ltd. con domicilio en Chipre (en adelante, el "Fondo de Inversión"). El Fondo de Inversión es acreedor de títulos de deuda de la Argentina cuyo pago fue incumplido y no fueron rescatados por las reestructuraciones de deuda que el país llevó a cabo en 2005 y 2010. El mismo obtuvo sentencia favorable de cobro contra el país en relación con los títulos impagos en los tribunales de los EE.UU. y de Gran Bretaña. Con la medida solicitada, el Fondo de Inversión busca cobrar parcialmente su crédito.

La República Argentina cuestionó la medida cautelar del tribunal ghanés reclamando inmunidad soberana. Asimismo, alegó que, atento la naturaleza militar del navío, el buque no podía ser objeto de prenda de sus acreedores. El 11 de octubre de 2012 el Tribunal Comercial de Accra (High Court of Justice Accra Commercial Division, en adelante, el "Tribunal"), presidido por el magistrado Richard Adjei-Frimpong, entendió que la Argentina había renunciado a su inmunidad soberana al emitir los títulos bajo los cuales el acreedor perseguía su reclamo. Por ende, mantuvo la medida cautelar dictada a favor del acreedor ordenando la detención del navío y su conservación en el citado puerto (vale aclarar que no dictó embargo alguno) hasta tanto las partes llegaran a un acuerdo o la Argentina proceda a afianzar su liberación.

El presente artículo intentará desmenuzar los distintos argumentos legales que dieron sustento a la mencionada decisión en forma objetiva.

II. Pequeñas postales de Ghana.

La República de Ghana es un país que se sitúa en el oeste de África. Limita al norte con Burkina Faso, al sur con el Golfo de Guinea, al este con Togo, y al oeste con Costa de Marfil. Su origen se remonta al año 1957 en el que se convierte en el primer país en lograr su independencia (de Gran Bretaña) al sur del Sahara. Su constitución nacional data del año 1992[1].

En la actualidad, es considerada una de las democracias más importantes del continente. Participa en calidad de miembro de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Mancomunidad de Naciones (coloquialmente conocida como el Commonwealth of Nations) y la Unión Africana (UA), entre otras organizaciones.

Tiene una superficie de 238.533 km² y una población de 24.223.431 habitantes, Ghana es el 82° país con mayor territorio y el 46° con mayor densidad de población y registra 102 habitantes por kilómetro cuadrado[2]. Su capital es Accra, con una población aproximada de 2.291.352 habitantes

y 3.404.507 habitantes en su cono urbano[3]. También es el centro administrativo, de comunicaciones y económico del país. Su idioma oficial es el inglés y su moneda es el Cedi[4].

Ghana es una república con sistema presidencialista. Actualmente, el Poder Ejecutivo lo ejerce John Dramani Mahama, quien sucedió a John Evans Atta Mills, fallecido en julio de 2012 en ejercicio del cargo. El Parlamento de Ghana se compone de 230 miembros elegidos por mandatos de cuatro años. Por su parte, el Poder Judicial se compone de una Corte Suprema (Supreme Court, como superior tribunal jerárquico), Corte de Apelación (Court of Appeal), Tribunal de Primera Instancia (High Court) y Tribunales Regionales (Regional Tribunals)[5].

Como dato estadístico anecdótico, vale la pena señalar que según el “Índice de Competitividad Global 2012-2013”, desarrollado y publicado anualmente desde 1979 por el Foro Económico Mundial, Ghana se ubica en el puesto 103 en el ranking de competitividad. Dicho ranking califica en el primer puesto a Suiza en carácter de economía más competitiva. Argentina se ubica en el puesto 94 sobre 144 países considerados[6]. Por otra parte, Transparencia Internacional, organización internacional dedicada a combatir la corrupción política fundada en 1993, con sede en Berlín, Alemania, en su “Índice de Percepción de Corrupción 2011” sobre el sector público de diversos países, ubica a Ghana en el puesto 69 sobre 182 países estudiados. El ranking es liderado en el primer puesto por Nueva Zelanda, cuyo sector público es considerado el más transparente a la hora de viabilizar negocios. En el extremo opuesto del ranking se ubica Somalia en el puesto 182. Argentina ocupa la posición número 100[7].

