

EL NUEVO SISTEMA LEGAL FRANCÉS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. HACIA LA UNIDAD DE JURISDICCIÓN

Por

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Doctora en Derecho
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN MATERIA DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA SEPARACIÓN ENTRE CONTRATOS PRIVADOS Y ADMINISTRATIVOS. UN DEBATE INACABADO: 1. *Criterios de calificación de un contrato como administrativo. Evolución histórica.* 2. *Dudas respecto de si un marché public sometido al Code des marchés publics (CMP) es necesariamente un contrato administrativo. Intentos por introducir el nuevo criterio del «régimen exorbitante de Derecho común».* 3. *El rechazo de este nuevo criterio por el Tribunal des Conflicts y la conservación de la teoría tradicional.*—II. LA RECIENTE REFORMA EN MATERIA DE CONTRATOS POR LA LOI N.º 2001-1168, DU 11 DÉCEMBRE, PORTANT MESURES URGENTES DE REFORMES À CARACTÈRE ÉCONOMIQUE ET FINANCIER (MURCEF): 1. *El reconocimiento legal del criterio del «régimen exorbitante de Derecho común».* 2. *El debate parlamentario respecto a los contratos de servicios financieros y de seguros.*—III. REFLEXIONES EN TORNO A ESTA REFORMA: 1. *¿Cuáles serán sus principales consecuencias?* 2. *¿En qué medida se ve afectada la teoría de los actos separables?*

I. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN MATERIA DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA SEPARACIÓN ENTRE CONTRATOS PRIVADOS Y ADMINISTRATIVOS. UN DEBATE INACABADO

1. *Criterios de calificación de un contrato como administrativo. Evolución histórica*

Para poder conocer las razones que han llevado al sistema francés a la repentina e importante reforma que se ha producido a finales del año pasado, y que incluso da un paso más en el concepto aún inacabado de contrato administrativo, debemos partir de una breve evolución que esta concepción ha experimentado en dicho país, no sólo en el ámbito legislativo, sino, y principalmente, desde la perspectiva jurisprudencial, sin la que sería imposible entender este fundamental sistema.

Así, se comprobará que tras más de un siglo y medio de debate en torno a la calificación de un contrato como administrativo o privado y, en consecuencia, la jurisdicción competente para su enjuiciamiento, aún sigue habiendo dudas al respecto, y de ello es prueba la actual reforma que en este sentido se ha producido en Francia.

Desde los comienzos de la figura de los contratos administrativos la

doctrina francesa es la que con mayor denuedo se ha dedicado a su estudio, tanto respecto de la búsqueda de un concepto de contrato (1) como de la diferenciación entre los contratos administrativos y privados.

Esta distinción ha estado y sigue estando unida indefectiblemente a la historia del nacimiento y posterior desarrollo de la jurisdicción contencioso-administrativa (2). La misma surge sobre la base de la especialidad del Derecho administrativo, que reposa sobre la idea de que el Estado no se puede ver obligado a aplicar el Derecho común porque actúa por intereses generales, debido a lo cual en estas misiones cuenta con considerables poderes. Esta concepción y, en consecuencia, esta pugna se dio ya desde el Antiguo Régimen entre las competencias del Poder Judicial y la Administración, esta última con el triunfo de las exenciones respecto al Poder Judicial (3).

Esta lucha continuó durante el reinado de Luis XV, en el que el Poder real insistía en mantener las exenciones jurisdiccionales (4). Sin embargo, a lo largo del reinado de Luis XVI se intentó llevar a cabo la reforma que todo el país veía necesaria, pero ni Turgot ni sus sucesores, Necker, Calonne..., pudieron lograrlo (5).

Así se llegó a la Revolución Francesa, que regenera esa idea inicial, que durante la segunda mitad del siglo XVIII había sido contestada, y concede a la Administración un instrumento privilegiado cuando actúa únicamente en interés general.

De esta forma, con ella se dio paso al criterio orgánico en materia de fuero jurisdiccional, de tal modo que los Tribunales ordinarios no pueden conocer de los actos de poder público empleado por las personas públicas y, en consecuencia, de competencia de la justicia administrativa.

