

Arbitraje y Contraloría: ¿puede una institución pública excusar su incumplimiento sobre la base de una recomendación de Contraloría?

*Matthías Villavicencio Gomezjurado**

*Recibido/Received: 19/11/2022
Aceptado/Accepted: 05/12/2022*

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. 2. Principios jurídicos involucrados en la discusión. 2.1. Derecho a la defensa frente a las recomendaciones de Contraloría. 2.2. Las recomendaciones de Contraloría como alteraciones al principio de seguridad jurídica. 2.3. Las recomendaciones como un supuesto de fuerza mayor y la unidad estatal de las instituciones públicas. 3. ¿Puede una recomendación de Contraloría alterar un contrato? 4. Precedentes jurisprudenciales y arbitrales que reflejan la práctica ecuatoriana sobre el tema. 4.1. Práctica heterogénea de la justicia ordinaria sobre las recomendaciones de Contraloría como eximentes de responsabilidad. 4.2. Precedentes arbitrales sobre las recomendaciones de Contraloría en temas de jurisdicción y méritos. 5. Conclusiones.

RESUMEN: En el marco de los contratos administrativos ecuatorianos, las instituciones públicas han visto a las recomendaciones de la Contraloría General del Estado como un eximente frente al incumplimiento. Los consideran como órdenes de carácter vinculante que, en el supuesto de configurarse como alteraciones a derechos contractuales, su obligatoriedad les libera de cualquier responsabilidad contractual. La situación se torna más gravosa para la entidad contratista en el sentido que legislación ecuatoriana no tiene un mecanismo como tal para que la contratista pueda hacer

* Abogado Asociado del área de arbitraje y litigios de la firma Robalino Abogados. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito.



frente a las recomendaciones de Contraloría. De ahí se ha dado origen a un sinnúmero de controversias en materia de contratación pública, las cuales son objeto de este ensayo.

PALABRAS CLAVE: Contraloría, recomendaciones de Contraloría, eximentes de responsabilidad.

ABSTRACT: Regarding the Ecuadorian regime for administrative contracts, public institutions have seen the recommendations of the Comptroller Office as an excuse for non-compliance. They consider them as binding orders that, in the event of being configured as breach of contract, their nature releases them from any contractual liability. The situation becomes more burdensome for the contracting entity in the sense that Ecuadorian legislation does not have a mechanism as such for the contractor to deal with the recommendations of the Comptroller. This has given rise to countless controversies in public procurement, which are the subject of this essay.

KEYWORDS: Comptroller's Office, recommendations of Comptroller's Office, liability exceptions.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Contraloría General del Estado (Contraloría) es una institución de derecho público que, a breves rasgos, tiene como objetivo controlar el uso de recursos públicos¹. Se trata de una entidad propia del continente americano, existente, además de en Ecuador, en Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Panamá, Paraguay, Perú, entre otros. Al ser el ente controlador del erario —de ahí su nombre— la Contraloría desenvuelve sus funciones en todo ámbito en el que se desembolsen dineros del estado. Hablamos de los presupuestos de entidades públicas, salarios de funcionarios, inversiones estatales, y, por supuesto, la contratación con privados.

Para efectos del presente ensayo, nos enfocaremos en esto último, es decir, la contratación pública. La Contraloría se desenvuelve en el marco de contratos administrativos a través de auditorías, las cuales

¹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 211, RO No. 449, 20/10/2008.

examinan la negociación, celebración y ejecución de los contratos administrativos². Las auditorías concluyen con un informe general, en el cual se detalla el resultado de la auditoría y las conclusiones del grupo auditor.

Ahora bien, auditar el desarrollo de un contrato es solo la mitad del trabajo. En caso de concluir una irregularidad en el *iter* contractual, la Contraloría no solo identifica el problema, sino que también identifica su solución. Esto lo realiza a través de dos figuras: las recomendaciones y la predeterminación de responsabilidad. La predeterminación de responsabilidad es todo un nuevo proceso administrativo liderado, no por un equipo auditor, sino por la dirección de predeterminación de responsabilidades. En este proceso, las partes involucradas tienen la oportunidad de presentar sus descargos y ejercitar su derecho a la defensa frente a las acusaciones de la Contraloría. En última instancia, incluso podrían demandar la resolución de la Contraloría frente a los jueces contencioso-administrativos. En definitiva, la predeterminación no difiere de cualquier otro procedimiento administrativo.

La institución de la recomendación es otra historia. Su naturaleza *sui generis* no se enmarca en un proceso administrativo ordinario como la predeterminación de responsabilidad, pues no tiene como objetivo imputar de responsabilidad civil o administrativa a las partes contractuales. En principio, la recomendación tiene el fin de que el ente público subsane su conducta a través de medidas concretas sin —supuestamente— alterar derechos. Sin perjuicio de esto, a diferencia de lo que su nombre sugiere, las recomendaciones son obligatorias y de aplicación inmediata³.

Con estos antecedentes planteo el problema jurídico de este ensayo. Las entidades públicas, en seguimiento de las recomendaciones de Contraloría, tienden a ejecutar actuaciones en el marco de los contratos que podrían configurarse como incumplimientos contractuales. En ejercicio de sus facultades exorbitantes, las contratantes tienden a retener pagos, aplicar compensaciones, imponer multas, etc. Cuando

2 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Artículo 18, RO No. 595, 20/06/2002.

3 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Artículo 92. "Las recomendaciones de auditoría [...] deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada".

la contratista reclama tales actuaciones, las entidades esquivan toda alegación de incumplimiento contractual en tanto en cuanto las recomendaciones son de obligatorio cumplimiento, y por lo mismo, su observancia no puede enmarcarse en un supuesto de incumplimiento.

Es así como las recomendaciones de Contraloría son una fuente muy común de controversias en Ecuador. Solo basta recordar los procesos de auditorías que realizó la Contraloría a mediados de 2005 sobre los contratos petroleros, en los que el ente “concluyó que el aumento de los precios del petróleo estaba generando ganancias extraordinarias para las empresas petroleras y que los contratos de participación tenían que ser renegociados”⁴. De ahí que las recomendaciones de Contraloría hayan generado directa o indirectamente el éxodo de la mayoría de las petroleras que operaban en el país, lo que, a su vez, trajo consigo los arbitrajes más icónicos, como Perenco, Burlington, Petrobras, entre otros.

