

LA CRISIS DEL CRITERIO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO*

PROSPER WEIL

Profesor de la Facultad de Derecho de París

Si había un tema en el Derecho Administrativo que parecía haber alcanzado, y por un largo tiempo, su punto de equilibrio, era el referente al criterio para determinar cuándo estábamos en presencia de un "contrato administrativo".

Desde 1956, con los célebres fallos *Epoux Bertin y Ministre de l'Agriculture c/Consorts Grimouard*¹, el principio mismo del criterio alternativo parecía ya definitivamente establecido: un contrato es administrativo sea cuando tiene por objeto el conferir al cocontratante la ejecución misma del servicio público, sea cuando contiene cláusulas exorbitantes del derecho común. Si era posible que surgieran dudas sobre el contenido exacto de estas condiciones alternativas, al menos la presentación del criterio del contrato administrativo bajo esta forma no comportaba ninguna dificultad. Era éste, pues, uno de los escasos dominios del derecho administrativo donde se podía sin riesgo de deformación, sintetizar el derecho positivo en una fórmula simple y fácilmente accesible².

Ha de preguntarse, sin embargo, si esta visión de una materia al fin pacificada, no era, con todo, exageradamente optimista.

Desde hace algunos años ya los síntomas inquietantes no faltaban, aún si, en verdad, no se les prestaba mucha atención: no, ciertamente, en cuanto a que el criterio alternativo fuera discutido o impugnado, sino en razón de algunas incertidumbres concernientes a su ámbi-

*Traducción del Prof. Eduardo Soto Kloss.

Por su interés, no obstante los años pasados, publicamos con la gentil autorización de su autor este trabajo aparecido en *Mélanges offerts à Marcel Waline* (2 vols.). LGDJ. Paris. 1974, II 831-848.

¹Long, Weil, Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (9^e éd.) 1960, N^o 95).

²V.gr. M. Waline, *Droit administratif* (5^e éd.) 1963, N. 954.

to de aplicación. Porque ¿para qué serviría el definir con una fórmula simple lo que es contrato administrativo si tal definición podría aplicarse solamente a una parte de los contratos celebrados en el marco de la actividad administrativa? La generalización del campo de aplicación del criterio indicado habría debido, lógicamente, ser la consecuencia de los progresos alcanzados en su definición, y esto en especial si se considera nuestra época, caracterizada —como bien se sabe— por el desarrollo del procedimiento contractual como modo de acción de la Administración particularmente en el ámbito económico.

Ahora bien, el panorama, en este punto está lejos de ser satisfactorio. Sin duda alguna se han producido progresos, siendo el más notable la aplicación, ya bien establecida, del criterio del contrato administrativo a los contratos celebrados por los servicios públicos industriales y comerciales. Otras tentativas de extenderlo han sido, no obstante, infructuosas, y aún hoy subsisten amplios sectores de la actividad administrativa en los cuales el criterio del contrato administrativo o se aplica de modo un tanto deformado, o bien no se aplica de manera alguna. En el primer caso la distorsión es de orden puramente técnico y no asume, en verdad, mayor gravedad; en el segundo, en cambio, se plantea ya un problema de fondo.

En efecto, decir de un sector de la actividad administrativa que en él no ha penetrado aún el criterio de la distinción de las dos categorías de contratos, significa —y ello de modo muy claro— que en tal sector sólo son conocidos los contratos de derecho privado, ya que al mismo tiempo se admite —habría que preguntarse por qué— que el régimen del contrato administrativo es “exorbitante”, siendo sólo “normal” el régimen del Código Civil³. Ahora bien, si la existencia de un régimen jurídico específico para ciertos contratos celebrados en el marco de la actividad administrativa tiene alguna razón de ser, no se advierte bien qué fundamento podría existir para que sectores enteros de dicha actividad permanezcan impermeables a la noción de contrato administrativo. Hacer jugar la distinción de contratos administrativos y contratos de derecho común solamente en parte de la

³Cf. G. Vedel, *Droit administratif* (5^e éd.) 1973, 235: “Los contratos celebrados por los servicios públicos administrativos se presumen ser de derecho privado. Es la parte que alega que el contrato es administrativo quien debe aportar la prueba de ello... Aparece normal que la Administración sea reputada colocándose bajo la esfera del derecho privado...”.

actividad de la Administración, conlleva en cierta medida a la conde-
nación misma del principio de esta distinción; y ello, verdaderamente,
o es demasiado o es insuficiente: demasiado, si la distinción referida
carece de significación; insuficiente, si esa distinción tiene funda-
mento.

Pero hay algo aún más grave. No menos inquietante es un fenó-
meno que han puesto de relieve algunos fallos recientes: es en su
contenido mismo que la definición del contrato administrativo pare-
ciera próxima a estallar. Desde hace ya algún tiempo, el concepto de
"contrato en virtud del cual se confía al cocontratante la ejecución
misma del servicio público" se ha revelado, para decir verdad, no sólo
más complejo sino también más explosivo que lo que se pudiera pen-
sar: más complejo, por cuanto tal concepto recubre, en realidad, dos
ideas diferentes, aquella de ejecución del servicio público por parte
del cocontratante, y aquella, menos precisa y por ende más amplia,
de contrato que constituye una modalidad de ejecución del servicio
público; más explosivo, también, ya que en su segunda variante sobre
todo, el criterio implicaba un dinamismo interno que el Consejo de
Estado ha tenido ciertamente dificultades en frenar. Es así como se
ha visto con un tanto de perplejidad la aparición de un fallo que
aún no se termina de medir en sus consecuencias, *Société d'exploita-
tion électrique de la Rivière du Sant*, de 19.1.1973⁴, y que extendiera
el otro lado de la alternativa: en su virtud, la "cláusula exorbitante
del derecho común" se desliza hacia el "régimen exorbitante del de-
recho común". Por este solo hecho esa armoniosa simetría del criterio
bipolar parece ser barrida: ¿no es que se habla ya de los cuatro cri-
terios del contrato administrativo? La verdad puede ser aún más de-
cepccionante: pase que existan cuatro criterios, si ellos son fácilmente
identificables; pero, ¿si bajo nombres diferentes, esos cuatro no cons-
tituyen sino uno solo, y más encima este solo deviene inasible? En
todo caso, pareciera que la bella simplicidad del criterio alternativo
no ha durado veinte años.

