

# Embargo de bienes de extranjeros en los Estados Unidos

Mark A. Cymrot, Thomas O. Gorman y Teresa A. Scott\*

## INTRODUCCION

Hoy en día, muchos países deben todavía afrontar la amenaza de ser demandados por asuntos relativos a sus políticas de deuda externa. Una serie de acciones judiciales interpuestas por acreedores en contra de los gobiernos, bancos centrales o entidades públicas de Costa Rica, Jamaica, Guatemala, El Congo y otros países han sido litigadas en las cortes norteamericanas. Estas acciones judiciales constituyen una amenaza a la estrategia diseñada por un país con respecto a su deuda externa si es que el acreedor embarga o distorsiona el comercio del país demandado.

El presente artículo examina uno de los aspectos de esta amenaza potencial, es decir, las acciones de embargo que disponen los acreedores en los Estados Unidos. Este trabajo a su vez, analiza las normas que regulan los embargos, así como también las protecciones especiales contenidas en la Foreign Sovereign Immunities Act en favor de los Estados extranjeros, entidades estatales y bancos centrales.

## I. PROCEDIMIENTOS DE EMBARGO

Un embargo es la incautación de la propiedad a través de las cortes de los Estados Unidos, con el propósito de asegurar bienes que puedan satisfacer el interés pecuniario declarado en una sentencia. Una orden de embargo puede ser expedida en cualquier momento después que la demanda haya sido interpuesta, ya sea antes ("prejudgment") o después ("postjudgment") de la sentencia. Si el embargo se

materializa, los demandados pueden encontrar congeladas sus propiedades, cuentas bancarias, propiedad inmueble, transporte de carga comercial, así como ver paralizadas numerosas operaciones comerciales de carácter internacional.

La propiedad objeto de embargo incluye a todos los bienes de la compañía extranjera que no estén protegidos por la FSIA. Por ejemplo, si un demandado extranjero es propietario de bienes que han sido enviados a los Estados Unidos, éstos pueden ser embargados. Si el pago es debido por un comprador en los Estados Unidos, el derecho a recibir dicho pago puede ser embargado.

La base o el procedimiento para trabar un embargo está regulado por la ley del Estado donde se encuentran ubicados los bienes. Por ejemplo, de acuerdo con la ley de Nueva York, el embargo se perfecciona cuando se presenta el recurso para una orden de embargo. El acreedor no está obligado a notificar al deudor sobre este recurso. En vista que el deudor puede no ser notificado, es posible que la corte no esté al tanto de las posibles defensas hasta después que se haya ejecutado el embargo.

A fin de obtener la orden de embargo, el demandante por lo general debe demostrar lo siguiente: a) que está solicitando daños monetarios, b) que el demandado no es residente, o que éste haya retirado o esté listo para retirar bienes fuera de la jurisdicción a fin de defraudar a sus acreedores, c) que probablemente tendrá éxito en los méritos de la demanda y d) que el monto materia del embargo exceda todas las reconveniones interpuestas al demandante. Estos

\* Los doctores Cymrot y Gorman son socios de Cole Corette & Abrutyn, Estudio de Abogados y Corporación Profesional ubicada en Washington, D.C., la cual representa a la República del Perú en las acciones judiciales recientemente interpuestas por bancos comerciales en cuatro países. Los autores se especializan en representar a extranjeros en disputas comerciales de carácter internacional y nacional. Recientemente, los doctores Cymrot y Gorman lograron que un jurado emitiese un veredicto de US \$197.1 millones por concepto de daños en el caso de **Minpeco S.A. v. Nelson Bunker Hunt et al.**, probando con ello, que los demandados habían manipulado los precios de la plata en 1979 y 1980. Teresa A. Scott es una asociada en el Estudio de Abogados.

requisitos son típicos en las legislaciones de muchos Estados de los Estados Unidos.

Muchos Estados de los Estados Unidos también requieren que los acreedores que solicitan trabar embargos antes de la sentencia otorguen una garantía, por lo general en la forma de un bono, cuyo monto es usualmente fijado por la corte. En el caso que la sentencia se declare infundada o que la corte posteriormente determine que el embargo fue erróneo, el deudor puede solicitar a la corte la reparación de los daños, incluyendo el reembolso de una cantidad razonable por honorarios profesionales. Los fondos para pagar los daños pueden provenir del bono efectuado por el acreedor. Este requisito no constituye un incentivo financiero para el acreedor que solicita el embargo.

