Extrait du CADTM

http://cadtm.org/La-auditoria-de-la-deuda-externa

# La auditoría de la deuda externa del Ecuador

- Español -

Date de mise en ligne : Miércoles 6 de mayo de 2009

**CADTM**

La auditoría dispuesta en 2007 por decreto 472, por el presidente del Ecuador es un caso emblemático. Es la primera vez que un país encara un relevamiento de la deuda pública por medio de una comisión especial creada por el ejecutivo y sobre su base decide |1|.

La Comisión para la Auditoria Integral del Crédito Público (CAIC) determinó que de la documentación auditada surgían actos jurídicos nulos de nulidad absoluta toda vez que con el pago de cada cupón de amortización e interés se estuvieron "honrando" anomalías y menoscabo el derecho, la equidad y la ética.

Ninguna atención ha merecido por académicos y los especialistas del centro una cláusula que contiene los contratos de los Bonos Brady que dieran lugar a los Globales y a su restructuración en el 2000.

Señala que "el término del acuerdo se contará desde los 21 años menos un día desde la muerte del último de los descendientes vivos del embajador de los EEUU en la Corte de Saint James, Joseph Kennedy, padre del ex presidente de ese país". |2|

De acuerdo con el jurista Marcelo J. López Mesa no estaríamos ante una tacha que afecta la validez el acto sino frente a una "categoría totalmente ajena a dicha esfera y que atiende a problemas de vigencia, es decir de carencia de realidad...". |3| .

Como dice el autor, "si una venta esta falta de uno de los elementos esenciales del contrato, el precio, el acto jurídico de la compraventa no existe".

De la misma manera la renegociación de deuda instrumentada en los bonos Brady debería considerase no celebrada porque si bien no puede reputarse literalmente ausente; la manera en que se consigna el plazo es una delirante expresión que no puede reputarse jurídica y expresa la majestad de un acreedor de hacer respetar el absurdo.

En este orden de ideas resulta extensiva a la deuda externa ilegal la declaración del juez italiano Ferrari Bravo a raíz de la Opinión Consultiva requerida por la Asamblea General de la ONU a la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad del tratado sobre el empleo de armas nucleares (1996): *"On pourrait arriver à dire que l´on est en présence d´un antidroit en pensant aux effets qu´elle a eus sur la Charte des Nations Unies*"" |4| (destacado nos pertenece).

No es aventurado entonces colocar estos empréstitos en la *zona de derecho bárbaro*.

La segunda nota a subrayar es que la suspensión de pago de los bonos no radicó en la imposibilidad financiera de hacer frente a los compromisos |5| sino que se sustentó en razones jurídicas.

La oposición criticó el trabajo de la CAIC por carecer de solidez técnica y asentarse en motivaciones ideológicas. Cabe discrepar porque si así fuera no son menos las traídas por sus censores. El núcleo que confiere consistencia al trabajo de la CAIC es la violación del principio de la "buena fe" (good faith) común al derecho anglosajón y romano germánico.

No hay margen para decir que la renegociación de la deuda de 1999 |6| haya sido efectuada con la sincera creencia de no defraudar o que el informe de marras constituya un caso de "real malicia". Por el contrario ofrece elementos

consistentes para plantear demandas judiciales domésticas y en los estrados de Nueva York.

El FMI por el contrario dio su "beneplácito al progreso realizado para reestructurar la deuda con los acreedores privados" y expresó "la creencia en que ayudara al país a cumplir con sus obligaciones en línea con su capacidad de pago a mediano plazo..." |7|

**Cronología de la decisión**

Es conveniente realizar un encadenamiento de los sucesos que condujeron a la oferta lanzada el gobierno para adquirir los bonos Globales 2012 y 2015 a fin de tratar de extraer conclusiones y preparar escenarios posibles sobre los que se adoptó la resolución.

El 8-9 julio del 2008 con el auspicio de la Federación Luterana Mundial y el Consejo Latinoamericano de Iglesias, la CAIC efectuó un Encuentro Internacional de Juristas sobre Deuda Externa en Quito. El comunicado final apoya la acción de la Comisión auditora por haber determinado la presencia de graves vicios en la renegociación de los Bonos Brady del año 1999.

