

# CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: UNA REDEFINICIÓN SUSTANCIAL DE LA NOCIÓN DE LA CLÁUSULA EXORBITANTE EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA: EL ARRÊT AXA FRANCE IARD (TC, 2014)

Por Mg. María José Rodríguez 

## SUMARIO

I. El caso “Société des granits porphiroïdes des Vosges” (CE, 1912) .....	03
II. El caso “Société Commerciale de l’Ouest africain c/ Colonie de la Côte d’Ivoire” (TC, 1921) .....	04
III. El caso “Sieur Lossifoglu” (TC, 1923) .....	04
IV. El caso “Stein” (CE, 1950) .....	04
V. “Époux Bertin” (CE, 1956) .....	05
VI. “Société d’exploitation électrique de la Rivière du Sant” (CE, 1973) .....	06
VII. “Union des Groupements d’Achats Publics” (TC, 1999) .....	07
VIII. Una nueva definición de la cláusula exorbitante del derecho común: El caso “Axa France IARD c. MAIF” (TC, 2014) .....	08
8.1. Antecedentes .....	09
8.2. La sentencia del Tribunal de Conflictos y su iter lógico .....	10
IX. Los criterios que confluyen en la noción de contrato administrativo en Axa France IARD y la crisis del contrato administrativo en la jurisprudencia francesa .....	12
X. Bibliografía Consultada .....	13

Como es sabido, la noción de cláusula exorbitante del derecho privado como nota caracterizadora del carácter administrativo de la contratación aparece en la jurisprudencia francesa ya en precedentes de 1912 y 1923; sin embargo, recién en 1950, en el caso “Stein”, esta es objeto de una definición precisa, reeditada a través de posteriores pronunciamientos tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos.

En el año 2014, la aludida definición ha exhibido un cambio sustancial por parte del Tribunal de Conflictos francés en “Axa France IARD”<sup>1</sup>. En esta sentencia, la cláusula

1. TC, 13/10/2014, n° 3963.

exorbitante abandona su referencia al derecho común, al derecho privado y adquiere un significado propio, positivo, de derecho administrativo. A partir de este fallo, será “...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 administrativo”.

Cabe hacer notar que la cláusula, como nota empírica que denota por sí sola la existencia de un contrato administrativo, ingresó en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, en Dictámenes 84:133 (1963), en la época del exprocurador Miguel S. Marienhoff, con la cita del caso “Époux Bertin” emitido por el Consejo de Estado en abril de 1956.

El punto de inflexión que marca la nueva conceptualización efectuada en Francia no ha sido aún de recibo en nuestra jurisprudencia vernácula que sigue utilizando la definición originariamente proporcionada por el Consejo de Estado.<sup>2</sup>

Sin embargo, el cambio de contenido que postula el caso “Axa France IARD” en comentario parece muy atendible; en efecto, ciertamente la remisión al derecho privado resulta a todas luces insuficiente para albergar la impronta pública del régimen exorbitante. Ello, toda vez que pueden existir cláusulas inusuales, abusivas, incluso ilícitas<sup>3</sup> del derecho privado que no necesariamente reflejen una finalidad de interés público propia del derecho administrativo que legitime el ejercicio de la prerrogativa estatal, tal como ahora con claridad, lo exige la sentencia dictada en el precedente “Axa France IARD”.

A continuación, luego de un sintético itinerario por la jurisprudencia francesa que plasmó la noción de la cláusula exorbitante ingresada tempranamente en nuestra cultura jurídica, nos explayaremos sobre este reciente arrêt cuya formulación de

2. Si bien en Dictámenes PTN 304:291, se alude solo a cláusulas exorbitantes; en un posterior asesoramiento que luce en Dictámenes 307:445 (2018), se hace referencia a cláusulas exorbitantes implícitas o virtuales “del derecho privado”. Cabe hacer notar, de otra parte, que más allá de su instalación en el lenguaje administrativo, no corresponde tampoco aludir a cláusulas “implícitas” o “virtuales”. Sobre la inadmisibilidad del carácter implícito de las prerrogativas públicas, v. Cassagne, Juan Carlos, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos. Tendencias actuales del ius variandi”, Revista La Ley, ejemplar del 23 de abril de 2018, pp. 2-3.