III. Antecedentes legales de la cuestión.

En el inicio del decisorio, el Tribunal reconoce la particular situación que conlleva que una corte de Ghana entienda en una cuestión planteada entre una empresa extranjera y un estado soberano extranjero.

Es útil contemplar entonces cuáles son los antecedentes de la cuestión mencionados por el Tribunal.

En octubre de 1994, Argentina suscribe un acuerdo con Banker Trust Company de Nueva York, EE.UU. (Fiscal Agency Agreement, en adelante, el “Acuerdo de Suscripción”), en virtud del cual emite una serie de títulos públicos. Bajo el Acuerdo de Suscripción, el Fondo de Inversión suscribe dos series de títulos emitidos por Argentina, a saber (i) Bono Global al 12% (CUSIP No. 04114FB1), y (ii) Bono Global al 10,5% (CUSIP No. 04114GBO), (en adelante, en conjunto, los “Bonos”).

Cuando la Argentina incumplió el pago de los Bonos, el Fondo de Inversión demandó al país ante la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York (US District Court for the Southern District of New York) y obtuvo una sentencia favorable de cobro de sus créditos (en adelante, la “Sentencia Americana”). La Argentina no transó el reclamo.

El 15 de mayo de 2005, el Fondo de Inversión ejecutó la sentencia obtenida en Nueva York por ante un tribunal de Gran Bretaña (English High Court) obteniendo un fallo favorable a su pretensión (en adelante, la “Sentencia Británica”). La Argentina no honró la sentencia.

El 1 de octubre de 2012, la Fragata Libertad entró en aguas territoriales de Ghana y amarró en el puerto de Tema. El Fondo de Inversión solicitó una medida cautelar tendiente a restringir la partida del buque del puerto de Tema y a preservar su estado y condición. La acción subyacente busca el cobro de la suma de:

oUS\$284.184.632 en concepto de capital correspondiente al veredicto de la corte de Nueva York; y

oUS\$91.784.681 y US\$49.071 correspondiente a intereses sobre el capital al 1 de octubre de 2012 (o alternativamente, la aplicación de una tasa de interés de mercado).

La medida cautelar fue otorgada el día 2 de octubre de 2012 y objetada por Argentina posteriormente. El Tribunal, luego de evaluar la argumentación de las partes, confirma su decisión con fecha 11 de octubre de 2012.

IV. Temas considerados por el Tribunal.

En forma sumaria, el Tribunal sustentó su decisión en el análisis de los siguientes temas conceptuales: (a) la jurisdicción del Tribunal; (b) la inmunidad de la Argentina y su eventual renuncia; y (c) el status de “buque militar” de la Fragata Libertad y su eventual inmunidad ante el reclamo de terceros.

(a) La jurisdicción del Tribunal.

La Argentina argumentó que las leyes de Ghana no permitían al Tribunal entender en la ejecución de una sentencia obtenida en los tribunales de Nueva York. En soporte de tal aseveración cita el art. 81 de la *Courts Act 1993, Act 459*, y su regulación (*The Foreign Judgments and Maintenance Orders (Reciprocal Enforcement) Instrument 1993 LI 1575*)[8]. Observa que atento que el Estado de Nueva York, no está listado en los anexos de dicho cuerpo legal como uno de los estados al que se reconocen derechos recíprocos para ejecutar sentencias, el Tribunal habría otorgado las medidas cautelares sin contar con jurisdicción sobre el caso traído a su estrado.

El Tribunal no objeta la carencia de registro formal del Estado de Nueva York o de la sentencia misma en el cuerpo legal citado. Sin embargo sostiene que no es estrictamente necesario contar con el registro del estado o sentencia extranjera para tener la posibilidad de propiciar la jurisdicción del Tribunal. La misma puede obtenerse si se interpreta que la sentencia extranjera conlleva un contrato válido y vigente entre las partes, conforme el cual el deudor promete honrar su compromiso de pago, el cual es ejecutable bajo una acción en derecho común (common law). En sustento de dicha tesis, cita doctrina de Gran Bretaña (recordemos que Ghana era colonia británica), y de Ghana, concluyendo que tanto el cuerpo legal citado como las disposiciones de derecho común pueden convivir armónicamente.

