

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Naturaleza Jurídica de los Fondos de Contravalor en el contexto de Canje de Deuda Externa gestionado a través del Club de París. El caso del Fondo Italo-Ecuatoriano y sus efectos en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

Sarita Michelle Espín Meneses

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito

20 de mayo de 2010

© Derechos de autor
Sarita Michelle Espín Meneses
2010

Dedicatoria

A María Eugenia
A Sebastián
A la Universidad San Francisco de Quito

Agradecimientos

A Saarhy
A mis maestros
A la Universidad San Francisco de Quito

RESUMEN

El canje de deuda, gestionado a través del Club de París, configura una reestructuración de obligaciones de deuda externa, sin embargo, la oscuridad y falta de normativa sobre este tema, dificultan la ejecución de procesos transparentes, técnicos y concordantes con los principios y normas del derecho.

La principal derivación de los canjes de deuda es la conformación de fondos, hacia los que se direcciona el servicio de la deuda previamente reestructurada a través del Club de París. Los fondos de contravalor, cuya naturaleza y régimen jurídico deberían estar suscritos en los acuerdos bilaterales de canje o conversión de deuda, han adoptado gran variedad de formas más de hecho que en concordancia con las normas pertinentes para su estructuración.

Este trabajo pretende determinar el régimen jurídico aplicable para la gestión de los recursos generados a consecuencia de la estructuración de los canjes de deuda, y por lo tanto, la naturaleza jurídica de los fondos de contravalor, tomando como base el procedimiento seguido por los Estados intervinientes para el direccionamiento de los recursos y constitución de los fondos de contravalor.

El análisis de acuerdo de conversión de deuda entre Ecuador e Italia, muestra la particularidad de estos procesos y la necesidad de una estructuración adecuada de las normas para que puedan lograrse los objetivos planteados por los Estados intervinientes.

ABSTRACT

The debt swap, run through the Paris Club, set up a restructuring of external debt obligations, however, darkness and lack of regulations on this issue, hinder the implementation of transparent, technical and consistent conventions according with the principles and rules of law.

The main consequence of debt swaps is the creation of funds, in which is directed the servicing of the debt previously restructured through the Paris Club. The nature and legal status of funds, should be stated in bilateral agreements for debt conversion, even so funds have adopted a variety of forms of fact but not because of the regulations given by bilateral agreements for debt conversion.

This paper aims at determining the legal regime for the management of resources generated as a result of the structuring of debt swaps, and thus the leading principles and legal nature of the funds, taking as basis the procedures followed by the States involved for addressing resources and the establishment of funds.

The analysis of debt conversion agreement between Ecuador and Italy, shows the peculiarity of these processes and the need for proper structuring of the rules so that they achieve the goals set by the States involved.

2.1.6. Calificación Jurídica de los Fondos de Contravalor.....	63-66
2.2. Naturaleza de los recursos.....	66-72
2.2.1. Responsabilidad por el manejo de recursos públicos.....	72-73
2.3. Ejecución de Acuerdos de Canje de Deuda en el Ecuador.....	73-74
2.3.1. Fondo Ecuatoriano Suizo (FOES).....	74-75
2.3.2. Canje de deuda con España.....	75-76
2.3.3. Canje de deuda con Alemania.....	77-78

Capítulo Tercero

FONDO ITALO-ECUATORIANO

3.1. Antecedentes del Acuerdo.....	79-91
3.2. Acuerdo sobre la Conversión de Deuda en Proyectos de Desarrollo entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República del Ecuador	91-94
3.3. Fondo de Contravalor Italo – Ecuatoriano.....	95-97
3.3.1. Persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro.....	98-103
3.3.2. Análisis jurídico sobre la naturaleza del Fondo Italo – Ecuatoriano	103-104
3.4. Conversión de deuda en proyectos de desarrollo.....	104-112
3.5. Repercusiones en el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.....	112-114

Introducción

Los programas de conversión de deuda externa del Ecuador, han permitido la transferencia de importantes cantidades de dinero para la ejecución de proyectos de desarrollo social y ambiental. No obstante este significativo monto de recursos, no se ha reflexionado jurídicamente sobre cómo deberían estructurarse los fondos de contravalor. ¿Cuáles son los problemas que derivan de esta insuficiencia?

La presente investigación responde esta pregunta y plantea soluciones con relación a la naturaleza jurídica de los fondos de contravalor en el contexto de canje o conversión de deuda externa, gestionado a través del Club de París.

La palabra “fondo” ha sido utilizada de modo genérico para identificar a un patrimonio con características específicas y una finalidad determinada. En cuanto se refiere a la reestructuración de deuda externa, el Club de París ha propuesto la alternativa de canje de deuda por proyectos de desarrollo social o ambiental, en la que se prevé la creación de un fondo de contraparte o contravalor que sirva como medio de conversión de los valores de deuda en recursos para la ejecución de proyectos.

El establecimiento de fondos de contravalor no sólo como patrimonios con un fin determinado, sino sujetos jurídicos independientes de los Estados constituyentes, incluso de las disposiciones previstas a través de los acuerdos bilaterales de canje, traen consecuencias en los regímenes jurídicos tanto públicos como privados del Estado deudor, en cuyo territorio tiene lugar efectivamente la conversión de deuda.

El caso del Fondo Italo-Ecuatoriano pretende no sólo la exposición de un caso puntual de conversión de deuda sino, la concientización de la

importancia que tiene la redacción y negociación de los llamados acuerdos simplificados, y como una redacción insuficiente genera consecuencias trascendentales en el ordenamiento jurídico del Ecuador, cuya normativa es también insuficiente en el tratamiento de la reestructuración de deuda y el manejo de los recursos que intervienen en la misma.

CAPÍTULO I

ENDEUDAMIENTO PÚBLICO EXTERNO

“La expresión “deuda” deriva del idioma latín; debita y es un sustantivo femenino que significa: Obligación que uno tiene que pagar, satisfacer o reintegrar a otro una cosa, por lo común dinero”¹.

Según datos del Ministerio de Finanzas² el saldo total de deuda externa del Ecuador al 31 de diciembre de 2008 es de US \$10.027,819 millones de dólares, divididos en deuda con Organismos Internacionales, Gobiernos, Bancos y Bonos, y Créditos con Proveedores. El proceso de endeudamiento público, es probablemente uno de los temas más álgidos y difíciles de resolver, sobre todo en

¹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 19ª edición, Editorial Espasa-Calpe. S.A., Madrid 1970, p, 471. Citado por CARLOS ARELLANO GARCÍA en *Segundo Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1998. P. 823.

² MINISTERIO DE FINANZAS DEL ECUADOR, *Boletines Informativos Deuda Pública Externa*. 30 de febrero de 2010. En: <http://mef.gov.ec/stgcPortal/faces/portal/bulletin/bulletinFrameset.jsp?groupBulletinId=6>

un país como el Ecuador en el que la deuda pública tiene claras connotaciones políticas y un largo proceso de generación y transformación, que ha desembocado en un esquema obligacional colocado de forma bastante difusa no sólo en las cifras sino en los cuerpos legales encargados de su regulación.

ARELLANO GARCÍA, respecto de la deuda externa ha citado al internacionalista MANUEL J. SIERRA quien hace una enunciación de los argumentos usados por LUIS MARÍA DRAGO en el análisis de la deuda externa y que se escriben a continuación:

- “Todo préstamo supone un contrato aleatorio para el acreedor.
- El crédito de los deudores sirve de base a las condiciones de la operación.
- Tales condiciones son más o menos onerosas, según la solvencia material del deudor, su grado de cultura y civilización así como la actitud que el gobierno al cual se otorga el préstamo asume el cumplimiento de sus compromisos;
- El acreedor sabe que contrata con una entidad soberana;
- La condición inherente a toda soberanía es que no se pueden emprender ni seguir contra ella procedimientos de ejecutorios que comprometan su existencia y pudieran hacer desaparecer la independencia y la acción del gobierno.
- El Estado está obligado a reconocer su deuda y a liquidar su monto pero, sin perjuicio de los derechos que le corresponden como entidad soberana;

El cobro mediante la fuerza no tendría otro resultado que la ruina de las naciones más débiles la absorción de sus gobiernos con las naciones más fuertes”³.

Para ROBERTO DROMI,⁴ el empréstito público comprende un contrato a través del cual el Estado puede acceder a recursos financieros que destinará al

³ C. ARELLANO GARCÍA. *Segundo Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial. Porrúa. Segunda Edición. México 1998. P. 823.

cumplimiento de sus fines. En lo subsiguiente, el autor se refiere de modo puntual a la deuda pública externa a la que describe esencialmente bajo un esquema accionario, incluso en lo referente a su reestructuración. Es evidente que el endeudamiento público externo es un tema bastante complejo que compromete al Estado tanto a nivel local como internacional.

En este contexto, y vistas las altas repercusiones que conlleva el manejo de la deuda pública externa, es necesario el análisis de los llamados canjes o conversiones de deuda y sus efectos en la estructura jurídica del Ecuador. Según este mecanismo, parte de las obligaciones de deuda externa pueden ser satisfechas por los países deudores, sin que esto signifique un perjuicio o detrimento en sus arcas fiscales y el consecuente incumplimiento o menoscabo de sus deberes internos básicos. Con este propósito, los valores adeudados, más los intereses generados por ellos, son depositados en un fondo denominado de “*contravalor*” que sirve para financiar proyectos y actividades relacionadas con el desarrollo del país deudor.

Es importante señalar que el esquema de deuda pública que mantiene nuestro país no refleja la suficiente cautela ni circunscripción requeridos en el ámbito jurídico para el tratamiento de un tema que involucra de manera esencial los derechos del Estado y sus ciudadanos. Por medio del estudio de los fondos de contravalor, generados como consecuencia de la reestructuración de deuda externa a través de los canjes de deuda, pretendo exponer los problemas jurídicos que se generan por la ineficacia en los procesos, políticas y normas relacionados con la deuda pública externa.

1.1. Deuda pública y preceptos internacionales

⁴ R. DROMI. *Derecho Administrativo*. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Impreso en Buenos Aires, 2004. Pp. 666 a 669.

POTHIER⁵ define a las obligaciones de forma general como un deber que puede ser visto desde la perspectiva de obligaciones imperfectas; es decir, aquellas “*de las cuales no somos responsables sino ante Dios, y que no da a persona alguna el derecho de exigir su cumplimiento*”. El Código Civil de nuestro país define a las obligaciones naturales en el segundo inciso de su Artículo 1486 como aquellas “*que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas*”, la misma norma realiza una enumeración concreta de las obligaciones consideradas como naturales en nuestro esquema jurídico y que son: las contraídas por incapaces determinados por ley como menores adultos, las civiles que han prescrito, las que proceden de actos que requerían solemnidades para surtir efectos, las que no se han reconocido en juicio por faltar prueba. Las obligaciones, sobre todo en el ámbito internacional, pueden ser vistas como imperfectas en razón de que su cumplimiento no puede ser exigido por la vía coercitiva; sin embargo, la historia de las relaciones internacionales y la compleja carga que ha significado la deuda externa para los Estados que han debido sobrellevarla, motivaron el nacimiento de la conocida Doctrina Drago en 1902, cuando el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, Luis María Drago, vista la falta de aplicabilidad de la Doctrina Monroe referente a la no interferencia o intromisión de Estados Europeos en América, y frente a la delicada situación que se estaba viviendo por el bloqueo naval que impusieran Alemania, Gran Bretaña e Italia sobre Venezuela a causa de la negativa del Presidente Cipriano Castro a pagar parte de la deuda externa, presenta a través de cartas y negociaciones un principio aplicable específicamente a los asuntos relacionados con la deuda externa. La doctrina establecería que “*la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea*”⁶, como consecuencia de esta

⁵ J. POTHIER. *Tratado de las Obligaciones*. Según edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas. Editorial Heliasta, Buenos – Aires Argentina. Pp. 7-10

⁶ B.T. HALACJZUK, M.T MOYA DOMÍNGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Tercera Edición actualizada. Sociedad Anónima Editora. Impreso en Buenos Aires Argentina, 1999. P. 439.

doctrina, ningún país extranjero podía usar la fuerza contra un Estado Americano fundamentándose en el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la deuda externa.

MODESTO SEARA VÁSQUEZ,⁷ ha señalado las reservas que Luis María Drago hacía a su doctrina como se observa a continuación:

“a) No es de ningún modo la defensa de la mala fe, del desorden y de la insolvencia deliberada y voluntaria. Se trata simplemente de la protección debida a la dignidad de la entidad pública internacional...; b) En una aclaración posterior, señala que la doctrina por él enunciada se dirige únicamente contra las intervenciones armadas, y no contra las intervenciones diplomáticas”. SEARA VÁSQUEZ señala también que aunque Estados Unidos no respondió de forma clara a la iniciativa Drago en el marco de la Conferencia Panamericana de Río de 1906 se hizo una recomendación para que la Segunda Conferencia de la Haya a reunirse en 1907 examinara además del cobro por la fuerza de deudas públicas, la disminución de los conflictos internacionales generados por cuestiones económicas. La Conferencia de la Haya de 1907, elevó la doctrina Drago a la categoría de derecho, de esta forma se prohíbe definitivamente el uso de la fuerza para el cobro de la deuda pública.

La Conferencia de Paz de la Haya de 1899, había reconocido por primera vez al arbitraje como un procedimiento formal para resolución pacífica de disputas entre los Estados, se pactaron procedimientos de solución de conflictos en relación con las obligaciones contractuales, hecho que sería absolutamente indispensable para evitar el uso de la fuerza entre Estados en relación con las deudas internacionales, y que sería un precedente para el pacto de no agresión.

La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados regula las normas y principios vigentes para los acuerdos entre Estados, más tarde en 1972 fue completada para establecer regulaciones entre Estados e instituciones internacionales o solamente entre estas últimas. La Convención trata los principios básicos de los acuerdos entre Estados y es uno de los principales

⁷ M. SEARA VÁSQUEZ. *Derecho Internacional Público*. Editorial Porrúa. México 2001. P. 357

referentes a nivel internacional, estableciendo principios como el de *Pacta Sum Servanda*, la legislación interna y la observancia de los tratados, la interpretación y la competencia, necesarios para consolidar la confianza entre los Estados que convienen en acuerdos bilaterales o multilaterales.

El endeudamiento externo implica una serie de compromisos tanto para el acreedor como para el deudor, en este sentido es importante mencionar algunos de los principios consagrados en instrumentos internacionales como el Artículo 5 del Estatuto de Roma que señala como uno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional el crimen de agresión, que aunque no ha sido tipificado por el Estatuto, se encuentra conectado con el Artículo 2 inciso cuarto de la Carta de las Naciones Unidas cuyo texto dispone: “*Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*”. En esta misma línea se puede citar el del Artículo 20 de la carta de la Organización de Estados Americanos que señala: “*Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza*”, la Declaración de la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz, celebrada en Buenos Aires en 1936, que declara ilegal el uso de la fuerza en relación con el cobro de obligaciones emanadas de la deuda externa, han delineado con fuerza y claridad los parámetros que los países deben asumir internacionalmente para el cumplimiento de sus obligaciones con relación al endeudamiento público externo. La fusión de todas estas declaraciones y preceptos internacionales, serían la Declaración de Briand-Kellogg, firmada el 27 de agosto de 1928, que pretendió poner fin a la guerra y al uso de la fuerza en el ámbito de las relaciones internacionales. También se puede observar la tesis Podestà-Acosta de 1924, donde se recurre a la “*comunidad de fortuna*” del derecho romano; es decir, una suerte de fondo común y protección mutua sobre los hechos inciertos, en el ámbito de la deuda, esta previsión corresponde a un contingente común en el

que es visible la corresponsabilidad por la deuda existente entre deudores y acreedores.

POTHIER, se refirió también a las obligaciones perfectas cuya exigibilidad jurídica es completa; es decir, directa e inmediata, en este sentido es necesario observar la estructuración de contratos de deuda externa, con compromisos específicos, claros, y que prevén métodos de reclamación concretos en caso de incumplimiento. Esto convierte a las obligaciones de deuda externa, del mismo modo en obligaciones exigibles dentro de los principios del derecho internacional, aunque no de manera coercitiva.

El principio de "*Ubi jus, ibi remedium*" (donde existe un derecho, existe un remedio), ha sido utilizado por FENWICK⁸ para abordar el tema de la solución pacífica de disputas internacionales. El aspecto negativo de las obligaciones, es decir, su incumplimiento en el ámbito internacional, puede ser analizado a través de la teoría de la responsabilidad de los Estados, que se establece a través de los principios de derecho internacional público y que se entiende como "*una institución que impone al Estado que ha realizado un acto ilícito, en perjuicio de otro, la obligación de reparar el daño causado*"⁹ Como una primera referencia para su aproximación, algunos autores como SEPÚLVEDA¹⁰ han tomado el surgimiento del Estado de Derecho, pues es a través de este concepto que comienza a considerarse, en función de la relación Estado – persona, el daño que puede generar un Estado a otro. El autor se refiere a las dos teorías que explican los fundamentos de la responsabilidad estatal: la primera es conocida como la teoría de la falta, que observa el detrimento sufrido como consecuencia de la generación de un daño aunque este no sea explícito o voluntario. La segunda teoría tiene que ver con la responsabilidad objetiva de los Estados, y cumple un ejercicio de causa-efecto, esto significa que de la actividad del Estado se deriva un hecho contrario a

⁸ C. FENWICK. *Derecho Internacional*. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires – Argentina, 1963. P. 25

⁹ B. T. HALACJZUK, Y MOYA DOMÍNGUEZ MARÍA TERESA. *Derecho Internacional Público*. Tercera Edición actualizada. Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires Argentina, 1999. Pp. 425.

¹⁰ C. SEPÚLVEDA. *Derecho Internacional*. Editorial Porrúa. Impreso en México D.F., 2002. Págs. 239 – 240.

los principios de derecho internacional consagrados a través de instrumentos específicos.

En el ámbito de deuda externa creo pertinente considerar la segunda teoría, ya que guarda una mayor relación con la dinámica de la economía y los diferentes aspectos del endeudamiento público; sin embargo, y como también señalaría SEPÚLVEDA en su obra de Derecho Internacional, existe una segunda consideración para calificar la responsabilidad de los Estados, ya sea directa cuando se ha incumplido una obligación internacional, o de forma indirecta, lo que significa la falta de acción del Estado por corregir o subsanar el daño causado por un particular o alguno de sus órganos. La naturaleza de la deuda externa sugiere, en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas, una infracción tanto directa como indirecta ya que se trata de una obligación adquirida de forma concreta por el Estado deudor, pero que en un régimen específico de gobierno y también bajo la responsabilidad de ciertos órganos del Estado, no ha sido satisfecha conforme lo acordado, aún pudiendo prevenirse el incumplimiento.

FRANCISCO SAMPER¹¹ señala que las obligaciones, según se concebían en la jurisprudencia clásica, entienden una “*relación patrimonial sancionada mediante una acción civil in personam... la expresión obligatio se deriva de ligare (atar)*”. Como lo señala POTHIER, es de la esencia de las obligaciones que tengan una causa que las genera, y como ya se mencionó anteriormente, en cuanto atañe al tema de la deuda externa el origen serían los contratos de endeudamiento y sus anexos o convenciones modificatorias.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, citado por HALAJCZUK¹² establece tres elementos generales que califican la responsabilidad del Estado como se enuncia continuación:

¹¹ F. SAMPER. *Derecho Romano*. Ediciones Universidad Internacional SEK. Tercera Edición – Impreso en Chile, 1998. P. 255.

¹² B. T. HALAJCZUK, y MARÍA TERESA MOYA DOMÍNGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Tercera Edición actualizada. Sociedad Anónima Editora. Impreso en Buenos Aires Argentina, 1999. Pp. 434.

1. *“Existencia de un acto u obligación que quebrante una obligación que conste en una norma en vigor entre los Estados involucrados.*
2. *Imputabilidad del acto ilícito al Estado que lo comete en su calidad de persona jurídica.*
3. *La comisión del acto ilícito debe producir un daño o perjuicio”.*

No obstante, para LUIS DÍAZ MÜLLER¹³ la responsabilidad del Estado en relación con la deuda externa se genera cuando se anula, suspende o modifica el servicio de la deuda; pese a lo cual, existen tres excepciones que exoneran de responsabilidad:

1. *“El estado de necesidad económica, sumada a otros principios como el acto de Estado, la inmunidad soberana y la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.*
2. *El interés público, proveniente del constitucionalismo social posterior a la Primera Guerra Mundial, el Texto de Weimar de 1919.*
3. *La responsabilidad del estado se tipifica por actos de discriminación entre nacionales y extranjeros y por actos que signifiquen denegación de justicia”.*

Aunque las obligaciones derivadas del endeudamiento público están previamente acordadas en contratos de crédito externo, es necesario entender que estos instrumentos, en sus diferentes formas, son solamente el resultado de un proceso obligacional complejo que se inicia con los requerimientos específicos de cada Estado dentro de su propio régimen jurídico para la contratación de deuda externa; en un segundo momento es la concertación entre el ordenamiento local y las normas y principios internacionales aplicables para un tipo determinado de endeudamiento, lo que genera obligaciones aún más específicas, y muchas veces difíciles de compatibilizar con el ordenamiento jurídico interno. El producto final será el contrato de crédito externo, que integra en definitiva un sistema complejo de obligaciones, cuyos componentes serán normas y principios internacionales

¹³ L. DIAZ MÜLLER. *Deuda Externa y Derecho Internacional*. 15 agosto de 2009, en, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1752/6.pdf>. P. 4

que dan cuenta de la responsabilidad que adquieren los Estados a través de la instrumentación de contratos de deuda externa y como parte de la comunidad internacional en función de su situación económica específica. El Ecuador, en su calidad de solicitante de crédito debe remitirse a las reglas y principios del Derecho Internacional, y a las normas y principios comunes para el tipo de contratación de deuda al que se intenta aplicar.

En el proceso de endeudamiento público externo concurren dos componentes esenciales: El primero, que se encuentra a cargo del Ecuador y tiene que ver con las diferentes instancias de aprobación y procesos establecidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano para la contratación de deuda; y el segundo, que involucra un trámite externo que dependerá de la contraparte, y el esquema de deuda al que intente optar el país, con lo que se demarcan requerimientos económicos, jurídicos y procedimentales específicos.

1.2. Endeudamiento Público en el Ecuador

El Capítulo 8 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control señala las disposiciones relativas al Endeudamiento Público, el Artículo 112 de esta norma, incluye como parte de los títulos de deuda pública a aquellas deudas contraídas por el Gobierno Nacional, entidades u organismos públicos como préstamos, emisiones de bonos y otros títulos valor, garantías, convenios de novación o consolidación de obligaciones y finalmente la deuda flotante o legalmente reconocida. En lo sucesivo, la Ley señala los aspectos relacionados con la utilización de los recursos provenientes de los préstamos, formas de pago y reclamaciones, la forma de afectación del endeudamiento público en las rentas del Estado, el registro de los contratos y el papel que desempeña el Banco Central en este proceso.

Todo trámite de deuda pública involucra la convergencia de factores sociales, políticos, económicos y jurídicos en función de los cuales se negocia, contrata y extingue la deuda pública. En nuestro país, es posible observar una tendencia hacia la preponderancia de los aspectos económicos.

En mi criterio, la deuda pública ha sido manipulada como un instrumento político dependiente de las cifras; es decir, grandes cantidades de dinero que ingresan o egresan del erario público y cuyo direccionamiento en el ámbito social, educativo, ambiental, entre otros, se usan más bien como una forma de propaganda que parecería haberse amalgamado como una tradición en nuestro país.

Lo que sucede con el endeudamiento público, me refiero a los procesos que se siguen para su estructuración y posterior manejo, es ampliamente desconocido para la mayoría de ciudadanos, aunque disposiciones como la del Artículo 114¹⁴ de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, describan el impacto que el endeudamiento público tiene sobre las rentas del Estado.

En el tratamiento concreto de la deuda externa, la responsabilidad de gestión en primer nivel, es decir solicitud y justificación, recae sobre las entidades o instituciones públicas que necesitan recurrir al endeudamiento público; sin embargo, y como también ha sido prescrito por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, es el Ministerio de Finanzas el encargado de aprobar o desaprobado las solicitudes de crédito externo a través de una resolución emitida por el Ministro de Finanzas. Finalmente, se autoriza la celebración de contrato de endeudamiento externo a través de un decreto ejecutivo en el que se detallarán: partes intervinientes en el contrato, forma de pago del crédito, forma de uso de los recursos, interés, plazo y las condiciones financieras pertinentes en función de la forma de endeudamiento.

¹⁴ (ECUADOR) *Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*, publicada en el Registro Oficial 337 del 16 de Mayo de 1977. Art. 114 Grabación global de rentas.- Ningún contrato de deuda pública comprometerá renta alguna determinada. La deuda pública, interna o externa, grava todas las rentas del Estado.

MONCADA Y CUELLAR¹⁵, plantean la dificultad de llegar a acuerdos en cuanto se refiere a pago de la deuda; probablemente el discurso político y poco técnico que se produce en relación a la deuda externa es uno de los factores que mayor incidencia ha tenido para el mal manejo de este aspecto de la economía. Visto que la deuda externa es un asunto de trascendental relevancia a nivel mundial, son varios los organismos internacionales que se han creado bajo la consigna de generar alternativas para la negociación y progresiva reducción de la deuda externa a través de mecanismos que generen condiciones óptimas tanto para deudores como para acreedores, en este contexto tenemos al Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Club de París, entre otros cuyo objetivo esencial es la internacionalización de la política económica.

1.2.1. Formas de endeudamiento público en el Ecuador

El 22 de enero de 2003, mediante Decreto Ejecutivo No. 3410 se suscribe el Texto Unificado de Legislación del Ministerio de Finanzas; a través de esta norma se establecen definiciones de las principales formas de endeudamiento público en nuestro país, y cuyos conceptos han sido transcritos en el esquema que se presenta a continuación.

Préstamos o contratación de créditos¹⁶

- “Créditos de Gobierno a Gobierno.- intervienen en la suscripción del contrato de forma directa los Estados en calidad de prestamista y el prestatario.

¹⁵ M. MONCADA, Y J. CUELLAR. *El Peso de la Deuda Externa Ecuatoriana y el impacto de las alternativas de conversión para el desarrollo*. Ediciones Abya Yala – Quito Ecuador. Abril 2004, Pp. 9 a 13.

¹⁶ (Ecuador) *Texto Unificado de Legislación del Ministerio de Economía y Finanzas*. Decreto Ejecutivo No. 3410. Publicado en el Registro Oficial No. 5 del 22 de Enero de 2003.

- Créditos Multilaterales.- intervienen en la suscripción del contrato un organismo internacional multilateral como prestamista y el Estado Ecuatoriano en calidad de prestatario.
- Créditos de la Banca Comercial.- intervienen el Estado y una entidad financiera pública o privada para financiar un proyecto de inversión con calidad de prioritario.
- Créditos con Contratistas.- implica el financiamiento directo de obra pública entre el contratista ejecutante y el Estado”.

Emisión de obligaciones del Estado¹⁷

- “Deuda interna.- los recursos surgen de la propia economía nacional, la deuda se genera, registra, y cancela en el territorio nacional.
- Deuda externa.- implica la solicitud de recursos externos a otros Estados, organismos internacionales o personas naturales para la financiación de proyectos consentidos por la Constitución y la legislación competente”.

La estructura de endeudamiento público externo, regulada en primera instancia por la Constitución de la República del Ecuador y subsiguientemente por cuerpos legales como la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia (LORET), la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFIC) y la Ley Orgánica de Contratación Pública (LOCP), fijan parámetros para la instrumentación de contratos de deuda pública externa, las entidades intervinientes y los ámbitos de acción y responsabilidad. Sin embargo, estos cuerpos legales, parecen insuficientes respecto de los procesos de estructuración de los contratos de crédito público externo en función de los tipos de endeudamiento previstos en el ámbito internacional.

1.3. Instrumentación de los Contratos de Deuda Externa.

¹⁷ *Ibíd*

Se entiende por contrato de endeudamiento público externo el conjunto de obligaciones asumidas por un Estado, que busca la obtención de recursos para el cumplimiento de sus deberes, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y en concordancia con las disposiciones establecidas por los usos y normas previstos en el ámbito internacional.

El proceso externo que deba emprender el solicitante en el ámbito internacional variará en función de la forma de crédito a la que intente acceder; sin embargo, y como ya se ha descrito precedentemente, existen principios de derecho internacional relacionados con la política económica y la deuda externa de los países. Será fundamental, en todo proceso de endeudamiento externo, mantener la concordancia entre el ordenamiento jurídico interno y esquema jurídico internacional.

1.3.1. Ordenamiento Jurídico del Ecuador

Amparado en el principio de soberanía, y en la Constitución de la República del Ecuador, el Estado ecuatoriano deberá llevar toda diligencia y documentos contractuales de crédito público externo de conformidad con su ordenamiento jurídico, y en concordancia con los diferentes niveles normativos establecidos dentro de su estructura legal. Por tanto, no pueden pactarse, negociarse, o llevarse a cabo disposiciones que transgredan nuestro ordenamiento jurídico.