Si el demandado busca dejar sin efecto el embargo, el demandante tiene la carga de la prueba de demostrar la base para el embargo, la necesidad de continuar con el mismo y la probabilidad que el demandante pueda salir victorioso en el litigio. Este procedimiento obliga al demandante a demostrar ante la corte su derecho a continuar con el embargo.

El embargo puede también ser levantado si el demandado entrega una garantía para pagar cualquier fallo que pueda ser dado en favor del demandante. Usualmente, esto también requiere del otorgamiento de un bono por el monto de los daños solicitados por el demandante. Si el demandado escoge este camino, éste asegura que los bienes en los Estados Unidos estén libres para su uso normal durante el tiempo que la demanda se encuentre pendiente. No obstante, cuando el demandado extranjero es insolvente, un bono satisfará al acreedor recalcitrante que presentó la demanda al proveerle a dicho acreedor una fuente de pago si es que éste obtiene una sentencia favorable. Los acreedores menos agresivos que no han interpuesto acciones judiciales pueden no recibir el pago tan prontamente.

A fin de analizar el riesgo de un embargo, un país debe revisar la naturaleza de sus activos en los Estados Unidos así como la estructura de sus operaciones con compañías norteamericanas. Una consideración clave en esta revisión es tomar en cuenta la Foreign Sovereign Immunities Act, la cual limita los bienes que pueden estar sujetos a embargo bajo las leyes estatales de embargo de los Estados Unidos.

## II. FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT

La Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA o "Ley") señala que los Estados extranjeros y sus entidades son inmunes de ser demandados en las cortes de los Estados Unidos, excepto si las actividades del

Estado extranjero se encuentran comprendidas dentro de una de las excepciones establecidas en la Ley. Los requisitos de la Ley limitan el ámbito tan amplio de las leyes estatales de embargos de los Estados Unidos.

### A. Cómo calificar para la Inmunidad de la FSIA

Para gozar de la protección de la FSIA, el demandado extranjero debe primero demostrar que se encuentra dentro de la definición legal de "Estado extranjero". Generalmente, la FSIA define el concepto de "Estado extranjero" como un gobierno extranjero o una agencia o entidad de gobierno. Una agencia o entidad de un Estado extranjero "puede asumir una variedad de formas, incluyendo la de una corporación comercial del Estado, una empresa minera, una compañía de transporte ya sea, marítima o aérea, una compañía de acero, un banco central, una asociación de exportadores, una agencia gubernamental de adquisiciones, o un departamento o ministerio que actúa en nombre propio y que a su vez puede ser demandado bajo su nombre propio."<sup>1</sup>

### B. Excepciones a la Inmunidad Soberana

Mientras que los Estados extranjeros, por lo general, gozan de inmunidad de ser demandados, la FSIA contiene una serie de excepciones a esta inmunidad general. En el ámbito de la deuda externa existen dos excepciones muy importantes: (1) la excepción a las actividades comerciales y (2) la renuncia a la inmunidad soberana.

#### 1. Actividad Soberana vs. Comercial

Generalmente, los Estados extranjeros y sus entidades son inmunes de ser demandados cuando ejecutan actividades "soberanas". No obstante, éstos se encuentran sujetos a la posibilidad de ser demandados por sus actividades "comerciales". Si la actividad de un Estado extranjero es catalogada como comercial, éste no goza de inmunidad contra acciones judiciales por reclamos provenientes de tal actividad. Por lo tanto, la distinción entre actividad soberana y comercial es decisiva en el esquema de inmunidad contenido en la FSIA.

La distinción entre actividades soberanas y comerciales no ha sido claramente definida en la legislación norteamericana. Si una actividad es soberana o comercial, en primera instancia se determina considerando la *naturaleza* de la actividad y no el propósito de la misma. Bajo el examen de la "persona privada", el cual es utilizado con frecuencia, si la actividad es una que la persona privada puede realizar entonces la actividad es comercial y no está sujeta a inmunidad.