Seguidamente, el Tribunal se pregunta si su jurisdicción fue debidamente promovida por el Fondo de Inversión. A tal fin, éste debería demostrar que existe un contrato entre partes en el cual se adjudica y consiente la jurisdicción del Tribunal.

El Tribunal sostiene entonces que el Acuerdo de Suscripción establece que “*La República Argentina acuerda que una sentencia firme... [contra sus bienes o recursos, promovida en relación con los títulos emitidos].. podrá ser ejecutada en las cortes acordadas [Corte estadual o federal del Estado de Nueva York, vecindario de Manhattan o Tribunales de la República Argentina] o en cualquier otra corte con jurisdicción sobre la República Argentina...” (el subrayado nos pertenece).*

El Tribunal concluye que tiene jurisdicción para otorgar las medidas cautelares fruto del lenguaje expreso en el Acuerdo de Suscripción al considerarse una de “cualquier otra corte” y que la sentencia que se pretende ejecutar consiste en un “contrato” entre partes, bajo el derecho común, que permite al Fondo de Inversión incitar su jurisdicción[9].

(b) La inmunidad de la Argentina y su eventual renuncia.

Argentina argumentó que es un estado soberano y, como tal, inmune a la jurisdicción del Tribunal. No hubo discusión acerca del carácter soberano de Argentina y de su consecuente derecho a inmunidad.

El Tribunal analizó entonces que la primigenia regla de absoluta inmunidad de los estados fue cediendo paso en el derecho común a la excepción que se plantea cuando la naturaleza de la actividad de dicho estado es comercial. Asimismo, señala que restricciones similares fueron tomando cuerpo en códigos y leyes, mencionándose en particular la *State Immunity Act 1978*[10] de Gran Bretaña y la *Foreign Sovereign Immunity Act of 1976*[11] (en adelante, “FISA”).

Al amparo de estos conceptos y de doctrina particular asevera que los estados pueden renunciar a su inmunidad a través de pactos expresos. Se pregunta entonces si Argentina renunció en forma

expresa a su inmunidad, en el doble aspecto que interesa al caso, es decir, inmunidad respecto de su legitimación pasiva y respecto de la ejecución de la sentencia que se dicte en consecuencia.

Nuevamente, el Tribunal recurre a la interpretación del Acuerdo de Suscripción. Afirma que Argentina renunció en el mismo a su inmunidad en forma expresa. En refuerzo de su tesis, cita párrafos completos de la Sentencia Británica en la cual los jueces Lord Phillips P. y Lord Collins SCJ analizaron exactamente el mismo tema y concluyeron que *“Los títulos contienen una prórroga a los tribunales de Gran Bretaña; Argentina consintió en forma clara que una sentencia firme respecto de los títulos... sería ejecutable en otra corte en donde se pudiera promover la acción de ejecución ...”*. *“Esto conlleva una renuncia a la inmunidad y un acuerdo expreso que la sentencia obtenida en los tribunales de Nueva York puede ser ejecutada en una corte extranjera con jurisdicción a tal fin...”*.

Ahora bien, el Tribunal va un paso más allá y concluye que *“... siendo que este tema fue resuelto respecto de las mismas partes por un tribunal competente, la discusión acerca de la renuncia de la inmunidad es cosa juzgada y Argentina está impedida de litigar nuevamente este aspecto de la cuestión”*.

Concluye entonces que Argentina renunció a su inmunidad a partir del Acuerdo de Suscripción, y que tanto el contenido de la Sentencia Británica como el carácter de cosa juzgada del *thema decidendum*, convencen al Tribunal de que el Fondo de Inversión promovió su jurisdicción en debida forma.

(c)El status de “buque militar” de la Fragata Libertad y su eventual inmunidad ante el reclamo de terceros.

Tanto las partes como el Tribunal coincidieron en el carácter de “buque militar” de la Fragata Libertad conforme el art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y por ende su naturaleza de “propiedad militar” de la Argentina.