En efecto, tras la Revolución las funciones de los Tribunales y de la Ad-

(1) A este respecto destacan las obras de autores clásicos tan importantes como M. HAURIU, *Principes de Droit Public*, 2.ª ed., Sirey, París, 1916; L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.ª ed., Cujas, París, 1927; G. JEZE, *Principios generales de Derecho Administrativo* (trad. de la 3.ª ed. francesa, París, 1925, por J. SAN MILLÁN ALMAGRO), Depalma, Buenos Aires, 1948, y dentro de la doctrina alemana, O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán* (trad. H. H. HEREDIA y E. KROTOSCHIN), Depalma, Buenos Aires, 1982. En cuanto a la doctrina francesa contemporánea, destacan: Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, París, 1982; Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit français*, LGDJ, París, 1971, y, por supuesto, A. LAUBADÈRE, F. MODERNE y P. DEVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, 2.ª ed., LGDJ, París, 1983. De otro lado, no debe olvidarse la aportación de autores alemanes como E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* (trad. de la 5.ª ed. alemana por LEGAZ LACAMBRA, GARRIDO FALLA, GÓMEZ DE ORTEGA y JUNGE), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958; así como italianos, entre los que se encuentran R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo* (trad. de la 3.ª ed. italiana por B. PELLISÉ PRATS), Bosch, Barcelona, 1970, y M. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 3.ª ed., Giuffrè, Milano, 1993.

(2) Respecto a su evolución histórica, véase R. O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 121-163.

(3) Como señala J. R. PARADA VAZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963, pág. 21.

(4) M. WALINE, *Droit Administratif*, 6.ª ed., Sirey, París, 1959, pág. 123.

(5) En cuanto a la política seguida en este período, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

ministración sufren una separación tajante, sin que los primeros puedan interferir en la segunda de modo alguno (6).

En este reparto de competencias entre la Administración y los Tribunales se aplicaban dos criterios: así, mientras para estos últimos se empleaba uno material, respecto del objeto de los posibles litigios que podían conocer, a la primera se le atribuía la competencia a través del criterio orgánico, es decir, que la Administración es competente para conocer de todas las relaciones jurídicas en que interviene (7), incluyendo por lo tanto sus contratos. Sin embargo, esta tajante división de poderes no estuvo exenta de problemas en la práctica.

Además, no olvidemos que el contrato es por excelencia un instrumento de Derecho privado que con posterioridad se adaptó a las peculiaridades del ámbito propio de la Administración, y que se basa en el acuerdo de las dos partes (8). Lo cual en un principio se entendió como la voluntad de la Administración de actuar en un ámbito diferente al tradicional de su poder público, aunque desde el siglo XIX los contratos de gestión de servicios y obras públicas se considerarán como contratos administrativos, el primero incluso con reconocimiento legal por medio de la Ley de 28 pluviôse año VIII (9). Como es bien sabido, estos dos contratos son a los que se les concede por primera vez tal calificación, mientras que la ampliación de este carácter a otros tipos contractuales, como el de suministros o los de prestación de servicios (10), será posterior.

Por todo lo cual es evidente que la jurisdicción administrativa es creada precisamente para eludir todo control de la Administración por parte de los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, y a pesar de la existencia de esta exención total, la presión de los Tribunales ordinarios desembocó, especialmente durante la segunda restauración (1815-1830), en el debilitamiento de la posición del *Conseil d'État* a este respecto. No olvidemos que él fue el encargado de dirimir esas controversias competenciales desde 1799

(6) L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo III, *op. cit.*, pág. 24.

(7) J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, *op. cit.*, págs. 27-28.

(8) En contra, B. F. MACERA-TIRAGALLO, *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, CEDECS, Barcelona, 2001. A favor, L. RICHEL, *Les contrats administratifs*, Dalloz, París, 1991, pág. 9, quien define al contrato administrativo como el resultado del acuerdo de dos voluntades, que genera por el mismo derechos y obligaciones, lo que constituye, para este autor, la fundamental diferencia con el acto administrativo unilateral.

(9) F. RAYNAUD y P. FOMBEUR, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1999, pág. 555.

