

LA ATMÓSFERA DE DERECHO PÚBLICO¹ DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: EL RÉGIMEN EXORBITANTE

Por Dra. María José Rodríguez*

El presente artículo se publica con la autorización expresa de su autora, y se encuentra originalmente publicado en CONCEPTOS, boletín de la Universidad del Museo Social Argentino, Dossier Especial – Derecho Comercial y Empresarial, Año 95 (Nº 508 / Abril 2020), 245 – 271.

SUMARIO

I. El régimen exorbitante del derecho privado. Conceptualización	03
II. Las cláusulas exorbitantes del derecho privado como caracterizadoras de la condición “administrativa” del contrato en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Conflictos y un importante giro a partir de 2014	04
2.1. El caso “Société des granits porphiroïdes des Vosges” (CE, 1912)	05
2.2. El caso “Société Commerciale de l’Ouest africain c/ Colonie de la Côte d’Ivoire” (TC, 1921)	06
2.3. El caso “Sieur Lossifoglu” (TC, 1923)	06
2.4. El caso “Stein” (CE, 1950)	06
2.5. “Époux Bertin” (CE, 1956)	07
2.6. “Société d’exploitation électrique de la Rivière du Sant” (CE, 1973)	08
2.7. “Union des Groupements d’Achats Publics” (TC, 1999)	09
2.8. Una nueva definición de la cláusula exorbitante del derecho común: el caso “Axa France IARD c. MAIF” (TC, 2014)	10
2.9. Hacia una definición positiva de la cláusula exorbitante	11
III. La cláusula y el régimen exorbitantes en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación	12
IV. La utilización de los sintagmas “cláusulas exorbitantes” y “régimen exorbitante” por parte de la Corte Suprema	13
V. Las “cláusulas exorbitantes”: diferencia con la noción de “régimen exorbitante”	14

1. Hemos adoptado la expresión “atmósfera de derecho público” del trabajo de Weil, Prosper, 2016, “La crisis del criterio del contrato administrativo”, *Revista de Derecho Público* (39/40): 163-183.

VI. La “ventana del acto administrativo” por la que penetra el régimen exorbitante.	
Un caso paradigmático: Dictámenes 277:196	15
VII. Referencias bibliográficas.....	17

Resumen La contratación pública como actividad administrativa pone de manifiesto el poder público del Estado y resulta envuelta por “una atmósfera de derecho público”: el denominado “régimen exorbitante del derecho privado”. En este se revelan las prerrogativas de la Administración que encuentran justificación teleológica en su finalidad de bien común o interés público, y que se equilibran con las garantías que el régimen legal reconoce a los particulares.

En el estado actual de evolución del derecho administrativo y del principio de juridicidad, resulta acertado hacer referencia al régimen exorbitante de la contratación administrativa, y no a “cláusulas exorbitantes”; tanto si se alude con este sintagma a las cláusulas expresas como a las llamadas “implícitas”.

Palabras clave Contrato administrativo, régimen, cláusula exorbitante, atmósfera de derecho público, finalidad de interés general

Abstract Public procurement as an administrative task highlights the public power of the State and is surrounded by “an atmosphere of Public Law”: the so-called “exorbitant system of Private Law”.

In it, the prerogatives of the Administration that find teleological justification in their purpose of common good or public interest are revealed, and they are balanced with the guarantees that the legal system recognizes to individuals. In the current state of evolution of the Administrative Law and of the legality principle, it is right to refer to the exorbitant system of administrative contracting, and not to “exorbitant clauses”; both if this syntagma refers to the express clauses as well as the “implicit” ones.

Keywords Administrative contract, system, exorbitant clause, public law atmosphere, general interest purpose

PRELIMINAR

Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Procuración del Tesoro de la Nación han incluido, entre las notas definitorias de la figura del contrato administrativo, las “cláusulas exorbitantes del derecho privado”.² En este trabajo, nos proponemos demostrar que el contrato administrativo es aquel que, celebrado por una persona jurídica estatal, tiene por objeto una finalidad de interés público y se encuentra sometido a un “régimen exorbitante del derecho privado”; esto es, que la inclusión de las denominadas “cláusulas” no resulta un elemento apropiado o suficiente para efectuar tal caracterización.

