

## COLUMNA DE OPINIÓN

### Inconstitucionalidad por encarnizamiento legislativo

POR MARIO A. MIDÓN

Cuando se predica universalmente, al menos en el plano teórico, que toda norma conlleva la realización de un determinado valor, parece inviable en la versión de un Estado de Derecho Constitucional contemporáneo referir, como lo hacemos en el caso, a un supuesto de inconstitucionalidad por encarnizamiento legislativo.

Y, para que no quepan dudas del significado que la expresión comporta, nos valemos de ella en su más pura acepción, mentando a la acción de quien en su comportamiento se muestra cruel con otro.

El lector puede suponer, tras la lectura de estas primeras líneas, que la nota de ferocidad apuntada nos lleva a tratar alguna institución penal rediviva, de aquellas que hicieron historia por su despiadada fiereza.

No es así. El tema que nos convoca se enmarca en el rubro legal conocido como Seguridad Social —paradójicamente vigente en nuestro derecho bajo el ostentoso nombre de ley de solidaridad previsional 24.463 (Adla, LV-C, 2913)— uno de cuyos preceptos termina de ser declarado inconstitucional por el tribunal de la cumbre al sentenciar en "Itzcovich Mabel c. ANSES s/ reajustes varios" (LA LEY, 2005/04/01, p. 5).

Entonces, la pregunta obligada pasa por saber: ¿qué puede tener de brutal, inhumano o monstruoso un instrumento legal como el identificado?

Lo recordamos. La ley en cuestión, dictada en 1995 ante los requerimientos de aquél ministro que sugirió a nuestros investigadores oficial de lavaplatos, había creado a través de su art. 19 una tercera instancia ordinaria obligatoria que debía tramitar ante la Cor-

(Continúa en página siguiente)

## ¿SON EMBARGABLES LOS BONOS DE LOS ACREEDORES QUE ACEPTARON LA PROPUESTA ARGENTINA?

POR JOSÉ I. GARCÍA HAMILTON (H.), RODRIGO OLIVARES CAMINAL Y OCTAVIO ZENARRUZA

SUMARIO: I. Introducción. — II. Antecedentes del Canje. — III. NML Ltd. contra la República Argentina en los Tribunales de Nueva York. — IV. Fundamentos de la apelación. — V. Conclusión.

### I. Introducción

Durante los últimos meses, las cuestiones más relevantes de la reestructuración de la deuda argentina soberana giraban en torno al valor actual de los bonos en *default*, valor presente de los nuevos bonos y, con mayor relevancia, el grado de aceptación de los bonistas a la propuesta argentina. Sin embargo, desde fines de marzo pasado, cuestiones legales vuelven a estar entre las prioridades del proceso de canje complicando, o al menos posponiendo, las fechas de implementación del mismo.

Recientemente uno de los acreedores que no participó del canje de deuda trabó un embargo sobre US\$7000 millones en bonos de aquellos acreedores que sí decidieron participar en el canje y entregaron sus bonos al Banco de Nueva York en su carácter de Agente Fiduciario y Agente de Pago (1).

Al respecto, realizaremos una breve reseña de los antecedentes del canje en donde anali-

zaremos el marco normativo de la operatoria. Luego analizaremos el juicio entablado contra la República Argentina por *NML Capital Ltd.* (en adelante NML), el acreedor que no participó del canje de deuda y pudo trabar un embargo cuyo levantamiento fue resuelto, pero se encuentra en suspenso hasta que la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de Norteamérica (Cámara de Apelaciones) resuelva la apelación interpuesta contra su levantamiento. Finalmente, analizaremos los posibles argumentos que serán ventilados en la Cámara de Apelaciones al respecto, con el afán de poder explicar un tema de inminente actualidad y suma importancia para el resultado final del canje de deuda.

### II. Antecedentes del Canje

El dec. 1735/2004 (Adla, LXV-A, 137) dispuso la reestructuración de la deuda del Estado Nacional mediante una operación de canje nacional e internacional de títulos representativos de deuda pública, por nuevos instru-

mentos representativos de deuda. La operación de canje fue llevada a cabo entre el 14 de enero y el 25 de febrero del 2005, con un resultado de 76.17% de aceptación del monto elegible total (aproximadamente US\$62.300 millones).

La República Argentina canjeó ciento cincuenta y dos series de bonos sujetos a ocho legislaciones diferentes por un monto elegible agregado (que representa el valor nominal e intereses vencidos e impagos) de aproximadamente US\$ 81.800 millones (los "Títulos Elegibles") (2), por un total de once series de Títulos Par, Títulos Cuasipar y Títulos Discount (en conjunto los "Títulos Nuevos") y cinco series de Unidades Ligadas al producto bruto interno (PBI) (3).

El período de liquidación (4) de la oferta de canje estaba estipulado para comenzar el 1º de abril de 2005 y se extendería por un plazo de 7 días hábiles posteriores al comienzo del mismo (5). En dicho período se iban a

(Continúa en pág. 2) ►

### NOTAS

**Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).**

(1) Conforme se establece en el dec. 1911/2004 (Adla, LXIV-A, 153) y en el Contrato de Agente de Cambio del 17 de diciembre del 2004.

(2) Los títulos elegibles se encuentran enumerados en el Anexo A (p. 128) del Suplemento de Prospecto del 27 de diciembre del 2004 que fuera publicado como Anexo I de la res. 20 del Ministerio de Economía de fecha 13 de enero del 2005. Cabe

destacar que ley 25.827 (Adla, LXIV-A, 44) en su art. 60 establece cuáles son los instrumentos de deuda que se encuentran exceptuados del canje. En pocas palabras, la deuda excluida del canje es aquella emitida con posterioridad al 31/12/2001 y la deuda de los Organismos Financieros Internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, etc.).

(3) Ver el comunicado de prensa del Ministerio de Economía de fecha 18 de marzo del 2005 titula-

do "La Argentina Anuncia el Resultado Exitoso de la Oferta de Canje"

(4) Es el período establecido en el Prospecto, en el cual Argentina planeaba canjear los bonos en default por los nuevos bonos a ser emitidos.

