

## La legitimidad de la deuda externa

*Oswaldo Revelo Ron\**

### RESUMEN

La deuda externa es una obligación moral contraída por un deudor y ofertada por un acreedor. Como tal está sujeta a las condiciones originalmente pactadas y no es ajena a la dinámica del mercado financiero internacional. El Estado actúa como una persona jurídica en la contratación de la deuda. Por ello el contrato se constituye en fuente fundamental de la obligación que debe ser analizada si carece o no de causa ilícita y objeto ilícito. Requisitos que en su ausencia justifican plenamente la ilegalidad del instrumento legal. La puesta en marcha de un proceso de auditoría integral permite determinar la ilegitimidad de las contrataciones, renegociaciones y canjes de la deuda en la medida que sus préstamos han violentado el orden público, la ley y la vida digna de los ciudadanos. Deudas que han generado conductas injustas, inmorales y que en tales circunstancias se puede determinar la nulidad de su pago.

**PALABRAS CLAVE:** legalidad, legitimidad, causa lícita, objeto lícito, deuda bilateral, empréstitos, deuda multilateral, deuda comercial, bonos Brady, bonos Global, eurobonos.

### ABSTRACT

Foreign debt is a moral obligation contracted by a borrower and offered by a lender. As such it is subject to the conditions originally agreed upon and is not unconnected from the dynamics of the international financial market. The state acts as a legal entity in contracting the debt. Therefore, the contract constitutes a fundamental source of the obligation that must be analyzed as to whether or not it lacks an illicit cause or an illicit object, requirements which absence fully justify the illegality of the legal instrument. Starting an integral auditing process allows determining the illegitimacy of contracts, renegotiations and debt exchanges insofar as their loans have violated public order, the law and citizens' decent lives and debts that have generated unfair and immoral conduct and under such circumstances may determine that their payment is invalid.

**KEY WORDS:** legality, legitimacy, licit cause, licit object, bilateral debt, loans, multilateral loans, commercial loans, Brady Bonds, Global Bonds, Eurobonds.

FORO

\* Director de Desarrollo Humano de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Manabí.

## INTRODUCCIÓN

La contratación de deuda pública por parte de un Estado constituye un atributo específico del mismo y está orientada a financiar el déficit de su presupuesto. El compromiso que adquiere un Estado al actuar como una persona jurídica está sujeto a un manejo transparente e “irrestricto apego a las normas jurídicas”.<sup>1</sup> De tal manera que las operaciones que se ejecutan en la contratación de crédito público están directamente relacionadas con el orden jurídico público de cada Estado. Así, el acceso hacia los mercados de capitales por parte de un país se fundamenta en el prestigio alcanzado como nación y en su capacidad de pago.

De manera general el estudio del crédito público es materia que corresponde tanto a las Finanzas Públicas como al Derecho Financiero. Sin embargo, el tratamiento de la legalidad y legitimidad de las diferentes contrataciones, renegociaciones, canjes de la deuda pública no obedece exclusivamente a la doctrina clásica, sino que requiere de un proceso integral que identifique claramente la incidencia de los diferentes tramos de la deuda, en el desarrollo de todas las partes de una economía. Empréstitos que deben ser confrontados con los niveles de sostenibilidad, equidad y democracia en procura de una mejora en las condiciones de vida de todos los ciudadanos.<sup>2</sup>

El tratamiento de la legitimidad de la deuda no es un proceso paralelo a la legalidad de las obligaciones contraídas. Dado que la deuda es un compromiso de un deudor con su acreedor, la naturaleza del crédito público se explica en la fe o confianza de que goza un Estado para captar recursos, los cuales serán destinados en conformidad con la estrategia de sus políticas públicas. El acceso a los flujos de capitales en el cada vez más vulnerable mercado financiero internacional, constituye “una aptitud política, económica, jurídica y moral de un Estado”.<sup>3</sup> En tal sentido, la legitimidad es intrínseca a la actualización de los principios jurídicos.

Una mejor comprensión de la doctrina de la legitimidad requiere por tanto analizar con detenimiento la conceptualización jurídica de la naturaleza de un contrato y de sus condiciones. Por tal motivo, se expone en primer lugar la argumentación que se fundamenta en el objeto y causa lícita de las obligaciones; en un segundo momento se analiza el desarrollo histórico de la deuda ilegítima, desde la perspectiva de América Latina, para finalizar con la experiencia de la auditoría en el Ecuador.

- 
1. José Vicente Troya, *La legalidad de la deuda externa*, Quito, FONDAD, 1991, p. 10.
  2. Joseph E. Stiglitz, *Making Globalization Work*, Buenos Aires, Ariel, 2002, p. 8, tomado de Oswaldo Revelo Ron, “La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006”, tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, octubre de 2008, p. 50.
  3. Héctor Villegas, *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*, tomo II, Buenos Aires, Desalma, 1980, 3a. ed., p. 201, citado por José Vicente Troya, *La legalidad de la deuda externa*, p. 12.

