+ ebook GRATIS

ITINERARIO LATINOAMERICANO DEL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS

Homenaje al profesor Franck Moderne

Directores

HUBERT ALCARAZ

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Coordinador

DANIEL BARTLETT BURGUERA

tirant lo blanch

Homenajes & congresos

ITINERARIO LATINOAMERICANO DEL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS

Homenaje al profesor Franck Moderne

ITINERARIO LATINOAMERICANO DEL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS

Homenaje al profesor Franck Moderne

Directores

HUBERT ALCARAZ

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Coordinador

DANIEL BARTLETT BURGUERA

tirant lo blanch

Valencia, 2019

Índice

INTRODUCCIÓN

1. Presentación de los directores XVII
2. Explicación y agradecimientos del coordinador XXV
3. Presentación de la obra por Pierre Bon ..... **XXIX**
4. Mapa de las visitas y estancias académicas. Listado de textos publicados en/sobre Latinoamérica ..... **XXXIII**
5. Material gráfico, fotografías y otros documentos de las estancias en Latinoamérica XLI
6. Entrevista especial al profesor Tomás-Ramón Fernández Rodríguez LI

ESCRITOS EN HOMENAJE A FRANCK MODERNE

A) La figura de Franck Moderne

Franck Moderne: un perfil humano inigualable y un pensamiento jurídico adaptado a las transformaciones del Derecho Público 75
Juan Carlos Cassagne

Transformación del procedimiento administrativo y mecanismos participativos. El pensamiento del Profesor Moderne 87
Isaac Augusto Damsky

Análisis comparativo de las jurisdicciones administrativas de Francia y Colombia: visión a partir de Franck Moderne 105
Libardo Rodríguez Rodríguez

Para una teoría de los principios jurídicos a partir de la obra de Franck Moderne 125
Alejandro Vergara Blanco

B) Derecho constitucional y garantías

"La revocación de los mandatos de elección popular" (referéndum revocatorio). Un acercamiento crítico al mecanismo de Revocación de los Mandatos de elección popular establecida en la Constitución Venezolana de 1999 145
Julio Azara Hernández

Los nuevos retos del Derecho Constitucional 159
Rubén Hernández Valle

Homena1es & conGResc

Obra en- homenaje al e
las Universidades de P
dador del *Institut d'Etu,*
de la prestigiosa *Revue*

Prolífico autor de Dere1
tra de su obra en castE
todo y aceptación en dE
prologada por Eduardo

Incansable promotor d
a recorrer varios países
tina- asistiendo a num,
iberoamericanos.

Sus colegas franceses
Moderne: Mouvement 1
Derecho público de La1
lo largo de su carrera a
en América Latina y m;
nández sobre los inicio

Obra dirigida por los pr
y Alejandro Vergara Ble

Aproximación general al control de constitucionalidad a prio
Homenaje Iberoamericano a Franck Moderne .....
Ernesto Jinesta L.

Hacia la democracia parlamentaria en Venezuela.....
José Amando Mejía Betancourt

Control de la constitucionalidad actualmente en México .....
Jorge Vargas Morgado

C) Principios jurídicos y fuentes del Derecho A

El Derecho Administrativo en Francia y su recepción en el Derecl
Pablo Osear Gallegos Fedriani

El principio de protección de la confianza legítima ante la doctrina
chilenas .....
Iván Obando Camino
Johann Allesch Peñailillo

Los principios jurídicos de mensurabilidad y proporcionalidad en
potestades administrativas .....
Christian Rojas Calderón

La línea jurisprudencial como instrumento esencial para cor
Administrativo .....
Héctor Santaella Quintero

Las fuentes del Derecho Administrativo con especial consideracié
generales de derecho.....
Cristina Vázquez Pedrouzo

D) Contratación Administrativa y servicios pi

¿Existen aún prerrogativas públicas en el contrato administrativo,
José Luis Benavides Russi

Interés general y limitaciones a la libertad de empresa en el sector
la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia del
Rodrigo Díaz Inverso

Las potestades públicas en los contratos del Estado: un mecanisn
la prestación del servicio público.....
Ciro Nolberto Güechá Medina

El contrato administrativo en el Derecho Administrativo global ..
Una perspectiva Iberoamericana .....
José Ignacio Hernández González

La regulación de la facturación del servicio público de energía ....
Víctor Rafael Hernández-Mendible

El derecho de los postores al acceso del expediente contractual en los procesos de selección..... 401
Juan Carlos Morón Urbina

Modificación de los contratos del estado..... 425
ManuelJavier Paolino Drocco

Esquema de condiciones legales contractuales de las asociaciones público-privadas.
La concesión de servicios públicos y aprovechamiento de bienes estratégicos..... 443
Efraín Pérez Camacho

"Servicios públicos y regulación eléctrica en México. Apuntes en torno a las ideas del profesor Franck Moderne" 465
Carlos A. Villanueva Martínez

E) Responsabilidad administrativa

El principio precautorio y su aporte a la responsabilidad por daño ambiental en Chile..... 485
Jorge A. Femenías Salas

Reflexiones sobre las obligaciones *in solidum* a partir del escrito del profesor Franck Moderne 511
Juan Carlos Henao Pérez

Sobre la responsabilidad extracontractual de la administración por daños provocados por sus contrapartes en contratos de construcción en el Derecho chileno..... 539
José Miguel Valdivia Olivares

F) Contencioso administrativo

Estado de Derecho y contencioso administrativo, o de cómo el controljudicial de la Administración desapareció en Venezuela a partir de 2000 559
Allan R. Brewer-Carías

La nueva modalidad semiformalista del recurso de casación en el código procesal contencioso administrativo (CPCA) de Costa Rica..... 579
ManriqueJiménez Meza (Costa Rica)

Elementos para diagnosticar la legitimidad de lajusticia administrativa desde su diseño institucional. Una perspectiva del caso colombiano..... 591
Manuel Alberto Restrepo Medina

El juez administrativo como juez constitucional en la Constitución venezolana de 1999 611
Miguel Ángel Torrealba Sánchez

Esquema de condiciones legales contractuales de las asociaciones público-privadas. La concesión de servicios públicos y aprovechamiento de bienes estratégicos

EFRAÍN PÉREZ CAMACHO

Se revisa el esquema legal contractual de la operación de las Alianzas Público Privadas, en los aspectos de la mudanza del contrato, terminación y arbitraje, con la base de las normas legales del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) y Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Publico Privádas (LOIAPP) en Ecuador; el proyecto del Banco Mundial (BIRF), el gold book de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) y la doctrina de los contratos administrativos de Laubadere, Moderne y Devolvé.

LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y APROVECHAMIENTO DE BIENES ESTRATÉGICOS

No se va a entrar en este trabajo en los aspectos de la comparación de ofertas de un proyecto de asociación público privada, contenidos en el "concurso" para adjudicar el contrato de asociación pública privada, sino que se discuten un par de elementosjurídicos determinados de la *operación* del proyecto. Los borradores de cláusulas en este tipo de proyectos se encuentran abiertos para la oferta del inversionista privado, borradores que pueden o no ser aceptados por el Estado, según especifica la LOIAPP[1]. Se estudia normativa sobre diferentes sesgos del contrato, conforme lo enfocan Laubadere, Moderne y Delvolvé, el Banco Mundial y FIDIC.

El proyecto del BM adapta el modelo de FIDIC de Diseño, Construcción y Operación; esta adaptación se acomoda a un contrato de diseño, construcción y operación de una planta de agua y eventualmente de tratamiento de aguas, pero se asume que *mutatis mutandi* es válida para otra clase de proyectos.

---

1 Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privada.

LA ENUNCIACIÓN DE ESTILOS DE DESARROLLO EN ECUADOR: CAPITALISMO DE ESTADO, MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, SOCIALISMO DEL SIGLO XXI Y APERTURA DE MERCADOS

Antecedentes

Las competencias estatales

Se hace principal referencia a los elementos de la doctrina del denominado "socialismo del siglo XXI", en cuanto se manifiestajurídicamente en la Constitución ecuatoriana 2008. Cabe contrastar el esquema propuesto con el enfoque vigente con anterioridad, que se desarrolló en Ecuador, a partir de 1990, con los principios de la llamada "modernización y reforma del Estado", en concordancia con la "Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada", actualmente derogada, y demás normativa aplicable, incluyendo la reforma y codificación constitucional de 1998 y otras normasjurídicas y administrativas ecuatorianas, así como a doctrina y legislación extranjera cuando esto proceda.

ESQUEMA DEL RÉGIMEN DE DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ECUATORIANA 2008

El régimen de desarrollo de la Constitución ecuatoriana se sustenta en una mayor intervención del Estado en la economía y en los diferentes mercados.

El Estado amplía el ámbito del dominio público, a través de nuevas competencias y controles sobre *patrimonios* diversos, figura ("patrimonio") que no necesariamente le otorga al Estado la propiedad tradicional sobre los bienes involucrados.

Se establece una administración exclusiva de un conjunto de actividades y de bienes, calificados como "estratégicos" y servicios públicos y su aprovechamiento y explotación directa por intermedio de empresas públicas, así como de "empresas mixtas" y la "economía popular y solidaria", lo que constituyen el conjunto de empresas estatales. No se descarta la delegación a las empresas privadas, que opera de manera excepcional. No obstante, se

determinan operaciones vedadas a los particulares, como las relacionadas con el suministro de aguas.

Adicionalmente, las empresas públicas también expanden sus actividades para competir con las empresas privadas en todos los ámbitos de la economía. La Constitución 2008 atribuye funciones a la empresa pública minera, que ha sido creada al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El sector privado de la economía conserva la libertad de desarrollar sus objetivos económicos y la garantía para el disfrute de sus derechos reconocidos por la Constitución, pero el Estado dicta pautas que orienten la producción hacia metas consideradas deseables, así como interviene en los diferentes mercados para orientarlos en sentidos determinados.

Se conservan con ciertos matices las responsabilidades que la anterior Constitución atribuye a los particulares en el desenvolvimiento de sus actividades económicas.

EL RÉGIMEN ECONÓMICO

Los enfoques descritos modifican los tradicionales acentos de la economía en la actividad privada y atribuye una mayor proporción del desarrollo a las inversiones públicas.

Las principales instituciones para este desarrollo son las empresas públicas y el sector comunitario de la economía. Esto es especialmente cierto en el campo de las actividades relacionadas con los sectores estratégicos y los servicios públicos, cuyas actividades productivas corresponden en régimen monopólico a las empresas públicas, aunque se contempla también la intervención de empresas "mixtas", con mayoría de capitales públicos y, en forma excepcional, de las empresas privadas.

SECTORES "ESTRATÉGICOS"

La denominación de "sectores estratégicos" surge en el Derecho Constitucional ecuatoriano en la Ley Suprema de 1979, sin llegar a definirse, pero con ejemplos que contemplan actividades económicas de magnitud, relacionadas con el aprovechamiento del dominio público del Estado y los grandes servicios públicos. El texto constitucional citado reservaba para el manejo estatal las "empresas estratégicas definidas por ley", de "propiedad

exclusiva del Estado"; que es un concepto que se excluye en la reforma y codificación constitucional de 1998. La ley de alianzas público privadas contempla la participación privada en estos sectores, pero en "asociación" con el sector público.

La Constitución actual, de 2008, amplía la frontera conceptual de lo considerado "estratégico", abarcando las actividades y bienes "que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social".

El mismo artículo enumera como "sectores estratégicos":

1. la energía en todas sus formas;
2. las telecomunicaciones;
3. los recursos naturales no renovables;
4. el transporte y la refinación de hidrocarburos;
5. la biodiversidad y el patrimonio genético;
6. el espectro radioeléctrico
7. el agua; y,
8. "los demás que determine la ley".

En esta enumeración se conjugan: 1. actividades relacionadas con un recurso natural no renovable ("transporte y refinación de hidrocarburos") con 2. bienes; y se redunda al incluir el "espectro radioeléctrico" que indudablemente se compone de manifestaciones de "la energía en todas sus formas". Por otra parte, las "telecomunicaciones", consisten en la utilización de medios tecnológicos en la plataforma del espectro radioeléctrico.

LOS "RECURSOS NATURALES" SON REGULADOS EN UNA SECCIÓN ESPECIAL DE LA CONSTITUCIÓN

La discusión política se ha centrado sobre la administración y aprovechamiento de estas actividades y bienes denominados "estratégicos" y especialmente la distribución de los productos resultantes, así como las restricciones y limitaciones de derechos aplicables al interior de zonificaciones geográficas determinadas.