Es necesario señalar que los procesos de endeudamiento público han transcurrido de la mano con diferentes cuerpos constitucionales en nuestro país, y que en los últimos años han tenido que ver más con lo político que con lo adecuado y procedente en el ámbito jurídico. Los Artículos 289 y 290 de la Constitución de la República del Ecuador dictaminan los límites básicos para la contratación de deuda ya sea interna o externa; el desarrollo de cuestiones más específicas está determinado a través de normativa como la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, Ley de Reordenamiento en Materia Económica, y demás

legislación relacionada, además de aquellas que tienen naturaleza resolutive e institucional.

1.3.2. Inmunidad Soberana.

“par in parem non habet imperium”

MATTHIAS HERDEGEN¹⁸ describe a la inmunidad soberana como “el desarrollo de una igualdad soberana de los Estados”, respecto de este principio de Derecho Internacional, el autor diferencia la inmunidad de jurisdicción de la inmunidad de ejecución dentro de los siguientes términos: *“En la práctica, se debe diferenciar entre la inmunidad en los procesos declarativos (esto es, en el caso de demandas contra de un Estado extranjero, por ejemplo, para el cumplimiento de un contrato o el pago de una compensación por un actuación debida) por una parte, y por la otra, la inmunidad en procesos ejecutivos (para la ejecución coercitiva de una sentencia)”*.

Para DÍAZ MÜLLER, el principio de inmunidad soberana representa la imposibilidad de que *“un Estado, en ejercicio de su soberanía, sea juzgado por tribunales extranjeros”*¹⁹. Ciertos sectores de la doctrina, consideran algunas limitantes a este principio, en este sentido se han pronunciado autores como FENWICK²⁰ quien cuando describió la teoría de la soberanía, precisó que no podía extrapolarse el significado de la misma hasta el punto de que se tratara de una *“anarquía legal”* en razón de la cual los Estados eran independientes en sus actos y no se sometían bajo ninguna circunstancia a otra voluntad que no fuese la propia, el autor aseguraba que a través de este principio podía justificarse cualquier conducta arbitraria.

¹⁸ M. HERDEGEN. *Derecho Internacional Público*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Fundación Konrad Adenauer. México, 2005. Pp. 276.

¹⁹ L. DÍAZ MÜLLER. *Deuda Externa y Derecho Internacional*. Texto obtenido en la página web. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1752/6.pdf>. 15 agosto de 2009. P. 8

²⁰ C. FENWICK. *Derecho Internacional*. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires – Argentina, 1963. Pp. 33-34.

La inmunidad de jurisdicción, entendida como la inviabilidad de que un tribunal extranjero tenga competencia para el juzgamiento de otro Estado, ha sufrido variaciones con el transcurso del tiempo, pasando de una garantía de inmunidad absoluta, a un principio de inmunidad restringida; en este sentido, HERDEGEN²¹ ha ilustrado el principio, a través de importantes precedentes que reflejan esta limitación, por ejemplo, el caso Amerada Hess y el caso Distomo, cuyos fragmentos se han tomado de la obra de HERDEGEN. *“La Corte Suprema americana también se opuso a esto en el caso Amerada Hess (ibídem). El Congreso americano, mediante una modificación del Foreign Sovereign Immunities Act, se abrió a la posibilidad de demandar a los Estados extranjeros ante las cortes americanas, en caso de actos “terroristas”, incluso cuando éstos se encuentren dentro del ámbito soberano. La condena en el caso Distomo, en contra de la República Federal de Alemania por parte de un tribunal griego debido a los disparos en contra de unos rehenes civiles que hicieron las unidades de la SS en 1994 (violando el reglamento de guerra de La Haya), se califica aún en la doctrina del derecho internacional como un desconocimiento de las reglas de inmunidad de los estados, contemplada en el Derecho Internacional (véase B. Kempen, en: Festschrift für H. Steinberger, 2002, p. 179 y ss.; R. Dolzer, NJW, 2001, p.3525)”*.

Para JULIO GONZÁLEZ CAMPOS²² se trata de inmunidad de jurisdicción a la imposibilidad de que un Estado sea sometido a la jurisdicción interna de otro; ubicado dentro del ámbito procesal, este principio es una de las bases para la restricción del ámbito de la deuda dentro de parámetros más o menos ecuanímes y concordantes con el derecho internacional. El autor ubica la evolución del principio de soberanía de los Estados dentro del sistema del *common law* a partir de la inmunidad que se daba a los jefes de Estado y que sería posteriormente trasladada a todos los Estados de manera general; y también en relación con los

²¹ M. HERDEGEN. *Derecho Internacional Público*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Fundación Konrad Adenauer. México, 2005. P. 279.

²² J. GONZÁLEZ CAMPOS. L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y P.A.SÁENZ DE SANTA MARÍA. *Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial Civitas S.A. Sexta Edición. Madrid – España, 1998. Pp. 424 a 426.

sistemas de herencia romanística, en los que sitúa como base justamente el ejercicio de las potestades soberanas.

En relación con el principio de inmunidad de ejecución, HERDEGEN²³ ha escrito: *“En la actualidad, a los procesos ejecutivos se les aplica también una inmunidad limitada. Aquí prevalece también una restricción funcional de la inmunidad”*. Esta posibilidad de ejecución, se traduce en el cumplimiento de un fallo o sentencia de un tribunal extranjero en otro Estado, que como ha señalado el autor precedentemente citado también encuentra limitantes en la práctica del Derecho Internacional.

La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes²⁴ señala en su Artículo Quinto: *“Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención”*. En lo sucesivo el texto de la Convención presenta disposiciones relacionadas con el ejercicio de la inmunidad, restricciones y casos específicos.

Ciertamente, el desarrollo que ha tenido el principio de inmunidad soberana ha sido diferente en función de la normativa interna de cada uno de los Estados, es claro tanto en los principios del derecho romano de *“iure imperii”* y *“iure gestionis”* como en el sistema de precedentes del *“common law”*, en casos como el de *“The Schooner Exchange y Mc Faddon and Others”* que demuestra el principio de *“par in parem non habet imperium”*, (entre iguales no existe imperio) o como el documento elaborado por las Naciones Unidas²⁵ en el que se señala una

²³ M. HERDEGEN. *Derecho Internacional Público*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. Fundación Konrad Adenauer. México, 2005. Pp. 282

²⁴ (NACIONES UNIDAS). *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*. Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/508) 16 de diciembre de 2004.

²⁵ NACIONES UNIDAS. Publicación. 30 de septiembre de 2009. En: <http://www.un.org/Depts/OHRM/examin/9ftsam2.pdf> “Originally, jurisdictional immunities were regarded as being absolute. A state could invoke them, irrespective of the nature of its sovereign activities. But as states have become increasingly involved in commercial activities, the pressures towards limiting jurisdictional immunities have grown space”.

creciente tendencia a diferenciar entre las potestades del Estado contra las cuestiones meramente políticas.

El principio de inmunidad soberana aplicado al ámbito del endeudamiento público externo se vincula directamente con principios como los planteados por la Doctrina Drago, y las causales de excusa, incluso temporal, de las obligaciones de pago a los acreedores; sin embargo, también reconoce un límite de aplicación en este ámbito.

1.3.3. Solución de controversias.

Ciertamente uno de los principales problemas para la adecuada instrumentación de contratos de deuda pública externa ha sido la jurisdicción aplicable para resolución de controversias, en vista de la complejidad del tema, y las muchas implicaciones que tiene a nivel estatal tanto de instituciones como de personas involucradas, la cuestión de jurisdicción no ha sido claramente establecida en el cuerpo normativo de nuestro país.

La Constitución de 1998 establecía en su Artículo 191 las potestades jurisdiccionales y las formas de administración de justicia en el Ecuador, esta norma fue varias veces interpretada por el Procurador General del Estado para su aplicación en la instrumentación de contratos de deuda externa, y la consecuente sujeción de nuestro país al arbitraje internacional a las jurisdicciones especializadas en ciertas áreas, por ejemplo, la jurisdicción de New York en cuanto a la emisión de bonos de deuda.

El Texto Constitucional vigente ha transformado las disposiciones relacionadas con la deuda externa, el tratamiento que se da actualmente a este tema es más específico en razón de los severos inconvenientes y procesos contenciosos en los que se ha visto inmerso el Estado por la falta de previsiones legales apropiadas sobre todo en el área de jurisdicción y competencia; no obstante, la norma en vigor ha pasado por alto principios y normas de Derecho Internacional que nuestro país ha aceptado voluntariamente y que le obligan a sujetarse, por ejemplo, al Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de

Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que no se considera competente en nuestra actual Normativa Constitucional, y que abiertamente transgrede los compromisos adquiridos por el país.

El Artículo 422 de la Constitución dispone en su inciso final "*En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional*". Se infiere que la norma pertinente a ser aplicada en todos los asuntos referentes a la deuda externa es la anteriormente referida; sin embargo, el 13 de marzo de 2009, el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC cuyo problema jurídico fundamental radicaba en el tipo de jurisdicción aplicable en lo tocante a las controversias surgidas a consecuencia de la contratación de deuda externa.

La emisión de esta sentencia tiene su fundamento en la necesidad de establecer un mecanismo para la negociación y suscripción de contratos de deuda pública en el que se admita una forma de arbitraje más allá de las descritas en el Artículo 422 de la Constitución que, como ya se mencionó, transgrede principios de Derecho Internacional y las normas generalmente aceptadas para este tipo de procesos. La salida parecía ser la aplicación forzada del Segundo inciso del Artículo 190 de la Constitución que señala: "*en la contratación pública procederá el arbitraje en Derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado (...)*"

El análisis de la Corte que parece colocar dentro del mismo espectro jurídico a los contratos de deuda externa y a los contratos administrativos contiene un error fundamental pues cada uno se ubica en ámbitos distintos. MARIENHOFF,²⁶ respecto de este punto ha señalado: "*la expresión contrato de derecho público no es sinónima de contrato administrativo. Hay contratos de derecho público internacional (tratados-contratos) y contratos de derecho público interno. Entre estos últimos figuran los contratos administrativos, que son celebrados entre la*

²⁶ M. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Cuarta Edición. Impreso en Buenos Aires Argentina. 2000. P. 20.

Administración Pública y otras personas, para determinadas funciones o fines estatales. Los contratos administrativos constituyen, pues, una especie dentro de los contratos de derecho público". En tal virtud, y al existir una disposición expresa relativa a los contratos de deuda externa, no era procedente la aplicación del Artículo 190 de la Constitución.

La Sentencia Interpretativa, tiene en mi criterio una estructura inusual que se sustenta o usa como antecedentes a las opiniones del Secretario Jurídico de la Presidencia y las solicitudes de interpretación del Subsecretario del Ministerio de Finanzas al Procurador General del Estado, cuando como principio general de la controversia, que es lo que genera una sentencia y la consecuente interpretación de la Corte Constitucional como primera y especial encargada de esta labor, debería haberse generado una controversia que involucrara a este artículo en particular como parte de un proceso.

Para la interpretación, la Corte señala la necesidad de interpretar la Constitución debido a que sus textos son "*abiertos o indeterminados*", pese a ello la enunciación que hace la norma respecto de los contratos de deuda externa es expresa y no deja lugar a dudas, independientemente de si el texto es o no lesivo al orden y compromisos internacionales adquiridos por el Ecuador, la norma es clara en sus disposiciones aunque la Corte no haya obrado con cautela sobre la interpretación completa y concordante de la norma ya que se limita únicamente al primer párrafo del texto siendo que está conectada con los incisos sucesivos.

El análisis del ámbito de acción del sector público y de las instituciones que comprende, así como de las cuestiones de contratación pública y el rol del Estado en el ámbito internacional frente a las obligaciones de deuda externa es, a mi criterio, absolutamente exiguo, son muchos los razonamientos para determinación del ámbito y responsabilidades de deuda externa que pudieron haber sido tomados por la Corte para emitir su interpretación de la norma, son conocidos los precedentes y doctrinas a nivel internacional que reflejan los derechos y obligaciones de un Estado frente a la deuda externa, y que habrían servido para una interpretación y precedente más importante en este ámbito. Lo que hace la Corte en la parte resolutive, es ratificar lo que dice la norma, en lo que no existe

interpretación sino una mera transcripción, toda vez que ha quedado claro que el punto de interpretación fue solamente el primer inciso del Artículo 422 y que ni siquiera para ello se tomaron los elementos necesarios e indispensables para lograr un criterio precedente.

1.4. Canje de deuda o “*debt swap*”

Las operaciones de canje de deuda, en el marco de este trabajo, se entienden como formas de reestructuración de las obligaciones adquiridas por un Estado a consecuencia del endeudamiento público externo, y que han sido gestionadas a través del Club de París. Existen varias formas de canje de deuda que pueden negociarse tanto a nivel privado como público; canjear deuda u obligaciones implica el establecimiento de un nuevo régimen obligacional entre deudor y acreedor que toma como base la obligación inicial.

Jurídicamente las obligaciones pueden adoptar tres formas: dar, hacer y no hacer. Este es el esquema que ha sido descrito por la doctrina y que ha sido recogido en nuestro Código Civil que en su Artículo 1453 señala: “*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia*”. Como es visible, no existe en el Código un concepto de lo que se entiende por obligación, pero sí se formula un esquema de la generación de las mismas en nuestro sistema jurídico.

OSPINA²⁷ define a la obligación como “*un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra*”; más

²⁷ G. OSPINA. *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Themis, sexta edición. Bogotá – Colombia, 1998. P. 20

adelante, el autor se refiere a los elementos de la obligación y formas que pueden adoptar las obligaciones.

El Estado, dentro de sus facultades soberanas puede contraer obligaciones en diferentes ámbitos y dentro de las modalidades ya descritas, una de las materias más delicadas e importantes para los Estados es la generación de obligaciones por endeudamiento público externo. Los compromisos que un país adquiere en este contexto tienen una composición distinta y procedimientos establecidos por normas de derecho local e internacional cuya finalidad es la protección del patrimonio del Estado, su buen uso y la cooperación de los integrantes de la comunidad internacional en un clima de confianza y ayuda mutua.

La deuda externa, involucra generalmente una obligación de dar; es decir, pagar un monto determinado al acreedor en plazo determinado y bajo las condiciones establecidas entre las partes cuando se adquiere la deuda. En repetidas ocasiones el Ecuador se ha encontrado en la imposibilidad de cumplir con las obligaciones derivadas del endeudamiento público externo, las razones oficiales y no oficiales han sido varias, desde desastres naturales hasta el mal manejo del presupuesto público por los funcionarios de los gobiernos de turno. En vista de la falta de capacidad, y a veces voluntad de pago de nuestro país, ha sido necesaria la reestructuración de las obligaciones derivadas de deuda externa a lo largo de la historia.

La costumbre de no pago, se ha extendido de forma peligrosa en todo el mundo, su asimiento en las conductas y relaciones internacionales ha repercutido gravemente en la confianza de los Estados y en la fluidez del crédito a nivel mundial; en vista de aquello, y como una forma de solución a los problemas principalmente sociales y ambientales que presentan los países endeudados, se han generado mecanismos que faciliten este cumplimiento de obligaciones y al mismo tiempo representen una forma de cooperación con los deudores.

THOMAS LOVEJOY²⁸ fue uno de los pioneros en introducir el concepto de canje de deuda a nivel mundial, lo interesante es que lo haría bajo una perspectiva esencialmente ambiental y que no guardaba una visión jurídica sino puramente conservacionista, intentaba alcanzar de manera simultánea, el cumplimiento de una parte de las obligaciones de deuda externa y a la par generar una posibilidad de saneamiento de los graves problemas, predominantemente sociales y ambientales de los países deudores. En esta estructura, aunque se procuraba el cumplimiento de obligaciones, no se establecía un esquema jurídico-económico para ello, sino más bien práctico a nivel cooperativo de los Estados.

El canje de deuda se utiliza en varios escenarios como una alternativa para viabilizar el cumplimiento de obligaciones pendientes a través de un mecanismo que direcciona el servicio de la deuda hacia proyectos de inversión en el territorio del país deudor. Como se verá a continuación el canje de deuda pública en el Ecuador se ha llevado en dos contextos distintos, lo que interesa para esta investigación serán los acuerdos de canje direccionados concretamente a través del Club de París.

1.4.1. Canje de deuda en el Ecuador

MAURICIO PAREJA CANELOS²⁹, Economista del Banco Central del Ecuador, publicó en Junio de 2003 el documento "*Canje, Conversión y Reducción de la Deuda Pública: El Caso Ecuatoriano*". En este escrito es posible observar un bosquejo de los diferentes modelos de canje y conversión de deuda empleados

²⁸ FARLEX. *The Free Dictionary* by 21 de abril de 2009. En <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Debt+swap>. La página muestra las siguientes referencias de texto: Visser, Dana R. and Guillermo A. Mendoza. 1994. "Debt-for-Nature Swaps in Latin America." *Journal of Forestry* 92(6):13-16 y Deacon, Robert T. and Paul Murphy. 1997. "The Structure of an Environmental Transaction: The Debt-for-Nature Swap." *Land Economics* 73(1):1-24. El artículo en esta página fue copiado de Wikipedia.

²⁹ M. PAREJA. *Canje, Conversión y Reducción de la Deuda Pública: El caso Ecuatoriano*. Autorizado por: Marco Baquero Latorre. Apuntes de Economía No. 28. Dirección General de Estudios. Junio, 2003. Pp.11 a 26.

por nuestro país para la refinanciación y cumplimiento de obligaciones inicialmente generadas por la deuda externa.

A decir del autor, son básicamente dos tipos de obligaciones los que se someten a las operaciones de canje, conversión y reducción de la deuda externa de nuestro país: 1. Canje de deuda comercial refinanciada con la banca privada internacional; 2. Canje de deuda a través del Club de París.

1.4.1.1. Operaciones de canje

1.4.1.1.1. Deuda comercial refinanciada con la banca privada internacional

En este tipo de operación el acreedor que posee papeles de deuda del Ecuador hace una donación a ONG`S operantes en el Ecuador, luego de la autorización de la Junta Monetaria los títulos se entregan al Banco Central del Ecuador que, a cambio, entrega bonos de estabilización por el valor aceptado para el canje con el que se financiaban proyectos sociales, culturales o de protección del ambiente. Este es el concepto originalmente concebido por THOMAS LOVEJOY³⁰ y que se iría propagando en organismos con estructuras y objetivos más específicos, como el Club de París.

³⁰ FARLEX. *The Free Dictionary*. 21 de abril de 2009. En: <http://encyclopedia.thefreedictionary.com/Debt+swap>. A commercial debt-for-nature swap involves a international [non-governmental organization](#) that purchases debt titles from commercial banks on the secondary market. The NGO transfers the debt title to the debtor country, and in exchange the country uses the funds to establish conservation programs. Bilateral debt-for-nature swaps take place between two governments when one country forgives a portion of the public bilateral debt of a debtor nation in exchange for environmental commitments from that country.

A decir de VIRGINIA FIERRO-RENOY³¹, el alto índice de endeudamiento de Latinoamérica a finales de los 80, y la poca factibilidad de pago generó un mercado secundario de obligaciones de deuda externa a través del cual los países deudores podían recomprar parte de su deuda – cuando no estuviera específicamente prohibido –. Al mismo tiempo, este mecanismo sirvió para atraer a la inversión extranjera a través de operaciones de conversión, que hasta ese momento significaban sencillamente una recompra de deuda de los países obligados. En el período comprendido entre 1984 y 1987 el Ecuador desarrolló operaciones de canje únicamente para financiar proyectos de compensación de activos. A partir de 1988 el Ecuador instrumentó conversiones de deuda dirigidas a proyectos sociales y ambientales. Para esto se servía de Regulaciones de Junta Monetaria que establecían los parámetros específicos en que los canjes serían ejecutados; es decir, tipo de deuda admitida para el canje, tipo de proyectos a ser financiados, instituciones encargadas, entre otros.

Estas operaciones se llevaban a cabo a través de los llamados Acuerdos de Consolidación. Según MAURICIO PAREJA entre 1988 y 1993 estos acuerdos comprendieron 27 operaciones de canje y conversión de deuda comercial por un valor aproximado de 154 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Existen dos regulaciones emitidas por Junta Monetaria y que han sido de gran importancia para dirigir las operaciones de conversión de deuda; la primera No. 637 – 89 emitida a fines de octubre de 1989 y que expiró a finales de junio de 1991, su objetivo fue la financiación de proyectos de desarrollo social a través de entidades sin fines de lucro. La segunda regulación es la 732 – 92, expedida en febrero de 1992, su fin fue ampliar al espectro de actuación de las conversiones sobre proyectos ambientales e intentar una mejor instrumentación de estos procesos. Ambas regulaciones tuvieron plazos de vigencia determinados en

³¹ V. FIERRO-RENOY. *Ecuador: Mecanismos de Conversión de Deuda por Proyectos Sociales y Ambientales*. Doctora en Análisis y Política Económica del Instituto de Estudios Políticos de París – Francia (1987). Funcionaria del Banco Central del Ecuador. Nota Técnica No. 08.

función de la ejecución de los proyectos y los montos permitidos para canje en un período específico.

El 20 de enero de 1992 el Ecuador suscribió la Minuta del Quinto Acuerdo de Refinanciamiento de la Deuda Externa Oficial en el Marco del Club de París. Se acordó la posibilidad de vender o canjear la deuda externa oficial sobre una base voluntaria y bilateral a través de acuerdos de conversión de deuda externa por naturaleza, asistencia, capital y otros mecanismos de intercambio por deuda local.

1.4.1.1.2. Deuda bilateral refinanciada con el Club de París

En el caso del Ecuador, esta forma de canje de deuda nació a partir de la firma del Acuerdo del Club de París V el 20 de enero de 1992. Este compromiso facilitó la celebración de acuerdos bilaterales con los países que mantienen acreencias sobre el Ecuador – Cláusula II Capítulo D Minuta del Quinto Acuerdo –. Es necesario señalar que los canjes de deuda tienen varias formas de acción derivadas de las reglas establecidas por el Club de París; sin embargo, los procesos de canje han sido minuciosamente estructurados al interior de los países europeos, tal es el caso de la legislación italiana que a través del Artículo 54 de la Ley No. 499 del 27 de Diciembre de 1997 y su Decreto Número 9 de 1999, (Gaceta Oficial No. 270 del 17 de octubre de 1999), señaló las Disposiciones Concernientes a la Conversión de Deuda de los Países en Vías de Desarrollo³². Evidentemente, la posición de los Estados deudores que deseen acogerse al beneficio de canjear su deuda para atender proyectos sociales y ambientales, requiere de su adhesión a las condiciones generalmente establecidas por el Club de París; independientemente de aquello, nada obsta para el mantenimiento de la seguridad jurídica sobre todo en un tema tan delicado como es el de la deuda externa. No se trata de imponer condiciones a los acreedores que tienen legítimo derecho de cobro sobre su crédito externo, esto sería no sólo imposible sino

³² (Italia) *Deuda Externa*. Decreto 9 de Noviembre de 1999. Gaceta Oficial No. 270 del 17 de octubre de 1999.

repulsivo en vista de la responsabilidad que soportan los Estados deudores; sin embargo, es necesaria una revisión de los procesos para contratación, reestructuración y tratamiento de deuda externa en nuestro país, no para aplicarlos sobre nuestros acreedores sino para contar a nivel interno con una herramienta que nos permita una clara determinación de los procesos, formas de reestructuración y direccionamiento que siguen los fondos de deuda externa.

1.5. El Club de París

El Club de París nace en 1965, se define como un foro informal de Estados acreedores que tienen como meta fundamental la búsqueda y conformación de estrategias y soluciones dirigidas hacia la satisfacción de las obligaciones de los países deudores. En parámetros generales la deuda puede ser reestructurada, sufrir una reducción, o finalmente negociarse bajo un esquema accionario.

Autores como MILLET Y TOUSSAINT³³, realizan un análisis visiblemente crítico y político respecto de ésta y otras instituciones cuando anotan: “El Club se presenta a sí mismo como un grupo informal, una <no institución>. Carece de existencia legal y de estatutos. Los resultados de sus trabajos, transcritos en actas rubricadas al final de cada sesión, no son de cumplimiento obligatorio por los estados acreedores. Se trata de meras recomendaciones, pero estos estados se comprometen a aplicarlas, y es en este momento cuando adquieren valor jurídico”. En este sentido, es cada vez más importante la clarificación de los procesos de deuda externa, así como el análisis objetivo del costo/beneficio del endeudamiento externo para el Ecuador, lo contrario favorece solamente la propaganda política negativa y a la demagogia.

³³ D. MILLET Y E. TOUSSAINT. *Deuda Externa Banco Mundial y FMI 50 preguntas / 50 respuestas*. Trad. Raúl Quiróz. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. Quito – Ecuador, Junio 2005. P. 129.

1.5.1. Deudas susceptibles de canje³⁴

Existen ciertos tipos de deuda que pueden ser incluidos dentro del esquema de reestructuración y canje de deuda planteado por el Club de París; a continuación se replican las disposiciones emitidas en este sentido a través de la página web del Club.

- 1.5.1.1. “Deuda pública, ya que el acuerdo se firma con el país deudor que no es capaz de cumplir con sus obligaciones; las deudas de privados garantizadas por entidades públicas también se consideran deudas públicas y por tanto susceptibles de negociación.
- 1.5.1.2. Deudas de mediano y largo plazo. Las deudas de corto plazo, es decir, con vencimiento de un año o menos no se consideran para las negociaciones.
- 1.5.1.3. Deudas garantizadas antes de la fecha de corte, se refiere a los créditos garantizados antes de que el Estado deudor acordare por primera vez con el Club de París, esta es la llamada fecha de corte”.

Los acreedores del Club de París se reúnen cada mes en Francia a excepción de febrero y agosto; el “*Tour d’Horizon*”, cuya traducción al español sería o Visión de Conjunto, es un día de reuniones entre acreedores en el que discuten la situación de la deuda externa y los posibles problemas que envuelven a los países en vías de desarrollo. En estas sesiones pueden darse rondas de negociación con países deudores que han cumplido con los requerimientos para dichos efectos; es decir, ha concluido un programa con el Fondo Monetario Internacional que concluye que el país deudor no puede cumplir con las deudas que ha asumido y por tanto necesita de un convenio de pagos con sus acreedores.

³⁴ CLUB DE PARÍS. *Definición de la Deuda Convertible*. 25 de abril de 2009. En: <http://www.clubdeparis.org/sections/dette-traitee-en-club/categories-de-dette/definition-dettes>. Traducción libre del Autor.

Los acreedores del Club de París conectan el plan de reestructuración del Fondo Monetario Internacional, incluso en su reglamentación y procedimientos internos, debido a que la política de reformas económicas intenta restaurar el marco macroeconómico del deudor, viabilizando su capacidad de pago y disminuyendo la probabilidad de posteriores dificultades económicas.

El país deudor está representado habitualmente por el Ministro de Finanzas, quien encabeza la delegación del deudor, en la que también puede participar un representante del Banco Central del Estado deudor.

En esta reunión, el representante del Club de París comienza con palabras inaugurales y da paso a la exposición del país deudor que presenta su solicitud particular de reestructuración. Estas declaraciones del deudor van seguidas de intervenciones del Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otras instituciones internacionales si es oportuno. Los representantes del país acreedor pueden formular preguntas, requerir información adicional, o aclaraciones del deudor.

Los acreedores deliberan en ausencia del deudor el tratamiento que darán a la deuda. Una vez que se acuerda una propuesta ésta es firmada por el Presidente de la Reunión, el Ministro de Relaciones Exteriores del país deudor, y el presidente de delegación de cada país acreedor asistente; así se configura el documento llamado Minuta de Acuerdo, que formaliza las negociaciones y se escribe en francés e inglés.

Los boletines de prensa se acuerdan tanto por acreedores como por deudores para la publicidad del acuerdo.

1.5.2. Minutas de Acuerdo³⁵

Las Minutas de Acuerdo han sido definidas por el Club de París como “*acuerdos bilaterales legalmente exigibles*”, estos documentos son firmados por el

³⁵ CLUB DE PARÍS. Principios, Reglas y Convenciones. 25 de abril de 2009. En: <http://www.clubdeparis.org/sections/principes-et-regles/regles-et-conventions>.

Presidente del Club de París, el Ministro representante del país deudor, y el representante de cada acreedor: Constituye una “*recomendación a los gobiernos integrantes del Club de París y al país deudor de concluir los acuerdos bilaterales implementando las provisiones de estas Minutas de Acuerdos*”.

Este acuerdo otorga valor legal a las negociaciones realizadas durante las reuniones ocurridas entre las partes a través del Club de París. Los acuerdos establecen las tasas de interés bajo dos parámetros: la tasa de mercado, o una tasa mayor o menor que la inicial de endeudamiento, y es el primer documento jurídicamente vinculante entre las partes que inician el proceso de canje de deuda.