Evidentemente existen argumentos de parte y parte, lo que en consecuencia ha llevado a que los jueces ordinarios no logren unanimidad en sus precedentes. La situación no hace sino agravarse en caso de existir una cláusula arbitral. Si la controversia fuera resuelta en justicia ordinaria, es común que se inicie un juicio paralelo frente a la Contraloría en jurisdicción ordinaria⁵. Sin embargo, si el foro escogido es la sede arbitral, comúnmente la entidad pública se opondrá a que el tribunal resuelva temas relativos a la Contraloría por un tema de jurisdicción. Pues, en efecto, la Contraloría no es parte del contrato, y por ende, de su cláusula arbitral.

Este ensayo investiga los principios de derecho a la defensa frente a las recomendaciones, la seguridad jurídica frente a la alteración de derechos contractuales y la fuerza mayor como causal de extensión de responsabilidad, para finalmente, observar la práctica jurisprudencial y arbitral que se ha desarrollado frente al tema. Finalmente, el ensayo determinará si un tribunal arbitral puede entrar a conocer y resolver las actuaciones provenientes de las recomendaciones de Contraloría, y si tales deberían ser consideradas como eximentes de responsabilidad.

4 Perenco c. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad, párr. 84.

5 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, *SKEC c. Refinería del Pacífico*, Causa No. 17811-2017-00517.

2. PRINCIPIOS JURÍDICOS INVOLUCRADOS EN LA DISCUSIÓN

Las recomendaciones de Contraloría son un acto bastante *sui generis*, distinto a cualquier procedimiento administrativo. De tal manera, cuando las recomendaciones intervienen en relaciones contractuales, se podría configurar la afectación de una serie de principios jurídicos elementales en nuestro sistema. Este capítulo estudia la afectación a derechos contractuales derivada de recomendaciones de Contraloría desde la perspectiva del derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la unidad del estado, así como su capacidad liberadora al ser un hecho de fuerza mayor.

2.1. DERECHO A LA DEFENSA FRENTE A LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA

El derecho a la defensa es la garantía que asiste a todo demandado, imputado o acusado, para articular “la prueba, los alegatos y las impugnaciones necesarias hasta obtener justicia”⁶. Se encuentra reconocido inclusive a nivel constitucional⁷. Generalmente pensamos en el derecho a la defensa en el marco de un juicio, aunque la doctrina amplió este concepto dentro de cualquier trámite que pueda afectar derechos⁸, por lo que tal derecho es aplicable tanto en sede administrativa como judicial⁹. De tal forma, siempre que una parte se le atribuyan responsabilidades, el imputado tiene derecho a presentar sus descargos frente a la autoridad que corresponda.

Dicho esto, no existe un mecanismo de defensa como tal frente a las recomendaciones de Contraloría. La arquitectura legal ecuatoriana está diseñada para que el contratista no tenga ninguna alternativa frente a una recomendación de Contraloría y no existe ningún recurso administrativo ni jurisdiccional que permita al privado ejercer descargos. Vamos a detenernos en el artículo 69 de la

6 L. CUEVA CARRIÓN, *El Debido Proceso*, 2da. Ed., Quito, Editorial Cueva Carrión, 2014; J. PARRA BENÍTEZ, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Temis, 2021, p. 15.

7 Constitución, Artículo 76(7)(a).

8 L. CUEVA CARRIÓN, N. 6.

9 J. PALMA FARFÁN, “Derecho a la defensa en el procedimiento administrativo”, *Revista Científica, Cultura, Comunicación y Desarrollo*, 2021, p. 115.

Ley de la Contraloría General del Estado (Ley de Contraloría): “[n]o podrán, en consecuencia, impugnarse los informes de auditoría, de exámenes especiales, los que consistan en dictámenes o informes que le corresponda emitir de acuerdo con la ley”.

De ahí que las recomendaciones de Contraloría no son susceptibles de impugnación judicial, en tanto se encuentran contenidas en informes de auditoría o exámenes especiales. Seguramente en este punto el lector creará que el sistema de control ecuatoriano es descabellado. Lo cierto es que la lógica para sostener esta prohibición es que, finalmente, quien aplica las recomendaciones de Contraloría son las entidades públicas, y por lo mismo, son estas últimas quienes afectarían los derechos del contratista. Así, en principio, los informes de Contraloría no afectan los derechos de las partes auditadas —o al menos no deberían.

Nada más alejado de la realidad. Las recomendaciones de Contraloría tienen un impacto incuestionable en ejecución contractual en contratos administrativos, pues alteran sustancialmente las relaciones contractuales entre los entes públicos y sus contrapartes. A modo de ejemplo, en el marco de un contrato con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, la Contraloría recomendó:

Al Director General del IESS: dispondrá una vez realizado el cálculo de multas correspondiente, en concordancia con lo establecido en los contratos de emergencia, dispondrá [que] implementen las acciones administrativas y legales respectivas para proceder al cobro de multas a los Contratistas que incurrieron en retrasos injustificados en el caso de las empresas que suscribieron las actas de entrega recepción definitiva y mantengan haberes pendientes; y, en el caso de las empresas que aún tienen facturas pendientes de cobro, se realizará el descuento correspondiente¹⁰.

¿Estamos hablando de una modificación de los derechos del contratista? Evidentemente sí, pues el contratista se vería privado de sus ingresos provenientes de las facturas pendientes de cobro, producto del descuento ordenado por la Contraloría.

¹⁰ Contraloría General del Estado, Informe DADSySS-0064-2016, Recomendación 11.

La jurisprudencia local, aunque no es unánime respecto de las recomendaciones como eximentes de responsabilidad, ha reconocido este injusto con enfoques en el derecho a la defensa. En el caso Técnica General de Construcciones c. Contraloría, el tribunal contencioso administrativo resolvió:

al haberse formulado esa recomendación, se ha impedido que **el actor ejerza su derecho de defensa**, de ser escuchada oportuna y adecuadamente y de presentar los descargos respectivos sobre las apreciaciones del equipo auditor y se le ha establecido una presunta responsabilidad sin observar el trámite propio del referido procedimiento. La orden de descontar valores a la accionante presupone un juzgamiento *a priori*, inmotivado y sin el procedimiento correspondiente al caso, estableciendo una obligación irresistible de orden civil que además por tratarse de un informe vinculante y una recomendación de acatamiento obligatorio para la administración destinataria de dicha disposición y de aplicación inmediata, conforme así lo ordena el Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En el presente caso, conforme se ha analizado, la recomendación formulada en el examen especial, establece indebidamente una responsabilidad civil en contra del actor, vulnerando el ordenamiento legal citado en párrafos anteriores y viciando de fondo la legalidad de tal decisión administrativa¹¹ (énfasis añadido).