Así, puede distinguirse: 1. la propiedad misma del bien material, en el caso de los recursos naturales del dominio público; y 2. el régimen jurídi-

co del desarrollo de las actividades vinculadas con el aprovechamiento de estos recursos.

LOS SECTORES ESTRATÉGICOS, DOMINIO PÚBLICO Y PROPIEDAD COMUNITARIA. LA CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Se encuentran equivalencias entre las asociaciones público privada y la tradicional figura del derecho administrativo, la concesión[2], que es el propio "contrato administrativo"3•

Hasta la fecha no se ha desarrollado en ninguna parte un sistema *completo* de Derecho Público y se continúan adaptando figuras del Derecho Privado, especialmente en la contratación pública.

Como lo expresa Moderne, en Francia lajurisprudencia terminó reconociendo que la concesión requería acudir al derecho privado para su desenvolvimiento[4]. Esto es cierto en todos los países que aplican el Derecho Administrativo. La contratación pública es el área donde más se aplican las figuras del Derecho Civil.

En su estudio sobre los contratos administrativos, Laubadere, Moderne y Devolvé encuentran tres elementos principales a la concesión de servicio público: 1. una convención, 2. la misión confiada al co contratante y 3. su remuneración.

Para la prestación del servicio por parte de los particulares se requiere la adjudicación de la concesión, contrato administrativo sometido a reglas generales administrativas, como son el *ius variandi* (potestad administrativa de modificar unilateralmente las condiciones -right to vary en los proyectos de FIDIC), la limitación en el tiempo (plazos), la reversión de las instalaciones al Estado al final de la concesión, la caducidad por in-

---

2 La concesión es una de las referencias citadas en forma expresa por la ley LOIAPP.

3 No obstante, en el Ecuador todos los contratos estatales, especialmente los contratos de adquisición de obras, bienes y servicios se denominan "administrativos", por designio de la LOSNCP, a pesar de su diferencia radical con el propio contrato administrativo, como es la concesión, denominada asociación público privada, que se trata en este trabajo.

4 MODERNE, FRANCK, "El concepto de servicio público frente al desafío de la Unión Europea", en Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 81 Q

cumplimiento, el requisito de la autorización para la modificación de las tarifas, la posibilidad del rescate, es decir la potestad del Estado de asumir la prestación antes de la conclusión del contrato (siempre que exista pacto expreso), la necesidad de autorización administrativa para la transferencia de la concesión a terceros. Condiciones todas estas que, evidentemente, deben constar expresamente en el contrato, con antecedentes en la ley y no se pueden presumir o aplicar sin una base legal.

Debido a las limitaciones de espacio de esta reseña solamente será posible hacer referencia a la *potestas variandi* y sus consecuencias en el equilibrio económico de los contratos, en lo que se incluye la fuerza mayor, así como aspectos de la terminación del contrato y el arbitraje.

Solamente se enumeran los otros temas que deberán incluir necesariamente el contrato de asociación público privada, según lo especificado en la LOIAPP, los cuales son:

- Contempla la posibilidad de subvenciones.
- La Ley denomina "contratos de gestión delegada" al desarrollo de los trabajos (Art. 15), lo que incluye el diseño mismo del proyecto, su construcción y operación.

La LOIAPP determina como cláusulas de obligatoria inclusión en los contratos la"caducidad" y las "causales de terminación de los contratos"[5]. Moderne, en otros trabajos, abordó también otros aspectos jurídicos, descuidados a veces por la doctrina y la legislación: la subcontratación y el enriquecimiento injustificado[6].

LA CONTRATACIÓN

El contraste entre el sistema legal continental, Romano-napoleónico, y el sistema del *common law* se establece en el dominio de la contratación pública. En los contratos de adquisiciones celebrados con préstamos de la Banca Multilateral[7] han predominado las cláusulas para las licitaciones y los concursos sugeridas por la banca multilateral, de los modelos de la

---

5 LOIAPP, Art. 15.

6 FRANCK MODERNE, *La sous-traitance de marches publics,* Dalloz, París, 1995, y *Les quasi-contrats administratifs,* Sirey, 1995.

7 En el continente sudamericano principalmente Banco Interamericano de Desarrollo (BID y Banco Mundial (BIRF) o BM.

Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), con gran influencia del *common lauf.*

El enfoque reciente de la banca multilateral en contratos se extiende más allá que la simple licitación o concurso y las ofertas correspondientes (o sea los *procedimientos* para la contratación), es decir más allá de los procedimientos que culminan en la adjudicación, con muy pocas normas sustantivas sobre la operación. Así, bien calificó Moderne la Ley ecuatoriana vigente en la época de sus visitas a Ecuador, en los años 90, que en esa época se denominaba Ley de Contratación Pública, que, dijo, era realmente una ley de "procedimientos de contratación" -especialmente pliegos de contratación, ofertas y adjudicación, pero que no tenía normas sustantivas, con excepción de un par de cláusulas *exorbitantes.*

El nuevo enfoque de la Banca Multilateral incluye un margen de *operación,* es decir que va más allá de la *adjudicación* -como en el nuevo contrato modelo del Banco Mundial[9], recortado sobre un modelo de FIDIC[10], y como reclama la legislación de asociaciones público privadas ecuatoriana: el proyecto contractual a cargo del oferente particular, a quien le corresponde su elaboración y su propuesta- que puede ser modificada o rechazada por el Estado[11].

Las normas del Código Civil se han aplicado tradicionalmente en la contratación pública en Sudamérica[12], en especial de los esquemas de Andrés Bello y, en todo caso, del Derecho Civil con antecedentes del Código Napoleón y la doctrina correspondiente. En los modelos recomendados por la Banca Multilateral encontramos disposiciones que se enfrentan inspiradas en el *common law* y en la doctrina francesa del contrato administrativo, que pueden ser distintas pero no demasiado diferentes en vista que los esquemas jurídicos finalmente provienen de la lógica y del sentido común[13].

---

8 Una amplia jurisprudencia sobre este tipo de contratos se encuentra en "Hudson's Building and Engineering Contracts", 1995, suplemento de 2004; y un resumen en "The international civil engineering contracts", ambos de Duncan Wallace, Sweet & Maxwell, Londres.