En esa línea, corresponde tener presente que, si bien la noción de cláusula exorbitante es adoptada en la Argentina de la fuente del Consejo de Estado francés,³ este órgano ha mostrado una evolución de su jurisprudencia en la línea que postulamos, esto es, que la contratación será administrativa por estar sometida a un régimen exorbitante –que constituye una verdadera “atmósfera de derecho público” de la contratación (Weil, 2016:183)–, y no por contener cláusulas exorbitantes del derecho privado, sean estas expresas o implícitas.

I. EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO PRIVADO. CONCEPTUALIZACIÓN

Desde la perspectiva filosófica, el llamado “régimen exorbitante del Estado” encuentra justificación teleológica en el bien común como causa final del Estado y en el primado de la política, que supone ordenar los distintos intereses en juego en una comunidad política, sin silenciarlos ni anularlos, porque, en definitiva, “el derecho administrativo es el derecho constitucional del poder en acción” (Rodríguez, 2003:58-63). Desde la perspectiva jurídica argentina, es una opinión común que el término “exorbitante” no puede ser entendido como indicativo de un régimen cuya definición deriva de un ámbito regulatorio residual, por oposición al principal o central constituido por el derecho privado (Comadira, 2012:15-16). En

2. Ver CSJN, 29/3/1990, “Dulcamara SA v. ENTel”, Fallos 313:376; CSJN, 2/3/1993, “Cinplast IAPSA v. ENTel s/ ordinario”, Fallos 316:212; CSJN, 22/5/2007, “Pluspetrol Energy SA v. ENRE Resolución 458/2002”, Fallos 330:2286; Dictámenes PTN 239:418; 304:491; y 307:445.

3. Es introducida por la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 84:133 (1963), que colaciona un precedente de 1956 emitido por el Consejo de Estado francés.

tal sentido, se considera que la exorbitancia del derecho administrativo deriva hoy de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías, tanto sustanciales como procesales; y de su carácter de derecho común de la Administración, ámbito, en principio, excluido de la órbita propia del derecho privado (Comadira, 2012:15-16).

II. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL DERECHO PRIVADO COMO CARACTERIZADORAS DE LA CONDICIÓN “ADMINISTRATIVA” DEL CONTRATO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS Y DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS Y UN IMPORTANTE GIRO A PARTIR DE 2014

La jurisprudencia francesa que surge tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos que *infra* reseñamos parte de la premisa de que la Administración puede celebrar tanto contratos administrativos como “civiles”. Asume, de un modo algo contradictorio, que esta “puede” someter la contratación a un régimen de derecho público a través de la inserción de las referidas cláusulas exorbitantes; de lo contrario, salvo que el contrato sea el instrumento a través del cual se confía la prestación misma de un servicio público, la regla es que el contrato es privado. Esta idea debe ser entendida e interpretada en el contexto francés, en el cual la aplicación del derecho administrativo se vinculaba íntimamente con la jurisdicción administrativa competente (solo el Consejo de Estado podía juzgar a la Administración), que era, según la ultraactividad de las corrientes liberales devenidas prevalecientes en la época cercana al *arrêt* “Blanco” (1873), meramente de atribución, es decir, de excepción (Bigot, 2019: 54).

En el largo camino del desarrollo del derecho administrativo, la idea de cláusula se asociará paulatinamente al régimen aplicable en virtud del pliego de bases y condiciones o al marco legal y reglamentario imperativo por regir la actuación de la persona jurídica interviniente; y, finalmente, en 2014, será reinterpretada como inescindible y positivamente vinculada con una finalidad de interés público, es decir, la intelección del instituto asume una impronta objetiva y se asemeja más a la idea de “régimen exorbitante”.

2.1. El caso “*Société des granits porphiroïdes des Vosges*” (CE, 1912)

La doctrina remonta la expresión “*clause exorbitante du droit commun*” al fallo vertido por el Consejo de Estado en “*Société des granits porphiroïdes des Vosges*”.⁴

En este se sostuvo que la jurisdicción administrativa no resultaba competente si la contratación no tenía por objeto la prestación de un servicio público y había sido realizada en las mismas condiciones en las que lo hubieran hecho los particulares. Se trataba de un litigio entre la sociedad mencionada y la ciudad de Lille, suscitado por un contrato relativo a la provisión de adoquines.⁵ Con el objeto de rechazar la demanda por incompetencia, el Consejo de Estado consideró que aquel contrato “tenía como único objeto efectuar suministros de acuerdo con las reglas y condiciones de los contratos celebrados entre particulares”.