El tribunal del caso *en comentario* expone que, en la práctica, es común —aunque no siempre— que la entidad ejecute directamente las recomendaciones sin análisis alguno. La entidad afectará los derechos contractuales de la contratista, y se limitará a justificar sus actuaciones en las recomendaciones de la Contraloría. Aquello infiere que, una alteración a los derechos de la contratista no se encuentra debidamente sostenidos en fundamentos legales y fácticos, sino simplemente en que existe una recomendación de Contraloría; sin importar si esta, a su vez, se encuentra debidamente fundamentada. Si este fuese el caso, ¿en qué momento podría la contratista rebatir los fundamentos de la Contraloría que motivaron sus recomendaciones?

11 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, *Técnica General de Construcciones c. Contraloría*, Causa 17811-2013-14603, párr. 9.

La única situación en la cual la entidad podría hacer valer sus derechos es en caso de que la Contraloría proceda con la predeterminación de responsabilidad o la resolución. Tales actuaciones sí serían impugnables en sede judicial¹². Sin embargo, como se verá de los casos expuestos, la Contraloría no siempre procede a establecer una predeterminación de responsabilidad. Aun cuando esto podría ser visto como una prueba infalible de que no existe responsabilidad en contra de la contratista — pues caso contrario la Contraloría habría proseguido a iniciar un proceso de predeterminación de responsabilidad— agrava aún más su situación, pues no tiene medios de impugnación, a la vez que blindada a la entidad pública con una carta blanca para desconocer sus obligaciones contractuales.

En conclusión, en caso de que la Contraloría se limite a emitir recomendaciones desfavorables al contratista, esta última queda entre la espada y la pared. Por un lado, no puede defenderse en sede arbitral por cuestiones de jurisdicción, y por otro, no puede impugnar en sede judicial por prohibición de ley. Este no puede ser el alcance que deba darse a las recomendaciones de Contraloría, pues de así serlo, se configura una vulneración al derecho a la defensa al no tener oportunidad para realizar el ejercicio a la defensa.

2.2. LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA COMO ALTERACIONES AL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica se refiere al derecho generado “por la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos [...] en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos”¹³. Aquel constituye un derecho fundamental reconocido a nivel legal e incluso a nivel constitucional¹⁴, y prevén que “[l]as administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad”¹⁵. Así, las instituciones públicas

12 Ley de la Contraloría General del Estado, Artículo 69.

13 Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia 045-15*, p. 8.

14 Constitución, Artículo 82.

15 Código Orgánico Administrativo, Artículo 22 (“La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado”).

tienen un deber de observar un estándar de coherencia en su actuar, de tal modo que el estado comprometa cierto nivel de estabilidad.

Dicho esto, las recomendaciones de Contraloría son herramientas indispensables para corregir el actuar futuro de las instituciones públicas y mitigar riesgos futuros. Sin embargo, si las recomendaciones se refieren a hechos pasados, podrían afectar situaciones que han generado derechos sobre los contratistas. De tal forma, la lógica en este argumento radica en que se modifican situaciones que han razonablemente generado una moción de estabilidad, cuya afectación ulterior podría traducirse en una contravención a la seguridad jurídica.

Vamos a ilustrar lo anterior con un ejemplo. En el caso *Gente Oil c. Ecuador*, las partes celebraron un contrato cuya tarifa para la contratista fue de USD 33,50 por barril. De ahí que el pasar del tiempo haya generado una razonable expectativa de que el contrato tendría plena vigencia y que recibiría una tarifa de USD 33,50 por barril por todo el periodo de vigencia del contrato. Si posteriormente la Contraloría determinó que la tarifa estuvo mal negociada y que esta no podría superar el valor de USD 32,45 por barril¹⁶, genera la impresión que las disposiciones contractuales no son seguras ni estables, y que, por más que exista un contrato instrumentado, en cualquier momento puede intervenir la Contraloría y alterar derechos tan esenciales como lo es el precio.

En el caso anterior, ¿está la Contraloría vulnerando el derecho a la seguridad jurídica? Personalmente creo que la respuesta no tiene una respuesta clara ni categórica. Por un lado, no cabe duda de que está alterando el derecho a la tarifa, y por lo mismo, al precio del contrato. Por otro lado, si efectivamente existieron fundamentos plenos de materia para concluir que la tarifa fue mal fijada, se configura un supuesto de erogación de recursos públicos. Si ese fuera el caso, mal podríamos decir que la corrección de una tarifa ilegalmente negociada es contraria a la seguridad jurídica, considerando además que es esta es justamente la atribución constitucional otorgada a la Contraloría.

Por supuesto, la conclusión anterior parte del supuesto de que los criterios de la Contraloría son correctos. En tal sentido, si

¹⁶ Contraloría General del Estado, Informe General DASE-0045-2017, p. 40.

se vulnera o no la seguridad jurídica no depende enteramente de si existe una recomendación encaminada hacia el pasado, sino de que si tal recomendación obedece a criterios de lógica y legalidad. Lo que realmente importa es que exista una instancia donde se pueda poner en cuestión la certeza de las recomendaciones de la Contraloría. Permitir que un foro conozca las recomendaciones es un equilibrio perfecto. Por un lado, se impediría que la Contraloría arbitrariamente reestablezca el alcance de derechos contractuales. Por otro lado, resguardaría las funciones de la Contraloría, pues en ningún contratante puede existir una expectativa de un derecho si fue adquirido con tintes de ilegalidad.

2.3. LAS RECOMENDACIONES COMO UN SUPUESTO DE FUERZA MAYOR Y LA UNIDAD ESTATAL DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

En el sistema civil, existen los eximentes de responsabilidad contractual¹⁷. La fuerza mayor es uno de estos supuestos, en tanto se encuentra recogida en nuestro Código Civil¹⁸. La doctrina los refiere como sucesos que requieren la concurrencia de tres elementos: son imprevistos, son irresistibles y no son atribuibles al deudor¹⁹. Configurados los elementos, la fuerza mayor exime de responsabilidad contractual en favor de la parte que lo alega, de conformidad con el artículo 1574 del Código Civil: “[l]a mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”.