(10) Respecto al origen y formación del contrato de suministros, véase F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 15-25, así como L. TOUTVAR ALAS, «Del contrato de suministro», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., CEDECS, Barcelona, 1996, pág. 191, donde ambos autores explican cómo una primera mención histórica a la naturaleza pública de los suministros se puede encontrar en los primeros años del siglo XIX en los *fournitures* franceses, por medio de un decreto que privó tempranamente a los Tribunales civiles del conocimiento de lo que más tarde se llamarían contratos administrativos, otorgando su conocimiento al *Conseil d'État*.

hasta la creación del *Tribunal des Conflicts* por la Ley de 24 de mayo de 1872 (11).

De este modo surgió el criterio de distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, que tan importante ha sido para la consolidación misma del Derecho administrativo (12). Por aplicación del mismo se llega incluso a interpretar que la prohibición que en 1790 establecía la Ley en cuanto a que los Tribunales no podían conocer de las operaciones de la Administración no es una referencia a toda su actividad, sino a aquella que realiza como poder público, quedando fuera de la misma por lo tanto los llamados actos de gestión (13). Y de esta forma es cómo a mediados del siglo XIX la justicia ordinaria comienza a conocer en materia de contratos.

Todo ello hace evidente lo imprescindible que es conocer la aportación de la jurisprudencia en esta materia.

Así, a lo largo de la historia jurisprudencial se han venido consolidando dos criterios alternativos que aún se mantienen: el del servicio público y el de la cláusula exorbitante. La importancia mayor de uno u otro ha oscilado en las diversas resoluciones, especialmente del *Conseil d'État*, pero también del *Tribunal des Conflicts* francés.

De esta forma, como se ha visto, partiendo de esta inicial excisión de las exenciones, el *Conseil d'État* prosiguió la evolución de los criterios a emplear en el reparto jurisdiccional, otorgando mayor o menor amplitud de conocimiento a cada una de las jurisdicciones en pugna.

Así, a finales del siglo XIX, la tendencia reduccionista de la jurisdicción administrativa desaparece (14), y será en 1873, el 8 de febrero, cuando el ya formado *Tribunal des Conflicts* opte por el criterio de servicio público en el *arrêt Blanco* (15), abandonando el criterio anterior. Aunque no es hasta el caso *Terrier* cuando, el 6 de febrero de 1903, el *Conseil d'État* consagra definitivamente este nuevo criterio competencial (16).

De este modo, en las dos primeras décadas del siglo XIX todos los contratos que celebra la Administración francesa están excluidos del fuero jurisdiccional civil. Desde los años veinte hasta 1873 se produce paulatinamente una fuga de muchos de esos contratos hacia la jurisdicción civil, entendiéndose que es un acto de gestión y, en tal caso, la Administración actúa despojada de su *imperium*. Lo que, sin embargo, no fue obstáculo para que por cuestiones prácticas algunos de esos contratos fueran enjuiciados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a los que se les denominará

(11) A este respecto, véase F. GAZIER, *Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des Conflicts*, «Revue Française de Droit Administratif», 1990, págs. 745-751.

(12) A. LAUBADÈRE, J. C. VENEZIA e Y. GAUDEMONT, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 12.ª ed., LGDJ, París, 1992, págs. 34-37.

(13) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, París, 1989 (reimpresión de la edición de BERGER-LEVRAULT, Nancy, 1887), págs. 7-8.

(14) J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, *op. cit.*, pág. 66.

(15) Esta importante decisión se recoge en M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11.ª ed., Dalloz, París, 1996, págs. 1-7.

(16) *Ibidem*, págs. 67-71.

contratos administrativos, frente al carácter privado del resto (17). Aunque en aquel entonces no se hacía una clara distinción entre contratos administrativos y privados, como ocurre en la actualidad.

Finalmente, como hemos visto, se establece jurisprudencialmente el criterio del servicio público con la finalidad de establecer una regla que determine qué contratos serán enjuiciados ante la jurisdicción ordinaria y cuáles ante la de lo contencioso-administrativo.

