

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**La Imposibilidad de Excepcionarse por Mora Ante
una Terminación Unilateral de Contrato
Administrativo en Ecuador**

María Clara Almeida Valdivieso

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Clara Almeida Valdivieso

Código: 00323162

Cédula de identidad: 1723401590

Lugar y Fecha: 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project –in whole or in part– should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**LA IMPOSIBILIDAD DE EXCEPCIONARSE POR MORA ANTE UNA TERMINACIÓN
UNILATERAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EN ECUADOR¹**

**THE IMPOSSIBILITY TO ADDUCE NON-PERFORMANCE AGAINST A UNILATERAL
TERMINATION OF AN ADMINISTRATIVE CONTRACT IN ECUADOR**

María Clara Almeida Valdivieso²
amariaclara@yahoo.com

RESUMEN

La doctrina ha debatido la posibilidad para el contratista de excepcionarse por contrato no cumplido en los contratos administrativos, su sector moderno la defiende por razones de justicia. La legislación ecuatoriana se opone a dicha posibilidad en el mandato del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su remisión al Reglamento, que se convierten en un impedimento para que, ante una terminación unilateral de contrato administrativo, el contratista pueda evitarla argumentando *mora purga la mora* cuando la entidad contratante ha incumplido sus obligaciones económicas y el contratista no ha amortizado todo el anticipo. La prohibición de esa posibilidad, en Ecuador, vulnera preceptos constitucionales como el derecho a la defensa y la no confiscatoriedad, genera enriquecimiento injustificado de la contratante; y, omite cuestiones como la mora del acreedor, todas en perjuicio del contratista. En consecuencia, lo justo será derogar aquellas normas pero, por lo pronto conviene reformar el Reglamento.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública, contratos administrativos, terminación unilateral, excepción de contrato no cumplido.

ABSTRACT

Doctrine has debated the possibility of adducing non-performance against administrative contracts, its modern sector allows it based on justice reasons. Ecuadorian legislation opposes to this possibility in the mandate of article 95 of the Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública and the reference to its Regulation, which become an impediment so that in the event of a unilateral termination of an administrative contract, the contractor cannot avoid it by arguing non-performance when the contracting entity has failed to comply with its economic obligations and the contractor has not amortized the entire down payment. The prohibition of this possibility, in Ecuador, violates constitutional precepts such as the right to defense and non-confiscation, generates unjustified enrichment of the contracting entity, and it omits matters such as the creditor's default, all to the detriment of the contractor. Therefore, the solution is to repeal those rules, but for now it is advisable to reform the Regulation.

KEYWORDS

Administrative contracting, administrative contracts, unilateral termination, exception of non-performance.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Pablo Aguilar Andrade.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación del presente trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 2.1. LA MORA DE LA ENTIDAD CONTRATANTE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 3. MARCO TEÓRICO.- 3.1. CONTRATO ADMINISTRATIVO.- 3.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.- 3.3. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 4.1. CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO, COA.- 4.2. LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, LOSNCP.- 4.2.1. REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 4.3. CÓDIGO CIVIL.- 4.4. DICTÁMENES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.- 4.5. RESOLUCIONES DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 5. DESARROLLO.- 5.1. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN ECUADOR.- 5.2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA PRÁCTICA EN ECUADOR.- 5.2.1. MODELOS DE PLIEGOS DEL SERCOP.- 5.2.2. CONTRATO ADMINISTRATIVO SUSCRITO.- 5.3. PROBLEMAS DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL CUANDO EL ANTICIPO NO SE HA DEVENGADO POR COMPLETO.- 5.3.1. UN EJEMPLO, EL CASO CREC9 VERSUS MINEDUC.- 5.3.2. MORA DEL ACREEDOR.- 5.3.3. ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO.- 5.3.4. VULNERACIÓN A LA PROHIBICIÓN DE CONFISCATORIEDAD.- 5.3.5. VULNERACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA.- 6. CONCLUSIONES.- 7. RECOMENDACIÓN.-

1. Introducción

La terminación unilateral y anticipada de los contratos administrativos por parte de la administración pública, en Ecuador, es una posibilidad otorgada por la ley hace varias décadas. Antes del año 2008, se consagraba la posibilidad para el contratista de plantear la excepción de contrato no cumplido con el fin de impedir una terminación unilateral de contrato administrativo, sin limitaciones.

A partir del 2008, con la promulgación de la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, se estableció, en perjuicio del contratista, un supuesto en el que la excepción no procede, específicamente en el tercer y cuarto inciso del artículo 95 de la LOSNCP en concordancia con su remisión al Reglamento³. De acuerdo con la norma ecuatoriana, cuando no se ha devengado el anticipo en su totalidad o, dicho de otra manera, cuando la entidad contratante considera que el anticipo entregado

³ “Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.” Artículo 95, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [LOSNCP], R.O. Suplemento 395, de 4 de agosto de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 525 de 25 de marzo de 2024.

al contratista no fue amortizado por completo durante la ejecución contractual, el contratista no puede argumentar a su favor la mora de la entidad contratante.

El impedimento establecido en la norma deriva en problemas que afectan al contratista en lo jurídico incluido lo constitucional y lo económico, como son: la omisión de la mora del acreedor; el enriquecimiento injustificado de la entidad contratante; la vulneración al precepto constitucional de prohibición de confiscación; y, la vulneración al derecho a la defensa. Aquellas situaciones contrarias a derecho, consecuentes de la prohibición al contratista de aducir la mora purga la mora para impedir una terminación unilateral, se ilustrarán con el caso China Railway No. 9 Engineering Group CO. LTD, CREC9, versus Ministerio de Educación, MINEDUC, resuelto por la Corte Nacional de Justicia.

Hay una cuestión anterior que se tratará enseguida, y esta es la consideración doctrinaria sobre la posibilidad misma de la excepción de contrato no cumplido en favor del contratista frente a una terminación unilateral de contrato administrativo. Asimismo, se explorarán los conceptos generales necesarios para el desarrollo de este trabajo y las normas jurídicas ecuatorianas aplicables al tema tratado.

2. Estado del Arte

El objetivo de esta sección es observar lo que la doctrina ha desarrollado respecto a la aplicación del principio de la excepción de contrato no cumplido a favor del contratista ante el incumplimiento contractual de la entidad contratante.

2.1. La Mora de la Entidad Contratante en Contratación Pública

Existen varios criterios doctrinarios sobre la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* ante el incumplimiento de un contrato administrativo por parte de la administración pública: algunos se oponen a aquella posibilidad; otros están de acuerdo en que se la emplee en ciertas situaciones; y, hay quienes la aceptan por completo.

Marienhoff explora y resume distintas posturas del debate que no ha sido modificado hasta hoy. Un primer grupo argumenta su postura a partir del concepto de los servicios públicos, pues como estos no deben ser interrumpidos el contratista no puede invocar el principio de la mora purga la mora; sin embargo, esta postura abre una excepcionalidad que consiste en que el contratista sí pudiera aducir mora del contratante si el incumplimiento de la administración, por ejemplo, en el pago, le impide cumplir sus

obligaciones contractuales⁴. Un segundo grupo, este de opositores, razona que, al contratar con la administración, el contratista asumió suplir una necesidad pública, por tanto, debe cumplir sus obligaciones a cabalidad independientemente del incumplimiento de la contratante⁵. Marienhoff se opone a la primera postura presentada porque los contratos administrativos no involucran necesariamente servicios públicos sino fines públicos y, a la segunda postura, por tres motivos: 1. Es contrario al orden jurídico que el beneficio de todos esté correlacionado con el sacrificio de alguien; 2. El incumplimiento del contratista que tiene como precedente el incumplimiento del contratante, le da el derecho al contratista a excusar su incumplimiento; y, 3. En el caso específico del incumplimiento de pago, al contratar, quien se obliga a pagar, debe prever que podrá hacerlo en el tiempo acordado⁶.

Ahora bien, para explicar su propia postura, como antecedente, Marienhoff considera injusto que una parte contractual no cumpla sus obligaciones y aun así pretenda que la otra cumpla las suyas⁷. Entonces, para que el principio de la mora purga la mora pueda ser alegado por el contratista, el incumplimiento de la entidad contratante debe crear una imposibilidad razonable por medio de una situación de hecho que le dificulte cumplir el contrato al contratista⁸. El autor ejemplifica los requisitos de aquella situación que le imposibilita cumplir y le permite al contratista excepcionarse por mora de la administración, con el incumplimiento de pago de la entidad contratante, pues el incumplimiento debe ser atribuido a la contratante; el monto debido debe ser considerable en relación con la naturaleza y valor del objeto del contrato; el tiempo de incumplimiento de la entidad contratante en el pago debe ser más allá de lo tolerable; y, se debe considerar el capital del contratista⁹.

Más recientemente, Dromi plantea que la excepción de contrato no cumplido por las obligaciones incumplidas de la contratante es para el contratista un “[...] instrumento de legítima defensa jurídica [...]”, por tanto, un derecho y, además, un “[...] principio general del Derecho vinculado con la buena fe y lealtad en la ejecución del contrato [...]”¹⁰. Los presupuestos que Dromi aporta para que efectivamente proceda aducir este

⁴ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III-A* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 379.

⁵ *Ibidem*, 379.

⁶ *Ibidem*, 379-380 y 382-383.

⁷ *Ibidem*, 376 y 385.

⁸ *Ibidem*, 384-385.

⁹ *Ibidem*, 385-386.