La referencia a las cláusulas exorbitantes aparece en las conclusiones relativas a este asunto vertidas por el entonces comisario del gobierno, Léon Blum, en las que leemos:

Cuando se trata de contratos, es necesario indagar, no el objeto del mismo, sino qué es el contrato por su naturaleza misma. Y, para que el juez administrativo sea competente, no es suficiente que el suministro, que es el objeto del contrato, tenga como destino un servicio público; es necesario que ese contrato por sí mismo, y por su propia naturaleza, sea de aquellos que solo una persona pública puede celebrar, que él sea por su forma, y su contextura, un contrato administrativo. Lo que es necesario examinar es la naturaleza del contrato, independientemente de la persona que lo ha celebrado y del objeto por el cual ha sido concluido.⁶

4. CE, 31/7/1912, n° 30.701.

5. Ver <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007634187> y https://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Public/le_contrat_administratif_notion/GrandsArrets_31juil1912.pdf (18/06/2020).

6. Traducción libre de la autora de este artículo; ver Lebon, p. 909, concl. Léon Blum.

Para el comisario del gobierno, esta naturaleza del contrato estaba dada por la presencia de “cláusulas exorbitantes del derecho común”, es decir, cláusulas que no se encontrarían en un contrato de derecho privado.⁷

2.2. El caso “*Société Commerciale de l’Ouest africain c/ Colonie de la Côte d’Ivoire*” (TC, 1921)⁸

En esta sentencia del Tribunal de Conflictos en realidad no se alude a cláusulas exorbitantes; se sostiene que el contrato no es administrativo porque no se verifica una cláusula que atribuya competencia a la jurisdicción administrativa; de tal suerte, se concluye que corresponde la jurisdicción judicial. En este precedente, conocido como “Bac d’Éloka”, se excluye de la competencia del Consejo de Estado a lo que se discrimina como “servicios públicos industriales y comerciales” (SPIC).

2.3. El caso “*Sieur Lossifoglu*” (TC, 1923)

En esta decisión el Tribunal de Conflictos consideró que los contratos de fletes habían sido concluidos en las condiciones habituales ofrecidas a todo fletador, y que ninguna de las pólizas de fletamento contenía cláusulas exorbitantes del derecho común, por lo cual no correspondía la jurisdicción del Consejo de Estado.⁹

2.4. El caso “*Stein*” (CE, 1950)

En cuanto a la definición de “cláusula exorbitante del derecho privado”, esta aparece por vez primera en la sentencia del Consejo de Estado de 1950, y es retomada desde entonces por las decisiones de las jurisdicciones judiciales y por el Tribunal de Conflictos.

Según este fallo, cabe entender por cláusula exorbitante del derecho común a “toda cláusula que tenga por objeto conferir a las partes derechos o poner a su cargo obligaciones, extrañas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles

7. <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/point-sur-la-clause-exorbitante>.

8. TC, 22/1/1921, N.º 00706; ver también Perroud, T. y Caillosse, J. 2019. *Les grandes décisions. Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris: LGDJ

9. Ver “*Droit administratif général. Point sur la clause exorbitante*”, en <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/point-sur-la-clause-exorbitante/h/4390ceb41ebf0c9d38fc87d337686ee5.html> (18/06/2020).

de ser libremente consentidas por cualquiera en el marco de las leyes civiles y comerciales”.¹⁰

2.5. “Époux Bertin” (CE, 1956)

De acuerdo con este *arrêt*, el contrato puede ser administrativo porque confía a un particular la ejecución de un servicio público o porque contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado; pero basta con uno solo de estos requisitos para que revista el carácter de administrativo.¹¹

En los actuados, se trataba de un contrato verbal celebrado con la Administración el 24/11/1944: los esposos Bertin se habían comprometido por una suma tarifada de 30 francos por hombre y por día para asegurar la alimentación de nacionales soviéticos albergados en el centro de repatriación de la ciudad de Meaux (Francia), que esperaban su regreso a Rusia. Según los reclamantes, la Administración había asumido un compromiso adicional de abonar una suma complementaria por la incorporación de nuevos productos alimentarios. Por decisión del 1/6/1949, el ministro de Antiguos Combatientes y Víctimas de Guerra había rehusado pagarles esa suma adicional.

Los esposos Bertin acudieron al Consejo de Estado y plantearon una demanda tendiente a la anulación de esta negativa, que fue rechazada por el Consejo sobre la base de que no se había probado el compromiso estatal complementario invocado.