Aunque esta distinción en principio surgió con la intención de hacer un reparto entre ambas jurisdicciones, como consecuencia de la lucha que ya se arrastraba con anterioridad respecto del Poder Judicial y la Administración, lo cierto es que conlleva otras consecuencias o causas, según sea el sistema (18), dentro de las cuales destaca especialmente el régimen jurídico aplicable, ya que ambos aspectos: jurisdicción y régimen jurídico, están indefectiblemente unidos. Esto, como se verá más adelante, se confirma con la reforma que tan recientemente se ha producido en Francia.

Así, el *Conseil d'État* comenzó una labor de adaptación de las reglas del Código Civil a las peculiaridades de los contratos que celebra la Administración y de los que conocen los Tribunales contencioso-administrativos. Estas peculiaridades se deben fundamentalmente al tráfico en que se desarrollan estos contratos y a las prerrogativas que en el mismo ejerce la Administración. De este modo, el actual privilegio de decisión unilateral y ejecutoria encuentra su precedente en lo que se dio en llamar en 1834 el «privilegio posicional» (19). Y es así cómo se perfilan los contratos administrativos como algo distinto de los contratos privados.

Estas diferencias se van matizando a través de diversas e importantes resoluciones hasta la creación de un régimen propio de estos contratos. Entre ellas destaca también el *arrêt* de 4 de marzo de 1910, *Thérond* (20), así como el *arrêt* de 31 de julio de 1912, *Société des Granits des Vosges*, en el que se introduce la noción de contrato administrativo por naturaleza (21), del que habla el Comisario de Gobierno León BLUM (22), y en el que se da mayor relevancia al criterio de la cláusula exorbitante que al del servicio público (23).

Sin embargo, este último criterio parece adquirir de nuevo fuerza en el *arrêt* de 20 de abril de 1956, *Epx. Bertin*, en el que se afirma que tal criterio es

(17) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, *op. cit.*, pág. 675.

(18) A este respecto hay que tener en cuenta que mientras que en el Derecho español el régimen jurídico de un contrato es siempre consecuencia de su calificación, por el contrario, en el sistema francés puede ser una de sus causas.

(19) En efecto, esta figura fue estudiada por CORMENIN ya en aquellas fechas, como señala J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, *op. cit.*, págs. 58-63.

(20) M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, págs. 123-127.

(21) *Ibidem*, págs. 146-152.

(22) F. RAYNAUD y P. FOMBEUR, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, *loc. cit.*, pág. 558.

(23) M. WALINE, *Note sous Tribunal des Conflicts 22 janvier 1955*, Naliato, «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 1955, págs. 716-721.

suficiente para determinar el carácter administrativo de un contrato, sin que sea necesario buscar si este contrato comporta cláusulas exorbitante (24).

Este criterio se va concretando aún más en sucesivos *arrêts* en los que el *Conseil d'État* determina que la concertación de un contrato que tenga por objeto la satisfacción de necesidades de un servicio público, pero no tenga como prestación confiar al contratista la ejecución misma del servicio, no será contrato administrativo si, además, no contiene referencia a cláusulas exorbitantes. Por estos *arrêts* el *Conseil d'État* reafirma la importancia de la noción de servicio público en la determinación del carácter administrativo de un contrato, y se afirma claramente que el criterio de la cláusula exorbitante es subsidiario, lo cual suscita debates doctrinales (25).

Ante esta jurisprudencia también reacciona la doctrina, haciendo sus propias aportaciones a esta distinción entre contratos administrativos y privados. A veces, en el entendimiento de que la Administración no siempre interviene en la misma calidad, sino que en ocasiones gestiona sus propios bienes y en otras actúa como autoridad encargada de gestionar servicios públicos, e incluso otras veces lo hace como poder público que dicta actos de autoridad con carácter contractual (26).

Así, para DUGUIT, la institución contractual es única y común al Derecho civil y al administrativo, pero la diferencia de fuero radica en la finalidad de servicio público en vista de la cual se celebran los contratos administrativos (27). JÈZE propone una teoría sustancialista de los contratos administrativos y, aunque en principio parte de la crítica a la teoría de DUGUIT (28), nada impide entender, como el último autor, que la categoría jurídica contractual está presente en el Derecho administrativo y privado, pero tampoco que, siguiendo a JÈZE, ésta ha acabado creando un régimen jurídico propio diseñado por el *Conseil d'État* en atención a las singularidades de la Administración como parte contratante y, en cierto modo, diferente al régimen privado (29). Esta teoría es de la que se parte en este breve estudio.