No es posible mencionar todos los supuestos de fuerza mayor en nuestra legislación, pues, justamente, de eso se trata el elemento de imprevisibilidad. Aun así, el Código Civil contiene, de forma ejemplificativa, lo siguiente: “[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, **los actos de autoridad** ejercidos por un funcionario público, etc.” (énfasis añadido).

17 H. PATIÑO, “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho Privado*, 2011, p. 380.

18 Código Civil, RO No. 46, 24/06/2005, Artículo 30.

19 G. ALPA, *La Responsabilidad Civil*, Legales Ediciones, 2016, p. 431.

Los actos de autoridad son tanto un supuesto de fuerza mayor que incluso se encuentran ejemplificados. Naturalmente, esto no pasan por alto a las instituciones públicas, quienes han invocado este supuesto aplicado a las recomendaciones de la Contraloría. En un arbitraje internacional confidencial que siguió una compañía interventora en contra de una municipalidad ecuatoriana, la municipalidad alegó:

el [Municipio] no puede ser responsable contractualmente por el ejercicio por la Contraloría (un tercero) de sus competencias constitucionales. De conformidad con el Derecho ecuatoriano, el [Municipio] se encuentra obligado a cumplir las órdenes de este órgano del Estado ecuatoriano. Tales órdenes pueden resultar – como en el presente caso – en la imposibilidad absoluta y sobreviniente de cumplir una obligación bajo el Contrato, lo que, bajo el Derecho ecuatoriano, constituye fuerza mayor²⁰.

Sin temor a equivocarse, por defecto la orden de una autoridad es un caso de fuerza mayor en las relaciones civiles. Sin embargo, lo anterior puede cuestionarse en el caso específico en que la parte que lo alega se trata de una institución de derecho público. En definitiva, hablamos de dos entidades que pertenecen a la función ejecutiva. Si bien, por principio legal las instituciones públicas se miran con independencia las unas de las otras²¹, no dejan de ser parte del aparato estatal y conformar al ejecutivo.

La aplicación por analogía de la teoría del hecho del príncipe ahonda aún más en el sentido antes indicado. La jurisprudencia colombiana da luces a la teoría del hecho del príncipe en los siguientes términos:

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho [] que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado²².

20 Caso CCI confidencial, Memorial de Contestación.

21 Código Orgánico Administrativo, RO No. 31, 07/07/2017, Artículo 46 (“La administración pública central, las personas jurídicas de derecho público creados por la Constitución y la ley y las empresas públicas, tienen personalidad jurídica en sus actos, contratos y demás relaciones sujetas al derecho interno”).

22 Consejo de Estado de Colombia, *Sentencia No. 6353*, sec. 3.

La subsunción al caso de estudio no es perfecta. Pues, la teoría del hecho del príncipe requiere que las medidas del estado sean de carácter general, mientras que las recomendaciones de Contraloría están dirigidas a un contrato en particular. No obstante, la filosofía que fundamenta la teoría del hecho del príncipe es que la contratista es responsable por un desequilibrio financiero del contrato, si tal desequilibrio proviene “de cualquier órgano del estado”. Lo anterior puede servir como herramienta para desvirtuar las recomendaciones como supuesto de fuerza mayor. Si bien la orden de autoridad proviene de un tercero (Contraloría), tanto la contratante como la Contraloría son órganos del estado, y si tales órdenes generaron un perjuicio patrimonial, la contratante adquiere la obligación de reequilibrar la economía del contrato.

Si sostenemos una completa independencia entre los entes que conforman el estado, se llega al absurdo que cualquier entidad tercera que intervenga indirectamente en el contrato podría ser también visto como eximente de responsabilidad. Un ejemplo burdo sería exonerar de responsabilidad a una contratante por falta de pago, sobre la base que el Ministerio de Economía y Finanzas no ha gestionado a tiempo el trámite para los pagos. Es una gran problemática, pues en muchas ocasiones intervienen varias instituciones del estado en la ejecución de un solo contrato, y si la deficiencia de una sola institución es suficiente eximente, los contratos administrativos verían entorpecida su eficacia.

A mayor abundamiento, pongo en duda que realmente se trate de una situación imposible de resistir. Adelantando el criterio que se expondrá a continuación, las instituciones públicas no han entendido las implicaciones de las recomendaciones de Contraloría. Las instituciones auditadas tienen una obligación sí, pero de dar seguimiento a las recomendaciones. En tal sentido, si existe una recomendación, la entidad auditada debe iniciar una investigación interna sobre la base de las conclusiones en el informe de Contraloría. Una vez cumplido este paso, la entidad podría, ya sea concluir que en efecto las conclusiones de la Contraloría eran acertadas; o también podría concluir que tales conclusiones eran incorrectas. En ambos casos es obligación de la entidad dar seguimiento a las recomendaciones, mas en este último supuesto, la entidad se debe limitar únicamente a

informar a la Contraloría que, después de dar seguimiento, concluye que las conclusiones eran erradas. Por ende, si adoptamos esta postura, la aplicación de las recomendaciones no son un tema necesariamente irresistible, sino que dependen del seguimiento y conclusiones a las que lleguen la propia entidad auditada.

En conclusión, los actos de autoridad como supuesto de fuerza mayor son cuestionablemente aplicables en el marco de un contrato administrativo. Si el principio dictamina que la contratante es responsable por las actuaciones de otras carteras de estado, consecuentemente, el acto de autoridad no exime de responsabilidad contractual.

3. ¿PUEDE UNA RECOMENDACIÓN DE CONTRALORÍA ALTERAR UN CONTRATO?

Existe un punto que quedó bastante claro de los tres principios antes examinados: la Contraloría afecta principios fundamentales al alterar contratos administrativos. Al momento que el ente de control mete mano en las relaciones contractuales a través de recomendaciones, se ven vulnerados los derechos antes estudiados, principalmente la seguridad jurídica y el derecho a la defensa. Este capítulo estudia el alcance que la ley otorga a las recomendaciones de Contraloría como medida de corrección, así como la factibilidad legal para alterar los contratos.

No existe, al menos en la ley, una clara definición de las recomendaciones de Contraloría. Una normativa que identifique claramente el concepto, alcance, fines y límites de las recomendaciones brilla por su ausencia. De tal forma, en aras de brindar sosiego sobre este punto, es menester reconstruir su contexto con varios fragmentos que se encuentran esparcidos en la legislación.