Lo importante es que el Consejo de Estado juzgó que un contrato era administrativo desde que tenía por objeto confiar al cocontratante la ejecución de un servicio público, “(...) aunque no tuviera cláusulas exorbitantes (...)”. El Consejo

10. “La clause exorbitante est la clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d’être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales”(CE, 20/10/1950, “Stein”, Lebon, p. 505); ver también: <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Clause-exorbitante.htm> (18/06/2020).

11. Leemos en la sentencia: “(...) que ledit contrat a eu pour objet de confier, à cet égard, aux intéressés l’exécution même du service public alors chargé d’assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français ; que cette circonstance suffit, à elle seule, à imprimer au contrat dont s’agit le caractère d’un contrat administratif ; qu’il suit de là que, sans qu’il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun (...)”.

vuelve entonces sobre la jurisprudencia del caso “Société commercial des granits porphyroïdes des Vosges”, en la que había parecido imponer dos condiciones para considerar la existencia del contrato administrativo: además de la casi siempre exigida presencia de una persona pública, la participación del cocontratante en la ejecución del servicio público y la presencia en el contrato de las cláusulas exorbitantes del derecho común. El interés de esta nueva solución reside en el hecho de que la Administración, desde que confía la ejecución misma del servicio público, puede utilizar prerrogativas (implícitas) que confieren el carácter “administrativo” al contrato, sin que resulte necesario que esas prerrogativas se encuentren “escritas” en este;¹² aparece aquí el germen de la noción del régimen exorbitante.

2.6. “Société d’exploitation électrique de la Rivière du Sant” (CE, 1973)¹³

En este fallo, que continúa la línea trazada en el precedente “Époux Bertin”, de 1956, el Consejo de Estado reemplaza el criterio de la cláusula exorbitante por la noción de régimen exorbitante.

En el supuesto ventilado en estos autos, se trataba de una negativa de la autoridad administrativa a aplicar un precio mínimo en el marco de un contrato que carecía de toda cláusula exorbitante; pero el Consejo de Estado consideró que la circunstancia de que la autoridad competente para resolver la cuestión fuera una persona jurídica estatal tornaba aplicable un régimen público, exorbitante, que convertía al contrato en administrativo.¹⁴

Por consiguiente, podríamos interpretar que, a partir de este fallo, se produce la ruptura entre las nociones de “cláusula exorbitante” y “régimen exorbitante”, que, vale aclararlo, solo coinciden en el adjetivo: la primera constituye un elemento

12. Ver <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-20-avril-1956-epoux-bertin-et-ministre-de-l-agriculture-c-consorts-grimouard-et-autres> (18/06/2020).

13. Ver CE, 19/1/1973, “Société d’exploitation électrique de la Rivière du Sant”, n° 82.338.

14. En traducción libre de la autora de este artículo, el resumen de la doctrina del fallo es: “Teniendo en cuenta las competencias asignadas por las diversas disposiciones del pliego de bases y condiciones a una autoridad administrativa para resolver determinados desacuerdos a los que pueden dar lugar los contratos celebrados por Électricité de France, en aplicación de un decreto con los productores autónomos de electricidad, estos se encuentran sometidos a un régimen exorbitante del derecho común y presentan el carácter de contratos administrativos, que suscitan la competencia del juez administrativo”.

“voluntarista” y representa un pacto, un acuerdo; la segunda, en cambio, es un elemento objetivo: comprende dimensiones impuestas desde el exterior del contrato por la ley y por el reglamento, y ajenas a la voluntad de las partes.

2.7. “*Union des Groupements d’Achats Publics*” (TC, 1999)¹⁵

El 3/7/1997, la UGAP –Union des Groupements d’Achats Publics (Unión de Grupos de Compras Públicas)– celebró un contrato con la Sociedad SNC Activ CSA, en vista de la provisión de computadoras para los hospicios civiles de la ciudad de Colmar, considerados establecimientos públicos comunales. Como consecuencia de un litigio seguido entre las dos partes, el conflicto fue llevado al Tribunal de la Grande Instance (TGI) de Estrasburgo. El prefecto del Alto-Rhin solicitó la declinación de la instancia tendiente a que se declarara la jurisdicción del orden judicial incompetente, pues estimaba que el contrato en cuestión era administrativo.

La Corte de Apelaciones de Colmar rechazó la declinación de competencia, y el prefecto elevó el conflicto; el 6/5/1999, el Ministro de Justicia remitió al Tribunal de Conflictos el expediente y presentó un memorial tendiente a la confirmación del decreto de conflicto.

