

CÓMO EVITAR LA TRAMPA GLOBAL: TRASPASAR LOS LÍMITES NACIONALES PARA ACCEDER A LOS ACTIVOS EXTRANJEROS DE LOS DEUDORES

RESUMEN

El nivel actual de globalización presenta un entorno en el que los actores extranjeros están participando en el mercado afianzador y exigiendo fianzas para garantizar sus obligaciones con los beneficiarios. En ese contexto, al suscribir una fianza, las compañías de seguros enfrentan un riesgo adicional, que es perder el acceso a los principales activos del garante en caso de incumplimiento. Este es el motivo por el cual es importante analizar en forma especial los sistemas legales de los países extranjeros y las herramientas de que dispone el derecho internacional privado para mitigar el riesgo financiero. Mediante un enfoque casuístico las compañías de seguros pueden diseñar la mejor estrategia para mitigar los riesgos utilizando una combinación de cláusulas contractuales y garantías que ayudarán a ahorrar tiempo y recursos a fin de obtener el reembolso de sus siniestros.

1. CÓMO ENCARAR EL PROBLEMA

Debido a que la globalización hizo posible la actual expansión de los mercados, las compañías transnacionales han establecido sus negocios en todo el mundo en busca de mejores oportunidades y menores costos. En ese contexto, Brasil y otros países de América Latina han recibido una avalancha de actores extranjeros interesados en consolidar sus intercambios con nuestras compañías y al mismo tiempo participar en los procesos de licitación que se están desarrollando, en especial a la luz de la necesidad de mejorar las infraestructuras nacionales.

Si tenemos en cuenta que la fianza es una de las principales herramientas para asegurar y ayudar a la financiación de proyectos y contratos de importancia fundamental para esos países, las compañías de seguros enfrentan el desafío de analizar la solidez financiera de las compañías extranjeras para determinar su máxima capacidad cuando actúan en calidad de afianzados y garantes de las fianzas a ser emitidas. Aunque existen normas financieras internacionales para posibilitar esta tarea, los profesionales que realizan este análisis siempre tienen una inquietud: aunque la compañía extranjera tenga capital e ingresos suficientes para respaldar los riesgos que toma, ¿podrá el asegurador acceder a esos recursos en caso de incumplimiento si la mayor parte de ellos está ubicada en el exterior?

2. COMENTARIOS SOBRE EL NEGOCIO AFIANZADOR Y SUS INCUMPLIMIENTOS

2.1. Marco del mercado afianzador

Como lo ha recalcado la literatura existente, la estructura de la fianza tiene tres relaciones legales diferenciadas, que son el afianzado, la aseguradora, y el beneficiario. Los derechos y obligaciones de la aseguradora para con el afianzado por lo general están establecidos en

un convenio de indemnización, mientras que aquéllos entre la aseguradora y el beneficiario están establecidos en la póliza.

La principal obligación que emana de la póliza es que la aseguradora deberá indemnizar al beneficiario si el afianzado no cumple sus obligaciones contractuales. Por otra parte, el convenio de indemnización establece que una vez que la aseguradora paga un siniestro puede recurrir al afianzado para obtener el reembolso del monto pagado y de los honorarios en que haya incurrido, según deja sentado Gladimir Adriani Poletto “*el contrato denominado Condiciones Generales del Contrato se caracteriza por dos objetivos diferentes: el primero es regir los derechos y obligaciones del afianzado y la aseguradora [...], y el segundo es otorgar garantías para proteger a la aseguradora en caso de incumplimiento*”¹. Sin embargo, en el mercado brasileño el convenio de indemnización va todavía más allá del reembolso e incluye también cláusulas relativas a la prima adeudada por el afianzado y el derecho a cobrarla.

Por esas razones, cuando las compañías de seguros suscriben fianzas deben tener en cuenta no solo las estadísticas actuariales de siniestralidad sino también la tríada Capacidad, Competencia y Carácter que define João Gilberto Possiede. La primera se refiere a la capacidad de pago financiera y económica del afianzado, la segunda comprende su capacidad técnica y su *know-how* para cumplir con el contrato, y la última se relaciona con la confiabilidad del afianzado².