9 pubdocs.worldbank.org/en/.../GuidanceNotewastewatertreatment.docx; se halla adaptado para contratos DBO de plantas de tratamiento de aguas.

10 *Design, Build and Operate Projects,* FIDIC, "the gold book", 2007.

11 LOIAPP, Art. 11, "...El proyecto público puede ser propuesto por el sujeto de derecho privado que tenga interés en constituirse en gestor privado. En tal caso, la entidad delegante no está obligada a acoger la iniciativa privada...."

12 Como "fuerza mayor", "cumplimiento e incumplimiento", "daños y perjuicios", etc.

13 A pesar que un prestigioso comentarista de los modelos de FIDIC, considera que estos se sustentan en normas inglesas, que inclusive según su propio estándar nacional "son

PRINCIPIOS GENERALES DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DELEGACIÓN

Se deben notar las importantes diferencias específicas entre: 1. el contrato propiamente *administrativo,* aplicable a la delegación de servicios públicos; y 2. los contratos de adquisición de obras, bienes y servicios, en que predominan las normas del Derecho Civil.

LA NOCIÓN CONTRACTUAL DEL SERVICIO PÚBLICO

La noción del servicio público es la doctrina que prevaleció en Francia desde fines del siglo XIX, por el impulso doctrinal de Duguit y la basejurisprudencial del Consejo de Estado. Esta doctrina influye en todo el desarrollo del derecho administrativo y de los contratos del Estado.

Todavía hoy, la característica que distingue un contrato privado de un contrato administrativo del Estado, en Francia, es el cumplimiento de una finalidad de servicio público. Cualquier finalidad de servicio público en un contrato determina ineludiblemente su carácter administrativo. Los demás son contratos privados del Estado, a pesar de lo dificultoso de la diferencia[14], lo que también es explicado por RODRÍGUEZ, en Colombia[15].

Así, Laubadere, Moderne y Delvolvé afirman: "El contrato administrativo constituye uno de los medios por los que la administración asegura el funcionamiento de los servicios públicos"[16].

Esta distinción entre contratos de derecho privado y de derecho público de la Administración no existe en la legislación ecuatoriana, donde todos los contratos que celebra el Estado y sus instituciones se denominan apropiadamente "contratos del Estado", a pesar de que normas vigentes

---

vistas como arcaicas y oscuras en extremo", Duncan Wallace, *The Intemational Civil Engineering Contract,* Sweet & Maxwell, Londres, 1974, p. 1.

14 En la obra de Laubadere, Modeme y Delvolvé, *Traité* des *Contrats Administratifs,* París, 1983, LGD, se delimita claramente las partes redactadas exclusivamente por Modeme y por Delvolvé, p. 3. En una de sus propias partes ("Los criterios actuales (fin): apreciación crítica"), Modeme expone las dificultades prácticas que ha encontrado lajurisprudencia en la diferenciación entre los regímenesjurídicos aplicables a los contratos, t. I, pp. 236 y ss.

15 RODRÍGUEZ, LIBARDO, *El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos,* Temis, Bogotá, pp. 3 y SS.

16 LAUBADERE, MODERNE Y DELVOLVÉ, *Ob. cit.,* t. I, p. 706.

determinadas definen como "civiles" actos determinados de la empresa pública[17].

Pero si se acepta que el contrato administrativo es un medio de cumplir el funcionamiento de los servicios públicos, se debe admitir la consecuencia de ese principio, que según Laubadere, Moderne y Delvolvé es que la ejecución del contrato administrativo además de comportar para el contratista la realización de las obligaciones estipuladas por las partes, convierte también a ese contratista en un medio más o menos directo del funcionamiento de un servicio público.

Esto significa que el contrato administrativo convierte al contratante en un colaborador de la administración, un colaborador del servicio público[18].

Esa también es el principio que informa la asociación público privada.

La noción de las prerrogativas de derecho público

En la celebración misma del contrato el Estado el concedente se convierte en "parte", que lo pone en un cierto pie de igualdad con el contratista - el concesionario. Lo somete, como se ha visto, a normas generales de interpretación del derecho civil.

No obstante, el Estado se reserva ciertas prerrogativas de la potestad pública que son en la contratación pública ecuatoriana: la declaratoria de caducidad del contrato y la declaración unilateral de incumplimiento y consecuente aplicación de sanciones, que son principios generales del Derecho Administrativo contemplados por la doctrina.

EL COPCI Y LA LOIAPP

El Código de la Producción del Ecuador (COPCI) contempla el "fomento y promoción de los sectores estratégicos claves para la infraestructura productiva"19.

Se abre la opción para concesionar servicios públicos en las áreas de "electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferro-

---

17 Ley Orgánica de Empresas Públicas, Disposición General Primera.

18 LAUBADERE, MODERNE Y DELVOLVÉ, *Ob. cit.,* t. I, p. 699.

19 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI-2010, Libro V, Tít.

viarias y otros"[20]. Con posterioridad la ley LOIAPP[21] considera adecuado estimular la asociación público privada, en consonancia con los enfoques contemporáneos.

Estas normas enfatizan el tema de precios y tarifas y el control y regulación y se destacan las modalidades de "concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley".

La LOIAPP perfila un enfoque contractual que excluye en forma expresa las disposiciones de la LOSNCP (que contempla los procedimientos de adquisición de obras, bienes y servicios) y dispone que se apliquen los mecanismos del pliego del concurso público[22]. Reitera que contiene los *incentivos* para las asociaciones público privadas en las materias de "infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e infraestructuras portuaria y aeroportuaria", así como a "nuevos proyectos públicos relacionados con el sector hidroeléctrico y otras energías alternativas" y, "por excepción, a servicios públicos.

El énfasis es en los servicios públicos y sectores estratégicos. Está orientada a las asociaciones público privadas que tienen por objeto la provisión de bienes, obras y servicios por parte de los gobiernos central y descentralizado[23]. Determina como incentivos para promover "financiamiento productivo, la inversión nacional y la inversión extranjera". (Art. 1) y especifica la provisión de bienes, obras y servicios, "a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo"[24].

El esquema legal contractual operativo de la concesión y el aprovechamiento de bienes estratégicos

CONTEMPLA LA POSIBILIDAD DE SUBVENCIONES

Las posibilidades de pago a los asociados privados incluyen la entrega del servicio que suministran a cambio de una tarifa que paga el público,

---

20 COPCI, Art. 100.

21 Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas.