Primero, el artículo 18 de la Ley de Contraloría hace referencia a las auditorías, que naturalmente devienen en recomendaciones. En su tercer párrafo, está contenido un límite:

La auditoría gubernamental, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio

de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando estas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares.

El alcance de la norma *ejusdem* no es del todo clara, pero es posible inferir dos términos de su texto: (i) no es posible la modificación de actuaciones ya consumadas, y (ii) una vez que se ha definido una situación determinada al particular, no pueden ser alteradas por una auditoría ulterior. La norma, si bien se refiere a las auditorías, es plenamente aplicable a las recomendaciones, en tanto en cuanto son estas últimas la única sección de las auditorías que tiene efecto obligatorio.

Segundo, el artículo 28 del Reglamento de la Ley de Contraloría General del Estado (Reglamento de la Ley de Contraloría) determina que las instituciones deben dar seguimiento a las recomendaciones, lo que contará, a su vez, con la supervisión de la Contraloría²³. En este sentido, el seguimiento de recomendaciones no compromete a la entidad auditada a directamente aplicar las recomendaciones, sino que implica un ejercicio de investigación, acompañado por la Contraloría, en aras de determinar la existencia de erogaciones indicadas por los indicios contenidos en los informes de Contraloría. Una vez cumplido este paso, la entidad podría, ya sea concluir que en efecto las conclusiones de la Contraloría eran acertadas; o también podría concluir que tales conclusiones eran incorrectas. En ambos casos es obligación de la entidad dar seguimiento a las recomendaciones, más en este último supuesto la entidad se debe limitar únicamente a informar a la Contraloría que, después de dar seguimiento, concluye que las conclusiones eran erradas.

Tercero, el artículo 53 del Reglamento de la Ley de Contraloría establece que, si bien la Contraloría —valga la redundancia— tiene como principal atribución el control, también tiene como finalidad la asesoría de los entes públicos. La norma le otorga la prerrogativa para “[l]a capacitación en las áreas de competencia de la Contraloría General; la asesoría para la aplicación de las recomendaciones que constan en los informes de auditoría [] el apoyo y la asistencia técnica

²³ Reglamento de la Ley de Contraloría General del Estado, RO No. 119, 07/07/2003, Artículo 28.

para las entidades y organismos que controla”²⁴. El hecho que los informes de auditoría tengan como parte de sus finalidades la asesoría a los entes controlados es sintomático de que las recomendaciones no son una determinación plena y exacta de una erogación, sino la existencia de un indicio sobre lo anterior, que podría ser o no ser cierto; y que como finalidad de recomendación es asesorar a la entidad para enmendar y hacer más eficiente el funcionamiento de instituciones públicas a futuro.

Finalmente, no existe ninguna disposición que faculte a las recomendaciones a alterar situaciones contractuales o afectar los derechos de la contratista. En ninguno de los 38 supuestos del artículo 31 de la Ley de Contraloría —que enlista las funciones y atribuciones de la Contraloría— consta la modificación de derechos y obligaciones contractuales. Lo que sí está contemplado en la ley en demasía es el proceso de predeterminación de responsabilidades²⁵. Si realmente existiese un supuesto de erogación de recursos públicos, aquella sería la única forma de hacer responsable a una contratista y modificar sus derechos.

Adelantando el análisis que se verá posteriormente, estas inferencias son armónicas con los precedentes arbitrales y jurisprudenciales. Según tales, “el ámbito de atribuciones del ente de control no comprende la potestad de resolver conflictos contractuales sino la de fiscalizar y controlar recursos y bienes públicos”²⁶, y también “[n]o está previsto ni facultado que a través de las recomendaciones se genere una expresión de voluntad con efectos jurídicos y materiales, directos e in-mediatos en los administrados”²⁷. Independientemente de la práctica que ha dado la Contraloría a sus recomendaciones, parece existir un fuerte fundamento que limite la capacidad modificadora de las recomendaciones de Contraloría.

En conclusión, existe una diferencia entre el ser y el deber ser, dentro de la práctica ecuatoriana. Existen varios indicios en fragmentos legales que parecen indicar que la Contraloría no debería alterar

24 Ídem., Artículo 53.

25 Ley de Contraloría General del Estado, Artículo 31(6).

26 *Consortio Hidrojubones c. Celec*, Caso CCPA 04-2019, Laudo, párr. 178.

27 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, *Técnica General de Construcciones c. Contraloría*, Causa 17811-2013-14603, párr. 5.

situaciones contractuales. Ciertamente es que, en ejercicio de su prerrogativa como controlador, parte de los deberes de la Contraloría es verificar el uso de dineros públicos en el marco de un contrato, y de encontrar una erogación injustificada, proponer una alternativa a futuro. ¿Qué sucede, entonces, si la única forma de corregir la erogación es a través de la alteración de derechos contractuales? La Contraloría siempre tendrá disponible la vía de la predeterminación de responsabilidad.

4. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y ARBITRALES QUE REFLEJAN LA PRÁCTICA ECUATORIANA SOBRE EL TEMA

Hasta este punto, el análisis del tema en controversia ha estado enfocado en la ley y los principios generales del derecho. En este punto del ensayo tornaremos un enfoque menos doctrinal, y nos basaremos en los diversos precedentes que existen en la materia. Este es un análisis aún más importante, pues existen ciertas interrogantes que la doctrina dejó pendiente, principalmente en temas de jurisdicción arbitral, competencia de los tribunales arbitrales y las recomendaciones como méritos de una excepción. El estudio anterior se divide en jurisprudencia de la justicia ordinaria y precedentes arbitrales.

4.1. LA PRÁCTICA HETEROGÉNEA DE LA JUSTICIA ORDINARIA SOBRE LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA COMO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

La práctica jurisprudencial ecuatoriana no es consistente en cuanto a las recomendaciones de Contraloría como eximentes de responsabilidad. Si bien, generalmente la justicia ordinaria tiende a favorecer los intereses de la institución pública, existen también casos en los cuales las recomendaciones no justificaron un incumplimiento contractual. En este capítulo observaremos esta contradicción de posturas a través del análisis de dos precedentes judiciales.