1. H.R. Rep. #1487, 94th Cong. 2nd Session 15-16.

Por ejemplo, cuando el gobierno de Nigeria incumplió con pagar por la compra de cemento, las partes norteamericanas alegaron en la corte que Nigeria había incumplido el contrato. Nigeria, por otro lado, sostuvo que en vista que el cemento fue adquirido para construir carreteras, barracas del ejército y otros fines similares, la FSIA protegía con inmunidad a Nigeria así como también a su banco central de ser demandados en los Estados Unidos. Las cortes de los Estados Unidos no estuvieron de acuerdo, encontrando que Nigeria simplemente suscribió contratos privados para la compra de bienes, los cuales constituían operaciones que no eran propias de Estados soberanos. La naturaleza comercial de la actividad no varió no obstante que el cemento sería utilizado para un propósito soberano.

En contraste, actividades que son propias de un soberano están protegidas bajo la FSIA. Las cortes norteamericanas han considerado como actividades soberanas, la nacionalización de la propiedad ubicada en un Estado extranjero, la regulación de los recursos naturales de un país, la participación en programas de asistencia extranjera, entrenamiento de personal militar y el mantenimiento de oficinas diplomáticas.

## **2. Renuncia a la Inmunidad Soberana**

Los Estados extranjeros son libres de renunciar a su inmunidad de ser demandados. A pesar que un Estado extranjero puede realizar actividades estrictamente soberanas éste puede renunciar implícita o expresamente a su inmunidad. La mayoría de cláusulas en los préstamos comerciales contienen lenguaje de renuncia, lo que permite a los bancos demandar en los Estados Unidos. Debe tomarse en cuenta que la suscripción de un contrato de por sí, no constituye una renuncia a dicha inmunidad.

## **C. Las normas de embargo contenidas en la FSIA**

Aún cuando un Estado extranjero fuera demandado en los Estados Unidos, la FSIA limita los bienes que pueden ser embargados. La FSIA otorga inmunidad absoluta contra el embargo trabado antes o después de la sentencia respecto de los bienes del soberano, mientras que los bienes comerciales del mismo pueden ser embargados.

### **1. Bienes Soberanos vs. Comerciales**

Nuevamente, la distinción entre bienes soberanos y comerciales no está claramente definida en la legislación norteamericana. Por ejemplo, embajadas y cancellerías, generalmente no están sujetas a embargo. De esta manera, cuando un acreedor solicitó embargar el edificio usado exclusivamente para vivienda de los miembros de la misión de la República Democrática Alemana y sus familias, una corte en los Estados Unidos sostuvo que esa propiedad era inmune de embargo. Igualmente, fondos desembolsados

a un Estado extranjero por organizaciones internacionales tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial se encuentran, a su vez, protegidos.

## **2. Cuentas Mixtas**

Los Estados extranjeros y sus entidades arriesgan perder la inmunidad que les confiere la FSIA cuando mezclan bienes comerciales con soberanos. A pesar que los bienes de propiedad de las embajadas no están generalmente sujetos a embargo, una corte federal en el Distrito de Columbia sostuvo que la cuenta bancaria de la Embajada de Tanzania no estaba inmune de embargo porque no era utilizada exclusivamente para propósitos de carácter público. Esta cuenta era usada para pagar los salarios del personal de la embajada, así como para pagar las compras y servicios necesarios e incidentales de las operaciones de la embajada, los cuales sostuvo la corte, eran de naturaleza comercial.

Sin embargo, otra corte rehusó permitir el embargo de la cuenta bancaria de la Embajada de Liberia. La corte determinó que los fondos utilizados para actividades comerciales eran sólo "incidentales" o "auxiliares" al carácter esencial de la cuenta. Dadas estas decisiones opuestas, los Estados extranjeros deben asegurar que los bienes utilizados para actividades gubernamentales se encuentren separados de aquellos utilizados para actividades comerciales.