Sin embargo, y a pesar de todos estos esfuerzos, la vieja polémica, que desde su nacimiento ha traído consigo la institución de los contratos administrativos, sigue aún vigente y es el problema que subyace en las últimas reformas que se han producido en el sistema francés.

Así, volviendo de nuevo a los Tribunales, podemos comprobar que esta sólida jurisprudencia partía de que, además de aquellos casos en los que la naturaleza del contrato está determinada por ley (30), el carácter adminis-

(24) Este *arrêt* se recoge en M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., págs. 526-535.

(25) Así afirman G. BRAIBANT y B. STIRN, *Le Droit administratif français*, 4.ª ed., Dalloz, París, 1997, pág. 136, que esta noción no merece ni ese exceso de honor ni esta indignación, según apuntan F. RAYNAUD y P. FOMBEUR, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, loc. cit., pág. 556.

(26) Esta teoría es la expuesta por E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., págs. 534 y ss.

(27) L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo III, op. cit., págs. 43 y ss.

(28) G. JÈZE, *Principios generales de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 314 y ss.

(29) Como exponen A. LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA e Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, tomo I, op. cit., pág. 654.

(30) L. RICHEL, *Les contrats administratifs*, Dalloz, París, 1991, págs. 16-17.

trativo de un contrato depende de la reunión de dos requisitos: 1) orgánico: que la parte contratante sea una Administración o una persona privada por competencia de la Administración (31), y 2) que se dé la ejecución misma de un servicio público o, en su defecto, una cláusula exorbitante que demuestre la intención de las partes de someterse a un régimen público.

Siguiendo la lógica de esta jurisprudencia, una Administración puede, según el criterio de la cláusula exorbitante, elegir el régimen aplicable, pues la cláusula indica la voluntad de las partes de someterse al Derecho público. Así, y aunque la elección del régimen jurídico no es habitual en el Derecho francés, sobre todo en el Derecho administrativo, en el procedimiento contractual se permite a las partes determinar en cierto modo el derecho que prevalecerá entre ellas (32).

Sin embargo, y aunque hemos podido comprobar la solidez de la jurisprudencia respecto a los criterios a emplear para saber cuándo un contrato es administrativo o privado, en la práctica se observó la presencia de ciertas dificultades, puesto que las nociones de «ejecución de servicio público» y «cláusula exorbitante» no son claramente definidas y dejan mucho margen al empirismo y a la apreciación de las circunstancias.

Estas ambigüedades, como veremos, son las principales causantes de los dos *arrêts* del *Tribunal des Conflicts* de 5 de julio de 1999 (33).

En efecto, la jurisprudencia nunca ha ofrecido una definición precisa de cláusula exorbitante y, en este sentido, destaca especialmente una doble perspectiva que puede constatar en diversos *arrêts*. De un lado se encuentra la postura reducida, que entiende que cláusula exorbitante es aquella que sería ilegal en el Derecho común, mientras que para la segunda visión adoptada su concepto sería más amplio, incluyendo también cláusulas inusuales y no estrictamente ilegales o ilícitas.

De entre las cláusulas que la jurisprudencia ha considerado ilícitas, algunas son características del uso, por la Administración, de sus prerrogativas de poder público, entre ellas: la facultad de resolución unilateral sin aviso previo, el poder de suspensión de oficio de la ejecución del contrato sin previa denuncia (34), la concesión de exoneraciones fiscales al contratista, ciertos cambios (35), etc.

(31) Como puede comprobarse en la resolución expuesta por el Comisario de Gobierno M. LASRY, *Tribunal des Conflicts*, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot c. Société de l'Autoroute Estérel-Côte d'Azur*; «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 1963, págs. 776-789.

(32) Respecto a las estipulaciones de las partes en los contratos, aquellas que son esenciales, las obligatorias, las prohibidas, etc., véanse L. RICHER, *Droit de contrats administratifs*, 2.^o éd., LGDJ, París, 1999, págs. 143-173, y M. LOMBARD, *Droit administratif*, Dalloz, París, 1997, págs. 142-143.