1.5.3. Canje de deuda y Términos de Houston

Los términos de Houston son aquellos aplicados específicamente para países que, pese a no poder cumplir con las obligaciones contraídas a consecuencia de la solicitud de créditos externos, no han sido incluidos en la iniciativa HIC “*Heavily Indebted Countries*” o Países Altamente Endeudados. Los términos de Houston, aceptados por los Miembros del Club de París en Septiembre de 1990, “*para el tratamiento de la deuda de países de bajos ingresos*”³⁶ generaron importantes progresos respecto de los términos clásicos y que suponen plazos y tasas más favorables tanto para los créditos de asistencia para el desarrollo como lo que no se encuentran en este esquema y, más relevante en el contexto de este trabajo, se abre la posibilidad de que los canjes de deuda sean conducidos sobre una base voluntaria y bilateral.

La instrumentación de acuerdos bilaterales dentro del esquema de canje de deuda, refleja un importante avance en relación con el tratamiento de la deuda pública externa y la política económica internacional, es un cambio positivo en la relación deudor acreedor y una oportunidad para los países en vías de desarrollo de cumplir tanto con sus deberes internos como externos. A continuación, se

³⁶CLUB DE PARÍS. *Términos de Houston*. 23 de abril de 2009. En: <http://www.clubdeparis.org/sections/termes-de-traitement/termes-de-traitements/60-les-termes-de-houston/switchLanguage/en>. Traducción libre del Autor.

reproduce el esquema definido por el CLUB DE PARÍS³⁷, respecto de la ejecución de los procesos de canje de deuda y sus diferentes modalidades.

1.5.3.1. “Canjes de deuda por naturaleza

El país deudor direcciona el pago de la deuda a un fondo que será usado para financiar proyectos ambientales en su propio territorio.

1.5.3.2. Canjes de deuda por proyectos sociales

El país deudor deposita los valores de la deuda en un fondo que servirá para el financiamiento de proyecto de desarrollo social en su propio territorio.

1.5.3.3. Canjes de deuda por participación accionaria

La venta de deuda del lado del país acreedor a un inversionista que a su vez vende la deuda al país deudor a cambio de acciones en compañías o divisas para ser usadas en proyectos en el país deudor”.

En septiembre de 1990 el Club de París accede a establecer un trato preferencial para los países con ingresos muy bajos o por debajo del promedio, estos son los llamados Términos de Houston, y consideran tres modificaciones fundamentales en relación con los Términos Clásicos aplicados anteriormente. Respecto de este nuevo esquema se reproduce a continuación, lo señalado por el Club de París a través de su página web:

- a. “Los plazos de repago de los créditos comerciales (Non Official Development Assistance) se extienden a períodos de 15 o más años, mientras que los créditos de asistencia para el desarrollo (Official Development Assistance), se extienden hasta 20 años con un período de gracia de 10 años máximo.

³⁷CLUB DE PARÍS. Principios, Reglas y Convenciones. 20 de abril de 2009. En: <http://www.clubdeparis.org/sections/principes-et-regles/regles-et-conventions>. Traducción libre del Autor.

- b. Los créditos de asistencia para el desarrollo son reestructurados sobre una base concesional.
- c. Los canjes de deuda pueden ser conducidos sobre una base bilateral y voluntaria de los países involucrados”.

1.5.4. Ecuador frente al Club de París

El 13 de Junio de 2003, el Club de París emitió un comunicado de prensa referente a la situación específica de reestructuración de deuda con el Ecuador, este es el último documento que refleja las negociaciones dentro de este marco multilateral de acreedores y ha sido incluido dentro de este documento para tener una idea clara de los términos y condiciones en que fue reprogramada la deuda del Ecuador respecto de los acreedores que quisieron negociar reestructuraciones de obligaciones a través del Club de París.

Tratamiento de la Deuda del Ecuador a Junio de 2003³⁸

Acuerdos antecedentes con Instituciones Internacionales:	Programa con el Fondo Monetario Internacional aprobado en Marzo 21 de 2003.
Total de Deuda Externa del País	\$11400 millones de Dólares hasta Diciembre 31 de 2002, de los cuales 2730 millones se deben al Club de París hasta el 1 de enero de 2003.

³⁸ Texto tomado de la página web del Club de París y traducido por la autora.

Montos tratados	81 millones de Dólares.
Categoría de las deudas tratadas	Tratamiento de intereses adeudados desde el 1 de Marzo de 2003 hasta Marzo 31 de 2004.
Perfil de repago	<p>Tratamiento bajo los Términos de Houston</p> <p>Reestructuración de pago de créditos no correspondientes a asistencia oficial sobre 18 años, con tres años de gracia.</p> <p>Reestructuración de pagos de créditos de asistencia oficial para el desarrollo sobre 20 años con 10 años de gracia.</p>
Provisiones específicas	<p>Posibilidad de conducir canjes de deuda.</p> <p>Sobre una base voluntaria y bilateral, el Gobierno de cada Estado acreedor Participante o sus instituciones acreditadas pueden vender o cambiar, en el marco de la deuda por naturaleza, deuda por asistencia, deuda por participación accionaria u otras deudas locales.</p>
Comparabilidad de tratamiento: provisiones.	<p>Con la finalidad de asegurar la comparabilidad de tratamiento de sus obligaciones adeudadas a sus otros acreedores externos públicos o privados, el Gobierno de la República del Ecuador se compromete a buscar acuciosamente la reorganización de su deuda externa con sus acreedores en términos comparables a aquellos establecidos en la presente Minuta de Acuerdo, así como deberá evitar la discriminación entre las diferentes categorías de acreedores.</p> <p>El Gobierno de la República el Ecuador se compromete a señalar todas la categorías de acreedores públicos – y en particular países acreedores participantes en la presente Minuta de Acuerdo, en cuanto al sector privado – un tratamiento no más favorable que el acordado para que el acordado para los Estados Acreedores participantes por créditos de comparable interés.</p>

Fecha de corte	Primero de Enero de 1983
Organización de las Reuniones	<p>Las reuniones fueron presididas por la Señora Stéphane Pallez, Co-Directora del Club de París. La cabeza de delegación del país deudor fue el Sr. Mauricio Pozo, Ministerio de Economía y Finanzas.</p> <p>Acreedores participantes.</p> <p>CANADA , FRANCE , GERMANY , ISRAEL , ITALY , JAPAN , NORWAY , SPAIN , UNITED KINGDOM , UNITED STATES OF AMERICA</p> <p>Observadores.</p> <p>BÉLGICA, BRAZIL, DINARMARCA, RUSIA, FFEDERATION , IMF , Inter-American Development Bank , OECD , UNCTAD , World Bank</p>

La información arriba reproducida nos muestra cómo se establecen los lineamientos generales de una reestructuración de obligaciones de deuda externa a través del Club de París, es posible observar además, fragmentos de los compromisos adquiridos en las Minutas de Acuerdo y que buscan la responsabilidad del deudor con todos los acreedores del Club de París aunque no se hayan incluido en una ronda de negociación específica.

Los principios que mantiene el CLUB DE PARÍS³⁹ para el desarrollo de su finalidad son: Consenso, que implica la decisión por unanimidad de acreedores; Condicionalidad, que se entiende como la aprobación del programa económico admitido por el Fondo Monetario Internacional; Análisis de los casos de forma

³⁹ CLUB DE PARÍS. Principios, Reglas y Convenciones. 20 de abril de 2009. En: <http://www.clubdeparis.org/sections/principes-et-regles/regles-et-conventions>. Traducción libre del Autor.

individual; Fecha de corte, a través de la cual se consideran las deudas elegibles; Solidaridad entre acreedores, que no intentarán tener mejores condiciones que sus pares; y finalmente, Comparabilidad de tratamiento, este principio, que trasciende al grupo de acreedores del Club, prevé un estándar de condiciones y beneficios que se aplican a los acreedores integrantes o no de este grupo.

La política de endeudamiento público en el Ecuador tiene una base común, que se mantiene constante y no distingue la forma de contratación de deuda a la que se intente acceder. En lo atinente a la deuda externa, el texto de la Constitución de 1998 presentaba las disposiciones atinentes al endeudamiento público externo, de forma dispersa; disposiciones como las contenidas en los Artículos 259 relacionado con el Presupuesto General del Estado, los Artículos 130 y 263 que señalaban a los organismos pertinentes y relacionados al manejo de la deuda pública, fueron vagos referentes al tratamiento que debía darse a la deuda pública externa. El Texto Constitucional vigente ha sido más específico en el tratamiento de la deuda externa; sin embargo, la nueva y definida estructura que se plantea puede no ser la más adecuada; por ejemplo en relación con el Artículo 422 que como ya se observó respecto de la sentencia interpretativa no es concordante con los principios ni compromisos internacionales reconocidos y adquiridos por el Estado ecuatoriano. En el ámbito legal la primera disposición específica sería el Artículo 10 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia establece los requisitos que deben ser cumplidos para el endeudamiento público. Estos parámetros son determinantes interna y externamente; posteriormente procede la evaluación de la deuda en el año fiscal correspondiente para lo cual se elabora un plan de deuda detallado a través del Artículo 5 de la Ley antes referida; con este objeto se toman como referencia los valores e indicadores relacionados con el Producto Interno Bruto del país. Como las reestructuraciones o procesos de endeudamiento obedecen principalmente a la no afectación de los deberes básicos del Estado como por ejemplo la provisión de salud, educación, servicios básico y seguridad, todos los procesos que se emprenden en relación con la deuda pública ya sea esta interna o externa deben procurar el análisis de todos los factores económicos, políticos, sociales, entre

otros que prevean la afectación que genera el proceso de endeudamiento, el direccionamiento de los fondos, y la capacidad de pago del Estado. En razón de lo antedicho los procesos de reestructuración de deuda se envían a la Secretaría Nacional de Planificación del Ecuador (SENPLADES), para que estudie su factibilidad y viabilidad en cuanto a cuestiones de desarrollo y sostenibilidad en nuestro país; posteriormente la Subsecretaría de Crédito Público envía un informe al Ministro que contiene los parámetros económicos y legales necesarios para incursionar en la renegociación de la deuda. Por su parte la Procuraduría General del Estado y el Banco Central del Ecuador también emiten informes de viabilidad y factibilidad dentro de sus competencias campos de operación. Por último el Ministro con la aprobación del Presidente de la República puede remitir el informe y solicitud específica en primera instancia al Fondo Monetario Internacional que posteriormente remite su dictamen al Club de París donde pueden comenzarse las negociaciones. Este es un proceso que tiene un espectro internacional mucho más amplio porque se vale en una primera instancia de Instituciones Internacionales (FMI) y Organismos Multilaterales (Club de París), y finalmente concluye su operación a través de un acuerdo bilateral que impone obligaciones específicas tanto para el deudor como para el acreedor.

En las experiencias de canje de deuda con en nuestro país para reestructuración de la deuda externa, la decisión en los proyectos de inversión es conjunta, tanto del deudor como del acreedor. En este sentido hay una participación activa tanto del Ministerio de Finanzas como del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador para el cumplimiento de las obligaciones, que se ven compartidas con representantes del Estado que represente a nuestra contraparte.

1.6. Ejecución de los acuerdos bilaterales.

El canje de deuda, en el caso del Ecuador, fue concebido inicialmente como un proceso dirigido hacia la compensación de activos y tenía una lógica más bien de participación accionaria que involucraba directamente a las organizaciones sin

finés de lucro; este proceso, por su naturaleza, estaba llevado por las resoluciones del Consejo Nacional de Valores que señalaba la dinámica pertinente para su realización. Esta forma de canje fue utilizada hasta 1992, cuando se firmo la Minuta de Acuerdo V del Club de París, en la que se abrió la posibilidad de negociar, sobre una base voluntaria y bilateral, acuerdos de canje de deuda.

La mecánica ya descrita para suscripción de canjes de deuda según las reglas del Club de París, contempla tres modalidades: canje por naturaleza, canje accionario, y canje por proyectos de desarrollo social. A excepción del canje de deuda por acciones "*equity swap*", la lógica de las otras dos formas de canje contemplan la creación de un fondo de contraparte o contravalor en el que se depositarán los valores adeudados más los intereses que correspondan, por el país deudor.

La forma que se confiere a los fondos, derivados del proceso de canje de deuda, deberá ser acordada y descrita por los Estados deudor y acreedor a través del acuerdo bilateral de canje de deuda, así como el régimen jurídico aplicable para la constitución, actos y contratos derivados del nuevo ente. En el Ecuador, la forma jurídica que generalmente han adoptado los fondos es la de persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, o fideicomisos.

1.7. Condonación de deuda o canje de obligaciones.

El proceso de canje de deuda, implica la generación de un nuevo esquema obligacional para el deudor, en este sentido, la obligación inicialmente de pago se transforma en una obligación de dar y hacer, con lo que el proceso de verificación obligacional no se cumple solamente con el depósito del servicio de la deuda en un fondo de contravalor, sino con el direccionamiento de los recursos hacia la ejecución de proyectos para el desarrollo del Estado deudor.

Una vez formalizado el proceso de canje de deuda en el foro del Club de París, el Estado acreedor no renuncia a su derecho de cobro sino que lo

circunscribe o transforma en un esquema obligacional distinto, denominado canje o conversión de deuda.

Esta diferenciación es importante, visto que, a través de ella puede determinarse el régimen jurídico aplicable, en primera instancia respecto de los recursos que integren al fondo, y derivado de ello, de la figura jurídica que se pudiera otorgar a este patrimonio, por ejemplo como una persona jurídica, como un fideicomiso, entre otros.

El objetivo de la conversión de deuda, como su nombre lo indica, es la transformación de las obligaciones derivadas de la deuda externa originalmente adquirida, en proyectos para el desarrollo del Estado Deudor.

La calificación o intención con la que se produzca un proceso de canje o conversión de deuda, bajo las características de una novación o una donación derivada del pago de deuda, ofrece elementos esenciales para la determinación del régimen jurídico aplicable, la naturaleza y la propiedad de los recursos que son dirigidos al fondo de contravalor, y luego entregados para la ejecución de proyectos.

Incluso, si en una primera fase del proceso de conversión, se produce el pago de los valores adeudados más los intereses correspondientes al Estado de acreedor, y los recursos quedan bajo su órbita de competencias, es decir, se someten a su régimen jurídico; la inserción de estos recursos en el fondo de contravalor, de forma obligada según lo dispuesto en el Acuerdo Bilateral para la ejecución de proyectos, establece un nuevo esquema obligacional, que no puede ser confundido con una condonación de deuda.

Las obligaciones, tanto de pago como de direccionamiento del servicio de la deuda hacia la ejecución de proyectos, están vinculadas y no pueden ser disgregadas. Así lo disponen los principios previstos por el Club de París para el canje o conversión de deuda externa, y de la estructuración del acuerdo bilateral de conversión, que compromete a los Estados contratantes en función de la deuda originalmente no pagada.

En el esquema de canje o conversión de deuda, es necesario hacer dos consideraciones: La primera, relacionada con los recursos y el título al que se

transfieren en la primera fase de conversión, por el Estado acreedor. La segunda, tiene que ver con la figura jurídica que adoptan los recursos para la entrega de recursos y la monitoreo de la ejecución de proyectos.

ALFREDO DI PIETRO⁴⁰, hace un análisis de las Institutas de Gayo, base de lo que hoy se conoce como novación, al respecto señala: *“Una obligación se extingue también por la “novación” (novatio), como por ejemplo: si yo estipulo que lo que tú me debes me será dado por Ticio. En efecto, interviniendo una nueva persona ha nacido una nueva obligación y se extingue la primera, la cual es trasladada a la posterior, de tal modo que, aún cuando sea nula la “stipulatio” posterior, la primera, no obstante, se extingue jurídicamente (iure) por la novatio”*.

El canje o conversión de deuda, toma como base la obligación generada por la obtención de un crédito bilateral que no ha sido satisfecho en el modo inicialmente convenido. Esta obligación, originaria es incluida en un proceso de conversión, es decir, que las condiciones iniciales cambian de conformidad con los parámetros determinados en el ámbito del derecho internacional, por el Club de París y el acuerdo bilateral de canje.

El servicio de la deuda puede ser dirigido de modo directo hacia el fondo de contravalor, como ha sido previsto por el Club de París, o puede ser entregado al Estado acreedor en una cuenta bancaria, y luego ser dirigido al fondo de contravalor, de ser previsto por los Estados a través del acuerdo bilateral de conversión.

La importancia en la determinación del canje de deuda, en el marco de una novación de obligaciones o de un proceso de pago y posterior devolución o donación de los recursos pagados, define no sólo una modalidad sino la determinación del régimen jurídico aplicable respecto del manejo de los recursos e incluso la propiedad de los mismos.

La primera referencia relacionada con la Digesta 46, 2, 1pr de Ulpiano que describe a la novación como una *“traslación o transfusión”* de la obligación anterior

⁴⁰ DI PIETRO, ALFREDO. GAYO - *Institutas*. Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro. Quinta – Edición, Abeledo Perrot. Buenos Aires – Argentina, 1997. Pp.563 a 566. Referencia usada por el Autor: Ins. 3, 29, 3. Cf. Gayo II, 38.

a una nueva; es decir, existe una causa precedente que configura un compromiso posterior. El autor señala dos criterios básicos para considerar la *novatio*:

- Obligación anterior, no se extingue lo que no existe previamente, sin importar cuál sea la naturaleza que esta obligación tenga.
- Obligación nueva, a través de una *stipulatio* se extingue la primera obligación y se traslada el *debitum* a la segunda y nueva obligación.
- *Ídem debitum*, no se puede pactar una doble obligación; es decir, es imperativa la “*trasfusio ataque traslatio*”, una obligación anterior trasladada a una obligación nueva, no sumada o adicional.
- *Stipulatio* debe contener un nuevo elemento (*aliquid noui*), pues de lo contrario no existe una razón para novar, es necesario el establecimiento de nuevas condiciones.
- *Animus novandi*, introducido en la época de Justiniano ya que no era clara la intención de establecer una *novatio*, por ejemplo cuando se confundía con el ofrecimiento de una garantía.

Existe confusión en cuanto se refiere a la naturaleza de las obligaciones generadas a través del canje de deuda ya que son muchas veces entendidas como una condonación, no obstante, es imperativo reconocer que la incursión en este proceso establece un nuevo esquema obligacional, es decir, una reestructuración de obligaciones con base en un acuerdo bilateral que incluye la ejecución de proyectos lo que transforma una obligación de hacer en una obligación de dar y hacer.

VIRGINIA FIERRO RENOY⁴¹, por ejemplo, señala respecto del canje o conversión de deuda: “*Las operaciones de conversión de la deuda en el marco de Club de París realizadas por el país, se enmarcan en lo que pudieran llamarse «operaciones de condonación de deuda condicionadas», ya que a cambio de la condonación del ciento por ciento del saldo o de una parte de la deuda por parte de determinado país acreedor, el Ecuador se compromete a canalizar un*

⁴¹ V. FIERRO-RENOY. *Ecuador: Mecanismos de Conversión de Deuda por Proyectos Sociales y Ambientales*. Doctora en Análisis y Política Económica del Instituto de Estudios Políticos de París – Francia (1987). Funcionaria del Banco Central del Ecuador. Nota Técnica No. 08.

porcentaje del monto de recursos condonado hacia el financiamiento de proyectos que el país acreedor y el país deudor convengan durante el proceso de negociación”.

En esencia, cuando se trata el tema de canje en el contexto de reestructuración de las obligaciones de deuda externa, es necesario observar de modo detenido la voluntad y procedimientos seguidos por los Estados ya que serán los determinantes de los principios y normas que deban ser aplicados.

A través del análisis de lo que esencialmente se entiende como una condonación no a modo de doctrina sino como principio básico de Derecho, es necesario señalar que la eliminación en las partidas presupuestarias o registros contables de ciertos valores de deuda, no liberan al Estado del cumplimiento de las obligaciones de direccionar y asegurar un fin específico con los fondos “condonados”, esto significa que hay un intercambio de obligaciones de dar por obligaciones de dar y hacer, lo que no constituye una condonación.

La calificación del proceso de conversión de deuda externa en proyectos de desarrollo, no como una condonación sino como una novación de obligaciones, es el punto de partida para el análisis de la naturaleza jurídica de los fondos de contravalor, en función de los recursos y de las personas jurídicas constituidas a partir del proceso de conversión, como se podrá observar en el Capítulo siguiente.

CAPITULO II

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FONDOS DE CONTRAVALOR

STEVEN GIFIS⁴², define a los fondos como cantidades de dinero que pueden estar disponibles ya sea para usos y propósitos generales o para proyectos específicos. CABANELLAS⁴³, conceptualiza al fondo como “*el conjunto de bienes de una persona o entidad, cuando tienen finalidad o cuentas especiales*”. Finalmente, JUAN LARREA HOLGUÍN⁴⁴, explica a los fondos como “*capital, masa de dinero, destinada a un objeto*”, en lo sucesivo este autor se referirá a cuestiones como las de seguridad social, capital de las sociedades, entre otros.

El concepto de fondos de contravalor o “*conterpart founds*” hace parte del esquema establecido por el Club de París para el proceso de canje de deuda por proyectos de desarrollo o para la protección de la naturaleza. Mediante el análisis, identificación y caracterización de los fondos se pretende mostrar cómo el servicio de la deuda toma un giro diferente al inicialmente previsto, cuando se depositan los valores adeudados en un fondo independiente del prestamista y del prestatario pero en el que ambos mantienen tanto derechos como obligaciones, y cuya puesta en marcha tiene consecuencias jurídicas relevantes, tanto por lo estipulado como por lo no estipulado a través del acuerdo bilateral de canje o conversión.

La primera enunciación de los fondos, en el esquema de canje, se hace a través de las normas y políticas propuestas por el Club de París para las negociaciones de la deuda externa, y que se publican oficialmente a través de la

⁴² S. GIFIS H. *Law Dictionary*. Quinta Edición. Académico Asociado en la Universidad Estatal de New Jersey, Facultad de Leyes de Newark. P. 219

⁴³ G. CABANELLAS DE TORRES. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Revisado, actualizado y ampliado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Tomo 4. Editorial Eliasta 2008. P. 99.

⁴⁴ J. LARREA HOLGUÍN. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*. Tomo IV – Voces de Derecho Civil. Fundación Latinoamericana Andrés Bello - Impreso en Ecuador, Septiembre de 2005. P. 385

página web de este foro multilateral. De forma concreta, pueden revisarse también las Minutas de Acuerdo, que son firmadas por los países deudores y acreedores, observando los casos específicos de endeudamiento y que son suscritas una vez que el deudor acude al Club para señalar una fecha de corte y se implementan términos más favorables para la renegociación de obligaciones. En estos documentos también se establecen las formas admitidas de canje de deuda, y las modalidades en que pueden negociar los Estados.

Finalmente, serán los acuerdos bilaterales los que den paso a la creación de los fondos de contraparte o contravalor, con una calificación jurídica específica, y en un esquema normativo determinado esencialmente por la voluntad y libertad soberana de los Estados.

En el Capítulo precedente, se demostró la naturaleza inherente a los canjes de deuda, no como una condonación de obligaciones sino como un nuevo esquema obligacional que genera compromisos para las partes.

La primera derivación del proceso de canje de deuda, gestionado a través del Club de París, es la generación de los denominados fondos; es decir, el direccionamiento del servicio de la deuda hacia la constitución de un patrimonio, respecto del cual, se generan disposiciones concretas suscritas mediante acuerdos bilaterales. Sobre esta primera afirmación es necesario hacer dos consideraciones: En primer lugar, el patrimonio, que por su nueva destinación se considera independiente tanto del deudor como del acreedor, no puede ser calificado como autónomo ya que su existencia va atada a la condición resolutoria del acuerdo bilateral. Por otra parte, los recursos que están involucrados en este proceso son de naturaleza pública, cuyo manejo tiene repercusiones posibles tanto en el ámbito jurídico nacional como en el ámbito jurídico internacional.

“El concepto de fundo, tanto en derecho público como en derecho privado, es oscuro y proteiforme, porque abraza figuras de índole diversa. Por fundo puede entenderse toda masa patrimonial separada materialmente del resto del patrimonio del sujeto y destinada a un objeto especial. Por lo demás, el fundo no tiene autonomía frente el complejo patrimonial del que forma parte, sino que se

*reduce a una división interna, que tiene un valor técnico administrativo sin importancia jurídica*⁴⁵.

Específicamente en el caso de los canjes de deuda, la obligación que se genera sobre el país deudor es la de “*direccionar el servicio de la deuda a un fondo que será utilizado para financiar proyectos de desarrollo en el país deudor*”⁴⁶. En concordancia con el proceso seguido para la conversión de deuda, los recursos del fondo o “*fundo*” como fuera descrito por FERRARA, entrarán en la órbita ya sea del Estado deudor, o del Estado acreedor, independientemente de las disposiciones previstas a través del acuerdo bilateral.

Los fondos de contravalor en el contexto de canje o conversión de deuda puede ser definidos como: El patrimonio resultante de la destinación del servicio de la deuda externa de un Estado, hacia la conformación de una cuenta, que será la base para la realización de proyectos en el territorio del Estado deudor. Esta conceptualización, si bien puede parecer un poco genérica, describe el proceso de canje en su etapa inicial pero que mantiene la misma estructura independientemente de los Estados intervinientes.

Inicialmente, los fondos de contravalor son la cristalización del proceso de canje o reestructuración de deuda, es decir, el direccionamiento del servicio de la deuda a una cuenta que servirá como base para el desarrollo de proyectos específicos acordados por los Estados a través de un acuerdo bilateral. Estos fondos son, en principio, cuentas bancarias, cuyo régimen jurídico aplicable puede ser determinado en razón del patrimonio del que se constituyen, o de los sujetos que intervienen como titulares de la cuenta y que ostentan el derecho de crédito.

En razón del patrimonio, es importante señalar que el sistema de canje de deuda no elimina las obligaciones del deudor; se trata de una reestructuración de

⁴⁵ F. FERRARA. *Teoría de las Personas Jurídicas*. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. Serie Personas y Bienes. Volumen 4. Editorial Jurídica Universitaria. México, junio 2002. P. 246. El concepto de fondo descrito por Ferrara, es equivalente al de fondo como se observa se describe en el título antecedente.

⁴⁶ CLUB DE PARÍS. Tipos de Tratamiento de la Deuda. 24 de mayo de 2009 En: <http://www.clubdeparis.org/sections/types-traitement/rechelonnement/clause-conversions>. Traducción libre del Autor.

las mismas, lo que contablemente se verá reflejado en un decrecimiento paulatino del monto de la acreencia por una parte, y la liberación de cargas obligacionales, igualmente progresiva, en el caso del deudor; sin embargo, es necesario subrayar, que las obligaciones derivadas de la conversión de deuda no terminan con el pago de lo adeudado sino que están directamente vinculadas a la nueva obligación de direccionamiento de los recursos para el desarrollo de proyectos, de ahí que, se puede concluir que las obligaciones son interdependientes y diferentes del contrato inicial de crédito, que solamente preveía el pago.

En la primera fase, mientras no se produce un egreso de las arcas fiscales del obligado, en este caso del Ecuador, forman parte del Presupuesto General del Estado, y por lo tanto se sujetan al régimen jurídico ecuatoriano en el que se incluyen primordialmente la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

En cuanto se refiere al acreedor, no ostenta la titularidad del patrimonio, sino del derecho de cobro que le habilita para tomar las acciones legales que le permitan la recuperación de lo entregado a manera de préstamo o, como sucede en el caso del canje de deuda, pactar con el deudor una reestructuración de pagos y la conversión de las obligaciones.

En la práctica, una vez que los recursos han egresado de las arcas fiscales del deudor, pueden tomar dos direcciones: La primera, cuando el Estado deudor, de conformidad con las disposiciones previstas por el Club de París⁴⁷, direcciona el servicio de la deuda de modo inmediato hacia el fondo de contravalor manejado, de forma conjunta, por los Estados intervinientes para la asignación de recursos. La segunda alternativa, es el direccionamiento del servicio de la deuda hacia una cuenta determinada por el Estado acreedor, que se compromete al reenvío de los

⁴⁷ CLUB DE PARIS. *Debt swap*. 16 de octubre de 2009. En: <http://www.clubdeparis.org/sections/types-traitement/rechelonnement/clause-conversions>

The debtor country directs the servicing of the debt to a fund that will be used to finance development projects in the country (debt-for-development-swaps). Canje de Deuda. El país deudor dirige el servicio de la deuda a un fondo que será utilizado para financiar proyectos de desarrollo en el país.

recursos hacia el fondo, cogestionado por los Estados, para la realización de proyectos. Esta segunda alternativa puede ser tomada por el acreedor, como una forma de mantener el control en el egreso de los recursos, sin que esto signifique que dicho patrimonio pase a su presupuesto general, ni que se haya producido una condonación de obligaciones.