Argentina argumentó que:

- o la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2004), (no ratificada aún ni por Argentina ni por Ghana, y sin haber entrado en vigencia al presente), y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[12], impiden que la propiedad militar de los países sea materia de restricciones o embargo;
- o el mismo principio es reconocido por la costumbre en el derecho internacional; y
- o en la traba de embargos propiciada ante la corte que dictó la Sentencia Americana y, en consecuencia de ella, ésta expresamente excluyó a la propiedad militar del país como materia de embargo, no obstante la renuncia a la inmunidad formulada.

En respuesta a estas premisas el Fondo de Inversión argumentó que:

- o los cuerpos legales citados por Argentina reconocen tanto la inmunidad de la propiedad militar como la posibilidad de que la misma sea renunciada;
- o la inmunidad fue renunciada por Argentina en el Acuerdo de Suscripción; y
- o la exclusión de la propiedad militar de la orden de embargo promovida por la corte que dictó la Sentencia Americana no obliga al Tribunal, atento que se sustenta en la FISA, ley que tiene una validez territorial limitada a los EE.UU.

Ante las posiciones encontradas de las partes, el Tribunal planteó las premisas a evacuar:

¿Recepta la costumbre en el derecho internacional la inmunidad de proceso de los buques militares?

¿Puede tal inmunidad ser renunciada?

¿Cómo se instrumenta dicha renuncia?

¿Renunció Argentina a dicha inmunidad?

Ante la primera pregunta formulada, el Tribunal sostiene que mientras no hay una costumbre claramente establecida respecto de la inmunidad de buques militares, las opiniones a favor de dicha premisa son mayoritarias.

El Tribunal continúa el desarrollo de su opinión indicando que está convencido de que la inmunidad puede ser renunciada. Es más, trae a colación los artículos 18 y 19 de la convención de 2004 ya citada, donde dicha renuncia puede perfeccionarse (a) cuando el Estado haya consentido expresamente la adopción de tales medidas en los términos indicados: (i) por acuerdo internacional; (ii) por un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito; o (iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o (b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.

Ahora bien, ante el argumento de inmutabilidad de la inmunidad efectuado por Argentina, el Tribunal señala que fue el propio país quien al reestructurar su deuda externa mediante la emisión de títulos en Junio de 2005, incluyó expresamente limitaciones respecto de su propiedad militar en los documentos pertinentes. No lo hubiera hecho de estar convencida que la regla es la inmutabilidad de la inmunidad respecto de dicha propiedad.

Finalmente, el Tribunal nuevamente trae a colación el texto de los Bonos y cita a Lord Collins en parte de la Sentencia Británica quien describe que la disposición pertinente es "*la renuncia a inmunidad más clara*" que podría haber formulado Argentina.

Ahora bien, a poco de llegar a la conclusión de su decisión, el Tribunal toma en consideración la argumentación efectuada por Argentina. Ésta argumenta que los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica donde se dictó la Sentencia Americana no reconocen la posibilidad de sujetar a embargo propiedad militar. El Tribunal está de acuerdo con dicha premisa. Sin embargo, señala que Argentina no alcanza a reconocer que la disposición en el Acuerdo de Suscripción que señala el parámetro de embargabilidad de su propiedad está limitado a la ley de la jurisdicción en cuestión (que llama ley municipal), cuando expresa que "*...la República en forma irrevocable acuerda no reclamar y en forma irrevocable renuncia a dicha inmunidad con el alcance permitido por las leyes de dicha jurisdicción*".

Por ello, expresa que "*... si bajo la ley de EE.UU. no está permitido embargar propiedad militar, la ley de EE.UU. no es la ley de Ghana*".

De hecho, señala que los EE.UU. tienen bajo el mentado régimen legal específico de la FISA la prohibición expresa de detención de bienes o propiedad utilizada en actividades militares, o de naturaleza militar o bajo el control de una autoridad militar o agencia de defensa.

Sin embargo, concluye que no conoce un régimen legal similar en Ghana. El más próximo es aquel señalado por el art. 392 de la *Ghana Shipping Act* en relación con inmunidad otorgada a buques en tareas de salvamento, lo cual no aplica al caso de la Fragata Libertad.

V. Conclusión.

Habiendo examinado la totalidad de los argumentos vertidos por ambas partes, y luego de la lectura del Acuerdo de Suscripción, el Tribunal concluye que Argentina renunció a la inmunidad respecto de la Fragata Libertad en el Acuerdo de Suscripción, en términos claros y precisos, y en modo reconocido por el derecho internacional.