La cuestión que se planteó entonces en los obrados fue la de si un contrato celebrado por una colectividad pública y regido por el Código de los contratos públicos era, por esa sola razón, un contrato administrativo... respuesta dada por el Tribunal de Conflictos fue que no lo era.

Para así resolver, el Tribunal de Conflictos pasó revista a los dos criterios alternativos disponibles para calificar un contrato de “administrativo”: la ejecución de un servicio público o la existencia dentro del contrato de una cláusula exorbitante del derecho común.

En la especie, el Tribunal acudió al segundo criterio para calificar al contrato celebrado entre la UGAP y la sociedad SNC de contrato administrativo: el de la

15. TC, 5/7/1999, N.º 03167; ver <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/TC-03167-UGAP-1999-07-05.htm> (18/06/2020).

cláusula exorbitante del derecho común; y excluyó el criterio de la sumisión al Código de contrataciones públicas.

Al efecto, consideró que desde que el contrato celebrado reenviaba a un pliego de bases y condiciones generales (en la especie, el que resultaba aplicable a los contratos públicos de suministro de energía y de servicio), y este pliego contenía una cláusula exorbitante de derecho común (en el caso, un poder de rescisión unilateral aun ante la ausencia de todo incumplimiento del cocontratante a sus obligaciones), el contrato presentaba el carácter de administrativo, resultando competente el juez administrativo, y no la jurisdicción judicial.

2.8. Una nueva definición de la cláusula exorbitante del derecho común: el caso “Axa France IARD c. MAIF” (TC, 2014)¹⁶

En 2014 el Tribunal de Conflictos proporcionó una nueva definición de cláusula exorbitante de derecho común: esta es la cláusula que, notablemente, por las prerrogativas reconocidas a la persona pública contratante en la ejecución del contrato, implica un interés general que remite al régimen exorbitante de los contratos administrativos.¹⁷

El aporte de la decisión consiste, sin duda, en una definición positiva de la noción. En el supuesto, el Tribunal de Conflictos debía determinar la naturaleza de un contrato de arrendamiento de un complejo inmobiliario destinado a la práctica de actividades deportivas de remo, celebrado entre una asociación y una ciudad. El Tribunal de Conflictos consideró que este contrato no perseguía una finalidad de interés general, toda vez que la utilización del predio estaba reservada a los miembros de la asociación, y no estaba afectada al uso directo del público. Tampoco resultaba encuadrable dentro del concepto de arrendamiento enfiteútico contemplado en el art. 1311 del Código General de las Colectividades Territoriales.

16. TC, 13/10/2014, N.º 3963.

17. “(...) clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs”.

Partiendo de tales lineamientos, el Tribunal afirmó que la jurisdicción judicial era la competente para intervenir en el litigio que enfrentaba a los aseguradores respectivos de la comuna y de la asociación por la responsabilidad de estos últimos en el incendio que había afectado el inmueble dado en arrendamiento.

El Tribunal expresó: “El contrato en litigio no comporta ninguna cláusula que, notablemente, por las prerrogativas reconocidas a la persona pública contratante en la ejecución del contrato, implique el interés general que concierne al régimen exorbitante de los contratos administrativos”¹⁸.

2.9. Hacia una definición positiva de la cláusula exorbitante

En suma, a partir de la reseña de los precedentes traídos en este acápite, puede colegirse que el derecho francés, al que inicialmente sigue el derecho administrativo argentino,¹⁹ en un primer estadio, asocia con la naturaleza administrativa del contrato a la presencia de las denominadas “cláusulas exorbitantes del derecho privado”, a las que define de un modo negativo, esto es, por referencia a su atipicidad en el derecho común.

Luego de una paulatina evolución, que tiene un punto de inflexión cualitativo en 2014 con el mencionado fallo “Axa France IARD”, arriba a una definición positiva de la cláusula que se aproxima a la idea de régimen como atmósfera que envuelve la actuación del órgano administrativo contratante, en tanto implica una finalidad de interés general. El elemento voluntarista, la cláusula, exhibe su insuficiencia, y las soluciones se orientan hacia las nociones de régimen y de finalidad de interés público del contrato, pero sin alcanzar la perfección sistémica y completitud que, a nuestro criterio, ostentan las definiciones del derecho argentino en las direcciones –sutilmente diferentes– que trazan la Corte federal y la Procuración del Tesoro de la Nación en los fallos “Dulcamara”, “Cinplast” y “Pluspetrol”, y en Dictámenes 239:418 y 304:291, respectivamente.²⁰