22 No procede la comparación de precios (licitación, propiamente) cuando las condiciones, incluyendo las técnicas, pueden ser distintas en diferentes ofertas.

23 Es algo confuso porque hay que recordar que expresamente excluye la LOSNCP, que trata precisamente de adquisición de obras, bienes y servicios.

24 LOIAPP, Art. 8.

que puede ser moderada mediante una subvención que paga el Estado a los asociados particulares[25].

Según el proyecto del BM, se plantean posibilidades como entregar al concesionario energía eléctrica gratuitamente o con un descuento y el suministro de insumos básicos, como químicos[26].

Riesgos "asumidos, transferidos o compartidos" entre las partes (público privada), según el contrato ("distribución de riesgo entre las partes")

En el proyecto de contrato DBO[27] del Banco Mundial se diferencia entre riesgos en el período de diseño y operación y los ocasionados en el período del servicio de operación (cláusulas 5.5.1 y 5.5.2), contemplados por FIDIC como los riesgos del "empleador", en este caso el Estado (7.1), o del contratista (7.2), durante la fase de diseño y construcción y los riesgos durante la operación (7.3)[28].

LOS EXIMENTES DE LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En la obra citada de Laubadere, Moderne y Delvolvé, los diferentes riesgos se consideran eximentes para la ejecución de los contratos, que se basan en ciertasjustificaciones. Los eximentes pueden afectar la totalidad del contrato o sólo una parte de él.

Son ejemplos de incumplimiento parcial el uso de materiales o equipos diferentes que los pactados o la prestación del servicio en condiciones inferiores a las convenidas.

• Según el mayor o menor impacto de los hechos justificativos, éstos podrían afectar la totalidad del contrato y conducir a una solicitud de *resciliación* -terminación por mutuo acuerdo- o incluso una declaratoria de caducidad -terminación unilateral por parte del delegante, o solamente determinar la falta de ciertos compromisos. Tales hechos podríanjustificar la exoneración total o parcial de las sanciones previstas.

---

25 LAUBADERE, MODERNE Y DELVOLVÉ, *ob. cit.,* t. II, el enunciado en pp. 217 y 218 y su desarrollo en pp. ss.

26 BM, Cláusula 5.10 Payment basis.

27 DBO, Design, Build and Operate, Diseño, Construcción y Operación.

28 Los números se refieren a "las condiciones del contrato" (Conditions of Contract for Design, Build and operate projects, FIDIC, 2007.

• La doctrina civil distingue dos clases de hechos justificativos de la falta de ejecución: la fuerza mayor y el hecho del ca-contratante.

• Para constituir caso fortuito o fuerza mayor, y liberar por tanto al deudor, un hecho tiene que reunir los requisitos siguientes:

• Debe provenir de una causa completamente ajena a la voluntad del deudor;

• Que a pesar de la aplicación de su esfuerzo y cuidado, el deudor no haya podido evitarlo.

• Así, no se puede incluir en esta circunstancia el aumento de costos y en general el mayor precio de las mercaderías[29] •

Para que se considere válido este impedimento debe obstar en forma absoluta la ejecución de la obligación contractual. Es decir las meras dificultades, por graves que sean, no se consideran causales suficientes. En esto se diferencian del hecho del príncipe y de la imprevisión, que contemplan las mismas circunstancias, pero sin constituir situaciones irresistibles, sino tan solo más difíciles y costosas para el ca-contratante.

MODIFICACIÓN

La mudanza del contrato por cambio de circunstancias

Los criterios antes expuestos sobre el contrato de cumplimiento de servicios públicos, se ve parcialmente compensado con las posibilidades de evolución y de mudanza del contrato y sus consecuencias que "contrastan indudablemente con la fijeza mucho mayor del contrato civil" e incluso del contrato público de adquisición de obras, bienes y servicios. Según Cassagne,

"La diferencia está pues en el riesgo que corre o asume el contratista en cada caso, riesgo que en el derecho administrativo se cubre con mayor amplitud dadas las cargas, deberes y obligaciones que pesan sobre el contratista, (...)"[30].

Un ejemplo al que se acude comúnmente en el derecho administrativo francés, resulta del surgimiento de circunstancias enteramente novedosas,

---

[29] CLARO SOLAR, Luís, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado,* v. V, t. X, pp. 537 y 538.

[30] CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo,* LexisNexus Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 368.

en caso de haberse reconocido a un ca-contratante un privilegio de exclusividad.

El contrato modelo mencionado de FIDIC, contienen la opción del "right to vary", que fundamenta las órdenes del contratante (the employer) para modificar los términos contractuales y el correspondiente reajuste en el precio del contrato y el *schedule* de pagos, incluyendo una utilidad razonable (cláusula 13.1).

El modelo del BM contempla la posibilidad de incrementar los pagos en caso de variación que contribuya al incremento del costo de operación (5.5.2, antepenúltima cláusula).

Si un concesionario de servicio público, se niega a la actualización de la tecnología en su prestación, el Estado tiene derecho de acudir a un tercero que esté dispuesto a suministrar el servicio con las condiciones nuevas. El cambio de circunstancias aparejado por la evolución de las técnicas o el crecimiento de las necesidades sociales acarrea una verdadera novación de la cláusula de exclusividad, transformando el monopolio del ca-contratante en un simple derecho de preferencia[31].

Estos ejemplos resultan sin duda excepcionales en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Mas esa jurisprudencia no sólo admite las "nuevas circunstancias" cuando no han sido previstas por las partes, es decir si eran verdaderamente imprevisibles. Por supuesto que en el caso de que la eventualidad hubiera estado prevista en el contrato, el juez tendrá que aplicar las soluciones previstas por las partes en la misma convención.

Este poder de la administración pública que impone nuevas cargas al contratista que desarrolla un servicio público no es en modo alguno discrecional. El ejercicio de tal potestad está sujeto a la existencia de condiciones que lo justifiquen y deben haberse previsto en el contrato.

La contrapartida de estas imposiciones de la administración es el surgimiento de la teoría de la imprevisión, que separa verdaderamente el contrato administrativo del contrato civil[32].

