

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

INFORME A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

FEBRERO DE 2008

La Comisión para la Auditoria Integral sobre el Crédito Público (CAIC), fue creada el 9 de julio de 2007, por el Presidente de la República Rafael Correa Delgado, mediante decreto ejecutivo No. 472.

Tiene como función principal “auditar el proceso de contratación de los convenios, contratos y otras formas o modalidades contractuales para la adquisición de créditos, obtenidos por el sector público del Ecuador, provenientes de gobiernos, instituciones del sistema financiero multilateral o de la banca y sector privado, nacional o extranjero, desde 1976 hasta el año 2006.

La comisión está presidida por el Ministro de Finanzas representado por el Economista Ricardo Patiño. Tiene cinco miembros fundacionales representantes de las organizaciones sociales y tres miembros internacionales con sus respectivos alternos.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL ESTADO DE LA DOCUMENTACIÓN DE LA DEUDA EXTERNA

En el inicio del trabajo de la CAIC se enfrentó problemas de logística y dificultades en el acceso a la información e indebido manejo y archivo de documentos, contratos, y del seguimiento del uso de los recursos.

En definitiva, que la realización de una Auditoria, en las condiciones apuntadas, resulta una tarea extremadamente difícil de realizar, ya que se cuenta con escasos elementos que el rigor metodológico de este tipo de trabajos requiere.

II. CONSIDERACIONES LEGALES

Sobre el concepto de soberanía

Con la introducción del *Foreign Sovereign Immunity Act*, en 1976 y la *State Immunity Act* en 1978, se estableció la jurisdicción del Juzgamiento en los tribunales norteamericanos e ingleses de Estados, a aquellos Estados que hubieran renunciado expresamente a la inmunidad que les brinda su soberanía

Resulta inaceptable, sostener, que la reestructuración de la deuda pública del Estado, es un acto meramente comercial y no un acto de soberanía, por el cual el Estado, renegocia su deuda. No es lo mismo la emisión de títulos que pueda

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

hacer un banco privado, o los contratos que celebre con cualquier agente financiero, que obligaciones que el Estado contrae en virtud del ejercicio de su poder público. Es más que evidente que un empréstito público es un contrato de derecho administrativo donde una de las partes es un Estado soberano que tiene ciertas facultades reconocidas unánimemente por la doctrina como lo señala Conesa, y en consecuencia esos actos no puede ser nunca actos comerciales, sino actos *iure imperii*, aunque, en general siempre se les trate como actos privados.

Tal concepción jurídica, niveló los actos del Estado equiparándolos a los efectuados por los grupos financieros internacionales, olvidando que “El Estado en virtud de su fin, el bien público o bien común, tiene un rango superior al de cualquier otra persona en el ámbito de la sociedad humana. Esa superioridad deriva de la índole de su finalidad, que está constituida por el bien más alto, el bien Supremo, el que desplaza y subordina a todos los otros bienes de la comunidad.

La autonomía de la voluntad

En materia de contratos internacionales, y a pesar de la divergencia doctrinaria, las leyes de Estados Unidos e Inglaterra, siempre se han inclinado por reconocer la autonomía de la voluntad, cuyo primer antecedente parte del dictamen de Lord Mansfield, en 1760, en el caso *Robinson vs. Bland*, donde se estableció que la intención explicitada por las partes al celebrar el contrato, era el principio aplicable al mismo, con prescindencia de normas legales. Este sistema de la “*proper law*” se fue perfeccionado en el derecho anglosajón y fue así que Lord Atkin en un célebre caso, determinó que “Los principios legales que deben guiar a los tribunales en lo relativo a la “*proper law*” están ahora bien establecidos y es la ley que las partes pretendieron aplicar. Su intención va a ser determinada en base a la intención expresada en el contrato si es que la hay, la cual será concluyente”¹ y en el caso *Vita Foods*, Lord Wright dijo que “Actualmente está claramente establecido que según la ley inglesa...la “*proper law*” del contrato es la ley que las partes designaron como aplicable. Esa intención se determina objetivamente, y si no es expresa, será deducida de los términos del contrato y de las circunstancias conexas relevantes”². Ahora bien si los acreedores han pretendido imponer este principio, no tiene aceptación universal y en Estados Unidos, hubo claras oposiciones a tal principio, además que respecto a la elección de la jurisdicción “históricamente los tribunales del “*comon law*” fueron contrarios a dichas cláusulas , salvo que se pudiera demostrar que el tribunal elegido contractualmente era el más conveniente para las partes, que el tribunal integraba un sistema legal justo y no influenciado, y

¹ *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft*, 1936, citado por Lowenfeld en *Conflicts of Laws: Cases and Materials Series*. 1986

² Lowenfeld. Ob. Cit, pag.247

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

que ningún resultado probable a que pueda llegarse en el foro elegido violara el orden público de los Estados Unidos³.