OSPINA⁴⁸ ha definido a la novación como *“un acto jurídico híbrido o complejo que participa, a la vez, de la naturaleza de las convenciones extintivas en cuanto soluciona, al igual que el pago puro y simple, una obligación preexistente, y de la naturaleza de los contratos en cuanto da nacimiento a una obligación nueva. Infiérese de lo expuesto, que la novación es un modo directo de extinguir las obligaciones, porque el consentimiento de las partes tiende precisamente a producir este efecto, pues si la intención de estas se limita a modificar una obligación preexistente entre los mismos acreedor y deudor respecto a un mismo objeto, o a crear otra obligación colateral, trátase entonces, no de ese acto complejo que estructura la novación, sino de una simple convención modificatoria de relaciones jurídicas o de un contrato adicional, respectivamente según lo puntualizaremos más adelante(...) Concebíase así la novación como una trasfusión o traslado de la obligación originaria en una nueva obligación (prioris debiti in aliam obligationem transfusio arque transaltio)”*.

En cuanto se refiere al canje o conversión de deuda, es necesario observar a profundidad el proceso que se produce respecto del crédito inicial no satisfecho, ya que si bien se toman como base los valores adeudados y los intereses devengados, se genera, además de una nueva estructura de pagos, la obligación de direccionamiento hacia la realización de proyectos en el ámbito social o ambiental.

Los desembolsos efectuados por el Estado deudor se hacen en concordancia con las disposiciones del Club de París; es decir, para el direccionamiento del servicio de la deuda hacia la ejecución de proyectos, con lo

⁴⁸ G. OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen General de las Obligaciones*. Sexta Edición Actualizada. Editorial Temis. Bogotá, 1998. Pp. 406-407

que la obligación inicialmente de pago, se transforma en una obligación de dar y hacer en el territorio del Estado deudor.

El proceso de conversión de deuda, no puede, ser confundido con una condonación o remisión ya que este concepto, como ha sido descrito también por OSPINA, refleja: *“un modo de extinguir las obligaciones, que consiste en el perdón que de la deuda le hace el acreedor al deudor. Éste tiene que dar, hacer o no hacer algo en provecho de aquel, quien, en un momento dado, con ánimo de beneficencia, libera a su deudor de la prestación debida”*⁴⁹. Ha quedado demostrado, que la conversión de deuda, no puede ser asimilada a una condonación ya que el deudor en ningún momento es eximido del cumplimiento de sus obligaciones, sino por el contrario, además de desembolsar recursos, debe dirigir los mismos hacia la ejecución de proyectos, de conformidad con el acuerdo bilateral suscrito entre el acreedor y el deudor.

Respecto de la cuenta en la que son depositados los valores correspondientes al pago de deuda, creo necesario citar a BONFANTI⁵⁰, que ha definido a los depósitos bancarios como *“aquellas operaciones mediante las cuales se entrega a un banco sumas de dinero para que éste pueda utilizarlas, con la obligación de restituir las en las formas y tiempo pactados con el cliente”*. La titularidad del derecho de restitución la adquiere el depositante, con lo que el derecho de crédito halla una vinculación directa con el Estado deudor y su ordenamiento jurídico, sin embargo, este depósito se realiza en el marco de un acuerdo bilateral de canje suscrito entre dos Estados, por lo que se remite de modo directo a las disposiciones del derecho internacional.

El patrimonio que ha sido constituido, no puede ser calificado como autónomo ya que se encuentra atado a las disposiciones del acuerdo bilateral y a las cláusulas resolutorias expresas o tácitas del mismo. Queda demostrado que este patrimonio no se encuentra dotado de autonomía, y aunque se remite para su negociación a principios del derecho internacional, constituye también un contrato,

⁴⁹ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Régimen General de las Obligaciones*. Sexta Edición Actualizada. Editorial Temis. Bogotá, 1998. P. 446.

⁵⁰ M. BONFANTI. *Contratos Bancarios*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1993. P. 133

un compromiso asumido por dos Estados, en el que está implícita una condición resolutoria que como ha escrito LUIS PARRAGUEZ⁵¹, “(...) puede ser definida como aquella condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales, que consiste en el incumplimiento de las partes, de las obligaciones contraídas en virtud del contrato”, la reflexión del autor va dirigida respecto de la condición resolutoria tácita aplicable a los contratos en derecho civil pero es también aplicable a los compromisos asumidos por dos Estados a través de un acuerdo de conversión de deuda.

Un acuerdo bilateral de canje o conversión de deuda por proyectos, pone de manifiesto no sólo los principios y políticas definidos por el Club de París, y pactados por los Estados a través de las Minutas de Acuerdo; estos instrumentos consagran la voluntad de los Estados relacionada con la utilización de recursos que originalmente deberían haber sido entregados en pago al Estado acreedor, al que hubiera sido trasladada, de forma permanente, la propiedad de estos bienes.

Son muchas las formas que puede otorgar el acuerdo bilateral al patrimonio generado en razón del proceso de conversión de deuda, las estructuras más comunes serían las de los fideicomisos y las personas jurídicas.

A través del análisis de los diferentes tipos de personas jurídicas atribuibles a los fondos de contravalor, será posible determinar la figura jurídica pertinente en función de los objetivos y la forma de ejecución del acuerdo y, consecuentemente, el régimen jurídico aplicable a los fondos en concordancia con esta calificación.

La forma que adopta este patrimonio en el ámbito jurídico es variable y depende del esquema planteado por los Estados intervinientes a través del convenio bilateral de canje, ya que las disposiciones planteadas por el Club de París tienen carácter general y dejan a la liberalidad de los Estados, la forma de estructuración de los fondos y asignación de recursos.

El nacimiento de una persona jurídica a partir del patrimonio de deuda es probablemente el camino jurídico más viable, pero debe ser emprendido con extrema cautela, ya que no todas las calificaciones son posibles respecto del

⁵¹ L. PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*. Libro cuarto: Teoría General de las Obligaciones. Volumen 1. Universidad Técnica Particular de Loja. Junio, 2000. P. 197

patrimonio de deuda externa, los principios y normas de derecho internacional y local de los Estados.

El pronunciamiento de GOLDSCHMIDT⁵² respecto de las personas jurídicas y el régimen jurídico al que se encuentran supeditadas es, en mi criterio, el más acertado para comenzar el análisis de los fondos de contravalor bajo la figura de personas jurídicas y el régimen jurídico aplicable a las mismas. *“En el ámbito de la persona jurídica, la primera pregunta consiste en saber cuál es la ley que indica si una agrupación de personas y bienes tiene personalidad jurídica. Al contrario y a diferencia de la persona individual, la persona jurídica no tiene “estado” (que es siempre el estado de familia), ni tampoco “existencia” (concepto que implica el problema de la ausencia y la presunta muerte)”*. En este sentido es necesario señalar que las normas rectoras para los fondos de contravalor, serán las contenidas en los principios del Club de París establecidos para el canje de deuda, las Minutas de Acuerdo firmadas por el Estado deudor y los Estados acreedores, y finalmente el acuerdo bilateral de conversión de deuda en el caso específico.

2.1.1. Persona Jurídica de Derecho Privado.

La legislación interna de cada Estado prevé un esquema de constitución de personas jurídicas, en el caso del Ecuador, el Código Civil las define en su Artículo 564 como: *“una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”*. Igualmente, el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante dispone en su Artículo 32 *“El concepto y reconocimiento de las personas jurídicas se regirán por la ley territorial”*. La forma de constitución de una persona jurídica de derecho privado

⁵² W. GOLDSCHMIDT. *Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia*. Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico. Octava Edición. Ediciones Depalma – Buenos Aires, 1992. P. 234

dentro del esquema de reestructuración de deuda externa previsto por el canje de deuda, implica un proceso especial ya que reúne a dos Estados que amparados por el principio de libertad soberana acuerdan en la creación de una persona jurídica de derecho privado. Los Estados, a través del acuerdo bilateral, deberán prever no sólo la norma de creación sino el régimen jurídico bajo el cual esta creación procede, ya que de lo contrario se tendrá como resultado una entidad anómala, cuyos actos y funcionamiento deberán ser ubicados de conformidad con los principios establecidos por el Derecho Internacional para el patrimonio utilizado, los sujetos intervinientes, el lugar de ejecución, entre otros.

En concordancia con el Código Sánchez de Bustamante, el régimen jurídico aplicable, de no haber sido determinado a través del acuerdo bilateral, será el de la ley territorial, sobre esta disposición se puede interpretar no sólo el lugar de constitución, sino el lugar de firma del acuerdo bilateral, y en este sentido habría alta posibilidad de divergencia entre los Estados contratantes. Es evidente, por lo tanto, la importancia que tiene la adecuada redacción de los acuerdos, y el entendimiento de que la obligación del deudor se ve transformada y ampliada, no solo en la forma sino en la práctica.

Las personas jurídicas de derecho privado han sido clasificadas por la doctrina en dos grupos: De utilidad pública y de utilidad privada. El primer grupo, se refiere a aquellas personas jurídicas cuya actividad tiene interés para el Estado y reciben por lo tanto fiscalización y organización estatales. En otra calificación, están las personas jurídicas de utilidad privada, en este grupo se incluye a aquellas personas jurídicas cuya actividad interesa al sector privado y a la satisfacción de intereses en este ámbito.

El régimen jurídico ecuatoriano reconoce dos categorías para clasificar a las personas jurídicas, aunque no lo hace de forma taxativa. Basado en las disposiciones el Código Civil, el autor LUIS PARRAGUEZ RUIZ⁵³ ha descrito un

⁵³ L. PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*. Volumen I – Personas y Familia. Ediciones Universidad Técnica Particular de Loja. Impreso en Cuenca, 1998. Impreso en Quito. P. 86

esquema respecto de las personas jurídicas de derecho privado en el Ecuador, que se transcribe a continuación:

“Personas jurídicas de derecho privado.

a. Integración, predominantemente por personas de derecho privado; sin embargo, nada impide que personas de derecho público formen parte de una persona de derecho privado.

b. Finalidad, sus objetivos son diferentes a los perseguidos por el Estado, es decir diferentes a los de servicio público; sin embargo, pueden ofrecer servicios públicos pero a diferencia de cuando los ofrece el Estado, será superior el afán de lucro.

c. Financiamiento y control, de forma general se deriva del ámbito privado, lo que no obsta para que puedan darse tanto controles como financiamiento estatales.

El régimen jurídico el Ecuador admite una subdivisión en las personas jurídicas de derecho privado, como se observa a continuación:

Personas jurídicas de derecho privado con afán de lucro; es decir, aquellas cuyo fin es la obtención de una ganancia a través del desarrollo de una actividad específica, y pueden ser civiles o comerciales.

Personas jurídicas de derecho privado sin afán de lucro; esto implica que no intentan la obtención de un beneficio económico, en este grupo se encuentran las fundaciones y corporaciones de conformidad con las reglas establecidas en el Código Civil”.

Para LUIS PARRAGUEZ, la finalidad de lucro se entiende como el beneficio económico esperado, aunque este no se refleje en la forma de dividendos o utilidades, en razón de que este configura solamente un beneficio económico directo o inmediato.

La inclusión de los fondos de contravalor dentro del régimen de personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con los parámetros descritos en la legislación del Ecuador es probable, pero debería pactarse de modo expreso en el acuerdo de conversión de deuda. La consecuencia inmediata sería la remisión expresa hacia el Derecho Privado Ecuatoriano, y por lo tanto, todos los actos y

contratos derivados de esta persona jurídica deberían remitirse al Derecho Civil del Ecuador. La viabilidad de esta calificación se pone en duda, sobre todo cuando los elementos involucrados en la constitución y funcionamiento de esta persona jurídica involucran otra persona jurídica de derecho internacional público, otro Estado, que tiene principios, y un ordenamiento jurídico propio.

JUAN LARREA HOLGUÍN⁵⁴, citando a TOBAR RIBADENEIRA, ha descrito las formas de reconocimiento de la personalidad jurídica, dentro de las siguientes alternativas: “1. *Concesión gubernativa: “la personalidad jurídica es una concesión graciosa que se hace a los entes morales”*; 2. *Declaración: el Estado sólo declara su existencia*; 3. *Concesión legal: depende “de la reunión de determinadas condiciones fijadas por la ley”*. Aplicando esta teoría al caso de las personas jurídicas generadas como resultado de un proceso de canje de deuda, es visible que el reconocimiento de una persona jurídica de derecho privado debe hacerse a través del reconocimiento Estatal o mediante el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley, por lo tanto, el acto de constitución inicial de esta persona jurídica debe preverse en el acuerdo bilateral de conversión de deuda, sin embargo, no sería lo más deseable en virtud de los principios y objetivos que persigue el canje de deuda.

En el caso de su creación mediante norma expresa prevista en el acuerdo bilateral de canje, las personas jurídicas de derecho privado, que se constituyen como parte de un proceso de canje de deuda en el Ecuador, tienen un tratamiento especial ya que son creadas y se desempeñan sobre la base de lo que se entiende como interés estatal por lo que su constitución se remite al acuerdo bilateral de canje y las disposiciones del derecho privado del Ecuador; en cuanto a su funcionamiento, se sujetará tanto al derecho privado como al derecho público del Ecuador, con lo que es posible evidenciar un claro desequilibrio en las capacidades fiscalizadoras y normativas de los Estados Constituyentes.

Es importante señalar que bajo esta calificación, la persona jurídica suscrita al ámbito privado puede supeditarse en ciertas cuestiones, como las

⁵⁴ J. LARREA HOLGUÍN. *Derecho Civil del Ecuador*. Parte General y Personas. Tomo I. Quinta Edición Actualizada. Corporación de Estudios. P. 447.

patrimoniales, a las disposiciones del derecho público, ya que los recursos son incluidos en la órbita de competencias del Estado ecuatoriano. En consecuencia, es factible la institución de una persona jurídica de derecho privado sujeta en ciertas circunstancias al control, observación y participación del derecho público.

En el caso de los sujetos que se encargan del manejo de los recursos, o que cumplen alguna función dentro de este nuevo ente, si se tratase de personas naturales o jurídicas que no intervienen ni pertenecen al ámbito público, se debería estar a lo dispuesto en el acuerdo bilateral y a las disposiciones de Código Civil respecto de los contratos.

Es importante señalar que este tipo de figura se opone a los objetivos y necesidades que persigue la conversión de deuda, ya que extrapola las competencias y capacidades del Estado deudor sobre la gestión y manejo, no sólo de la persona jurídica, sino de los recursos que la componen. En consecuencia, aunque la institución de una persona jurídica de derecho privado a partir de un proceso de conversión de deuda es posible, no es la más concordante con la voluntad de los Estados Constituyentes.

2.1.2. Persona Jurídica de Derecho Público.

Respecto de las personas jurídicas de derecho público GUZMÁN LATORRE⁵⁵ señala: *“son aquellas entidades de existencia natural y necesaria en la organización de un país y que tienen por objeto desempeñar funciones administrativas en representación de la autoridad pública”*. La formación de personas jurídicas de derecho público a partir de los recursos reestructurados como parte del proceso de canje de deuda externa no es común en el Ecuador ya que el objetivo principal de la conversión es lograr la participación conjunta tanto del deudor como del acreedor, por lo que la sujeción a un régimen jurídico público,

⁵⁵ L. CLARO SOLAR, obra citada, tomo V, P.p. 447. Citado por D. Guzmán Latorre en *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Marzo, 1997. P. 179.

o privado como ya se observó precedentemente, plantea grandes dificultades para el cumplimiento de estos objetivos.

MIGUEL ACOSTA ROMERO⁵⁶, ha descrito las características de la empresa pública según se puede observar a continuación:

- a) “Que el Estado aporte los elementos de capital, naturaleza, organización y regula el elemento trabajo.
- b) Que la empresa se encuentre destinada a producir bienes o servicios para satisfacer las necesidades colectivas, sin que ello implique obtener lucro necesariamente.
- c) Que la empresa se encuentre vigilada y controlada en su actividad por el Estado, pudiendo señalar éste las orientaciones de la misma.
- d) El régimen de la empresa es de normas de Derecho Público y de Derecho Privado”.

En el proceso de canje o conversión de deuda, intervienen no sólo uno sino dos Estados que obedecen ordenamientos jurídicos específicos, y que les atribuyen tanto derechos como obligaciones en el ámbito local e internacional. En tal virtud, lo más adecuado no sería someter el patrimonio generado por el proceso de conversión, en la órbita del derecho público del deudor, del que ya ha egresado, para colocarse en una esfera más amplia, es decir, en el ámbito del derecho internacional.

La misma cuestión que se planteó respecto del régimen jurídico aplicable para las personas jurídicas de derecho privado, se plantea también en este análisis pero probablemente con más fuerza, ya que se confrontan el ordenamiento público del deudor y el ordenamiento público del acreedor, que tienen derechos y obligaciones respecto de la deuda establecidos concretamente a través de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Elegir, por ejemplo, el ordenamiento público del deudor equivaldría a haber realizado una verdadera condonación de obligaciones como se ha pretendido aseverar en varias ocasiones, y con lo que la conversión de deuda no tendría razón de ser.

⁵⁶ M. ACOSTA ROMERO. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. Segunda Edición Actualizada. Editorial Porrúa. México, 1998. P. 233.

Sujetar la creación de una persona jurídica al derecho público de uno de los Estados intervinientes en el acuerdo de conversión de deuda no sería lo más adecuado, sobre todo si se observan los aspectos jurídicos, económicos y políticos involucrados.

Visto desde el ámbito normativo, el control sobre los recursos que integran a la persona jurídica de derecho público, tendrían importantes puntos de divergencia pues toda organización estatal cuenta con sus propios niveles, formas y ámbitos de competencia respecto del control de recursos públicos. En este sentido se pronunció MATTHIAS HERDEGEN⁵⁷ cuando escribió: “*Desde la perspectiva de los Estados, el derecho internacional puede ser aplicado por los órganos estatales y por los individuos sólo con fundamento en una norma del derecho nacional (constitución, ley o derecho consuetudinario)*”.

Al igual que en el caso de las personas jurídicas de derecho privado, la constitución de una persona jurídica de derecho público, en el marco de un proceso de conversión de deuda, debería ser prevista en el acuerdo de conversión de deuda, determinando de forma expresa su remisión al derecho público de uno de los Estados Constituyentes.

Es importante señalar que, aunque no sea lo más adecuado, someter la constitución y funcionamiento de las personas jurídicas generadas a consecuencia de la ejecución del canje de deuda, exclusivamente al derecho público del acreedor, o del deudor, la ejecución del acuerdo bilateral puede sujetarse de manera complementaria a la legislación de uno de los Estados intervinientes, siempre que no contravenga las disposiciones del acuerdo y los principios del derecho internacional.

En nuestra legislación puede observarse de modo puntual, la norma del Artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁵⁸ que

⁵⁷ M. HERDEGEN. *Derecho Público Internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas – Fundación Konrad Adenauer Stiftung. México, 2005. P. 151.

⁵⁸ (Ecuador) *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, publicada en el Suplemento del Registro Oficial del 4 de Agosto de 2008. Art. 3 Contratos Financiados con Préstamos y Cooperación Internacional.

señala: *“En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley”*. Es visible, que el ordenamiento público ecuatoriano, actúa de modo complementario a las disposiciones previstas en el acuerdo bilateral; sin embargo, la redacción y contenido de la norma pueden no ser los más adecuados en función de los objetivos y requerimientos del proceso de conversión.

FERRARA,⁵⁹ ha señalado que las personas jurídicas de derecho público pueden considerarse desde tres perspectivas: como personas políticas y administrativas, personas civiles, y personas económico-financieras. Al respecto el autor ha señalado *“No se trata de funciones o fines públicos que cumplir, sino de los medios y poderes para cumplirlos. Muchas veces hay entidades que ejercen una actividad en interés general, en cuyo funcionamiento se interesa el Estado como supremo ordenador y custodio del bien público, y para el cual desarrolla, como es consiguiente, una injerencia y una tutela y garantías jurisdiccionales, y, sin embargo, siguen siendo entes privados, porque en el ejercicio de tal actividad se encuentran en condiciones de igualdad con los demás sujetos: no tienen fuerza de mando, privilegios oficiales. Porque la cantidad de público deriva de la capacidad de derecho público; entre las dos categorías de entes no hay una antítesis sustancial de estructura, sino una antítesis de capacidad. El que sólo tiene la capacidad de derecho es ente privado; apenas y en cuanto recibe un limbo de capacidad pública surge una persona de derecho público”*. En este contexto, y bajo la complementariedad que en ciertos casos se produce, sobre todo respecto del derecho público del deudor, en cuyo territorio y

⁵⁹ F. FERRARA. *Teoría de las Personas Jurídicas*. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. Volúmen I. Serie de Personas y Bienes. Editorial Jurídica Universitaria. México, Junio 2002. Pp. 287 a 282.

jurisdicción se lleva a cabo la ejecución del acuerdo de conversión de deuda; puede considerarse la existencia de una persona jurídica de derecho público, pero al igual que en lo atinente a las personas jurídicas de derecho privado, la disposición debería estar explícitamente suscrita en el acuerdo de conversión de deuda; no obstante, contraviene, tanto como la creación de una persona jurídica de derecho privado, los objetivos y naturaleza esenciales del proceso de conversión de deuda.

2.1.3. Persona Jurídica Internacional

HERDEGEN⁶⁰ ha escrito, *“la personalidad jurídica en el derecho internacional (sujetos de éste) implica la capacidad para ser titular de sus derechos y deberes. Por regla general esa capacidad implica también la posibilidad de hacer valer estos derechos en el ámbito del derecho internacional (...) De la subjetividad del derecho internacional se debe separar la capacidad jurídica para actuar, la cual se encuentra vinculada con la personalidad jurídica en él, aunque no conceptualmente”*.

La conversión de deuda involucra aspectos altamente relevantes a nivel político, económico y jurídico. El origen de este proceso, radica en el patrimonio derivado del servicio de la deuda externa, que una vez entregado por el deudor, pasa a formar parte de los llamados fondos de contravalor. Estos fondos se instituyen bajo parámetros y principios del derecho internacional público, claramente identificables en las disposiciones relacionadas con los contratos internacionales de endeudamiento externo, en las disposiciones previstas por el Club de París para la reestructuración y conversión de deuda, en las Minutas de Acuerdo, y finalmente, en el acuerdo bilateral de canje o conversión suscrito entre acreedor y deudor.

De conformidad con este criterio, las personas jurídicas creadas a partir del proceso de conversión deberían supeditarse a las disposiciones del derecho

⁶⁰ M. HERDEGEN. *Derecho Público Internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer Stiftung. México, 2005. P. 65

internacional, inicialmente público, ya que son dos Estados en función de sus facultades soberanas, los que se involucran en el esquema de conversión de la deuda externa. No obstante, también podrían instituirse personas jurídicas de derecho privado internacional, ya que su formación y disposiciones rectoras no se encuentran en un ordenamiento jurídico local sino en los principios y normas internacionales.

2.1.4. Persona de Derecho Internacional Público.

HERDEGEN⁶¹ ha escrito: “Desde la perspectiva de los Estados, el derecho internacional puede ser aplicado por los órganos estatales y por los individuos sólo con fundamento en una norma del derecho nacional (constitución, ley o derecho consuetudinario)”. A través del concepto de HERDEGEN, es posible ilustrar la vinculación que los procesos de conversión de deuda, generan con las normas, sobre todo de derecho público, tanto del deudor como del acreedor, que en ciertos momentos del proceso son más visibles que otros.

Según definición de REUTER⁶², “cada tratado es una especie de microcosmos que establece en sus cláusulas finales la legislación de su propia existencia en sus propios términos”. Pese a esta liberalidad, consagrada también en el principio de libertad soberana atribuido a los Estados, esta voluntad soberana se somete en primera instancia al derecho interno de los Estados y posteriormente a las disposiciones previstas a través del derecho internacional, como ya se observó precedentemente.

En consecuencia, podría decirse que el acuerdo de conversión de deuda, firmado por dos Estados en pleno uso de su capacidad soberana, puede dar lugar a la generación de una persona jurídica de derecho internacional, apoyado en el reconocimiento que existe por los acreedores que integran el Club de París,

⁶¹ M. HERDEGEN. *Derecho Público Internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer Stiftung. México, 2005. P. 151.

⁶² P. REUTER. *Introducción al Derecho de los Tratados*. Segunda Edición – Revisada por Peter Haggemacher. Trad. Eduardo L. Suárez. Impreso en México por el Fondo de Cultura Económica. Cita textual de las teorías referidas por el Autor. Pp. 51

respecto de los procedimientos establecidos para la reestructuración de la deuda y de conformidad con el principio de *pacta sum servanda* que como ha descrito BARBOZA⁶³ citando a KELSEN quien refiriéndose a las normas del derecho internacional particular escribe: “*tales normas pueden constituir una situación jurídica que, como tal, deba ser respetada por todos los demás Estados. Todo Estado tiene la obligación jurídica de respetar los derechos que los demás Estados hayan adquirido en virtud del derecho internacional*”. Bajo este razonamiento la creación de una persona jurídica reconocida en el ámbito internacional es absolutamente factible; sin embargo, esta persona se crea para producir efectos en un régimen jurídico específico, por lo que, jurídicamente es tal vez más adecuado la institución de una persona jurídica sujeta a los principios del derecho internacional privado.

La institución de una persona jurídica de derecho internacional público, va más allá de los objetivos previstos por la conversión de deuda externa, que si bien se gestiona en el foro multilateral del Club de París, tiene como objetivo final el acuerdo particular entre deudor y acreedor, por lo que, sería extrema la inclusión de un fondo de contravalor como una persona jurídica de derecho internacional público.

Respecto del reconocimiento y calificación de las personas jurídicas en el ámbito internacional PALLARES BOSSA⁶⁴ ha descrito, a través de citas a importantes teóricos del Derecho, las concepciones modernas respecto de la persona jurídica de derecho internacional público, como se verá a continuación:

- “Teoría pura del Derecho, esbozada por Kelsen: En este sentido, para el jurista austriaco, la persona jurídica al igual que las personas naturales, son sujetos de un orden jurídico en la medida en que sean titulares de derecho u obligaciones y su actuación se realiza a través de individuos que se desempeñan como órganos de aquellas. Kelsen, traslada las bases de su construcción teórica al Derecho Internacional, en cuyo caso, según su opinión,

⁶³ J. BARBOZA. *Derecho Internacional Público*. Impreso en Argentina. Zavalia Editor. Pp. 20 a 22.

⁶⁴ J. PALLARES BOSSA. *Derecho Internacional Público*. Primera Edición. Editorial Leyer. Bogotá, 1996. Pp. 194-195

habría que analizar si se aplica directa o indirectamente. En la mayoría de casos, su aplicación es indirecta y su "status", está mediatizado por instituciones como el Estado, los organismos internacionales, colectividades no-estatales, etc.

- Teoría de la Responsabilidad, planteada por Eustathiades o Wengler: un sujeto de Derecho Internacional, para ser calificado como tal, debe reunir al menos una de estas dos condiciones: a) Ser titular de un derecho y poder hacerlo valer mediante reclamación internacional o b) Ser titular de un deber jurídico y tener la capacidad de cometer un delito internacional.

- Teoría del Destinatario: directo y efectivo de un derecho o de una obligación internacional parte de la base de que ni la teoría pura del derecho ni tampoco la corriente partidaria de la responsabilidad son capaces de resolver el problema de la determinación de los sujetos internacionales".

En el caso de las personas jurídicas de derecho internacional establecidas a partir de un acuerdo bilateral de conversión de deuda, habría que revisar si las potestades y objetivos para las que han sido creadas pueden efectivamente generar derechos y obligaciones en el ámbito internacional, más allá de las disposiciones y compromisos convenidos por los Estados en el ámbito de la reestructuración y conversión de la deuda externa. Se puede concluir que si bien la naturaleza jurídica de los recursos convertidos pasan a la esfera del derecho internacional público, la persona jurídica generada a partir de ellos, tiene un ámbito de acción y operación más adecuado en la esfera del derecho internacional privado.

2.1.5. Persona Jurídica de sujeta a los principios del Derecho Internacional Privado.

Para GARCÍA MÁYNEZ⁶⁵, el Derecho Internacional Privado cuenta como el referente a ser utilizado en el ámbito privado cuando se presentan problemas en razón de la pluralidad de legislaciones. Evidentemente el caso de la estructuración de personas jurídicas como resultado de un acuerdo de canje o conversión de deuda se incluye dentro de un problema de pluralidad de legislaciones, sobre todo, cuando la naturaleza de los recursos, la forma de constitución, y los constituyentes pueden servirse de los principios del derecho internacional privado para establecer de modo adecuado, y conveniente para las partes en cada caso, el régimen jurídico a ser aplicado.

ANTONIO REMIRO BROTONS se refiere al “*Acuerdo como fuente de Obligaciones*” en su obra Derecho Internacional, la puntualización que hace el autor en este apartado, será el punto de partida para el análisis de las personas jurídicas de derecho privado internacional generadas a partir del proceso de conversión de deuda. BROTONS⁶⁶, escribe: “*Podemos definir el acuerdo, a los efectos que nos ocupan, como una manifestación de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho Internacional de la que derivan obligaciones y derechos para las partes según las normas del Derecho Internacional*”. La remisión de la conversión de deuda externa a los principios y normas de derecho internacional es la forma jurídica, económica y política más adecuada de tratar todo lo relacionado con este proceso y sus derivaciones; es decir, el fondo de contravalor y los posibles entes jurídicos que de este patrimonio se deriven.

