

# LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y SU RECEPCIÓN (Y CUSTOMIZACIÓN) POR LA DOCTRINA DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

Tras definir la importancia de elucidar el carácter administrativo de un contrato por las consecuencias que apareja, la autora analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Conflictos y la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación que recepta los lineamientos sentados por la CSJN.

---

  
Por Mg. Rodríguez María José

Este artículo, publicado originalmente por la editorial **Rubinzal - Culzoni** (RD 3012/2020), se reedita con expresa autorización de la autora.

## SUMARIO

I. La trascendencia de la noción de contrato administrativo .....	02
II. La noción de contrato administrativo de la Procuración del Tesoro de la Nación en un único dictamen que sintetiza su jurisprudencia .....	03
III. El régimen exorbitante como nota típica de la contratación administrativa .....	05
IV. La utilización de la Corte Suprema de los sintagmas “cláusulas exorbitantes” y “régimen exorbitante” .....	07
V. Las “cláusulas exorbitantes”: diferencia con la noción de “régimen exorbitante” .....	08
VI. Algunas vacilaciones en la individualización de los contratos administrativos cuando se trata manifestaciones empresariales del Estado .....	09
VII. La doctrina de las cláusulas exorbitantes y del régimen exorbitante en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Conflictos y un importante giro a partir de 2014 .....	10
7.1. Una aclaración previa sobre la dualidad de jurisdicciones y ordenamientos en Francia .....	11
7.1.1. Las funciones del Consejo de Estado (CE) .....	12
7.1.2. Una instancia para resolver los conflictos de competencia entre los dos	

órdenes jurisdiccionales: el Tribunal de Conflictos (TC) .....	12
7.2. El caso “Société des granits porphiroïdes des Vosges”, CE, 1912 .....	13
7.2.1. El caso “Société Commerciale de l'Ouest africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire”, TC, 1921 .....	14
7.2.2. El caso “Sieur Lossifoglu”, TC, 1923 .....	14
7.2.3. El caso “Stein”, CE, 1950 .....	14
7.2.4. “Époux Bertin”, CE, 1956 .....	15
7.2.5. “Union des Groupements d'Achats Publics” (UGAP), TC, 1999 .....	16
7.2.6. Una nueva definición de la cláusula exorbitante del derecho común: el caso “Axa France Iard c. Maif”, TC, 2014. 8. Prognosis conclusiva .....	18
<b>VIII. Prognosis conclusiva</b> .....	19

## I. LA TRASCENDENCIA DE LA NOCIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Elucidar si un contrato reviste el carácter de administrativo tiene la importante consecuencia de definir, además de la competencia judicial, su régimen jurídico exorbitante. En efecto, si un contrato es administrativo devienen aplicables las prerrogativas de la Administración, receptadas por el régimen de Derecho Administrativo aplicable, el denominado régimen exorbitante; estas denotan ciertamente una relación de supremacía jurídica de la Administración respecto del particular administrado, en la especie, el contratista del Estado.

A simple título de ejemplo, procede referenciar que entre las prerrogativas de la Administración se cuentan la potestad de interpretación unilateral y ejecutoria del contrato,<sup>1</sup> el *ius variandi*,<sup>2</sup> el deber de revocar el acto nulo de nulidad absoluta en sede administrativa, sin necesidad de acudir a la sede judicial, si en la situación examinada se verifica el conocimiento del vicio por parte del particular,<sup>3</sup> entre otras de similar trascendencia.

De consiguiente resulta de suma utilidad contar con una teoría jurídica que proporcione claramente las notas que indican cuándo determinado contrato reviste

1. V. PTN, Dictámenes 304: 291.

2. V. PTN, Dictámenes 253: 267.

3. V. PTN, Dictámenes 277: 296.

el carácter de administrativo. Estas definirán el régimen aplicable y las consecuencias jurídicas.

## II. LA NOCIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN EN UN ÚNICO DICTAMEN QUE SINTETIZA SU JURISPRUDENCIA

Con el objeto de proporcionar precisos indicadores sobre cuándo estamos en presencia de un contrato administrativo, colacionaremos el asesoramiento vertido por el Alto órgano Asesor en Dictámenes 239:418,<sup>4</sup> que en nuestra opinión, constituye una verdadera síntesis de la jurisprudencia de Procuración del Tesoro de la Nación sobre las notas que definen la existencia de un contrato administrativo, y que por cierto, recepta en gran medida, la doctrina perfilada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los conocidos precedentes “Dulcamara”,<sup>5</sup> “Cinplast”<sup>6</sup> y “Pluspetrol”.<sup>7</sup>

En el expediente en el que fue emitido el precedente referenciado, la Procuración del Tesoro de la Nación fue consultada acerca de la naturaleza jurídica de la relación contractual que había anudado a través de la celebración de un contrato de locación de obra, un abogado con el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), al mismo tiempo que revistaba como interventor en la Dirección de Fiscalización de Emisiones del Comité Federal de Radiodifusión.