El 26/9/08 al titular del ejecutivo al comentar el avance de la tarea de la Comisión manifestó "en todos lados hay irregularidades y traiciones a la patria" pero "tampoco, agregó, vamos a meter al país en una aventura insensata, que no sabemos como saldría, que pueda perjudicar al país, pero vamos a tratar de hacer justicia" |8|.

El 12/11/08 suspendió el pago de U$S 30,6 millones correspondientes al interés de los bonos Global 2012 e hizo luego lo propio con los Global 2030. Se acogió al período de gracia que establecen los contratos para evaluar el documento de la CAIC acerca "serios indicios de ilegalidad".

El 20/11/08 en ocasión de la presentación pública del documento ante el presidente Correa, el auditor Alejandro Olmos señaló que los canjes de la deuda comercial a Brady y luego a Global fueron un mal negocio para el Estado |9|.

Precisó que durante el proceso se cometieron irregularidades y violaciones a la ley entre las que destacó que la Procuraduría del Estado había adoptado como propio el texto del acuerdo enviado por el acreedor. Acentuó entre las más serias las renuncias a la inmunidad soberana, a la prescripción y a emprender cualquier acción judicial.

Entendemos que la declinación de soberanía puede ser materia de debate, esta fuera de discusión que abdicar el derecho a la prescripción y al acceso a la justicia repugna a la concepción del derecho liberal.

En la segunda mitad del año 1999 en medio de la más grande crisis económica del país y mientras se negociaba la suspensión de los pagos de U$S 6.641.4 millones el 6/12/92 se firma un Acuerdo de Garantía (Tolling Agreement) cuyo texto en inglés y español fue remitido para su firma por el Lloyds Bank presidente del Ecuador Bank Steering Committe y opera a favor del acreedor.

El punto 1 establece que los deudores "renuncian y convienen no emprender ninguna acción ni procedimiento que consta en los Reclamos de Obligaciones Reconocidas en los que la defensa se base en el transcurso del tiempo incluyendo cualquier estatuto de limitación o negligencia..."; desertan "irrevocablemente a cualquier objeción que pueda hora o en el futuro para el inicio de cualquier demanda..." (punto 6.d), que cada deudor "declara y garantiza que se cumplieron todas las previsiones constitucionales" (punto4) y que el Acuerdo "termina únicamente por un convenio escrito" |10| (punto 8).

La CAIC considera que debe declararse nulo y en consecuencia los actos practicados sobre su base - todos los Globales - porque la opinión del procurador general es idéntica a la de los abogados de la contraparte y perjudica disposiciones de derecho interno ecuatoriano |11|.

El titular del palacio Carondelet puntualizó que el gobierno "buscará la forma de no pagar la deuda que considera ilegitima" y que "su peso debe ser trasladado a los responsables de adquirirla con malas artes, chantaje y traición". Señaló, además, que se proponía "no solo sancionar a los culpables sino también no pagar la deuda ilegítima, la deuda corrupta, la deuda ilegal y hacer responsables con sus bienes a quienes habían montado la operación ... a los prestamistas que la indujeron compulsivamente, amarraron y coimearon con jugosas comisiones... con títulos espurios" |12|.

Por su parte el fiscal general dijo que abría una investigación para determinar si existió "ilegitimidad" en algunos tramos de la deuda externa del país, hechos en el que estarían involucrados algún ex presidente.

El 13/12/08 la ministra de economía Maria Elsa Viteri manifestó al momento de vencer la mora técnica de los bonos 2012 que se trataría de un "default responsable". En febrero del corriente año el presidente Correa anunció igual temperamento al concluir el plazo de la correspondiente a un cupón de U$S 135 millones del Global 2030 |13|.

El 15/1/09 en oportunidad de conmemorar el aniversario de su llegada a la presidencia el doctor Correa adelantó que la intención era comprar los Global 2012 y 2030 con un descuento del 80%.