El concepto de lesión y el principio rebus sic stantibus

Hay una gran cantidad de cuestionamientos internacionales a tal principio, especialmente, en varios países de Europa y América Latina, que como señalara Lando “Una parte débil enfrentada con la alternativa de adherir a los términos establecidos por la otra parte o de no contratar en absoluto, puede encontrar que esa libertad es ficticia. Más aún, algunos contratos son objeto de un intenso interés público. El principal propósito de la legislación que los regula es proteger a la parte contra términos restrictivos o injustos...La libertad de las partes de elegir la ley aplicable dependerá de una ponderación de intereses por un lado, los intereses de la comunidad con la cual la transacción tiene contactos”⁴

Si analizamos aún restrictivamente la lesión ocasionada por el endeudamiento, producto de políticas vulgares y agraviantes que no han tenido en cuenta los derechos del pueblo y la defensa de la República, es posible observar que se afectó el patrimonio público, como consecuencia de esas políticas, que determinaron no solo el despojo de los bienes de la comunidad, sino una asociación cuasi delictiva entre funcionarios del Estado y los representantes de grupos financieros internacionales, que en todos los casos impusieron sus condiciones, limitando el crecimiento del país, debido a las grandes transferencias de fondos que debieron hacerse.

Sobre esta modificación de las circunstancias ulteriores a la celebración de los contratos, han existido diferentes criterios, pero el realismo jurídico, ha planteado la operatividad de la cláusula rebus sic stantibus. Martens fue categórico al señalar que los efectos de un convenio internacional cesan, según el derecho, entre otros ítems, “cuando se verifica una modificación esencial de las circunstancias en virtud de las cuales ha sido celebrado. Los contratos se firman siempre con la condición implícita de que permanecerán en vigor mientras que las circunstancias en las que hayan sido firmados no se modifiquen”⁵ Resulta de la naturaleza de los convenios internacionales el hecho de que el Estado, racionalmente, solo puede obligarse para conseguir un fin político, y toda obligación contraída por él solo es válida en cuanto esté conforme con dicho fin.

³ Fresnedo de Aguirre Cecilia, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, pág. 10

⁴ Citado. Por Fresnedo de Aguirre. C. ob. Cit. Pág. 97

⁵ F. de Martens, *Tratado de Derecho Internacional*, con prologo y notas de Joaquín Fernández Prida, Ed. La España Moderna, Madrid, To I, pág. 527

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

Por este motivo, el efecto de los tratados sólo cesa cuando se verifica, en la situación recíproca de las partes contratantes, un cambio tal que pueda determinar que el fin que se propone conseguir el convenio no pueda alcanzarse, convirtiéndose el mantenimiento del acto en un peligro para el Estado. Jéze, con su obsesiva preocupación por los temas inherentes a las obligaciones del Estado, estudió profundamente la cuestión y publicó sus conclusiones sobre la cuestión, estableciendo que a esta eventual alteración de los contratos debía observársela también desde el lado del enriquecimiento ilícito. Para Verdross, no se trata de una cláusula convencional efectiva o sobreentendida, sino de un principio jurídico internacional objetivo. Este autor entiende que la formulación rigurosa de esta cláusula no puede cuestionarse y citó un fallo del Supremo Tribunal Alemán del 29 de junio de 1925, en el litigio entre Bremen y Prusia, que declaró posible, con referencia al Derecho Internacional, la extinción de un tratado como consecuencia de una alteración profunda de las circunstancias de hecho que sirvieron de base a dicho tratado.⁶

Estos conceptos se presentan como elementos para comprender los tipos de problemas que se comienzan a encontrar en los contratos ecuatorianos con acreedores multilaterales, comerciales y algunos bilaterales. Otros créditos bilaterales se sujetan sus leyes nacionales y no a las leyes del Estado de Nueva York, o de Londres.