## LA LEGALIDAD DE LA DEUDA

### LA LEGALIDAD DE UN CONTRATO

El objeto lícito es el contenido de una relación jurídica. En el objeto está contenida la finalidad o el propósito de un contrato.<sup>4</sup> El Código Civil ecuatoriano especifica en su art. 1503 que el objeto debe ser real y enmarcado en el ámbito de la ley. En tal contexto se entiende que el objeto de una declaración de voluntad se refiere a cosas que existen, a las que se esperan que existan y cuando se trata de un hecho tiene que ser física y moralmente posible.<sup>5</sup>

Por su parte, la causa lícita de un contrato es el fin esencial que los contratantes se proponen al contratar. La causa, como el acto jurídico que precede a un negocio jurídico es el motivo o razón que fundamenta, mueve e induce al acto o contrato. En tal virtud, la causa se convierte en el vínculo intangible entre el deudor y el acreedor.<sup>6</sup>

### LA ILEGALIDAD DE UN CONTRATO

Los principales conceptos jurídicos sobre los cuales se fundamenta la ilegalidad de los contratos se derivan tanto del objeto ilícito, como de la causa ilícita de los mismos.<sup>7</sup>

Existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el orden jurídico interno, debido a que se opone a la justicia, a la equidad, a las buenas costumbres, al orden público y a la razón. De la misma manera, se entiende que una relación contractual carece de causa lícita en la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, que por lo tanto está prohibida por la ley, es contraria a las buenas costumbres y al orden público. El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1510 aclara que la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.<sup>8</sup> Por tanto, un contrato con causa ilícita y objeto ilícito puede ser declarado nulo, con el carácter de nulidad absoluta.

---

4. Oswaldo Revelo Ron, "La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006", p. 15.

5. *Código Civil. Legislación Conexa-Concordancia-Jurisprudencia*, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 269.

6. Guillermo Cabanellas, *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1998, p. 66.

7. Oswaldo Revelo Ron, "La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006", pp. 15-18.

8. *Código Civil. Legislación Conexa-Concordancia-Jurisprudencia*, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 269.

## LA LEGITIMIDAD DE LA DEUDA

El fundamento conceptual de la legitimidad, en la perspectiva jurídica, se ha venido desarrollando a base de la doctrina de la deuda odiosa. El precedente surgió el 18 de junio de 1883, en México, a raíz de la promulgación de la “Ley para la Consolidación y Conversión de la Deuda Nacional” que declaraba nula y odiosa a los préstamos contraídos durante la dictadura de Antonio López de Santa Ana, durante 1857 y 1867. El tema se retoma con la independencia de Cuba en 1898, ante las exigencias del gobierno español de cancelar todas las obligaciones adquiridas durante la época colonial. Por su parte el gobierno de Cuba la declaró deuda odiosa, al haber sido contratada sin el consentimiento popular. Finalmente, el Tratado de París de 1898 reconoce formalmente, en el Derecho internacional, la deuda odiosa.<sup>9</sup>

Por deuda odiosa, en la jurisprudencia internacional, se entiende aquella que es producto de los préstamos contraídos por un régimen despótico, contratados sin el consentimiento de la población, empleados en contra del bienestar de la población y ha beneficiado exclusivamente los intereses de los acreedores. Bajos estas consideraciones, diferentes países endeudados, primero las han reconocido como deudas odiosas y en consecuencia las han declarado nulas. Al ser nulas lo son también inexistentes “caído el déspota, caída la deuda”.<sup>10</sup>

A base de la responsabilidad del acreedor y de su incidencia en el principio del riesgo moral, Joseph Hanlon<sup>11</sup> distingue conceptualmente, de manera más amplia, a los aportes desarrollados por Nahum Sacks, cuatro condiciones en la doctrina de la legitimidad, relacionadas con los préstamos y sus condiciones:

- i) Préstamos concedidos con el carácter de inaceptables, como los que fueron otorgados bajo un régimen dictatorial o despótico, créditos en el marco de una estructura piramidal o que apoyaron proyectos técnicamente inviables, es decir con claro objeto ilícito.
- ii) Préstamos inapropiados, cuando se benefician por completo los intereses de los acreedores, al ser otorgados, pese a conocerse la escasa capacidad de pago de un país; deuda contratada para realizar pagos relacionados con préstamos considerados inaceptables. Así como para financiar programas de terrorismo, compra de armas o lucha contra el narcotráfico.

---

9. CADTM, *Le droit international, un instrument de lutte? Pour une justice au service des peuples*, CADTM/Syllepse, Liège, Paris, 2004, p. 10.

10. Gema Tarafa, *La deuda ilegítima*, Observatorio de la Deuda en la Globalización, 2000, p. 2.

11. Joseph Hanlon, *Defining Illegitimate debt and Linking Its Cancellation to Economic Justice*, Londres, Open University Milton Keynes, 2002, p. 44.

- iii) Préstamos bajo condiciones inaceptables, es decir con altas tasas de interés, superiores a las reconocidas por el mercado secundario, créditos condicionados a una serie de reformas de ajuste estructural, que transgreden el bien público y que por tanto carecen de causa lícita.
- iv) Préstamos bajo condiciones inapropiadas, cuando se encuentran sujetos a una condicionalidad que compromete recursos sociales y dificulta el cumplimiento ordenado de las obligaciones. Bajo esta modalidad se encuentran los diferentes créditos otorgados por el Fondo Monetario Internacional, en el contexto de los términos impuestos a través de las Cartas de Intención. Sus contenidos fueron seriamente cuestionados al contener medidas de carácter neoliberal que no variaron a lo largo de su protagonismo, principalmente durante las diferentes crisis financieras de inicios de los ochenta y crisis sistémica a finales de los noventa.