18. Ver http://www.tribunalconflits.fr/PDF/3963_Commentaire_commentaire_tc_3963.pdf (18/06/2020).

19. Dictámenes PTN 84:133 (1963).

20. Para la Corte federal argentina, existe contrato administrativo cuando concurren los siguientes elementos: a) persona jurídica estatal; b) el contrato tiene por objeto una finalidad de interés público; y c) contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado. Es interesante destacar que para la citada Corte, el elemento subjetivo es necesario, no puede estar ausente. Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación, a partir del año 2000, estableció que basta con que concurra el elemento subjetivo (a) para que por añadidura se verifiquen los otros

III. LA CLÁUSULA Y EL RÉGIMEN EXORBITANTES EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

La noción de “cláusula exorbitante” ingresa en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro durante la gestión de Miguel S. Marienhoff, en 1963, en Dictámenes 84:133. En este dictamen, el entonces Procurador reeditó la definición del Consejo de Estado francés del precedente “Époux Bertin”, del 20/4/1956, que a su turno replica la definición de cláusula exorbitante perfilada también por el Consejo de Estado en 1950 en el caso “Stein”,²¹ precedentes ya referidos supra.

La cláusula exorbitante, según la definición que adopta la Procuración del Tesoro de su fuente, el Consejo de Estado francés, es aquella que no se encuentra en los contratos de derecho privado porque en tal contexto resultaría ilegal. Su presencia determina el carácter administrativo del contrato. Una sola cláusula exorbitante en un contrato basta para que el contrato sea administrativo. La cláusula exorbitante establece una relación de desigualdad entre los cocontratantes, pues otorga poderes a una de las partes, sin dárselos a la otra.

Procede hacer notar que el alto órgano asesor en el aludido dictamen –vertido en Dictámenes 84:133– considera que los contratos de la Administración pueden ser privados o administrativos. Revestirán este último carácter cuando se trate de contratos que tengan por objeto la prestación misma del servicio público; o “por su naturaleza”, esto es, cuando contengan cláusulas exorbitantes del derecho común.

Expresa el dictamen de la cita:

La cláusula exorbitante revela que las partes se han colocado bajo un régimen de “poder público” y le confiere carácter “administrativo” al contrato, aun cuando este no se vincule con el servicio público. En la mayoría de los casos concretos, la cláusula exorbitante es la que permite decidir acerca de la naturaleza, pública o

dos elementos (b y c); de ello parece desprenderse que el contrato celebrado por la Administración siempre será administrativo. Cabe notar la evolución en la diferente gravitación que adquiere la noción de cláusula exorbitante desde que es recogida en Dictámenes 84:133, hasta el asesoramiento de Dictámenes 239:418.

21. CE, 20/10/1950, N.º 98.459, Lebon, 505.

privada, del contrato, porque son raros los contratos administrativos que tengan por objeto confiar a un particular 'la ejecución misma del servicio' (Vedel, 1961).

La jurisprudencia del máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo de la Nación en posteriores etapas exhibe un uso indiscriminado de locuciones como "potestades", "prerrogativas de poder público", "cláusulas exorbitantes del derecho privado"²² y "régimen exorbitante del derecho privado" para su caracterización,²³ que llega hasta nuestros días.²⁴

IV. LA UTILIZACIÓN DE LOS SINTAGMAS "CLÁUSULAS EXORBITANTES" Y "RÉGIMEN EXORBITANTE" POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objeto de identificar al contrato como administrativo, se remitió al "régimen exorbitante del derecho privado" en el precedente "López",²⁵ y luego en "Dulcamara"²⁶ y "Cinplast"²⁷ se refirió a "cláusulas exorbitantes del derecho privado".

Utilizó el sintagma "régimen exorbitante del derecho privado" en "OCA c/ SIDE",²⁸ en "Serra"²⁹ y en "Gypobras",³⁰ entre otros. Y en "Pluspetrol",³¹ el dictamen de la Procuradora –al que se remite la Corte– refiere a "una especial regulación del derecho público".

22. En Dictámenes 307:445, del 12 /12/ 2018, la Procuración del Tesoro alude a las denominadas "cláusulas exorbitantes del derecho privado implícitas", que en puridad corresponden a la noción de régimen exorbitante; ver también Dictámenes 304:291.