La solicitud de dictamen fue efectuada en el marco de la investigación que realizaba Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por la presunta violación de la prohibición contenida en el artículo 7 del *Régimen sobre Acumulación de Cargos, Funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional*, aprobado por Decreto 8566/1961,<sup>8</sup> modificado por su similar 9677/1961.<sup>9</sup>

4. V. en igual sentido, Dictámenes 304: 291.

5. V. en igual sentido, Dictámenes 304: 291.

6. CSJN, 2/3/93, “Cinplast IAPSA vs. ENTel s/ Ordinario”, Fallos 316: 212.

7. CSJN, 22/5/2007, “Pluspetrol Energy S.A. vs. ENRE Resolución 458/2002”, Fallos 330: 2286.

8. B.O. 26/9/61.

9. B.O. 2/11/61.

En la intervención que le cupo, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Asuntos Legales de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación sostuvo que, más allá de la letra del contrato, advertía la existencia de características propias de la locación de servicios, y que a su criterio, se habría violado la prohibición establecida en el artículo 7 del régimen aprobado por Decreto 8566/1961, modificado por su similar 9677/1961.

Elevados los actuados a la Procuración del Tesoro, este organismo compartió el criterio seguido por la aludida Dirección General de Asuntos Jurídicos, en cuanto consideró que la contratación reunía las características de una locación de servicios.

Y a ello, agregó que se daban en el caso los presupuestos que deben concurrir para la configuración del contrato como administrativo.

Observó al efecto, que el *sujeto contratante* era una persona pública estatal -INCAA-, el *objeto* del contrato, un fin propio de la administración -integrar el Comité de Evaluación de películas nacionales de largometraje- y la *existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común*, es decir, aquellas no usuales en el Derecho Privado por adjudicar a las partes derechos u obligaciones ajenos a los que son susceptibles de ser libremente consentidos en el marco del Derecho Privado.

Pero resulta interesante destacar que el dictamen colacionado subraya la importancia del elemento subjetivo al expresar que “... *la sola circunstancia que una de las partes contratantes sea la Administración Pública, resulta suficiente para calificar al contrato como de carácter administrativo*” agregando que “*cuando celebra un contrato el sujeto Estado Nacional, o Provincia de Buenos Aires, o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se dan en forma automática los requisitos que lo califican como administrativo, y por ende su régimen jurídico no puede ser el del Derecho Privado, derecho no común para la administración*”.

### III. EL RÉGIMEN EXORBITANTE COMO NOTA TÍPICA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Si el régimen exorbitante es el derecho común de la Administración, también lo es naturalmente de la actividad que esta realiza. Por consiguiente los contratos que celebra resultarán alcanzados por ese régimen exorbitante; salvo que consideremos que la Administración pueda actuar despojada de las prerrogativas que constituyen su régimen exorbitante, como si se tratara de un particular.

El aludido régimen exorbitante no excluye la aplicación instrumental del Derecho Privado en algunos supuestos específicos, si bien esta aplicación presenta modulaciones que, a nuestro juicio, dejan subsistente el carácter administrativo o público de la contratación.

Nos hemos referido supra a la noción de contrato administrativo en la doctrina de la Procuración del Tesoro sintetizada prístinamente en Dictámenes 239: 418,<sup>10</sup> órgano que ha hecho propia la sistematización efectuada por la CSJN en “*Dulcamara*” (voto del Juez Fayt), “*Cinplast*”, “*Pluspetrol*”,<sup>11</sup> pero que ha reforzado aún más la virtualidad del elemento subjetivo (orgánico) del que, en puridad, el Alto Órgano Asesor deriva una sustantividad del contrato administrativo en gran afinidad con el pensamiento de BARRA.<sup>12</sup>

En efecto; la Corte Suprema en “*Pluspetrol*” indica que el elemento subjetivo es *necesario* para la configuración del contrato administrativo.<sup>13</sup> Pero la Procuración