La experiencia del Fondo en América Latina fue negativa. Muchos países se vieron desalentados al ver que el fiel cumplimiento de las *tareas* encomendadas por el organismo internacional provocaba reiterados retrasos en la deuda social y, en algunos casos se vio seriamente comprometido, a tal punto de responsabilizarle de la caída de las principales economías, a principios del nuevo siglo.

Argentina, Brasil, Venezuela y Ecuador decidieron pagar por adelantado sus obligaciones con el FMI. Sin embargo, con excepción de Argentina, ninguno de los Estados ha emprendido hasta la actualidad acciones legales que denotaran la ilegitimidad de los sucesivos préstamos solicitados. La actual crisis financiera, desatada a raíz de los créditos subprime, ha suscitado voces de todos los sectores para que en conformidad con la nueva arquitectura financiera, el Fondo Monetario reforme sus propias reglas de funcionamiento. Sin embargo, más allá de sus cuestionadas intervenciones, su protagonismo ha vuelto a ser evidente en economías que recientemente han entrado en recesión desde el tercer trimestre de 2008, como Hungría, Ucrania e Islandia.

La argumentación de Joseph Hanlon fortaleció, en el ámbito legal, la definición de deudas ilegítimas como las que no se pueden obligar al prestatario a repagar, dado que el préstamo violó la ley, el bien público o fue injusto, deshonesto, o impugnado por otra razón. El autor diferencia claramente deudas ilegítimas, de las deudas impagables, donde el prestatario no tiene solvencia para pagarlas. En consecuencia, en la perspectiva de Hanlon una deuda es considerada ilegítima si el préstamo original o las condiciones que conlleva el préstamo carecerían de objeto lícito y/o causa lícita.<sup>12</sup>

---

12. Oswaldo Revelo Ron, "La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006", p. 19.

De modo complementario a la propuesta de Joseph Hanlon, Gema Tarafa sustenta que por deudas ilegítimas deben ser entendidas aquellas que “se derivan de préstamos que financian o dan como resultado conductas, mecanismos o fenómenos que atentan contra el desarrollo de la vida digna de las personas y/o ponen en peligro la convivencia pacífica de los pueblos”.<sup>13</sup> Esta argumentación se fundamenta en el principio jurídico de que se trata de préstamos con objeto ilícito, al generar conductas que no son la finalidad, ni el propósito de lo originalmente pactado. En consecuencia, lo ilegítimo es el resultado de un proceso de valoración moral.

Analizar bajo los principios de ilegitimidad expuestos los diferentes procesos de contratación de la deuda externa, renegociación, canje y recompra permite determinar de manera técnica el real destino de los mismos. De manera que todo tipo de conducta, producto de los empréstitos adquiridos, que haya generado un comportamiento atentatorio contra los derechos humanos, evidencia la existencia de tramos y montos ilegítimos en un Estado.

Una deuda ilegítima violenta los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el Derecho internacional. Por su parte, una deuda legítima promueve de forma inevitable la justicia, la igualdad y la realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos.<sup>14</sup>

En el contexto de la experiencia latinoamericana se evidencia cuatro causales de fundamentación jurídica que explican la ilegitimidad del crédito contratado a lo largo de su historia:<sup>15</sup>

- i) Por el origen de las deudas, fraude y falsedad instrumental de los contratos. Es decir que evidencian ilicitud en el motivo o razón que fundamenta, mueve e induce a la obligación contractual. Este es el caso de la estatización de las deudas privadas, sucretización en caso ecuatoriano. Por lo tanto al carecer de causa lícita los contratos son nulos.
- ii) Por el aumento unilateral e ilimitado de las tasas de interés de los créditos contratados a niveles calificados como usureros. Práctica que contraviene las normas convencionales y consuetudinarias del Derecho internacional, a las que hace referencia el art. 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, a través del principio del *rebus sic stantibus*, o cambio fundamental de las condiciones originales del contrato. Así como también las pre-

---

13. Gema Tarafa, *La deuda ilegítima*, p. 1, tomado de Oswaldo Revelo Ron, “La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006”, p. 19.

14. Informe final, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, E/CN.4/ Sub.2/1983/24 y su addendo E/CN.4/Sub.2/1983/24 /Add.1/Rev.1, 18 de julio de 1991, p. 67.

15. Oswaldo Revelo Ron, “La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006”, p. 20.

vistas en el derecho interno positivo de países como Argentina en el derecho de gentes del art. 38, inciso c. del estatuto de CIJ, que reprimen la usura, la excesiva onerosidad sobreviviente de las prestaciones, enriquecimiento ilícito, la lesión enorme. Conducta prohibida tanto en forma civil y penal de los diferentes sistemas jurídicos.<sup>16</sup>

iii) Por los acuerdos del Plan Brady y posteriores canjes que incluían en su renegociación montos ilegítimos históricos y deudas odiosas, que por lo tanto carecían de objeto lícito y eran factibles de haber sido declaradas nulas.

iv) Por la captación de negociadores gubernamentales por parte de firmas pertenecientes a los acreedores. Los cuales empezaban al mismo tiempo a formar parte del proceso de las negociaciones, al representar tanto a los acreedores como a deudores. De esta manera se evidencia la inmoralidad e ilicitud en el motivo o causa que fundamentaba la relación contractual.