La explicación del por qué del descuento fue retrotraer la situación al momento de la renegociación de los Brady en 1999 para fijar el precio de los Globales con un *descuento tasado de los vicios comprobados* por la CAIC. "Vamos a hacer una propuesta de compra de esa deuda ilegítima, pero quitándole la mayor fuente de ilegitimidad, que fue el alto precio al que se renegoció, y volviendo a los precios o estimando los precios a los cuales debió canjearse esa deuda", dijo |14|.

Un mes y medio después el Ministerio de Finanzas invitó a los tenedores de bonos Global 2012 y 2030 a que se presenten a una subasta para cambiar tales títulos por efectivo en dólares al precio de compra de los Bonos 2012 (U$S 500 millones) y 2030 (U$S 2700) y comunicó la designación de Lazard Frères Banque como Agente de la Oferta |15|.

**Idealismo y realpolitik**

Mas allá de las manipulaciones de precios que se realizaron en Bolsa, Salomon Smith Barney, ahora parte del Citigroup Inc., y el J.P. Morgan, agentes de la Oferta de Canje de los Brady y Eurobonos por los Globales estaban persuadidos de que el deudor no se embarcaría en una iniciativa que perjudicara a los tenedores de los bonos que colocaron en el mercado secundario.

Probablemente en virtud de las expresiones del presidente, de las declaraciones de la ministra de finanzas |16| y de las circunstancias internacionales nada favorables a las instituciones financieras |17| y después de vencida la mora técnica concedieron un "standstill de facto" por el cual abstuvieron de demandar por incumplimiento.

La calificación de "ilegal, ilegitima y corrupta" que había asignado a parte de la deuda externa pudo colocar al gobierno del país andino en una situación política interna delicada. Sin embargo, el curso de acción adoptado el 15/1 no provocó expresiones adversas.

Los fervorosos partidarios del repudio y aquejados de infantilismo nada han dicho en tanto otros han expresado que el gobierno optó por una actitud "moderada", semejante a la seguida por la Argentina con el canje de deuda del 2005 |18|. Hay diferencias importantes: en el caso gobierno hubo declaración de insolvencia, no se practicó una auditoria integral |19|, la deuda no fue cancelada por compra de los títulos representativos sino reestructurada. La quita, si bien fue superior a la habitual, no se relacionó con compensación alguna.

Las declaraciones y acontecimientos expuestos revelan que la decisión de compra de los bonos cuestionados pudo estar precedida por una tensión entre valores transpolíticos, del sentido axiológico de las acciones, y los políticos de la lógica del poder, de las relaciones de fuerza, visible a las alocuciones presidenciales y posturas sensacionalistas que presentaron como default el no pago de intereses.

El presidente Correa ha optado por el realismo político. Locuciones presidenciales interpretadas por no pocos como preludio de reconocimiento de vigencia de la doctrina de la "deuda odiosa" en nada perjudicaron el decurso legal desarrollado a partir del informe de la Auditora.

Encaró sin intervención de la Procuraduría del Estado la operación de compra de los mencionados títulos. Se respaldó en una interpretación de la Corte Constitucional Transitoria respecto de la contratación de créditos con el BID en el sentido de que "el artículo 442 inciso final de la Constitución se aplica específicamente y con prevalecía a las demás normas constitucionales en los casos de controversias relacionadas con deuda externa y, en consecuencia, no es aplicable, para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 |20|.

La oferta de compra de los bonos 2012 y 2030 - mas allá del resultado - ha significado reconocer la legalidad de la reestructuración del año 1999, por lo tanto priva de sustancia reclamar responsabilidad civil y penal de presuntos delitos cometidos por ex funcionarios y agentes extranjeros.