II. DEUDA MULTILATERAL

A partir de la crisis de la deuda externa desatada en América Latina en los años 80 debido principalmente a la decisión unilateral de la Reserva Federal de EEUU de incrementar las tasas de interés internacionales, el FMI asume el rol de cobrador de los acreedores a través de los Programas de Estabilización Macroeconómica y Ajuste Estructural detallados en sus Cartas de Intención. Efectivamente en 1983 el Ecuador firma la primera Carta de Intención con el FMI y después otras 13 más hasta el año 2003.

Los Cartas de Intención definen la política económica que deberá seguir el país con el fin de asegurar el pago de la deuda externa, pero además reducir el rol del Estado, debilitando sus instituciones, con el fin de facilitar la privatización de empresas y recursos estratégicos del país y transferirlos al sector privado, así como de abrir sus mercados a los intereses financieros y comerciales.

Los ejes fundamentales de la reforma estructural son los de privatización, apertura de mercados, flexibilización laboral, disminución del gasto público, y cambios estructurales en la conformación del Estado y en la definición de las políticas públicas y en el marco legal fundamental.

⁶ Alfredo Verdross, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1978, 6ª Ed. Pág. 232

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

El Banco Mundial es quien se encarga, a través de créditos condicionados, de llevar adelante estas transformaciones económicas, jurídicas, institucionales y sociales, junto con las agencias regionales de desarrollo como el BID, la CAF y otras.

La deuda multilateral entre 1976 y 2006 comprende 286 créditos de organismos multilaterales que representan el 42% del total de la deuda, y 386 créditos de gobiernos, bancos del exterior, emisiones de bonos y proveedores, que cubre el 58% restante.

Se auditarán:

- a. Período de negociaciones previo a la Fase de Preparación del Proyecto.
- b. Fase de Preparación del Proyecto.
- c. Fase de contratación del crédito.
- d. Fase de Ejecución del Crédito.
- e. Fase de Evaluación, Informes de Misiones y cambios de términos., Informes de Cierre.
- f. Evaluación de los resultados positivos o negativos alcanzados con el crédito.

Se revisará información en el Ministerio de Finanzas, Banco Central del Ecuador, y unidades ejecutoras de los créditos respectivos. Además se recopilará información existente relacionada con cada uno de los créditos, entre ellas la investigación que al respecto tiene la CEIDEX

La CAIC ha desarrollado una matriz de criterios que han guiado la Auditoria en la parte correspondiente a los efectos de los prestamos sobre le economía, la población, el medio ambiente, de una parte y de otra identificar los beneficiarios directos, e.g. consultoras, empresas de abogados, y beneficiarios indirectos. Se estimará cuanto de los préstamos están orientados a la contratación de consultorías y cuánto a proyectos reales.

La auditoria de los créditos se inició, en la mayoría de los casos, a partir de diciembre del 2007. Esto debido al tiempo requerido para la aprobación del Presupuesto de la CAIC y la conformación del equipo investigador.

El avance de la auditoria de los créditos depende principalmente del acceso a los archivos de documentos en el Ministerio de Finanzas, Banco Central del Ecuador y principalmente las unidades ejecutoras. En muchos casos se han encontrado abundantes archivos dispersos, documentos desordenados en bodegas, sin organización ni registros, e incluso extravío de carpetas, salvo

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

pocos casos donde ha sido viable la localización de documentos. El avance depende también del acceso a investigaciones previas existentes.

III. DEUDA BILATERAL

Esta sección revisará los contratos de deuda bilateral de los siguientes países: Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, España, el Reino Unido, Brasil, Japón, Israel, y Estados Unidos. Lo que intentará será buscar si hay argumentos sólidos sobre ilegitimidad en algunos de los casos. En segundo lugar esta sección revisará cláusulas de préstamos que son convencionales. En líneas generales, de lo revisado, se concluye que las cláusulas están sesgadas a favor del acreedor. En los Acuerdos de Consolidación del Club de Paris, luego de revisar los convenios de consolidación se ha concluido que se puede determinar fácilmente como fue la espiral del costo de intereses en dichos renegociaciones.