10. Reeditada más recientemente en Dictámenes 304: 291.

11. Las aludidas contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Cintero se presentan en oportunidad de examinar contratos realizados por manifestaciones empresariales del Estado. No podemos dejar de observar la afinidad de las soluciones que se pronuncian a favor del carácter privado de la contratación cuando la Administración actúa como contratante a través de sus diversas manifestaciones empresariales con la sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos francés 22 de enero de 1921, que escindió de la noción de servicio público, la categoría de servicio público industrial y comercial (SPIC) regido por el derecho privado en “*Société Commerciale de l’Ouest africain c/ Colonie de la Côte D’Ivoire*”. Esta decisión que es conocida como “*Bal d’Eloka*” (Balsa de Eloka) se enrola en el pensamiento de León BLUM para quien la noción de actividad de carácter industrial y comercial como gestión privada del poder público, permitiría a este despojarse de sus prerrogativas de poder público para mejor realizar estas actividades del giro privado (v. Thomas Perroud, Jacques Caillosse, Jacques Chevallier, Danièle Lochak (Directores), “*Les grandes décisions de la jurisprudence administrative*”, LGDJ, France, 2019, p. 130.

12. Barra, Rodolfo C., “La sustantividad del contrato administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)* N° 11, p. 17.

13. La Corte Suprema en “*Pluspetrol*” se aparta de la solución que había dado en el caso “*Schirato*” (v. CSJN, 15/4/82, “*Schirato, Gino vs. Gobierno nacional -Ministerio de Cultura y Educación - y otra*”, Fallos 304: 490); no sigue la línea de “*Pluspetrol*”, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires; v. en tal sentido, SCBA, 8/07/08,

del Tesoro de la Nación va más lejos y considera que el elemento subjetivo (*persona jurídica estatal*), no solo es necesario sino que es suficiente; basta que quien celebra el contrato sea una persona jurídica estatal, la Administración, para que por añadidura se verifiquen los requisitos del objeto, finalidad de interés público y las cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o más apropiadamente, para nosotros, el régimen exorbitante<sup>14</sup> (lo resaltado es propio).

No se nos escapa que la Procuración del Tesoro ha considerado que los contratos que celebra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), cuya ley de creación dispone que se trata de un ente público no estatal, son “administrativos”; y que ha justificado esta extensión del régimen en la finalidad de interés público perseguido por esta persona jurídica; pero esta conclusión, a nuestro juicio, es producto de la “estatalidad” del PAMI, no admitida por el “*nomen iuris*” de la categorización que efectúa el texto legal, pero impuesta por la fuerza de su régimen jurídico, como demuestra un estudio realizado por SACCO recientemente.<sup>15</sup>

En otro orden, cabe hacer notar también que la jurisprudencia del Máximo Órgano Asesor del Poder Ejecutivo de la Nación, si bien en una primera instancia al calificar el contrato como administrativo acude a la noción de las cláusulas exorbitantes del Derecho Privado (en consonancia con la evolución de la doctrina del Consejo de Estado francés y con cita expresa de esta fuente),<sup>16</sup> en posteriores etapas exhibe un uso indiscriminado de locuciones como “potestades”, prerrogativas de poder público”, “cláusulas exorbitantes del Derecho Privado”,<sup>17</sup> “régimen exorbitante del Derecho Privado” para su caracterización,<sup>18</sup> que llega a nuestros días.<sup>19</sup>

---

Expte. N.º A 69.021, “Utilducto S.A. vs. Aguas Bonaerenses”.

14. PTN, Dictámenes 239: 418.

15. Sacco, Cecilia, “El Pami en busca de su propia identidad. El régimen jurídico del Instituto Nacional de Servicios sociales para jubilados y pensionados”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP) N.º 485, p. 7.

16. V. PTN, Dictámenes 84: 133, del 4 de febrero de 1963.

17. En Dictámenes 307: 445, del 12 diciembre de 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; v. también Dictámenes 304: 291.

18. PTN, Dictámenes 157: 27.

19. V. PTN, Dictámenes 84: 133, 157: 27; 252: 200 239: 418; 304: 291; 307: 445.

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 de abril de 1956, que a su turno replica la definición de cláusula exorbitante perfilada también por el Consejo de Estado en 1950 en el caso “*Stein*”,<sup>20</sup> precedentes a los que referiremos infra.

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 a una de las partes poderes, sin darlos a la otra.

#### **IV. LA UTILIZACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE LOS SINTAGMAS “CLÁUSULAS EXORBITANTES” Y “RÉGIMEN EXORBITANTE”**

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*”,<sup>21</sup> luego en “*Dulcamara*”<sup>22</sup> y “*Cinplast*”,<sup>23</sup> “se refirió a “cláusulas exorbitantes del Derecho Privado”.