Dejamos planteadas otras hipótesis relacionadas para completar el análisis de las razones de la resolución presidencial:

a) Declarar la nulidad del Acuerdo de Garantía de 1992 no solo arrastraba la nulidad de todos los Globales emitidos sino también los pagos de intereses ya efectuados con lo cual el gobierno se hallaba obligado a demandar la restitución a tenedores atomizados imposible de individualizar. De allí el balanceo entre la impugnación genérica y la reestructuración o compra de dos de sus series.

b) Incidencia del modelo "costo beneficio" en la medida, deducida a partir de la composición de los hechos y del derecho positivo. La "ineficiencia" de la estrategia original estaría dada por la imposibilidad de contratar servicios jurídicos confiables en Nueva York para plantear demandas y la existencia de precedentes jurisprudenciales adversos.

c) Resistencia de la administración central a los cambios políticos y reticencia a cumplir con órdenes del gobierno en las representaciones diplomáticas en los EEUU por temor al desdén de los colegas de los países del *centro*.

**Enriquecimiento indebido**

El gobierno ecuatoriano puede haber retenido la oportunidad de demandar por *incumplimiento de contrato al Agente Colocador* de los Globales 2012 y 2030. En tal caso el planteo debe comprender el enriquecimiento indebido (quantum meruit) sobre los títulos derivados de la reestructuración de 1999 y eventuales asociados.

Ello así, porque el Agente Colocador (Citibank y J.P. Morgan) pudo obtener por si o por interpósita persona un beneficio inequitativo producto de la retención y comercialización de los Globales en el mercado secundario a expensas del Ecuador aprovechando sin causa la exclusividad otorgada. En otras palabras no puede descartarse que haya conservado y vendido en Bolsa títulos públicos pertenecientes al estado para obtener una utilidad extraordinaria que tenia prohibida. Se encontrarían reunidos los elementos constitutivos del ilícito tal como los han explicado autores mexicanos: a) el enriquecimiento de una persona y empobrecimiento de otra, b) relación entre empobrecimiento y enriquecimiento (c) la ausencia de causa. En tono similar, el jurisconsulto Manuel Albaladejo indica: a) incremento patrimonial carente de razón jurídica, c) incremento que ocasione empobrecimiento de otro.

Los juristas Goff y Jones postulan que el enriquecimiento injusto presupone; un demandado enriquecido por la percepción de un beneficio injusto obtenido a expensas del demandante |21|.

No ha sido posible confirmar la presentación ante la Secretaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas el pedido de consulta del presidente ecuatoriano a la Corte Internacional de Justicia para que se pronuncie sobre la compatibilidad de distintos aspectos de los contratos de deuda externa con los principios generales del derecho internacional (Estatuto de la CIJ art. 38 c). El recurso asentado en la doctrina del doctor Espeche Gil y apoyado en las últimas reuniones del ALBA y del Parlamento Latinoamericano es un dispositivo coadyuvante del esquema del endeudamiento indebido.

Como lo señala Alberdi en su nota al artículo 784 del CC, "el principio de equidad, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno".

---

|1| La CAIC ha publicado los resultados del relevamiento realizado en materia de deuda comercial, multilateral, bilateral e interna ("Informe Final, Resumen Ejecutivo. CAIC. Adscrita al Ministerio de Finanzas, Ecuador, noviembre 2008)

|2| "Altos funcionarios del Ministerio de Finanzas y del BCE tuvieron papel preponderante en la renegociación "licita" de bonos", 26/9/08, www.ecuadorinmediato.com

|3| "La Doctrina del Acto Inexistente y algunos problemas prácticos", Marcelo J. López Mesa, LA LEY Año LXX Nº 115 15/6/06 y del mismo autor "Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales en la doctrina y jurisprudencia", Ediciones Depalma, 1998.

|4| The Criminality of Nuclear Deterrence", Francis A. Boyle, 1996, www.tridentplughsares.org

|5| "Los indicadores sugieren que Ecuador no necesitaba entrar en default. De acuerdo con nuestro índice de medición del riesgo soberano, por ejemplo, las condiciones económicas estaban deterioradas, pero la situación estaba lejos de ser maligna. De acuerdo con una proyección de la situación de 35 países, Ecuador tiene una puntuación de - 1,5..." ("Belize and Ecuador Debt Restructuring in the New Financial World", Richard Segal, febrero 2007).