¹⁰ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004), 552.

principio coinciden en gran medida con los de Marienhoff, para ambos el punto de partida es que el incumplimiento de la contratante impida cumplir al contratista¹¹. En concreto, los requisitos de Dromi para que el contratista pueda aducir mora de la contratante son los enumerados a continuación: 1. Incumplimiento de la contratante, 2. Su falta de intención para cumplir, 3. Relevancia del incumplimiento, y, 4. Que la suspensión de la ejecución y alegación de mora por parte del contratista no afecte a terceros¹².

Queda claro entonces que, para dichas posturas doctrinarias, al tratarse de un contrato administrativo, las reglas aplicables a la terminación de los contratos son distintas a las de los contratos en materia civil, a pesar de que conservan algunos de sus rasgos importantes.

Sin embargo, un sector más reciente de la doctrina considera que la excepción de contrato no cumplido sí es admisible contra la entidad contratante, en todo caso, porque no es justo y por tanto es antijurídico que la contratante exija el cumplimiento al contratista mientras no ha cumplido; esto es contrario al principio de igualdad; y, aparte, el interés de los particulares –contratista– es de interés público¹³. En concordancia con la referida postura, otros autores aciertan en decir que la *exceptio non adimpleti contractus* se apoya en el principio de justicia de la “[...] reciprocidad obligacional [...]” y no es justo que la contratante espere el cumplimiento del contratista cuando está incumplida porque de igual manera, es injusto que el contratista “[...] soporte la carga financiera del contrato, aunque estuviera en condiciones de hacerlo”¹⁴.

Por otro lado, Francisco Poveda, comenta el caso específico del Ecuador, explicando que, cuando el anticipo entregado al contratista está amortizado en su totalidad y la contratante tiene obligaciones pendientes de pago, aplica la norma de “equidad” de la mora purga a la mora que impide a las entidades contratantes dar por terminado un contrato administrativo cuando lo han incumplido y que a su vez evita que las entidades se beneficien por su incumplimiento¹⁵. Pero, la gran incógnita es: ¿Qué ocurre cuando el

¹¹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 552.

¹² *Ibidem*, 553-554.

¹³ Durán, *Derecho Administrativo* (Montevideo: La Ley, 2017), 682-683. Citado por: Gabriel Delpiazzi, “Aplicación de la Excepción de Contrato No Cumplido en los Contratos Administrativos”, *Revista de Derecho* (2024), 128.

¹⁴ Delpiazzi y Ruocco, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración, Tomo I*, 235. Citado por: Gabriel Delpiazzi, “Aplicación de la Excepción de Contrato No Cumplido en los Contratos Administrativos”, 128.

¹⁵ Francisco Poveda, *Instituciones de la Contratación Pública en el Ecuador: Doctrina y Derecho Positivo Tomo III La Administración de los Contratos* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021), 234-235.

anticipo no ha sido amortizado en su totalidad o –todavía más grave– la entidad contratante considera que no lo ha sido?

3. Marco Teórico

En este apartado se desarrollarán los conceptos teóricos generales más relevantes relacionados con el problema jurídico tratado en este trabajo.

3.1. Contrato Administrativo

La doctrina define al contrato administrativo como “[...] toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”¹⁶. Es necesario señalar que este concepto es el recogido por la legislación ecuatoriana en el Código Orgánico Administrativo, COA.

Entendido su significado, cabe distinguir los intereses de las partes en el contrato administrativo. La entidad contratante tiene como finalidad satisfacer una necesidad de interés público y el contratista por otro lado, tiene un interés económico de lucro¹⁷.

3.2. Derechos y Obligaciones de las Partes

En el presente acápite se expondrán, a partir de la doctrina, los derechos y obligaciones más relevantes a efectos de este trabajo, de la entidad contratante y del contratista, que se manifiestan a raíz de la celebración de un contrato administrativo.

La entidad contratante tiene, entre otros más, el derecho –prerrogativa exorbitante– de rescindir o resolver el contrato; en definitiva, tiene autotutela para terminar un contrato administrativo unilateralmente, cuando se cumplen ciertos presupuestos, este derecho a su vez está ligado con otros como la ejecución de las garantías¹⁸.

Tal como tiene sus derechos, la contratante está obligada principalmente al pago del precio conforme lo acordado, manteniendo el equilibrio económico del contrato¹⁹.

¹⁶Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 475.

¹⁷*Ibidem*, 484.

¹⁸Ernesto Jinesta, “Derechos y Obligaciones de la Administración Contratante y del Contratista”, *Fuentes del Derecho Administrativo: tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo* (2010), 4 y 9.

¹⁹Libardo Rodríguez, *El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos* (Bogotá: Editorial Temis, 2012), 141.

En contrapartida al derecho de discrecionalidad que tiene la contratante para terminar un contrato de forma unilateral, el contratista tiene derechos como: debido proceso, defensa, pago de lo ejecutado y resarcimiento de daños y perjuicios²⁰. Otros de sus derechos son la ejecución del contrato, recibir el pago y mantener el equilibrio económico del contrato²¹. Entendido el equilibrio económico de los contratos administrativos como un principio fundado en “[...] la igualdad ante las cargas públicas y la garantía del patrimonio de los particulares; en la justicia contractual y en la conmutatividad del contrato administrativo” en que las prestaciones pactadas por las partes en el contrato deben mantenerse equivalentes hasta su terminación; y, en caso de que dicha equivalencia se quiebre, deberá restablecerse por medio de una compensación para quien fue afectado²².

Igualmente, el contratista tiene obligaciones, siendo la principal el cumplimiento del contrato de la manera en que exactamente fue pactado por las partes²³.

3.3. Excepción de Contrato No Cumplido

La excepción de contrato no cumplido, conocida indistintamente como *exceptio non adimpleti contractus* o por su aforismo “la mora purga la mora”, es un principio general del derecho que aplica en los contratos bilaterales a favor del deudor para permitirle paralizar el cumplimiento de sus obligaciones en caso de que haya incumplimiento de su contraparte o esta no se allane a cumplir²⁴. El fundamento de este principio surge “[...] de la equidad y de la lealtad contractual [...]” porque sería injusto y carece de lógica que una parte deba cumplir sus obligaciones contractuales a pesar de que la otra parte no es recíproca en cumplir las suyas²⁵. La teoría plantea tres requisitos para que proceda la excepción de la mora purga la mora, a continuación, se los expondrá adaptándolos al problema jurídico que trata este trabajo: 1. El contrato debe ser bilateral, 2. La obligación debe ser exigible para ambas partes, y, 3. La parte contra quien se excepcione debe haber incumplido o no haberse allanado a cumplir su obligación²⁶. Respecto al tercer requisito, la doctrina explica que quien aduce la *exceptio non adimpleti*

²⁰ Ernesto Jinesta, “Derechos y Obligaciones de la Administración Contratante y del Contratista”, 4.

²¹ *Ibidem*, 10 y 15.

²² Libardo Rodríguez, *El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos*, 36-37.

²³ *Ibidem*, 141.

²⁴ René Abeliuk, *Las Obligaciones Tomo II* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 201-202.

²⁵ Luis Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 730.

²⁶ *Ibidem*, 732-736.

contractus debe conservar su buena fe, es decir, no podrá aducirla a menos que el incumplimiento sea significativo y de la otra parte²⁷.

4. Marco Normativo

A continuación, se examinarán las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano aplicables al problema jurídico tratado en este trabajo que contemplan la terminación unilateral de los contratos administrativos y la institución de la mora.

4.1. Código Orgánico Administrativo, COA

El COA determina que el contrato administrativo es una de las formas en que la administración pública actúa²⁸. También, lo define como un “[...] acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”²⁹.

4.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP

La LOSNCP es la norma aplicable para los procedimientos de contratación pública y es la que prevé la posibilidad de terminación unilateral y anticipada de los contratos administrativos por parte de la entidad contratante, así como el procedimiento que ha de seguirse con ese objetivo.

La terminación unilateral de los contratos administrativos referidos en la LOSNCP es una posibilidad otorgada a las entidades contratantes que está supeditada a alguna de las circunstancias previstas en el artículo 94 de dicha Ley³⁰. Todas las causales,

²⁷ René Abeliuk, *Las Obligaciones Tomo II*, 203-204.

²⁸ Artículo 89, Código Orgánico Administrativo [COA], R.O. Suplemento 31, de 7 de julio de 2017, reformado por última vez R.O. Suplemento 525 de 25 de marzo de 2024.

²⁹ Artículo 125, COA.

³⁰ “1. Por incumplimiento del contratista; 2. Por quiebra o insolvencia del contratista; 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley; 6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y, 7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.” Artículo 92, LOSNCP.

excepto la última, se refieren al incumplimiento por parte del contratista. Asimismo, como consecuencia de una terminación unilateral, por todas las causales excepto la última, el contratista será declarado incumplido y estará prohibido de contratar con la administración pública por 5 años³¹.

En todo caso, cuando se verifica alguna de aquellas causales y la entidad contratante decide que terminará el contrato, se debe cumplir con el procedimiento previsto en el artículo 95 de la LOSNCP; a continuación, se hará un análisis del procedimiento mencionado.

La entidad contratante debe notificar su intención de terminar unilateralmente el contrato en el término de 10 días previo a hacerlo; dicha notificación incluirá: los informes técnico y económico del cumplimiento de las obligaciones de las partes, la especificación de la causal en que ha incurrido el contratista; y, el aviso de que, si el contratista no enmienda ni justifica su incumplimiento en el tiempo dado, la contratante terminará el contrato unilateralmente³². El contratista debe justificar su incumplimiento o enmendarlo, puesto que, si no lo hace en el término concedido, la máxima autoridad de la entidad contratante emitirá por escrito una resolución de terminación unilateral que se publicará en el portal del Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP³³. Ahora bien, lo más relevante respecto a este tema es que el contratista no puede excepcionar su incumplimiento por la mora de la entidad contratante en sus obligaciones económicas, cuando el anticipo que le fue entregado no está amortizado en su totalidad conforme lo establecido en el Reglamento³⁴. Entonces, en todo caso el contratista podrá alegar la mora de obligaciones económicas de la entidad contratante, salvo cuando el anticipo no esté completamente devengado.

Una vez resuelta la terminación unilateral, la entidad contratante adquiere los siguientes derechos: establecer el avance físico del objeto del contrato; fijar la liquidación financiera y contable; ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y la del anticipo, si se ha pagado este; y, demandar la indemnización por daños y perjuicios³⁵. Por último, con la terminación unilateral de un contrato, la entidad contratante tiene la facultad para contratar directamente y de inmediato la conclusión del objeto contractual³⁶.

³¹ Artículos 19 y 95, LOSNCP.

³² Artículo 95, LOSNCP.

³³ Artículo 95, LOSNCP.

³⁴ Artículo 95, LOSNCP.

³⁵ Artículo 95, LOSNCP.

³⁶ Artículo 95, LOSNCP.

Es importante tener presente lo que la LOSNCP establece sobre el anticipo aparte de la remisión al Reglamento respecto al cálculo de su amortización³⁷. En el artículo denominado “De las cláusulas obligatorias” se dispone que, cuando se pacte un anticipo, en los contratos se estipulará obligatoriamente una cláusula estableciendo un término, no superior a 15 días, en que la entidad contratante deberá pagar el anticipo al contratista³⁸. Por otro lado, respecto a la garantía por anticipo, se establece que, si se pactó anticipo, con el fin de recibirlo, el contratista debe rendir garantías por un valor igual al anticipado³⁹. El valor de la garantía rendida disminuirá proporcionalmente conforme se amortice el anticipo o se reciban provisionalmente obras, bienes o servicios⁴⁰. De igual manera, la LOSNCP prevé que la entidad contratante es la encargada de regular el monto del anticipo dependiendo del tipo de contratación de que se trate⁴¹.

4.2.1. Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La LOSNCP se remite a su Reglamento para determinar cómo será la amortización del anticipo. El Reglamento a la LOSNCP prevé que en los pliegos debe constar: el monto del anticipo que no puede ser mayor al 50% del valor total del contrato, su forma de pago y su uso directo en la ejecución del contrato⁴². El contratista tiene la posibilidad de renunciar por escrito ante la entidad contratante a recibir el monto del anticipo⁴³. En cualquier contratación, antes de la suscripción del contrato, el adjudicatario puede pedir el cambio de la forma de pago del anticipo al 100% en el momento de entrega⁴⁴. Las partes también pueden cambiar la forma de amortización de los pagos durante la ejecución del contrato con una “[...] adenda modificatoria”⁴⁵.

Dicho esto, en el Reglamento se establece que, en los contratos de obras, es una obligación pactar anticipo y que en esos contratos al igual que en los de prestación de

³⁷ Artículo 95, LOSNCP.

³⁸ Artículo 71, LOSNCP.

³⁹ Artículo 75, LOSNCP.

⁴⁰ Artículo 75, LOSNCP.

⁴¹ Artículo 75, LOSNCP.

⁴² Artículo 265, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [Reglamento LOSNCP], Decreto 458, Presidencia de la República, R.O. 87 de 20 de junio de 2022, reformado por última vez R.O. Suplemento 673 de 28 de octubre de 2024.

⁴³ Artículo 265, Reglamento LOSNCP.

⁴⁴ Artículo 265, Reglamento LOSNCP.

⁴⁵ Artículo 265, Reglamento LOSNCP.

servicios el anticipo debe ser amortizado hasta la terminación del plazo contractual con la presentación de cada planilla o lo que digan los pliegos⁴⁶.

No obstante, para los contratos de obra y prestación de servicios que sean de tracto sucesivo, el anticipo se amortizará con la aprobación de cada planilla y se descontará el porcentaje del anticipo que fue entregado⁴⁷. Finalmente, el Reglamento prevé que, ante una terminación unilateral de contratos de obra y prestación de servicios de tracto sucesivo, el contratista puede demostrar con cualquier medio probatorio que el anticipo fue amortizado y aquello surtirá los mismos efectos que la amortización del anticipo⁴⁸. Es pertinente resaltar que, pese a que en esos casos el Reglamento parece abrir una posibilidad al permitir que el contratista demuestre la amortización del anticipo para que resulte en amortización, no queda claro el mecanismo en que ocurrirá, además, esa posibilidad es incongruente porque la valoración de la prueba hará la entidad contratante quien si ya estableció como parte del fundamento de su resolución de terminación unilateral que el anticipo no fue devengado conforme las otras reglas del Reglamento, con altísima probabilidad no permitirá que surta efecto la prueba y se considere amortizado el anticipo.

4.3. Código Civil

Conforme el Reglamento a la LOSNCP, el Código Civil es norma supletoria en materia de contratación pública⁴⁹. El Libro IV de este Código, comprende las normas de los contratos civiles, allí incluye las reglas de la mora y el principio de la mora purga la mora.

En primer lugar, esta norma jurídica indica que “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes [...]”⁵⁰. Asimismo, prevé los momentos en que el deudor se encuentra en estado de mora, que son los siguientes: 1. Cuando no ha cumplido su obligación en el plazo pactado; 2. Cuando no ha cumplido su obligación en el tiempo y espacio en que el cumplimiento era indispensable; y, 3. Cuando ha sido reconvenido por el acreedor⁵¹. Resulta necesario aclarar que en el caso de los contratos

⁴⁶ Artículo 265, Reglamento LOSNCP.

⁴⁷ Artículo 265.1, Reglamento LOSNCP.

⁴⁸ Artículo 265.1, Reglamento LOSNCP.

⁴⁹ Artículo 1.1., Reglamento LOSNCP.

⁵⁰ Artículo 1561, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. N/D de 27 de junio de 2024.

⁵¹ Artículo 1567, CC.

administrativos se pacta un plazo, por tanto, la sola llegada de ese plazo constituye en mora al deudor.

Además, el artículo 1568 del Código Civil recoge a la institución de la excepción de contrato no cumplido y establece que:

En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos⁵².

4.4. Dictámenes de la Procuraduría General del Estado

La Procuraduría General del Estado, PGE, se ha pronunciado respecto al principio de la mora purga la mora en los contratos administrativos. Así, en el Oficio No. 12208 de 22 de septiembre de 2017, la Procuraduría ha reconocido que:

En el evento de que exista morosidad en el cumplimiento de las obligaciones económicas por parte de la entidad contratante, de ser reconocida por ésta, es pertinente tener en cuenta el axioma jurídico de que: ‘la mora purga la mora’, contenido en el artículo 1568 del Código Civil [...]⁵³.

4.5. Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública

El Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, también ha emitido su criterio con relación a la terminación unilateral, la mora purga la mora y las obligaciones del administrador del contrato. En el Oficio No. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF de 7 de junio de 2021 ha contemplado lo siguiente:

[E]n caso de mora de pago de la entidad contratante al contratista, siempre y cuando se reconozca la misma, es pertinente considerar por parte de la entidad el artículo 1568 del Código Civil [...] que deberá ser analizado por el administrador del contrato, toda vez que es el encargado de la correcta diligencia del contrato, y esto radica en aplicar las disposiciones del SNCP y del ordenamiento jurídico, a más de las cláusulas contractuales previstas con el fin de garantizar el cabal cumplimiento contractual que garantiza el fin público⁵⁴.

Entonces, tanto para la PGE como para el SERCOP en el supuesto de que la entidad contratante se encuentre en estado de mora de sus obligaciones económicas se considerará la excepción de contrato no cumplido en favor del contratista, pero solo con la peculiaridad de que la misma entidad reconozca su morosidad.

⁵² Artículo 1568, CC.

⁵³ Oficio No. 12208, Procuraduría General del Estado, de 22 de septiembre de 2017.

⁵⁴ Oficio No. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF, Servicio Nacional de Contratación Pública, de 7 de junio de 2021.

5. Desarrollo

En esta sección el objetivo es dar a conocer el problema jurídico específico del que trata este trabajo y también los inconvenientes que aquel problema genera.

5.1. La Terminación Unilateral de los Contratos Administrativos en Ecuador

Es importante conocer las normas jurídicas precedentes a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para tener una noción de como se ha regulado la terminación unilateral de los contratos administrativos en el Ecuador, a lo largo de la historia. En Ecuador han existido varias normas que regulaban la contratación administrativa y la terminación unilateral de aquellos contratos, para efectos de este trabajo se mencionarán las dos normas derogadas más relevantes que son la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas del año 1976, y la Ley de Contratación Pública de 1990. De igual manera, se aludirá a la norma actual, la LOSNCP.

El primer momento en que se contempló sin mayor detalle la facultad de la administración para terminar unilateralmente contratos administrativos, en concreto, para los contratos de obra y servicios en caso de incumplimiento o retardo del contratista, fue en 1976, en el artículo 51 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, mediante Decreto 679, publicado en el R.O. 159⁵⁵.

Con posterioridad, en 1985 mediante Decreto Ley 13, publicado en el R.O. 258 se hizo una reforma a lo que observaba la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas respecto a la terminación unilateral de los contratos administrativos, con esta reforma se incorporó un procedimiento para la declaración de terminación unilateral que garantizaba el derecho a la defensa del contratista en virtud de que este debía ser notificado con la intención debidamente motivada de terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante, proporcionándole la posibilidad de justificar su incumplimiento⁵⁶. En esa misma reforma se añadió un tema muy importante que consistía en la limitación a la facultad de terminación unilateral de los contratos administrativos cuando la entidad contratante se encontraba en mora de sus obligaciones –ha de entenderse que incluye las

⁵⁵ Artículo 51, Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, R.O. 159, 27 de agosto de 1976, [Derogada].

⁵⁶ Artículo 51, Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, R.O. 159, 27 de agosto de 1976, reformada por última vez R.O. 258 de 27 de agosto de 1985, [Derogada].

obligaciones económicas–, de haber sido ese el caso, la contratante no podía dar por terminado el contrato⁵⁷.

En definitiva, la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas incorporó la facultad de terminación unilateral de los contratos administrativos en Ecuador y, a su vez, contempló un procedimiento de terminación unilateral en el que se le facultaba al contratista a defenderse y se le prohibía a la entidad contratante terminar contratos unilateralmente, estando en mora.

La otra norma derogada que interesa es la Ley de Contratación Pública que estuvo en vigor desde el año 1990⁵⁸. La Ley de Contratación Pública, en su artículo 109 –que después cambió por el 104– introdujo causales de terminación unilateral del contrato administrativo para todos los contratos que regulaba⁵⁹. Por lo demás, salvo pequeños detalles se mantuvo casi idéntica a la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas porque en el artículo 110 –que luego cambió por el 105– también se consideró un procedimiento de notificación de terminación unilateral para que el contratista pueda excepcionarse, así como la prohibición a la entidad contratante del ejercicio de la facultad de terminación unilateral mientras la misma se encuentre en estado de morosidad⁶⁰. Es importante señalar que, hasta el último momento en que estuvo vigente la Ley de Contratación Pública –año 2008–, las entidades contratantes estaban absolutamente limitadas por su mora para terminar de manera unilateral los contratos administrativos.

Los cambios más significativos ocurrieron con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, norma que rige en materia de contratación pública desde el año 2008⁶¹. En el marco normativo de este trabajo se ha dejado claro cómo funciona en la actualidad la terminación unilateral de los contratos administrativos en Ecuador. Con la finalidad de contrastarla con las normas de contratación pública que ya fueron derogadas, la LOSNCP establece causales de terminación unilateral y un procedimiento de notificación sobre la intención de terminación. Sin embargo, como se puede apreciar en el tercer y cuarto inciso del artículo 95, la LOSNCP no imposibilita a la entidad contratante a terminar el contrato unilateralmente en cualquier caso cuando la

⁵⁷ Artículo 51, Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, R.O. 159, 27 de agosto de 1976, reformada por última vez R.O. 258 de 27 de agosto de 1985, [Derogada].

⁵⁸ La Ley de Contratación Pública fue promulgada en el R.O. 501 de 16 de agosto de 1990.

⁵⁹ Galo Torres, *Terminación Unilateral de los Contratos Administrativos* (Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 1995), 140-141 y 144.

⁶⁰ *Ibidem*, 141-142 y 145.

⁶¹ La LOSNCP fue promulgada en el R.O. 395 de 4 agosto de 2008.

entidad está en mora, al contrario, le prohíbe al contratista, con la finalidad de impedir la terminación, argüir mora de las obligaciones económicas de la entidad contratante cuando no ha devengado la totalidad del anticipo⁶².

En síntesis, la incorporación de la LOSNCP al ordenamiento jurídico ecuatoriano ha tenido como consecuencia la inclusión de nuevos preceptos respecto a la terminación unilateral, siendo uno de ellos la imposibilidad al contratista de excepcionarse por mora de las obligaciones económicas de la contratante ante la notificación de una terminación unilateral mientras no se haya amortizado todo el anticipo, norma que como se explicará más adelante, resulta contraria a derecho⁶³.

5.2. Contratos Administrativos en la Práctica en Ecuador

Para comprender el problema del que trata este trabajo, es importante conocer cómo está pensado que se celebren y cómo se han celebrado los contratos administrativos en Ecuador, con especial énfasis en el tema del anticipo otorgado al contratista y su amortización.

Con aquel fin se ilustrarán algunos ejemplos de modelos de pliegos de contratación del SERCOP que son de uso obligatorio por parte de las entidades contratantes⁶⁴.

Los pliegos son indispensables porque contienen las:

[C]lausulas formuladas unilateral e impersonalmente por la administración pública (con respeto al principio de sujeción a la Ley) para especificar la obra, bien o servicio que requiere, las condiciones para la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes, del adjudicatario y del contratista⁶⁵.

En ese mismo sentido, la doctrina considera a los pliegos como la “[...] ley del contrato”⁶⁶.

Aparte de los modelos de pliegos, se seleccionará a modo de ejemplo, un contrato administrativo que ya fue celebrado para demostrar cómo se aplica en la práctica contractual administrativa el anticipo y su amortización.

⁶² Artículo 95, LOSNCP.

⁶³ Artículo 95, LOSNCP.

⁶⁴ Artículo 55, Reglamento LOSNCP.

⁶⁵ Francisco Poveda, *Instituciones de la Contratación Pública en el Ecuador Doctrina y Derecho Positivo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 237.

⁶⁶ Julio Comadira, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003), 290.

5.2.1. Modelos de Pliegos del SERCOP

El tema de la amortización del anticipo hasta el final de la ejecución contractual y la prohibición del contratista de aducir mora en caso de no haberlo devengado por completo se puede evidenciar con mayor claridad en los contratos –pliegos– de ejecución de obra, sin embargo, también se expondrá lo que establecen los contratos –pliegos– de prestación de bienes y servicios; ambos se ejemplificarán con pliegos que son de uso obligatorio⁶⁷.

El “Modelo de Pliego de los Procedimientos de Licitación de Obras” del año 2023, vigente a la fecha, incluye en la sección de “Condiciones del Procedimiento” la cuestión referida del anticipo, transcrita a continuación:

3.6.1. Anticipo: (Establecer porcentaje no mayor a cincuenta por ciento (50%); en caso de pactarse anticipo).

3.6.2. Valor restante de la obra: Se lo hará mediante pago contra presentación de planillas (establecer periodo: mensual, bimensual, etc.), debidamente aprobadas por la fiscalización y autorizadas por el administrador del contrato. De cada planilla se descontará la amortización del anticipo y cualquier otro cargo al contratista, que sea en legal aplicación del contrato. *El monto del anticipo entregado por la entidad será devengado proporcionalmente al momento del pago de cada planilla hasta la terminación del plazo contractual inicialmente estipulado y constará en el cronograma pertinente que es parte del contrato*⁶⁸.

En la última oración citada, se puede observar que, en la práctica, para la ejecución de obras, está pensado que la amortización del anticipo se verifique en su totalidad hasta el pago de la última planilla, es decir, hasta el último momento de la ejecución contractual. Aparte, respecto a lo previsto en el primer punto cabe recordar que para obras es obligatorio pactar un anticipo⁶⁹.

Por otro lado, en el “Modelo de Pliego de los Procedimientos de Contratación de Bienes y/o Servicios” del año 2017, vigente hasta la actualidad, en las “Condiciones Particulares de los Contratos de Cotización de Bienes y/o Servicios”, está contenido lo enunciado a continuación, en una de sus cláusulas:

Cláusula Quinta.- FORMA DE PAGO

⁶⁷ Artículo 55, Reglamento LOSNCP.

⁶⁸ Servicio Nacional de Contratación Pública, Modelo de Pliego de los Procedimientos de Licitación de Obras, de 11 de noviembre de 2023, Recuperado de: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/licitacion, (último acceso: 21 de noviembre de 2024) (énfasis añadido).

⁶⁹ Artículo 265, Reglamento LOSNCP.

(En esta cláusula la entidad contratante detallará la forma de pago. De contemplarse la entrega de anticipo no podrá ser mayor al setenta por ciento, (70%) del valor contractual, se deberá establecer la fecha máxima del pago del mismo.)

El anticipo que la contratante haya entregado al contratista para la adquisición de los bienes y/o prestación del servicio, no podrá ser destinado a fines ajenos a esta contratación.

(En el caso de adquisición de bienes, los pagos totales o parciales se realizarán contra el Acta o Actas de Entrega Recepción Total o Parcial de los bienes adquiridos).

(En el caso de servicios, serán pagados contra la presentación de la correspondiente factura, previa aprobación de la entidad contratante).

No habrá lugar a alegar mora de la contratante, mientras no se amortice la totalidad del anticipo otorgado⁷⁰.

La referida cláusula también demuestra en su última oración, que el contratista está prohibido de excepcionarse por mora de la contratante –ya no sólo en sus obligaciones económicas conforme la LOSNCP– en caso de no haber devengado todo el anticipo, cuestión realmente preocupante, y peor todavía, si se considera que respecto a la contratación de servicios el Reglamento a la LOSNCP establece que dicho anticipo se amortizará hasta la conclusión de la ejecución contractual⁷¹, y que para los contratos de bienes no prevé mecanismo alguno de amortización.

5.2.2. Contrato Administrativo Suscrito

En esta sección se ejemplificará la aplicación práctica de los pliegos de contratación respecto del anticipo, con un contrato de obras que ya fue celebrado pues ahí es donde el problema es más evidente; es importante aclarar que el contrato que será utilizado a modo de ejemplo fue escogido al azar y ya ha finalizado.

En el contrato con código MCO-EMOVEP-01-2023 de menor cuantía de obras suscrito entre la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca, EMOV EP, y el Ing. Marcelo Santiago Tamayo Mora cuyo objeto ya cumplido fue el “Mantenimiento de Elementos Demarcadores para las Plazas de Estacionamiento de Áreas Tarifadas del SERT en el Cantón Cuenca” por el valor de \$195.398,95 más IVA,

⁷⁰ Servicio Nacional de Contratación Pública, Modelo de Pliego de Contratación de Bienes y/o Servicios, de 9 de junio de 2017, Recuperado de: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/12/4_condiciones_particulares_del_contrato_de_cotizacion_bienes_y_servicios.pdf, (último acceso: 21 de noviembre de 2024) (énfasis añadido).

⁷¹ Artículos 265 y 265.1, Reglamento LOSNCP.

en el que se pactó un anticipo del 50% del valor del contrato, en la cláusula quinta se estableció lo siguiente:

5.2. El valor restante de la obra, esto es, el 50% (CINCUENTA por ciento) se lo hará mediante pago contra presentación de planillas mensual, debidamente aprobadas por la fiscalización y autorizadas por el administrador del contrato. De cada planilla se descontará la amortización del anticipo, en el mismo porcentaje entregado como anticipo, y cualquier otro cargo al contratista, que sea en legal aplicación del contrato. *El monto del anticipo entregado por la Entidad será devengado proporcionalmente al momento del pago de cada planilla hasta la terminación del plazo contractual inicialmente estipulado y constará en el cronograma pertinente que es parte del contrato.*

Para el pago de la planilla se presentará obligatoriamente el anexo de cada rubro ejecutado. Es obligación del contratista anexar a cada una de las planillas: libro de obra, anexo fotográfico, anexo numérico, planillas del IESS y certificado de pago del IESS del personal que se encuentra trabajando en el proyecto objeto de este contrato; se deberá anexar en cada planilla las pruebas y/o registro de calidad debidamente aprobados por la fiscalización, certificación y certificados de calidad de los materiales utilizados, en cada caso de ser ofertado⁷².

La mencionada cláusula evidencia la raíz del problema en la práctica para el contratista, de amortizar un anticipo hasta la conclusión del contrato. De haber sido que la contratante hubiese iniciado el procedimiento de terminación unilateral para este contrato, y el contratista hubiese tratado de alegar la mora de la entidad por falta de pago para evitar la terminación, dicha defensa sería vana si es que la ejecución del contrato no hubiese concluido –se entiende que no ha concluido porque la terminación unilateral es anticipada–, pues bajo consideración de la entidad el anticipo no se apreciaría como devengado en su totalidad, aunque en la realidad hubiera sido devengado proporcionalmente –por completo– hasta el momento al que llegó a ejecutar sus obligaciones el contratista; entonces, la entidad contratante hubiese resuelto terminar unilateralmente el contrato.

5.3. Problemas de la Terminación Unilateral Cuando el Anticipo No Se Ha Devengado por Completo

Es sustancial recordar lo que determinan el tercer y cuarto inciso del artículo 95 de la LOSNCP, así como el Reglamento de la misma. Conforme la LOSNCP la falta de amortización total del anticipo por parte del contratista al momento de una terminación

⁷² Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca y Marcelo Tamayo, Contrato MCO-EMOVEP-01-2023 de “Mantenimiento de Elementos Demarcadores para las Plazas de Estacionamiento de Áreas Tarifadas del SERT en el Cantón Cuenca”, de 25 de julio de 2023, pág. 4 (énfasis añadido).

unilateral y anticipada de un contrato administrativo, provoca que el contratista ante la notificación de terminación unilateral no pueda justificar su incumplimiento con la mora de la entidad contratante en sus obligaciones económicas.

La LOSNCP dispone que la forma en que se amortizará el anticipo será conforme lo que establezca el Reglamento⁷³. El Reglamento a la LOSNCP regula la amortización del anticipo dependiendo si se trata de contratación de ejecución de obras o prestación de servicios, omitiendo normar la amortización del anticipo en los contratos de adquisición de bienes. Por ese motivo es que el problema de la prohibición de alegar mora purga la mora ante una terminación unilateral se evidencia con mayor claridad cuando la entidad contratante pretende dar por terminado un contrato de ejecución de obra o prestación de servicios. El Reglamento a la LOSNCP establece que, en los contratos de ejecución de obra y prestación de servicios, el anticipo debería estar previsto para devengarse hasta el final de la ejecución contractual, o como expresa el Reglamento “[...] hasta la terminación del plazo contractual o lo que se defina en los pliegos. La amortización se efectuará al momento de aprobarse cada planilla presentada” que como ya se demostró en los pliegos resulta ser hasta la terminación del plazo contractual⁷⁴. Ahora, en el supuesto de que esos dos tipos de contratos tengan la modalidad de tracto sucesivo “[...] la amortización del anticipo se realizará al momento de aprobarse cada planilla de avance presentada [...]”⁷⁵.

De lo anterior se entiende que en el artículo 95 de la LOSNCP junto con su remisión al Reglamento se prohíbe al contratista alegar la excepción de contrato no cumplido para evitar una terminación unilateral, cuando el contratante ha incumplido sus obligaciones económicas y se ha pactado un anticipo que no ha sido devengado totalmente.

El problema resulta absolutamente irresoluble en los contratos de ejecución de obra pues en esos contratos además de que el Reglamento establece que el anticipo debe ser amortizado de forma proporcional hasta la terminación del contrato con la aprobación de cada planilla, es obligatorio el pacto de un anticipo. Entonces, al significar la amortización del anticipo el descuento total de todas las planillas hace imposible que el contratista alegue mora de la contratante en sus obligaciones económicas.

⁷³ Artículo 95, LOSNCP.

⁷⁴ Artículo 265, Reglamento LOSNCP.

⁷⁵ Artículo 265.1, Reglamento LOSNCP.

Sin embargo, ese no es el único caso en que se imposibilita al contratista alegar mora de la entidad contratante en sus obligaciones económicas porque, en cualquier contrato que se pacte un anticipo para que sea devengado hasta el cumplimiento final – total– de la ejecución contractual será imposible que el contratista aduzca mora de la entidad contratante en sus obligaciones económicas y, por tanto, imposible que se constituya en mora a la entidad contratante por las referidas obligaciones. Sin lugar a duda, con fundamento en los ejemplos de pliegos y el contrato presentado en lo comprendido por la sección que antecede a esta –5.2. Contratos Administrativos en la Práctica en Ecuador– en la realidad existe un serio problema en perjuicio del contratista, en virtud del cual este, ante una terminación unilateral de contrato, jamás podrá excepcionarse por la mora de la entidad contratante en sus obligaciones económicas puesto que, en la práctica, el anticipo está previsto para devengarse hasta el final de la ejecución contractual, entonces nunca será amortizado en su totalidad ante una terminación unilateral pues esta terminación siempre será anterior a la finalización de la ejecución contractual.

Siendo así, la norma jurídica perjudica al contratista y a su vez favorece a la entidad contratante, pues le permite que bajo el supuesto de hecho de que el anticipo no haya sido devengado en su totalidad, así sea que la contratante no cumpla con sus obligaciones económicas, no se pueda siquiera alegar su mora para dichas obligaciones, quedando de esa manera completamente exenta de mora.

En definitiva, resulta evidente que la norma del artículo 95 de la LOSNCP, su remisión al Reglamento, junto con los modelos de pliegos del SERCOP y la interpretación que se le da en la práctica a la norma comprenden una prohibición expresa del principio de la mora purga a la mora en la terminación unilateral de un contrato administrativo cuando el contratista no ha devengado la totalidad del anticipo, o dicho de otra manera cuando la entidad contratante considera que el contratista no ha amortizado el anticipo en su totalidad. La prohibición establecida en la norma conlleva que el contratista no pueda excepcionarse con ese argumento y que la administración tenga el beneficio de no estar en mora así sea que en la realidad lo esté; aquello abarca otros problemas que se desarrollarán más adelante. Por ahora, cabe preguntarse: ¿Es la falta de amortización del anticipo por parte del contratista una justificación para la mora de la entidad contratante?

Aquella pregunta se puede solventar después de entender que la LOSNCP y su Reglamento carecen de toda lógica y razonabilidad. Primero, como ya se mencionó, al

prohibir el uso de la herramienta de defensa por mora de la otra parte en obligaciones económicas, la LOSNCP se remite a su Reglamento. El Reglamento a la LOSNCP no contiene un mecanismo especial de amortización del anticipo en general, simplemente, excluye a los bienes y entiende que, para obras y servicios, la amortización del anticipo ocurre con la aprobación de las planillas hasta el final del plazo contractual. No obstante, la amortización del anticipo debería entenderse que sucede con la cantidad de obra efectivamente ejecutada y los servicios efectivamente prestados más no con la aprobación de planillas, lo mismo para bienes, con los bienes entregados.