## **3. Reglas de Embargos Antes y Después de la Sentencia**

Reconociendo los efectos devastadores que los embargos pueden tener sobre un Estado extranjero, la FSIA generalmente no permite los embargos antes de la sentencia aún cuando los bienes sean comerciales. La FSIA permite embargos antes de la sentencia contra los bienes comerciales de un Estado extranjero, sólo si el Estado extranjero ha renunciado explícitamente a su inmunidad contra dicho embargo y el propósito del embargo es solamente asegurar la ejecución de un fallo esperado. El embargo no puede ser utilizado a efectos de obtener jurisdicción sobre un Estado extranjero. La misma regla se aplica para las entidades de propiedad del Estado.

Las reglas del embargo a ser trabado después de la sentencia son más liberales que las reglas del embargo a ser trabado antes de la sentencia. El embargo después de la sentencia está permitido sobre los bienes comerciales no sólo cuando el Estado extranjero ha renunciado a su inmunidad sino también cuando la propiedad ha sido utilizada para una actividad comercial en la que se basa la demanda.

Para los bancos y compañías de propiedad del Estado, la regla de embargos después de la sentencia es aún más amplia. Esta clase de embargo puede ser ejecutado contra cualquier activo de esas entida-

des que haya sido utilizado para propósitos comerciales. No está limitado a bienes comerciales que ocasionaron el reclamo en la demanda. Así, si el agente comprador de propiedad del Estado extranjero tiene una oficina en los Estados Unidos, las cuentas bancarias de esa oficina pueden ser embargadas a fin de satisfacer el fallo judicial que surgiera por cualquier operación comercial de la compañía.

#### D. Bancos Centrales

La distorsión inherente al procedimiento de embargo se multiplica e intensifica cuando la parte extranjera es un Banco Central. Los Estados Unidos han reconocido que la disponibilidad de trabar embargos después de la sentencia contra fondos del banco central pueden ser dañinos tanto para el país deudor así como para el sistema bancario de los Estados Unidos. Anthony M. Solomon, mientras estuvo a cargo de la presidencia del Banco Federal de Reserva de Nueva York sostuvo que:

Si a los bancos centrales extranjeros les llegara la preocupación de que sus bienes en los Estados Unidos se encuentran sujetos a embargo por litigantes privados, podrían retirar sus activos en dólares de este país desestabilizando por tanto el dólar y el sistema monetario internacional<sup>2</sup>

El Congreso de los Estados Unidos ha reconocido esta amenaza potencial a la economía de los Estados Unidos, al otorgar una protección adicional a los bancos centrales contra embargos. La FSIA expresamente menciona que los fondos de los bancos centrales son inmunes contra embargos y ejecución, si es que los fondos son mantenidos para la **propia cuenta** del banco central salvo que el banco central o su gobierno extranjero haya renunciado a su inmunidad contra el **"embargo en ayuda para la ejecución de sentencia o de ejecución."**

Dos interrogantes surgen al determinar la inmunidad de las cuentas de los bancos centrales: si los fondos son mantenidos para la propia cuenta del banco central y si los fondos del banco central son absolutamente inmunes contra embargos antes de la sentencia.

##### 1. Fondos Propios de un Banco Central

La interrogante de si un activo es mantenido para la propia cuenta del banco central es fundamental para determinar que tipo de inmunidades contra embargos goza un banco central. Si los fondos en una cuenta del banco central son mantenidos para propósitos comerciales (en contraposición a los fondos

mantenidos para su propia cuenta), éstos no están sujetos a la protección especial que la FSIA confiere a los bancos centrales. Por el contrario, los fondos pueden ser embargados bajo las mismas circunstancias que los bienes comerciales de los Estados.

El Congreso en sus audiencias sobre la FSIA pronunció la interrogante de si los fondos eran mantenidos para una cuenta propia de los bancos centrales. En estas audiencias, el Congreso indicó que los fondos utilizados para financiar operaciones comerciales de otros no calificarían como fondos del banco central. Por ende, los fondos depositados en un banco de los Estados Unidos como una facilidad de pago para otras agencias gubernamentales podrían constituir fondos comerciales en vez de fondos del banco central.

Hasta la fecha, pocas cortes han opinado si un activo de un banco central constituye un bien comercial. Hoy en día al analizar un embargo, las cortes toman en consideración el carácter particular de los fondos que han sido embargados.