(5) Suplemento de Prospecto del 27 de diciembre del 2004, p. 10, publicado como Anexo I de la res. 20 del Ministerio de Economía de fecha 13 de enero del 2005.

## COLUMNA DE OPINION

Inconstitucionalidad por encarnizamiento legislativo  
Por Mario A. Midón.....1

## DOCTRINA

¿Son embargables los bonos de los acreedores que aceptaron la propuesta argentina?  
Por José I. García Hamilton (h.), Rodrigo Olivares Caminal y Octavio Zenarruza .....1

## NOTA A FALLO

Los indultos que no fueron  
Por Calogero Pizzolo .....4

## JURISPRUDENCIA

INDULTO/ Imposibilidad de que recaiga sobre sujetos no condenados sin violar la Constitución — Hechos no susceptibles de indulto — DERE-

CHOS HUMANOS — Obligación internacional de perseguir y sancionar los crímenes de lesa humanidad — Tratados internacionales sobre la materia con jerarquía constitucional — CONSTITUCION NACIONAL — Declaración de inconstitucionalidad — Decretos 1002/89 y 2746/90 — DIVISION DE PODERES — Alcance de las facultades de indultar que tiene el Ejecutivo — COSA JUZGADA — Materia criminal — PROCESO DE REORGANIZACION NACIONAL (CNFed. Crim. y Correc.).....4

CONTRATO DE TRABAJO/ Remuneración — Gente de mar — Serenos de buque — Desde la fecha del sorteo — "Puesta a disposición" — Artículo 103 de la ley de contrato de trabajo (CNTrab.).....6

## SUPLEMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

El dinero de curso legal. Antecedentes históricos. La experiencia de la suspensión de la convertibilidad en la Argentina del siglo XIX.  
Por Roberto Cortés Conde

Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo "Espósito" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).  
Por Guillermo J. Yacobucci

A propósito de los actos consentidos.  
Por Estela B. Sacristán

"Total Austral": límites y potestades tributarias provinciales sobre los recursos naturales marítimos.  
Por Alejo Toranzo

La convalidación del canje de la deuda pública regida por ley argentina en el caso "Galli".  
Por María Angélica Gelli.

Aspectos del debate electoral a la luz del Pacto de Costa Rica.  
Por Augusto M. Morello y Germán González Campaña

Control abstracto y concreto: aciertos y dudas en el cerco local al remedio federal.  
Por Fernando M. Machado Pelloni

Cuando la aplicación efectiva del derecho ambiental se traza en aras del logro del desarrollo sostenible.  
Por Eduardo Pablo Jiménez

"Un día en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". A propósito del Programa de Pasantías del Tribunal.  
Por Lisandro E. Fastman

## COLUMNA DE OPINIÓN

## Inconstitucionalidad ...

(Viene de página anterior)

te Suprema de Justicia, contra los pronunciamientos de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

En abstracto, parece que la creación de un nuevo ámbito de reexamen jurisdiccional no podría ser visto sino como un fresco garantista, el que antes que reducir las chances defensivas amplía el espectro del debido proceso adjetivo y sustantivo.

Empero, cuando ponemos los pies sobre la tierra y advertimos que la secuencia descripta se compadece con la realidad de nuestras vivencias, la abstracción se concreta en comunes desatinos que exhiben la figura de un Estado tapón.

Un Estado que no trepidó en la trampa y cayó en abierta procacidad al estipular, además, que las costas a devengarse por esa instancia imperativa lo serían por su orden, como también que las sentencias condenatorias deben cumplirse dentro de noventa días, sólo en la medida que exista presupuesto para ello. Por si todo fuera poco, agotadas las partidas destinadas a satisfacer beneficios declarados por la jurisdicción, dispuso se suspendiera la ampliación de aquellas sentencias pendientes de pago.

Con esa patente de impunidad que el poder estila entre nosotros, no fue casualidad que la "brillante" iniciativa de aquel ministro de Economía fuera votada por un Congreso cautivo y promulgada por un Ejecutivo irresponsable allá por 1995. Por eso, de allí en más, la representación abogadil de nuestra Nación se valió sistemáticamente del nocivo recurso para obstruir la concesión de beneficios previsionales acordados por la justicia, con las consecuencias que hacen notar los ministros Petrachi, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay, con la sola disidencia de Belluscio, quien estuvo conteste en desestimar el recurso, mas no en declarar la inconstitucionalidad del citado art. 19.

En nuestros usos y costumbres políticos, un arbitrio rayano con el desparpajo y la falta de vergüenza cívica de muchos detentadores es el que —so capa de postergar la asunción de los problemas de hoy— deriva su resolución al porvenir. No importa cómo, sólo interesa que con esa metodología el conflicto desaparece temporalmente, aunque en el campo de esta encubierta hostilidad queden diseminadas las víctimas del estropicio.

Esa evasión de responsabilidades suele vestirse con liviana como ceñida indumentaria oficial, pero tan frágil en su textura que no resiste el menor de los análisis y se aniquila en toda su extensión cuando es sometida a la criba de la razón.

Así, en oportunidad de dictarse la ley 24.463, se justificó el contenido del art. 19, alegando que una tercera instancia daría mayor certeza a determinaciones que comprometían el erario público. La endeblez de la afirmación, "a contrario sensu", dejaba sin suficiente cobertura a las innumerables decisiones estatales que no contaron con la intervención de la Corte, ¡¡¡ aserción que por rebuscada y falsa nació para vivir autodescalificada!!!

Sin embargo, aquel discurso, ya juridizado, permitió que durante diez años, amparado en la sinrazón de una norma que se preciaba de ser emitida para acordar seriedad y certeza a decisiones previsionales, nuestros gobernantes se refugiaron en tan abominable dogma.