Para cumplir con estos requisitos y ayudar a blindar a las aseguradoras contra riesgos de incumplimiento, la mayor parte de las compañías de América Latina piden garantías adicionales cuando emiten fianzas. Las aseguradoras brasileñas con frecuencia les piden a sus afianzados que presenten garantes de sus convenios de indemnización y las compañías de otros países de la región generalmente utilizan pagarés. Estas medidas de seguridad personales se piden a los accionistas, los miembros de grupos económicos o consorcios, las casas matrices o hasta a un tercero que tenga una mejor situación financiera. Carlos Hoyos Elizalde dice: “*Otra situación en la que es muy normal la solicitud de contragarantías, es el caso de las empresas de tamaño mediano y pequeño que tienen como accionista único o principal a otra empresa, ésta sí de tamaño y solvencia importante. Cuando el solicitante no reúne al cien por cien las condiciones de solvencia que pide el asegurador, es normal que éste requiera la contragarantía de la empresa matriz*”³.

El objetivo de nuestro estudio es analizar cómo ejecutar esas medidas de seguridad personales en caso de que se produzca un incumplimiento y el garante principal de las obligaciones sea una compañía extranjera, una situación común desde que las corporaciones transnacionales comenzaron a establecer sus sucursales y operar en la región.

¹ POLETTI, Gladimir Adriani: *O Seguro Garantia: em busca de sua natureza jurídica*. Cadernos de Seguro – Teses. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2003, 58.

² POSSIEDE, João Gilberto: *Seguro Garantia: Os três C*. En: *Cadernos de Seguro Coletânea*. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2001, 2: 32-33.

³ ELIZALDE, Carlos Hoyos: *El Seguro de Caución*. Madrid: Fundación Mapfre, 2012, 169.

2.2. *Incumplimiento con el pago de primas*

La primera obligación asumida por el afianzado en la relación de la fianza es pagar la prima respectiva por la fianza emitida. A diferencia de la consecuencia habitual del incumplimiento en otros tipos de seguros, la falta de pago de la prima no libera al asegurador de sus obligaciones hacia el beneficiario.

En consecuencia, aunque la compañía de seguros no obtenga ninguna ganancia de la emisión de la fianza, su capacidad y exposición al riesgo seguirán comprometidas hasta el vencimiento de la póliza. Por esa razón, es de suma importancia restablecer rápidamente los pronósticos financieros de esa fianza mediante la cobranza de la prima a los garantes.

Como mencioné antes, en Brasil la herramienta que se usa para recuperar la prima del afianzado o sus garantes es el convenio de indemnización. Por lo general este convenio no puede ser ejecutado en forma directa en el tribunal debido a la falta de determinación del plazo y del monto adeudado. No obstante, cuando se trata de cobrar la prima existe una excepción, el Artículo 27 del Decreto-Ley N° 73/1966 establece que es posible reclamar la deuda mediante un proceso de ejecución.

Lamentablemente, cuando se trata de afianzados y garantes extranjeros ese procedimiento no es muy útil ya que la mayor parte de sus activos está ubicada fuera de la jurisdicción del país. Por lo tanto, la aseguradora nuevamente deberá apelar a una sentencia declarativa, y luego reconocer y ejecutar la sentencia en la jurisdicción del deudor principal a efectos de que se transforme en un mandamiento de ejecución útil.

2.3. *Incumplimiento*

En teoría, se supone que las fianzas no deberían causar pérdidas a la aseguradora ya que su proceso de suscripción no se basa en los siniestros sino en la capacidad técnica y financiera del afianzado para cumplir con el contrato. De allí que, por su propia naturaleza, las fianzas son accesorias al contrato principal y solo se ejecutan en caso de incumplimiento por parte del afianzado. *“Esto es lo que diferencia drásticamente a la fianza del seguro. Mientras que la naturaleza de la relación en la fianza se basa en un marco de inexistencia de siniestros, en el seguro se esperan siniestros y por lo tanto éstos se distribuyen entre un grupo o clasificación de riesgos”*⁴.