Ha quedado demostrado que el establecimiento de una persona jurídica de derecho internacional público, extendería, más allá de la intención de los Estados

⁶⁵ E. GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho*. Prólogo de Virgilio Domínguez. Cuadragésima Novena Edición. Editorial Porrúa – Argentina, 1998. P. 388

⁶⁶ ANTONIO REMIRO BROTONS. *Derecho Internacional*. McGraw-Hill. Madrid, 1997. P. 179.

involucrados, el proceso de conversión de deuda externa que de manera conjunta intentan.

En virtud de lo antedicho, la estructuración jurídica más adecuada respecto de los recursos derivados del proceso de conversión de deuda, será la constitución de una persona jurídica que se remita a los principios del derecho internacional privado; en primera instancia, porque la remisión normativa directa es a la minuta de acuerdo del Club de París, y al acuerdo bilateral de conversión de deuda, que es la fuente primaria de derechos y obligaciones para los Estados Contratantes. Como ha señalado BROTONS⁶⁷, *“El acuerdo por escrito imputable a dos o más sujetos de DI con efectos jurídicos en este mismo Orden, eso es un tratado, cualquiera sea la denominación que reciba en su cabecera y el número de instrumentos o documentos que lo conformen (...) El tratado es la fuente por excelencia de derechos y obligaciones internacionales particulares, amén de excelente coadyuvante en la formación de normas generales”*. El segundo argumento a favor de esta figura jurídica, es la necesidad que han exteriorizado dos Estados, que tienen sistemas jurídicos distintos, respecto de la implementación de una entidad diferente de los constituyentes que tenga como base el patrimonio de deuda, que permita la asignación de recursos, la ejecución de proyectos y que pueda ser controlada de forma equilibrada tanto por el deudor como por el acreedor.

Una de las características más importantes relacionadas con el Derecho Internacional Privado, es la utilización de los puntos de conexión, como una forma de determinación del régimen jurídico aplicable en un caso específico; en este sentido, se vuelve más útil la aplicación de los principios del Derecho Internacional Privado en cuanto atiende al proceso de conversión de deuda y a las relaciones que se generan por la contratación de bienes, obras y servicios necesarios tanto para la asignación de recursos, como para el monitoreo y ejecución de los proyectos. En relación con este punto he citado a JAIME VINTIMILLA⁶⁸ que se ha

⁶⁷ *Ibíd*em, P. 181.

⁶⁸ J. VINTIMILLA. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Segundo Semestre 08-09. Cátedra de Derecho Internacional Privado. Universidad San Francisco de Quito. s/n.

referido de modo particular a los puntos de conexión del Derecho Internacional Privado. *“Entendemos como elementos de conexión, o factores, o hechos de conexión, o puntos de conexión o simplemente conexiones a las circunstancias que vinculan un problema de derecho con un Derecho determinado. Estas circunstancias hacen posible que, cuando se presenta un problema cuya solución compete al Derecho Internacional Privado pueda encontrársela en el sistema de Derecho positivo que el factor de conexión establezca como el competente para resolverlo, y resolverlo, además, dando a la respuesta un carácter inapelable”*. Igualmente, el autor señala que aunque se pueden enumerar varios elementos de conexión, se presentan también aquellos como la nacionalidad, el domicilio, la residencia, la ubicación de los bienes, la forma externa de los actos, el lugar de celebración de los actos y contratos, la autonomía de la voluntad.

La enumeración planteada por el autor, evidencia que en cada uno de los aspectos relacionados con el proceso de conversión de deuda, y la constitución de personas jurídicas a través del patrimonio generado, la forma más eficiente para determinar el régimen jurídico aplicable, será la aplicación de los principios del derecho internacional privado, sobre todo en cuanto se refiere a los puntos de conexión. En el caso de la conversión de deuda, puede observarse la cuestión del lugar de constitución de la persona jurídica, el lugar de ejecución de sus actos, la voluntad de las partes, entre otros. Como se puede observar, cada uno de estos aspectos recogerá una calificación jurídica procedente con base en los puntos de conexión y el consenso de los Estados involucrados.

2.1.6. Calificación Jurídica de los Fondos de Contravalor

Para LARREA HOLGUÍN⁶⁹ *“El reconocimiento no es una concesión de la existencia, o una creación, sino como la palabra exactamente lo expresa: un reconocimiento, es decir, un asumir la realidad preexistente para ordenarla jurídicamente”*. Igualmente importante que la estructuración y las normas

⁶⁹ J. LARREA HOLGUÍN. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quinta Edición – Corporación de Estudios y Publicaciones Quito. P. 138

previstas en el acuerdo bilateral de conversión de deuda, son los efectos que el patrimonio, conocido como fondo producen en la práctica, y los derechos y obligaciones que se le atribuye de hecho..

Si sólo se considera al fondo de contravalor en el ámbito patrimonial; es decir, como recursos que se han reunido con la finalidad de convertir la deuda en proyectos de desarrollo, podría aducirse, incluso sin que el acuerdo bilateral lo diga, que existe una persona jurídica que es capaz de contraer derechos y ostentar obligaciones. Teorías como las del *patrimonio de afectación*⁷⁰, respaldarían esta hipótesis ya que para la realización efectiva de la conversión se necesita de una estructura que se encargue del direccionamiento y asignación de fondos, así como de la rendición de cuentas por lo actuado. Esta “*estructura*” que funciona en un ámbito particular en el que es capaz de contraer obligaciones y ostentar derechos, genera un impacto en el ordenamiento jurídico en el que funciona. Las repercusiones, si no existe un marco jurídico que las regule, están limitadas por un vacío legal respecto de todos los actos y contratos generados.

Por otra parte, si se atribuye una calificación jurídica específica a los fondos, mediante el acuerdo bilateral de canje o conversión de deuda, es imperativo comprender que la denominación que se dé a este patrimonio debe enmarcarse esencialmente en los principios y normas de derecho internacional, que han hecho posible su nacimiento y que tendrán que tomarse en cuenta para regular su funcionamiento.

En relación con la naturaleza pública o privada de las personas jurídicas, MARIENHOFF⁷¹ ha escrito: “*Ante todo, cuadra advertir que establecer esa diferencia no constituye una mera cuestión académica, sino una cuestión de indiscutible interés práctico, que se concreta en lo siguiente: a) la persona jurídica pública se rige, por principio, por el derecho administrativo, es decir por el derecho público; c)*

⁷⁰ M. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I – Teoría General. Quinta edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires – Argentina 2000. P. 365. “Para dar fundamento a las personas jurídicas se han expuesto muchas otras teorías. Así por ejemplo: 1) la de los “*patrimonios de afectación*”, sosteniéndose que donde existe un patrimonio adscrito a un fin hay una persona jurídica”.

⁷¹ IBÍDEM Pp. 366 – 367.

la persona jurídica pública puede ser, además, persona estatal. De ello derivan las siguientes consecuencias: los fondos o dineros de las personas públicas pueden ser fondos públicos, los de las personas privadas no revisten ese carácter; el contralor financiero de las personas públicas – especialmente el de una especie de éstas – hállese sujeto, en buenos principios, a la ley de contabilidad, no así el de las personas jurídicas privadas; los administradores o agentes (órganos personas) de las entidades públicas son, generalmente, funcionarios públicos”.

Hasta su inclusión en el fondo de contravalor, ya sea por el direccionamiento del servicio de la deuda ya sea del deudor o del acreedor, los fondos tienen naturaleza pública. Si el acuerdo de conversión de deuda determina otra cosa, estos recursos pueden adoptar una calificación diferente, de lo contrario deberá estarse al proceso establecido por los Estados para la conversión.

Es evidente la importancia en la determinación, de la naturaleza y régimen jurídico aplicable, para las personas jurídicas constituidas a partir del canje de deuda por proyectos, las repercusiones son visibles en el ámbito de las competencias, potestades, jurisdicción, rendición de cuentas, entre otras. Cabe mencionar que el objetivo primordial del canje o conversión de deuda es el beneficio directo del país deudor a través del cumplimiento de sus obligaciones crediticias y el desarrollo de proyectos en su territorio, por lo que las calificaciones dadas deberán estar en directa concordancia con el objetivo esencial de la conversión de deuda en proyectos de desarrollo.

Los fondos de contravalor pueden ser efectivamente instituidos como personas jurídicas, la naturaleza de las mismas deberá constar en la redacción de los acuerdos bilaterales para conversión de deuda, como públicas o privadas, siempre dentro de la órbita del derecho internacional, que es el que les da origen y al que se remiten.

Antes de concluir en la naturaleza y régimen jurídico aplicable a los fondos de contravalor, es necesario señalar que en vista de la remisión de estos recursos a los principios y normas del derecho internacional, la ejecución del acuerdo en cuanto a la conformación del fondo y la asignación de recursos bien podría producirse tanto en la órbita del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como en la

jurisdicción y competencia del derecho internacional. Esta última posibilidad es cada vez más factible vistas las restricciones de acción impuestas a la cooperación internacional en el Ecuador.

La naturaleza jurídica de los fondos de contravalor ha sido definida mediante los principios de derecho internacional establecidos concretamente por el Club de París para la conversión de deuda externa, las Minutas de Acuerdo y los Acuerdos Bilaterales firmados por deudor y acreedor, por lo tanto, se puede concluir que se trata de patrimonios derivados del proceso de conversión de deuda externa gestionada a través del Club de París y cuyo régimen jurídico está definido de forma esencial por las disposiciones referidas.

La constitución de personas jurídicas a partir de este patrimonio está supeditada a la voluntad de los Estados, expresada formalmente a través del acuerdo bilateral de canje, o en función de las estructuras planteadas para el funcionamiento de los llamados fondos y los efectos que producen en la práctica, en este caso hay una suerte de constitución tácita, que no puede contravenir al acuerdo y que tiene que supeditarse a un esquema jurídico específico.

Se concluye que la calificación de persona jurídica de derecho internacional privado, es la que más se ajusta a los objetivos y principios rectores de la conversión de deuda en proyectos de desarrollo, esta es la denominación jurídica procedente, y puede inferirse que también puede ser considerada como la naturaleza jurídica de los llamados fondos de contravalor en el ámbito jurídico, aunque de modo esencial se conciben simplemente como patrimonios.

2.2. Naturaleza Jurídica de los Recursos.

Previo al análisis de los recursos que integran el patrimonio de los fondos de contravalor, es necesario señalar que la instrumentación del contrato bilateral de canje de deuda no da lugar a la conformación de un patrimonio autónomo ya que su existencia y permanencia se encuentran atadas a la condición resolutoria del acuerdo; es decir, que de no cumplirse las condiciones establecidas por los

Estados, las negociaciones y reestructuraciones quedan insubsistentes, además de aplicarse las penalidades y sanciones que correspondan según el caso.

El proceso de conversión de deuda, se produce por una obligación de pago no satisfecha, los recursos que intervienen en la reestructuración hacen parte del presupuesto general del Estado deudor. Uno de los principios del derecho administrativo, señala que los recursos dejan de ser públicos una vez que se ha producido una transferencia y que ésta ha cumplido el objetivo previsto.

En cuanto atiene a la conversión de deuda, incluso cuando se produce el desembolso de los recursos debidos, no se ha cumplido de forma completa el objetivo establecido ya que tanto la obligación de dar como la obligación de reinversión en proyectos de desarrollo son interdependientes y la responsabilidad del Estado no termina con el pago.

FONROUGE⁷², ha escrito en lo tocante a la naturaleza jurídica del presupuesto: *“es un acto de trascendencia que regula la vida económica y social del país, con significancia jurídica, y no meramente contable; que es manifestación integral de la legislación, de carácter unitario en su constitución, fuente de derechos y obligaciones para la administración y productor de efectos con relación a los particulares (...)*”. Derivado de esta definición, es posible comprender que los recursos previstos para el pago de créditos externos o para la reestructuración de obligaciones tienen repercusiones jurídicas y generan la responsabilidad de gestión de la administración pública a través de sus funcionarios. En cuanto se refiere a la conversión de deuda, las obligaciones no quedan cubiertas con el sólo egreso de recursos del presupuesto del Estado deudor, con todas las implicaciones jurídicas que esto tiene, sino que nace inmediatamente la responsabilidad del Estado deudor de velar por la adjudicación y direccionamiento de dichos recursos hacia la ejecución de proyectos de desarrollo, aunque ya no hagan parte del presupuesto general del Estado.

⁷² C. M. GIULIANI FONROUGE. *Derecho Financiero*. Tomo I. Actividad Financiera, Presupuesto, Poder Tributario, Obligación Tributaria. Novena Edición. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, 2005. P. 145.

Independientemente de la forma que se otorgue al patrimonio generado por la conversión de deuda, la determinación del régimen jurídico aplicable estará dada por el esquema adoptado por los Estados para la conversión de deuda. Si la transferencia del Estado deudor se hace a título de pago, como una transferencia de dominio, claramente los recursos pasan a la órbita del derecho público del acreedor, quien por el acuerdo de canje se compromete a depositar estos recursos en el fondo de contravalor, en este punto los recursos salen del ámbito de competencias del deudor y se insertan en un marco distinto definido por el acuerdo de conversión de deuda. En el caso de que se produzca una novación de obligaciones, es decir, que el desembolso que hace el deudor, no configure una transferencia de dominio sino que se vincule a la asignación de fondos y la ejecución de proyectos como objetivo final, en este caso los recursos siguen hasta su entrega final, en la órbita de competencias y por lo tanto, derecho público del deudor.

Una vez que los recursos egresan de las arcas fiscales del Estado para cumplir con el proceso de conversión de deuda, es difícil determinar la naturaleza jurídica que dichos recursos adopta al ingresar al fondo, sobre todo, si su naturaleza y propiedad no han sido determinados a través del acuerdo bilateral de conversión, ya sea calificando a los recursos o a través de la creación de una figura jurídica, por ejemplo, persona jurídica que se determine la naturaleza jurídica del fondo y el régimen jurídico aplicable.

La reestructuración de las obligaciones de deuda a través del canje o conversión implica un proceso complejo que se formaliza a través de la firma de un acuerdo bilateral en el que se establece la nueva estructura obligacional. El patrimonio que motiva el canje de deuda sufre variaciones en su naturaleza en función del momento del proceso del que se trate y en concordancia con los procesos y disposiciones establecidas a través del acuerdo bilateral por los Estados intervinientes.

A continuación se presenta un esquema del proceso de conversión de deuda, según las reglas dispuestas a través del Club de París, en las que se prevé la conformación de un fondo en el que será depositado el servicio de la deuda.



Al principio de este Capítulo se determinó que los recursos comprometidos para el pago de deuda externa, eran originariamente parte de del presupuesto general del Estado y por tanto, están dentro de su esfera de competencias. En este primer momento, se trata de recursos públicos cuyo manejo, direccionamiento y control se encuentran a cargo del deudor. En contrapartida, el acreedor ostenta el derecho de cobro, lo que le habilita para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor; sin embargo, el proceso de canje de deuda se inicia porque el deudor no se encuentra en capacidad de cumplir con sus obligaciones como estaba inicialmente establecido, ningún dinero ha ingresado en las arcas fiscales del acreedor y por lo tanto no existen recursos que puedan someterse al ordenamiento jurídico de este último. En conclusión respecto de esta primera fase se puede señalar que los recursos que integrarán el fondo, incluso aunque estén comprometidos, se remiten al ordenamiento jurídico público del Estado deudor.

Posteriormente, y luego de que han sido negociados a través del Club de París los montos y las formas de reestructuración de los valores adeudados, se procede a la instrumentación de un acuerdo bilateral en el que se plasman, de forma concreta, el nuevo esquema obligacional y las disposiciones relacionadas con los recursos, sobre todo los ámbitos en los que deberán ser invertidos. En este momento se produce un egreso efectivo de las cuentas del Estado deudor hacia una cuenta bancaria, que puede ser la cuenta del fondo de contravalor o la

cuenta del acreedor, que se compromete al depósito de los recursos en el fondo de contravalor, este es el momento en el que se produce la vinculación al régimen jurídico público del deudor o del acreedor.

La pertenencia y régimen jurídico de los recursos depositados en el fondo de contravalor, son definidos por el acuerdo bilateral de conversión; sin embargo, es también definitivo el procedimiento establecido por los Estados en cuanto al depósito de los recursos directamente en el fondo de contravalor, con lo que la vinculación se establece respecto del ordenamiento jurídico del deudor, o el depósito en una cuenta del acreedor, con lo que su ordenamiento jurídico sería el competente. Este sería el punto en el que se definen tanto la naturaleza jurídica como la pertenencia de los fondos de contravalor; en este sentido, se concluye que se trata de patrimonios derivados de proceso de conversión de deuda externa gestionados a través del Club de París, y que tienen naturaleza esencialmente internacional pública.

Como se señaló anteriormente, la órbita en la que incursionan los recursos, una vez depositados en el fondo de contravalor, es la del derecho internacional ya que la constitución del fondo se encuentra prevista en las reglas del Club de París para el canje de deuda y en el acuerdo bilateral de conversión.

Es igualmente importante tener en cuenta que la ejecución del acuerdo puede producirse de modo completo en el territorio del Estado deudor o desarrollarse en la órbita del derecho internacional, a través del establecimiento de una cuenta bancaria internacional que contenga el patrimonio que solamente sería direccionado a través de entidades internacionales que si bien ejecutarán los proyectos en el territorio del Estado deudor, obedecen a la jurisdicción internacional y en este ámbito se relacionan con el fondo de contraparte.

BONFANTI⁷³ ha conceptualizado a las denominadas cuentas conjuntas, respecto de las que señala: *“Los depósitos pueden ser constituidos por más de una persona, ocurriendo entonces lo que se denomina “cuenta conjunta”. Estas cuentas pueden ser simples o solidarias: son simples cuando cada uno de los*

⁷³ M. BONFANTI. *Contratos Bancarios*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1993. Pp. 143.

titulares tiene un derecho a su cuota, constituyéndose una obligación múltiple, conjunta, pudiendo los titulares retirar la suma depositada en forma conjunta, no, exigir su cuota individual". En virtud del acuerdo bilateral y los compromisos adquiridos por los Estados sobre el direccionamiento de los recursos, serán ambos, de forma conjunta los que se encarguen de la gestión y adjudicación de los mismos, a través de sus representantes.

La titularidad del derecho de restitución puede estar compartida por los Estados firmantes del acuerdo de conversión, o haberse trasladado directamente sobre el nuevo ente formado a partir de la voluntad de los Estados; sobre este último supuesto será necesario determinar si se trata solamente de un patrimonio o de un ente con personalidad jurídica diferente a la de sus constituyentes con lo que se podrá determinar, el régimen jurídico aplicable, y los procedimientos y formas de contratación.

Siguiendo a BONFANTI, este autor hace una importante afirmación respecto de la propiedad de los recursos depositados en una cuenta bancaria, *"el banco debe restituir las sumas depositadas a requerimiento del depositante. Tal restitución no puede ser hecha a quien no se encontrare legitimado a reclamarla. En ningún caso – agrega Molle puede pretenderse que el requirente pruebe ser propietario de las sumas depositadas"*⁷⁴. Se desprende de la intención y naturaleza del proceso de conversión de deuda, que tanto el manejo de los recursos se comparte entre los Estados constituyentes, y se supedita a las disposiciones pertinentes del derecho internacional ya concretas aplicables a la conversión de deuda.

El proceso de conversión finaliza con la efectiva utilización de los recursos asignados en los proyectos de desarrollo, la transferencia de los recursos comprende la fase final del proceso de conversión, y es igualmente el momento en el que culmina la aplicación del ordenamiento jurídico público ya sea del deudor o del acreedor, o del esquema jurídico previsto a través del acuerdo bilateral de conversión de deuda. Esta última fase estará definida además, por el

⁷⁴ M. BONFANTI. *Contratos Bancarios*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1993. Pp. 143.

ordenamiento jurídico de la contraparte receptora de los recursos, persona natural, jurídica, de derecho público o privado.

En conclusión, ha quedado demostrado, que la propiedad y naturaleza jurídica de los recursos se supeditan al derecho público del acreedor o del deudor en función del procedimiento que se aplique, y el momento de la conversión de deuda en el que se ubique el análisis.

2.2.1. Responsabilidad por el manejo de recursos públicos.

CASTRO ESTRADA⁷⁵ hace un análisis de las diferentes acepciones y conceptos de responsabilidad en las varias ramas del Derecho, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado escribe: *“La responsabilidad civil en Derecho Privado tiene su referente en el Derecho Público, como responsabilidad patrimonial (...) la mayoría de los autores en sus estudios subdividían la responsabilidad civil en contractual y extracontractual (o aquiliana) identificando a esta última, como típica de la responsabilidad patrimonial del Estado”*. Más específicamente sobre el tema de la responsabilidad estatal frente a la deuda externa se ha pronunciado el autor NARCISO SÁNCHEZ GÓMEZ⁷⁶ quien ha señalado: *“La responsabilidad del Estado sobre la deuda pública, es la obligación legal y moral que tienen sus gobernantes y la población en general del mismo para cumplir en tiempo y forma, con lo expresamente pactado en los contratos de crédito a favor de personas físicas y morales nacionales y extranjeras. Es la obligación de satisfacer los montos de endeudamiento con los intereses a que haya lugar, bajo las condiciones, el plazo y otras modalidades que formen parte de ese instrumento jurídico”*

En concordancia con lo escrito por SÁNCHEZ GÓMEZ, es incuestionable que la deuda pública atañe a los intereses locales e internacionales de los ciudadanos,

⁷⁵ A. CASTRO ESTRADA. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Editorial Porrúa. Impreso en México, 1997. P. 44.

⁷⁶ N. SÁNCHEZ GÓMEZ. *Los Impuestos y la Deuda Pública*. Impreso en México. Editorial Porrúa, 2000. P. 363.

los asuntos relacionados con la reestructuración de deuda llegan, como en el caso del canje de deuda, a afectar directamente tanto a públicos como a privados, locales e internacionales.

2.3. Ejecución de los Acuerdos de Canje de Deuda en el Ecuador

Sería particularmente difícil establecer una definición generalizada de lo que se concibe y entiende como fondos de contravalor en el esquema jurídico del Ecuador. Como se ha observado, su denominación está dada de forma particular por el acuerdo de conversión de deuda que perfila su funcionamiento y características, pero no existe una norma en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que señale, al menos, el proceso de conversión y reestructuración de deuda externa.

La denominación de fondo de contravalor, si bien es el punto de partida de este trabajo, también podría ser un punto meramente referencial cuando se profundiza en el análisis de los efectos que los denominados fondos producen en la práctica, más reconocibles como personas jurídicas o fideicomisos que únicamente como patrimonios.

El Economista MAURICIO PAREJA CANELOS, escribió un sumario de las experiencias de reestructuración de deuda externa del Ecuador a través de canjes de deuda gestionados a través del Club de París con cuatro de sus acreedores: Bélgica, Alemania, Suiza e Italia, sobre estas experiencias el autor ha señalado: *“Estos canjes de deuda se han llevado a cabo bajo la modalidad de la creación de fondos de contraparte local, equivalentes a un porcentaje de la deuda nominal negociado bilateralmente con cada acreedor”*⁷⁷.

En esta sección, se presentan algunos estudios, experiencias y referencias recogidas sobre el establecimiento de fondos de contravalor en el Ecuador. Los Estados acreedores que han incursionado en este proceso con nuestro país han

⁷⁷ M. PAREJA CANELOS. *Canje, Conversión y Reducción de la Deuda Pública: El Caso Ecuatoriano*. Apuntes de Economía – Dirección General de Estudios. Banco Central del Ecuador. Junio 2003. P. 18.

sido: Alemania, Bélgica, Canadá, España, Italia y Suiza. Las experiencias que se exponen a continuación tienen la intención de reflejar el impacto que ha tenido en nuestro medio el establecimiento de los fondos de contravalor.

2.3.1 Fondo Ecuatoriano Suizo (FOES)

El 8 de noviembre de 2000 en una entrevista al Diario Hoy⁷⁸, MARTHA MONCADA, Coordinadora del Fondo de Contravalor Ecuatoriano Suizo, señaló la importancia del establecimiento de reglas claras para la conformación y manejo de los fondos de contravalor, en razón de evitar los manejos políticos y la mala utilización de los recursos involucrados. En mi criterio, las experiencias vividas en el Ecuador en cuanto a la conducción de los fondos de contravalor, reflejan un manejo doméstico poco estructurado y la utilización de los fondos con fines políticos, antes que como mecanismos de desarrollo y asistencia social y ambiental.

En las declaraciones proporcionadas para Diario Hoy, MARTHA MONCADA⁷⁹ señaló en relación con el proceso para la estructuración de canjes de deuda: "*Si el Ecuador no cumplía con estas cuotas, la deuda entraba de nuevo en vigencia y no se concretaba el canje de deuda*". Si fuera esta la lógica rectora de la conversión de deuda, es decir, retrotraer el proceso en caso de incumplimiento de alguna de las partes, no se podría concebir a este proceso como una condonación de obligaciones, ya que bajo ese presupuesto el dinero nunca podría volver al acreedor.

El trabajo del Fondo Ecuatoriano Suizo ha tenido amplia promoción en nuestro medio, esto se debe a que este fue uno de los primeros procesos de canje de deuda con resultados visibles en varios sectores de nuestro país. Esta

⁷⁸ DIARIO HOY. *Canje de deuda exige un mecanismo riguroso*. Entrevista a Martha Moncada. Coordinadora del Fondo Ecuatoriano Suizo. 8 de agosto de 2009. En: <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/canje-de-deuda-exige-un-mecanismo-riguroso-49574-49574.html>

⁷⁹ *Ibíd.*

experiencia fue documentada por la Revista Gestión en enero de 2001 cuando publicó un artículo titulado: *“La experiencia del Fondo de Contravalor Ecuatoriano-Suizo: Primeros resultados de un operación de canje de deuda externa”*⁸⁰. Este documento, describe la experiencia del Fondo Ecuatoriano Suizo, que se habría creado en 1994, a partir de la firma del Acuerdo Bilateral de Canje de Deuda entre los Gobiernos de Ecuador y Suiza.

*“Los recursos para su funcionamiento provinieron del Estado ecuatoriano en virtud del acuerdo alcanzado con Suiza, pues, este país, al renunciar a su papel de acreedor, solicitó que se establezca un fondo para promover el desarrollo en el Ecuador. El Estado ecuatoriano, por su parte, demostró seriedad en la obligación fijada. Los recursos comprometidos para el efecto se entregaron en las tres cuotas acordadas”*⁸¹. Esta aseveración, que adjudica la propiedad de los recursos derivados del proceso de conversión, al Estado ecuatoriano, tendría como consecuencia el sometimiento tanto de los recursos como de las figuras jurídicas derivadas del proceso de conversión, al ordenamiento jurídico del Ecuador, y por lo tanto al control y fiscalización de la Contraloría General del Estado, en virtud de los recursos involucrados.

*“El señalamiento de las premisas para proponer proyectos al FOES y la definición de criterios para la preselección, selección y calificación de las propuestas, dieron paso a la conformación de un sistema de licitación de fondos que favoreció la selección de las mejores propuestas, cuya viabilidad ha sido comprobada”*⁸².

Concordantemente con lo señalado de forma precedente, si los recursos eran de propiedad del Estado ecuatoriano, la competencia debía ser otorgada al derecho público del Ecuador, y por lo tanto al Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.

2.3.2. Canje de Deuda con España

⁸⁰ JF. CUÉNOD Y M. MONCADA. *Revista Gestión – Economía y Sociedad*. Enero de 2001. Número 79. Impresa en Quito. Pp. 42 a 45.

⁸¹ *Ibíd*em, P. 42.

⁸² *Ibíd*em, P. 43

La información proporcionada por el Ministerio de Finanzas⁸³ sobre el Convenio de Canje de Deuda entre Ecuador y España revela los siguientes datos: El convenio de conversión se firma entre la República del Ecuador y el Reino de España el 14 de marzo del 2005, los proyectos a ser financiados a través de este proceso serían específicamente los del sector educativo y termoeléctrico. El monto del canje de deuda ascendió a cincuenta millones de dólares, derivados de los préstamos concedidos por España al Ecuador sobre el Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD). El documento presentado por el Ministerio de Finanzas del Ecuador señala específicamente, *“para la implementación del programa la operación recae sobre tres niveles administrativos... Comité Binacional, Comité Técnico y Secretaría Técnica”*; adicionalmente se crearon Comités Gestores y Unidades de Seguimiento.

La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), a través de su página web proporciona la información relacionada con los proyectos de cooperación, y de modo particular respecto del canje de deuda instrumentado con el Ecuador.