Durante ese lapso, aquellos que debieron esperar y los que todavía aguardan la deci-

(Continúa en página siguiente)

(Viene de pág. 1) ►

emitir los títulos de deuda que se detallan en el siguiente cuadro:

Títulos a ser Emitidos como Resultado del Canje <sup>1</sup>		
Tipo de Título	Capital Total	Desagregado por Moneda
Títulos Par	US\$ 15.000 millones	US\$ 5.300 millones (bajo ley de Nueva York)
		US\$ 1.300 millones (bajo ley Argentina)
		• 5.100 millones
		AR\$ 5.400 millones
		¥ 21.000 millones
Títulos Cuasi-Par	AR\$ 24.300 millones (US\$ 8.300 millones)	---
Títulos Discount	US\$ 11.900 millones	US\$ 3.100 millones (bajo ley de Nueva York)
		US\$ 600 millones (bajo ley Argentina)
		• 2.300 millones
		AR\$ 15.600 millones
		¥ 5.800 millones
Unidades Ligadas al PBI	US\$ 62.300 millones <sup>2</sup>	US\$ 14.500 millones (bajo ley de Nueva York)
		US\$ 2.900 millones (bajo ley Argentina)
		• 11.900 millones
		AR\$ 86.400 millones
		¥ 38.400 millones

Debido al embargo otorgado a favor de NML, la República Argentina decidió postergar —hasta la resolución de la Cámara de Apelaciones— el proceso de liquidación de la oferta de canje.

### III. NML Ltd. contra la República Argentina en los Tribunales de Nueva York

#### III.1. Aspectos Generales

NML inició dos acciones contra la República Argentina que aún se encuentran pendientes de resolución (6). Ambas son por incumplimiento contractual de la obligación de pago, y daños derivados del incumplimiento.

#### Juicios iniciados por NML:

**Primer Juicio (7):** Iniciado el 7 de noviembre del 2003 por el incumplimiento en el pago de:

(i) Los Bonos Globales 12% emitidos por Argentina, cuyo vencimiento se producía el 1° de febrero del 2020. NML es titular de Bonos Globales 12% por un total de US\$ 60.244.000. Un 92% de este monto fue adquirido por NML o sus afiliadas antes del 29 de noviembre del 2001 a un promedio de 55% de su valor nominal (8).

(ii) Los Bonos Globales 10,25% emitidos por Argentina, cuyo vencimiento se producía el 21 de julio del 2030. NML es titular de Bonos Globales 10,25% por un total de US\$ 11.909.000. Cabe destacar que más de un 97% de este monto fue adquirido por NML o sus afiliadas antes

#### NOTAS

(6) NML Capital Ltd. v. The Republic of Argentina, 03 Civ. 8845 (SDNY) (TPG); y, NML Capital Ltd. v. The Republic of Argentina 05 Civ. 2434 (SDNY) (TPG).

(7) 03 Civ. 8845 (SDNY) (TPG).

(8) La fecha en que fueron adquiridos los bonos puede ser interpretada como una presunción a favor del acreedor al momento de considerar si violó el artículo 489 de la Ley de la Magistratura del Estado de Nueva York, que prohíbe la compra de un bono: "con la intención y con el objeto de iniciar una acción". Basado en los fundamentos del fallo de segunda instancia del caso Elliott Assoc. v. Banco de la Nación (194 F.3d 363 (2d Cir. 1999)), que cuando un bono se compra con la intención de cobrarlo, aunque sea a través de una demanda judicial no se viola el artículo 489 de la Ley de la Magistratura del Estado de Nueva York, si el bono no es voluntariamente pagado. La Corte sostuvo que el inversor no violaba ninguna norma, ya que su objeto primordial era el cobro de la deuda y no el litigar. La decisión de reclamar el cobro judicial es un efecto derivado del incumplimiento del pago. En el caso Elliot la decisión de litigar se produce luego que el deudor decide no pagar.

del 28 de noviembre del 2001 a un promedio de 62% de su valor nominal (9).

En el marco de este proceso, NML había obtenido un embargo inaudita parte sobre ciertos bienes diplomáticos y militares de la República Argentina en Washington DC y Maryland. Embargo que luego fuera levantado y dejado sin efecto.

**Segundo Juicio (10):** Iniciado el 28 de febrero del 2005 por el incumplimiento en el pago de 'Floating Rate Accrual Notes' o 'FRANs' emitidos por Argentina, cuyo vencimiento se producía el 10 de abril del 2005. NML es titular de FRANs por un total de US\$ 32.000.000.

El monto total adeudado a NML en concepto de capital e intereses actualizados asciende a la suma de US\$ 239.489.067,92 por el primer juicio y de US\$ 121.576.649,92 por el segundo. El monto total de ambos juicios es US\$ 361.065.717,84.

#### III.2. Solicitud de Embargo

Tal como mencionáramos precedentemente, los juicios citados aún no han sido resueltos. Sin embargo, el acreedor solicitó una medida precautoria preventiva a fin de resguardar sus intereses, y una vez que se dicte sentencia, que el recupero de su acreencia no se torne ilusorio.

Al solicitar la medida precautoria, NML argumentó que la misma Corte interviniente ya había otorgado un *summary judgement* (11)

(9) Idem nota 9.

(10) 05 Civ. 2434 (SDNY) (TPG)

(11) El "summary judgement" es un tipo de juicio con prueba muy limitada. El actor debe demostrar que la evidencia claramente establece los hechos y que por ellos debe obtener una sentencia favorable. El quid de este tipo de proceso es la evidencia y no la demanda, contestación o alegatos (ver G. HAZARD, Jr. y TARUFFO, M., "American Civil Procedure: An Introduction", Yale University Press, New Haven, 1993, p. 113).

(12) 2003 WL 1878420.

(13) 2003 WL 22110745.

(14) 2003 WL 22743762.

(15) NML basó su argumentación en un artículo periodístico que fuera publicado por REBOSSIO, Alejandro, "El Gobierno se Protege de los Embargos", La Nación, febrero 5, 2004.