Utiliza el sintagma “régimen exorbitante del Derecho Privado” en “*Oca c/ Side*”,<sup>24</sup> en “*Serra*”<sup>25</sup> y en “*Gypobras*”,<sup>26</sup> entre otros. En “*Pluspetrol*”,<sup>27</sup> el dictamen de la Procuradora al que se remite la Corte, refiere a “una especial regulación del Derecho Público”.

20. CE, 20 de octubre 1950, N° 98.459, Lebon, 505.

21. CSJN, 1984, “*López Juan M. y otra vs. Nación Argentina*”, Fallos 306: 731.

22. CSJN, 29/3/90, “*Dulcamara S.A. vs. ENTel*”, Fallos 313: 376.

23. CSJN, 2/3/93, “*Cinplast IAPSA vs. ENTel s. Ordinario*”, Fallos 316: 212.

24. CSJN, 10/8/95, “*Organización Coordinadora Argentina S.A. vs. Secretaría de Inteligencia del Estado de la Presidencia de la Nación*”, Fallos 318: 1518.

25. CSJN, 26/10/1993, “*Serra, Fernando y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”, Fallos 316: 2454.

26. CSJN, 5/4/1995, “*Gypobras S.A. vs. Estado nacional - Ministerio de Educación y Justicia*”, Fallos 318: 441.

27. CSJN, 22/5/2007, “*Pluspetrol Energy SA vs. 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 y del Máximo Tribunal, de 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 sigue haciendo la Procuración del Tesoro aun en dictámenes recientes<sup>28</sup> y la Corte Suprema federal.

La cláusula es estipulada, pactada, ciertamente no puede contradecir el 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.<sup>29</sup>

Esta idea de prerrogativas “implícitas”<sup>30</sup> 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*”, sobre el cual nos referiremos infra.<sup>31</sup>

Va de suyo por otra parte que las cláusulas exorbitantes solo resultan válidas en la medida en que no se contraponen con el bloque de legalidad imperativo. La cláusula consistirá en definitiva en una estipulación del contrato y de los pliegos que también integran el contrato, en consonancia con las disposiciones legales y reglamentarias que perfilan el marco legal aplicable a la contratación.

---

28. V. PTN, Dictámenes 304: 291.

29. V. CSJN, 22/12/93, “Espacio S.A. vs. Ferrocarriles Argentinos s. Cobro de pesos”, Fallos 316: 3157.

30. V. PTN Dictámenes 304: 291.

31. 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, v. CE, “*Société d’exploitation électrique de la Rivière du Sant*”, N° 82.238 del 19/1/1973, y Weil, Prosper, “La crisis del criterio del contrato administrativo” en Revista de Derecho Público, Francia, 1986, N° 39/40, ps. 163 a 185.



## VI. ALGUNAS VACILACIONES EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CUANDO SE TRATA MANIFESTACIONES EMPRESARIALES DEL ESTADO

La jurisprudencia del Tribunal Címero sintetizada en “Cinplast” (1993) a cuyo tenor si el contrato es celebrado por una persona jurídica estatal, tiene por objeto una finalidad de interés público y contiene cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, reviste el carácter de “administrativo” data del voto del Juez Fayt in re “Dulcamara”, es decir, esta sistematización adquiere forma hacia 1990.

Con anterioridad, en situaciones en las el Máximo Tribunal ingresó al análisis de contratos celebrados por manifestaciones empresariales del Estado<sup>32</sup> perfiló una jurisprudencia zigzagueante, a veces contradictoria, concluyendo en estos casos, ora en el carácter administrativo, ora en el carácter privado de estos contratos.

Estas vacilaciones en puridad han reflejado la evolución de la jurisprudencia francesa en materia de servicios públicos industriales y comerciales a partir del precedente “*Société Commerciale de l’Ouest Africain c/ Colonie de la Côte d’Ivoire*” conocido como el “*Bac d’Éloka*”<sup>33</sup> emitido por el Tribunal de Conflictos, que aporta como innovación la noción de gestión privada de los servicios públicos y la consideración de estos contratos como privados.