El análisis de la doctrina jurídica para determinar la ilegitimidad de la deuda es coincidente con la necesidad de reconocer dos aspectos fundamentales: tanto las circunstancias de las diferentes formas de contratación, como de los términos contractuales originalmente pactados. De manera que se pueda determinar la existencia de abuso por parte del acreedor, objeto ilícito; así como en la condicionalidad de las nuevas deudas contratadas que impendían realizar desembolsos ordenados, causa ilícita.

Finalmente, bajo la perspectiva del análisis que precede se distinguen diferentes tipos de deudas ilegítimas: Deudas de Opresión o aquellas que son el resultado de préstamos empleados para financiar actividades agresivas contra la población, represión, compra de armas contra levantamientos populares y disolución de grupos organizados que atenten al régimen dictatorial; Deudas de Guerra que han financiado actividades bélicas, imperialistas o anexistas; Deudas de Corrupción cuyos fondos se han destinado a cuentas personales de gobernantes, funcionarios públicos o gastos no públicos como desviación de fondos contratados bajo la modalidad de recursos para proyectos sociales; Deudas de Élite como aquellas que fueron estatizadas, fondos que beneficiaron tendencias políticas o intereses privados; Deudas de Desarrollo contratadas bajo la expectativa de satisfacer necesidades sociales urgentes y fueron direccionadas a bancos o proveedores privados y extranjeros.<sup>17</sup>

El análisis de los diferentes tipos de deudas ilegítimas solo puede ser realizado a través de una auditoría. El fundamento de un proceso integral como éste, consiste en

---

16. [http://www.avizora.com/temasquequeman/deuda\\_externa/textos/paises/0002\\_deuda\\_externa\\_alejano\\_olmos\\_hijo.htm](http://www.avizora.com/temasquequeman/deuda_externa/textos/paises/0002_deuda_externa_alejano_olmos_hijo.htm)

17. Oswaldo Revelo Ron, "La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006", p. 21.

realizar un estudio que transparente el ¿cómo se originó la deuda? ¿Quién pidió? ¿Bajo qué circunstancias se originó la deuda? ¿A qué fue destinada? ¿Cómo se gestionó la deuda en el proyecto que financiaba? ¿A qué intereses sirvió?<sup>18</sup>

Una auditoría integral está conformada por dos tipos de departamentos constitutivos: el técnico y el jurídico. Cada uno de ellos gestiona su propuesta en absoluta independencia. Dado que la deuda externa no puede ser analizada *per se* requiere de un conjunto de herramientas históricas en concordancia con el dinámico mercado financiero internacional. De esta manera se evitará un sesgo político en la propuesta de su desarrollo.

Dos son los análisis fundamentales en que coinciden las diferentes perspectivas jurídicas para determinar la ilegitimidad de una deuda externa: las circunstancias de la contratación y los términos de los contratos. Esto es, el conocer si en las contraprestaciones y en las condiciones contractuales existe abuso por parte del acreedor y; si las condiciones, de las nuevas deudas contratadas o sus renegociaciones están libres de estos abusos.

## LA LEGITIMIDAD DE LA DEUDA ECUATORIANA

En el contexto de América Latina el Ecuador, desde el 2000, cuenta con dos precedentes en materia de ilegitimidad. El primero referido al caso argentino en julio de 2000, donde el juez en lo criminal y Correccional Federal Dr. Jorge Ballesteros, estableció la responsabilidad de los funcionarios durante la dictadura de la deuda externa pública contraída en corresponsabilidad con el Fondo Monetario Internacional. El organismo internacional aprobó préstamos ilícitos y fraudulentos, en tanto, la responsabilidad misma para conceder el endeudamiento estuvo en manos de los bancos comerciales. Fallo del que la jurisprudencia argentina señaló tratarse de un caso sin precedentes, pero que no pasó de ser calificado como “importante” por expertos en la deuda odiosa como es el caso de Patricia Adams.<sup>19</sup> Esto dado que la sentencia no tuvo repercusiones internas ni consecuencias directas para los acreedores. Tampoco

---

18. *Ibid.*, p. 20.

19. Patricia Adams, que es una especialista en deuda odiosa, y autora del libro *Odious Deb: Loose Lending, Corruption and the Third World's Environmental Legacy* ha señalado: “El fallo de la Corte Federal de la Argentina sobre la ilegitimidad de las deudas contraídas durante el período dictatorial es importante. Las implicaciones de ese fallo se extienden más allá de las fronteras argentinas y envía un mensaje claro a los ciudadanos de todos los países altamente endeudados que los acreedores internacionales fueron responsables de asegurar que ese dinero prestado fuera usado para los intereses y las necesidades del Estado. Si los acreedores no ejercitan este cometido, sus reclamos a la ciudadanía carecen de legitimidad. En este aspecto el fallo judicial argentino ha servido de precedente importante para una futura resolución de la crisis global de la deuda”, tomado de: [http://www.avizora.com/temasquequeman/deuda\\_externa/textos/paises/0002\\_deuda\\_externa\\_alejandro\\_olmos\\_hijo.htm](http://www.avizora.com/temasquequeman/deuda_externa/textos/paises/0002_deuda_externa_alejandro_olmos_hijo.htm)

la deuda pudo ser canalizada al punto de poder actualizarla bajo la ley de la nulidad, correspondiente al marco de las deudas odiosas.