Por un lado, nos remitimos a los precedentes en los cuales la aplicación obligatoria de las recomendaciones de Contraloría compromete el actuar del ente público, liberándolo de las futuras implicaciones de sus actuaciones. En el caso SKEC c. Refinería del Pacífico, el Tribunal Contencioso Administrativo resolvió:

La Refinería del Pacífico Eloy Alfaro RDP, comunicó al Contralor General del Estado, dado que existían planillas pendientes de pago a SKEC Consultores Ecuador S.A., la disposición de que se descuenta la totalidad [] establecidas por el Ente de Control que alcanzan a USD 29.521.956.00; hecho que a no dudarlo, tenía que efectuarse, tanto por lo dispuesto en el artículo 92 de la LOCGE que exige de las instituciones y sus servidores la aplicación inmediata y obligatoria de sus recomendaciones²⁸.

El caso estudiado refleja plenamente esta primera postura e incluso un paso más allá. Como puede observarse, los juzgadores nunca entraron a conocer los méritos que hayan justificado las conclusiones de la Contraloría. De tal forma, es común que baste la existencia de una recomendación de Contraloría para derrumbar la teoría del caso del contratista, independiente del raciocinio que fundamenta la recomendación.

Por otro lado, nos remitiremos a precedentes en los cuales ha sucedido lo contrario: jueces que no han tolerado el incumplimiento de la institución pública, incluso ante la existencia de una recomendación. Hablamos de la sentencia referida en párrafos anteriores, correspondiente al caso Técnica General de Construcciones c. Contraloría. En un pasaje de la sentencia, el tribunal entendió:

“Ahora bien, si el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que las recomendaciones que se realizan y que constan de los informes finales de resultados del control público son de acatamiento obligatorio e inmediato para la administración; y tienen fuerza jurídica vinculante para esta. No está previsto ni facultado que a través de las recomendaciones se genere una expresión de voluntad con efectos jurídicos y materiales, directos e inmediatos en los administrados, pues las recomendaciones no pueden emitirse para estos, ya que están destinados a las instituciones del Estado y a sus servidores”²⁹.

El criterio del tribunal contiene una clara limitación a las recomendaciones de la Contraloría, en el sentido que se deben

28 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, *SKEC c. Refinería del Pacífico*, Causa No. 17811-2017-00517, párr. 8.

29 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, *Técnica General de Construcciones c. Contraloría*, Causa 17811-2013-14603, párr. 6.

limitar únicamente a las entidades públicas. La conclusión de este precedente es armónica con lo concluido en líneas anteriores. En el capítulo 3, quedó claro que las recomendaciones no pueden afectar directamente los derechos de contratistas. El deber ser consiste en que las recomendaciones no pueden ordenar alterar los derechos contractuales de un tercero.

En efecto, la práctica superficialmente sigue esta regla, pues las recomendaciones siempre están direccionadas a los entes públicos. Sin embargo, el contenido de estas está redactado de tal manera que alteren derechos contractuales, y por lo mismo, se destinan a los contratistas.

Vamos a ilustrar lo anterior con el contrato celebrado con el IESS, la Contraloría recomendó al Director General del IESS imponer una multa y descontar pagos a la contratista³⁰. Sobre la base de la obligatoriedad de las conclusiones de Contraloría, el IESS está en la obligación de atenderlas. Este supuesto es bastante problemático, ya que la recomendación no está dirigida hacia el futuro ni requiere una enmienda en la conducta interna del IESS. Por el contrario, la recomendación es extremadamente clara, en la medida que requiere una acción en concreto: multar y descontar los pagos debidos de contratistas. Sin ningún temor a equivocarse, si bien la recomendación está dirigida al IESS, incuestionablemente involucra una afectación directa a los derechos de la contratista.

Si este proceso hubiese sido ventilado por el tribunal de SKEC, indiscutiblemente el IESS habría sido liberado de toda responsabilidad. Por otro lado, si el proceso hubiese sido puesto en conocimiento del tribunal de Técnica General de Construcciones, se habría concluido que las recomendaciones de Contraloría son ilegales, pues implican una directa afectación a derechos contractuales.

En conclusión, la práctica jurisprudencial no es unánime. Puntualmente, los dos casos investigados difieren el uno del otro

³⁰ Contraloría General del Estado, Informe DADSySS-0064-2016, Recomendación 11. “Dispondrá una vez realizado el cálculo de multas correspondiente, en concordancia con lo establecido en los contratos de emergencia, dispondrá [que] implementen las acciones administrativas y legales respectivas para proceder al cobro de multas a los Contratistas que incurrieron en retrasos injustificados en el caso de las empresas que suscribieron las actas de entrega recepción definitiva y mantengan haberes pendientes; y, en el caso de las empresas que aún tienen facturas pendientes de cobro, se realizará el descuento correspondiente”.

de forma sustancial. Por un lado, en el caso SKEC, el tribunal no dio atención a los méritos de la recomendación. Bastó que exista una recomendación para eximir de responsabilidad a Refinería del Pacífico. Por el otro lado, en el caso de Técnica General de Construcciones, el tribunal estableció que las recomendaciones no podrían afectar los derechos de terceros y declaró ilegal la recomendación de la Contraloría.

4.2. LOS PRECEDENTES ARBITRALES SOBRE LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA EN TEMAS DE JURISDICCIÓN Y MÉRITOS

Del acápite anterior quedó claro que la jurisprudencia se encuentra polarizada en el tema de estudio. De tal forma, el desempate dependerá de la práctica arbitral ecuatoriana. Existen varios precedentes arbitrales, tanto nacionales como internacionales, que se topan con el inconveniente de las recomendaciones. Justamente, en todos los casos que se expondrán a continuación tienen dos factores en común: un contratista que demanda un incumplimiento contractual y una institución pública que se excepciona sobre la base de una recomendación. Sin embargo, los árbitros han tomado una óptica distinta a sus pares judiciales. A continuación, consta un análisis sobre (i) la jurisdicción de los tribunales arbitrales para conocer recomendaciones de Contraloría (ii) la capacidad de los árbitros de entrar y resolver los méritos de las tales recomendaciones y su entendimiento como eximentes de responsabilidad.

JURISDICCIÓN: ¿TIENE UN TRIBUNAL ARBITRAL JURISDICCIÓN PARA CONOCER UNA RECOMENDACIÓN DE CONTRALORÍA?

Independientemente de que se puedan someter a jurisdicción las actuaciones de la Contraloría, aplicar lo anterior por analogía al arbitraje es otro tema. No existe mucho desarrollo de la arbitrabilidad de las recomendaciones de Contraloría como un tema meramente de jurisdicción. Ciertamente la Contraloría no puede ser parte de un arbitraje, pues no es parte contractual. En el arbitraje confidencial 2007-021-CAM, la demandante presentó como pretensión que ordene a la Contraloría retirarla del registro de contratistas incum-

plidos. En su declaratoria de competencia parcial, “el Tribunal se declaró incompetente para conocer de esta pretensión por no ser la Contraloría parte de este arbitraje”³¹.