Para quienes suscriben la tesis de la gestión privada del poder público vinculada con la realización de actividades de carácter industrial y comercial, el Estado puede despojarse de sus prerrogativas de poder público para mejor desarrollar estas actividades empresariales de tenor industrial o comercial, resultando de aplicación un régimen privado.<sup>34</sup>

32. V. CSJN, 22/5/68, “Albano Horacio Osman Enne vs. Transportes de Buenos Aires (en liquidación) s. Cobro de \$ 24.854.907,12 m/n”, Fallos 270: 446; CSJN, 20/9/73, “S.R.L. Livio Dante Porta vs. Ferrocarriles Argentinos”, 286: 333; CSJN, 28/6/79, “Intecar S.C.A. vs. Ferrocarriles Argentinos s. Cobro ordinario sobre mayores costos”, Fallos 301: 525; CSJN, 26/4/1984, “Ferrocarriles Argentinos vs. Jorge Papadópolos”, Fallos 306: 333; CSJN, 28/6/1984, “Ferrocarriles Argentinos vs. Inforex S.A.”, Fallos 306: 762; v. también, Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 4º, 27/4/82, “Yacimientos Carboníferos Fiscales vs. Frabia S.A.”, ED 102: 233.

33. TC, 1921; v. Les grandes décisions de la jurisprudence administrative, LGDJ, France, 2019, p. 114.

34. Mescheriakoff, A. S., “La sentencia del Bac d’Eloka. Leyenda y realidad de una gestión privada del poder público”, Revista de derecho público, 1988, p. 1081.

Sin embargo, a partir de la vigencia del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, perfilado por el Decreto delegado 1023/2001:<sup>35</sup> que al referir a la *contratación interadministrativa* menciona como incluidos en esta categoría a los contratos que se celebren con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado (esto es, las manifestaciones empresariales del Estado), parece difícil sostener en nuestra realidad jurídica vernácula que estos puedan revestir carácter privado (v. art. 25, inciso d, ap. 8).<sup>36</sup>

## VII. LA DOCTRINA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES Y DEL RÉGIMEN EXORBITANTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS Y DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS Y UN IMPORTANTE GIRO A PARTIR DE 2014

Las apuntadas expresiones “régimen exorbitante del Derecho Privado” y “cláusulas exorbitantes del derecho común o privado” tienen origen, como ya se ha dicho, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en su larga y fructífera construcción del Derecho Administrativo (*clause exorbitante* y *régime exorbitant*).

El régimen exorbitante como conjunto de prerrogativas equilibradas con garantías, en puridad es inherente a la noción de Estado que ofrece la filosofía clásica; pero adquiere la sistematización jurídico y dogmática en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés que constata la insuficiencia del derecho común para regir las relaciones de la Administración con los particulares, singularmente, si bien como un telón de fondo, en el *arrêt* “Blanco”, emitido por Tribunal de Conflictos, el 8 de febrero de 1873,<sup>37</sup> en materia de responsabilidad del Estado.

35. B.O. 16/8/2001.

36. V. también, art. 22, de la Reglamentación aprobada por el Decreto 1030/2016 (B.O. 16/9/2016), relativo a la adjudicación simple interadministrativa; sobre la “estatalidad” de las manifestaciones jurídicas empresariales del Estado v. en especial, Dictámenes 262: 198, citado por Rodríguez, María José en Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2013, p. 35. En similar sentido; sostiene Cassagne que la extensión del régimen del contrato administrativo de obra pública a las empresas de propiedad estatal constituye una razón de justicia derivada del propio ordenamiento (v. Cassagne, Juan C. “La extensión del régimen del contrato de obras públicas a las empresas y sociedades del Estado” RAP, N° 125, p. 7 y ss.); v. también Dictámenes PG CABA IF-2013-07165436-PG, REF. EX- 6860052-PG-2013. Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que aun tratándose de entidades predominantemente regidas por el derecho privado, deben considerarse de aplicación a su respecto, ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación; agregando que aun con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado y que cuando se trata de 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 dirección de la entidad (Dictámenes PTN 219: 145. 241: 242).

37. V. Les grandes décisions de la jurisprudence administrative, LGDJ, France, 2019, p. 40.

## 7.1. Una aclaración previa sobre la dualidad de jurisdicciones y ordenamientos en Francia

En Francia, como consecuencia del legado ideológico de la Revolución Francesa de 1789, de sospecha hacia el poder judicial considerado un resabio de “*l’ancien régime*”, la ley del 16 y 24 de agosto de 1790, llamada ley de separación de poderes y del decreto del 2 de septiembre 1796 (16 fructidor, año III), consagraron un consolidado principio según el cual los tribunales judiciales no pueden juzgar los actos de la administración.