En caso del canje bilateral de deuda con España, la estructura que se ha generado para la ejecución del acuerdo incluye a la Corporación Andina de Fomento (CAF), cuyo papel es el de secretaría técnica, evidenciando una estructura particular de asignación y desarrollo de proyectos.

“Con fecha 1 de diciembre de 2005 se suscribió el “Convenio de Cooperación” entre el Comité Binacional y la CAF, quien actúa como secretaría técnica del programa. A partir de enero de 2006 se da inicio al Programa de Canje de Deuda, el mismo que asciende a 50 millones de dólares, de los cuales 20

⁸³ MINISTERIO DE FINANZAS DEL ECUADOR. *Canje de Deuda con España*. 25 de Mayo 2009. En. http://mef.gov.ec/pls/portal/docs/PAGE/MINISTERIO_ECONOMIA_FINANZAS_ECUADOR/ARCHIVOS_INFORMACION_IMPORTANTE/ESPANA.PDF.

millones han sido destinados a la financiación de programas y proyectos en el sector educativo”⁸⁴.

2.3.3. Canje de Deuda con Alemania

Para la descripción de este proceso de canje he tomado cita textual de la información recogida por MAURICIO PAREJA CANELOS quien se ha referido a los dos primeros canjes de deuda con la República Alemana respecto de los cuales escribió:

“Con este país se han realizado dos operaciones de canje de deuda, con cargo a las operaciones refinanciadas bajo los Acuerdos de Club de París VI y VII y a los Convenios Bilaterales suscritos con el Kreditanstalt Für Wiederaufbau (KFW). Para la implantación de dichas operaciones, el Estado ecuatoriano y KFW suscribieron los denominados “Acuerdos Especiales” mediante los cuales, el Gobierno del Ecuador se comprometió a entregar las contrapartes locales para el financiamiento de proyectos de protección y conservación del medio ambiente, lucha contra la pobreza y programas de educación y que equivale al 30% de la deuda canjeada, y el 70% ha sido condonado por el Gobierno alemán. Estos “Acuerdos Especiales” se suscribieron el 8 de octubre de 1998 y el 18 de octubre de 2002.

En el primer caso, los recursos provenientes del canje de la deuda se destinaron a financiar el proyecto “Parque Nacional Sumaco-Napo-Galeras” cuyo ejecutor fue el Fondo Nacional Ambiental, mediante la entrega del 30% de contraparte nacional (aproximadamente US\$ 3,7 millones). El segundo proyecto financiado con el canje de deuda fue “Cobertura de Costos Esenciales Recurrentes para la Conservación de las Areas Protegidas del Ecuador”, para lo cual el Gobierno Nacional se comprometió a entregar el 30% de la deuda canjeada por un monto aproximado de US\$ 3,6 millones, cuyo ejecutor también

⁸⁴ AGENCIA DE ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL. *Programa Canje de Deuda Externa Ecuador España*. 9 de septiembre de 2009. Cita textual de la página web. <http://www.aecid.ec/espana/canjedeuda.htm>

*fue el Fondo Nacional Ambiental. En los dos casos, la entrega de recursos se realizó a través de la asignación de partidas presupuestarias a través del Ministerio del Ambiente*⁸⁵.

En este esquema, también es visible la diferencia entre el canje o conversión de deuda y la figura de la condonación. El proceso planteado por el Gobierno Alemán para la extinción y reestructuración de obligaciones del Ecuador señala una clara división, aún cuando se encuentren dentro de un mismo proceso.

Las dos primeras experiencias de canje de deuda descritas por el autor nos dejan ver la especificidad de estructuras que se producen a partir de este tipo de operaciones, no sólo respecto de su implementación práctica, sino de las formas en que direcciona el Gobierno el patrimonio del Estado para gestionar los pagos de deuda externa, además de las repercusiones que se generan en marcos jurídicos con los que confluye como el sistema de contratación pública.

El 29 de diciembre de 2004, mediante un boletín de prensa, el Ministerio de Finanzas anunció la firma de un nuevo convenio de canje de deuda con la República Alemana, los montos a ser canjeados ascendieron a un millón novecientos mil dólares; no se dice nada de la estructura operativa del fondo pero se evidencia la creciente suscripción de acuerdos de canje de deuda por parte del Estado, que ve a través de este mecanismo, una forma óptima para el cumplimiento de sus obligaciones internas y externas.

Las formas adoptadas por los fondos de contravalor, generados a consecuencia de los procesos de conversión de deuda del Ecuador, difieren grandemente unas de otras. En cada uno de los casos observados, las estructuras planteadas son distintas, y la información que sobre ellas se proporciona tiene que ver más con el ámbito de cooperación internacional, que con el importante proceso de liberación de deuda y de las estructuras jurídicas utilizadas para la ejecución de los acuerdos bilaterales. En el siguiente Capítulo se presenta el caso del Fondo Italo-Ecuatoriano, cuya estructura y denominación

⁸⁵ M. PAREJA CANELOS. *Canje, Conversión y Reducción de la Deuda Pública: El Caso Ecuatoriano*. Apuntes de Economía – Dirección General de Estudios. Banco Central del Ecuador. Junio 2003. Pp. 18-19.

en el ámbito jurídico son difíciles de definir incluso para los Estados constituyentes, que comenzaron este proceso de modo formal en el año 2003.

CAPITULO III

EL FONDO ITALO - ECUATORIANO

Los fondos de contravalor son utilizados en la práctica, como una forma genérica de denominar a un patrimonio cuya calificación y régimen jurídico aplicable no han sido claramente definidos. La constitución de fondos para tener una vida útil con repercusiones jurídicas, dentro de una denominación que bien podría incluirse bajo la calificación de persona jurídica o fideicomiso según las definiciones del derecho, es una práctica habitual.

El problema de toda falta de ley aplicable es esencialmente la inseguridad jurídica que genera en todos los actos y relaciones que se entablan con los denominados fondos. No se trata de que el sistema jurídico sea la forma de validación de lo que sucede en la práctica, pero tampoco sería aceptable que los

conceptos y principios jurídicos se usen como pretexto para la evasión de responsabilidades y la fiscalización que proceden cuando en estos procesos se involucran recursos públicos.

El canje de deuda suscrito entre Ecuador e Italia presenta puntos de análisis relevantes, desde la negociación de los montos adeudados hasta la entrega de recursos a través de convocatorias públicas que intentan asegurar la participación de los sectores sociales del Ecuador, a través de esquemas complejos de asignación y fiscalización de los recursos.

El acuerdo bilateral de canje de deuda por proyectos de desarrollo social y ambiental, firmado entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Italiana el 22 de marzo de 2003 dio lugar a la creación del Fondo Italo-Ecuatoriano. Las disposiciones de este acuerdo son bastante generales y no han previsto la figura a través de la cual se hará efectiva la conversión de fondos. Igualmente imprecisa se presenta la normativa de su reglamento de aplicación, con lo que se vuelve necesaria la interpretación normas, utilización de principios de derecho internacional, uso de puntos de conexión, asimilación con otras experiencias de canje, e incluso la aplicación supletoria de las normas y principios del ordenamiento jurídico del Ecuador.

En vista de la especificidad de contextos en los que se lleva a cabo la conformación de los fondos, no puede proponerse una definición absoluta respecto de estos patrimonios. En el caso del canje de deuda, la integración de los fondos depende de la voluntad de los Estados y la firma del acuerdo bilateral de conversión que se encarga, esencialmente, de la integración de los sistemas jurídicos involucrados y la conversión de las obligaciones de deuda para la ejecución de proyectos.

3.1. Antecedentes del Acuerdo

Italia, como parte del grupo de acreedores del Club de París, ha incluido a los procesos de canje de deuda en el ámbito de la Cooperación Internacional para el Desarrollo. Este es el criterio recogido a través de la página web oficial de la

Oficina de Cooperación⁸⁶. El ordenamiento jurídico italiano dispone a través de la Ley 449 de 27 de Diciembre de 1997, emitida mediante Decreto del 9 de diciembre de 1999, la reestructuración de los créditos concedidos en el ámbito de la Asistencia Oficial para el Desarrollo o créditos ODA *Official Development Assistance*.

La OFICINA DE COOPERACIÓN TÉCNICA ITALIANA EN EL CAIRO, ha definido a los créditos ODA como: "*Instrumentos de financiamiento de proyectos y programas de cooperación para el desarrollo, que se diferencian de una donación ya que prevén la restitución del capital prestado, bajo con condiciones altamente preferenciales. Otro factor que distingue las intervenciones de cooperación financiera, a través de créditos de asistencia, de aquellos créditos financieros entregados como donación es el grado de responsabilidad del país destinatario, que en el caso de los créditos de ayuda es mucho mayor de cuando se trata de donaciones. En el caso de los créditos de asistencia son siempre las autoridades del país destinatario las que eligen a las empresas encargadas de la realización del proyecto o programa a través de un procedimiento de concurso*"⁸⁷. El incumplimiento en el pago de este tipo de créditos puede ser subsanado a través de una reestructuración, prevista en el esquema del Club de París. En este contexto se inició el proceso de canje o conversión de deuda con el Ecuador.

En el ámbito político, las conversaciones dirigidas hacia la conversión de deuda por proyectos de desarrollo son muchas veces iniciadas por los gobiernos de los países interesados, incluso antes de formalizarse iniciativas o procesos específicos para reestructuración de deuda externa.

La fase inicial para el proceso de canje de deuda involucra la negociación global de los montos adeudados con el Club de París, en este sentido, el Ecuador entabló conversaciones con el Fondo Monetario Internacional, ente encargado de

⁸⁶ COOPERACIÓN ITALIANA PARA EL DESARROLLO. Glosario de Iniciativas. 29 de mayo de 2009. En: <http://www.cooperazioneallosviluppo.esteri.it/pdgcs/italiano/iniziative/GlossarioIniziative.html>.

⁸⁷ OFICINA DE COOPERACIÓN TÉCNICA DEL CAIRO. *Glossario / dizionario italiano-inglese dei termini di linguaggio settoriale commerciale-finanziario e della Cooperazione allo Sviluppo*. 12 de Octubre de 2009. En: <http://www.utlcairo.org/glossario/glossarioA-D.htm>.

la recepción y calificación de propuestas de reestructuración y planes de saneamiento. Esta fase es conocida como consultiva, y en este contexto el Ecuador debe elevar una consulta cuyo objetivo es verificar a través del FMI la factibilidad de reprogramación de sus créditos. Entre los documentos que se adjuntan a esta consulta se pueden constar: Carta de intención remitida al Fondo Monetario Internacional por las autoridades del Ecuador, memorándum que describe las políticas económicas y financieras del Estado, memorando técnico de entendimiento, documento con asuntos relevantes para una diagramación de la situación general del país, documentos estadísticos. La solicitud, elevada por el Gobierno del Ecuador al Fondo Monetario Internacional implica un Acuerdo de Giro o Acuerdo Stand By en la que específicamente se requiere la aprobación de un intercambio de provisiones. En este sentido el Diario Hoy⁸⁸ ha presentado un esquema sobre el funcionamiento del Fondo Monetario Internacional en este sentido.

Dentro el proceso de canje de deuda entre los Gobiernos del Ecuador e Italia, el criterio favorable del Fondo Monetario Internacional fue expresado el 15 de septiembre de 2000; a partir de este momento el Ecuador pudo iniciar las negociaciones con el Club de París en función de los montos recomendados. Mediante la Minuta de Acuerdo VI fueron formalizadas y concretadas las formas de reestructuración de deuda a través del Club de París, en este documento se previeron parámetros de reformulación, restricciones y requerimientos comprendidos en las negociaciones. La Minuta de Acuerdo VI del Club de París fue firmada por los Estados participantes en las rondas de negociación: Canadá, Francia, Alemania, Israel, Italia, Japón, Noruega, España, Reino Unido, y los Estados Unidos de América.

La Minuta de Acuerdo es el primer documento vinculante entre Ecuador e Italia para el inicio de las renegociaciones y reestructuraciones de créditos. Con este antecedente, el 29 de mayo de 2001 el entonces Presidente de la República del Ecuador, Gustavo Noboa Bejarano emitió el Decreto Ejecutivo No. 1552 en el

⁸⁸ DIARIO HOY. ¿Cómo funciona el FMI? 19 de noviembre de 2009. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/como-funciona-el-fmi-188916-188916.html>.

que se refirió al compromiso existente entre Ecuador e Italia para la reducción de la deuda, de esta forma anunció la creación de un Fondo de Contraparte a través del cual se financiarían proyectos de desarrollo mediante la suscripción de un convenio de canje de deuda externa. En el mismo documento, se determinó que para las negociaciones de operaciones crediticias y todo lo referente a la relación acreedor-deudor, se establecería una Comisión de Deuda Externa, que había sido creada con anterioridad mediante Decreto Ejecutivo No. 485 del publicado en el Registro Oficial No. 96 del 12 de Junio de 2000.

La Dirección General de la Cooperación para el Desarrollo de Italia, manifestó, en una primera fase de negociación, la importancia del involucramiento de la sociedad civil ecuatoriana en la creación y utilización del, inicialmente llamado, fondo de conversión. El Fondo Ecuatoriano Suizo (FOES) sería un punto de referencia para la implementación de los mecanismos de gestión.

Según datos ofrecidos por el Banco Mundial y la Agencia de las Naciones Unidas, para el año 2000 el Ecuador se encontraba en un acelerado proceso de empobrecimiento, de hecho uno de los más altos del continente, con una cifra que pasaría en 1995 de 3,9 millones de personas consideradas dentro del rango de pobreza a 8,4 millones en el 2000.

Para Italia la experiencia de canje de deuda con el Ecuador sería la primera en implementarse en Latinoamérica, por lo tanto, el gobierno italiano tomó contacto con representantes de la sociedad civil ecuatoriana, representantes de organismos internacionales como la Corporación Andina de Fomento, y el Banco Interamericano de desarrollo, y se informó de las experiencias de canje ya implementadas en el Ecuador como el Fondo Ecuatoriano Suizo, y el Fondo Canadiense.

El proceso de negociación y análisis de reestructuración de créditos tomó varios años, en este tiempo serían permanentes las visitas al Ecuador, de representantes de organismos internacionales, Organismos No Gubernamentales, y grupos sociales involucrados e interesados en el proceso de canje de deuda. Hasta el perfeccionamiento de la intención de ambos Estados, las evaluaciones del FMI y el Banco Mundial fueron permanentes.

MICHAEL GRAF VON KORFF-SCHMISING en su artículo “Reestructuración de la Deuda Externa: Club de París”⁸⁹, se refiere de modo particular al papel fundamental que desempeñan los juristas para el correcto direccionamiento del canje de deuda, sobre todo respecto del Estado deudor. El autor realiza un análisis jurídico de los procesos y necesidades que se presentan como producto de la reestructuración de deuda a través del Club de París, en este contexto, se ha referido a las Minutas de Acuerdo a las que ha calificado como recomendaciones que instruyen tanto a acreedor como a deudor respecto de los términos y formas de implementación de los acuerdos bilaterales específicos. Es necesario subrayar que las Minutas de Acuerdo contienen provisiones relacionadas no sólo con los acreedores que se incluyen en una negociación específica de un deudor con el Club de París, sino que alcanzan a los acreedores que siendo parte del Club se abstienen de negociar pero son considerados para la generación de normas de la Minuta, igualmente este documento fija un parámetro de alcance no sólo para los acreedores del Club de París sino que se constituye en un referente para los acreedores externos.

En enero de 2001 la revista GESTIÓN⁹⁰ se refirió a la experiencia del Fondo Ecuatoriano Suizo, en este artículo se pueden evidenciar sus características, estructura y funcionamiento, que como se verá en lo posterior, son similares a las planteadas en el Fondo Italo Ecuatoriano.

El Acuerdo de Canje de Deuda entre Ecuador e Italia fue estructurado en lineamientos generales por el Subsecretario italiano Mario Baccini y el Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador Heinz Moeller, el 25 de octubre de 2001, se dispuso que los créditos de ayuda susceptibles de ser convertidos en oposición a su restitución fueran depositados en un fondo de conversión para financiar

⁸⁹ M. GRAF VON KORFF-SCHMISING. *Rescheduling of the External Debt: Paris Club*. Referencia del artículo: Documento No.1, Capítulo 1, Febrero 1992. Tomado del On-line resource center. UNITAR Training and Capacity Building Programmes in the Legal Aspects of Debt, Financial Management and Negotiation.

http://www2.unitar.org/dfm/Resource_Center/Document_Series/Document1/A_Schmising.htm

⁹⁰ JF. CUÉNOD Y M. MONCADA. *Revista Gestión – Economía y Sociedad Fondo Ecuatoriano-Suizo*. Enero de 2001. Número 79. Impresa en Quito. Pp. 42 a 45.

proyectos de desarrollo; los sectores de intervención serían identificados en el ámbito de programas de “lucha contra la pobreza” y de protección al ambiente. Este es el esquema que se mantendría y que hoy se maneja.

La fase final para la firma del Acuerdo de Conversión se produce a partir de enero del 2003. El Gobierno de Lucio Gutiérrez que acababa de asumir el poder, solicitó al Gobierno Italiano una prórroga para firmar el Acuerdo luego de un par de meses.

El Ministerio de Finanzas del Ecuador remitió su esquema final de compromisos y pagos al Club de París, mediante carta fechada el 7 de marzo de 2003. Una vez cumplidas las consultas y análisis del grupo de acreedores, éstos aceptaron la solicitud del Ecuador. El 17 de marzo del 2003, la Presidencia del Club de París, cursó una carta para el Ecuador, en la que hacía referencia a las Minutas de Acuerdo V, VI y VII firmadas por el Ecuador a partir de su fecha de corte, es decir, su primera fecha de solicitud de reprogramación de crédito al Club de París.

El Presidente Gutiérrez, expidió el Decreto Ejecutivo No. 221 del 13 de marzo del 2003 que detalla los precedentes y criterios jurídicos antecedentes al proceso de canje de deuda con Italia, y que se detallan a continuación:

- Oficio No. 6348, de 25 de octubre de 2002, del Ministerio de Finanzas. Contiene el informe de la Subsecretaría de Crédito Público contenido en Memorando No. SCP-CGDP-2002-0356.

- Dictamen de la Procuraduría General del Estado remitido mediante oficio No. 25241 de 24 de julio de 2002. Se pronuncia a favor de los términos y condiciones del proyecto de “Acuerdo sobre la Conversión de la Deuda en Proyectos de Desarrollo” que se celebraría entre los Gobiernos de Ecuador e Italia.

- Oficio No. 28181, de 28 de enero de 2003. Contiene el dictamen confirmatorio de la Procuraduría General del Estado.

Como se puede observar, hasta este punto fueron básicamente el Ministerio de Finanzas y la Procuraduría General del Estado los encargados de evaluar los criterios fundamentales relacionados al canje de deuda con Italia, en lo sucesivo

serán necesaria la participación tanto del Ministerio de Finanzas como del Ministerio de Relaciones Exteriores para la firma del Acuerdo Bilateral de Conversión de Deuda Externa.

El 22 de marzo de 2003 en Milán se firmó el Acuerdo de Conversión de Deuda en Proyectos de Desarrollo entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República del Ecuador; comparecieron para la firma del documento la entonces Ministra de Relaciones Exteriores del Ecuador Ninca Pacari Vega, y el Subsecretario de Estado de Asuntos Exteriores del Gobierno Italiano Mario Baccini.

En su Artículo 5.6., el Acuerdo de Conversión de Deuda dispone: *“Dentro de los cuatro meses de la entrada en vigencia del Acuerdo, las Partes prepararán un documento técnico, en el cual se definirán los procedimientos respectivos a la preparación, selección, realización y el monitoreo de los proyectos a realizarse con los Fondos del FC. En ese mismo documento se indicará asimismo las áreas de prioridad y los campos de intervención”*. La norma antes referida señala la necesidad de un reglamento que permita desarrollar los procesos necesarios para la efectiva conversión de la deuda, esto no significa que se otorga capacidad normativa sino de implementación para las normas derivadas del acuerdo. Es importante tener clara esta afirmación sobre todo respecto del análisis normativo que se propone posteriormente.

El Decreto Presidencial No. 469 publicado en el Registro Oficial No. 101 del 11 de junio de 2003, se refiere a la ratificación del Acuerdo sobre la “Conversión de la Deuda en Proyectos de Desarrollo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Italiana”. El parámetro de referencia para este proceso consta en el dictamen 1 63/ATJ/2003 de 23 de abril de 2003, emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el que se considera al acuerdo directamente ratificable por el Ejecutivo de conformidad con lo dispuesto a través de los Artículos 161 y 171 numeral 12 de la Carta Constitucional de 1998.

La utilización del proceso de ejecutivo o simplificado para la suscripción de instrumentos internacionales ha sido largamente debatida en virtud de las materias sobre las que se aplica. El análisis de CÉSAR MONTAÑO sobre las demandas de

inconstitucionalidad iniciadas a partir del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República de Ecuador y el Gobierno de Estados Unidos sobre la Base de Manta⁹¹, presenta importantes puntos de reflexión sobre todo respecto de los acuerdos de cooperación dentro de los que se ha considerado acuerdos de canje o conversión de deuda.

El autor se ha referido inicialmente a los acuerdos instrumentados en concordancia con la Constitución de 1998 en la que era constatable un alto grado de ambigüedad, sobre todo si se contrastaban los Artículos 161 y 171 de la Norma. En criterio de CÉSAR MONTAÑO la facultad determinante se radicaba finalmente en manos de la Comisión Especial Permanente de Asuntos Internacionales y Defensa Nacional del anterior Congreso Nacional conforme se desprende del Artículo 30 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa publicada en el suplemento 862 del Registro Oficial del 28 de enero de 1992. Esta Comisión debía contar además, con la asesoría de la Coordinación Diplomática del Congreso Nacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, concordantemente con lo señalado en el Artículo 29 del Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio de Relaciones Exteriores que le otorga esta función específica.

Refiriéndose particularmente a la facultad para negociar, suscribir, aprobar y ratificar acuerdos y tratados de la que está investido el Ejecutivo, el autor ha señalado que justamente esta potestad se genera en función de la poca complejidad, urgencia o relativa importancia que presentan los llamados tratados ejecutivos; sin embargo, deberían reevaluarse las repercusiones que la ejecución y efectiva conversión de deuda externa tienen en el Ecuador y sobre su ordenamiento jurídico.

Aunque la aplicabilidad del procedimiento simplificado bajo los preceptos de la Constitución de 1998 es indiscutible, en mi criterio es necesario un procedimiento que aunque se enmarque en esta dinámica de mayor celeridad,

⁹¹ C. MONTAÑO GALARZA. *La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005. Tomo I. Impreso en Uruguay. Pp. 218 - 222.

otorgue garantías suficientes sobre el uso de los recursos de deuda para el pago y la ejecución de proyectos.

En un trabajo reciente, CÉSAR MONTAÑO GALARZA propuso un análisis sobre las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución de 2008⁹², el autor ha destacado las diferencias entre los tratados agravados o complejos y los tratados ejecutivos o simplificados. Para su análisis se refiere particularmente a los acuerdos que permiten la donación de fondos no reembolsables por parte de un Estado extranjero, para la ejecución de proyectos de desarrollo social, como consecuencia de un tratado previo de cooperación firmado entre el Ecuador y el Estado donante; para este autor los tratados simplificados pueden representar solamente modificaciones, desarrollos o interpretaciones de instrumentos internacionales vigentes o tratados marco firmados con anterioridad y que constituyan una base.

Es imperativo señalar que aunque los acuerdos de canje de deuda se ubican dentro de la esfera de cooperación internacional, no pueden ser considerados como donaciones para ejecución de proyectos. Es tan clara la vinculación que existe entre deuda externa inicial y reestructuración, que los recursos que hacen parte de este proceso tienen calidad alternante entre lo público y lo privado, lo local y lo supranacional en función del momento del proceso en que se analice. La naturaleza de los acuerdos de canje de deuda es especial; sin embargo, el punto jurídicamente más importante e incuestionable es la calidad de novación que este ostenta y a partir de la cual se conectan responsabilidades específicas para el Ecuador en virtud de su propio ordenamiento jurídico.

Es necesario señalar que no sólo se trata de un acuerdo de cooperación, que se enmarca dentro de este esquema sobre todo por la posibilidad de reestructurar la deuda e invertirla en el propio país deudor en proyectos de desarrollo; es, y con la misma importancia, una renegociación de obligaciones

⁹² C. MONTAÑO GALARZA. *Las Relaciones Internacionales y los Tratados en la Constitución*. Escrito en: *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Serie Estudios Jurídicos. Volumen 30 - Corporación Editora Nacional. Impreso en Editorial Santiago. Quito, 2009. P. 371.

internacionales que aunque extingue la deuda no lo hace por el pago sino por la novación, es decir toma la obligación original como base para un proceso que implica obligaciones no sólo de dar sino de hacer bastante específicas, que tienen pueden provocar la resolución del acuerdo en caso de incumplimiento y sobre todo que tienen importante repercusiones sobre nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso específico del Canje de Deuda por Proyectos de Desarrollo entre Ecuador e Italia, el Acuerdo fue aprobado por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo; es decir, se incluyó dentro de los llamados tratados ejecutivos o acuerdos de forma simplificada según ha sido establecido en los Artículos 12 y 13 de la Convención de Viena; sin embargo, el Gobierno Italiano autorizó el proceso de canje de deuda a través de una ley específica, y posteriormente sometió a aprobación del legislativo el monto adeudado a ser canjeado y las modalidades que se daría a través del Club de París, evidentemente la estructura normativa ya establecida del ordenamiento jurídico italiano es ciertamente más eficiente en este tipo de procesos.

El Estado Italiano publica el Acuerdo de Conversión de Deuda con el Ecuador el día 15 de octubre de 2003, a través de su Gaceta Oficial No. 240 SO. La Constitución de la República Italiana prevé en su Artículo Décimo que "*el ordenamiento jurídico italiano se compone de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas*", en consecuencia el acuerdo bilateral firmado con el Ecuador tendría al igual que para nosotros, valor de ley para nuestra contraparte. Italia sometió antes, de su negociación en el Club de París y previo a la firma del Acuerdo de Conversión con el Ecuador, al Consejo de Ministros el proceso de negociación y novación de obligaciones con nuestro país conforme lo prevé la Constitución Italiana en su Artículo 89 que guardaba amplia relación con el Artículo 161 numeral sexto de la Constitución de 1998 de la República del Ecuador, es necesario dejar sentado que a diferencia de nuestra contraparte al proceso previo no le dimos la misma tratativa ni cautela.

Italia es el primer país acreedor del Ecuador en el Club de París, con un monto de 655 millones de dólares que corresponden al 25,33% de los valores adeudados reprogramables a través de este mecanismo multilateral.

El 19 de enero de 2004 DIARIO EL COMERCIO, en su sección de negocios, informó del estado en el que se encontraba el canje de deuda con Italia. Lamentablemente luego de casi un año de la firma del Convenio de Canje, no podía darse paso a su ejecución. El Embajador de Italia en el Ecuador, señaló que no tenía respuestas del Proyecto de Reglamento de implementación remitido por el Instituto Ecuatoriano de Cooperación Internacional (INECI).

“Todo dentro del presupuesto, nada fuera del presupuesto”, es la máxima que utilizan las instituciones públicas en el Ecuador. Esto significa que aquellos recursos que no puedan ser incluidos en el Presupuesto General del Estado para su manejo y fiscalización, deberán ser excluidos de la esfera pública, incluso cuando deban ser destinados a dichas instituciones. Esta desnaturalización de los recursos públicos sucede para escapar de la legislación pertinente a ser aplicada, es decir, para escapar de la esfera del derecho público.

La principal dificultad que encontró el Ministerio de Finanzas para la implementación del Reglamento al Canje de Deuda con Italia fue la imposibilidad de incrementar la inversión social en razón de la restricción escrita en el Artículo 3 de la Ley de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia (LORET) que en aquella época establecía que el gasto primario del gobierno central no podía incrementarse en más del 3.5 por ciento en términos reales cada año; en virtud de aquello, y ya que los administradores, y en ciertos casos ejecutores de proyectos serían organismos del Gobierno; es decir, se tendría que incluir los fondos destinados a la implementación de proyectos en el Presupuesto General del Estado con todas las regulaciones y obligaciones que esto significa; el Gobierno del Ecuador a través del Ministerio de Finanzas sugirió al Gobierno italiano que tanto la administración como ejecución de los fondos de los proyectos se hiciera de parte del sector privado con lo que la inversión podría aumentar más allá del 3.5 por ciento señalado en la Ley de Responsabilidad Estabilización y Transparencia.