Un criterio parcial, un criterio inencontrable: he aquí, apenas las

⁴Recueil Lebon 48; CJEG 1973. J. 239 concl. Rougevin-Baville, note Ca-
fron; AJDA 1973. 358 chronique Léger et Boyon; JCP 1974; II 17629 note Pel-
let.

tintas recargadas, el panorama que ofrece hoy una materia que se esperaba por largo tiempo pacífica y sin historia.

* * *

En principio, el criterio de distinción de los contratos administrativos y de los contratos de derecho común debería ser aplicado de manera uniforme al conjunto de contratos celebrados en el marco de la actividad administrativa, lo que no significa, ciertamente, que todos esos contratos habrían por ello de ser sometidos al régimen de derecho público, sino simplemente que esta posibilidad no debería jamás ser excluida de partida, pues su aplicación concreta ha de ser función de un criterio invariable.

Sin embargo, ocurre que la actividad de la Administración adopta caminos variados: servicios públicos administrativos o servicios públicos industriales o comerciales; colectividades territoriales o establecimientos públicos; personas públicas o personas privadas; personas privadas "ficticias" (como por ejemplo las sociedades de economía mixta, de capitales exclusivamente o casi exclusivamente públicos) o personas privadas "auténticas" (tales las empresas privadas concesionarias de servicios, u obras públicas). Cada una de estas modalidades depende de regulaciones jurídicas distintas, y han terminado por vivir cada una de ellas su propia vida, a la manera de una isla, separadas del resto del derecho administrativo; tanto y tan bien que los inevitables conflictos de fronteras han debido ser resueltos por la jurisprudencia por la vía de arbitrajes, los cuales se fundamentan más sobre la base de una equitativa repartición entre regímenes jurídicos que sobre razones de fondo. Como tantas otras teorías jurídicas —obras públicas, responsabilidad— la teoría de los contratos administrativos ha debido transigir: enfrentada a la teoría del servicio público industrial o comercial, o al concepto de personalidad de derecho privado, ella ha debido renunciar a su natural universalismo, y aceptar cercenamientos: estas delimitaciones no son, con todo, jamás definitivas, puesto que en su preocupación por una mayor justicia y eficiencia, la jurisprudencia —especialmente del Consejo de Estado— avanza con cautela y no duda en corregir los errores que depara la práctica. Del mismo modo, las rectificaciones de fronteras suelen ser frecuentes y la delimitación realizada en un momento dado no habrá de ser ja-

más tenida por definitiva. Cuanto puede hoy ser comprobado no es sino que si bien ciertos obstáculos han sido vencidos, otros permanecen sólidamente firmes: el criterio general es aplicado a veces sólo a costa de ser alterado, otras ni siquiera es aplicado. El balance no puede sino ser muy matizado; la generalización del campo de aplicación del criterio parece por el momento ser sólo una perspectiva en el futuro.

1. Es esencialmente en el ámbito de los servicios públicos industriales y comerciales donde la resistencia a la aplicación del criterio general ha cedido más rápidamente, permitiendo así al criterio —y, al mismo tiempo, al régimen— del contrato de derecho público conquistar una de las zonas más dinámicas de la actividad administrativa.

En efecto, la teoría de los servicios públicos industriales y comerciales apenas venía de ser consagrada, y ya el Consejo de Estado admitiría que los contratos celebrados por dichos servicios con los usuarios eran contratos de derecho común, “a menos que cláusulas especiales o las condiciones particulares de su funcionamiento no dieran a esos acuerdos convenidos individualmente con sus usuarios el carácter de contratos administrativos”⁵. De este modo se establecía desde su inicio que los contratos celebrados por los referidos servicios no eran necesariamente contratos de derecho común, pues podrán ser también contratos administrativos; a partir de allí, la jurisprudencia no ha cesado de ampliar esta posibilidad.

a) La aplicación del criterio general ha sido extendida, pues, a contratos cada vez más numerosos. Admitido en una primera etapa respecto de los contratos celebrados por el Estado, los departamentos y las comunas, para atender las necesidades de sus servicios industriales y comerciales, se ha extendido luego a aquellos por un establecimiento público administrativo en el marco de la ejecución de un servicio público industrial y comercial: es lo que aparece de numerosos fallos de 1960, que admiten que los contratos acordados por el “Oficio Nacional Interprovincial de Cereales” (ONIC) —establecimiento público administrativo— para la ejecución de un servicio público indus-

⁵CE 23.12.1921 *Soc. générale d'armement*, RDP 1922, 74 concl. Rivet; cf. De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. 1956, t. N° 39 y los fallos citados; Waline, *ob. cit.* N° 957.

trial y comercial, pueden ser contratos administrativos⁶. La extensión del criterio a aquellos contratos convenidos por un servicio público industrial y comercial, más precisamente empresa pública, parecía más difícil: ¿no habría, acaso, el legislador manifestado expresamente su voluntad en orden a que calificando al establecimiento de industrial y comercial lo sometía a un régimen de derecho privado?⁷. Esta extensión, sin embargo, devendría inevitablemente con la introducción creciente de elementos de derecho público en el régimen de los establecimientos públicos industriales y comerciales: si las decisiones de los órganos dirigentes de la ORTF⁸ pueden verse reconocida la calidad de actos administrativos⁹, si la responsabilidad de la EDF¹⁰ respecto de un propietario víctima de un proyecto de expropiación posteriormente abandonado debe ser apreciada por el juez administrativo¹¹, y si los contratos celebrados por EDF con empresarios para la ejecución de obras públicas son considerados como contratos de obras públicas¹², no se divisa verdaderamente por qué razón los contratos de un establecimiento público industrial y comercial —aún se trate de una empresa pública como EDF— no podrían tener el carácter de contratos administrativos. Tal ha sido, efectivamente, la solución consagrada, por primera vez al parecer, pero de modo muy lógico, por el Consejo de Estado en el fallo *Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant*, de 19.1.1973. ¿No convendría, tal vez, continuar con esta extensión para incluir a aquellos contratos celebrados por personas privadas encargadas de la gestión de un servicio público industrial y comercial? El buen sentido parecería aceptar, sin duda, la afirmativa; la jurisprudencia, con todo, no ha aceptado todavía, lo veremos luego, hacer saltar este último obstáculo.