La denominada teoría de la imprevisión surge del contrato administrativo de concesión de servicios públicos en Francia, por causas catastróficas, surgidas a raíz de la primera guerra mundial. Hauriou se refiere al requerimiento de que el concesionario continúe con la prestación del servicio frente al alza desproporcionada del precio del carbón. En forma excep-

---

31 LAUBADERE, MüDERNE Y DELVOLVÉ, *Ob. cit.,* t l, p. 713.

32 *Jbid.,* pp. 714y 715.

cional el Consejo de Estado ha discutido su aplicación en el derecho civil, pero la figura no ha prosperado en el derecho privado[33].

Así, a diferencia de la jurisprudencia civil, la jurisprudencia administrativa francesa admite, en determinadas condiciones, la teoría de la imprevisión. Esta teoría beneficia al contratista puesto que sirve de fundamento de los derechos pecuniarios no previstos en las disposiciones escritas del contrato[34].

Este tipo de pago adicional por circunstancias imprevistas, sólo podría hacerse contractualmente en el Ecuador, en la forma de contratos complementarios, siempre y cuando, por supuesto, se hayan previsto en el contrato y se celebren con anterioridad a la prestación adicional.

Para los casos en que no se haya podido celebrar el contrato con anterioridad a la prestación adicional, se podría aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa, que permitiría pagar gastos no previstos incurridos por el contratista en el cumplimiento del objeto del contrato.

El equilibrio económico financiero del contrato

La posibilidad de modificación del contrato significa un incremento del riesgo del contratista. Como contraparte, el derecho administrativo determina la noción del equilibrio financiero, a lo que se ha hecho mención líneas arriba, que ha sido llamada también la ecuación financiera del contrato. Se podría encontrar en este enfoque de la contratación administrativa otra diferencia con el contrato civil y también con el contrato público de adquisición de obras, bienes y servicios. En caso de cambio de circunstancias, el derecho civil apenas autoriza la excepción de inejecutabilidad y, por supuesto, de fuerza mayor o caso fortuito.

Esta noción proviene en realidad de una jurisprudencia de la equidad, uno de los numerosos ámbitos donde el Consejo de Estado francés procedió, en sus propios términos, a una interpretación razonable del contrato. Este principio requiere de la satisfacción de requisitos determinados para su aplicación, donde se encuentran ciertas discrepancias de la doctrina.

---

33 Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public,* ed. 12, 1933, p. 1019 (esta reproducción facsimilar de la obra de Hauriou, Dalloz, 2002, fue presentada por Pierre Delvolvé y Frank Moderne).

34 Laubadere, Moderne y Delvolvé, *ob. cit.,* t. II, p. 570 y ss. Esta sección se encuentra en la parte de la obra que es de autoría exclusiva de Moderne.

Para estos efectos hay que distinguir entre los hechos de la propia administración que vienen a modificar las condiciones de la prestación (por ejemplo, el denominado hecho del príncipe); y aquellos sucesos exteriores que lo afectan.

La teoría del equilibrio financiero del contrato funciona en caso de modificaciones de las condiciones ocasionadas por acontecimientos externos, salvo que tales modificaciones y condiciones hayan sido expresamente contempladas en el contrato.

Solamente en los casos de imprevisión se puede aplicar la noción del equilibrio financiero, para compensar modificaciones provenientes de causas exteriores. Recuérdese que a su vez, la teoría de la imprevisión tiene una serie de condiciones específicas para que se considere aplicable. En todo caso la teoría de la imprevisión no se aplica en casos de simple ruptura del equilibrio, sino de "trastorno" del contrato. Inclusive en estos casos la Administración no estaría obligada en restituir el equilibrio inicial del contrato, sino tan solo de suministrar al co-contratante una contribución para ayudarlo a afrontar el desequilibrio producido.

Según Laubadere, Moderne y Delvolvé, el principio que impide a la administración de romper el equilibrio del contrato a través de variaciones de la prestación, so pena de responsabilizarse por el restablecimiento del equilibrio financiero, constituye una regla de lajurisprudencia, que se funda a la vez en la equidad (como contraparte de los poderes exorbitantes del ius variandi) y en el interés mismo del servicio público, del cual el cocontratante resulta en definitiva ser el colaborador[35].

Contratos complementarios

Como se ha manifestado con anterioridad, la modificación de las condiciones de la delegación, para adaptarla a nuevos requerimientos o a imprevistos, requiere una mayor amplitud que la contemplada para los casos de modificación del contrato público de adquisición de obras, bienes y servicios. En consecuencia los contratos de delegación respectivos deberán otorgar al concedente una mayor discrecionalidad para solicitar al concesionario modificaciones contractuales de mutua acuerdo que excedan el porcentaje previsto en los artículos establecidos en la LOSNCP ecuatoriana.

---

35 Laubadere, Moderne y Delvolvé, *ob. cit.,* t I, p. 721.

Retraso o paralización de la prestación del seroicio

La suspensión de las prestaciones por decisión del concesionario es una causal para la terminación unilateral y anticipada del contrato, que no se aplica de mediar fuerza mayor o caso fortuito.

Por otra parte, la suspensión de los trabajos por un tiempo determinado dispuesta por la entidad concedente, es un motivo de terminación del contrato por causas imputables a la entidad contratante, salvo las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito.

En la legislación española, la fuerza mayor se considera una excepción del "principio de riesgo y ventura" del contratista.

Lajurisprudencia del Tribunal Supremo de España, señala la aplicación del principio "rebus sic stantibus" como una mitigación del otro principio "pacta sunt servanda"36.

La legislación de ese país enumera expresamente los casos de fuerza mayor, aceptando como tales únicamente los incendios causados por electricidad atmosférica, los terremotos y maremotos, movimientos de terreno, destrozos a mano armada en caso de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos, inundaciones catastróficas y cualquier otro de efectos análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros[37].

En todo caso, una orden válida de paralización requiere cumplir con las formalidades y antecedentes legales para su validez

En las condiciones del BM se alude a estas circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito como riesgos excepcionales y fuerzas de la naturaleza (Condiciones generales, 17.1, 18) [38], sin mayor elaboración.

Para un ejemplo de detalles, se puede acudir a otro documento de FIDIC39.