El segundo referente constituye la propuesta del gobierno de Noruega, ante su propio Parlamento, de asumir y cancelar de manera unilateral en beneficio del estado ecuatoriano una deuda de 520 millones de coronas, unos US \$ 37 millones de dólares. La deuda fue reconocida como ilegítima el 2 de octubre de 2006 y, evidenció el fracaso que había representado la venta de cuatro navieros en la década de los setenta, como un préstamo de ayuda para el desarrollo, con fondos provenientes del gobierno de Noruega. Una deuda renegociada con el Club de París que había transferido un excedente negativo de capital del 92,3% y, que en 22 años apenas había reducido su capital en un 21%.<sup>20</sup> El fallo en esta oportunidad tuvo repercusión internacional beneficiando a otros cuatro países más: Perú, Egipto, Jamaica y Sierra Leona que se encontraban afectados por créditos similares.

En la experiencia directa de la contratación del crédito público en la modalidad con los multilaterales y de carácter bilateral, existen claros ejemplos de irregularidad. Los recursos en muchos de los casos provienen de contratos con objeto ilícito y causa ilícita.<sup>21</sup> Es decir, que se trata de deudas ilegales e ilegítimas, evidenciando claros indicios de enriquecimiento sin causa por parte de los acreedores, en plena complicidad con los órganos de control del estado ecuatoriano. Innumerables proyectos de desarrollo no han sido debidamente auditados y en los cuales se han generado conductas que han privilegiado la obligación de rembolsar la deuda en prelación al cumplimiento de los derechos humanos.

En la concepción de Tarafa existen conductas, mecanismos o fenómenos que se han convertido en habituales en la contratación de los empréstitos. Irregularidades que han sido incluso denunciadas por los mismos organismos internacionales, cuya participación hubiera sido calificada claramente como una ilegalidad. Este es el caso del proyecto de construcción del sistema Carrizal-Chone, para el cual la Corporación Andina de Fomento (CAF) desistió en otorgar su financiamiento en dos oportunidades debido a la contravención del artículo 15 de la Ley de Contratación Pública en la que habría incurrido la CRM y la empresa Constructora. Se trataba en definitiva de brindar un préstamo a un contrato que ya se encontraba firmado y en ejecución.<sup>22</sup>

Los cuestionamientos legales al proyecto surgieron desde el proceso de licitación a la empresa constructora, de origen brasileño, Norberto Odebrecht. La misma que

---

20. Oswaldo Revelo Ron, "La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el periodo comprendido entre 1994-20062, p. 78.

21. *Ibid.*

22. "El Teje y Maneje del Sistema Carrizal-Chone", en *Gestión*, Quito, octubre de 2007.

fue seriamente cuestionada en la contratación de los dos tramos del sistema Carrizal-Chone. A tal punto que en julio de 2007, a los once meses después de haberse firmado el contrato para la II Etapa<sup>23</sup> se conformó una comisión manabita *ad honórem* con finalidad de evaluar tanto la legalidad de la licitación, como el de las condiciones técnicas del proyecto. El informe de la Comisión fue contundente al señalar la existencia de un sobreprecio en el costo por hectárea y declaró insubsistente el proceso contractual llevado a cabo en agosto de 2006. Días más tarde se hizo caso omiso al informe técnico de la Comisión y, con una rebaja de más de 18 millones de dólares y la incorporación de 1.000 hectáreas adicionales por parte de la constructora se mantuvieron las condiciones del contrato originalmente pactado.<sup>24</sup>

El destino final del proyecto consideraba beneficiar a cuatro cantones de la provincia de Manabí, el cual efectivamente no se ha cumplido. Los campesinos del sector literalmente manifiestan *estar muriéndose de sed frente a la fuente*. La constructora fue expulsada del Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 1348, el 23 de septiembre de 2008 y a la presente fecha el órgano contratante de la ejecución del proyecto, la Corporación Reguladora de Manabí, adjudicó en noviembre de 2008 la administración del proyecto hidrológico a una empresa japonesa. En tanto, los beneficios esperados por la operatividad de la I Etapa y de las obras complementarias, autorizadas desde el mes de agosto de 2007, llegaban al 3% de lo proyectado para agosto del mismo año.

Las conductas ilícitas en la contratación del proyecto Carrizal-Chone surgen también en la contravención del art. 101 de la Ley de Contratación Pública que reajusta la empresa constructora con el respaldo de la empresa fiscalizadora Engevix-Acolit, durante la ejecución de la I Etapa. El nuevo costo del proyecto fue superior al 10% de lo permitido por la ley, encareciéndolo significativamente en un 25,6% de lo originalmente presupuestado.<sup>25</sup> Así también, surgen vicios de nulidad en la declaratoria injustificada como obra de emergencia al 30 de mayo de 2006 y que finalmente la eximió de cumplir con una serie de procedimientos contractuales, cuando las condiciones ambientales eran completamente idóneas.