Paralelamente a esta evolución, la aplicación del criterio general a los contratos de los servicios públicos industriales y comerciales ha si-

⁶TC 14.3.1960 *Soc. coopérative agricole de stockage y Soc. Vaudroy-Jaspar*, Rec. 866 y 867; AJDA 1961. 89 nota A. de L.; CE 22.12.1960 *Favier*, Rec. 720.

⁷Cf. De Laubadère, *Contrats* cit. I N° 40, y CE 16.6.1950 *Soc. Alba-La-Source*, Rec. 374 que tiende a una solución restrictiva.

⁸ORTF es el Oficio de Radiodifusión y Televisión francés.

⁹CE 10.11.1961 *Missa*, Rec. 636; AJDA 1962. 40 conc. Ordonneau.

¹⁰*Electricité de France*.

¹¹CE 23.12.1970 EDF c/ *Farsat*, Rec. 790; AJDA 1971. 96 concl. Kahn.

¹²Vid. los fallos citados por Carron en nota antes referida (4), 249.

do extendido de los contratos con los usuarios a los contratos celebrados con terceros, en especial con sus proveedores; no existía, en efecto, ningún fundamento para dar un tratamiento diverso a los unos de los otros. Ahora bien, por una extraña regresión, en la época misma en que la jurisprudencia admitía expresamente el carácter administrativo de ciertos contratos celebrados con sus proveedores¹³, ella cesará de admitirlo en lo referente a aquellos concluidos con sus usuarios¹⁴, en circunstancias que es precisamente a su respecto que la evolución había sido iniciada en 1921.

b) En segundo lugar, es en su totalidad que el criterio del contrato administrativo ha venido siendo progresivamente aplicado a los contratos de los servicios públicos industriales y comerciales. La duda podía darse en lo concerniente a la noción de contrato en cuanto confía al cocontratante la ejecución misma del servicio público¹⁵; pero ha sido desvanecida por el comisario del gobierno Rougevin-Baville en sus conclusiones del caso *Rivière du Sant*: "confiar a un tercero la ejecución misma del servicio, fuera incluso industrial y comercial, es asociarlo de manera muy estrecha a la misión de la colectividad pública como para que tal contrato pueda depender de la regulación ordinaria entre particulares", y evocaba luego "la reacción de rechazo" que condujera al comisario Long en sus conclusiones al caso *Epoux Bertin* a decir, "en todo caso, no podemos dejar a la Administración que confíe a un particular la ejecución de una misión de servicio público, y al mismo tiempo que se despoje de los derechos y prerrogativas que le asegura el régimen de derecho público". El criterio general se aplicará, por tanto, en todos sus matices, y tal como la evolución al transcurrir los años lo irá estructurando; es así que desde luego la nueva noción de "régimen exorbitante del derecho común", introducida por el fallo *Rivière du Sant* se aplicará indiferentemente tanto a los contratos de los servicios públicos administrativos como a los de los servicios públicos industriales y comerciales. Son, incluso, estos últimos los que permitirán a veces al juez la ocasión de elaborar nuevas formulaciones que serán extendidas posteriormente a los contratos de los servicios públicos administrativos (no es,

¹³Vid. los fallos indicados en nota 6 precedente, y *Rivière du Sant* cit.

¹⁴Vid infra.

¹⁵Vid. Vedel cit. 237.

acaso, a propósito de los contratos de los servicios públicos industriales y comerciales que ha sido imaginado por vez primera en 1921, el concepto de "condiciones particulares de funcionamiento del servicio"¹⁶, que medio siglo después devendrá, siempre a propósito de los contratos de estos servicios, la noción más general de "régimen exorbitante del derecho común"? Los contratos de los servicios públicos industriales y comerciales, un laboratorio de ensayos para el criterio del contrato administrativo: la paradoja merecía ser puesta de relieve.

La integración de los contratos celebrados por los servicios públicos industriales y comerciales dentro de la teoría general del contrato administrativo ha sido, como puede advertirse, rápida e importante; el fenómeno, sin embargo, no deja de ser sorprendente, puesto que se supone que dicho sector habría debido ofrecer normalmente un terreno particularmente resistente a la extensión del criterio del contrato administrativo. La distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado ha sido concebida, en efecto, tradicionalmente como la expresión más directa y notable de la distinción entre gestión pública y gestión privada, y la noción misma de servicio público industrial y comercial ha sido concebida como la coronación de gestión privada, ya que según el fallo que precisamente la ha consagrado, ella interesa los servicios que la Administración "explota en las mismas condiciones que un industrial particular"¹⁷; por su misma naturaleza el concepto de servicio público industrial y comercial podía aparecer como antinómico al de contrato de derecho público.

La facilidad con la cual el criterio ha penetrado en este dominio se explica, sin duda, por la inconsistencia de la teoría de los servicios públicos industriales y comerciales, cuya justificación es dudosa, y cuyo contenido es incierto¹⁸. Esta teoría, por lo demás, hace agua por todas partes, pues por un lado los casos dudosos son casi sistemáticamente resueltos hoy en favor del carácter administrativo del servicio, y por el otro su régimen jurídico comporta elementos de derecho público tan numerosos e importantes que puede preguntarse si no

¹⁶Vid. nota 5 precedente.