El 28 de octubre de 2004 el Ministerio de Asuntos Exteriores de Italia señaló que el Acuerdo de Conversión de Deuda definía las responsabilidades tanto de Italia como del Ecuador en la gestión del fondo de contravalor, por lo que no consideró procedente la hipótesis de gestionar el fondo a través de un órgano

privado, sugirió además que el fondo debería ser considerado por el Ministerio de Finanzas del Ecuador como diferente o ajeno al Presupuesto General del Estado y por lo tanto ajeno a las disposiciones establecidas en la LORET. Esta es la primera divergencia formal que presentaron los intervinientes en el proceso de Canje de Deuda, respecto de la naturaleza del fondo y los recursos que lo integran. Es claro que si bien la calificación es posible, no puede darse de modo general y permanente. El proceso de canje o conversión debe ser observado de modo cuidadoso para determinar en cada fase tanto la naturaleza de los recursos como el régimen jurídico aplicable en función de ellos. Esta determinación puede incluso trascender la voluntad de los Estados suscrita a través del Convenio Bilateral ya que el canje o conversión tienen una dinámica propia de funcionamiento, como sucede con cualquier otra reestructuración de deuda.

Finalmente, y casi sin variaciones del proyecto original, se firmó el Reglamento de Implementación del Acuerdo de Canje de Deuda por Proyectos entre Ecuador e Italia, el 30 de mayo de 2005. El entonces Ministro de Economía y Finanzas del Ecuador actuó como testigo de honor para la suscripción. El texto del Reglamento fue publicado en el Registro Oficial Número 168 del 19 de Diciembre de 2005. No puede decirse lo mismo del texto del Acuerdo de Canje de Deuda cuya publicación en el Registro Oficial nunca se produjo.

3.2. Acuerdo sobre la Conversión de Deuda en Proyectos de Desarrollo entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República del Ecuador.

El régimen jurídico aplicable para la conversión de deuda es el acuerdo bilateral firmado entre deudor y acreedor. Éste toma como base la renegociación de las Minutas de Acuerdo del Club de París, el crédito base entre los signatarios y las disposiciones necesarias para la conversión y ejecución del acuerdo.

Las normas suscritas a través de éste instrumento internacional, guardan una importancia trascendental para el éxito del proceso de conversión, en primer lugar porque expresan la voluntad de los Estados, en relación con el proceso de

conversión de deuda y determinan, o deberían determinar, los parámetros relacionados con los recursos y las figuras derivadas de ellos.

El Acuerdo sobre la Conversión de Deuda en Proyectos de Desarrollo, suscrito entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República del Ecuador señala en su Artículo I⁹³:

“El presente Acuerdo se relaciona a las operaciones de la conversión en proyectos de desarrollo de la deuda bilateral de la Asistencia Oficial de Desarrollo (ODA) y establece procedimientos para la implementación de operaciones de conversión respecto a la deuda bilateral ODA de la República del Ecuador con la República Italiana”.

En este primer Artículo la intención de los firmantes parece ser la ejecución directa de la conversión de deuda en proyectos de desarrollo. La norma se refiere a *“procedimientos para la implementación de operaciones de conversión”*, pero no señala la creación de estructuras para la asignación de recursos.

El numeral segundo⁹⁴ de esta norma establece:

“El monto máximo de deuda sujeto a las operaciones de conversión bajo este Acuerdo es la suma del principal y los intereses adeudados entre la entrada en vigencia del Presente Acuerdo y el 31 de diciembre de 2006, con respecto a los préstamos listados en el Anexo 1, el que es una parte íntegra de este Acuerdo”

El texto de esta norma señala que el canje de deuda implica una novación de obligaciones, mas no una donación, ya que toma como base la obligación original para la reestructuración de los pagos y la conversión en proyectos. Se transforma la obligación de dar, por una obligación de dar y hacer en la que se involucra también el acreedor.

La inclusión del Anexo 1, en el que se precisa un nuevo esquema de pagos en función de los valores originalmente adeudados, da cuenta de la primera fase

⁹³ (Ecuador-Italia) *Acuerdo sobre la Conversión de la Deuda en Proyectos de Desarrollo ente el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República del Ecuador*. Ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 469 publicado en el Registro Oficial No. 101 del 11 de junio de 2003.

⁹⁴ (Ecuador-Italia) *Acuerdo sobre la Conversión de la Deuda en Proyectos de Desarrollo ente el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República del Ecuador*. Ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 469 publicado en el Registro Oficial No. 101 del 11 de junio de 2003.

de la conversión, e incluso puede ayudar a explicar la naturaleza de los recursos. Visiblemente se trata de un egreso de las Partidas Presupuestarias del Ecuador; es decir, recursos públicos cuyo desembolso ha sido regulado por la Contraloría General del Estado y el derecho público.

A decir de GIULIANI FONROUGE⁹⁵, *“El pago no es únicamente la operación material de entrega del dinero, sino también una operación jurídica ya que el tesoro no es ejecutor ciego de la orden de pago sino un controlador de la “regularidad jurídica” del libramiento, que compromete su responsabilidad”*. Como se explicó en el Capítulo antecedente, los recursos públicos dejan la órbita del derecho administrativo, una vez que se realiza la transferencia y ésta cumple con el objetivo previsto. El criterio escrito por FONROUGE, pone en evidencia la especialidad del proceso de conversión de deuda ya que, en este caso la responsabilidad del Estado por el manejo de los fondos públicos no termina con el pago, sino que deriva en la responsabilidad por la asignación y fiscalización del uso de los recursos asignados.

El análisis del Fondo de Contraparte, se tratará en el contexto de la personalidad jurídica que ha querido atribuírsele a este patrimonio, en consecuencia, se tomarán solamente los elementos relacionados con la operación de conversión como se puede ver en el Artículo 2⁹⁶ numeral 2 cuyo texto dispone:

“El Gobierno de la República del Ecuador depositará en el FC el equivalente de cada cuota (principal e intereses) debida en el período indicado en 1.2. antecedentes a la fecha de vencimiento de cada cuota. A un año después de la entrada en vigencia del presente Acuerdo, el saldo pendiente del FC no excederá el monto total de proyectos seleccionados por el Comité de Dirección según el Artículo 4”.

⁹⁵ CARLOS M. GIULIANI FONROUGE. *Derecho Financiero*. Tomo I. Actividad Financiera, Presupuesto, Poder Tributario, Obligación Tributaria. Novena Edición. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, 2005. P. 221.

⁹⁶ (Ecuador-Italia) *Acuerdo sobre la Conversión de la Deuda en Proyectos de Desarrollo ente el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República del Ecuador*. Ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 469 publicado en el Registro Oficial No. 101 del 11 de junio de 2003.

A través de esta disposición es visible que los recursos por el pago de deuda externa egresan del erario del Ecuador – ordenamiento público ecuatoriano – y son dirigidos hacia el fondo de contraparte, que es una cuenta bancaria cuya titularidad y derecho de cobro lo ostentan, de forma compartida, los Estados involucrados en el proceso de conversión.

Las disposiciones contenidas en los numerales 2.3 y 2.7 establecen límites, y hacen referencia a una de las condiciones resolutorias expresas en el Acuerdo:

“Si el monto de los desembolsos al FC fuese inferior al de las cuotas debidas, dichas cuotas sólo se convertirán parcialmente. El monto residual de cuotas, correspondiente a la diferencia entre el monto original debido y los desembolsos al Fondo FC, será debido por el Gobierno de la República del Ecuador al Gobierno de la República Italiana según las provisiones del Acuerdo Financiero Pertinente”.

En este apartado es posible observar que el proceso de conversión se entiende realizado con el depósito de los valores adeudados; en este sentido se debería analizar la naturaleza de los *“recursos convertidos”*, que egresan del erario del deudor, pero que no llegan a la esfera íntegra de competencias del acreedor y su derecho público ya que no ingresan en sus arcas fiscales, por lo menos según los principios establecidos por el Club de París. Será imperioso el reconocimiento expreso de la figura que deberá adoptar el fondo y el régimen jurídico en virtud del cual esta figura se crea, ya que la responsabilidad de los Estados se mantiene no sólo en relación con la efectiva realización de los pagos sino respecto de la ejecución de los proyectos, en función de la intención y objetivos descritos a través del convenio bilateral de conversión.

“En caso de mal manejo severo de los Fondos, ambas Partes se reservan el derecho de ponerle fin a este Acuerdo”.

Esta es la cláusula resolutoria expresa del Acuerdo, es importante hacer referencia a esta norma ya que el patrimonio que constituye el fondo no puede ser considerado como autónomo una vez desembolsado. La existencia del fondo y la conversión de deuda, dependen del cumplimiento de obligaciones y del uso adecuado que se dé a los recursos.

Para concluir con el proceso de conversión descrito en el Acuerdo, es necesario el análisis de lo dispuesto en el Artículo 3.1 que escribe:

“Los fondos resultantes de las operaciones de conversión de deuda coleccionados en el FC, incluyendo, intereses maturados si los hubiese, se usarán para financiar los proyectos de desarrollo acordados conjuntamente. Para tal efecto, se requerirán las firmas de un representante de cada Parte para efectuar pagos contra fondos del FC. Un monto máximo del 2% del FC se asignará para asistir a los beneficiarios en la formulación y monitoreo de proyectos”.

La fase final de conversión, involucra el efectivo direccionamiento del servicio de la deuda hacia la ejecución de proyectos comprendidos en los ámbitos y sectores, descritos por los Estados a través del acuerdo bilateral de conversión. Este último desembolso debe contar, según dispone la norma, con la firma de los representantes de los Estados intervinientes, disposición que evidencia la titularidad del derecho de restitución, compartida por ambos Estados, así como la propiedad sobre los recursos que integran al fondo. En tal virtud, el patrimonio y su manejo se remiten a la esfera del derecho internacional.

3.3. Fondo de Contravalor Italo – Ecuatoriano

El Artículo 2 del Acuerdo de Conversión de Deuda dispone: *“Para los propósitos del presente Acuerdo se establecerá un Fondo de la Contraparte (en adelante FC), en U.S. dólares a la entrada en vigencia de este Acuerdo, cuyo endoso financiero se hará en uno de los importantes bancos privados internacionales que operen en el Ecuador y que las dos Partes acuerden a través del intercambio de Notas Verbales”.*

El texto de la norma señala, el establecimiento de un *“Fondo de la Contraparte en dólares”*, esta afirmación es el equivalente a la apertura de una cuenta a la que debe direccionarse el servicio de la deuda. La norma referida, no instruye la creación de un ente de una figura, con personalidad jurídica diferente a

los Estados, sino el establecimiento de una la masa patrimonial gestionada y controlada por los Estados deudor y acreedor.

La intención de las Partes está determinada de forma simple y explícita, que se refiere al endoso financiero y el tipo de banca admitido para el depósito de los recursos derivados del proceso de conversión. El análisis de esta norma es esencial ya que este texto representa la única referencia de jerarquía legal en la que consta la creación del fondo de contravalor, y como se ve, no se habla del nacimiento de una persona jurídica diferente de los constituyentes, o de un ente con capacidad propia y suficiente para ostentar derechos y adquirir obligaciones.

El patrimonio al que se refiere la norma debe ser depositado en un banco internacional que esté autorizado para desarrollar operaciones en el Ecuador, con lo que el régimen jurídico aplicable para los depósitos y funcionamiento de la entidad bancaria si bien se someten a las disposiciones de operación y establecimiento en el Ecuador, también responde a principios y parámetros internacionales de crédito, lo que representa una garantía más fuerte tanto para el deudor como para el acreedor.

La naturaleza jurídica del contrato bancario, ha sido analizada por SHAW Y VILLEGAS,⁹⁷ que al igual que BONFANTI definen su naturaleza en el esquema de los depósitos regulares. Los autores sugieren que no se trata de un contrato puramente de mutuo o de préstamo, sino más bien de un contrato nuevo, que involucra la obligación de custodia.

El esquema del contrato de depósito bancario contextualizado en el proceso de canje de deuda nos muestra dos cuestiones de importancia: La primera, referente a la reestructuración y reprogramación de los pagos de deuda externa, que serán direccionadas de forma diferente a la prevista en el contrato inicial de crédito. La segunda cuestión, está relacionada con la firma de los acuerdos bilaterales, en los que deberá preverse tanto la propiedad como la naturaleza de los recursos que integran al fondo porque de esta determinación dependerá el régimen jurídico aplicable a dicho patrimonio.

⁹⁷ S. BOLLINI Y B. VILLEGAS. *Manual para Operaciones Bancarias y Financieras*. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Impreso en Buenos Aires, 1981. P. 181.

Como ya fue explicado, el Reglamento para la Implementación del Convenio de Canje de Deuda por Desarrollo fue firmado el 30 de mayo de 2005. El Artículo 1 se refiere de modo particular a la *“Creación del Fondo de Contraparte generado por el Canje de Deuda por Desarrollo”*. Esta norma detalla el proceso de pagos y la forma de auditoría a ser aplicada para el cumplimiento satisfactorio de los mismos.

La lógica de redacción de normas descrita en el Reglamento tiene concordancia con lo descrito en el Acuerdo Bilateral de Canje como se puede observar de lo dispuesto en su Artículo 1:

“Según el Art. 2 del Convenio, el Gobierno ecuatoriano deberá depositar en el CF-FIE el equivalente en Dólares de EE.UU. de cada cuota de la deuda AOD (principal e intereses) adeudada al gobierno italiano en la fecha de su vencimiento, en el período comprendido entre la entrada en vigor del Convenio y el 31 de diciembre de 2007”

La percepción del fondo como un patrimonio también se ve reflejada en la redacción del Reglamento, que en su Artículo Primero describe al fondo como una cuenta a la que ingresan los pagos de deuda y egresan recursos para la ejecución de proyectos.

“El CF-FIE será usado exclusivamente para financiar proyectos de desarrollo (una suma de máximo el 2% del CF-FIE será asignada a ayudar a los beneficiarios en la formulación y monitoreo de los proyectos), en cumplimiento con el Convenio y con el documento técnico (Anexo A de este Reglamento que, de ser necesario, será actualizado durante la implementación del programa) (...)”.

Puede concluirse de los textos originales del Acuerdo de Conversión de Deuda y su Reglamento de Implementación, que el fondo de contraparte ha sido concebido como un patrimonio, manejado a través de una cuenta bancaria y que no tiene que ver con la constitución de estructuras diferentes sino subordinadas a los Estados Constituyentes, es decir, supeditadas al derecho internacional.

Por ejemplo, el Artículo 4 del Acuerdo Bilateral de Conversión de Deuda⁹⁸, dispone el establecimiento de un Comité Directivo, con atribuciones específicas respecto de la ejecución de proyectos. La creación de este Comité evidencia la necesidad de una estructura que facilite la asignación de recursos para la ejecución de proyectos y la efectiva conversión de la deuda, sin embargo, el Comité se entiende directamente subordinado a la voluntad de los Estados representados por sus Ministerios de Relaciones Exteriores. Es importante señalar que el Comité Directivo está siempre integrado por funcionarios públicos, delegados por los Estados intervinientes, y por lo tanto sus actuaciones estarán remitidas al derecho público de los Estados a los que representan.

3.3.1. Persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro

El problema se suscita cuando el fondo constituido y concebido solamente como un patrimonio y depositado en una cuenta bancaria, comienza a actuar en la práctica como un ente con personalidad jurídica diferente de sus Constituyentes, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones de forma separada.

Esta situación intentó formalizarse y a través del intercambio de notas reversales entre los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados intervinientes. La República del Ecuador propuso que se incluyera en el Artículo 1 del Reglamento el siguiente texto:

⁹⁸ (Ecuador-Italia) *Acuerdo sobre la Conversión de la Deuda en Proyectos de Desarrollo ente el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República del Ecuador*. Ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 469 publicado en el Registro Oficial No. 101 del 11 de junio de 2003.

Artículo 4

4.1. Se establecerá un Comité Directivo con las siguientes tareas:

- a) la aprobación de la política y las líneas generales del programa;
- b) la aprobación de los proyectos a financiarse en conformidad con el presente Acuerdo;
- c) la verificación del avance de proyectos

4.2. El Comité Directivo incluirá un representante de cada una de las Partes. A nombre del Gobierno de la República Italiana, S.E. el Embajador de la República Italiana en Ecuador o su delegado, y el Ministro de Relaciones Exteriores o su delegado, a nombre del Gobierno Ecuatoriano. El Comité Directivo será asistido por un Comité Técnico.

“El Fondo de Contravalor Italo-Ecuatoriano tiene personería jurídica de derecho privado, sin fines de lucro, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente, así como administrativamente.

Los miembros del Comité Directivo del Fondo de Contravalor Italo-Ecuatoriano designarán de común acuerdo al representante legal del Fondo.

El Fondo está exonerado del pago de todo tributo, incluyendo impuesto al valor agregado”.

El Gobierno de la República Italiana expresó su conformidad con lo propuesto por la República del Ecuador, y se anexó al texto del Reglamento; sin embargo, hasta el momento, y más allá de las notas reversales, no se ha producido la modificación formal del Reglamento previamente publicado en el Registro Oficial de nuestro país.

Respecto de este intento de regularización de la situación de hecho del fondo de contraparte es necesario hacer dos precisiones: En primer lugar, la constitución de una persona jurídica independiente de los constituyentes sólo era factible a través de la modificación del Acuerdo de Conversión de Deuda, en el que ni siquiera de modo extensivo o interpretativo se puede inferir en la intención de creación de un nuevo ente con personalidad jurídica. La modificación del Acuerdo era factible como está previsto a través de su Artículo 5.4 en el que se señala: *“Las Partes, por Intercambio de Notas, podrán modificar el presente Acuerdo, su Anexo 1 y su Anexo 2”*. Es necesario señalar que el Reglamento de Implementación del Acuerdo no forma parte ni del Anexo 1, ni del Anexo 2. El Reglamento, como norma jurídica inferior, puede definirse como la forma de ejecución de las disposiciones previstas en el Acuerdo, de ahí que, no debió puede extenderse más allá de estas disposiciones. La creación, a través de esta norma, de un ente con personalidad jurídica de derecho privado es improcedente.

La reforma del Reglamento de modo extensivo y alterativo de las disposiciones e intención del Acuerdo de Canje no puede surtir efectos jurídicos válidos. Por otra parte, para la constitución de esta *“persona jurídica de derecho*

privado sin fines de lucro” no se ha establecido a qué ordenamiento jurídico queda sometida la validez de su creación.

Para JULIO BARBOZA⁹⁹, los Estados ostentan la cualidad de “*legiferantes*”, es decir, capaces de crear normas consuetudinarias o establecidas mediante tratados; para este autor, el Derecho Internacional Público se divide en dos ramas: el derecho internacional general cuyas normas son válidas y vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional; y el derecho internacional particular, cuyas disposiciones son válidas solamente para una comunidad determinada. Esta capacidad normativa que tienen los Estados tiene limitantes, y estos se dan principalmente en función de los principios de Derecho Internacional y la normativa propia de los Estados.

En el Capítulo antecedente se presentó un análisis de la constitución de una persona jurídica a partir del patrimonio generado por el proceso de conversión de deuda. El análisis y conclusión respecto de la calificación jurídica pertinente en virtud de la naturaleza y objetivos del proceso de conversión, es también aplicable al caso del Fondo Italo-Ecuatoriano, como se verá a continuación.

El Fondo Italo-Ecuatoriano, es en principio un patrimonio derivado del proceso de conversión de deuda, y concebido en estos términos por el Club de París, y por el Acuerdo Bilateral de Conversión de Deuda, suscrito entre la República Italiana y la República del Ecuador, de modo concreto a través de su Artículo 2.1. Por lo tanto, el Fondo Italo-Ecuatoriano (FIE), obedece directamente a los principios del Derecho Internacional.

A partir de la calificación otorgada al Fondo, a través de notas reversales, y en concordancia con los efectos que éste tiene en la práctica, el Fondo Italo-Ecuatoriano es denominado como una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro. Sin embargo, no se establece el ordenamiento jurídico al que se somete la validez de su creación, ni cuál es la naturaleza de los recursos que integran este nuevo ente con personalidad jurídica. En tal virtud, será necesario el análisis de la naturaleza de los fondos que lo conforman, y la utilización de puntos

⁹⁹ J. BARBOZA. *Derecho Internacional Público*. Impreso en Argentina. Zavalia Editor. Pp. 13- 14.

de conexión para establecer el régimen jurídico aplicable tanto para su creación como para su funcionamiento.

Queda demostrado, a través de este caso, que la calificación más adecuada sobre los fondos de contravalor, cuando se instituyen como entes con personalidad jurídica diferente de los Estados que los establecen, es la de personas jurídicas de derecho internacional privado. Este régimen jurídico, y los principios que lo sustentan son los que más se adecuan a los objetivos y necesidades del proceso de conversión de deuda.

La calificación como persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, que se hace respecto del Fondo Italo-Ecuatoriano, es insuficiente ya que se deja de la esencia misma del proceso de canje y el régimen jurídico al que se remite de manera inmediata en todos sus aspectos, este es el derecho internacional, además por la pluralidad de legislaciones que intervienen en este proceso.

En cuanto a la determinación de la naturaleza de los recursos y el régimen jurídico aplicable tanto para la constitución como para su funcionamiento es necesario comenzar el análisis de las normas relativas a la conversión de deuda en el caso del ordenamiento jurídico italiano, y de la constitución de personas jurídicas de derecho privado, en el caso del ordenamiento jurídico del Ecuador, en el que no se prevén normas puntuales respecto del proceso de conversión de deuda externa.

Para el ordenamiento jurídico de la República Italiana, el Decreto del 9 de noviembre de 1999, establece las disposiciones relacionadas con los procedimientos y forma de manejo de la conversión de deuda gestionada a través del Club de París. En su Artículo 2¹⁰⁰, el Decreto determina el proceso de

¹⁰⁰ (Italia). *Decreto del 9 de Noviembre de 1999*. Ministerio del Tesoro, del Presupuesto y de la Programación Económica. Publicado en la Gaceta Oficial No. 270 del 17 de Noviembre de 1999. Art. 2.- Qualora si faccia ricorso all'intesa intergovernativa, le modalità delle operazioni di conversione saranno contenute in specifici accordi bilaterali, intervenuti con i singoli Paesi debitori. Qualora si faccia ricorso all'intermediazione bancaria, previa intesa intergovernativa, le controparti con le quali possono essere effettuate le operazioni di conversione di cui al precedente Art. 1, devono essere individuate esclusivamente nell'ambito delle controparti bancarie piu' attive sul mercato, fra quelle di elevata affidabilità internazionale che abbiano ricevuto una valutazione di qualità del debito di livello "investment grade" rilasciata da almeno una delle principali agenzie di valutazione internazionale (rating agencies). In relazione a ciascuna operazione di conversione la

conversión y señala las contrapartes, es decir, la forma y medio en que se estructura específicamente el proceso de conversión de deuda externa. La intención de esta norma es la estructuración y manejo adecuado del patrimonio, y de la acreencia en el caso de la legislación interna italiana.

En vista de que los fondos de la conversión de deuda, no ingresan al presupuesto general de la República Italiana, aunque haya disposiciones de derecho público para su manejo, la aplicación del derecho privado italiano, para la estructuración de una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro es menos factible, aunque se puedan aplicar las disposiciones del ordenamiento jurídico privado italiano para la creación de esta persona jurídica.

En el caso del Ecuador, el Código Civil dispone en su Artículo 564 la definición y clasificación de las personas jurídicas como se puede ver a continuación:

“Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”

La calificación otorgada al Fondo Italo-Ecuatoriano, como una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, de conformidad con el Código Civil debió haber sido de Fundación o de Corporación, al tenor de lo descrito en el referido Artículo, además de las normas y disposiciones relativas a la constitución de personas jurídicas sin fines de lucro en el Ecuador. Por ejemplo, según se dispone en el Artículo 565 del Código Civil:

“No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República”.

scelta della controparte e' effettuata di norma mediante una procedura competitiva tale da consentire il raffronto fra piu' offerte ed assicurare la massima trasparenza ed il miglior risultato, tenuto conto, fra l'altro della natura, della scadenza e della possibilita' di realizzazione dei crediti.

Análogamente con la norma precitada, la única forma jurídicamente válida, de conformidad con la legislación ecuatoriana, para la constitución de una persona jurídica sin fines de lucro a partir del patrimonio generado por el proceso de canje de deuda, es la disposición expresa en el Acuerdo Bilateral de Conversión, que dé paso a su creación. Esta norma no puede ser suplida ni ampliada por el Reglamento de Implementación del Acuerdo ya que éste no tiene rango de ley y no puede extralimitarse en sus disposiciones.

El trámite de constitución de una persona jurídica sin fines de lucro, tiene en el Ecuador un proceso bastante específico, cuyos requisitos no han sido cumplidos ni en la forma ni en el fondo por los Fondo Italo-Ecuatoriano.

Otra forma de determinar el régimen jurídico, tanto para la constitución como para el funcionamiento, de la persona jurídica establecida a partir del proceso de conversión de deuda, es la remisión a la ley del lugar en donde fuera firmado el Acuerdo de Conversión de deuda, en este sentido, el régimen jurídico aplicable sería el del ordenamiento jurídico Italiano, ya que el Acuerdo de Conversión de Deuda fue firmado el 22 de marzo de 2003 en Milán.

En mi criterio la forma más eficaz de determinar el régimen jurídico aplicable en el caso del Fondo Italo-Ecuatoriano, sería el del lugar de la ejecución de los actos, ya que es concordante con el proceso de conversión de deuda y sus objetivos, sobre todo en el caso del Canje de Deuda por Proyectos de Desarrollo entre la República Italiana y la República del Ecuador. La conversión, tiene lugar efectivamente en territorio ecuatoriano, es igualmente importante considerar que los fondos han sido radicados en un Banco Privado del Ecuador, con lo que se puede establecer el domicilio del fondo en el Ecuador. En tal virtud el régimen jurídico aplicable sería el del Estado Ecuatoriano, para la constitución y funcionamiento de la persona jurídica de derecho privado con las salvedades estipuladas en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Artículo Tercero, sin embargo, hay que subrayar que el fondo se remite, directa y esencialmente, al ordenamiento jurídico internacional.

Se concluye que el fondo Italo-Ecuatoriano, nace como un patrimonio derivado del proceso de conversión de deuda establecido a través del Acuerdo

Bilateral firmado entre la República del Ecuador y la República Italiana. Este patrimonio obedece en su manejo a las disposiciones del Derecho Internacional previstas por los Estados Constituyentes y por el Foro Multilateral del Club de París. Posteriormente, y con base en la modificación prevista por los Estados, y la personalidad jurídica independiente de los Estados Constituyentes, asumida de hecho por el fondo. Se puede señalar que el Fondo Italo-Ecuatoriano es, una persona jurídica de derecho internacional sujeta a los principios del derecho internacional privado, en vista de la pluralidad de legislaciones aplicables y en virtud de los principios y normas del derecho internacional que regulan el proceso de conversión de deuda.

3.3.2. Análisis jurídico sobre la naturaleza del Fondo Italo-Ecuatoriano

Visto que no existe una norma específica que determine un régimen jurídico para la Persona de Derecho Privado llamada Fondo de Contravalor es necesario encontrar una solución que defina cuál es el régimen jurídico aplicable en virtud de sus características y contexto, para el cumplimiento de los objetivos establecidos en el Acuerdo de Conversión.

Es pertinente señalar, que más allá de la capacidad de actuación que tienen los Estados y la facilidad con la que pueden firmar instrumentos internacionales, existe la responsabilidad por parte de sus representantes de sujetarse a criterios normativos que precautelen la seguridad y cumplimiento efectivo de lo pactado.

Como se ha reiterado en varias ocasiones, el Fondo de Contraparte Italo-Ecuatoriano nace como un patrimonio cuya propiedad, responsabilidad y manejo recae sobre los Estados deudor y acreedor. Los recursos que integran este patrimonio se remiten al derecho internacional, en virtud de su origen, destinación y de los sujetos que se encargan de su gestión. Lo procedente, en este caso, será la utilización de los puntos de conexión del derecho internacional privado, para la

determinación del régimen jurídico aplicable, para la constitución de la persona jurídica de derecho privado, y para los actos y contratos que ésta lleva a cabo.

Para la consolidación, y efectiva ejecución del Acuerdo se estableció un Comité Directivo, integrado por funcionarios públicos representantes de los Estados intervinientes. Cada acuerdo bilateral de canje de deuda, establece modelos específicos de conversión, en el caso del Fondo Italo-Ecuatoriano el Acuerdo de Canje dispone la ejecución de forma directa por los Estados involucrados, no se prevé, por lo menos a través del Acuerdo, una persona o patrimonio diferentes

En cuanto se refiere al patrimonio del fondo Italo-Ecuatoriano, el proceso seguido en este caso fue el depósito de los recursos de deuda en una cuenta gestionada por la Embajada de Italia en Quito, con lo que los recursos se remitieron al régimen jurídico italiano. Una vez que dichos recursos fueron depositados en el fondo de contravalor, los recursos adoptaron una naturaleza privada, en virtud de la voluntad de las partes remitida al reglamento y porque ya la transferencia de dominio de dichos recursos, fue efectuada por el Ecuador de manera legal y a modo de pago, con lo que se rompió la vinculación con el régimen del sistema nacional de contratación pública; sin embargo, será la utilización de los puntos de conexión de derecho internacional los que se encuentren en capacidad de establecer el régimen jurídico aplicable para los actos y contratos realizados por el Fondo Italo-Ecuatoriano.