La argumentación expuesta constituye una muestra de una serie de prácticas habituales recogidas en la investigación llevada a cabo en la disertación “La legitimidad de la Deuda Externa Ecuatoriana para el período comprendido entre 1994-2006” y que ponen de manifiesto las recurrentes irregularidades en la contratación histórica

---

23. *Testimonio de la Escritura de Contrato de Construcción del Sistema Carrizal-Chone II Etapa*, No. 1403, Tosagua, 22 de noviembre de 2006.

24. Oswaldo Revelo Ron, “La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006”, p. 82.

25. *Ibid.*, p. 85.

de la deuda ecuatoriana. De manera que a base de la argumentación jurídica es subsistente afirmar que si un contrato de préstamo tiene objeto y/o causa ilícita en conformidad con art. 1507 y el art. 1510 respectivamente del Código Civil ecuatoriano, de manera que contraviene la ley, las buenas costumbre o al orden público, el contrato por lo tanto puede ser declarado como nulo. La cual estaría en conformidad con el art. 1724 del Código Civil y como aclara el art. 1725 “la nulidad producida por un objeto o causa ilícita (...) son nulidades absolutas”<sup>26</sup> la misma que deberá ser declarada solamente por un juez.

### **LA EXPERIENCIA DE LA AUDITORÍA EN EL ECUADOR DE LA DEUDA EN LOS ÚLTIMOS TREINTA AÑOS (1976-2006)**

El Ecuador ha experimentado en los últimos tres años dos procesos de investigación para las diferentes formas de contratación de la deuda externa a partir de 1976 hasta el 2006. El primero de ellos surgió mediante Decreto Ejecutivo No. 1272, durante el gobierno de Alfredo Palacio, el 11 de abril de 2006, y creaba la Comisión Especial de Investigación de la Deuda Externa (CEIDEX). En febrero de 2007 se entregó un informe definitivo en el cual advertía de algunas irregularidades en los procesos de contratación de la deuda de los últimos 30 años, el cual sin embargo no tuvo mayor repercusión en el ámbito nacional y soportó severas críticas internas y externas sobre sus fundamentos técnicos. Cinco meses más tarde en el gobierno de Rafael Correa, por Decreto Ejecutivo No. 472 creó, el 24 de julio, la Comisión para la Auditoría Integral sobre el Crédito Público (CAIC). Su finalidad era la de determinar la legitimidad, legalidad, transparencia, calidad, eficacia y eficiencia del proceso de contratación, renegociación del endeudamiento público, el origen, destino de los recursos y la ejecución de los proyectos contratados.

La más reciente Auditoría Integral del Crédito hizo público su informe el 20 de noviembre de 2008, luego de haber creado expectativa e incertidumbre en el mercado financiero internacional por la mora técnica declarada por el Ecuador, cinco días antes. El 15 de noviembre el país anunció hacer uso de su derecho para acogerse a los treinta días de gracia contenidos en los convenios de contratación, hasta decidir el pago o no de los intereses por 30,6 millones de dólares correspondientes a los Bonos 2012. La deuda de estos bonos asciende a octubre de 2008 a los US \$ 510 millones de dólares.<sup>27</sup> Y, en conformidad con el Informe de la Comisión los

26. *Código Civil. Legislación Conexa-Concordancia-Jurisprudencia*, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 308.

27. Ministerio de Finanzas, tomado de *El Universo*, “Pago de la deuda se definirá luego de un informe final”, 16 de noviembre de 2008, p. 3.

Bonos Global 2012 formarían parte de la deuda corrupta, ilegal e ilegítima.

La reacción del mercado internacional ante la suspensión del pago por parte de las autoridades del Ecuador y su condicionalidad al informe interno no se hizo esperar y, el índice que mide la solvencia del país para pagar la deuda externa, el riesgo país, al 19 de noviembre de 2008 se ubicaba en los 4.457 puntos.<sup>28</sup> En tanto, el nerviosismo entre los tenedores de los bonos impactó en el rendimiento y el precio de los Bonos Global 2012 se colocaron en el 34% para la compra y 40% para la venta.<sup>29</sup> Por su parte, el Banco Central del Ecuador retiró de su página web la disponibilidad de la información actualizada para el riesgo país.

Un escenario similar se produjo en julio de 2000, una vez declarada la moratoria unilateral en septiembre de 1999 por el gobierno de Jamil Mahuad. Un default que se constituía en un precedente internacional para los Bonos Brady y eurobonos que ascendían a US \$ 6.946 millones de dólares.<sup>30</sup> En esta oportunidad el riesgo país alcanzaba los 4.712 puntos, la incertidumbre impulsó la intervención de los fondos buitres, las líneas de crédito internacional se cerraron y finalmente los acreedores hicieron uso de la cláusula del Cross Default.

En la actualidad los Bonos Global ascienden a los US \$ 3.860 millones de dólares, distribuidos en US \$ 510 millones en Bonos 2012, US \$ 650 millones en Bonos 2015 y US \$ 2.700 millones de dólares en Bonos 2030.<sup>31</sup> Los Bonos Global fueron el resultado del canje de los Bonos Brady, renegociados con la banca comercial entre 1994 y 1995, bajo la iniciativa Brady. La reconfirmación de los pasivos se efectuó bajo el vehículo legal de la novación objetiva y la novación en la figura del cambio de deudor, así el Estado ecuatoriano asumió la responsabilidad que se encontraba depositada en el Banco Central. La operación por los Brady ofrecía condonar el 16% bajo cuatro mecanismos financieros que involucraban tanto el capital como los intereses atrasados.<sup>32</sup> El contexto de la renegociación de la deuda comercial se efectuó luego de seis años de haberse declarado de moratoria unilateral en 1987 y la firma en diciembre de 1994 del Convenio de Garantías de Derechos denominado *Tooling Agreement*.