(16) Conforme CPLR § 6201, 6211 y 6212(a)

(17) El art. 6201 de las Leyes y Reglas de la Práctica Civil del Estado de Nueva York (CPLR § 6201)

en los autos *Lightwater Corporation Ltd. Old Castle Holdings Ltd. y Macrotecnic Internacional Corp.* (12); *EM Ltd.* (13); y en *Allan Apples-tein TTEE FBO DCA* (14). En todos esos casos, el Juzgado determinó que: (i) la obligación de pago de la República era incondicionada; (ii) se ha dispensado la inmunidad soberana; y (iii) Argentina ha entrado en *default* cuando dejó de pagar los intereses. Por ello, NML argumentó que existen elementos que permiten presuponer que existe suficiente mérito en la causa para solicitar la medida preventiva.

Asimismo, NML argumentó que el Gobierno argentino estaría realizando todo lo que está a su alcance para evitar los embargos en el extranjero desde antes del *default*. Entre otros ejemplos, argumentó que se retiraron reservas del Banco Central (BCRA) que estaban depositadas en bancos de Nueva York; se repatriaron fondos del Banco Nación que estaban en su sucursal neoyorquina; se abonaron los sueldos de funcionarios en el exterior con depósitos en la Argentina o con envíos en las denominadas valijas diplomáticas; el avión presidencial evita los aterrizajes en países donde los tenedores de bonos han pedido embargos; la Fragata Libertad también esquiva ciertos puertos; o, el Ministerio de Economía les paga en la Argentina a los tenedores extranjeros de Boden (15).

Conforme a la Regla N° 64 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (EE.UU.), un tribunal puede otorgar un embargo preventivo de acuerdo a las circunstancias y conforme a las leyes del Estado en donde se encuentra situado el tribunal, en este caso, el Estado de Nueva York. Bajo la ley de ese Estado, se puede solicitar un embargo preventivo si se dan los siguientes supuestos (16): (i) que se trate de un reclamo pecuniario; (ii) que la acción tenga mérito suficiente; (iii) que existan uno o más de los elementos enumerados en el art. 6201 de las Leyes y Reglas de la Práctica Civil del Estado de Nueva York (CPLR § 6201) (17); y, (iv) que el monto reclamado exceda el monto total de reconversiones de la demanda contra el acreedor.

El tribunal interviniente en el pedido de embargo de NML entendió que se daban los cuatro supuestos. Por ello, el 21 de marzo del 2005 se decretó un embargo por US\$ 7000 millones, sobre los bonos entregados por acreedores que aceptaron los términos de la reestructuración de la deuda argentina. Esos bonos se encuentran depositados en el Banco de Nueva York. Se llega a ese monto, en el entendimiento que para poder hacer efectivo el cobro de su total acreencia, NML debe vender los títulos en *default* en el mercado secundario (18). Según una estimación de los abogados de NML, de venderse los títulos a un 30% de su valor nominal —el precio actual de esos títulos— se necesitarían US\$ 1.200 millones para satisfacer su crédito.

en sus cinco incisos estipula que: (1) el demandado no sea residente o sea una sociedad extranjera que no esté habilitada para realizar negocios dentro del Estado; (2) el demandado resida o este domiciliado en el Estado pero que no pueda ser notificado pese a esfuerzos diligentes; (3) el demandado, con intención de defraudar a sus acreedores o frustrar la ejecución de una sentencia en su contra, haya cedido, dispuesto, gravado, ocultado o removido bienes del Estado [de Nueva York] o esté por realizar cualquiera de estos actos; (4) la acción sea iniciada por víctima de un crimen o su representante, contra la persona acusada de cometer dicho crimen e intente un resarcimiento que este expresamente prohibido por ley; y, (5) la causa de la acción se base en una sentencia, decreto u orden de una corte de los Estados Unidos o de cualquier otra corte que sea reconocida por el Estado [de Nueva York] o que califique para ser reconocida.

(18) Se entiende por mercados secundarios a aquellos en los que se negocian activos financieros ya colocados, permitiendo dotar de liquidez a las inversiones y eventualmente lograr una desinversión. Ver PAOLANTONIO, M., "Operaciones Financieras Internacionales", Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 15.

## COLUMNA DE OPINIÓN

## Inconstitucionalidad ...

(Viene de página anterior)

sión final de la tercera instancia, fueron y son víctimas de encarnizamiento legislativo. Es que al postergarse el otorgamiento de beneficios que el art. 14 bis y tratados con jerarquía constitucional reconocen a todos los habitantes de la Nación, experimentaron y sufren injustificada saña frente a la oprobiosa crueldad de un Estado en el que sus gobiernos, queriendo escapar del presente se quedaron anclados en las mentiras del pasado.

A ninguno de los que tuvo potestad para impedir o poner coto a los efectos de la ley se le ocurrió pensar que detrás de cada expediente hay un ser humano, de carne y hueso. El que, huelga recordarlo, es en lenguaje del derecho un "justiciable" a quien la ley mayor le garantizaba lo que la ley ordinaria frustró: el derecho de propiedad, la garantía del debido proceso, la tutela de los principios de igualdad y razonabilidad, etc.

Por ello, rescatamos como positivo que esta sentencia de la Corte tome partido en defensa del valor justicia, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463. Consigue así, no sólo dar a cada uno su derecho. También, es promisorio que el tribunal de tribunales empiece a archivar, sentencias mediante, aquellas prácticas poco republicanas que han hecho escuela en el país.

Considerando que el valor en el mercado secundario puede disminuir, los abogados de NML solicitaron una ampliación del monto a US\$ 7000 millones, que fue aceptado por la corte. Los US\$ 7000 millones de bonos embargados alcanzarían a cubrir la acreencia de NML aún a un valor de esos bonos de un 5% de su valor nominal.

## III.3. Levantamiento del embargo y otras medidas cautelares. Efecto suspensivo

Con posterioridad a la traba del embargo, el Juez interviniente (Thomas Griesa) convocó a una audiencia para el 29 de marzo del 2005, ya que consideraba que la Argentina había aportado suficientes elementos como para cuestionar la validez del embargo. Participaron de la audiencia otros acreedores que se habían sumado al embargo decretado o que habían obtenido otras medidas precautorias a su favor, como medidas de no innovar. Entre otros, estuvieron presentes los acreedores de la Argentina: Lightwater Corporation Limited, Old Castle Holdings, Ltd., Allen, D.C.A. Grantor Trust, Pedro Kalbermann, Scott R. Farris y Vathani Emmanuel and Glencore Ltd.