(33) Estos *arrêts* del *Tribunal des Conflicts* francés de 5 de julio de 1999, *Commune de Sauve c. Sté Gestetner*, y de la misma fecha, *Union des groupements d'achats publics (UGAP) c. Sté SNC Activ CSA*, son comentados por F. RAYNAUD y P. FOMBEUR, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, loc. cit., págs. 554 y ss.

(34) Como reconoce el *Conseil d'État* en su *arrêt* de 8 de enero de 1965, *Da Fonseca*, al que se refieren F. RAYNAUD y P. FOMBEUR, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, loc. cit., pág. 556.

(35) *Ibidem*, pág. 557.

Por el contrario, otras cláusulas simplemente son inhabituales en los contratos privados. Es el caso del control de la Administración sobre los resultados financieros, tarifas o el personal de su contratista, o el control sobre la actividad o la situación del contratista, entre otras (36).

2. *Dudas respecto de si un marché public sometido al Code des marchés publics (CMP) es necesariamente un contrato administrativo. Intentos por introducir el nuevo criterio del «régimen exorbitante de Derecho común»*

Sin embargo, y a pesar de las ambigüedades de la definición de servicio público y de cláusula exorbitante, la jurisprudencia relativa a la noción de contrato administrativo parece seguir estable, al menos, en cuanto a los criterios aplicables.

Por el contrario, en la doctrina surge una cuestión muy debatida, y que es precisamente la que ha dado origen a la reciente reforma sufrida en este sistema. Estas dudas se refieren a si un *marché public* sometido al CMP es necesariamente un contrato administrativo.

Esta controversia doctrinal encuentra dos frentes profundamente opuestos. Así, una primera tesis, minoritaria pero brillantemente defendida, estima que el hecho de que un *marché public* se someta al CMP determina, *ipso facto*, su naturaleza de contrato administrativo. Esta tesis responde a la idea de que el CMP constituye un «régimen jurídico exorbitante de Derecho común». No se procede a buscar si el contrato contiene o no una cláusula exorbitante, basta con constatar que está sometido a un conjunto de reglas de procedimiento y de disposiciones que constituyen un régimen derogatorio del Derecho común (37).

El sometimiento a este régimen jurídico público exorbitante es suficiente para hablar de contrato administrativo. Así, al igual que la aplicación de un pliego de cláusulas administrativas generales (PCAG) demuestra la voluntad de las partes de someterse a un régimen administrativo sin necesidad de buscar la cláusula exorbitante, para este sector doctrinal, la sumisión al CMP también pone de manifiesto esa intención y, en consecuencia, los *marchés publics* sometidos al CMP son contratos administrativos.

La segunda tesis, mayoritaria, entiende que un *marché public* porque se someta al CMP no es necesariamente un contrato administrativo. Así, al partir de que *contrat administratif* y *marché public* son nociones distintas es posible que un *marché public* sometido al CMP sea un contrato de carácter privado.

La jurisprudencia, aunque no tomó de forma clara partido por ninguna

(36) *Idem.*

(37) Como se afirma en el *arrêt* del *Conseil d'État* de 17 de noviembre de 1967, *Sieur Roudier de la Brille*, comentado por MASSOT y DEWOST, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1968, págs. 98-99.

de las dos teorías —así se pueden encontrar *arrêts* en los que el sometimiento, por ejemplo, al PCAG comporta necesariamente el carácter administrativo del contrato, mientras que en otros no siempre se sostiene esta tesis (38)—, parece decantarse por una posición tradicional.

Así, a pesar de que ésta suele aceptar que la referencia al PCAG normalmente comporta cláusula exorbitante y demuestra la voluntad de las partes de someterse al Derecho público, si en el caso concreto no aparece ninguna de esas cláusulas, no sería contrato administrativo.

Sin embargo, por el *arrêt* del *Conseil d'État* de 19 de enero de 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* (39), se da un paso más y se reconoce por primera vez la noción de «régimen exorbitante de Derecho común», en la dirección de entender como tal al CMP.