Por ejemplo, en un caso, una compañía suiza presentó una demanda por varios pagarés impagos que el Banco Central de Guatemala había garantizado y obtuvo una orden de embargo contra las cuentas de dicho Banco Central en Nueva York. El Banco Central accionó para levantar el embargo argumentando que los fondos que habían sido embargados eran mantenidos para la cuenta propia del Banco Central y que estos fondos no estaban avalando las garantías. A pesar que el Banco Central había otorgado una garantía sobre una operación comercial, la corte levantó el embargo, indicando que los fondos particulares mantenidos en los Estados Unidos no estaban siendo utilizados para propósitos comerciales sino que eran mantenidos solamente para la propia cuenta del Banco Central.

Otra corte sostuvo que cuando un banco central otorga cartas de crédito, éste podría participar en actividades comerciales, lo cual no permitiría una decisión que los fondos utilizados para avalar la carta de crédito sean inmunes de embargo. Adicionalmente, si los fondos de los bancos centrales son utilizados para propósitos mixtos, la cuenta en su totalidad podría perder la inmunidad.

Por lo tanto, los bancos centrales deben actuar con cautela a fin de evitar que sus fondos sean clasificados como comerciales. De ser así, una renuncia a la inmunidad contra el embargo antes de la sentencia podría exponer a todo el sistema bancario del soberano al desastre potencial de un embargo.

##### 2. Inmunidad Absoluta Contra Embargos Antes de la Sentencia

2. Banco Compafina vs. Banco de Guatemala, 583 F. Supp. 320, 321 (S.D.N.Y. 1984).

La segunda cuestión es si el banco central puede renunciar a la inmunidad contra el embargo antes de la sentencia. Los escolásticos están en desacuerdo sobre si la omisión del Congreso en la sección de inmunidad de Bancos Centrales respecto de embargos antes de la sentencia fue inadvertida o adrede. Algunos comentaristas han argumentado que el Congreso buscó proteger los fondos de los bancos centrales del drástico proceso de trabar embargos antes de la sentencia porque el Congreso reconocía la importancia de los fondos de bancos centrales en la economía de los Estados Unidos. Otros, han argumentado que no hay ninguna razón de por qué un banco central debe estar prohibido de renunciar a la inmunidad contra el embargo antes de la sentencia, ya que los bancos centrales están libres de renunciar a su inmunidad contra el embargo después de la sentencia de acuerdo con otras secciones de la FSIA.

Una corte distrital ha adoptado la posición de aquéllos que apoyan la inmunidad absoluta. Esta corte concluyó que la FSIA no permite a los bancos centrales renunciar a su inmunidad contra el embargo antes de la sentencia. No obstante, la decisión de una corte distrital en los Estados Unidos no posee una base sólida para concluir que los bancos centrales gocen de inmunidad absoluta contra el embargo antes de la sentencia. Esto significa que éstos no pueden renunciar a su inmunidad contra dicho tipo de embargo. No obstante lo expuesto, en la ausencia de inmunidad absoluta los bancos centrales continúan gozando de inmunidad contra el embargo antes de la

sentencia mientras no exista una renuncia **expresa** a la inmunidad.

## CONCLUSION

Generalmente, el embargo es una medida drástica. Sin embargo, constituye una verdadera amenaza en el ámbito de la deuda externa. Muchas cortes estatales permiten los embargos de bienes de los no residentes a fin de asegurar que los bienes estén disponibles cuando se expida la sentencia.

La Foreign Sovereign Immunities Act limita el poder de las cortes de ordenar embargos. Generalmente, los Estados extranjeros son inmunes a ser demandados. Sin embargo, la FSIA permite que se interpongan demandas contra los Estados extranjeros cuando éstos han realizado una actividad comercial o renunciado a su inmunidad soberana. Cuando es permitido interponer una acción judicial, el poder de las cortes de ordenar un embargo se limita a los bienes comerciales de los Estados extranjeros. Los bienes de los Bancos Centrales están aún más protegidos.

Un cuidadoso análisis de la clase de bienes que los Estados extranjeros mantienen en los Estados Unidos así como de la estructura de sus operaciones en dicho país determinará el grado de riesgo del embargo.

Febrero 21, 1991