En su decisión de 24 páginas, el Tribunal, finaliza su análisis expresando que "*No hay bases suficientes expuestas por Argentina para desestimar la sentencia del tribunal de fecha 2 de octubre de 2012. La misma concede a Argentina la posibilidad de prestar una contracautela de forma tal de permitir al buque su partida. La moción queda rechazada*".

En suma, Argentina enfrenta ahora la disyuntiva de apelar la medida cautelar por ante la Corte de Apelaciones, y, eventualmente, ante la Corte Suprema de Justicia de Ghana, negociar una salida extrajudicial que resulte en el desistimiento de la acción incoada por el Fondo de Inversión o una transacción judicial (aunque la confidencialidad del acuerdo en este caso trascendería públicamente), o requerir la solución del diferendo conforme los términos de tratados internacionales, probablemente al amparo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

El tiempo juzgará qué tan acertada resulta la labor de los abogados que representan a la Argentina en la resolución de este diferendo, con el deseo, de quien esta nota suscribe, que el viento vuelva a henchir las velas de la Fragata Libertad en breve!

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

[1] Texto de la constitución de Ghana:
http://www.judicial.gov.gh/constitution/second_schedule/home.htm

[2] Central Intelligence Agency. *The World Factbook* (Libro de los Hechos).
<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html>

[3] Información disponible en:
<http://population-statistics.com/wg.php?x=&men=gcis&lng=es&des=wg&geo=-1&srt=pnan&col=dq&msz=1500&sbj=pg&geo=-85>

[4] Sitio web oficial del Banco (Central) de Ghana: <http://www.bog.gov.gh/>

[5] Sitio web oficial de la República de Ghana: <http://www.ghana.gov.gh/>

[6] Sitio web oficial del World Economic Forum: <http://www.weforum.org/reports>.

[7] Sitio web oficial de Transparency International: <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/>

[8] Texto disponible en: <http://ghanalegal.com/?id=3&law=116&t=ghana-laws>

[9] El texto de la disposición del Acuerdo de Suscripción que repetidamente se menciona a lo largo del fallo reza, en su parte pertinente:

“The Republic of Argentina has in the Fiscal Agency Agreement irrevocably submitted to the jurisdiction of any New York State or Federal Court sitting in the borough of Manhattan, the City of

New York and the Courts of the Republic of Argentina (“the specified courts”) over any suit, action or proceeding against it or its properties assets or revenues with respect to the securities of this series or the fiscal Agency Agreement (“a Related Proceeding”) except with respect to any actions brought under the United States Federal security laws. The Republic of Argentina has in the Fiscal Agency Agreement waived any objection to the Related Proceedings in such courts whether on the grounds of venue, residence or domicile or on the ground that the Related Proceedings have been brought in an inconvenient forum. The Republic of Argentina agrees that a final non-appealable judgment in any such Related Proceeding (i.e. “Related Judgment”) shall be conclusive and binding upon it and may be enforced in any specified Court or in any other courts to the jurisdiction of which the Republic is or may be subject (“the other courts” by a suit upon such a judgment...”).

“To the extent that the Republic or any of its revenues, assets or properties shall be entitled, in any jurisdiction in which any specified court is located, in which any related proceeding may at any time be brought against it or any of its revenues, assets or properties or in any jurisdiction in which any specified court or other court is located in which any suit action or proceedings may at any time be brought solely for the purpose of enforcing or executing any Related Judgment, to any immunity from suit from the jurisdiction of any such court, from set off from attachment prior to judgment, from attachment in aid of execution of judgment, from execution of a judgment or from any other legal or judicial process or remedy and to the extent that in any such jurisdiction there shall be attributed such and immunity, the Republic has irrevocably waived such immunity to the fullest extent permitted by the laws of such jurisdiction...”.

[10] Texto disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>

[11] Texto disponible en: <http://uscode.house.gov/download/pls/28C97.txt>

[12] Textos completos de ambos cuerpos legales disponibles en:

<http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/57.html>

<http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/125.html>

Citar: eDial DC197D

Publicado el: 22/10/2012

copyright © 2012 Editorial Albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina