



TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS AL AMPARO DE LA LOSNCP



Los contratos administrativos celebrados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, “LOSNCP”), de conformidad a lo determinado en su artículo 92, se terminan por 5 causas, siendo la cuarta causa “*por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista*”; por su parte, el artículo 94 de dicha Ley, señala: “*La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos (...)*”, determinando 6 circunstancias adicionales a la del incumplimiento del contratista que permiten la terminación anticipada y unilateral de los contratos administrativos, mismas que serán abordadas más adelante en detalle.



Esta facultad discrecional y unilateral, inherente a las cláusulas de los contratos administrativos, se conocen como “cláusulas exorbitantes”. Este término se utiliza debido a la relación jurídica de superioridad que distingue a los contratos entre entidades públicas y privadas. Esta relación se fundamenta en el hecho de que las entidades públicas contratan la ejecución de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, como medio para alcanzar sus objetivos institucionales. Estas contrataciones desempeñan un papel crucial en el desarrollo social y económico, al contribuir al progreso tanto individual como colectivo de los ciudadanos. Según Oelckers Camus (1983), el Estado tiene la facultad de “*modificar o extinguir las relaciones contractuales en aras de una adecuada gestión de las necesidades públicas, estas últimas (...) las que permiten sustentar la configuración del contrato administrativo como una categoría jurídica distinta de los contratos privados*”.¹

¹ OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1983), citado por FLORES RIVAS, Juan Carlos (2019). Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

CAUSALES:

1 Incumplimientos del contratista.

Dado que la naturaleza del contrato público es la consecución de los fines del Estado, a través de la satisfacción de necesidades colectivas, la inobservancia del contratista a sus obligaciones derivadas del contrato conlleva una afectación al interés público, por tanto, en aras de resguardar dichos fines, la entidad contratante puede terminar unilateralmente la relación contractual.

En este sentido, la jurista ecuatoriana Inés María Baldeón, explica:

"(...) De las seis causales previstas, la primera, por obvia, no merecería mayor análisis, ya que independientemente de cuál sea el porcentaje de avance del contrato o de las multas, se podría por cualquier incumplimiento, y de cualquier naturaleza dar por terminado unilateral y anticipadamente un contrato, aunque claro está también desde la lógica de un análisis de proporcionalidad e incluso de sentido común, toda vez que por ejemplo no cabría dar por terminado unilateral y anticipadamente el contrato que tenga un avance porcentual casi total del mismo"² (lo subrayado me corresponde).

Como lo ha señalado la autora, si bien el cualquier incumplimiento a las obligaciones por el contratista permitiría a la entidad contratante dar por terminado el contrato en forma anticipada, es crucial que esta decisión sea justificada de manera suficiente y razonada. Esto se debe a que cualquier actuación administrativa está sujeta a principios rectores como juridicidad, legalidad, eficiencia, eficacia proporcionalidad y oportunidad.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional, la motivación suficiente implica que la administración debe explicar claramente las razones que la llevan a tomar dicha decisión, evitando arbitrariedades. El principio de proporcionalidad, a su vez, exige que la respuesta al incumplimiento sea acorde al contexto y a la gravedad de la falta. En otras palabras, no se puede terminar un contrato de manera unilateral por incumplimientos menores o de poca relevancia, especialmente si el avance del contrato es significativo, considerando sobre todo la finalidad de los contratos administrativos, de ahí que la autoridad administrativa deberá analizar la oportunidad de su decisión.

Este enfoque integral busca proteger tanto los intereses del estado como los derechos de los contratistas, asegurando que las decisiones sancionatorias sean justas y fundamentadas. En el contexto ecuatoriano, este marco normativo juega un papel esencial en la práctica administrativa y en el equilibrio de las relaciones contractuales dentro de la esfera pública.



2 Quiebra o insolvencia del contratista.

La declaración de insolvencia (en el caso de personas naturales) o quiebra (para personas jurídicas) se produce cuando un deudor es incapaz de pagar sus deudas o de disponer de bienes para hacer frente a las obligaciones pendientes. En el contexto de un contratista del Estado, esto también significa que no puede garantizar el cumplimiento de los compromisos contractuales. Por esta razón, la normativa contempla la posibilidad de una terminación unilateral en estos casos, con el objetivo de proteger los intereses y recursos públicos.

Para que esto proceda, es necesario contar con una resolución emitida por un juez competente y la correspondiente inscripción en el registro público.

² BALDEÓN, Inés María (2016). Análisis del Régimen Jurídico de las terminaciones unilaterales de contratos: causas y efectos. Revista Novedades Jurídicas. Ediciones Legales.

3 Multas que sobrepasen el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

Previo a la celebración del contrato administrativo, la entidad contratante debe exigir al contratista (excepto en los casos legalmente establecidos) el otorgamiento de una garantía por el valor equivalente al 5% del monto total del contrato, la cual está destinada a resguardar que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este; consecuentemente, cuando las multas impuestas sobrepasan el valor de dicha garantía, la entidad tiene la potestad discrecional de terminar unilateral y anticipadamente el contrato, considerando que, como lo establece el primer párrafo del artículo 292 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las multas tienen *“como finalidad sancionar la conducta del contratista por su negligencia e incumplimientos imputables a sus obligaciones contractuales”*.