23. PTN, Dictámenes 157:27.

24. Ver PTN, Dictámenes 84:133, 157:27; 239:418, 252:200; 304:291; y 307:445.

25. CSJN, 26/6/1984, "López, Juan M. y otra v. Nación Argentina", Fallos 306:731.

26. CSJN, 29/3/1990, "Dulcamara SA v. ENTel", Fallos 313:376.

27. CSJN, 2/3/1993, "Cinplast IAPSA v. ENTel s/ ordinario", Fallos 316:212.

28. CSJN, 10/8/1995, "Organización Coordinadora Argentina S.A. v. Secretaría de Inteligencia del Estado de la Presidencia de la Nación", Fallos 318:1518.

29. CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 316: 2454.

30. CSJN, 5/4/1995, "Gypobras SA c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia", Fallos 318:441.

31. CSJN, 22/5/2007, "Pluspetrol Energy SA v. ENRE Resolución 458/2002", Fallos 330:2286.

V. LAS “CLÁUSULAS EXORBITANTES”: DIFERENCIA CON LA NOCIÓN DE “RÉGIMEN EXORBITANTE”

Sin perjuicio de la utilización promiscua que advertimos tanto en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro como en la del Máximo Tribunal, por nuestra parte, consideramos que existe una importante diferencia entre “cláusulas exorbitantes” y “régimen”, y que en el estadio actual de desarrollo del derecho administrativo, corresponde referir a “régimen exorbitante” y no a “cláusulas”, tal como lo siguen haciendo la Procuración del Tesoro, aun en dictámenes recientes,³² y la Corte Suprema federal.

La cláusula es estipulada, pactada, y ciertamente no puede contradecir al bloque de legalidad aplicable. En cambio, el régimen constituye el bloque de legalidad y “envuelve” al contrato; resulta aplicable aun cuando no esté incorporado al contrato o receptado específicamente, en virtud del principio de legalidad que predetermina la actuación de la Administración.³³

Esta idea de prerrogativas “implícitas”,³⁴ que aun sin estar consagradas de modo explícito o expreso en el acuerdo de voluntades se aplican al contrato y que, en puridad, contienen el concepto de “régimen”, recibió una primera acogida en el ya mencionado caso del Consejo de Estado “Époux Bertin”, al cual nos hemos referido supra.³⁵

La cláusula consistirá, en definitiva, en una estipulación del contrato y de los pliegos que también lo integran, en consonancia con las disposiciones legales y reglamentarias que perfilan el marco legal aplicable a la contratación.

32. Ver PTN, Dictámenes 304:291.

33. CSJN, 22/12/1993, “Espacio SA c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”, Fallos 316:3157.

34. Ver PTN, Dictámenes 304:291

35. Sobre la noción de régimen exorbitante del derecho común, que, a nuestro juicio, pone en crisis a los criterios empíricos trazados por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y por el Tribunal de Conflictos, en tanto no logran consolidar una formulación dogmática de la categoría del contrato administrativo, ver CE, “Société d’exploitation électrique de la Rivière du Sant”, N.º 82.238, del 19/1/1973.

VI . LA “VENTANA DEL ACTO ADMINISTRATIVO” POR LA QUE PENETRA EL RÉGIMEN EXORBITANTE. UN CASO PARADIGMÁTICO: DICTÁMENES 277:196

Como hemos sostenido supra, constituye un déficit técnico, tanto de la Procuración del Tesoro como de la Corte federal, la falta de una adecuada y precisa discriminación de los sintagmas “cláusulas exorbitantes” (expresas e implícitas) y “régimen exorbitante”. Esta ausencia no está a la altura de la evolución del principio de legalidad en el derecho administrativo, como bloque normativo que predetermina y condiciona la actuación administrativa.³⁶

Cuando actúa la Administración, aparece el régimen exorbitante “como atmósfera de derecho administrativo”, ciertamente de base normativa, jurídico-positiva; se manifiestan las prerrogativas que dimanar de la persona jurídica estatal y de su finalidad de bien común, que siempre diferencian su actuación de la de los particulares. Y esto es siempre así, porque la Administración se expresa a través de actos administrativos que implican la presencia de un régimen de derecho administrativo. Y en definitiva, tal como postula Barra (2004), el contrato administrativo es un conjunto coligado de actos administrativos en los que el antecedente se vincula con el consecuente, y viceversa; esta tesis también recibe acogida en el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública, perfilado por el decreto delegado 1023/2001.³⁷

Al respecto, resulta ilustrativa la situación ventilada en Dictámenes 277:196 (2011), en la que la Procuración del Tesoro, a partir del análisis de los elementos del acto administrativo que había aprobado la operación de compraventa del denominado “predio ferial de Palermo” –celebrada en diciembre de 1991 entre el Estado nacional y la Sociedad Rural Argentina–, concluyó que esa operación resultaba nula, de nulidad absoluta.