---

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. Oswaldo Revelo Ron, "La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006", p. 42.

31. Ministerio de Finanzas, tomado de *El Comercio*, "Todos los Bonos Global, en la mira", 18 de noviembre de 2006, p. 6.

32. Oswaldo Revelo Ron, "La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006", p. 35.

La firma de este Convenio que fue autorizado mediante Decreto Ejecutivo No. 333, en el gobierno de Sixto Durán Ballén, se ha convertido a través del Informe de la CAIC en el concepto jurídico fundamental en la determinación de los tramos ilegítimos en el contexto de la prescripción de la deuda. Sin embargo, cabe aclarar que una prescripción de la deuda ecuatoriana debía ser declarada por un juez, debido a que no existe la prescripción de pleno derecho. Con lo cual quedaba seriamente cuestionado el criterio de ilegalidad señalada por la Comisión auditora.

Debe reconocerse sin embargo, que la instauración de una Comisión que investigara la legalidad e ilegitimidad de los créditos contratados, a diferencia de países como Brasil y Uruguay, donde se realizaron auditorias ciudadanas de la deuda externa, el Ecuador lo ha impulsado desde la iniciativa del gobierno. A este medio aporta de manera significativa la vigésima Carta Política elaborada en Montecristi e inscrita el 20 de octubre de 2008 en el Registro Oficial No. 449. La nueva Constitución determina por primera vez en su art. 289 que será el Estado quien “promoverá las instancias para que el poder ciudadano vigile y audite el endeudamiento público”. Por otro lado, también legitima en su art. 290 numeral 5: “la impugnación de las deudas que se declaren ilegítimas por organismos competentes”. Donde la iniciativa expresada por su presidente de crear un Tribunal internacional imparcial y especializado para resolver demandas de ilegitimidad aún no se han concretado.

## CONCLUSIONES

- El análisis de la ilegitimidad de la deuda contratada por un Estado necesita considerar la importancia y el sentido de la figura del contrato, en la medida que este se constituye en la parte más importante de todas las fuentes de las obligaciones, y la trasgresión de cualquiera de sus requisitos es fundamento de ilegalidad de toda la relación contractual.
- Los conceptos jurídicos fundamentales sobre los cuales se puede llegar a determinar tanto la legalidad, como la ilegitimidad en la contratación de deuda externa, es la existencia o no de objeto ilícito y/o de causa lícita en las obligaciones originalmente pactadas.
- El desarrollo de la doctrina de la ilegitimidad se fundamenta, en primer lugar, en el reconocimiento del Derecho internacional de las denominadas deudas odiosas y, en segundo lugar, en la determinación de los diferentes tipos de responsabilidades por parte del acreedor, en las diferentes operaciones crediticias y de su incidencia en el principio de riesgo moral. Por su parte, los organismos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, han incluido el tema de las deudas odiosas de manera regular desde el 2002 en ponencias alusivas

a la reducción de la pobreza. En tanto el Banco Mundial en su informe *Odious debt: some considerations*<sup>33</sup> cuestiona la aplicabilidad de esta doctrina y sugiere la negociación de las deudas por conversión en deudas sostenibles.

- Desde la perspectiva de Joseph Hanlon y Gema Tarafa se considera como deudas ilegítimas a las que han procedido de préstamos que han violado la ley, el bien público, fueron injustas, deshonestas. Préstamos que han dado como resultado conductas, mecanismos o fenómenos que han deteriorado la vida digna de las personas y atentado contra su desarrollo. En el contexto de América Latina la mayoría de los préstamos han sido otorgados bajo condiciones inapropiadas. Es decir, se trata de deuda contratada con causa ilícita
- La abultada deuda externa pública, en el caso ecuatoriano, se originó durante la dictadura militar de 1972, la misma que llegó a representar el 82,5% del PIB en la crisis de 1999 con un monto total de US \$ 13.752,40 millones de dólares.<sup>34</sup> La historia crediticia del país ha estado empañada por episodios de sucesivos retrasos, moras técnicas y dos moratorias. Las continuas renegociaciones no significaron capital fresco. En consecuencia, el cumplimiento de sus obligaciones se privilegiaron ante el cumplimiento de la deuda social. Pagos que en muchos de los casos violentaron los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en los convenios internacionales. De manera que dicha deuda se convierte en ilegítima, dado que promueve en forma inevitable la injusticia, la desigualdad y la trasgresión de los derechos fundamentales. Y toda violación a los derechos humanos genera responsabilidades civiles y penales para quienes las han generados con sus acciones.<sup>35</sup> Por ello es fundamental determinar responsabilidades, tanto de los acreedores como de los que participaron representando al Ecuador.
- Mediante un proceso de auditoría se puede llegar a demostrar la existencia de deuda que contraviene la ley, las buenas costumbres y el orden público. Es decir préstamos con objeto ilícito y/o causa ilícita, contratos que en conformidad con el derecho público interno pueden ser declarados nulos, con el carácter de nulidad absoluta, la misma que solamente dictaminará un juez.