Así, en esta resolución el Comisario de Gobierno Henri SAVOIE ofrece una proposición atrevida en la que concluye que deberá ser calificado como contrato administrativo, aunque no contenga cláusula exorbitante, aquel *marché public* que se haya concertado sobre la base de una reglamentación específica, propia de las Administraciones Públicas y exorbitante del Derecho común, como el CMP.

Más prudentemente, el Comisario de Gobierno Rémy SCHWARTZ propone al *Tribunal des Conflicts*, en el *arrêt Commune de Sauve c/ Sté Gestetner*, no proceder a afirmar que el CMP constituye un régimen exorbitante y que, por tanto, los *marchés publics* sometidos a él son contratos administrativos si no contienen una cláusula exorbitante, sino determinar si el CMP contiene realmente disposiciones equiparables a cláusulas exorbitantes.

De este modo, y aunque parece partir de un presupuesto distinto al de Henri SAVOIE, llega a la misma conclusión, puesto que SCHWARTZ constata la existencia de dichas cláusulas (40), y, en consecuencia, de la aplicación del CMP se desprende, *ipso facto*, la calificación del contrato como administrativo.

Así, a pesar de que este Comisario de Gobierno afirma partir de la tradicional concepción de cláusula exorbitante, en realidad se aleja de ella, puesto que tradicionalmente es cláusula exorbitante aquella que demuestra la voluntad de las partes de someterse al régimen público, pero aquí no necesariamente la aplicación del CMP demuestra esa voluntad ya que, dependiendo de la cuantía, puede ser obligatorio someter el contrato a esa norma y, en consecuencia, pasaría a ser necesariamente contrato administrativo (como ocurre en nuestro sistema, que ha optado por el criterio de

(38) F. RAYNAUD y P. FOMBEUR, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, loc. cit., pág. 557.

(39) Esta resolución está comentada por LEGER y BOYON, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1973, págs. 358-360, y por P. AMSELEK, *Jurisprudence Administrative. Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs: l'identification directe*, «Revue Administratif», 1973, págs. 633-642.

(40) Entre ellas se mencionan las de los artículos 2, 52, 58, 61 a 73, 223, y los Libros IV y V en cuanto a los procedimientos de concertación, del anterior CMP, como ponen de manifiesto F. RAYNAUD y P. FOMBEUR, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, loc. cit., pág. 559.

contrato administrativo por determinación de ley, que actualmente se plasma en el art. 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

De este modo, y siguiendo la teoría apuntada, se limita la elección de las partes, al menos, indirectamente en cuanto a la jurisdicción competente, ya que aunque ésta es improrrogable y está por tanto sustraída a la esfera de disposición de las partes, al derivar del carácter administrativo o privado del contrato (41), si antes se permitía que las partes decidieran, en función de la introducción de cláusulas exorbitantes, el régimen jurídico aplicable y por tanto dicho carácter, eran en cierto modo quienes fijaban la jurisdicción competente, aunque no fuera de forma directa, sino por la vinculación de ésta con el régimen jurídico y la calificación del contrato.

Por ello se dice que esta teoría expuesta por R. SCHWARTZ debería proponerse no como sustitución del criterio de la cláusula exorbitante, sino como un tercer criterio, el de la sumisión a un «régimen exorbitante de Derecho común», en especial el del CMP (42).

3. *El rechazo de este nuevo criterio por el Tribunal des Conflicts y la conservación de la teoría tradicional*

A pesar de todas las dudas planteadas, el *Tribunal des Conflicts* sigue haciendo caso omiso a este debate y mantiene su postura tradicional.

En efecto, esta propuesta del Comisario de Gobierno no fue seguida por el *Tribunal des Conflicts* en los *arrêts* de 5 de julio de 1999 señalados. En ellos dice que la circunstancia de que un *marché public* se someta al CMP no determina su carácter administrativo. Aunque sí acepta que el sometimiento a los PCAG normalmente sí comporta tal carácter, pero porque, en especial en los suministros y servicios, conllevan cláusulas exorbitantes, particularmente la del poder de resolución unilateral.