Procede señalar que del mismo modo en que los tribunales judiciales no pueden juzgar a los actos administrativos de la Administración, los tribunales administrativos no pueden juzgar a las leyes.<sup>38</sup>

De tal suerte, existen dos órdenes jurisdiccionales:

- a) la jurisdicción judicial
- b) la jurisdicción administrativa

En este contexto fue instituido el Consejo de Estado en el año VIII (1799),<sup>39</sup> institución que en el devenir de los años se transforma en la cabeza de los tribunales administrativos que se fueron creando.

En cuanto a los tribunales judiciales, su máxima instancia es la Corte de Casación.

De otra parte, el Consejo de Estado edificó un Derecho Administrativo como derecho común de la Administración, con lo cual la dualidad de jurisdicción aparejó una dualidad de regímenes jurídicos.

---

38. V. CE, 6 nov. 1936, arrêt “Arrighi”, Rec. p. 966.

39. V. Conseil d’État. Guide de recherche dans les archives du Conseil d’État. Histoire et Memoire N° 6, La documentation française, Paris 2018, p. 17 (Dirección de Emmanuelle Flament-Gueffucci e Isabel Chave).

### 7.1.1. Las funciones del Consejo de Estado (CE)

El Consejo de Estado realiza dos funciones: una contenciosa y otra asesora.

En cuanto a la primera es juez de primera y última instancia cuando son impugnados decretos o resoluciones ministeriales o decisiones emanadas del Presidente de la República. En cambio, respecto de las sentencias de los tribunales administrativos (que serían los tribunales de primera instancia), interviene como instancia de apelación.

Puede intervenir también como juez de casación contra las decisiones de ciertos tribunales especiales como, por ejemplo, el tribunal de cuentas o también en materias relacionadas con lo contencioso de las juntas electorales.

Además de estas funciones que conforman una sección “contenciosa”, el Consejo actúa también como asesor jurídico del Gobierno cuando este lo estima necesario.

De otra parte, la Constitución de 1958, del mismo modo que sus antecedentes, prevé la consulta obligatoria al Consejo de Estado en asuntos como los reglamentos de la Administración pública

### 7.1.2. Una instancia para resolver los conflictos de competencia entre los dos órdenes jurisdiccionales: el Tribunal de Conflictos (TC)

Con el objeto de dirimir los eventuales conflictos de atribución de competencia entre los dos órdenes fue creado por la ley del 24 de mayo de 1872, el Tribunal de Conflictos, compuesto por partes iguales de miembros del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, que actúa bajo la presidencia del Ministro de Justicia (le *Garde des sceaux*) en el supuesto de que no se defina una mayoría en el seno del Tribunal, lo que ocurre muy pocas veces.

## 7.2. El caso “Société des granits porphiroïdes des Vosges”, CE, 1912

La doctrina remonta la expresión de “clause exorbitante du droit commun” al fallo vertido por el Consejo de Estado en “Société des granits porphiroïdes des Vosges”.<sup>40</sup>

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 que lo hubieran hecho los particulares.

Se trataba de un litigio entre la sociedad mencionada y la ciudad de Lille relativa a un contrato relativo a la provisión de adoquines.

Con el objeto de rechazar la demanda por incompetencia, el Consejo de Estado consideró que este 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”.<sup>41</sup> Esta naturaleza del contrato estaba dada para el comisario del gobierno por la presencia de “cláusulas exorbitantes del derecho común”, es decir, de cláusulas que no se encontrarían en un contrato de Derecho Privado.

---

40. CE, 31 de julio de 1912, N° 30.701.

41. Traducción libre de la autora de este artículo.

### 7.2.1. El caso “Société Commerciale de l’Ouest africain c/ Colonie de la Côte d’Ivoire”, TC, 192142

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).

### 7.2.2. 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.<sup>43</sup>

### 7.2.3. 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 de poner a su cargo obligaciones, extrañas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidas por cualquiera en el marco de las leyes civiles y comerciales*”.<sup>44</sup>

42. TC, 22 de enero de 1921, N° 00706.

43. V. “Droit administratif général, Point sur la clause exorbitante” en <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-lau-ne/article/point-sur-la-clause-exorbitante/h/4390ceb41ebf0c9d38fc87d337686ee5.html> (Consultado el 25/08/2020).

44. 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 de octubre de 1950, “Stein”

#### 7.2.4. “Époux Bertin”, CE, 1956

De acuerdo con este *arrêt*, el contrato puede ser administrativo porque concierne a 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.<sup>45</sup>

En los actuados se trataba de un contrato verbal celebrado con la Administración el 24 de noviembre de 1944: los esposos Bertin se habían comprometido por una suma tarifada de 30 francos por hombre y por día par 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 de junio de 1949, el Ministro de los 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 vuelve entonces sobre la jurisprudencia del caso “*Société commerciale 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 a 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

---

45. 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...” (lo resaltado es propio).