Entre ellos se incluye la destrucción o daño, causados por "guerra, hostilidades (declaradas o no), invasión, acto de enemigos extranjeros, riesgos nucleares y de olas de presión supersónicas, rebelión, revolución, insurrec-

---

36 MORENO GIL, Osear, *Contratos Administrativos,* Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978, p. 757.

37 MORENO cita el Art. 46 de la Ley de Contratos del Estado de España.

38 "Exceptional risks and forces of nature (GC 17.1, 18)"

39 Por ejemplo, la tercera edición del contrato internacional para obras de ingeniería civil, de FIDIC, *Procurement of Works,* simple bidding documents, BID y BIRF, Washington 1985, pp. 25 y SS.

ción militar o usurpación de poder, guerra civil. También se incluyen las destrucciones y daños causados por motines, conmoción o desórdenes, salvo que éstos sean ocasionados por los empleados del contratista o del sub-contratista (Cláusula 65).

Entre los riesgos exceptuados se encuentran también "la operación de las fuerzas de la naturaleza, "que un contratista experimentado no podría prever, o precaver adecuadamente o tomar un seguro". Cláusula 20 (2).

En todos estos casos, el contratante asume los riesgos que no son susceptibles de asegurarse. De esta manera, un criterio para determinar si el contratante debe o no asumir un riesgo, según sea o no asegurable el daño o destrucción.

La cuarta edición de las condiciones de contratos de construcción de ingeniería civil de FIDIC, incluyó algunas modificaciones objetadas por el Banco Mundial, entre las que se encontraban las responsabilidades del contratista por "riesgos especiales".

En efecto, la cláusula 20, (2) citada se refería a los riesgos que un contratista experimentado no podría prever, o precaver adecuadamente o tomar un seguro. Estas últimas palabras, se eliminan en la cuarta edición y se sustituyen por "fuerzas de la naturaleza contra las cuales (...) no pudo esperarse razonablemente que el contratista tome precauciones" lo que el Banco Mundial no consideró aceptable. En efecto, se preguntaba, ¿qué tal si el contratista toma precauciones y de todas maneras el daño se produce? ¿Por qué si $h_{a\,y}$ cómo asegurar un riesgo, éste debe correr por cuenta del contratante?

También se objetaba la referencia al seguro de los equipos "desde el comienzo de los trabajos en el lugar de las obras" (FIDIC, 21.1 y 21.2, cuarta edición), porque los riesgos podrían destruir o dañar los equipos antes que lleguen al lugar de los trabajos.

Asimismo, sobre los riesgos que no son asegurables, como guerra, rebelión, motín, etc. la cláusula 20.4 de FIDIC IV las consideraba riesgos del contratante "dondequiera que ocurran". Se recomendó considerarlas riesgos del contratante sólo dentro del país del contratante, más no en el exterior. Es decir, si los equipos o materiales de un contratista alemán que hará una obra en Ecuador son destruidos en Alemania, esos daños no deberían correr por cuenta del contratante.

TERMINACIÓN

Resciliación

El término "resciliación" pertenece al derecho francés y no se encuentra en el derecho positivo sudamericano[40], pero cierta doctrina lo equivale con la terminación del contrato por mutuo acuerdo. Así, se autoriza a las partes a proceder a la "Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren"[41].

Terminación por causas imputables a la entidad concedente

Una de esas causas imputables a la entidad concedente es la suspensión de las obras ordenada por la misma entidad, que se verá enseguida. La otra causa contemplada por la LOSNCP (para los contratos de adquisición de obras, bienes y servicios) es la existencia de caso fortuito o fuerza mayor "debidamente comprobadas", es decir, cuando se justifiquen los causales de la resciliación, sin que la entidad contratante acceda a terminar por mutuo acuerdo el contrato.

Medidas adminis-trativas de control y dirección

Se consideran como eximentes de responsabilidad cuando estas medidas imposibilitan el cumplimiento oportuno. No se excusa el incumplimiento cuando sí hay posibilidad de ejecutar el contrato. Para efectos del control del contrato se establece el cuerpo auditor[42].

---

40 TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones,* McGraw-Hill. México, 2007, le atribuye el significado: "...cuando la rescisión afecta obligaciones de tracto sucesivo, en las que es imposible naturalmente resolverlas retroactivamente, cobra el nombre de 'resciliación", p. 116. No se encuentra este vocablo en el "Diccionario del Derecho Civil" de Juan Larrea Holguín, ni en el "Repertorio del Código Civil Chileno" de Fernando Fueyo Laneri.

41 LOSNCP, Art. 93.

42 . the "auditing body

TERMINACIÓN

Resciliación

El término "resciliación" pertenece al derecho francés y no se encuentra en el derecho positivo sudamericano[40], pero cierta doctrina lo equivale con la terminación del contrato por mutuo acuerdo. Así, se autoriza a las partes a proceder a la "Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren"[41].

Terminación por causas imputables a la entidad concedente

Una de esas causas imputables a la entidad concedente es la suspensión de las obras ordenada por la misma entidad, que se verá enseguida. La otra causa contemplada: por la LOSNCP (para los contratos de adquisición de obras, bienes y servicios) es la existencia de caso fortuito o fuerza mayor "debidamente comprobadas", es decir, cuando se justifiquen los causales de la resciliación, sin que la entidad contratante acceda a terminar por mutuo acuerdo el contrato.

Medidas administrativas de control y dirección

Se consideran como eximentes de responsabilidad cuando estas medidas imposibilitan el cumplimiento oportuno. No se excusa el incumplimiento cuando sí hay posibilidad de ejecutar el contrato. Para efectos del control del contrato se establece el cuerpo auditor[42].

---

40 TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones,* McGraw-Hill. México, 2007, le atribuye el significado: "... cuando la rescisión afecta obligaciones de tracto sucesivo, en las que es imposible naturalmente resolverlas retroactivamente, cobra el nombre de 'resciliación", p. 116. No se encuentra este vocablo en el "Diccionario del Derecho Civil" de Juan Larrea Holguín, ni en el "Repertorio del Código Civil Chileno" de Fernando Fueyo Laneri.

41 LOSNCP, Art. 93.

42 . the "auditing body

La indemnización del co-contratante

La fuerza mayor y el caso fortuito también podrían justificar el reconocimiento de una indemnización al ca-contratante por el daño provocado.