3. Similar conclusión se encuentra en las disidencias del Juez Fayt en los casos “Gas del Estado c/ Lindoro I.C.S.A.” (Fallos 306:328) y “Ferrocarriles Argentinos c/ Papadópulos” (Fallos 306:333), ambos de 1984; en ellas se expresó que la mera existencia de cláusulas que pudieran ser consideradas inusuales en el derecho privado no bastaba para tener configurada una excepción al principio de que a las empresas estatales se les aplicara el derecho privado por ser la órbita propia de sus relaciones con terceros, cuando mediaban razonables dudas acerca de que tales cláusulas pudieran cambiar la naturaleza del contrato.

la cláusula exorbitante ya ha sido adoptada por posteriores pronunciamientos del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos.<sup>4</sup>

## I. 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”.<sup>5</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 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. Con el objeto de rechazar la demanda por incompetencia,<sup>6</sup> 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”.<sup>7</sup>

4. Ver CE, 5/2/2018, CNES, n° 414846 y TC, 12 /2/2018, “SCP Ravisse, mandataire liquidateur judiciaire de la SARL The Congres House c/ Commune de Saint-Esprit”, n° 4109.

5. CE, 31/7/1912, n° 30.701.

6. Ver <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007634187> y [https://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu\\_fiches/Public/le\\_contrat\\_administratif\\_notion/Grands Arrêts\\_31juill1912.pdf](https://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Public/le_contrat_administratif_notion/Grands_Arrêts_31juill1912.pdf) (18/06/2020).

7. 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.<sup>8</sup>

## II. EL CASO “SOCIÉTÉ COMMERCIALE DE L’OUEST AFRICAIN C/ COLONIE DE LA CÔTE D’IVOIRE” (TC, 1921)<sup>9</sup>

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).

## III. 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>10</sup>

## IV. 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

---

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

9. TC, 22/1/1921, n° 00706; ver también *Les grandes décisions. Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, París, 2019, p. 114.

10. 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).

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>11</sup>

## V. “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.<sup>12</sup>

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 vuelve entonces sobre la jurisprudencia del caso “Société commerciale des granits por-

---

11. “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).

12. 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...”.

phyroïdes 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 ; aparece aquí el germen de la noción del régimen exorbitante.<sup>13</sup>

## VI. “SOCIÉTÉ D’EXPLOITATION ÉLECTRIQUE DE LA RIVIÈRE DU SANT” (CE, 1973)<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup>

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 “voluntarista” y representa un pacto, un acuerdo; la segunda, en cambio,

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

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

15. 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”.

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.

## VII. “UNION DES GROUPEMENTS D’ACHATS PUBLICS” (TC, 1999)<sup>16</sup>

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

---

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

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.

### **VIII. UNA NUEVA DEFINICIÓN DE LA CLÁUSULA EXORBITANTE DEL DERECHO COMÚN: EL CASO “AXA FRANCE IARD C. MAIF” (TC, 2014)<sup>17</sup>**

En 2014 el Tribunal de Conflictos proporcionó una nueva definición de cláusula exorbitante que caracteriza a la contratación administrativa: 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>18</sup>

El aporte de la decisión consiste, sin duda, en una definición positiva de la noción que pierde su conexión con el derecho privado y se nutre de un contenido absolutamente público: la finalidad de interés público que sustenta el régimen exorbitante por la presencia de una persona pública estatal como parte contratante.

A continuación, pasamos revista a los antecedentes de este caso que marca un punto de inflexión en la jurisprudencia francesa, y a los pasos seguidos en su razonamiento por el Tribunal de Conflictos para considerar que el contrato en cuestión no revestía carácter administrativo y que por consiguiente resultaba del resorte de la competencia judicial y no administrativa.