Sin embargo, el incumplimiento por parte del afianzado dispara el procedimiento de terminación del contrato entre el beneficiario y el afianzado mediante una notificación de siniestro que se envía a la brevedad. Además, otra característica intrínseca de la fianza es que no hay una pérdida esperada basada en cálculos actuariales, es decir, una vez que se paga un siniestro las aseguradoras ejecutan los contratos de indemnización para lograr que el afianzado o sus garantes efectúen el reembolso y ejecutan las garantías adicionales que se les han otorgado.

⁴ LANGLEY, Keith A. y HOUSTON, Marchelle M.: *Liability of the performance bond surety for damages*. En: *The law of performance bonds*, 2° ed. Chicago: American Bar Association, 2009, 433.

Para ese tipo de incumplimiento, poder ejecutar el convenio de indemnización es sumamente importante porque la prima no se establece en base a pérdidas anticipadas, y por lo tanto la compañía depende del reembolso para cubrir lo que le paga al beneficiario. Además, los reclamos por fianzas son muy abultados si se los compara con los ramos de seguros generales.

A diferencia de lo que sucede con el incumplimiento del pago de la prima, la ley brasileña no otorga a la aseguradora la posibilidad de ejecutar el convenio de indemnización en los tribunales en forma directa cuando se pide reembolso del siniestro real pagado. Es necesario presentar una demanda para obtener una sentencia declarativa preliminar a través de la cual se obtiene un mandamiento de ejecución ejecutable.

Nuevamente, cuando se trata de deudores cuyos principales recursos están en el exterior, las medidas ejecutorias para lograr el reembolso deberán tomarse en la jurisdicción del deudor, lo que obliga a la aseguradora a entablar dos juicios diferentes en distintas jurisdicciones.

Independientemente del tipo de incumplimiento, también debemos tener en cuenta que para que los juicios sean válidos los deudores extranjeros deben ser parte de ellos y se les debe otorgar el debido proceso de ley como así también la oportunidad de presentar sus casos en forma adecuada. Esos requisitos a menudo implican un alargamiento sustancial del juicio además de los costos en los que se incurre para localizarlos en el exterior y comunicarles la existencia de esos juicios.

3. MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Es posible establecer qué tribunal es competente para cada juicio aplicando algunos conceptos legales que resuelven problemas cuando existen conflictos entre sistemas jurídicos.

3.1. Lex loci vs. Lex rei sitae

Los principales conceptos legales del derecho internacional privado aplicables que podrán resolver temas de jurisdicción en caso de incumplimientos que surjan de las fianzas son *lex loci contractus*, *lex loci delicti commissi* y *lex rei sitae*.

El primero atribuye la solución a la ley del lugar donde se firmó el contrato o donde se realizó el acto, a menos que se establezca otro. Con frecuencia las pólizas de fianzas y los convenios de indemnización se cierran en el domicilio de la aseguradora, por esa razón la mayor parte de los juicios de sentencia declarativa se presentan en el país de la aseguradora. “*El acto contractual clave para determinar la ley de qué estado debe aplicarse es el último acto en la formalización de la póliza de seguro. Las compañías de seguro han alegado que el último acto es la refrendación de la compañía de seguros en su casa matriz*”⁵. Además, debido al proteccionismo nacional de los mercados de seguros y financieros, los riesgos

⁵ANDERSON, Eugene R.; STANZLER, Jordan S. y MASTERS, Lorelie S: *Insurance coverage litigation*. 2^a ed. Nueva York: Aspen Publishers, 2005, capítulo 6, 35.

locales deben ser suscriptos solamente por compañías autorizadas para operar en el mercado local, lo que obliga a todas las compañías de seguros a tener por lo menos una sucursal dentro de los límites del país. En cuanto al reclamo (*delicti commissi*), como el riesgo suscripto es un riesgo local, el lugar donde se cumplirán las obligaciones del afianzado y, por extensión, donde se producirá el incumplimiento, también será dentro de los límites nacionales.