Todas las partes intervinientes en la citada audiencia tuvieron oportunidad de esgrimir sus consideraciones. Por su lado, el Juez resaltó que existen "méritos suficientes en los argumentos de ambas partes y también dificultades en los argumentos de ambas" (19). Finalmente, el Juez resolvió levantar el embargo y dejar sin efecto las medidas de no innovar decretadas.

Varios fueron los argumentos analizados para arribar a esa conclusión. En primer lugar, el Juez debió determinar quién ostentaba la propiedad de los bonos entregados al canje. Al respecto, el Juez entendió que los bonos son de propiedad de los bonistas que decidieron adherir a la reestructuración. Los bonos serían de propiedad de la República Argentina si se completaba el canje, tal como estaba previsto para el 1° de abril (20).

En virtud de lo cual lo que había sido embargado, de conformidad con la ley del Estado de Nueva York, es el derecho contractual de la Argentina de recibir los bonos al momento de liquidar la oferta.

En segundo lugar, las partes analizaron los plazos y revocabilidad de la aceptación de la oferta de canje por parte de los bonistas y la posterior aceptación de la Argentina al ofrecimiento de esos bonistas.

Al respecto, el suplemento del prospecto expresa que "[u]na vez que los Títulos Elegibles hayan sido ofrecidos en virtud de la Oferta, los tenedores oferentes no podrán retirar sus presentaciones, salvo en ciertas circunstancias limitadas (...)" (21). Previo a ello, entre los 'Factores de Riesgo' incluidos en el suplemento del prospecto, la Argentina advertía a los acreedores que: "(...) los tenedores deberán tener presente que las condiciones de la Oferta permiten a la Argentina terminar o prorrogar la Oferta, retirar o modificar la Oferta en una o más jurisdicciones, y rechazar ofrecimientos válidos de Títulos Elegibles, en cada caso a exclusivo criterio de la Argentina. (...) En consecuencia, no es posible asegurar que el canje de Títulos Elegibles por Títulos Nuevos en virtud de la Oferta será completado (en cualquier jurisdicción o en todas)" (22).

Sin embargo, el suplemento del prospecto expresamente establece que "[u]na vez que la Argentina haya anunciado la aceptación de los ofrecimientos ... la aceptación de la Argentina será irrevocable. Los ofrecimientos, así aceptados, constituirán obligaciones vinculantes de los tenedores oferentes y de la Argentina respecto de la liquidación del canje..." (23).

Teniendo presente la cantidad de juicios iniciados, si bien la Argentina no ha supeditado la aceptación de los ofrecimientos o la consumación de la oferta a ningún nivel mínimo de participación por los tenedores de Títulos Elegibles en el prospecto (24), expresamente advirtió que "... no es posible asegurar que se completará de conformidad con el calendario o las condiciones especificadas en este suplemento de prospecto" (25), haciendo referencia a los diferentes juicios que tramitan en su contra (26).

En síntesis, siguiendo el texto del prospecto, se puede argumentar que: (i) hasta que la Argentina realizara el anuncio de la aceptación de los ofrecimientos de los titulares de los bonos, a su sólo criterio, podía rechazar uno, varios o todos los ofrecimientos; (ii) el 18 de marzo del 2005, la República Argentina realizó el anuncio por medio del cual aceptaba la totalidad de las ofertas de canje realizadas por titulares de los Títulos Elegibles dándole carácter irrevocable a su aceptación; (iii) al aceptar el canje, la Argentina adquirió el derecho contractual (futuro) sobre los bonos que van a ser canjeados.

En la resolución del fallo, el Juez entendió que hay una obligación contractual de la Re-

pública Argentina de aceptar o rechazar los ofrecimientos y, ante el supuesto de aceptación, los bonos serían liquidados y pasarían a ser propiedad de la Argentina. En esta línea, el Juez sostuvo que una oferta de canje se basa en un 'canje', como su nombre lo indica y es por ello que la República Argentina tiene el derecho de cancelar los bonos sometidos al canje. Ergo, bajo la oferta de canje, la Argentina no sólo tiene derecho a recibir los bonos entregados sino también a su cancelación. Finalmente, el magistrado consideró que los embargantes no sólo no tienen facultades para cancelar los bonos sino además no tienen intención de hacerlo.

Otro de los puntos esgrimidos por Griesa en la audiencia fue que existe un derecho contractual de cancelación de los bonos entregados a Argentina; derecho que se vería afectado en caso de mantenerse los embargos. Este derecho de cancelación de los bonos entregados, es —según el Juez— una de las condiciones esenciales del proceso de reestructuración. Sin la cancelación de los bonos en *default* no podría llevarse a cabo la operación de canje de deuda, ya que faltaría uno de los elementos fundamentales del contrato de canje de deuda. Sin la posibilidad de realizar el canje, ergo, todo el proceso de reestructuración iniciado por Argentina se vería imposibilitado de continuar. Por ello, el Juez determinó que el incumplimiento de un elemento esencial del contrato de canje, hace inexistente el contrato en sí, por lo que la reestructuración carece de posibilidad de continuar.

Asimismo, el representante legal de la República Argentina manifestó que de seguirse adelante con el embargo, la oferta de canje de deuda no se llevaría a cabo.

Por ello, es que Griesa decidió dejar sin efecto el embargo, para permitir el derecho contractual y esencial del contrato de canje, que es la cancelación de los bonos en *default* entregados.

## III.4. Apelación de la decisión de Griesa

La decisión de Griesa de levantar el embargo fue apelada por, entre otros, el apoderado del fondo EM Limited ("EM"). El representante, presente en la audiencia, explicó que si se levantaba el embargo y se dejaban sin efecto las medidas de no innovar, se llevaría a cabo la oferta de canje y se cancelarían los bonos. Ante esta situación no habría oportunidad alguna para revertir la situación ante una eventual apelación.