Afirmada así la nulidad del acto administrativo que había instrumentado dicha operación, el máximo órgano asesor estimó que en los actuados se verificaba el “conocimiento del vicio” por parte de la allí cocontratante, la Sociedad Rural, y

36. Ver CSJN, 22/12/1993, “Espacio SA c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”, Fallos 316:3157.

37. Ver art. 11, decreto delegado 1023/2001 (BO del 16/8/2001).

aseveró que por tal circunstancia el acto administrativo por el que se había plasmado la compraventa debía ser revocado en sede administrativa, sin que fuera necesario plantear una acción judicial de lesividad; esto es, aplicó las disposiciones de los arts. 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley N.º 19.549, t. o. 1991). Este dictamen, como tantos otros, nos permite ver que, por cierto, “por la ventana del acto administrativo”, que expresa siempre la voluntad estatal en cualquier ámbito de actuación de la Administración, y que incluye a los actos dictados en los procedimientos contractuales, se “cuela” el régimen normativo que envuelve toda su actuación: el régimen exorbitante.

En definitiva, tal como lo sostiene la Procuración del Tesoro, es la presencia del Estado, el elemento subjetivo, la que provoca que el contrato resulte administrativo, toda vez que siempre que se verifique este, se dan por añadidura la finalidad de interés público y el régimen exorbitante, que es el derecho común de la Administración.³⁸

Y este panorama cambia poco, aun tratándose de entidades estatales predominantemente regidas por el derecho privado, toda vez que en tal hipótesis deben considerarse de aplicación a su respecto ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación; porque incluso con el más amplio grado de descentralización, en última instancia, integran la organización administrativa del Estado.

De tal suerte, en el caso de estas entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y la dirección de la entidad.³⁹

En suma: el Estado es siempre una persona pública y un ente de derecho público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La Administración es siempre persona de derecho público que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que este autoriza para objetivos análogos.⁴⁰

38. Dictámenes PTN 239:418.

39. Ver Dictámenes PTN 219:145 y 241: 242.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barra, Rodolfo C. 2004. “El nuevo régimen de contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo”. *RAP*. (28): 13.
- Bigot, Grégoire. 2019. *Les grandes décisions. Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*. París: LGDJ.
- Comadira, Julio R. 2012. “Derecho Administrativo, función administrativa y régimen exorbitante”. En: Comadira, Julio R., Comadira, Héctor J. y Escola, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, p. 15 y ss. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Flament-Guelfucci, Emmanuelle y Chave, Isabelle. 2018. *Conseil d’État. Guide de recherche dans les archives du Conseil d’État. Histoire et Memoire*. París: La documentation française.
- Perroud, T. y Caillosse, J. 2019. *Les grandes décisions. Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*. París: LGDJ
- Leroux de Belaunde, C. 1985. “Jurisdicción Judicial y Jurisdicción Administrativa en Francia”. *THĒMIS-Revista de Derecho*. (3): 47-51. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10510> (18/06/2020).
- Rodríguez, María José. 2003. *El acto administrativo tributario. Con la aplicación de los principios y garantías del procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Vedel, Georges. 1961. *Droit Administratif*. París: Thémis.
- Weil, Prosper. 2016. “La crisis del criterio del contrato administrativo”. *Revista de Derecho Público*. (39-40): 163-183.

40. Dictamen PG CABA IF 2013-07185436 (ref. EE 6559808/MGEYA-2013), del 12/12/2013.

*Abogada. Magíster en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Tributario. Directora de la Maestría y Especialización en Derecho Administrativo de la Escuela de Posgrados de la UNLAM; ex Directora Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) de la Procuración del Tesoro de la Nación; ex Directora de la Dirección General de Información Jurídica y Extensión (DGIJE) de la Procuración General de la Ciudad; ex Directora de la Escuela de Formación en Abogacía Pública (EFAP) de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; miembro del Observatorio Federal de las Contrataciones Públicas de la Universidad Austral; miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA); y responsable del Centro de Información Jurídica (CIJur) del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires
Correo electrónico: mariajose2015@hotmail.com