Por otra parte, las medidas ejecutorias se atienen a un principio diferente, que es la ley de donde está situado el bien. Una vez que se establece la jurisdicción para la sentencia declarativa y la aseguradora obtiene una sentencia favorable por los méritos del caso, es necesario hacer llegar esa sentencia a la jurisdicción del afianzado o del garante donde se aplicará la ley correspondiente a las medidas ejecutorias que deban tomarse.

Por lo general, en circunstancias normales y en tanto la sentencia de la primera jurisdicción no esté en conflicto con la ley de otros países, se supone que el segundo tribunal reconocerá la sentencia independientemente de los méritos del caso y procederá a aplicar las medidas ejecutorias de conformidad con las normas nacionales. No obstante, en esos casos es importante ser pragmático porque, como se verá luego, algunos acuerdos bilaterales y leyes locales contemplan excepciones respecto de si el juez puede revisar la sentencia anterior.

3.2. Cláusula de elección de jurisdicción

Otra solución al conflicto entre sistemas jurídicos, que ha reemplazado las clásicas, es establecer de antemano una cláusula de jurisdicción en los contratos relacionados con las fianzas. Esa solución privilegia el principio de la libre voluntad de las partes para elegir la jurisdicción más conveniente para resolver sus conflictos. En realidad, la mayor parte de las pólizas y convenios de indemnización firmados por las aseguradoras incluyen cláusulas de elección de jurisdicción para evitar posteriores discusiones sobre el tema.

Aunque esa medida en realidad es muy aconsejable, es importante tener en cuenta que esta cláusula se aplicará únicamente a los asuntos para los cuales la soberanía nacional no exige jurisdicción exclusiva; en otras palabras, rara vez será respetada si trata de restringir los derechos de propiedad basándose en una sentencia emanada de un tribunal que no sea el del lugar donde los activos están ubicados.

3.3. Reglamentación pertinente

En lo que respecta al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, los principales principios adoptados pueden encontrarse en la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH). La Convención del 1º de febrero de 1971 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial y su Protocolo Adicional sentaron las bases sobre las cuales se inspiraron las leyes locales, pero no necesariamente fueron acatadas.

Según la Convención, una sentencia tendrá derecho a ser reconocida y ejecutada en tanto: (a) emane de un tribunal que tenga jurisdicción dentro de los términos de la Convención; b)

no pueda ser objeto de un recurso ordinario en el Estado de origen; y (c) sea susceptible de ejecución⁶.

No obstante, la Convención también contiene excepciones al reconocimiento y ejecución de una sentencia por un estado miembro: (a) si el reconocimiento o ejecución de la sentencia es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado al cual va dirigida o si es el fruto de procedimientos incompatibles con los requisitos de debido proceso de ley o, si en tales circunstancias, las partes no han tenido oportunidad suficiente de presentar debidamente su caso; (b) si la sentencia se obtuvo mediante un fraude cometido en el procedimiento; y (c) si litigios entre las mismas partes, basados en los mismos hechos y con el mismo objeto, están pendientes ante un tribunal del Estado al que van dirigidos y esos litigios han sido los primeros en instituirse, o han dado por resultado una sentencia de un tribunal del Estado al que van dirigidos, o a una sentencia de un tribunal de otro Estado que hubiese tenido derecho al reconocimiento y ejecución conforme a las leyes del Estado al cual van dirigidos⁷.

Desafortunadamente, aunque la HCCH tiene un gran número de miembros y aspira a homogeneizar las prácticas del derecho internacional privado entre esos miembros, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial no logró el éxito de las otras convenciones emitidas por la Conferencia, por esa razón no fue firmada por la mayor parte de los miembros de la Conferencia, lo cual limita su poder ejecutorio.