¹⁷Tc 22.1.1921 *Soc. commerciale de l'Ouest Africain*, en *Les grands arrêts* cit. Nº 40.

¹⁸Para una crítica general de esta teoría vid. F. P. Bénéoit, *Le droit administratif français*. 1966, Nº 1516 s.

han comenzado ya a repicar las campanas por esta teoría cuya consagración habrá constituido, sin duda, uno de los mayores errores de nuestro derecho administrativo. La sujeción de los contratos de los servicios públicos industriales y comerciales al criterio general se inserta así en el proceso de "publicización" de estos servicios, y de desintegración de esta teoría; ello, en definitiva, viene a resultar menos sorprendente de lo que parecería.

2. Por importantes que sean los progresos que se han llevado a cabo en el ámbito de los servicios públicos industriales y comerciales no deben, sin embargo, ilusionarnos mucho. La originaria alergia de estos servicios al criterio del contrato administrativo ha dejado, en efecto, consecuencias nada despreciables. Autores hay que estiman que existe una fuerte presunción, respecto de los contratos de dichos servicios, en favor de su carácter de derecho privado¹⁹; no obstante, no se divisa bien qué puede recubrir una tal noción: o bien la presunción es irrefragable, o bien ella puede ser destruida por medio de la prueba en contrario. Por lo que toca al momento actual, todos los contratos de la administración son presumidos de derecho privado²⁰, y los contratos de los servicios públicos industriales y comerciales no presentan en este respecto ninguna particularidad. No puede entenderse como tal el hecho de que no sean reconocidos como administrativos los contratos celebrados por personas privadas encargadas de un servicio público industrial y comercial, puesto que se trata de una limitación de orden general en la aplicación del criterio, limitación que juega también respecto de los contratos celebrados por personas privadas encargadas de un servicio público propiamente administrativo: la resistencia al criterio proviene no tanto de la naturaleza del servicio, como la del cocontratante; lo veremos ello más adelante.

La especificidad existe, en cambio, respecto de dos ámbitos, aquel de las relaciones de los servicios públicos industriales y comerciales con sus usuarios, y aquel de las relaciones de estos servicios con su personal contractual.

a) En efecto, es sabido que a partir del fallo *Etablissements Cam-*

¹⁹De Laubadère, *Contrats cit.* I N° 39; Vedel *cit.* 236.

²⁰Cfr. supra nota 2.

*panon-Rey*²¹ las relaciones del servicio público industrial y comercial y los usuarios son considerados como relaciones de derecho privado, y los contratos que ellos celebren son contratos de derecho privado aun cuando se incluyan o contengan cláusulas exorbitantes al derecho común.

Cabe advertir, sin embargo, que la excepción que esto comporta al criterio general, y su extensión, está fundamentada en consideraciones que no son propias del dominio contractual: en efecto, las relaciones entre el servicio público industrial y comercial y los usuarios son, en su conjunto, analizadas como relaciones de derecho privado, independientemente de la existencia de algún contrato²²; es que no es en razón de su calidad de contrato celebrado por los servicios públicos industriales y comerciales por lo cual estos contratos con sus usuarios escapan a la aplicación del criterio, sino en virtud de que ellos se insertan en un conjunto de relaciones jurídicas que poseen, en todo caso, el carácter de vínculos de derecho privado. Se encuentra así, aquí, en presencia de una excepción que depende de la teoría conocida como de los "bloques de competencia"²³ basada ella misma sobre el criterio del objeto del acto o de la naturaleza de las relaciones en juego; aun cuando se vieran grandes esperanzas en esta teoría, luego del fallo *El Hamidia*, como una forma de resolver la crisis del criterio de competencia, hará dos décadas, la jurisprudencia parece haber restringido considerablemente sus alcances²⁴. De allí que no parece difícil considerar la jurisprudencia *Campanon-Rey* como un sobreviviente de aquella planteada en *El Hamidia*, y pensar que tarde o temprano está llamada a desaparecer. Se reencontraría así la solución ya consagrada en 1921 y abandonada tan inútilmente en 1961.

Este retorno a las fuentes aparece tanto más deseable desde que

²¹Rec. 562; D 1962. 506 nota Vergnaud; AJDA 1962. 98 concl. Heumann, nota A. de L.; CJEG 1963. J. 17 nota A.C.

²²Estas relaciones son de derecho privado aún si ningún contrato ha sido todavía celebrado: CE 21.4.1961 *Dame veuve Agnesi*, Rec. 253; D 1962. 535 note F. B.; cf. TC 17.10.1966 *Dame veuve Canasse*, Rec. 834; JCP 1966, II 14899 concl. Dutheillet de Lamothe. Para una crítica de esta noción vid. Bénéit cit. N° 1628 s.

²³En este sentido De Laubadère, *Traité de droit administratif* (6è. éd.). 1973, I N° 574; Rougevin-Baville concl. citadas; Carron nota cit.

²⁴Vid. en CA cit. observaciones a CE 5.2.1954 *Association El Hamidia*, N° 91.

a) De los casos en los cuales el criterio ha penetrado pero con ciertas modificaciones nos limitaremos a señalar dos ejemplos.

El primero concierne a los contratos referentes a la gestión del dominio privado. Es sabido que luego de haberse considerado por largo tiempo que tales contratos poseían “por su misma naturaleza” un carácter privado, la jurisprudencia admite hoy que la presencia en ellos de cláusulas exorbitantes puede imprimirles el carácter de administrativos²⁸. ¿Significaría, entonces, que dichos contratos podrían ser administrativos desde el momento que confirieran al cocontratante la ejecución misma del servicio público? Difícil de resolver parecía esto teniendo presente que no había sido decidido aún el problema —vivamente discutido en la doctrina— de saber si la gestión del dominio privado constituye o no una actividad de servicio público. Ahora bien, el asunto parece hoy ya decidido, y por la negativa: el fallo *Office national des forêts c/Beraud* (Tribunal des Conflits, 25.6. 1973) al disponer que las obras ejecutadas para la gestión de un bien que forma parte del dominio privado del Estado no constituyen obras públicas, ha rehusado implícitamente, pero de modo necesario, a esta gestión el carácter de una actividad de interés general, y a fortiori, de una actividad de servicio público²⁹. Los contratos referentes a la gestión del dominio privado escapan, pues, a una de las ramas del criterio general.