Para efectuar esta parte del trabajo, la subcomisión de créditos bilaterales ha tenido que recurrir a los documentos de soporte que existen en los gobiernos acreedores y para esto ha tenido la ayuda de diferentes instituciones y ONGs internacionales en los países acreedores.

Una primera revisión de créditos bilaterales ha dado como resultado que existen cláusulas comunes en casi todos los contratos que son cuestionables e injustas para el deudor tales como tasas altas de interés pactadas, con tasas aún más altas de interés de mora. No se ha visto aún si el precio de las exportaciones es un sobreprecio o un precio justo aunque se ha podido determinar que en algunos casos hay pagos de comisiones de firma y compromiso y gestión, por encima del promedio. El trabajo sigue en marcha.

Todo indica en las operaciones con el Club de Paris que se efectúan capitalizaciones de intereses, anatocismo, y que esto debe ser estudiado con mayor profundidad.

La revisión de algunos contratos da evidencia que hay interferencia en la libertad de definición de políticas de parte del gobierno ecuatoriano cuando se condiciona el desembolso del préstamo a forma de administración de actividades, de la misma manera en que lo hacen los organismos multilaterales cuando se refieren a la condicionalidad. Se ha encontrado adicionalmente que algunos préstamos tienen cláusulas que permiten la venta del instrumento de parte del acreedor a otros inversionistas.

El trabajo debe de proseguir con detalle con los otros acreedores oficiales para determinar conclusiones y recomendaciones generales así como terminar de

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

revisar los documentos obtenidos y de visitar los proyectos financiados con esta ayuda.

IV. DEUDA COMERCIAL

En el informe preliminar referente a la auditoria de la deuda externa del Ecuador con los bancos privados, comprendido entre el período 1976 a 2006, efectuada por la Subcomisión de Deuda Comercial de la CAIC, en el proceso de revisión, levantamiento y análisis de la información hasta la presente obtenida, concerniente al tema en cuestión se ha determinado lo siguiente:

1. Se analizó las cifras y los flujos financieros de la deuda externa comercial en base a las estadísticas publicadas por el Banco Central del Ecuador, que permitió efectuar un análisis cuantitativo y evolutivo general sobre la deuda comercial en el período comprendido de 1976 a 2006.

Evidenciándose como la deuda comercial a partir del año 1976 empieza a incrementarse siendo su origen el período de la Dictadura Militar. Este análisis indica claramente que la deuda actual es ilegítima, debido a que en los 25 años de los treinta analizados, se observa que hubo salida neta de recursos del país del país a favor de los acreedores, y que esta salida neta total en los 30 años sumó US\$ 7,130 MM, de acuerdo con los datos del Banco Central. Además, se evidenció que la deuda actual corresponde a la misma deuda comercial original refinanciada por varias ocasiones y que se sigue canjeando en sucesivos procesos hasta la actualidad, con los Bonos Global.

2. Se muestra que a partir del año 1982, mediante la crisis provocada por la elevación de las tasas de interés internacionales debido a una decisión unilateral de los Estados Unidos, el Ecuador fue obligado a adoptar un programa de “Estabilización Económica”; sometiéndose a un proceso de ajuste estructural impuesto por los acreedores y las Instituciones Multilaterales, cuyo objetivo principalmente era garantizar el pago de la deuda. Este programa comprometió toda la economía y generó impactos sociales nefastos para el pueblo ecuatoriano, vigente hasta los años actuales. Esto representa también una importante razón de la ilegitimidad de la deuda actual, porque el proceso del endeudamiento no fue un proceso que garantizó la “estabilidad y reactivación económica” del país, y por el contrario constituyó una herramienta de saqueo de recursos financieros.

3. Se describe los primeros avances de la auditoria del proceso denominado Sucretización analizando una parte de la normativa que beneficio a los deudores privados y posteriormente viabilizó el proceso de sucretización.

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

Adicionalmente, se ha realizado un análisis preliminar de casos sucretizados, en el cual se han encontrado inconsistencias en la información presentada por institución financiera.

4. Se analizó los continuos refinanciamientos y la perpetuación de una misma deuda externa comercial ilegítima. Así como, el rol del Fondo Monetario Internacional (FMI) en los antecedentes de la contratación del Plan de Financiación de 1983, como este paquete fue impuesto al país por la banca privada y las instituciones internacionales; y, además, los continuos refinanciamientos a partir del año de 1983.