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 el contrato; aparece aquí la noción en germen del régimen exorbitante.<sup>46</sup>

#### 7.2.4. “Union des Groupements d’Achats Publics” (UGAP),<sup>47</sup> TC, 1999

El 3 de julio de 1997 la “Union des Groupements d’Achats Publics” (Unión de Grupos de Compras Públicas- UGAP) 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 como un establecimiento público comunal. 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 mayo de 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... La respuesta dada por el Tribunal de Conflictos fue no.

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.

---

46. V. Weil, Prosper, “La crisis del criterio del contrato administrativo” en Revista de Derecho Público, Francia, 1986, N° 39/40, ps. 163 a 185.

47. TC, 5 de julio de 1999, N° 03167.



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 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 corrientes 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.

Leemos en la sentencia:

*“Considerando que si el título IV del decreto del 30 de julio de 1985 somete en principio a las compras efectuadas por la Unión de Grupos de Compras Públicas a las reglas de los libros I y II del Código de los contratos públicos, esta circunstancia no alcanza por sí sola para conferirles el carácter de contratos administrativos”;*

*“Considerando también que un contrato celebrado por la UNION DES GROUPEMENTS D’ACHATS PUBLICS a pedido de una persona pública, puede tener el carácter de administrativo si el cocontratante participa a la ejecución de un servicio público, o si a falta de ello tiene una cláusula exorbitante del derecho común; que esto último se cumple también si el contrato remite a un pliego de bases y condiciones que contiene una cláusula exorbitante de derecho común; que constituye notablemente una cláusula de este tenor la que prevé en beneficio de la persona pública contratante un poder de rescisión unilateral del contrato en ausencia de todo incumplimiento contractual de la contraparte”.*

*“Considerando que el contrato celebrado por la UNION DES GROUPEMENTS D’ACHATS PUBLICS, el 3 de julio de 1997, con la sociedad SNC ACTIV CSA, en vista del suministro de computadoras para los hospicios civiles de Colmar, establecimiento público comunal, comporta un reenvío a un pliego de bases y condiciones generales aplicable a los contratos públicos de de suministros corrientes y servicios,*

*el cual le confiere a la persona pública contratante un poder de rescisión aun en la ausencia de todo incumplimiento del cocontratante a sus obligaciones; que esta estipulación da por sí sola a la convención un carácter administrativo en el que solo la jurisdicción administrativa resulta competente para intervenir*".<sup>48</sup>

#### **7.2.5. Una nueva definición de la cláusula exorbitante del derecho común: el caso "Axa France Iard c. Maif", TC, 201449**

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.<sup>50</sup>

El aporte de la decisión consiste sin duda en una definición positiva de la noción.

En el supuesto, se trataba de determinar por el Tribunal de Conflictos, la naturaleza de un contrato de arrendamiento de un complejo inmobiliario destinado a la práctica de actividades deportivas del 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, 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.

Desde 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.

---

48. Traducción libre de la autora de este artículo.

49. TC, 13 de octubre de 2014, N° 3963.

50. "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".

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.”

## VIII. PROGNOSIS CONCLUSIVA

La rápida mirada que hemos efectuado en los párrafos que anteceden de la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos en Francia, de la Procuración del Tesoro de la Nación y de la Corte Suprema Federal en Argentina, nos permite adelantar las siguientes conclusiones:

En Francia, denominada “cuna” del Derecho Administrativo, la noción de contrato administrativo fue elaborada temprano y pretorianamente, como no podía ser de otra manera, merced a las soluciones jurisprudenciales generadas por el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos.

Estas formulaciones exhiben en nuestra opinión un marcado sesgo empírico que no ha proporcionado patrones concordantes reconducibles a una unidad conceptual y que ha conducido en ese país a la “crisis del contrato administrativo”, tal como ha expresado Prosper WEIL.<sup>51</sup>

Así, de un modo inductivo puede observarse que para la jurisprudencia gala, resultan “administrativos” los contratos que tienen por objeto asegurar la ejecución misma de un servicio público; o bien, que se vinculan con una obra pública: o con un bien del dominio público; o que contienen cláusulas exorbitantes del derecho común o que están sometidos al régimen exorbitante.

¿Pero cuál es el común denominador de estos cinco, al menos, criterios...?