El segundo ejemplo resulta de la tendencia de la jurisprudencia “a interpretar el criterio de la participación en la ejecución del servicio público de modo mucho más restrictivo cuando se trata de contratos celebrados con terceros que cuando se trata de contratos de prestación de servicios”³⁰. El criterio, pues, se aplica, en consecuencia, con un contenido diferente según sea la materia sobre la cual recae.

b) Ambitos hay, en fin, de la actividad administrativa que permanecen enteramente cerrados al criterio, y donde no se conocen sino contratos de derecho privado. Tal es, esencialmente, el caso de los contratos convenidos por las personas privadas que gestionan un ser-

²⁸Sobre el problema vid. De Laubadère, *Contrats* cit. I N° 46, y *Traité* cit. I N° 575.

²⁹AJDA 1973. 30 nota Moderne.

³⁰Léger et Boyon chronique cit.

vicio público. Cuando los poderes públicos confieren la gestión de un servicio público —sea éste administrativo, o industrial y comercial— a una persona privada, sería bien normal aceptar que los contratos que ella celebre dependieran del criterio general: son ellos, en definitiva, contratos que se insertan en la actividad administrativa bajo el mismo título que aquellos celebrados por personas públicas realizando misiones del mismo orden; aún más: desde el momento en que la jurisprudencia ha aceptado ver actos administrativos en ciertas decisiones adoptadas por dichas personas —sean aún encargadas de la gestión de un servicio puramente industrial y comercial³¹— ¿no resulta, acaso, difícil rehusar el carácter administrativo a los contratos que ellas celebran si reúnen tales acuerdos las condiciones exigidas por el criterio general? ¿Por qué rehusar a los contratos lo que se acepta respecto de los actos unilaterales, es decir la primacía del aspecto material sobre la naturaleza de la persona jurídica que los emite o celebra?

Ahora bien, la jurisprudencia ha desechado embarcarse en esta vía y hoy está ya firmemente establecida la solución según la cual las personas jurídicas de derecho privado que gestionan un servicio público (sea éste propiamente administrativo, o industrial y comercial), y salvo que ellas actúen por cuenta de una colectividad pública, celebran —incluso para la ejecución de obras públicas— contratos que están sustraídos a la aplicación del criterio, y que por lo tanto poseen el carácter de contratos de derecho privado. La solución contraria que dejaba entrever el fallo *Entreprise Peyrot*, ha sido limitada, como se sabe, a los contratos suscritos por las sociedades de economía mixta concesionarias de autorrutas o trabajos camineros, como por ejemplo el túnel del Mont-Blanc³²; inútil nos parece detenernos en esta jurisprudencia tan conocida, salvo para lamentar su restricción. Tal vez se explique ella si se considera la voluntad del juez de frenar una extensión del ámbito de aplicación del criterio del contrato adminis-

³¹TC 15.1.1968 *Compagnie Air France c/ Epoux Barbier*, en GA cit. Nº 108.

³²TC 8.7.1963 *Soc. Entreprise Peyrot*, en GA Nº 106; TC 17.1.1972 *SNCF c/ Entreprise Solon et Barrault*, Rec. 944; RDP 1972. 465 concl. Braibant; AJDA 1972. 353 nota Dufau; JCP 1973. II 17312 nota Moderne; CJEG 1973. J. 29 nota Carron; CE 21.7.1972 *Entreprise Ossude*, Rec. 562, y 10.11.1972 *Soc. des grands travaux alpins*, AJDA 1973 47 nota Moderne; TC 25.6.1973 *Préfet de Paris et SEMVI*, AJDA 1973. 543 nota Larger.

trativo, pero ello no significa menos unas distinciones difícilmente defendibles ya que ¿por qué aplicar el criterio a los contratos de la "Electricidad de Francia" y no a los celebrados por "Sociedad Nacional de Ferrocarriles" (SNCF)? ¿Por qué aplicarlo a los contratos suscritos por órganos de intervencionismo económico creados bajo la forma de establecimientos públicos y no a aquellos celebrados por organismos dotados de una misión idéntica pero creados bajo la forma de organismos privados? Sustraer, así, sin razón verdaderamente determinante una importante parte de la actividad administrativa a la aplicación normal del criterio, en circunstancias que ámbitos muy próximos sí están a él sometidos, no parece ciertamente muy satisfactorio.

Y es que todo contrato celebrado en el marco de la actividad administrativa debería poder ser administrativo, no debiendo el alcance de la noción de dicha actividad verse limitada por consideraciones derivadas de la naturaleza jurídica del organismo que la desarrolla: el resurgir del criterio orgánico merecería, en verdad, un resultado mejor que esta utilización tan poco justificable³³.

Este bloquear a mitad de camino el proceso de uniformidad del criterio del contrato origina, como puede advertirse, una delimitación de su ámbito de aplicación: una complejidad tan perturbadora no es sino para lamentarla. Pero ello no sería sino un mal menor si el contenido de tal criterio —allí al menos donde fuere aplicable— pudiera ser definido siempre con suficiente precisión: es lo menos que deberíamos esperar desde hace ya una veintena de años; sin embargo, las soluciones que parecían ya firmes han venido a ser hoy removidias.