Sin embargo, mediante Resolución No. 008-2024, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia aprobó un precedente jurisprudencial obligatorio en el que reconoce que las multas no son solo el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora propiamente dicha, sino que, responde también a una finalidad coercitiva para corregir la conducta del contratista durante la ejecución contractual, es decir, sin terminar aún el contrato, lo cual procede solo cuando las mismas han superado el valor ya referido anteriormente. En consecuencia, la Corte resolvió que:

“Las multas a las que se refiere el inciso segundo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública obedecen al ejercicio de la facultad coercitiva de la administración pública, cuyo fin es que el contratista corrija el retardo o el incumplimiento contractual acusado durante la ejecución. Su detección e imposición debe ser oportuna, razón por la cual, hacerlo de manera paralela a la terminación unilateral del contrato o posterior a ella acarrearía su ilegalidad.”³ (Lo subrayado me corresponde).

Por lo expuesto sobre la finalidad de las multas, como se adelantó previamente, no es procedente la aplicación conjunta de las causales 1 y 3 aquí mencionadas, porque la primera implica un análisis de conveniencia y proporcionalidad del incumplimiento del contratista para decidir la terminación, la cual puede darse indistintamente del valor de las multas, pues, como lo resolvió la Corte Nacional, estas tienen la finalidad de persuadir al contratista para que enmiende su accionar respecto de sus obligaciones pero sin necesidad de terminar el contrato, lo cual, acorde a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 71 de la LOSNCP, podría darse o no, cuando dichas multas han superado el 5% del valor del mismo; para lo cual, deberá efectuarse un análisis de conveniencia y oportunidad de la medida a adoptarse en relación a la ejecución contractual.



4 Suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de 60 días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.

El cumplir con el plazo contractual es importante no solo para procurar los fines sociales que se pretenden con la contratación administrativa, sino que, constituye una obligación de las entidades públicas la observancia de la planificación institucional, realizada conforme a las necesidades a ser cubiertas para el normal desenvolvimiento de la institución, y aquello implica obviamente cumplir con los tiempos contemplados en dicha planificación; consecuentemente, la suspensión del plazo contractual por más de 60 días, sin que existan causas de justificación o autorización de la entidad contratante, es decir, por la sola voluntad del contratista, es motivo para que la entidad contratante termine unilateral y anticipadamente el contrato.

Al respecto, la normativa reconoce como razones de justificación para la suspensión aludida, a la existencia de causas de fuerza mayor o caso fortuito, es decir, que sería viable cuando se haya demostrado que se suscitaron imprevistos irresistibles para el contratista, tales *“como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*⁴, entonces, solo de verificarse que la suspensión se dio por tales circunstancias no cabría la aplicación de esta causal, sin embargo, esto evidentemente debe ser argumentado de forma oportuna por el contratista y calificado como tal por la entidad contratante.

³ Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Resolución No. 08-2024 de 15 de mayo de 2024.

⁴ Codificación del Código Civil: artículo 1454

5 Celebración del contrato contra expresa prohibición de la ley.

Para la aplicación de esta causal, el contrato administrativo debió haberse celebrado contraviniendo las disposiciones legales que regulan sus procedimientos, formas y formalidades propias. Además, el artículo 64 de la LOSNCP añade que dicha terminación no implica el reconocimiento de indemnización alguna a favor del contratista, y que "(...) A partir de la fecha en que se declare (...) la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará".

Sin embargo, su aplicación procede únicamente cuando la vulneración a la normativa se haya producido por responsabilidad del contratista y no de la entidad pública, pues, conforme a la teoría de los actos propios es inadmisibles toda intención de la administración pública de contradecir sus actuaciones anteriores, pues se vulnera el principio de confianza legítima generada en un tercero (contratista), quien celebró el contrato de buena fe.

En resumen, el Estado no puede beneficiarse de sus propios errores, tal como lo establece el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo que, con relación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, determina que "los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada".



En ese sentido se pronunció el Procurador General del Estado en el oficio No. 06483 de 30 de octubre de 2019, quien, atendiendo a la consulta formulada por la Prefectura de Sucumbíos, concluyó, en lo particular, que:

"(...) la inobservancia del deber de contar con estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas (...) no configura la causal de terminación anticipada y unilateral prevista en el artículo 64 de la LOSNCP, por tratarse de una obligación que corresponde a la entidad contratante y a sus funcionarios, y no al contratista, sino que da lugar al inicio de las acciones de control y auditoría del respectivo proceso" (Lo subrayado me pertenece).

Asimismo, respecto de contratos celebrados con personas inhabilitadas para contratar con el Estado, el Procurador General del Estado determinó que:

"(...) de haberse suscrito contrato con persona inhabilitada según los artículos 62, numeral 3 y 63 de la LOSNCP, por tratarse de un contrato celebrado contra expresa prohibición de ley, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá declarar su terminación en forma anticipada y unilateral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 64 y 94, numeral 5 de esa ley; mientras que en el caso de no haberse concluido el procedimiento de contratación, la existencia de inhabilitación del proveedor impide la adjudicación y celebración del contrato.