Se ha hecho notar la originalidad de esta solución. Mientras que normalmente la fuerza mayor dispensa a uno de los ca-contratantes de su responsabilidad contractual, puede en este caso hacerlo acreedor a una indemnización, debiendo, no obstante, la otra parte cumplir sus obligaciones. Estas soluciones provienen con frecuencia de las estipulaciones contractuales.

Así, la cláusula 5.5.2 del proyecto citado del BM asume como riesgos del empleador (el Estado) entre otras provisiones, los "riesgos excepcionales y fuerzas de la naturaleza"

La responsabilidad contractual

Las faltas de una de las partes por incumplimiento de sus obligaciones contractuales comprometen su responsabilidad frente a la otra parte.

• La doctrina administrativa discute sobre las reglas que aplican a la responsabilidad en el contrato administrativo, especialmente en su relación con el derecho civil.

• Como ocurre con muchos aspectos del derecho administrativo de delegación de servicios públicos, en este tema de la responsabilidad existen coincidencias con el derecho civil. Laubadere, Moderne y Delvolvé afirman que se aplican los principios de la jurisprudencia civil a los contratos de la administración en los temas del análisis de la falta contractual, las relaciones entre las responsabilidades contractuales y cuasidelictual y cláusulas de irresponsabilidad.

• Muchas veces, inclusive la doctrina administrativa se debe referir al articulado expreso del Código Civil, como en la teoría de los daños, intereses moratorias y compensatorios y su capitalización.

En la doctrina francesa las discrepancias que se pueden encontrar entre ambas ramas del derecho provienen más bien de las diferencias entre las jurisdicciones civiles y contencioso administrativas antes que de una oposición de principios.

• Para establecer las diferencias entre el derecho civil y el administrativo en la responsabilidad contractual, hay que distinguir entre la responsabilidad de la Administración y la del concesionario particular.

• En efecto, en el tema de la responsabilidad contractual, la principal diferencia entre los derechos civil y administrativo se da en el campo de la responsabilidad de la Administración.

Esta diferencia se refiere básicamente a la figura de responsabilidad contractual sin falta (responsabilidad estricta u objetiva) además de la responsabilidad por falta que corresponde a ambos ca-contratantes.

• En lo relativo al contratista, la diferencia con el derecho civil la encontramos en la posibilidad que tiene la Administración dentro de ciertas condiciones, de imponer sanciones al contratista por sus faltas, sin necesidad de previa reclamaciónjudicial[43]•

EL ARBITRAJE TÉCNICO Y EL JUICIO ARBITRAL

Arbitraje: previo "agotamiento de la vía administrativa" (LOIAPP, Art. 20, 20.2); además, se contemplan "arbitrajes o dictámenes técnicos" (LOIAPP, Art. 20.1, b.).

La novedad en el tratamiento del arbitraje respecto de la tradición jurídica ecuatoriana de por lo menos 25 años, es que se requiere al "agotamiento previo" de la vía administrativa, cuya obligatoriedad se había suprimido por la legislación ecuatoriana, pero cuya demora se puede salvar acudiendo oportunamente al "silencio administrativo", aunque la nueva ley administrativa (COA) solo estatuye el "silencio administrativo negativo presunto" en el Recurso Extraordinario de Revisión.

El arbitraje *privado* no sufre modificaciones en la Constitución 2008. Se determina la salvedad del arbitraje en equidad para la deuda pública, conforme la interpretación de la Corte Constitucional ecuatoriana, cuando en todos los demás casos de arbitraje en Derecho Público corresponde solamente el arbitraje *en derecho.*

La Constitución 2008 prohíbe la suscripción de nuevos tratados que comprometan al país en arbitrajes internacionales, pero autoriza las "instancias arbitrales regionales o por órganosjurisdiccionales de designación de los países signatarios": en tal momento se contempla inmediatamente el arbitraje internacional en Chile. También excluye la participación de árbitros que tengan la misma ciudadanía que la contraparte.

---

43 LAUBADERE, MooERNE Y DELVOLVÉ, *ob. cit.,* pp. 748 y 749.

La LOIAPP incluye el arbitraje técnico ("dispute adjudication board" según el BM y FIDIC) por discrepancias entre el fiscalizador (el "employer's representative" según el BM y FIDIC) y el concesionario, por diferencias y observaciones que son resueltas sin necesidad de acudir el arbitraje propiamente dicho.

BIBLIOGRAFÍA

CASSAGNE, Juan Carlos (2005): *El contrato administrativo,* LexisNexus Abeledo Perrot, Buenos Aires.

CLARO SOLAR, Luís (1931): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado,* v. V, t. X, Chile.

HAURIOU, Maurice (1933): *Précis de droit administratif et de droit public,* ed. 12, 1933.

LAUBADERE, MODERNE Y DELVOLVÉ (1983): *Traité des Contrats Administratifs,* París.

MODERNE, FRANCK (1998): "El concepto de servicio público frente al desafío de la Unión Europea", en Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje al profesor M i g u el* S. *Marienhoff,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- (1995): *La sous-traitance de marches publics,* Dalloz, París, 1995, y *Les quasi-contrats administratifs,* Sirey.

MORENO GrL, Osear (1978): *Contratos Administrativos,* Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

RODRÍGUEZ, Libardo (2015): *El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos,* Temis, Bogotá.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo (2007): *Teoría General de las Obligaciones,* McGraw-Hill. México.

WALLACE, DuNCAN (2004):"Hudson's Building and Engineering Contracts", en "The international civil engineering contracts", Duncan Wallace, Sweet & Maxwell, Londres.

- (1974): *The Intemational Civil Engineering Contract,* Sweet & Maxwell, Londres.

Siglas utilizadas

COA: Código Orgánico Administrativo
COPCI: Código Orgánico de Producción Comercio e Inversionea
DBO: Design, Build and Operate -Diseño, Construcción y Operación
FIDIC: Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils -Federación Internacional de Ingenieros Consultores
LOIAPP: Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas
LOSNCP: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

NOTA: Todas las !eyes citadas son normas legales ecuatorianas.

El autor cita su propias traducciones libres, no autorizadas oficialmente, de los documento,s *Traité de Contrats Administratifs* de Laubadere, Moderne y Delvolve; la "Guidance note for Standard Bidding Document (SPD) for Works and Operation Services, Design, Build and Operation (DBO) ...", del Banco Mundial; y las "Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects", de FIDIC.