Por ello solicitó que —en base al § 7(b)(1) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil— se mantenga el *statu quo* anterior a la audiencia, hasta tanto la Cámara de Apelaciones resolviera la apelación. El Juez de Primera Instancia dio curso a esta solicitud ordenando el levantamiento del embargo con efecto suspensivo hasta que la Corte de Apelaciones resolviera la apelación.

## IV. Fundamentos de la apelación

## IV.1. Propiedad de los Bonos

Como se mencionara con anterioridad el Juez Griesa entendió que la propiedad de los bonos en *default* no pertenecía a la Argentina, por cuanto ésta sólo mantenía un derecho contractual a canjear y cancelar los bonos. El representante de EM en su apelación refuta los

argumentos mencionados señalando entre otras cosas que es de sustancial importancia determinar cuál es el "momento efectivo" en el que se transfiere la propiedad de los bonos entregados por los tenedores participantes del canje a la Argentina.

Argentina sostiene que la transferencia se da en forma simultánea e instantánea con la liquidación y que, como máximo, la Argentina adquirirá la propiedad de los bonos por sólo un "nanosegundo" antes de completar la cancelación de los bonos.

Por el contrario, EM argumenta que la transferencia y cancelación de los bonos ocurrirá en dos etapas distintas. En una primera etapa se transferirá la propiedad a Argentina, aun cuando dicha transferencia sólo tenga la duración de un "nanosegundo". Sólo en una segunda etapa Argentina procederá a cancelar los bonos en *default*. Es decir, Argentina tendría, conforme a esta interpretación, para sí la propiedad de los bonos en *default* al menos por un "nanosegundo", instante en el cual los bonos al ser propiedad de Argentina podrían ser embargados conforme los términos del artículo 5201(b) del Código de Procedimiento Civil del Estado de Nueva York.

## IV.2. Bonos como un derecho futuro

EM sostiene que aun cuando se entendiese que la propiedad de los bonos permanece y permanecerá en cabeza de los bonistas, aún después de la liquidación. Agrega que resulta incuestionable que exista un "derecho futuro" de Argentina sobre los bonos en *default*, que tiene como causa al "contrato de canje" celebrado entre Argentina y los tenedores aceptantes de la oferta de reestructuración.

A partir de este "contrato de canje" emergería el derecho futuro de Argentina sobre los bonos en *default* entregados, derecho que de conformidad con la legislación del estado de Nueva York, constituye un derecho susceptible de ser embargado. La ley procesal del Estado de Nueva York (27) entiende que "es embargable toda propiedad que pueda ser transferida o cedida, ya sea que consista en derechos presentes o futuros, incluso si aún no hubiesen quedado consolidados." (28).

Según EM, Argentina tendría un derecho contractual de recibir los bonos en *default* de los tenedores aceptantes del canje, o sea, un derecho futuro. Por lo tanto aun cuando se entendiese que los bonos no son de propiedad de Argentina, es indudable que sí pertenece a la Argentina el derecho futuro a recibir esos bonos.

Continúa EM sosteniendo que ese derecho futuro tiene un incuestionable valor económico, ya que los bonos continúan cotizándose en el mercado secundario donde pueden ser comercializados. La incertidumbre se centra en la determinación de su valor actual, circunstancia que sólo podrá ser determinada una vez que los bonos sean vendidos.

Argentina rechaza esa idea sosteniendo que ese derecho futuro no tiene un valor económico. Esto, por cuanto los bonos que han sido objeto del embargo no constituyen activos, ni son de propiedad de Argentina. Por el contrario son un pasivo de la Argentina, y como tal, su naturaleza misma impide que sean objeto de embargo. Debido a que los bonos en de-

(Continúa en pág. 4) ►

## NOTAS

(19) Ver 2005 U.S. Dist. LEXIS 5387.

(20) Idem nota 20.

(21) Suplemento de Prospecto del 27 de diciembre del 2004, p. 39, publicado como Anexo I de la res. 20 del Ministerio de Economía de fecha 13 de enero del 2005.

(22) Suplemento de Prospecto del 27 de diciembre del 2004, p. 38, publicado como Anexo I de la res. 20 del Ministerio de Economía de fecha 13 de enero del 2005.

(23) Suplemento de Prospecto del 27 de diciembre del 2004, p. 58, publicado como Anexo I de la res. 20 del Ministerio de Economía de fecha 13 de enero del 2005.

(24) Suplemento de Prospecto del 27 de diciembre del 2004, p. 58, publicado como Anexo I de la res. 20 del Ministerio de Economía de fecha 13 de enero del 2005.

(25) Suplemento de Prospecto del 27 de diciembre del 2004, p. 38, publicado como Anexo I de la res. del Ministerio de Economía de fecha 13 de enero del 2005.

(26) "La Argentina podría estar sujeta a medidas iniciadas por acreedores rebeldes con el propósito de obtener una prohibición judicial respecto de la consumación de la Oferta o impedir de otro modo que la misma se lleve a cabo. ... No es posible asegurar que un tribunal no adoptará medidas tendientes a prohibir, impedir o retrasar la Oferta ... que un acreedor no podrá interferir con los pagos efectuados en relación con la Oferta (incluidos los pagos adeudados por la Argentina tras liquidarse la Oferta) o, posteriormente, en virtud de los Títulos Nuevos, mediante un embargo de activos, una prohibición judi-

cial, una medida cautelar temporaria o de otro modo." (Suplemento de Prospecto del 27 de diciembre del 2004, p. 39-40, publicado como Anexo I de la res. 20 del Ministerio de Economía de fecha 13 de enero del 2005).

(27) Conforme mencionáramos es aplicable en virtud de ser la ley procesal del Estado donde tramitan los juicios que son objeto de este trabajo.

(28) El art. 5201(b) del Código de Procedimiento Civil del Estado de Nueva York.

(Viene de pág. 3) ►

*fault* continúan siendo pasivos de la Argentina y como tales aun después de ser canjeados, no pueden ser embargados por el principio que las deudas del deudor no pueden ser embargadas para satisfacer a sus acreedores.