Ante la ausencia de precedentes en el tema, la respuesta a la interrogante del caso podría ser resuelto con una visión más general: la arbitrabilidad de los actos administrativos. En el Ecuador era materia de debate si los actos administrativos contractuales, tales como las multas, caducidad o terminación, son materia arbitrable. Finalmente, la publicación en 2021 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación puso fin a esta contienda, ratificando la posibilidad de arbitrar actos administrativos independientemente de qué institución los haya emitido³².

Aunque la discusión esté zanjada, es posible abordar la vieja disyuntiva sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos para buscar un símil con las recomendaciones de Contraloría. Tiene sentido, pues, en efecto, la jurisprudencia considera a las recomendaciones como un genuino acto administrativo³³.

En el Ecuador, el profesor Juan Pablo Aguilar realizó una investigación al respecto. De su análisis se desprende que existían tres tesis que abordan el tema de diferente forma: (i) prohibición total de arbitrar actos administrativos, (ii) posibilidad de arbitrar únicamente los actos administrativos contractuales, y (iii) posibilidad de arbitrar los efectos patrimoniales de un acto administrativo. Nos enfocaremos en esta última. Según el autor, “la imposibilidad de cuestionar la validez de los actos administrativos en sede arbitral, no implica que no sean arbitrables ‘los efectos dañosos’ que esos actos producen a los particulares”³⁴. En la misma línea, Bullard sostiene:

31 Arbitraje confidencial, Caso AMCHAM 2007-021-CAM, Laudo, p. 34, <<https://bit.ly/3uswqb2>>

32 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 524, 26/08/2021, Artículo 4(3). “Si el Estado o una entidad del sector público hubiese pactado arbitraje, los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica sometida a su conocimiento, incluyendo los actos de terminación, caducidad, o sancionadores expedidos en el marco de la relación jurídico contractual, indistintamente del órgano administrativo que los emita”.

33 *Consorcio Hidrojubones c. Celce*, Caso CCPA 04-2019, Laudo, párr. 178. “Las decisiones de Contraloría que afecten derechos subjetivos de las personas no son firmes en sí mismas ni constituyen sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, porque el ámbito de atribuciones del ente de control no comprende la potestad de resolver conflictos contractuales sino la de fiscalizar y controlar recursos y bienes públicos, mediante actos administrativos ex post”.

34 J.P. AGUILAR, “Arbitrabilidad de los Actos Administrativos”, *Repositorio de la USFQ*, p. 46.

En realidad no se arbitra la validez o eficacia de la decisión regulatoria en sí misma. No es que el arbitraje reemplaza la posibilidad de iniciar un procedimiento contencioso administrativo. Lo que se arbitra son las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) del acto administrativo. Los árbitros van a decidir si el contrato o el tratado fue o no vulnerado por el acto, quebrantando un compromiso del Estado, y cuáles serían las consecuencias de dicha vulneración³⁵.

Esta es la solución híbrida que nos brinda Bullard y Aguilar, que no existe ningún motivo que impida realizar un ejercicio de analogía con el tema *en comento*. Consiste en que, por un lado, un tribunal arbitral no puede resolver sobre la validez, eficacia o legalidad de las recomendaciones de Contraloría; pero por otro, es posible arbitral las consecuencias patrimoniales que han generado tales recomendaciones.

Esto, además, es armónico con el caso *Gente Oil c. Ecuador*. El tribunal, no en resolución de temas jurisdiccionales sino de méritos, entendió que

la Contraloría, la Fiscalía y la Procuraduría no son partes del Contrato. Por eso, sus actos u omisiones solamente pueden ser relevantes para este Arbitraje si, y en la medida en que, hubieran sido consecuencia de actos u omisiones de la parte pública en el Contrato que engendren responsabilidad³⁶.

El tribunal del caso revisado arribó, sobre las actuaciones de la Contraloría, a una conclusión muy similar a la de Bullard. Ambos contienen una clara diferenciación entre temas de jurisdicción y méritos. En temas de jurisdicción, sin temor a equivocarse no se puede pronunciar sobre las actuaciones de la Contraloría, pues esta no es parte del arbitraje. Lo que sí es posible, para efecto de los méritos de la controversia, conocer tales actuaciones si estas originaron directa o indirectamente responsabilidad contractual por parte del ente público.

35 A. BULLARD, citado en C. ZUMÁRRAGA, "Arbitraje sobre potestades públicas en el Derecho Minero ecuatoriano". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 4, 2012, p. 35.

36 *Gente Oil c. Ecuador*, Caso CPA No. 2018-12, Laudo, párr. 1010.

En conclusión, todos los precedentes arbitrales que hemos abordado parecen seguir la misma filosofía. Asimismo, el hecho que la legislación ecuatoriana haya manifiestamente avanzado en una dirección abierta para la arbitrabilidad de los actos administrativos ahonda aún más en el sentido antes mencionado. Es así que las recomendaciones de Contraloría no son un tema que atañe temas relacionados con jurisdicción o competencia del tribunal arbitral. Simplemente no la tiene. Por ende, la capacidad exonerativa de las recomendaciones es un tema que no debe estudiarse en jurisdicción, sino en méritos. De tal forma, el tribunal arbitral está dotado de total capacidad para conocer las consecuencias de las recomendaciones de Contraloría, a efectos de determinar responsabilidades al ente público.

MÉRITOS: ¿HAN ENTENDIDO LOS TRIBUNALES ARBITRALES A LAS RECOMENDACIONES DE CONTRALORÍA COMO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD?

En el subtítulo anterior quedó claro que las recomendaciones de Contraloría no son un tema de competencia, sino de méritos. Ahora que se concluyó sobre la capacidad del tribunal arbitral para conocer los efectos dañosos de las recomendaciones, queda pendiente la interrogante si tales pueden ser vistas como eximentes de responsabilidad. De manera general, los árbitros no conciben *per se* que, por únicamente existir una recomendación de Contraloría, no se pueda revisar el comportamiento del contratante. En el marco del arbitraje CHJ c. CELEC, el tribunal arbitral entendió que:

ni el Art. 211 de la Constitución, ni los Arts. 2, 5, 31 o 92 de la Ley Orgánica [] atribuyen a la Contraloría General del Estado potestades supranormativas o de carácter legislativo [] Más aún, las decisiones administrativas de la Contraloría General del Estado son susceptibles de impugnación y *están sujetas a un control jurisdiccional de legalidad*³⁷ (énfasis añadido).