Lo expuesto se puede entender con el siguiente ejemplo: suponga que se ha celebrado un contrato administrativo de obra por un valor de \$10.000.000,00 en el que se pactó un anticipo del 50% –\$5.000.000,00– que conforme el Reglamento y los pliegos será devengado cada mes hasta el final del plazo contractual que es de 10 meses; cada planilla tendría el valor de \$1.000.000,00 de los que la contratante debería pagar \$500.000,00 al contratista porque el resto se entregó al inicio con el anticipo, suponga además que el momento de la ejecución en que se encuentra el contratista es el séptimo mes. En ese supuesto, si el anticipo se consideraría amortizado como debe ser, conforme la efectiva ejecución contractual, y no por planilla en proporción hasta el final de la ejecución –cumplimiento total–, el anticipo ya estaría devengado en su totalidad.

Ahora bien, si en ese mismo supuesto la entidad contratante está incumplida en el pago de la séptima planilla⁷⁶ y el contratista no ejecuta más el contrato motivo por el que la entidad le notifica con su intención de terminación unilateral, conforme la interpretación a la que se presta la norma y que aplican las entidades, el anticipo no se consideraría amortizado en su totalidad, razón por la cual el contratista no podrá hacer uso del argumento de la mora purga a la mora por incumplimiento de las obligaciones económicas de la contratante y se terminaría el contrato. Entonces, detrás del supuesto que prevé la norma, la justificación para que el contratista no pueda aducir mora de la entidad contratante de obligaciones económicas cuando no ha amortizado la totalidad del anticipo implica que el contratista está en mora porque no ha devengado el anticipo, tema falaz porque la mora en los contratos supone el incumplimiento de obligaciones y no la

⁷⁶ En el “Modelo de Pliego de los Procedimientos de Licitación de Obras” de 11 de noviembre de 2023, del SERCOP, se demuestra que puede haber casos en que el pago de la planilla sea posterior a la aprobación de la planilla; en los contratos de licitación de obras la planilla se aprueba por fiscalización, posterior a eso se inicia un proceso para aprobación del pago por parte del administrador, y si el administrador no aprueba el pago no se lo hace.

aprobación de planillas. Además, la norma beneficia a la entidad contratante porque cabe recordar que parte de los derechos que esta adquiere con una terminación unilateral es la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo.

En consecuencia, una vez más, la norma carece de toda lógica y razón; como se demostrará en adelante, la aplicación práctica que se le está confiriendo a la norma también se presta para escenarios con posibles problemas jurídicos, incluidos los económicos y constitucionales.

5.3.1. Un ejemplo, el caso CREC9 versus MINEDUC

Lo explicado se ilustra en la realidad práctica de Ecuador en casos como el resuelto por la Corte Nacional de Justicia: China Railway No. 9 Engineering Group CO. LTD, CREC9, versus Ministerio de Educación, MINEDUC. A continuación, se sintetizarán los hechos probados del caso, relevantes para efectos de este trabajo, y su resolución, a fin de comprender la trascendencia de lo ocurrido allí.

El MINEDUC por medio de una contratación directa de adquisición de bienes contrató con CREC9 la “Adquisición de 200 Unidades Educativas Provisionales Tipo Milenio (Prefabricadas) Incluido su Ensamblaje, Instalación y Puesta en Operación, a Nivel Nacional”⁷⁷. El contrato se suscribió entre ambas partes el 18 de agosto de 2015 por un valor de \$196.908.000,00 más IVA con un plazo iniciado desde la entrega del anticipo de 630 días divididos en “[...] 14 períodos de 45 días cada uno [...]”⁷⁸. El valor del anticipo otorgado a la compañía fue de \$29.536.200,00, equivalentes al 15% del valor total del contrato, el monto del anticipo se amplió a aquel valor en el segundo de los dos contratos modificatorios que tuvo este contrato, CREC9 a su vez emitió una garantía de buen uso del anticipo por ese valor⁷⁹.

Conforme la cláusula sexta del mencionado contrato:

La amortización del anticipo se realizará de manera proporcional al pago, en el porcentaje correspondiente al valor del anticipo entregado en relación al monto del contrato, en cada Acta de Entrega Recepción Parcial y Definitiva⁸⁰.

⁷⁷ Juicio No. 17811-2018-01410, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, 21 de abril de 2021, pág. 1.

⁷⁸ Juicio No. 17811-2018-01410, págs. 3 y 5.

⁷⁹ Juicio No. 17811-2018-01410, pág. 3.

⁸⁰ China Railway No. 9 Engineering Group CO. LTD, CREC9, y Ministerio de Educación, MINEDUC, Contrato No. 056-MINEDUC-2015 de “Adquisición de 200 Unidades Educativas Provisionales Tipo Milenio (Prefabricadas), Incluido su Ensamblaje, Instalación y Puesta en Operación, a Nivel Nacional”, de 18 de agosto de 2015, pág 9.

Para la ejecución de este contrato, el MINEDUC se obligó a entregar a la compañía terrenos que cumplan ciertas características técnicas y jurídicas para que en ellos se puedan instalar las unidades educativas⁸¹. Por tanto, se infiere que, para que CREC9 pudiese cumplir su obligación de entrega de las unidades educativas, existía una condición suspensiva, la entrega de los terrenos con las características pactadas. Sin embargo, el MINEDUC no entregó los terrenos a la compañía en el tiempo acordado, sino después y, aparte, algunos no cumplían a cabalidad las condiciones técnicas y jurídicas necesarias para la instalación de las unidades educativas⁸². Por ese motivo, la compañía entregó los bienes fuera del tiempo acordado, no obstante, se suscribieron algunas actas de entrega recepción parcial, pero otras unidades educativas el MINEDUC no recibió formalmente a pesar de que estaba usándolas⁸³. En concreto, se entregaron y contaban con acta de recepción 20 unidades educativas por un valor de \$19.690.800,40; además, se entregaron sin recepción, pero en funcionamiento, 10 unidades educativas terminadas por un valor de \$9.845.400,20; también hubo 18 unidades terminadas sin funcionamiento ni recepción por un valor de \$17.721.720,36; y, hubo 4 unidades educativas sin terminar por un valor ejecutado de \$2.730.668,05⁸⁴. En suma, 48 unidades fueron terminadas por un valor de \$47.257.921,44; y, 4 unidades no fueron terminadas, pues 2 de esas se ejecutaron sin revestimiento en las canchas por un valor de \$1.929.698,44, y las otras 2 quedaron inconclusas por un valor de \$800.969,61⁸⁵.

Pues bien, posteriormente, con decenas de unidades educativas ejecutadas y no pagadas, la administradora del contrato emitió un informe recomendando la terminación unilateral del contrato, porque bajo su consideración –errada, por cierto– estableció 0% como avance del contrato por parte de CREC9⁸⁶. Tras aquel informe, el 28 de mayo de 2018 el MINEDUC notificó a la compañía su intención de terminar unilateralmente el contrato y CREC9 se excepcionó a dicha notificación a tiempo con el incumplimiento del Ministerio⁸⁷. Sin embargo, el 2 de julio de 2018 la Viceministra de Gestión Educativa – MINEDUC– resolvió la terminación unilateral y anticipada del contrato mencionado y sus contratos modificatorios por absoluto incumplimiento del contratista y multas

⁸¹ Juicio No. 17811-2018-01410, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, 21 de abril de 2021, pág. 5.

⁸² Juicio No. 17811-2018-01410, pág. 12.

⁸³ Juicio No. 17811-2018-01410, págs. 7 y 10-11.

⁸⁴ Juicio No. 17811-2018-01410, págs. 51-52.

⁸⁵ Juicio No. 17811-2018-01410, pág. 54.

⁸⁶ Juicio No. 17811-2018-01410, pág. 4.

⁸⁷ Juicio No. 17811-2018-01410, pág. 4.

excesivas⁸⁸. Parte de su fundamento fue que no hubo valores devengados ni amortizados del anticipo en la ejecución del contratista⁸⁹. Como consecuencia de la terminación, entre otros temas, no existió liquidación contractual porque se consideró un avance de 0% del contrato, y, se ejecutaron las garantías, incluida la de buen uso del anticipo.

Con esos hechos, CREC9 demandó al MINEDUC ante el Tribunal Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, TCA, pretendiendo entre otras cosas, que se deje sin efecto la resolución de terminación unilateral referida anteriormente.

Para tomar su decisión respecto a la resolución de terminación unilateral, el Tribunal determinó que la realidad de los hechos no concordaba con la resolución de terminación unilateral⁹⁰. El Tribunal consideró que hubo falta de motivación en la resolución además de incumplimiento de ambas partes en la ejecución contractual y que, el valor de las unidades educativas que fueron entregadas sobrepasó el valor otorgado a CREC9 por concepto de anticipo, por tanto, el anticipo fue devengado en su totalidad⁹¹. Por consiguiente, el Tribunal declaró sin efecto la terminación unilateral y anticipada, así como la indebida ejecución de las garantías, pues no tenían fundamento; liquidó la ejecución contractual; dispuso el pago de las unidades educativas por un valor de \$19.952.502,17; y, ordenó la restitución de las garantías ejecutadas por \$39.381.601,00; aparte, dispuso que se paguen “otros valores” al contratista⁹².

Sobre esa decisión, el MINEDUC y la PGE interpusieron recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, CNJ, dicho recurso fue aceptado parcialmente para el MINEDUC determinando que los valores de la liquidación contractual únicamente corresponderían a los pagos pendientes por parte del MINEDUC y la devolución de las garantías de buen uso del anticipo y cumplimiento del contrato que ascendían a \$59.334.103,17, más no los otros valores que el TCA dispuso que se paguen al contratista. Lo relevante para este trabajo, de la resolución de la Corte Nacional, se encuentra en la sentencia de mérito donde examina el cuarto inciso del artículo 95 de la LOSNCP según el cual no cabe que el contratista pueda aducir mora de la entidad contratante en sus

⁸⁸ Juicio No. 17811-2018-01410, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, 21 de abril de 2021, págs. 1-2 y 4.