---

17. TC, 13/10/2014, n° 3963; esta definición positiva de la cláusula exorbitante que referencia al interés público y al régimen exorbitante es reeditada en TC, 12 /2/ 2018, “SCP Ravisse, mandataire liquidateur judiciaire de la SARL The Congres House c/ Commune de Saint-Esprit”, n° 4109, y en CE, 5/2/2018, CNES, n° 414846.

18. “... 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 ”.

## 8.1. Antecedentes

El municipio de Joinville-le-Pont y la asociación Aviron Marne et Joinville habían celebrado, el 5 de octubre de 2005, un contrato por el que el municipio alquiló a la asociación, por un período de setenta y nueve años y un alquiler de un euro, un complejo inmobiliario destinado a la práctica del remo, del que era propietario y en el que se comprometió a realizar diversas obras de rehabilitación.

El 25 de octubre de 2005 un incendio destruyó el edificio objeto del contrato; después de haber pagado al municipio una suma de más de cuatro millones de euros, Axa France IARD, la aseguradora del municipio, subrogada en los derechos del municipio, interpuso una acción directa contra la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France<sup>19</sup> (MAIF), la aseguradora de la asociación.

Mediante un auto de 9 de octubre de 2008, el juez de instrucción del Tribunal Regional de Créteil rechazó la excepción de incompetencia planteada por la MAIF; apelada esta decisión, la Corte de Apelación de París mediante la decisión del 1 de junio de 2010, tras declarar competente al tribunal para pronunciarse sobre la acción directa interpuesta por Axa France IARD, consideró que previamente correspondía que la empresa presentara el asunto ante el tribunal administrativo para “determinar la responsabilidad del incendio” y suspendió la decisión sobre la acción directa.

Axa France IARD recurrió esta decisión pero su recurso fue desestimado por el Tribunal de Casación el 16 de mayo de 2012.

De consiguiente, Axa France IARD interpuso el caso ante el Tribunal Administrativo de Melun; pero este consideró, contrariamente a la Corte de Apelación de París, que el contrato en cuestión no era un contrato administrativo y remitió la cuestión de la competencia al Tribunal de Conflictos mediante una decisión del 12 de febrero de 2014.

---

19. La acción directa permite que el tercero perjudicado pueda demandar directamente al asegurador.

## 8.2. La sentencia del Tribunal de Conflictos y su iter lógico

El Tribunal de Conflictos consideró que el contrato que vinculaba al municipio con la asociación Aviron Marne et Joinville no revestía el carácter de administrativo y que, por ende, no resultaba competente la justicia administrativa sino la judicial.

Para así resolver, evaluó que si bien los bienes arrendados por el municipio de Joinville-le-Pont habían sido especialmente adaptados para la práctica de actividades deportivas, no se desprendía de esta circunstancia, por sí sola, que pertenecieran al dominio público del municipio, ya que dicha pertenencia estaba sujeta, además, a la condición de que los bienes en cuestión se destinaran a un uso público directo o a un servicio público.

En tal sentido, señaló que el uso de los bienes en cuestión, estaba reservado a los miembros de la asociación Aviron Marne et Joinville, es decir que no estaba destinado al uso directo del público.

También sostuvo que si bien la asociación Aviron Marne et Joinville desarrollaba una actividad de interés general, no podía considerarse, habida cuenta de su organización y de sus modalidades de funcionamiento, en particular la ausencia de todo control por parte del municipio y de toda definición por parte de este de las obligaciones particulares a las que estaría sometido, que prestara un servicio público.

Ello, aun cuando el remo tuviera una importancia particular en Joinville-le-Pont y la asociación recibiera, en el marco del contrato en cuestión, una ayuda sustancial del municipio.

Remarcó que al no poder considerarse que el conjunto inmobiliario arrendado por el contrato en litigio perteneciera al dominio público del municipio debía colegirse que el contrato celebrado entre el municipio de Joinville-le-Pont y la asociación Aviron Marne et Joinville no tenía por objeto autorizar la ocupación del dominio público municipal; tal circunstancia impedía su calificación como contrato administrativo por determinación del artículo L. 2331-1 del código general de la propiedad de las personas públicas.