En todo caso, respecto del servidor que hubiere intervenido en un procedimiento de contratación pública con rango o no de autoridad, pese a la existencia de un conflicto de interés que constituya causal legal de excusa, de aquellas previstas en el artículo 86 del COA, la entidad deberá informar a las autoridades competentes para que determinen las responsabilidades que correspondan, conforme impone la Disposición General Primera de la LOSNCP".⁵ (Lo subrayado me pertenece).

⁵ Absolución de consulta emitida por el Procurador General del Estado, contenida en el oficio No. 08658 de 23 de abril de 2020, dirigido al Jefe del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito.

6

Otras estipulaciones establecidas en el contrato, de acuerdo con su naturaleza.

Acorde a las necesidades institucionales y a la naturaleza propia de cada contratación, a través del pliego, la entidad contratante puede añadir obligaciones cuya inobservancia sean susceptibles de una terminación unilateral y anticipada.

El artículo 319 de la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública obliga a las entidades contratantes a incorporar en todos los contratos administrativos, causales adicionales que guardan relación con el incumplimiento de los contratistas (personas jurídicas) como la obligación de informar o solicitar autorización a la entidad contratante, de forma oportuna, sobre cualquier modificación de su estructura societaria, esto con el fin de observar la prohibición de cesión de derechos establecida en el artículo 78 de la LOSNCP.

Sin embargo, un caso sui generis es el concerniente a la contratación de seguros, puesto que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 717 del Código de Comercio, todo "asegurado" podrá dar por terminado unilateralmente el contrato con la sola comunicación de ello a la compañía aseguradora, sin necesidad de advertir necesariamente incumplimiento alguno, es decir, basta con la sola manifestación de voluntad. En lo particular, cuando la entidad pública efectúa este tipo de contrataciones, y por tanto, ejerce el rol de asegurado, podría optar por este tipo de terminación contractual en los términos antes mencionados debido a que la naturaleza jurídica de dichas contrataciones lo permiten; más sin embargo de esta posibilidad, no puede desconocerse que de existir en este tipo de contratos incumplimientos de las condiciones generales o particulares de las pólizas por parte de la Aseguradora, la entidad debe optar por la terminación unilateral bajo la presente causal, sin que deba confundirse u obviarse el procedimiento y/o consecuencias de este tipo de terminaciones unilaterales y anticipadas.



7

Negativa del contratista a terminar de mutuo acuerdo el contrato, pese a la existencia de circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas.

En el caso particular, frente a la negativa del contratista de terminar de mutuo acuerdo la relación contractual con la entidad, pese a haberse demostrado la existencia de causas imprevisibles que la vuelven imposible de ejecutar o que resulta inconveniente para la institución el mantener vigente dicha contratación, la administración pública tiene la obligación de resguardar el interés público a través de una declaratoria de terminación unilateral y anticipada.

Sin embargo, en virtud del respeto a la autonomía de la voluntad del contratista, dicha negativa no puede ser entendida como un incumplimiento a sus obligaciones contractuales, por tanto, la norma prevé, solo para esta causal; la no ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, ni la declaratoria de contratista incumplido.

Empero, existe la obligación de efectuar la devolución del anticipo no devengado, de ser el caso, otorgándole el término de 30 días desde la notificación de la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato; de no hacerlo, la entidad queda habilitada a ejecutar la garantía de buen uso del anticipo.



PROCEDIMIENTO:

Finalmente, la terminación unilateral y anticipada de un contrato público, dado que implica afectación a los intereses del contratista, debe observar el procedimiento legal y reglamentario determinado en los artículos 95 de la LOSNCP; 311 y 312 de su Reglamento General, respetando los derechos y garantías constitucionales, entre las cuales se destaca la suficiente motivación que debe tener todo acto o resolución administrativa⁶.

Para aquello, es preciso destacar que no existe tal motivación, según lo prescribe la normativa constitucional, si no se anuncian las normas o principios jurídicos que sustentan la decisión y no se explica su pertinencia respecto de sus antecedentes fácticos. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador determinó como criterio rector que: “(...)una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) **una fundamentación normativa suficiente**, y (ii) **una fundamentación fáctica suficiente**”, de ahí la importancia de emitir un acto administrativo de terminación unilateral y anticipada que cuente con los presupuestos fácticos necesarios, a través de informes técnicos, económicos y jurídicos motivados; que garanticen el derecho a la defensa del contratista por medio de una notificación oportuna y adecuada, de acuerdo con lo determinado en los artículos antes referidos.



Elaborado por: Abg. Leslie Jimenez, MSC
Revisado por: Abg. Vanessa Del Pozo López, Subdirectora de Contratación Pública
Aprobado por: Dr. Juan Pablo Neira, Director Nacional de Control de la Legalidad de Contratos
Agosto de 2024

⁶ Constitución de la República: artículo 76 número 7 letra I)

⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1158-17-EP/21(Caso Garantía de la Motivación) de 20 de octubre de 2021, párrafo 61 (página 20).