⁸⁹ Juicio No. 17811-2018-01410, pág. 61.

⁹⁰ Juicio No. 17811-2018-01410, pág. 61.

⁹¹ Juicio No. 17811-2018-01410, págs. 40, 51 y 63.

⁹² Juicio No. 17811-2018-01410, pág. 56.

obligaciones económicas cuando no ha devengado la totalidad del anticipo⁹³. La Corte Nacional concluyó que la resolución de terminación unilateral fue ilegal porque los valores reales de la ejecución del contrato superaron el valor del anticipo que fue otorgado al contratista y no se hizo los pagos parciales correspondientes, por razón de lo cual el “[...] MINEDUC no podía dar por terminado unilateralmente el contrato ya que se encontraba en mora de sus obligaciones económicas”⁹⁴. La postura de la Corte Nacional demuestra que el principio de la mora purga la mora sí debe aplicarse en un procedimiento de terminación unilateral cuando el anticipo se haya devengado en su totalidad, considerando la amortización total del anticipo conforme se cumpla la ejecución del objeto contractual y no hasta el final de la ejecución contractual.

Contados los hechos y explicada la resolución del caso, procede explicar los problemas jurídicos, incluidos los constitucionales y económicos, derivados de la norma del artículo 95 de la LOSNCP y su remisión al Reglamento.

5.3.2. Mora del Acreedor

La mora del acreedor o *mora accipiendi* trata “[...] las situaciones en que la actuación del acreedor sea o la causa única del incumplimiento, haya contribuido a él, o a hacer más gravosos los perjuicios”⁹⁵. Para efectos de esta sección, el acreedor será la entidad contratante y el deudor el contratista.

La doctrina ha determinado algunos supuestos para que se constituya la mora del acreedor, para este trabajo, son de interés dos. El primero que interesa es en el que la *mora accipiendi* se produce cuando el acreedor se niega a recibir el cumplimiento, es decir, el acreedor no incumple, pero se resiste a que el deudor cumpla⁹⁶. El segundo supuesto de interés ocurre cuando las obligaciones no pueden cumplirse sin la colaboración del acreedor⁹⁷. En síntesis, ambos supuestos consisten en que exista la intención del deudor en cumplir conforme lo acordado y que el acreedor se niegue a aceptar el cumplimiento de manera injustificada o no lo facilite⁹⁸. La mora del acreedor tiene como consecuencia la imputación del retardo al acreedor con indemnización de perjuicios y la disminución

⁹³ Resolución No. 1225-2023, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 15 de diciembre de 2023, pág. 51.

⁹⁴ Resolución No. 1225-2023, pág. 51.

⁹⁵ René Abeliuk, *Las Obligaciones Tomo II*, 164.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*, 166.

de responsabilidad del deudor debido a que el mismo acreedor no le ha permitido cumplir al deudor⁹⁹.

Una vez explicada la teoría de la mora del acreedor cabe señalar por qué resulta relevante ante una terminación unilateral de contrato administrativo por parte de la administración pública.

De los hechos del caso CREC9 versus MINEDUC queda claro que ambas partes incumplieron sus obligaciones. No obstante, también queda claro que las obligaciones de la compañía –entrega de unidades educativas– dependían del cumplimiento de las obligaciones del MINEDUC –entrega de terrenos–. Siendo así, es necesario explicar cómo los incisos 3 y 4 del artículo 95 de la LOSNCP permiten terminaciones unilaterales cuando no se ha devengado el anticipo en su totalidad, sin considerar la posibilidad de que haya mora del acreedor.

En el caso que se usó como ejemplo, a pesar del incumplimiento de la entidad contratante, el contratista ejecutó sus obligaciones y entregó unidades educativas que fueron efectivamente recibidas y otras que no. Así es como se configuran los dos supuestos de la mora del acreedor presentados al inicio de esta sección. El primero, que las obligaciones de CREC9 no podían cumplirse sin que el MINEDUC entregue los terrenos; y, el segundo, que el MINEDUC no recibió formalmente algunas unidades educativas a pesar de que las utilizó, impidiendo y desconociendo el cumplimiento de la compañía.

El Ministerio emitió una terminación unilateral basándose en hechos no reales como el avance del 0% de la ejecución contractual; por tanto, 0% de amortización del anticipo, y no atendió a los argumentos de la compañía cuando alegaba que su “incumplimiento” se debió al hecho de la entrega tardía y no adecuada de los terrenos – incumplimiento de la entidad contratante– y que ya existen unidades educativas instaladas y entregadas tanto que el MINEDUC las usa pero, formalmente, no se consideran instaladas ni entregadas porque no suscribieron las actas de entrega recepción correspondientes ni tampoco se hizo el pago.

No guarda razón lógica alguna ni es justo que el contratista haya tenido que soportar el incumplimiento y desconocimiento de su cumplimiento por parte de la entidad contratante y que, todavía más, la entidad contratante le dé por terminado unilateralmente el contrato. De haber sido que la norma del artículo 95 de la LOSNCP y su remisión al

⁹⁹ René Abeliuk, *Las Obligaciones Tomo II*, 167.

Reglamento no prohíban alegar mora de la entidad contratante para impedir una terminación unilateral, cuando no se ha devengado el anticipo, existía una mayor posibilidad de que se hubiese considerado la mora del acreedor –MINEDUC–; en consecuencia, hubiese disminuido la responsabilidad de CREC9. Como resultado, el contrato no se hubiera dado por terminado unilateralmente, y se hubiera evitado el tiempo perdido por el proceso judicial, así como, un perjuicio económico para la entidad derivado de los intereses que debió pagar¹⁰⁰.

La figura de la mora del acreedor es uno de los varios justificativos para que se le permita al contratista alegar la excepción de contrato no cumplido por obligaciones económicas no cumplidas por la entidad contratante a pesar de que se haya pactado un anticipo y este no haya sido amortizado en su totalidad, porque, como se ha expuesto, el incumplimiento del contratista, que justifica una terminación unilateral, puede ser provocado por acciones u omisiones de la entidad y esta figura le permite reconocerlas. Autorizar al contratista excepcionarse por mora de las obligaciones de la contratante en todo caso y ante cualquier circunstancia evitaría muchas terminaciones unilaterales injustas como la del caso presentado, y favorecería la ejecución del contrato en beneficio de todos sus interesados –entidad contratante, contratista e interés público–.

5.3.3. Enriquecimiento Injustificado

El enriquecimiento injustificado de la entidad contratante constituye un argumento adicional para que se permita al contratista plantear la excepción de la mora purga la mora en todo caso y a la entidad contratante considerar ese argumento para no resolver una terminación unilateral de contrato administrativo. El enriquecimiento sin causa es una figura que requiere los siguientes requisitos para que se configure: 1. Debe existir un incremento patrimonial; 2. Ese incremento debe ser producido por un correlativo empobrecimiento; y, 3. No debe haber causa jurídica que justifique el incremento¹⁰¹. Para esas situaciones, hay un efecto que consiste en la obligación del enriquecido de indemnizar al empobrecido¹⁰².

Ahora, cabe preguntarse ¿Cómo la prohibición de la excepción de contrato no cumplido cuando no se ha devengado la totalidad del anticipo permite escenarios en que

¹⁰⁰ Resolución No. 1225-2023, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 15 de diciembre de 2023, pág. 56.

¹⁰¹ Rodrigo Barcia, *Lecciones de Derecho Civil Chileno Tomo II* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 16.

¹⁰² *Ibidem*, 17.

la entidad contratante se enriquezca injustamente? Nuevamente, para que configure el supuesto de los incisos tercero y cuarto del artículo 95 de la LOSNCP, se infiere que, el contratista no ha recibido el pago de obligaciones ya exigibles por parte de la contratante, ha incumplido bajo la perspectiva de la contratante, y no ha devengado la totalidad del anticipo que le fue otorgado conforme lo establecido en el Reglamento.

El hecho de que la obligación de la entidad contratante sea exigible significa que debe ser cumplida, el no cumplir un pago en contraprestación a una obligación del contratista supone que el contratista ha cumplido sus obligaciones y, no pagar su contraprestación, genera incumplimiento contractual. La teoría del enriquecimiento injusto tiene cabida porque ese incumplimiento se justifica cuando el empobrecido – contratista– no puede alegar en su favor la mora del enriquecido –contratante– en sus obligaciones económicas ante una terminación unilateral que siempre es anterior al final del plazo contractual, solo porque el empobrecido no ha devengado la totalidad del anticipo –que está previsto para amortizarse hasta el final del contrato–. De esa manera, se produce una injusticia que favorece a las entidades contratantes, que consiste en su enriquecimiento sin justificación alguna, admitido por lo contemplado en la propia norma y la consecuencia de su aplicación.

La Corte Nacional en el caso presentado de CREC9 contra MINEDUC se pronunció respecto a este tema y manifestó que “[...] la Administración no puede enriquecerse de forma injustificada por una obra efectivamente realizada y entregada” que además estaba siendo utilizada, por ese motivo, ordenó el pago de lo ejecutado y declaró la ilegalidad de la resolución de terminación unilateral¹⁰³. Lo anterior demuestra que los jueces del Ecuador ya han considerado inaceptable el enriquecimiento injustificado proveniente de un incumplimiento de las entidades contratantes que por consecuente incumplimiento del contratista ha provocado una terminación unilateral de contrato administrativo.