A nivel regional, los miembros del Mercosur han firmado el Protocolo de Las Leñas que también incluye cláusulas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales que tendrán eficacia extraterritorial en tanto (a) cumplan con las formalidades necesarias para que sean consideradas auténticas en el Estado de donde proceden; (b) estén traducidas al idioma del Estado al cual se le requiere el reconocimiento y/o la ejecución; (c) emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente de acuerdo con la ley sobre jurisdicción internacional del Estado al que se le requiere el reconocimiento y/o ejecución; (d) la parte contra la cual se pretende ejecutar la sentencia haya sido debidamente citada y se le haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa; (e) la sentencia sea ejecutoria en el estado en que fue dictada; y (f) no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado donde se solicita el reconocimiento y/o la ejecución⁸.

⁶ Capítulo II – Condiciones para el reconocimiento y la ejecución. Artículo 4.

⁷ Capítulo II – Condiciones para el reconocimiento y la ejecución. Artículo 5.

⁸ Artículo 20 del Protocolo de Las Leñas.

En el ámbito local, Brasil emitió el Decreto-Ley N° 4.657/1942 (LINDB – Ley Introductoria a las Normas del Sistema Legal Brasileño) que contiene los mismos principios que se mencionan anteriormente, en especial la jurisdicción basada en las normas *lex loci* (Artículo 12) y los requisitos para la ejecución de una sentencia extranjera que siguen las pautas básicas mencionadas aquí, salvo la necesidad de que el Superior Tribunal de Apelaciones de Brasil (STJ) reconozca previamente la sentencia (Artículo 15, reemplazado por el Artículo 105 de la Constitución de Brasil).

4. MEDIDAS DE ACCESO A LOS ACTIVOS

Para resumir el alcance de este texto, antes de emitir fianzas y comenzar juicios para el recupero de un incumplimiento del afianzado, las compañías de seguros deberían tomar algunas medidas precautorias para administrar y mitigar los principales riesgos que surgen de las operaciones con deudores extranjeros, que son: mayores costos, demoras importantes, y la completa falta de acceso a los activos del deudor extranjero.

4.1. Controlar los Convenios de Cooperación en Materia Civil

Es muy común que los gobiernos establezcan compromisos respecto de la cooperación civil y comercial con alcance bilateral o multilateral. Aparte de los pactos regionales como Mercosur, OEA o UE, los países pueden establecer condiciones preferenciales de reciprocidad para el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales.

Brasil es notoriamente fructífero en la firma de convenios de cooperación bilaterales para evitar la falta de certeza legal proveniente de la necesidad de ejecutar una sentencia de un juez en jurisdicción extranjera. El Ministerio de Justicia incluso ha confeccionado un Manual para la Cooperación Civil a efectos de recoger toda la información sobre la cooperación entre cuarenta y un países en los que están vigentes tratados específicos con Brasil y también para brindar información sobre el estado de profundización de las bases y herramientas disponibles para la cooperación⁹.

Al analizar estos convenios, el principal objetivo es identificar si el otro país podrá cuestionar la sentencia original cuando aplique sus procedimientos de reconocimiento y ejecución. Si la respuesta es afirmativa, podría ser más provechoso comenzar el juicio contra el deudor directamente en el Estado de su jurisdicción que someterse a una completa revisión basada en los fundamentos de la sentencia. También es crucial controlar esos tratados internacionales para asegurarse de que todo requisito que finalmente sea necesario para una posterior ejecución se cumplirá en el juicio original y así se evitará la necesidad de

⁹ La versión 2012 del manual tiene 486 páginas y puede verse en <http://portal.mj.gov.br/cooperacao/data/Pages/MJDFBD6D24PTBRNN.htm> mediante un clic en el enlace ‘CJI em Matéria Civil’.

que sean corregidos posteriormente; de esa manera se ahorrará tiempo y los potenciales costos que puedan surgir de trámites innecesarios o inútiles.

4.2. Poder para actos judiciales

Otra medida preventiva que puede ser muy útil para ahorrar tiempo durante el juicio para obtener una sentencia declaratoria es pedirle al afianzado y a los garantes un Poder para Actos Judiciales que otorgue facultades de representación a alguna persona que resida dentro de la jurisdicción de la aseguradora.