Después de los fallos *Bertin* y *Grimouard* la situación parecía haberse enteramente esclarecido: un contrato era administrativo ya por su objeto, ya por las cláusulas que contenía; uno de estos dos elementos bastaba para caracterizar al contrato de administrativo, teniendo el criterio de las cláusulas exorbitantes un carácter subsidiario en cuan-

³³Cf. Prévost, *A la recherche du critère du contrat administratif: la qualité des contractants*, en RDP 1971. 817.

to tenía aplicación en la medida en que el contrato no confiaba al cocontratante la ejecución misma del servicio público⁸⁴.

El criterio de las cláusulas exorbitantes originaba, es cierto, el problema de la definición de dichas cláusulas, pero ello era algo ya bien conocido desde hacía años y sobre lo cual tanto la jurisprudencia como algunos estudios doctrinarios habían aportado suficiente claridad⁸⁵. Sería, en cambio, lo referente a la participación del cocontratante en el servicio público lo que originaría graves dificultades.

1. Al agregar el fallo *Bertin* la noción de contrato que confía al cocontratante la ejecución del servicio público —que venía a unirse a la idea de cláusulas exorbitantes— significó ello, en sí, una extensión bastante sensible a la definición de contrato administrativo. El criterio de las cláusulas exorbitantes es un criterio esencialmente voluntarista: será administrativo un contrato en la medida en que las partes han entendido así caracterizarlo por medio de la inserción en él de tales cláusulas; el criterio del fallo *Bertin*, por el contrario, es puramente objetivo: aún si las propias partes contratantes no hubieren deseado que el contrato fuese administrativo, él lo será por la naturaleza de su propio objeto. A la voluntad de las partes se agrega, ahora, para especificar un contrato como administrativo, la naturaleza de las cosas.

No es extraño o sorprendente que el Consejo de Estado se haya preocupado de inmediato en mantener esta nueva noción dentro de límites aceptables distinguiendo cuidadosamente entre el contrato que confía al cocontratante la ejecución del servicio mismo, y aquel que ha sido convenido "para la satisfacción de las necesidades de un servicio público"⁸⁶. Ciertamente la distinción no parece fácil de utilizar, y en su esfuerzo para no extender de modo desmedido el contenido de este nuevo criterio no siempre el juez ha podido evitar soluciones discordantes: vgr. ¿por qué es administrativo el contrato celebrado con empresas privadas con vistas a asegurar el stock de man-

⁸⁴Odent *cit.* 452.

⁸⁵Vedel. *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, en *Mélanges Mestre*. 1956, 527 s.

⁸⁶CE 11.5.1956 *Soc. française de transports Gondrand frères*, Rec. 202; AJDA 1956. 2.427 concl. Long; RDP 1957. 101 nota Waline; D 1956. 433 nota De Laubadère.

requilla³⁷ y, en cambio, no lo es aquel por el cual una empresa se compromete con el ONIC a adquirir y exportar cierta cantidad de cereales³⁸. Más allá de las dudas, la orientación general es, sin embargo, clara: restringir en toda la medida de lo posible el impacto de la nueva noción. Es en esta perspectiva que ha de situarse el caso *Rivière du Sant*.

¿No cabría preguntarse en este asunto si los contratos por los cuales la "Electricidad de Francia" compra a los productores autónomos la energía producida por sus instalaciones no tendrían, acaso, por objeto el confiarle la ejecución de un servicio público? Si la producción de energía forma parte de la misión de servicio público conferida por la ley a la EDF ¿no asumen, por su lado estos productores autónomos, en la medida que participan en esa producción, una parte de dicha misión? No lo ha pensado así, con todo, el comisario del gobierno: "Los productores autónomos están ciertamente asociados al servicio público, pero ellos no se encuentran encargados de su "ejecución directa e inmediata", usando la fórmula de M. Long...". De este modo, no es en este campo que el fallo reconocerá a estos contratos el carácter de administrativo, confirmándose así con claridad la tendencia del Consejo de Estado de interpretar restrictivamente —salvo en materia de prestación de servicios, donde una concepción amplia no presenta inconvenientes— el criterio de la participación en la ejecución del servicio público.

2. No obstante, los esfuerzos desplegados para contener la noción de participación directa del contratante en la ejecución del servicio público estaban condenados al fracaso desde la partida. Es preciso aceptar esta evidencia: no era uno, sino dos los criterios que han sido aceptados en 1956, y si bien uno de ellos ha podido ser interpretado en forma restrictiva, el otro se ha revelado bien difícil de ser mantenido en límites estrechos. Junto a la fórmula del fallo *Bertin*, "contrato que tiene por objeto confiar a los interesados la ejecución misma del servicio público", el Consejo de Estado ha consagrado, en efecto, el mismo día, en el fallo *Grimouard*, una fórmula distinta, al hablar de operaciones que "constituyen una de las modalidades de

³⁷CE 27.5.1957 *Artaud*, Rec. 350.

³⁸Vid. los fallos cit. en nota 6 precedente.

la ejecución misma del servicio público". Es un hecho que las dos fórmulas lejos están de ser iguales aun cuando la doctrina las presente generalmente como si fueran una, y ello salta a la vista: en el caso *Grimouard* el contrato estaba bien lejos de confiar a los cocontratantes privados la ejecución de un servicio público, como que era el Estado mismo, en la especie, quien se encargaba por la vía contractual, corriendo los gastos por los interesados, del servicio público de reforestación.

La inspiración del fallo *Grimouard* aparece clara: para realizar sus objetivos de servicio público el Estado ha recurrido a la vía contractual, en lugar del instrumento unilateral; el contrato, en consecuencia, constituye en el más preciso sentido del término, la modalidad elegida por el Estado para la propia ejecución del servicio público, y a este título el contrato viene a ser administrativo por naturaleza. Sin duda, M. Long ha creído posible sintetizar las dos soluciones en una fórmula única, al decir "un contrato es administrativo cuando tiene por objeto la ejecución misma del servicio público"³⁹, pero ella es una fórmula ciertamente genérica que recubre dos nociones diferentes: aquella del contrato en virtud del cual la Administración confía a un particular la ejecución de un servicio público, y aquella en que tal contrato constituye en sí mismo una modalidad de ejecución de un servicio público.