5.3.4. Vulneración a la Prohibición de Confiscatoriedad

En relación con la sección anterior, la norma y su aplicación por parte de las entidades contratantes también ocasiona la vulneración a la prohibición de confiscatoriedad.

¹⁰³ Resolución No. 1225-2023, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 15 de diciembre de 2023, pág. 55 y 57.

La Constitución de la República del Ecuador prohíbe toda forma de confiscación, sin embargo, en Ecuador no existen parámetros o presupuestos específicos para comprender qué se entiende por confiscatorio¹⁰⁴. El principio de no confiscatoriedad tutela a su vez el derecho a la propiedad¹⁰⁵. El derecho a la propiedad también está reconocido y garantizado constitucionalmente¹⁰⁶.

La doctrina sostiene que, en virtud del principio de inviolabilidad de la propiedad privada, cuando existe un “[...] menoscabo patrimonial impuesto en beneficio público debe ser indemnizado [...]” y la forma de hacerlo es restableciendo el equilibrio económico del contrato¹⁰⁷. El equilibrio económico del contrato es un tema relevante, al tratarse los incisos tercero y cuarto del artículo 95 de la LOSNCP sobre obligaciones económicas, porque si la administración no paga obligaciones ya ejecutadas la ecuación económico-financiera del contrato se desequilibra. El incumplimiento contractual es una de las causas que provoca el desequilibrio económico del contrato¹⁰⁸. El no restablecer el equilibrio económico del contrato por medio del pago al contratista, sumada la afectación por una terminación unilateral, produce una vulneración a la propiedad privada del contratista por parte de la administración.

Ha de entenderse que privar al contratista de recibir la prestación económica – pago– en contraprestación a su cumplimiento del objeto contractual hasta el momento temporal en el que se ha ejecutado resulta confiscatorio y, en consecuencia, vulnera el derecho a la propiedad, como sucedió en el caso de CREC9 contra MINEDUC, en el que la compañía instaló decenas de unidades educativas, muchas con actas de entrega recepción y otras sin recepción pero en uso por parte del MINEDUC, y, a pesar de eso, la compañía no recibió el pago.

Pese a que no existe un parámetro específico para determinar qué se considera por confiscatorio, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado en una de sus sentencias que el principio de no confiscatoriedad “[...] busca prohibir que se suprima de manera radical la propiedad y/o la renta de los individuos”¹⁰⁹. Por tanto, el hecho de que

¹⁰⁴ Artículo 323, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 568 de 30 de mayo de 2024.

¹⁰⁵ Sentencia No. 47-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 74.

¹⁰⁶ Artículo 321, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁰⁷ Juan Carlos Cassagne, *Estudios de Derecho Público*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995), 137.

¹⁰⁸ Libardo Rodríguez, *El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos*, 145 y 146.

¹⁰⁹ La Corte Constitucional del Ecuador manifestó aquello en la Sentencia No. 47-15-IN/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 71. Dicha sentencia trata sobre materia tributaria, sin embargo, haciendo una analogía, en materia de contratación pública tampoco debería suprimirse la propiedad ni renta –ingresos o utilidad– de los contratistas.

la entidad contratante no pague por ejecuciones de contratos es confiscatorio, puesto que el pago para el contratista es su propiedad y su ingreso, su mayor interés al contratar.

Lo expuesto se puede verificar en casos como el presentado, cuando el MINEDUC informa su intención de terminación unilateral al contratista porque bajo su perspectiva no ha cumplido nada, sin embargo, CREC9 ya había instalado varias unidades educativas y la entidad contratante no le había pagado por eso. En ese caso, el contratista no pudo evitar la terminación haciendo uso del argumento de la mora purga la mora porque se había pactado un anticipo que no fue totalmente devengado bajo la consideración del MINEDUC, y en aplicación de la norma la no amortización total del anticipo impide esa excepción. En casos como aquel, el desconocer la ejecución contractual de una de las partes y no restablecer el equilibrio contractual de las obligaciones ya ejecutadas por medio del pago en virtud de lo establecido en la LOSNCP y su Reglamento, implica que la entidad contratante está vulnerando la propiedad del contratista, confiscando y, por tal razón, se contraría la norma suprema.

5.3.5. Vulneración al Derecho a la Defensa

La Constitución reconoce que “[e]n todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso [...]” que incluye dentro de sus garantías el derecho a la defensa¹¹⁰. El debido proceso es “[...] el valor constitucional de que los intereses de una persona sean juzgados a través de un procedimiento que asegure, tanto como sea posible, un resultado conforme a Derecho”¹¹¹.

La declaración de terminación unilateral de un contrato tiene como antecedente un procedimiento, el establecido en el artículo 95 de la LOSNCP, sin embargo, por la misma norma el derecho a la defensa se puede ver afectado. La Corte Constitucional ya ha declarado la inconstitucionalidad sobre una parte del artículo 95 de la LOSNCP, una de sus consideraciones fue que la misma norma constituía “[...] una barrera de naturaleza legal [...]” porque limitaba la posibilidad de que se ejerza un derecho, la posibilidad de impugnar resoluciones¹¹². En analogía a este razonamiento de la Corte, la norma de los numerales tercero y cuarto del artículo 95 de la LOSNCP y su remisión al Reglamento

¹¹⁰ Artículo 76 numeral 7, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹¹¹ Sentencia No. 1978-20-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de mayo de 2024, párr. 19. y Sentencia No. 546-12-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 8 de julio de 2020, párr. 23.

¹¹² Sentencia No. 87-20-IN/23, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de octubre de 2023, párr. 30.

limitan la posibilidad del contratista de defenderse pues le quitan uno de sus argumentos válidos para hacerlo, sin ninguna lógica, como se ha explicado en la sección 5.3. de este trabajo que trata los problemas de la terminación unilateral cuando el anticipo no se ha devengado por completo. Para el contratista, cuando es notificado por la entidad contratante con su intención de terminar unilateralmente el contrato, la única forma de limitar su poder por la facultad exorbitante que tiene e impedir la terminación, es ejerciendo su derecho a la defensa.

En los casos en que se configuran los supuestos de la norma, no existen oportunidades para el contratista de alegar la excepción de contrato no cumplido por obligaciones económicas de la entidad contratante para evitar esa terminación, quedando el contratista en estado de indefensión si ese es su argumento para impedirla.

Lo dicho también sucedió en el procedimiento de terminación unilateral del caso de CREC9 contra el MINEDUC; allí el contratista, ante la notificación de la administración sobre su intención de terminar el contrato alegó que su incumplimiento en el tiempo fue causado por el de la entidad contratante y que, además después de ya haber cumplido la entidad contratante no le había pagado –incumplió–, pese a aquello, la entidad contratante no atendió a esos argumentos resolviendo terminar el contrato, porque consideró que la compañía no cumplió nada y, mucho menos devengó el anticipo en su totalidad.

6. Conclusiones

El artículo 95 de la LOSNCP y su remisión al Reglamento, prohíben la excepción de contrato no cumplido por parte del contratista para evitar la terminación de un contrato administrativo cuando el anticipo no ha sido devengado en su totalidad y la entidad contratante no ha cumplido sus obligaciones económicas. Esto, en la práctica, impide plantear la excepción porque nunca se considera amortizado el anticipo; lo estaría únicamente con la última planilla.

Esta prohibición práctica carece de toda justificación y lógica, si se toma en cuenta que la doctrina actual admite la mora purga la mora en los contratos administrativos.

La norma de contratación pública ecuatoriana permite injusticias que afectan a los contratistas del Estado. Los perjuicios a los contratistas ocurren cuando una entidad contratante pretende dar por terminado un contrato administrativo unilateralmente y bajo

la aplicación de la norma a su criterio, el contratista no ha amortizado todo el anticipo. Por una parte, se omiten reglas razonables como la mora del acreedor, permitiendo situaciones en que, a pesar de que el contratista esté presto a cumplir, la administración no colabora, o situaciones en que el cumplimiento del contratista no es reconocido. Por otra parte, se permiten situaciones de aprovechamiento económico de la entidad contratante en perjuicio del contratista como el enriquecimiento injustificado y la confiscación por parte del Estado, pues mientras el contratista no amortice todo el anticipo, la entidad contratante no se encontraría en mora del pago y no pagaría. Finalmente, la norma en sí misma limita para el contratista el ejercicio de su derecho a la defensa, el más importante que tiene para evitar una terminación unilateral de contrato administrativo y todas sus consecuencias.

7. Recomendación

¿Qué debería ocurrir con el tercer y cuarto inciso del artículo 95 de la LOSNCP y su remisión al Reglamento?

Lo ideal es que se deroguen ambos incisos y, en consecuencia, lo establecido en el Reglamento, para que siempre y en todo caso, por supuesto manteniendo los límites de la buena fe, se permita que el contratista pueda alegar la excepción de contrato no cumplido, pues esto haría que las terminaciones unilaterales sean conforme a derecho sin perjudicar al contratista y que sucedan con menor frecuencia, beneficiando de esa manera a la contratante, al contratista y al interés público. La derogación es una situación compleja que lleva tiempo, siendo así, por lo pronto, considerando que la LOSNCP remite a su Reglamento para que este disponga la forma de cálculo del anticipo, la medida más eficaz al momento será que el Reglamento establezca un mecanismo de amortización del anticipo aceptable; conforme obra, bien o servicio efectivamente ejecutados, entregados o prestados por el contratista.