Por lo general, las empresas extranjeras designan a un representante local, un empleado o un apoderado, quien será responsable de administrar su sucursal en el exterior pero que no puede representar automáticamente a la casa matriz, la principal garante financiera de la fianza.

La experiencia ha demostrado que la designación hasta puede realizarse mediante la incorporación de una cláusula de poder en los convenios de indemnización o contratos de garantía ya solicitados a los afianzados y a los garantes.

Si las aseguradoras definen previamente a la persona que representará a la compañía extranjera y obtienen sus datos personales, ahorrarán el tiempo y los costos que implica emitir un exhorto y esperar que sea contestado. Es importante mencionar que esos exhortos son fundamentales para la validez y la posterior ejecución de toda sentencia extranjera, ya que la mayor parte de los países adoptan el cumplimiento con el debido proceso legal, el derecho al régimen contradictorio y los principios de plena defensa como un requisito para reconocer las sentencias extranjeras.

Los Poderes para Actos Judiciales posibilitan cumplir con esos principios con la sola citación del representante nombrado por el garante o el afianzado a efectos de defender a la compañía sin tener que esperar otras declaraciones de la empresa extranjera.

4.3. Cláusula arbitral

Las aseguradoras también pueden establecer cláusulas de arbitraje obligatorias para resolver los asuntos que surjan del incumplimiento de las fianzas y ejecutar el laudo arbitral resultante. Actualmente, la mayoría de los países están familiarizados con los procedimientos para hacer ejecutar los laudos arbitrales. Al igual que en el caso de un poder, la cláusula arbitral puede ser insertada en los convenios de indemnización que se le piden al afianzado y en los contratos de garantía.

La desventaja de esta elección es que el arbitraje tiende a ser sustancialmente más costoso para las partes que la resolución de conflictos por vía judicial. Además, las cláusulas de arbitraje implican una cantidad de obligaciones y previsiones que pueden representar una carga cuando el afianzado o el garante deciden discutir las cláusulas para llegar a un acuerdo final.

Sin embargo, todavía es una buena solución para evitar los sistemas legales que permiten a los jueces cuestionar la primera sentencia presentada para su reconocimiento.

4.4. Garantías estándar internacionales

El último recurso que tiene una compañía de seguros cuando no existe otra opción salvo comenzar las discusiones de un juicio directamente en la jurisdicción del deudor es utilizar contratos estándar internacionales que pueden facilitar la comprensión del tema por parte de los jueces extranjeros.

A veces los convenios de indemnización no tienen carácter ejecutorio en otras jurisdicciones o hasta contienen cláusulas que establecen que no están sujetos a la autonomía de las partes contratantes. En ese contexto, la formalización de una *comfort letter* sería una forma más aceptada de mantener la garantía personal que representa el convenio de indemnización.

Por último, cuando la estructura legal de un país extranjero no permite a la aseguradora acceder a los activos de los deudores, una garantía sólida, como por ejemplo una carta de crédito *standby*, puede mitigar los riesgos al brindar acceso directo a los recursos monetarios del afianzado o del garante.

5. COMENTARIOS FINALES

Luego de analizar el panorama descripto es posible deducir que el nivel de operaciones de la globalización actual ha estado obligando a las compañías de seguros a encontrar nuevas formas de protegerse del incumplimiento sin perder las oportunidades que los actores extranjeros brindan al mercado.

En ese contexto, las herramientas de que dispone el derecho internacional privado cobran suma importancia en la suscripción de riesgos para los afianzados y garantes extranjeros. Las compañías de seguros deberían analizar los sistemas legales extranjeros para determinar el acceso que se les permitirá a los activos del deudor y planificar la mejor estrategia para mitigar los riesgos eligiendo entre cláusulas de poderes, cláusulas de arbitraje o inclusive garantías más sólidas antes de emitir las fianzas.

De todas maneras, hay muchísimas herramientas disponibles para mitigar los riesgos de incumplimiento y debe establecerse la combinación adecuada mediante un enfoque casuístico. Esa conducta preventiva será suficiente para posibilitar una mayor emisión de fianzas y facilitar el intercambio de operaciones entre los países.