---

33. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTTEMAS/EXTCSOSPANISH/0,,contentMDK:21857926~pagePK:220503~piPK:264336~theSitePK:1490924,00.html>

34. Oswaldo Revelo Ron, "La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006", p. 42.

35. La criminalidad económica es solo definida por la ley penal... está formada por los comportamientos no criminalizados -ya por no estar tipificados penalmente o bien porque, estándolos, no son perseguidos pero son socialmente lesivos. Fuente: [http://www.lainsignia.org/2002/diciembre/der\\_004.htm](http://www.lainsignia.org/2002/diciembre/der_004.htm), tomado de Oswaldo Revelo Ron, "La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006", p. 63.

- La experiencia de la Auditoría en el caso ecuatoriano al declarar serios indicios de ilegitimidad en algunos tramos de su deuda, considerando el contexto histórico de su agresivo endeudamiento, constituye un hecho de singular importancia. Sin embargo, su relevancia dependerá del precedente jurídico que logre sentar el Estado en los tribunales internacionales y de su estrategia conciliadora con los acreedores. Un escenario de plena confrontación y un anticipo por parte de los tenedores, en el caso de los Bonos 2012, de la declaración acelerada de sus pagos, solo empeoraría aún más el clima ya adverso para acceder al crédito en el mercado internacional de capitales.

La presentación de demandas internacionales por las deudas ilegítimas o suscritas con irregularidades, anunciadas por el Ecuador una vez hecho público el Informe el 20 de noviembre, no cuentan en la práctica con tribunales imparciales y especializados en este tipo de controversias. Según analistas internacionales como Enrique Álvarez,<sup>36</sup> consideran que el país no irá más allá de la confrontación verbal con los tenedores de Bonos Global.

Por otro lado, una demanda ante las agencias de la ONU, tal como lo sugiere Hugo Arias, miembro de la CAIC, deberá estar sometida a las resoluciones de la Corte de los Derechos Humanos, y circunscrita al diálogo político entre acreedores y deudores sobre la base del principio de la responsabilidad compartida, elaborada el 5 de febrero de 1996. Esta se sustenta a su vez en dos directrices: el principio de la igualdad soberana y el de la libre determinación de los pueblos que permita formular una solución equitativa y duradera de la deuda externa. Sin embargo, a la fecha no existe precedente alguno sobre deudas ilegítimas que haya resuelto este organismo. Una vía legal que por la naturaleza relacionada con el crédito puede tomar años, siempre y cuando sean aceptadas en los tribunales internacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Cabanelas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1998.
- CADTM, *Le droit international, un instrument de lutte? Pour une justice au service des peuples*, CADTM/Syllepse, Liège, París.
- Código Civil*, Legislación conexas-Concordancias-Jurisprudencia, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a agosto de 2007.

---

36. Jefe de estrategia de deuda en IDEA Global en Nueva York.

*Constitución Política del Ecuador*, Comentarios, Legislación conexas, Concordancias, Quito, actualizada a octubre de 2008.

“El teje y maneje del sistema Carrizal-Chone”, en *Gestión*, Quito, octubre de 2007.

[http://www.avizora.com/temasquequeman/deuda\\_externa/textos/paises/0002\\_deuda\\_externa\\_alejandro\\_olmos\\_hijo.htm](http://www.avizora.com/temasquequeman/deuda_externa/textos/paises/0002_deuda_externa_alejandro_olmos_hijo.htm)

[http://www.lainsignia.org/2002/diciembre/der\\_004.htm](http://www.lainsignia.org/2002/diciembre/der_004.htm)

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTTEMAS/EXTC-SOSPANISH/0,contentMDK:21857926~pagePK:220503~piPK:264336~theSitePK:1490924,00.html>

Informe final, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, E/CN.4/ Sub.2/1983/24 y su addendo E/CN.4/Sub.2/1983/24 /Add.1/Rev.1, 18 de julio de 1991.

Hanlon, Joseph, *Defining Illegitimate debt and Linking Its Cancellation to Economic Justice*, Londres, Open University Milton Keynes, 2002.

Ministerio de Finanzas y Crédito Público del Ecuador, *To All Holder's of Existing Bonds*, carta circular, Quito, 2000.

Revelo Ron, Oswaldo, “La legitimidad de la deuda externa pública en el Ecuador para el período comprendido entre 1994-2006”, tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, octubre de 2008.

Tarafa, Gema, *La deuda ilegítima*, Observatorio de la Deuda en la Globalización, 2000.

Teitelbaum, Alejandro, “Deuda externa y derechos humanos I”, en *La Insignia*, España, 2002. [www.lainsignia.org/](http://www.lainsignia.org/)

*Testimonio de la Escritura de Contrato de Construcción del Sistema Carrizal Chone, II Etapa*, No. 1403, Tosagua, 22 de noviembre de 2006.

Troya, José Vicente, *La legalidad de la deuda externa*, Quito, FONDAD, 1991.

Villegas, Héctor B., *Ciencias de las finanzas, Derecho financiero y tributario*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1980, 3a. ed.

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2008

Fecha de aceptación: 2 de octubre de 2008