No se advierte en la jurisprudencia francesa una sistematización dogmática general como la que elabora la Corte Federal argentina en la línea trazada en los ya mencionados precedentes “Dulcamara” “Cinplast” y “Pluspetrol”; o bien en la for-

---

51. Weil, Prosper, ob. cit., ps. 163/184.

mulación que efectúa la Procuración del Tesoro a partir de Dictámenes 239: 418 y 304: 291; formulación esta última, que encuentra también sustento a partir de 2001 en el *Régimen de Contrataciones de la Administración Pública* perfilado por el Decreto delegado 1023/2001 y sus sucesivas reglamentaciones.

El arrêt “AXA FRANCE IARD” de 2014 emitido por el Tribunal de Conflictos que pone el acento en la finalidad de interés público y en el régimen exorbitante parece llegar con algún retraso si se lo compara con la enunciación de los elementos del contrato que sintentiza el Tribunal Cimero argentino en “*Dulcamara*”, “*Cinplast*” y “*Pluspetrol*”.

Es, en nuestra opinión, es en la expulsión de la gestión privada del Estado que efectúa Derecho Administrativo francés de su seno, que se encuentra el origen de sus fluctuaciones jurisprudenciales y soluciones zigzagueantes con importantes quiebres en su planteamiento y sistematización.

No cabe albergar dudas de que el Estado puede recurrir instrumentalmente a la aplicación del Derecho Privado en determinados ámbitos de su actividad pero esta aplicación instrumental no excluye el régimen exorbitante (siempre de base jurídico-positiva), este es, en palabras de Prosper WEIL, “la atmósfera envolvente de Derecho Público” que es el derecho común de la Administración.<sup>52</sup>

En tal sentido, nos parece que exhibe un avance más notable la evolución de la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro: esta toma como punto de partida la recepción de las cláusulas exorbitantes en Dictámenes 84: 133 (1963) de su fuente, el Consejo de Estado francés; en este estadio el Máximo órgano Asesor admite la posibilidad de que la Administración celebre contratos privados. Luego, nos ofrece un importante punto de inflexión, en el asesoramiento vertido en Dictámenes 239: 418 (2000), que en línea con el régimen de contrataciones instituido por el Decreto delegado 1023/2001, considera que tanto la finalidad de interés público como el régimen exorbitante son corolarios de la actuación de la persona jurídica estatal y que se dan “por añadidura”; esta tesis excluye que la Administración pueda realizar contratos privados.<sup>53</sup>

52. V. Prosper Weil, ob. cit., p. 183.

53. V. PTN, Dictámenes 277: 196.

Constituye en cambio un déficit técnico tanto de la Procuración del Tesoro como de la Corte federal, la falta de una adecuada y precisa discriminación de los sin-tagmas “cláusulas exorbitantes” (expresas e implícitas) y “régimen exorbitante”. Esta ausencia no está a la altura de la evolución del principio de legalidad en Derecho Administrativo como bloque normativo que predetermina y condiciona la actuación administrativa.<sup>54</sup>

En cuanto a los denominados contratos privados de la Administración que responderían a una finalidad particular y no general, nos resultan filosóficamente inaceptables en tanto el Estado siempre actúa por definición por una finalidad de interés público o bien común; en tal sentido es de reiterar que la admisión de una eventual aplicación instrumental de normas del Derecho Privado a la contratación o a la gestión administrativa carece de virtualidad para operar la mutación de una categoría de naturaleza pública en privada.

Cuando actúa la Administración aparece el régimen exorbitante “como atmósfera de Derecho Administrativo”, ciertamente de base normativa, jurídico positiva; aparecen 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.

Al respecto resulta ilustrativa la situación ventilada en Dictámenes 277: 196 (2011) en la que la Procuración del Tesoro desde el 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 esa operación, el máximo órgano asesor estimó que se verificaba en los actuados, el “conocimiento del vicio” por parte de la allí cocontratante, la Sociedad Rural y ase-

---

54. V. CSJN, 22/12/93, “Espacio S.A. vs. Ferrocarriles Argentinos s. Cobro de pesos”, Fallos 316: 3157.

veró 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 el régimen exorbitante perfilado, en la especie, en los arts. 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley 19.549). Este dictamen, como otros, nos permite ver que “por la ventana del acto administrativo” que expresa siempre la voluntad estatal en cualquier ámbito de actuación de la Administración se “cuela” el régimen normativo que envuelve toda su actuación: el régimen exorbitante.

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 dirección de la entidad.<sup>55</sup>

En suma: el Estado es siempre una persona pública y 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 éste autoriza para objetivos análogos.

---

55. V. Dictámenes PTN 219: 145. 241: 242.