En definitiva, según el criterio de los representantes argentinos, una deuda es un pasivo para el país y un activo para sus acreedores. Por ello, los bonos podrían ser objeto de embargo de los acreedores de los bonistas (por ejemplo, un acreedor de EM), pero no debería admitirse que sean embargados por los acreedores de Argentina, ya que de admitirse se estaría embargando un pasivo.

Argentina completó su argumento señalando que los embargantes tendrían derecho a colocarse en la misma posición que el país para ejercitar cualquier derecho que éste tuviese con respecto a los bonos entregados. Derecho que se limitará a la cancelación de los bonos, único derecho con que cuenta Argentina sobre los mismos.

#### IV.3. Cancelación de los bonos en default

Como expresáramos en párrafos anteriores, el juez Griesa sostuvo que el mantenimiento del embargo negaría la obligación contractual de cancelar los bonos en *default*, por entender que un elemento “esencial” o “fundamental” del contrato de canje entre Argentina y los bo-

nistas aceptantes, es la cancelación de los bonos entregados por parte del país.

El representante de EM sostiene que esta interpretación es errónea. Según el apelante, ni en el prospecto ni en ningún otro documento relativo a la reestructuración se establece que la cancelación es “esencial” y/o “fundamental”. Sostiene que la cancelación de los bonos no es ni el “objeto” del canje, ni una “condición” del mismo, tal como sostuvieran la Argentina y el juez Griesa. Por ello, la imposibilidad de cancelar ciertos bonos (los embargados) mal podría frustrar el objeto del canje o imposibilitar su cumplimiento.

El apoderado del apelante sostiene que la cancelación de los bonos entregados al Banco de Nueva York, no se encuentra expresamente mencionada como el objeto del canje de deuda. Tampoco puede ser inferida de un análisis de los términos del prospecto. Más aún, el objeto del canje —según el prospecto— es la reestructuración de la deuda exigible actualmente en *default* (29).

EM interpreta que los participantes del canje no tendrían expectativas en el porcentaje de aceptación de la oferta argentina. Así como la implementación del canje no se encuentra sujeta a un grado de aceptación. Por ello, la posible no cancelación de los US\$ 7000 millones en bonos de los acreedores aceptantes, no debería imposibilitar la terminación del canje de deuda.

La intención de EM es vender los bonos en el mercado secundario a los efectos de satisfacer sus créditos. El monto de US\$ 7000 millones corresponde a un 8,5% del total de deuda en *default*, por ello, en el caso de mantenerse el embargo, simplemente bajaría el porcentaje de bonos a canjear de un 76% a un 67,5%.

Como nada en el prospecto u otros documentos imposibilita a la Argentina a llevar adelante el canje con un grado de aceptación del 67,5%, la cancelación de los US\$ 7000 millones en bonos no puede ser considerada un objeto esencial del canje, según la interpretación del apelante.

Asimismo, el apelante sostiene que la cancelación tampoco puede ser considerada como una condición del canje. Nada en el prospecto u otros documentos de la reestructuración sostienen la afirmación admitida por el juez Griesa. Según el apelante, Argentina, a través de las diversas audiencias mantenidas en los procesos judiciales, manifestó su “intención” de cancelar los bonos, más no su obligación o “condición” de cancelar los mismos.

Por último, EM sostiene que Argentina no puede alegar que el mantenimiento del embargo frustra el objeto del contrato de canje que, como señalara el Juez Griesa, no es otro que la cancelación de los bonos. Para que un elemento constituya una frustración esencial del objeto del contrato el mismo no puede ser causado por las propias acciones de dicha parte, como en este caso, la negativa a completar el canje de deuda. La frustración del objeto del contrato sólo puede ser causada por el acaecimiento de una acción previamente establecida en el contrato, o por la no ocurrencia de una acción, cuya consecuencia se encontraba prevista en ese contrato.

En esa línea, EM señala que la frustración del objeto del contrato de canje no se puede configurar por la mera afirmación de que el cumplimiento del contrato —con el embargo vigente— será económicamente más oneroso para Argentina.

#### V. Conclusión

Según lo establecido por la misma Cámara de Apelaciones, a partir del 25 de abril, la Cámara estaría en condiciones de dictar sentencia sobre la apelación presentada. Esa decisión podría ser postergada por unos días.

Es probable que por los argumentos jurídicos del juez Griesa y los representantes argentinos la Cámara confirme la sentencia de primera instancia. Asimismo, existirían algunos otros factores de política financiera internacional (como el grado de aceptación de la propuesta Argentina y los efectos que tendría para los mercados financieros la no liquidación del canje de mantenerse el embargo) que también podrían sopesar en la decisión judicial. Por otra parte, la Cámara podría encontrar en los argumentos de los apelantes elementos suficientes para revocar el fallo del Juez de Primera Instancia.

De ser confirmada la decisión de Griesa, Argentina realizaría la liquidación del proceso de canje, entregando al Banco de Nueva York y los demás agentes financieros los nuevos bonos, y cancelando los bonos en *default* recibidos. Por el contrario, si la decisión fuera revertida y se mantuviera el embargo, la Argentina tendría que optar por completar el canje con un porcentaje de bonos cancelados del 8,5% inferior al entregado —tornando más oneroso el canje—, o bien no continuar con la reestructuración de su deuda en *default*.

Lo que sí parece estar claro es que los abogados de los acreedores que no participaron del canje no cesarán en sus intentos jurídicos para lograr satisfacer los créditos impagos de sus clientes. ♦

#### NOTAS

(29) Suplemento de Prospecto del 27 de diciembre del 2004, ps. 11 y 47, publicado como Anexo I de la res. 20 del Ministerio de Economía de fecha 13 de enero del 2005.