Resaltó que el contrato en litigio no confería ningún derecho real a la asociación sobre los bienes puestos a su disposición; que de ello se desprendía que no se había celebrado con miras a la realización, en nombre del municipio, de una misión de servicio público; que la asociación se había limitado a utilizar los bienes puestos a su disposición para que sus miembros pudieran practicar el remo, y que, como las inversiones a realizar resultaban de la exclusiva competencia del municipio, no se podía considerar que el contrato se hubiera concertado con el objeto de celebrar una operación de interés general que fuera de la competencia del municipio.

De consiguiente, concluyó, el contrato no tenía el carácter de un contrato administrativo de larga duración concertado en aplicación de las disposiciones de los artículos L. 1311-2 y siguientes del Código General de las Comunidades Territoriales y no era, por determinación de estas disposiciones legislativas, un contrato administrativo.

Finalmente observó que el contrato en litigio no contenía ninguna cláusula que, en virtud de las prerrogativas concedidas a la persona pública contratante en la ejecución del contrato, implicara un interés general que tornara aplicable el régimen exorbitante de los contratos administrativos.

Desde estas premisas sostuvo que el contrato celebrado el 5 de octubre de 2005 por la comuna de Joinville-le-Pont y la asociación Aviron Marne et Joinville no era un contrato administrativo y decidió que el tribunal judicial resultaba competente para determinar, en el litigio entre la empresa Axa France IARD y MAIF, quién era responsable del incendio ocurrido el 25 de octubre de 2005. En este marco, declaró asimismo nula y sin efecto la decisión del Tribunal de Apelación de París del 1 de junio de 2010 en tanto había suspendido la decisión sobre la acción directa interpuesta por la empresa Axa France IARD contra la MAIF hasta que el tribunal administrativo hubiera determinado quién debía responder por el incendio mencionado, así como el procedimiento seguido ante el tribunal administrativo de Melun, con excepción de la sentencia que dictó el 12 de febrero de 2014, por al que remitió la causa al Tribunal de Conflictos.

## IX. LOS CRITERIOS QUE CONFLUYEN EN LA NOCIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EN AXA FRANCE IARD Y LA CRISIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

La importancia de este caso, consiste como se adelantó *ut supra*, en una definición positiva de la cláusula cuya exorbitancia ya no se referencia con el derecho común, sino con el interés general que justifica la aplicación del régimen exorbitante.

Sin embargo esta sentencia ilustra también sobre la dispersión de criterios existentes actualmente en Francia para caracterizar al contrato como administrativo, que tal como lo sostuviera Prosper Weil, conducen a sostener una crisis de la noción.<sup>20</sup>

En efecto, el Tribunal marca como criterios autónomos que imprimen el carácter de administrativo -cuya aplicación en el caso descarta- los siguientes: a) la pertenencia de los bienes al dominio público; b) que a través de él se confíe un servicio público al particular; c) la específica determinación de la ley que así lo califique; y, d) la cláusula exorbitante, en tanto y solo si, esta significa la aplicación del régimen exorbitante por la verificación de un interés público correspondiente a la actuación de una persona jurídica pública como contratante.

A estos criterios cabe agregar otro que en el caso no se invoca dado que no resultaba aplicable, pero que utiliza también la jurisprudencia francesa y es el del que el contrato implique la realización de una obra pública.<sup>21</sup>

Frente a esta dispersión de parámetros, la evolución de la jurisprudencia argentina parece haber alcanzado una mayor perfección sistémica y completitud en las direcciones -sutilmente diferentes- trazadas por 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.<sup>22</sup>

20. Prosper weil, 2016: 163-183

21. CE, 7/10/1966, “Ville de Bordeaux”, Rec. 526.

22. 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 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.

## X. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Barra, Rodolfo C. “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.

Cassagne, Juan Carlos, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos. Tendencias actuales del ius variandi”, Revista La Ley, ejemplar del 23 de abril de 2018.

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.

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.

Weil, Prosper. 2016. “La crisis del criterio del contrato administrativo”. *Revista de Derecho Público*. (39-40): 163-183.