Los aspectos vistos han permitido encontrar elementos contundentes para probar la ilegitimidad de la deuda externa comercial, como se analizó detalladamente a continuación.

5. Se analizó la crisis de 1987, la suspensión de pagos de intereses de la deuda comercial durante seis años consecutivos a raíz de la suspensión de la exportación petrolera por causa del terremoto del nororiente. De acuerdo a la Ley de New York y Londres, a las cuales estaban sometidos los préstamos de de la deuda comercial, el Ecuador estaba entrando en el período de prescripción de dicha deuda por un monto de aproximadamente de USD 7.580 MM.

Ante esta situación el Ecuador firmó el Convenio de Garantía de Derechos denominado en ingles "Tooling Agreement", mediante el cual fueron resucitadas de manera expresa cada una de las deudas originales, de las renegociaciones, incluyendo los intereses las moras y todos los créditos frescos que hubieran sido concedidos para el pago de nuevas deudas.

6. Se analizó la conversión de la deuda "resucitada" en los Bonos Brady. El Plan Brady, instrumento creado por Nicholas Brady (que para el momento de su implementación era el Secretario del Tesoro de los Estados Unidos), canjeó la deuda comercial ecuatoriana en el año 1995. Parte de esos bonos Brady (Discount y Par) eran respaldados por bonos cero cupón del tesoro de los Estados Unidos..

7. El canje de la deuda externa comercial fue de los Bonos Brady y Eurobonos para los Bonos Globales realizado a mediados del año 2000, luego de que Ecuador declaró unilateralmente una nueva moratoria en el pago de la deuda externa.

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

V. DEUDA INTERNA

A partir del Plan Brady, ha existido una estrategia de sustituir deuda externa por interna dando la impresión equivocada que se está reduciendo la deuda pública cuando en realidad se mantiene relativamente en el mismo nivel de 1994. Esta deuda en forma de bonos y certificados de tesorería han sido adquiridos principalmente por la banca privada nacional e internacional. Entre 1992 y 1994 la deuda interna se más que sextuplicó de 256 a 1,701 millones de dólares. Luego en 1996 volvió a crecer y en 1999 se estabilizó en 3,200 millones de dólares. Las últimas emisiones de deuda interna son para efectuar reingenierías de deuda externa. La deuda interna es en parte de corto y en parte de largo plazo, siendo la relación 60% de largo y 40% de corto plazo. El gran tenedor de certificados de Tesorería de corto plazo es el Instituto Ecuatoriano del Seguro Social quien tiene el 75% del total.

Una primera aproximación ha revelado que en parte los bonos estaban destinados al pago del servicio de la deuda externa hasta por 5,244 MM USD entre 1996 y 2006. Otra cantidad importante de 2,175MM USD fue para capitalizar al Banco Central del Ecuador en especial en 1999. En total, el 81% de las emisiones de bonos del Estado estuvieron orientadas al servicio de la deuda externa y salvatajes bancarios, y 13% a proyectos.

La existencia de bonos AGD (Agencia Garantía de Depósitos) está orientada a los rescates bancarios tanto de los bancos en el país como de sus sucursales offshore.

CONCLUSIONES PRELIMINARES

- Es un informe preliminar, sin embargo hay indicios y hallazgos importantes que requieren ser debidamente sustentados.
- Se requiere del apoyo de las instituciones del Estado para que facilite el trabajo.
- Se esta realizando un trabajo histórico por tanto debe determinarse las responsabilidades de acreedores y de ejecutores locales.
- Propuesta: constituir un archivo organizado y centralizado de deuda, es una oportunidad para proteger y preservar la documentación
- Los hallazgos realizados con respecto a las cláusulas pueden ser herramientas de presión política en los acreedores para conseguir mayores concesiones.

COMISIÓN DE AUDITORIA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO



Adscrita al Ministerio de Finanzas
Creada 9 de julio de 2007
Decreto Ejecutivo 472

- Evitar éstas cláusulas en futuros contratos.
- Buscar foros alternativos al Club de Paris para negociaciones futuras.

Ciudad Alfaro, Montecristi 21 de febrero de 2008

Econ. Franklin Canelos Castillo
VICEPRESIDENTE CAIC

Patricia Dávila Aveiga
COORDINADORA EJECUTIVA CAIC