El expansionismo de la fórmula *Grimouard* se revelaría plenamente en el ámbito de la Administración económica, puesto que cada vez de manera más frecuente el Estado utiliza el medio contractual para realizar sus objetivos intervencionistas; y es que resulta bien difícil no ver en estas "convenciones de administración económica", como las llama A. de Laubadère⁴⁰, "modalidades de ejecución del servicio público".

Así, por ejemplo, respecto de los contratos celebrados por la Administración en períodos de escasez con organismos intermediarios para asegurar la repartición equitativa de harina entre panaderos de diversas localidades: estas convenciones "constituyen en sí mismas mo-

³⁹Concl. *Consorts Grimouard* cit.

⁴⁰De Laubadère, *Traité*, cit. III N° 831.

dalidades de ejecución del servicio público de abastecimiento"⁴¹. Así, también, respecto de los contratos celebrados con los exportadores por el FORMA, establecimiento público estatal encargado de preparar y ejecutar las decisiones gubernamentales relativas a las intervenciones del Estado en materia de mercados agrícolas⁴². El Tribunal de Conflictos emplea en este fallo una fórmula tomada de M. Long: "estos contratos —dice— tienen por objeto la ejecución misma del servicio público del cual el "Fondo de orientación y regularización de mercados agrícolas" (FORMA) está investido; entendemos por ello que es a través de estos contratos que se realiza la acción intervencionista que el Estado le ha conferido a FORMA. Chevallier lo ha dicho de manera muy clara: "Los contratos acordados por FORMA son el medio privilegiado por el cual él realiza su misión de servicio público que le ha sido confiada; es la modalidad de ejecución de esta misión, y le es, en consecuencia, inseparable. Al igual que ciertos organismos efectúan su misión de servicio público dictando actos administrativos de reglamentación, FORMA cumple su función celebrando contratos con sociedades privadas: en los dos casos, actos administrativos unilaterales y contratos son indisolubles del servicio público, debiéndoles ser reconocidos su carácter administrativo"⁴³.

El dinamismo de tal criterio es evidentemente considerable: sin llegar a decir, como lo sugiere Chevallier, que, en definitiva, todos los contratos de la Administración constituyen, en mayor o menor medida, una modalidad de ejecución del servicio público, el criterio del fallo *Grimouard* conduce en todo caso a considerar como administrativos no sólo los contratos de intervencionismo económico convenidos por el Estado mismo o por establecimientos públicos de intervención, sino también aquellos pactados, en condiciones similares, por órganos de intervención constituidos como personas jurídicas de derecho privado: que el contrato en cuestión sea celebrado por el Ministerio de Agricultura, por el FORMA o por una sociedad interprofesional de derecho privado, en todo caso se trata de un contrato que constituye una modalidad de ejecución del servicio público. Es, indudablemen-

⁴¹CE 14.11.1958 *Union meunière de la Gironde*, Rec. 554; JCP 1958. II 10895, nota Liet-Veaux.

⁴²rc 24.6.1968 *Soc. Distilleries bretonnes*, Rec. 801 concl. Gégout; JCP 1969. II 15764 concl. Gégout, nota Dufau; D 1969. 116 note Chevallier.

⁴³Chevallier nota cit.

te, ante las perspectivas de una extensión indefinida de la categoría de los contratos administrativos que la jurisprudencia ha resuelto imponer a este criterio una limitación externa, ya que no lograba frenarlo desde su interior: así se explica la jurisprudencia que ha detenido esta expansión utilizando la idea de personalidad de derecho privado⁴⁴, en circunstancias que el buen sentido parecía indicar una solución contraria; así se explica, igualmente, la decisión del Consejo de Estado de inclinar sus esfuerzos sobre la otra rama del criterio, aquella de las cláusulas exorbitantes.

3. En el caso *Rivière du Sant* habría sido, en efecto, a través del criterio adoptado por los fallos *Bertin* y *Grimouard* que el contrato debería haberse reconocido como administrativo. Si el Consejo de Estado no deseaba decir que los productores autónomos participan directamente en la ejecución del servicio público por medio de la entrega que hacen de energía a la "Électricité de France", al menos habría debido aceptar el reconocer en los contratos por los cuales EDF les adquiría esta energía una modalidad de ejecución del servicio público: la fórmula del fallo *Grimouard* se aplicaba a la perfección.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha preferido no hacer una nueva aplicación de esta fórmula, y ha imputado el carácter administrativo del contrato al otro sector del criterio; ello, sin embargo, se prestaba más mal que bien, puesto que tratándose de una negativa a contratar, no había allí, por definición, ni contrato ni menos cláusulas exorbitantes. El comisario de gobierno Rougevin-Baville sugería al Consejo de Estado una concepción extensiva de las cláusulas exorbitantes, y hablaba de "mecanismo relacional exorbitante", y de "marco reglamentario"; dos elementos invocaba al respecto: el carácter obligatorio de la celebración misma de estos contratos, y el hecho que en caso de desacuerdo entre las partes es el ministro el encargado en ciertos casos de resolver. Estos dos elementos son recogidos por la propia sentencia, la cual los engloba bajo la nueva fórmula de "régimen exorbitante del derecho común".

Es tal vez muy pronto para medir en plenitud los efectos de esta nueva orientación conferida al criterio del contrato administrativo; pero sí es cierto —como ha sido advertido— "que hay allí no sólo una

⁴⁴Cf. la jurisprudencia citada en nota 32 precedente.

modificación del estilo sino la indicación de una concepción más amplia del criterio tradicional⁴⁵; pero ¿cuál es la amplitud de esta modificación?