|6| En 1999, el presidente Jamil Mahuad anunció una moratoria unilateral de los bonos Brady, emitidos en 1994, en medio de una aguda crisis económica que condujo a la quiebra a 42 bancos y desató la hiperinflación y dolarización. El default de U$S 50 millones de deuda contraída en 1980 fue resuelta en 1995 con Bonos Brady y Eurobonos. En julio del 2000 fueron canjeados por los Global 2012 y 2030. "... la renegociación de la deuda del 2000, estuvo viciada de graves errores altamente costosos para el país..." ("Canje de Deuda: Todo en función de los acreedores", Rafael Correa, Documento de Trabajo. Universidad "San Francisco de Quito", 2/05, wwwrafaelcorrea.com)

|7| "IMF Management Welcomes Progress in Ecuador's Debt Restructuring", News Brief Nº 00/70, 17/8/00.

|8| "Correa analiza acciones legales para denunciar préstamos supuestamente ilegítimos otorgados por países como Brasil", www.elcomercio.com, 27/9/08/, Quito

|9| En 1978 la deuda comercial era de U$S 218 millones, al cambiar a Global creció en U$S 3950 millones.

|10| "Convenio de Garantía de Derechos" = "Tolling Agreement". Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador, 9/12/1992.

|11| "Informe Final Resumen Ejecutivo", CAIC, Ecuador 2008, pags. 39- 40.

|12| "El gobierno buscará salidas para no pagar los bonos Global". El Comercio, 21/11/08. Quito.

|13| "Ecuador no paga: habrá default y reestructuración" El Cronista, 13.3.09.

|14| "Correa defendió su modelo económico",16/1/09. El Comercio.com.

|15| "Ecuador lanza invitación para solución Bonos 2012 y 2030", Ministerio de Finanzas del Ecuador, Boletín de Prensa Nº 14, 24/4/09. El plan, estudiado por Ecuador junto con asesores franceses e ingleses, ofrece un precio por ese tipo de bonos del 29,5 por ciento, más un margen de negociación de 50 puntos básicos (otro 0,5 por ciento), del valor total de los bonos, lo que arrojaría un total de alrededor de u$s 0.30 centavos por cada dólar de deuda. La rebaja será del 70 %. ("Ecuador ofrece una quita de 70% para recomprar deuda ilegítima", Clarín com. Ieco. 20/2/09). Respecto de los bonos Global 2015 el presidente Correa había dicho un mes y medio antes que "no fueron consecuencia de imposiciones de los acreedores aunque en su texto se encuentran "cláusulas horrorosas" y que "fueron adquiridos de buena fe no por los especuladores de siempre".

|16| "Ecuador declaró el default de su deuda externa "por ser ilegítima", Clarín, "El default de Ecuador ya es oficial", Critica de Argentina, "Deuda: Ecuador declaró el default", La Nación, 13/12/08.

|17| El J.P.- Morgan recibió U$S 26.9 billones de asistencia del gobierno de los EEUU y el CITIBANK garantías por U$S 306 billones por títulos tóxicos y U$S 20 billones con el objeto de restituir la confianza en el sistema financiero.

|18| "Ecuador en la encrucijada", Eric Toussaint (CADTM), traducción de Raúl Quiroz, 28/4/09, www.cadtm.org

|19| La Auditoria General de la Nación - Gerencia de Deuda Pública - realizó un trabajo de mera compulsa de correspondencia entre la legislación para los Megacanjes I y II dedicando un solo renglón en el informe final donde se limitaba a decir que respondía a la legalidad. El informe crítico del doctor Carella fue desechado.

|20| "El articulo 190 reza que "en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho previo, pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado..."

|21| "Compendio de Derecho Civil". Albaladejo, Manuel. Barcelona, Librería Bosh, 1981, p. 281. citado en "El desplazamiento patrimonial indebido (nueva caracterización jurídica del pago indebido)", www. legalinfo-panama.com