## JURISPRUDENCIA

### INDULTO

**Imposibilidad de que recaiga sobre sujetos no condenados sin violar la Constitución — Hechos no susceptibles de indulto — DERECHOS HUMANOS — Obligación internacional de perseguir y sancionar los crímenes de lesa humanidad — Tratados internacionales sobre la materia con jerarquía constitucional — CONSTITUCION NACIONAL — Declaración de inconstitucionalidad —**

**Decretos 1002/89 y 2746/90 — DIVISION DE PODERES — Alcance de las facultades de indultar que tiene el Ejecutivo — COSA JUZGADA — Materia criminal — PROCESO DE REORGANIZACION NACIONAL**

*Véase en esta página, Nota a Fallo*

**Hechos:** La Cámara de Apelaciones, ratificando el criterio esgrimido por el juez de la instancia anterior, declaró la inconstitucionalidad

de los decretos 1002/89 y 2746/90, en cuanto indultan a personas sometidas a proceso por crímenes de lesa humanidad durante el Proceso de Reorganización Nacional, declarando que la prosecución de tales juicios, no obstante el sobreseimiento que los había beneficiado en el pasado, no atentaba contra ninguna garantía constitucional.

- Los hechos llevados a cabo en el contexto del sistema clandestino de represión im-

plementado por la dictadura militar entre los años 1976 y 1983 no son susceptibles de amnistía ni indulto sin avasallar la Constitución Nacional, pues quienes han ejercido la suma del poder público o facultades extraordinarias en los términos del art. 29 de la Constitución Nacional no pueden ser perdonados por una ley del Congreso ni un decreto presidencial sin transgredir el principio de supremacía constitucional -art. 30, Carta Magna-, al haber

### NOTA A FALLO

#### LOS INDULTOS QUE NO FUERON

POR CALOGERO PIZZOLO

*“¿Qué debemos pensar cuando el príncipe concede perdón, esto es, la seguridad pública a un particular, y que con un acto privado de mal entendida beneficencia forma un decreto de impunidad?”*  
Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, (cap. 46)

**SUMARIO: I. Los antecedentes del caso. — II. Cuestiones sobre las cuales resolver. — III. La atribución presidencial del artículo 99.5 (Constitución Nacional): el indulto a procesados. — IV. La suma del poder público y la “traición a la patria”. — V. Bloque de Constitucionalidad Federal: el indulto frente a la obligación de investigar y el derecho a la verdad. — VI. La desaparición forzada de personas como “una violación múltiple y continuada”: oposición de la cosa juzgada en el derecho interno.**

#### I. Los antecedentes del caso

Llegan las actuaciones, objeto de estudio, a conocimiento del Tribunal de alzada en virtud de los recursos de apelación interpuestos por las defensas de los imputados. A través de la decisión apelada se hizo lugar al *planteo* de inconstitucionalidad de los decretos de indulto 1002/89 y 2746/90 (Adla, XLIX-C, 2525; LI-A, 310). Mediante los citados decretos se indultó a más de cincuenta militares que estaban siendo investigados en distintas causas por la comisión de *crímenes de lesa humanidad*.

#### NOTAS

**Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).**

(1) En minoría y a favor del control de constitucionalidad de oficio se manifestaron los jueces Cattani y Costa.

(2) El Tribunal hizo lugar a la solicitud, nuevamente con el voto disidente de los jueces Cattani y Costa.

(\*) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista “Antecedentes Parlamentarios”, t. 2003-B, p. 1459.

concreto de parte (1). Una situación similar tuvo lugar tras el dictado del dec. 2746/90. El representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa solicitaron el sobreseimiento definitivo del imputado en virtud de tal decisión presidencial (2).

Tanto los citados decretos de indulto como la ley 23.492 (Punto Final) y la ley 23.521 (Obediencia Debida) (Adla, XLVII-A, 192; XLVII-B, 1548), *paralizaron* la investigación que se formaliza en las actuaciones que comentamos.

Luego de la sanción de la ley 25.779 (Adla, LXIII-E, 3843) (\*) —por la que se declararon insanablemente nulas las leyes de impunidad señaladas— el Tribunal decidió reabrir el trámite de las actuaciones. Con posterioridad a dicha reapertura se formularon los planteos de inconstitucionalidad de los decretos de indulto.

#### II. Cuestiones sobre las cuales resolver

Según surge de las actuaciones las cuestiones de fondo a resolver pueden ser resumidas en los siguientes interrogantes: a) procede el indulto (cfr. art. 99.5, Constitución Nacional —en adelante CN—) sólo frente a *condenados* con sentencia firme, o bien se puede extender dicha prerrogativa a los *procesados*; b) la naturaleza de los hechos involucrados en la causa permiten el indulto de sus

presuntos responsables, esto es, se trata de una facultad presidencial ilimitada o que reconoce límites materiales propios; c) en relación con lo anterior, que compatibilidad mantiene la prerrogativa constitucional del indulto con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino; y d) que sucede con la “cosa juzgada” en el derecho interno frente al reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos como fuente directa y primaria de nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación acercamos al debate algunos comentarios sobre las cuestiones planteadas.

#### III. La atribución presidencial del artículo 99.5 (Constitución Nacional): el indulto a procesados

La citada norma constitucional confiere al Presidente de la Nación la atribución de “*indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados*” (3). El indulto es un acto de clara naturaleza política. Como se lee, ante todo el delito indultado o conmutado debe tratarse de un delito sujeto a la *jurisdicción federal* (4). Ello para evitar la intromisión del poder central en los asuntos locales donde las respectivas constituciones provinciales confieren similar atribución a los go-

de Pedro de Angelis de 1852, en el proyecto de Alberdi, agregado a la segunda edición de las “Bases”, que es el que cuajó en 1853.

(4) También, según nuestro derecho judicial, puede ser aplicado el indulto o la conmutación de penas, respecto de

(3) Esta atribución se halla incluida en todos los ensayos constitucionales patrios: en el proyecto de constitución redactado por la comisión especial designada en 1812, en el proyecto de la Sociedad Patriótica, en el Estatuto Provisional de 1815, en el Reglamento Provisorio de 1817, en la Constitución de 1819 (secc. IIIa., cap. III, art. LXXXIX), en el proyecto