Una primera interpretación consistiría en ver en el "régimen exorbitante del derecho común" una simple transformación, revisada y ampliada, de la "cláusula exorbitante del derecho común". En tal perspectiva cabe preguntarse si la rama *Granits porphyroides* del criterio alternativo comportaría ahora dos variantes: el "régimen", y la "cláusula" exorbitante, o si la noción de "régimen exorbitante" no comprende aquella de "cláusula exorbitante". Dado que un problema similar se presenta en la rama *Bertin-Grimouard* del criterio alternativo, la cuestión que debatir puede que sea ya el saber si existen hoy dos, tres o cuatro criterios del contrato administrativo: algunos se inclinarán por cuatro⁴⁶, y otros por tres o dos, y sin duda se discutirá ello por algún tiempo.

Pero también es posible otra visión del problema. Puede pensarse, en efecto, que el asunto no es ya de presentación o pedagogía sino de fondo: y en tal sentido el concepto de régimen exorbitante significaría una ruptura radical con aquel de cláusula exorbitante; ésta es algo interior al contrato mismo, es expresión de la voluntad de las partes, y el criterio que en ella se funda es de orden subjetivo y voluntarista. En cuanto al "régimen exorbitante" es ésta una noción constituida de elementos impuestos desde el exterior por la ley y el reglamento, y ajeno a la voluntad de las partes, y el criterio fundamentado en ella es de orden objetivo. Y no debe conducir a error la identidad del calificativo, pues no hay nada de común entre la "cláusula exorbitante", manifestación contractual de la voluntad de las partes, y el "régimen exorbitante", expresión de un ámbito jurídico que es ajeno al dominio de aquéllas: toda asimilación de estas dos nociones sería puramente verbal.

¿Querría decir, entonces, que el concepto de "régimen exorbitante del derecho común" se vincularía a aquel de "contrato que constituye una modalidad de la ejecución del servicio"? Ciertamente que sí, pero ello no agota el problema; ha sido precisamente porque el contrato en cuestión no presentaba una relación suficiente con el servicio

⁴⁵Léger et Boyon *chr. cit.*

⁴⁶En este sentido Carron *cit.*

público que Rougevin-Baville ha sugerido recurrir a una noción más amplia: Esta asociación (de los productores autónomos al servicio público) —ha dicho— no es suficiente por ella misma para determinar la naturaleza del contrato en una “atmósfera de derecho público”, cuya existencia aparece más claramente aún de un mecanismo relacional exorbitante en varios aspectos, que de aquello que se ha dado en llamar “el derecho común”. El concepto de “régimen exorbitante” aparece, en consecuencia, más amplio todavía que el de contrato que constituye la ejecución misma del servicio público: sería administrativo el contrato en razón de esa “atmósfera de derecho público” que lo baña o circunda; volveríamos a encontrar aquí ese “ambiente de derecho público” que evocaba un comentarista a propósito de la definición de obra pública que daba el fallo *Effimieff*, y que era definido “tanto por el fin de la actividad... como por el procedimiento empleado”⁴⁷.

Si tal es la situación, no serían ni dos, ni tres ni cuatro los criterios que han de ser retenidos, sino uno solo, esa “atmósfera de derecho público”, que se manifestará por una diversidad de signos exteriores: carácter obligatorio del contrato, intervención de la Administración en los litigios entre partes, presencia de cláusulas exorbitantes, participación directa del cocontratante en la ejecución del servicio, análisis del contrato como una modalidad de ejecución del servicio, etc. . . . Los distintos criterios actuales devienen, así, simples manifestaciones, entre otros, de un único criterio general del contrato administrativo.

Y yendo apenas un poco más allá, se dirá en adelante que un contrato es administrativo porque no puede dejarse de tener la impresión que debe serlo. La definición del contrato administrativo llega a ser así puramente subjetiva e impresionista, no sirviendo los elementos objetivos más que como componentes o justificantes de esa impresión; en verdad, ya no hay más un criterio del contrato administrativo sino sólo una directiva o un standard, y el contrato administrativo, a quien se creía definido finalmente de modo claro, va así a encontrarse con el establecimiento público, el servicio público industrial y comercial, y otros conceptos del derecho administrativo, en el extenso reino donde gobierna el “*faisceau d'indices*”

⁴⁷J. A. nota AJDA 1955. II. 334.

Entre estas dos interpretaciones —aquella que ve solamente la necesidad de una reestructuración del criterio simétrico de 1956, y esta que vislumbra una alteración fundamental— sólo el futuro decidirá. El Consejo de Estado, que ha sabido no dejarse desbordar por la noción de “contrato que constituye el objeto del servicio público”, sabrá sin duda, defenderse igualmente de la noción de “régimen exorbitante del derecho público”, o de aquella de “atmósfera de derecho público”; por lo demás, no suele esta suprema jurisdicción administrativa ser víctima de sus propios “aprendices de brujo”. Lo que queda de todo esto no es sino una lección de modestia: la búsqueda de un criterio claro y preciso se revela, una vez más, un trabajo de Sísifo; apenas se llega a limpiar el terreno —piénsese, en especial, en las controversias de otro tiempo respecto al grado de vinculación al servicio público, y la relación entre esta noción y la de cláusula exorbitante⁴⁸— a fin de lograr soluciones más claras, que el demonio de la complicación reaparece. Y es que ciertamente la realidad, en sí misma, es demasiado compleja como para poder ser encerrada en nociones simples. La “sofisticación” del derecho administrativo es probablemente, en ciertos ámbitos, un mal inevitable, y bien injusto sería aquel que culpara de ello al juez.

Por lo demás, debería, tal vez, criticarse menos la desintegración del criterio que la excesiva sutileza de las soluciones que presiden la delimitación de su campo de aplicación. Que no se pueda ya más encontrar un criterio preciso del contrato administrativo, pase aún; pero que la jurisprudencia cuide al menos de aplicar este criterio inencontrable a todos los contratos que se celebren en el marco de la actividad administrativa: bajo una expresión quizás paradójica, este deseo parece ser el único que pueda razonablemente formularse en esta materia en la época actual.

⁴⁸De Laubadère, *Contrats* cit. I N° 36 a 44.