En otras palabras, este tribunal reconoce un principio fundamental: una decisión de carácter administrativo nunca puede sobreponerse a una de carácter jurisdiccional. En tal sentido, toda resolu-

³⁷ *Consorcio Hidrojubones c. Celec*, Caso CCPA 04-2019, Laudo, párr. 175.

ción administrativa, incluyendo las actuaciones de la Contraloría, están sujetas al control jurisdiccional, independientemente si se trata de justicia ordinaria o arbitral.

Entrando de lleno en tema de méritos, parecería que la mera existencia de una recomendación de Contraloría no justifica en si misma un incumplimiento; sino que, por el contrario, merece la atención del tribunal en el fondo de tales recomendaciones. En el arbitraje *Gente Oil c. Ecuador* analizado anteriormente, el tribunal resolvió:

Por supuesto que si la Demandada, con motivo de la Recomendación o no, hubiera impuesto a la Demandante una reducción de la Tarifa con base en las conclusiones que constan en el Informe General, el Tribunal debería haber concluido que eso había constituido una violación del Contrato, pues los fundamentos de tal Recomendación son inexistentes, erradamente analizados y contrarios al equilibrio económico del Contrato³⁸.

En el caso *Hydrochina c. Celec*, el tribunal realizó un análisis distinto a CHJ, pero que, a la postre, arribaría a la misma conclusión. El tribunal abordó la problemática desde otra perspectiva y se planteó si una recomendación de Contraloría puede ser obligatoria para un juzgador. En su parte pertinente, el tribunal entendió “[e]n el Informe de Examen Especial de la Contraloría General del Estado [] se hace un señalamiento a este respecto y, aunque los pronunciamientos de la Contraloría del Estado no son vinculantes para un juzgador[...].”³⁹. La conclusión, aunque algo diferente, contiene la misma esencia. Las recomendaciones de Contraloría no pueden comprometer ni el comportamiento ni las decisiones que adopte posteriormente un tribunal arbitral.

Volvemos con el caso CHJ c. CELEC, cuyo raciocinio es similar. El tribunal arbitral sí resolvió respecto de las recomendaciones arribadas por la Contraloría. Si bien nunca emitió un pronunciamiento sobre la legalidad o validez de las recomendaciones de la Contraloría, sí resolvió sobre los fundamentos que sirvieron como base para sus recomendaciones. El tribunal entendió que CELEC estaba aplicando

38 *Gente Oil c. Ecuador*, Caso CPA No. 2018-12, Laudo, párr. 1017.

39 *Hydrochina c. Celec*, Caso CCPA No. 099-2019, Laudo, p. 22.

de forma errónea las recomendaciones de Contraloría, lo que en consecuencia desembocó en la determinación de incumplimiento contractual por parte de CELEC identificado por el tribunal.

Finalmente, en el arbitraje Hydrochina c. CELEC, nuevamente el tribunal resolvió sobre los méritos de las recomendaciones de Contraloría.

La apreciación del órgano de control, sin embargo, resulta superficial e inexacta porque si bien es verdad que todo contrato EPC bajo un precio convenido incluye (i) diseño, (ii) equipamiento y suministros necesarios y (iii) construcción de obras civiles también es verdad que bajo este esquema se conviene que la contraprestación sea por un precio fijo preacordado o al menos predeterminable; y es precisamente este último elemento, el del precio fijo o inalterable el que resulta contradicho por previsiones expresas del Contrato materia del conflicto, ratificándose su naturaleza *sui generis*⁴⁰.

Existe un factor común entre todos los precedentes analizados: los tribunales de los cuatro arbitrajes estudiados, en efecto, resolvieron sobre los méritos que fundamentaron la recomendación. De la misma forma, concluyeron que las recomendaciones de Contraloría eran erradas o inaplicables, lo que posteriormente sería identificado como un incumplimiento contractual. Sin temor a equivocarse, la existencia de una recomendación de Contraloría no ha sido entendida como un eximente de responsabilidad por la práctica arbitral.

5. CONCLUSIONES

Las recomendaciones de la Contraloría como eximente de responsabilidad son, por decir lo menos, un tema bastante intrigante. Por un lado, existe poco sosiego sobre su alcance, pero aun así, ha sido la inspiración de icónicos juicios y arbitrajes. Si bien existe tan solo un precedente que entiende la existencia de una recomendación como un eximente, existen al menos seis otros precedentes que declinan esta posición. Los autores también se comprometen con

⁴⁰ Ídem.

esta última opción, por ser esta la que mejor refleja los principios fundamentales del derecho, así como la práctica jurisprudencial y arbitral. Ahondando aún más en el fondo de la presente investigación, llegamos a la conclusión sobre los siguientes puntos:

(i) Las recomendaciones de Contraloría no pueden alterar situaciones ni derechos contractuales. Tanto los fragmentos de la ley como los precedentes son unánimes en que cuando las recomendaciones obligan la modificación de derechos contractuales, se vulneran los derechos de la defensa y seguridad jurídica de la contratista. La forma en la que debería actuar la Contraloría frente a una erogación de recursos públicos es a través de la predeterminación de responsabilidad.

(ii) Los árbitros sí tienen competencia para conocer actuaciones originadas en recomendaciones de Contraloría. Si bien la Contraloría no puede ser parte del arbitraje, un tribunal arbitral no va a resolver sobre la legalidad, validez o eficacia de las recomendaciones. Lo único que va a resolver es sobre los efectos dañosos que tuvieron tales recomendaciones. Por ende, las recomendaciones no son un tema de jurisdicción, sino de méritos.

(iii) Las recomendaciones de Contraloría no sirven como un eximente de responsabilidad per se. De la mano de la conclusión anterior, al momento de resolver sobre los efectos dañosos de una recomendación, su mera existencia no libera de responsabilidad al ente público. Por el contrario, el tribunal arbitral tiene completa discreción para entrar y analizar la motivación de las recomendaciones. De considerar que tales carecían de mérito, el tribunal arbitral está facultado —y lo ha hecho— para declarar la responsabilidad contractual de la entidad contratante.