3.4. Conversión de deuda en proyectos de desarrollo.

La conversión de deuda consiste en la transformación de los fondos destinados al pago de la deuda externa, en recursos para la realización proyectos de desarrollo social y/o ambiental en el territorio del país deudor. El proceso de canje o conversión de deuda comprende tanto la transformación de la forma de la obligación, como de la naturaleza de los recursos que se destinarán para la realización de proyectos. Este proceso se respalda en el marco normativo provisto por el acuerdo bilateral de canje de deuda entre deudor y acreedor. Es

importante entender que será este esquema jurídico el encargado de soportar las transacciones necesarias para la conversión y finalmente para la ejecución de los proyectos.

Incluso pese a su no inclusión dentro de un esquema o forma jurídica reconocida, el Fondo Italo-Ecuatoriano cuenta con varias estructuras administrativas que se encargan de la asignación de recursos y evaluación de proyectos. Las normas del Acuerdo Bilateral han dispuesto a estas estructura en la forma de Comités como se puede ver a continuación:

El Artículo 3.4 del Acuerdo de Conversión de Deuda describe:

“Tales proyectos se identificarán en el marco de un Programa Ecuatoriano Italiano de Fondos para el Desarrollo Socioeconómico y Protección Ambiental en las Áreas con las Más Altas Tasas de Pobreza. A tal efecto, se adoptará un Documento Técnico y Criterios de selección y formulación de los proyectos por parte de un Comité Directivo asistido por un Comité Técnico según el Artículo 4 infra, los que subsecuentemente serán aprobados por las Partes a través del intercambio de Notas Verbales”.

A través de esta norma es visible la naturaleza esencialmente procedimental que se ha intentado imprimir en el Acuerdo Bilateral de Conversión de deuda, con lo que la responsabilidad de ejecución se concentra directamente sobre los Estados participantes, representados a través de los Comités.

El proceso para la asignación de recursos ha sido descrito de modo más puntual a través del Reglamento de Implementación del Acuerdo, y el Manual del Procedimientos del Fondo Italo-Ecuatoriano.

El Artículo 7.2 del Reglamento de Implementación se refiere a los “Procedimientos para la Selección de Proyectos”, en esta norma se detallan la forma de calificación, requisitos para solicitud, y elegibilidad de los proyectos, que podrán ser presentados por: Entidades de Gobierno Local, Organizaciones No Gubernamentales, o canalizados por Organizaciones relevantes de las NN.UU, tales como FAO, FIDA y PMA, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3.3. del Acuerdo de Conversión de Deuda.

Es importante observar que los proyectos pueden ser presentados por Gobiernos Locales; es decir, por personas jurídicas de derecho público, cuyo régimen jurídico ordenador será el Sistema Nacional de Contratación Pública, parecería que el Artículo 7.2 del Reglamento prevé la aplicación de las normas y reglamentos públicos en lo tocante a las entidades de derecho público; sin embargo, será necesario observar lo determinado concretamente en el Manual de Procesos del Fondo para la selección de proyectos y asignación de recursos.

Respecto de la ejecución de los proyectos, el Manual de Procedimientos¹⁰¹ ha previsto en su Primer Apartado, dos modalidades: Institución Ejecutora y Unidad Ejecutora, en ambas formas se contemplan los siguientes componentes:

- “Una **Instancia Directiva**, conformada por representantes de los y las beneficiarios/as, las instituciones socias y gobiernos locales, amparada por el convenio con el FIE para la realización del proyecto

- Una **Instancia de Gestión**, conformada por personal técnico y financiero, amparada por la personería jurídica de una institución en la modalidad a) o asociación de instituciones, en la modalidad b).

- Una **Comisión de Adquisiciones**, en el que deben participar representantes de los/las beneficiarios/as.

- Un **espacio de planificación, coordinación** seguimiento y evaluación de actividades dentro de la instancia de gestión del proyecto”¹⁰².

“(…)La principal diferencia entre las dos modalidades consiste en que en la modalidad a), el convenio se suscribe entre el FIE y todas y cada una de las instituciones socias y beneficiarias, especificándose los compromisos y responsabilidades para cada una de las instituciones suscriptoras. En la modalidad b), el convenio se suscribe entre el FIE y la Unidad Ejecutora, previamente conformada jurídicamente entre las instituciones socias y beneficiarias, tal como se ha procedido en las dos primeras convocatorias”¹⁰³.

¹⁰¹ FONDO ITALO – ECUATORIANO. Manual Operativo de Gestión de Proyectos Financiados por el FC-FIE. Actualizado a Julio de 2009. P. 5

¹⁰² IBÍDEM, P. 6

¹⁰³ IBÍDEM, P. 6

Visiblemente el Manual de Procedimientos establece cuestiones jurídicamente relevantes tanto para la Institución Ejecutora, como para la Unidad Ejecutora; parecería que la lógica de estas estructuras tiene como objetivo el acogimiento al régimen jurídico y administrativo más flexible o conveniente.

Creo pertinente comenzar con el análisis de las Unidades Ejecutoras, cuya calificación en el ámbito jurídico puede ser ciertamente compleja, ya que representa la unión, con un objetivo temporal, de varios sujetos o personas jurídicas que pueden pertenecer tanto al derecho público como al derecho privado. Respecto de las Unidades Ejecutoras el Manual de Procedimientos del Fondo Italo-Ecuatoriano ha dispuesto: "El FIE firmará convenios para la ejecución de proyectos con una "Unidad Ejecutora" creada a través de Escritura Pública, que obtendrá personería jurídica y que garantice la participación de todos los actores involucrados en la propuesta, regidos bajo un estatuto que permita la ejecución de proyectos de desarrollo".

De conformidad con el ordenamiento jurídico del Ecuador la constitución de personas jurídicas en el ámbito privado se regula fundamentalmente según lo dispuesto, en el Código Civil y la Ley de Compañías. En el ámbito Público la creación de personas jurídicas procede por Ley, Decreto o Resolución. La sola instrumentación de una escritura pública no concede per se personería jurídica a los otorgantes. Puede inferirse de las disposiciones subsiguientes en el Manual de Procedimientos que la personería jurídica ha sido asimilada a la obtención de un Registro Único de Contribuyentes, lo que resulta jurídicamente inaceptable pues la función de este registro se limita a permitir una verificación a las autoridades tributarias para la recaudación de impuestos, eminentemente sobre el patrimonio.

La calificación que más se acerca a este tipo de agrupación son las asociaciones no reconocidas, pues no existe una norma en la que dichos entes sean descritos de forma expresa. Las asociaciones son más bien una variación que no puede enmarcarse en una forma jurídica determinada. Respecto de las diferencias entre las personas jurídicas y las asociaciones no reconocidas FERRARA ha precisado el siguiente criterio: "Un punto común entre las dos formas

es la estructura corporativa, la ordenación implantada en el cambio de los miembros y el espíritu y la tendencia de las asociaciones de perseguir un objeto autónomo que va más allá y rebasa las personas transeúntes de los socios. Pero este fin, si en la forma de la personalidad jurídica tiene su más adecuada realización, en cambio en la forma de la relación contractual asociativa es conseguido sólo de un modo imperfecto, frágil, provisional. La razón está en que las cláusulas contractuales tienen una eficacia interna entre los socios, pero no pueden proyectarse al exterior con valor absoluto y vincular a los terceros que fueron extraños al acuerdo. En la corporación hay una unidad jurídica distinta del grupo colectivo, en la asociación una pluralidad de individuos que obran conjuntamente”.¹⁰⁴

Es necesario señalar que las instrucciones escritas en el Manual de Procedimientos están incluso en nivel jerárquico inferior que el Reglamento de Implementación, en consecuencia, este texto no puede incluir requerimientos de este tipo sin establecer primero concordancia con las normas relativas a las personas jurídicas tanto públicas como privadas, cosa que evidentemente no se encuentra por lo menos dispuesta en el texto del Manual.

La vigilancia por la ejecución de proyectos pudo haberse estructurado de forma más simple y directa, a través de la compatibilización y alternación de los sistemas de control y fiscalización públicos y privados, según el caso de la entidad solicitante de recursos.

Corresponde en este punto el estudio de la segunda forma de acceso a recursos y ejecución de proyectos. Las Instituciones Ejecutoras ha sido definidas por el Manual de Procedimiento del Fondo Italo-Ecuatoriano en los siguientes términos: “Bajo esta figura la **ejecución** de cada proyecto y previo el acuerdo de los miembros conforman el Comité Directivo, estará bajo la responsabilidad de una institución legalmente constituida, sea ésta privada o pública, que contenga dentro

¹⁰⁴ F. FERRARA. *Teoría de las Personas Jurídicas*. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil. Volumen I. Serie de Personas y Bienes. Editorial Jurídica Universitaria. México, Junio 2002. P. 430.

de sus finalidades o razón social la ejecución de proyectos del tipo del proyecto particular a ejecutar”¹⁰⁵.

En este esquema, la forma de responsabilidad y vinculación con el Fondo Italo-Ecuatoriano varían, no se requiere de la constitución de una asociación o sociedad de hecho, las responsabilidades se verifican de modo directo entre el Fondo y las Instituciones Ejecutoras, el papel que cumple el Fondo, en este caso, es de verificación de los requisitos legales de la Institución solicitante.

Probablemente esta forma de solicitud de proyectos es menos anómala que la dispuesta a través de las Unidades Ejecutoras; sin embargo, el rol que adopta el Fondo en cuanto a las responsabilidades y requerimientos a las Instituciones Ejecutoras tampoco es adecuado, ya que no establece una forma de concordancia con las normativas públicas o privadas que correspondan. Si bien se habla del cumplimiento de los requerimientos normativos de las Instituciones, el proceso de asignación de recursos y su fiscalización, no son compatibles, sobre todo en cuanto atiene al Sistema Nacional de Contratación Pública.

La compleja estructura prevista a través del Manual de Proyectos del Fondo Italo-Ecuatoriano, no encuentra motivación ni en el Reglamento de Implementación, ni en el Convenio de Conversión de Deuda, ya que la voluntad de los Estados manifestada a través del Convenio si bien está dirigida al establecimiento de procedimientos para la conversión de deuda, no intenta la creación de nuevos entes con personería jurídica para la ejecución de los proyectos. Parecería que se transgrede la idea inicial del Acuerdo de simplificar lo más posible la conversión.

Los convenios de financiamiento representan la parte culminante del proceso de canje de deuda, en este punto la naturaleza de los recursos estará definida por el ente receptor de los mismos y el régimen jurídico que le sea aplicable. Lastimosamente

Los convenios que se suscriben para la adjudicación de fondos no reembolsables dirigidos hacia la ejecución de proyectos, pueden ser definidos

¹⁰⁵ FONDO ITALO – ECUATORIANO. Manual Operativo de Gestión de Proyectos Financiados por el FC-FIE. Actualizado a Julio de 2009. P. 10

como contratos en los que intervienen el Fondo Italo Ecuatoriano, persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro y la Unidad Ejecutora que se considera como una asociación sin fines de lucro que se rige por sus estatutos y de forma supletoria por las leyes del Ecuador.

En mi criterio esta dinámica refleja una desnaturalización de las personas jurídicas de derecho público, por dos cuestiones fundamentalmente:

En primer lugar, no existe hasta este punto un argumento que proponga a los fondos de contravalor como entidades privadas, en razón esencialmente de la naturaleza de los valores que lo integran y los sujetos que lo componen; en consecuencia la calificación que intenta dársele a través del Reglamento de Implementación es sencillamente inconsecuente con su verdadera naturaleza pública.

Por otra parte, las entidades pertenecientes a la esfera de administración pública en varias ocasiones han formado parte de las unidades ejecutoras, que se constituyen como asociaciones de naturaleza civil, y que comparecen como contraparte del Fondo Italo-Ecuatoriano para la ejecución de proyectos, esta práctica evidencia la evasión del régimen aplicable a las entidades del sector público de conformidad con el Artículo Primero de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

Gobierno local, beneficiarios y una entidad legalmente constituida conforman mediante escritura pública una asociación civil sin fines de lucro, esta es la llamada Unidad Ejecutora que se establece bajo una perspectiva eminentemente civil, que se rige por sus estatutos. La conformación de esta unidad ejecutora es un requerimiento del Fondo de Contravalor para el desembolso de los valores adjudicados para la ejecución del proyecto, lo que se intenta a través de esta exigencia es la destinación de los fondos a una entidad totalmente independiente de los sujetos que la conforman pero que al mismo tiempo cuente con la participación de los mismos para la realización de un objetivo común.

El Fondo de Contravalor, no revisa los procesos de utilización de los recursos asignados, sino solamente el cumplimiento del cronograma de

desembolsos y destinación de los fondos. Por ejemplo, a pesar del requerimiento de conformación de unidades ejecutoras, no se solicita que sea únicamente a través de su Registro Único de Contribuyentes que se realicen los procesos de contratación, en virtud de aquello se han utilizado tanto los Registros tanto de las asociaciones como de las entidades públicas generando serias interrogantes en relación con la forma en que se desembolsan los recursos y a dónde efectivamente son transferidos.

El manejo práctico que se da a las unidades ejecutoras y la liberalidad con la que se someten o no al régimen de contratación pública da cuenta de las importantes fallas a nivel jurídico que es posible observar en la estructuración del Fondo Italo-Ecuatoriano y de su funcionamiento.

Las unidades ejecutoras no pueden considerarse estrictamente en el ámbito civil o mercantil, no tienen una composición que se encuadre en los parámetros normativos establecidos por nuestra legislación, pero genera consecuencias tributarias de gran relevancia que nos remiten al análisis de la estructura inicial, El Fondo de Contravalor, que es el que genera su nacimiento.

Es posible hacer una asimilación de las unidades ejecutoras con la figura del establecimiento permanente, estudiada por el autor César Montaña Galarza que ha señalado: “Siendo congruentes con lo que anotamos, hay que traer a colación al menos en esta parte uno de los asuntos que mayores dilemas ocasiona a los fiscos nacionales. Se trata de los grupos de sociedades como formas singulares de organización empresarial, para expandir espacialmente y con un afán exclusivamente económico sus actividades, usualmente con la utilización de establecimientos permanentes”¹⁰⁶

La figura del establecimiento permanente se basa en la idea de ubicar un ente, que es objeto de obligación tributaria, en un lugar y bajo una normativa específica. Las unidades ejecutoras, como ya se ha dicho, no tienen un esquema mercantil o civil determinado; sin embargo, generan importantes obligaciones de carácter tributario, de ahí la identificación de régimen que tienen sus funcionarios

¹⁰⁶ C. MONTAÑO GALARZA. Derecho Tributario Internacional – El establecimiento permanente. Editorial Temis S.A. Impreso en Bogotá, 2004. Pp. 2.

en relación con el Registro Único de Contribuyentes no solo para las unidades ejecutoras sino para el Fondo de Contravalor como tal.

Finalmente creo importante citar el texto del autor que hace referencia a los orígenes de los establecimientos permanentes, de esta forma será factible observar cómo es asimilable la figura que cumplen de hecho estas unidades ejecutoras: “Por el año 1885 las leyes tributarias de Prusia recogieron el concepto de establecimiento permanente, que comprendía: las agencias; los lugares de dirección; las sucursales y los lugares de venta de bienes, adquiriendo carácter más general y comprensivo con el paso de los años. Poco a poco, esta noción se configuró como criterio de determinación de la competencia de una específica autoridad administrativa tributaria para gravar la realización de una actividad económica llevada a cabo por una persona o entidad extranjera, primero en el fuero interno, más adelante, como criterio internacional de determinación de la competencia tributaria estatal”¹⁰⁷.

3.5. Repercusiones en el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.

El Acuerdo de Conversión de Deuda en Proyectos de Desarrollo firmado entre Italia y el Ecuador, consta solamente de 5 Artículos, que establecen disposiciones generales respecto del proceso de reestructuración y conversión de la deuda derivada de los *Credit di Aiuto* o Créditos ODA (Asistencia Oficial para el Desarrollo), en proyectos de desarrollo. El Artículo 3 de la Ley de Contratación Pública, refiriéndose puntualmente a este tipo de Acuerdos escribe:

“Contratos Financiados con Préstamos y Cooperación Internacional.- En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos

¹⁰⁷ IBÍDEM, Pp. 7

internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley”.

En concordancia con el texto de la Ley, todo aquello que no hubiere sido dispuesto en el Acuerdo de Canje, o que pudiere entenderse como un desarrollo del mismo a través de su Reglamento deberá sujetarse a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; sin embargo, la compleja estructura establecida por el Manual de Procedimientos del Fondo determina una forma de asignación y fiscalización de recursos que no establece concordancia con la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.

En el caso del Fondo Italo-Ecuatoriano, se han planteado disposiciones generales tanto en el Acuerdo de Conversión como en el Reglamento de Implementación, relacionadas con la asignación y fiscalización de los recursos. Sin embargo, es a través del Manual Operativo del fondo, que se prevén requisitos y procedimientos no concordantes con el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.

La falta de normas claras, e incluso los vacíos legales observados en el Acuerdo Bilateral de Conversión de Deuda Externa, invocan la complementariedad del Derecho Público del Ecuador, plasmada de modo particular en el Artículo 3 del Sistema Nacional de Contratación Pública, parecería que la norma, de modo tácito, establece una calificación respecto de la naturaleza de los recursos derivados de la conversión de deuda externa, como recursos públicos sujetos, sino al control, a los procesos de contratación del Derecho Público Ecuatoriano.

El Comité Directivo de las Unidades Ejecutoras está siempre integrado por un gobierno local o provincial, esta persona jurídica de derecho público, tiene como funciones: El seguimiento para la correcta ejecución del proyecto, conocer y aprobar informes técnicos y presupuestarios, aprobar los términos de referencia y las contrataciones de personal administrativo, entre otros. En su calidad de entes públicos y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1 de la Ley del Sistema

Nacional de Contratación Pública, todas sus actuaciones deberían someterse a las normas y principios pertinentes en derecho público.

La calificación de las Unidades Ejecutoras es ciertamente compleja, pero su incursión en el Sistema de Contratación Pública, en virtud de los sujetos involucrados, es posible. Incluso pese a la calificación de la naturaleza de los recursos como públicos o privados.

Una alternativa para la ejecución de los acuerdos de canje de deuda podría ser la constitución de fondos fiduciarios, cuyo régimen es bastante específico en nuestra legislación y que como ha escrito ROBERTO DROMI¹⁰⁸, son un *“instrumento para desplegar las políticas públicas de reconversión empresarial y económica (...) básicamente consisten en que el Estado, actuando como fideicomitente (o fiduciante), destina una masa de recursos transfiriéndola mediante un fideicomiso a una entidad financiera (fiduciario) para que sean proporcionados a los beneficiarios para aplicar a la finalidad que en cada caso se establezca”*.

CONCLUSIONES

Naturaleza Jurídica de los Fondos de Contravalor.

1. Los Fondos de Contravalor, son patrimonios derivados del proceso de canje o conversión de deuda externa gestionada a través del Club de París. En tal virtud, este patrimonio, remite su creación y funcionamiento a las normas y principios de derecho internacional correspondientes a su naturaleza y creación, entre las que se menciona de modo concreto: Las reglas y principios del Club de París, las Minutas de Acuerdo, y el Acuerdo Bilateral de Conversión de Deuda firmado entre Acreedor y Deudor.

¹⁰⁸ R. DROMI. *Derecho Administrativo*. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Impreso en Buenos Aires, 2004. P. 1033.

2. Las personas jurídicas constituidas a partir del patrimonio que integra a los fondos de contravalor, pueden adoptar una forma jurídica en concordancia con las disposiciones del acuerdo de canje o conversión de deuda firmado por los Estados; sin embargo, a través de esta investigación ha quedado demostrado que la calificación jurídica óptima para este tipo de patrimonio, en virtud de su naturaleza y objetivos, es la creación de personas jurídicas sujetas a los principios del derecho internacional privado, ya que a través de ellos será posible, con base en los puntos de conexión y en vista de la pluralidad de legislaciones existentes, determinar el régimen jurídico adecuado para los actos y contratos derivados del fondo.

3. Independientemente de la forma que se otorgue al patrimonio generado por la conversión de deuda, la determinación del régimen jurídico aplicable estará dada por el esquema adoptado por los Estados para la conversión de deuda. Si la transferencia del Estado deudor se hace a título de pago, como una transferencia de dominio, claramente los recursos pasan a la órbita del derecho público del acreedor, quien por el acuerdo de canje se compromete a depositar estos recursos en el fondo de contravalor. En este punto los recursos salen del ámbito de competencias del deudor y se insertan en un marco distinto definido por el acuerdo de conversión de deuda. En el caso de que se produzca una novación de obligaciones, es decir, que el desembolso que hace el deudor, no configure una transferencia de dominio sino que se vincule a la asignación de fondos y la ejecución de proyectos como objetivo final, en este caso los recursos siguen hasta su entrega final, en la órbita de competencias y por lo tanto, derecho público del deudor, para el que se configurará la transferencia de dominio solamente con la entrega de los recursos para el desarrollo de proyectos.

4. Los acuerdos de conversión de deuda pueden ejecutarse tanto en la órbita y jurisdicción del Estado deudor, como en el ámbito puramente del derecho internacional, la realización de una u otra hipótesis estará dada por el destino de los recursos y el establecimiento del fondo de contravalor como una cuenta en el territorio del Estado deudor, o en la órbita internacional.

Naturaleza de los recursos de integran al Fondo.

5. ¿Cuándo un recursos público deja de ser público? El Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado define a los recursos públicos y el control Estatal al que se encuentran sujetos, independientemente del sujeto que se encargue de su manejo. La determinación del egreso en el proceso de canje o conversión de deuda, estará dada por el procedimiento determinado por los Estados para la conversión, ya sea como pago o novación de obligaciones: El pago de obligaciones, marca no sólo el egreso de los recursos de las arcas del Estado ecuatoriano, sino su inserción en el ordenamiento jurídico del acreedor, quien inmediatamente se convierte en propietario de los mismos. En el caso de la novación, el egreso de los recursos no implica una transferencia de dominio sino que vincula el ordenamiento jurídico ecuatoriano hasta la entrega de los recursos para la ejecución de proyectos.

6. En el proceso de conversión de deuda, la calificación de la naturaleza de los recursos que integran al fondo está determinada por el momento del proceso de conversión en el que se produzca el análisis. Se puede concluir, sin embargo, que el proceso de conversión de deuda se desarrolla sobre la base de un patrimonio que se adeuda a otro Estado. En principio este patrimonio es público, forma parte de los créditos debidos por el Estado y egresa de las partidas presupuestarias reguladas y circunscritas al derecho público del Ecuador. El patrimonio que origina el fondo, parte de esta calificación pública, y se mantiene dentro de ese mismo ámbito a no ser que se disponga otra cosa en el Acuerdo Bilateral de Canje, única normativa habilitada para establecer una forma o un régimen jurídico específico sobre el patrimonio resultante de la conversión.

7. Determinar la propiedad, naturaleza y régimen jurídico aplicable de los recursos que componen los fondos de contravalor, ha sido esencial para este trabajo. A través de esta calificación ha sido posible verificar las repercusiones que tiene el proceso de canje en el esquema jurídico del Ecuador, así como el régimen jurídico aplicable a las actuaciones del fondo no contempladas a través del Acuerdo. Es necesario recordar que la responsabilidad por el pago, manejo y

asignación de recursos, en el caso de la novación, recae sobre el Estado Ecuatoriano de modo permanente. En tal virtud, los fondos son administrados y fiscalizados por el Estado dentro de la estructura convenida en el Acuerdo y a través de sus funcionarios públicos, por lo que de modo complementario se aplican las disposiciones del derecho público tanto respecto de los sujetos como respecto del patrimonio.

8. La forma que se otorga al patrimonio es capaz de determinar el régimen jurídico aplicable, la naturaleza y forma que deberán adoptar los actos y contratos derivados de este nuevo ente.

El Caso del Fondo Italo – Ecuatoriano

9. Como se ha reiterado en varias ocasiones, el Fondo de Contraparte Italo-Ecuatoriano nace como un patrimonio cuya propiedad, responsabilidad y manejo recae sobre los Estados deudor y acreedor, de conformidad con las disposiciones suscritas a través del Acuerdo Bilateral de Conversión de Deuda. Los recursos que integran este patrimonio se remiten originalmente al derecho internacional, en virtud de su origen, destinación y de los sujetos que se encargan de su gestión.

10. En cuanto se refiere al patrimonio del fondo Italo-Ecuatoriano, el proceso seguido en este caso fue el depósito de los recursos de deuda en una cuenta gestionada por la Embajada de Italia en Quito, con lo que los recursos ingresaron a la órbita del régimen jurídico italiano. Una vez que dichos recursos son depositados en el fondo de contravalor, los recursos adoptan una naturaleza privada, fundamentalmente por dos razones: La voluntad de los Estados manifiesta a través del reglamento de implementación de conversión; y el egreso de los recursos tanto de las arcas del deudor como de las arcas del acreedor, lo que se configura en un egreso legal, una transferencia de dominio, que termina con la naturaleza pública de los recursos para remitirla a la de su ente receptor; en este caso el Fondo Italo-Ecuatoriano, concebido como una persona jurídica de derecho privado sujeta a los principios del derecho internacional, en tal virtud,

serán estos los encargados de determinar la naturaleza de sus actos y contratos y la naturaleza de sus recursos.

11. La asignación de recursos, solamente a través de Unidades o Instituciones Ejecutoras, excede largamente las competencias que puede tener un fondo o patrimonio, incluso excede las potestades que puede tener un sujeto de derecho público. El proceso a seguirse debió haberse dado de modo directo por los Estados intervinientes a través de sus representantes en el Comité Directivo y el Comité Técnico, de conformidad con las disposiciones del Acuerdo de Conversión. La asignación de los recursos podría haberse dado con el cumplimiento de ciertos requisitos ya sea para entidades públicas como para entidades privadas, y en concordancia con sus ordenamientos jurídicos propios.

12. La solicitud, a través del Manual de Procedimientos, de la creación de Unidades Ejecutoras, o la presumible asimilación de la personería jurídica, a la obtención de un Registro Único de Contribuyentes, da cuenta de la carencia de criterio jurídico sobre los procesos y sobre los requerimientos tanto públicos como privados para los solicitantes, gestores y ejecutores de los recursos asignados.

Repercusiones en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

13. El Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece un vínculo entre los recursos involucrados en el proceso de conversión de deuda al ordenamiento público del Ecuador, sobre todo, en cuanto atiene a los procesos de contratación necesarios para la ejecución del acuerdo bilateral. En el caso de producirse una novación, la competencia en el manejo y establecimiento de procesos está directamente vinculada con el ordenamiento jurídico del deudor, en este caso el del Ecuador, con lo que esta competencia tendrá su término cuando los recursos hayan sido entregados efectivamente para la ejecución de proyectos, es decir, de forma legal a través de la transferencia de dominio.

RECOMENDACIONES

En vista de los vacíos y problemas normativos y de ejecución, encontrados respecto del proceso de conversión de deuda y el establecimiento de los llamados fondos, creo pertinente las siguientes acciones:

1. Los acuerdos de conversión de deuda en proyectos de desarrollo deben prever tanto la propiedad, como la naturaleza de los recursos que integran el fondo. Esta calificación determina el régimen jurídico aplicable tanto para la gestión, uso y fiscalización de los mismos.

2. La estructuración de los fondos de contravalor debe estar sujeta a negociaciones claras. La naturaleza de los recursos debería darse en función de

los objetivos y formas de ejecución planteadas por los Estados que forman parte del acuerdo. No obstante es importante recordar que aunque la voluntad de los Estados es soberana, debe estar sujeta a principios, a las normas locales e internacionales.

3. La inclusión de una norma en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en la que se disponga la responsabilidad de todo funcionario público o privado que esté encargado de la gestión y/o asignación de recursos del canje o conversión de deuda externa. A través de esta norma será posible la imputación clara de responsabilidades por el manejo de recursos públicos en el ámbito específico de reestructuración de deuda a través de canje o conversión.

4. En el caso del Artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la remisión normativa en caso de un acuerdo insuficiente deberían ser nuevamente los Estados constituyentes que deberían resolver la carencia o confusión a través de un adenda al convenio o emitir un pronunciamiento respecto del caso concreto.

5. En el caso de las personas jurídicas de derecho público que reciben fondos de reestructuración de deuda, debería compartirse el ámbito contralor dispuesto por los Estados y por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

6. La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control debería disponer que en cuanto se refiere a los recursos y patrimonios derivados del proceso de canje o conversión de deuda, el régimen jurídico aplicable en virtud de su naturaleza es el derecho público, de modo complementario a las disposiciones contenidas en los Acuerdos de Conversión, adendas y resoluciones emitidas por los Estados en este contexto y de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

7. Lo más importante a ser considerado en los procesos de canje o conversión de deuda será el manejo independiente, la administración imparcial y segura de los recursos involucrados. En este sentido es fundamental apoyarse en normas que regulen los fondos y procedimientos relacionados con los mismos.