Así, el *Tribunal des Conflicts* se ha mantenido fiel a los criterios tradicionales a pesar de los defectos teóricos y las ambigüedades prácticas, entendiéndose que están sólidamente aceptados por ambas jurisdicciones. Esta misma postura es la que ha seguido manteniendo este Tribunal en sucesivas y posteriores resoluciones (43).

Por tanto, la solución adoptada por el *Tribunal des Conflicts* implica que una misma convención pueda ser contrato administrativo o privado, ya que rechaza la posibilidad de que un *marché public* sea necesariamente administrativo por someterse al CMP, puesto que, a su juicio, tal identificación automática entre CMP y el carácter administrativo del *marché public*

(41) Como advirtió en su momento la *Cour de Cassation, 1^{re} civ.*, en el *arrêt* de 7 de marzo de 1984, *Épx. Bettembourg*, recogido en el «Bulletin de arrêts de la Cour de Cassation. Chambres Civiles I», núm. 91.

(42) F. RAYNAUD y P. FOMBEUR, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, loc. cit., pág. 559.

(43) Como señala A. MÉNÉMÉNIS, *Un contrat conclu en application du CMP est-il nécessairement administratif?*, «Droit Administratif», núm. 1, 2002, pág. 19.

llevaría a que su calificación dependiese de su cuantía, dado que en función de la misma es obligatorio o no que se someta al CMP.

De este modo, se mantiene la voluntad de las partes contratantes de someterse o no a un régimen administrativo y, en consecuencia, en caso de existir cláusula exorbitante o referencia al PCAG que las comporten, que será lo habitual, será competente la jurisdicción administrativa; en caso contrario, la ordinaria, llegando incluso a afirmar que esta última podría aplicar ciertas reglas de adjudicación del CMP (44).

Sin embargo, y a pesar de todo lo expuesto, no debe olvidarse que en virtud del artículo 22 del *Code des Tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, que actualmente se ha incorporado al artículo L. 551-1 del *Code de Justice Administrative* (45), parece claro que en las fases previas del *marché public*, especialmente en cuanto a si cumple o no las reglas de publicidad y concurrencia que imponen las Directivas comunitarias, independientemente de su carácter administrativo o privado, ya que no se hace ninguna diferencia, conocerá la jurisdicción administrativa y de las ulteriores la justicia ordinaria si es privado, lo cual es conforme también a la teoría de los actos separables. Esto es precisamente lo que parece aceptar el *Tribunal des Conflicts* en el *arrêt Epx Lopez* (46), aunque a algunos autores les parezca que se puede producir un riesgo de divergencias jurisprudenciales (47).

II. LA RECIENTE REFORMA EN MATERIA DE CONTRATOS POR LA LOI N.º 2001-1168, DU 11 DÉCEMBRE, PORTANTA MESURES URGENTES DE REFORMES À CARACTÈRE ÉCONOMIQUE ET FINANCIER (MURCEF)

1. *El reconocimiento legal del criterio del «régimen exorbitante de Derecho común»*

Una vez examinadas las causas que han dado lugar a la situación actual del país vecino, nos encontramos en el contexto en el que ya sí podemos entrar a analizar la reforma que se ha llevado a cabo en Francia por medio de la Ley MURCEF, y que precisamente se aleja de la reciente jurisprudencia del *Tribunal des Conflicts*.

A pesar de que hace pocos meses se ha aprobado el nuevo CMP francés (48),

(44) Como es el caso de la sentencia expuesta por el Comisario de Gobierno R. SCHWARTZ, en *Un marché soumis au Code des marchés publics n'est pas de ce seul fait un contrat administratif*. *Tribunal des Conflicts*, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve c. Société Gestetner*, «*Revue Française de Droit Administratif*», 1999, págs. 1163-1171.

(45) Por *Loi n.º 2000-597 de 30 juin*, artículos 1 y 13, «*Journal Officiel*» du 1 juillet 2000, y cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de enero de 2001.

(46) Esta resolución es expuesta por el Comisario de Gobierno R. SCHWARTZ, en *Les conséquences de l'annulation del acte d'étachable sur le contrat lui-même: une avancée jurisprudentielle notable*. *CE*, 7 octobre 1994, *M. et Mme. Lopez*, «*Revue Française de Droit Administratif*», 1994, págs. 1090-1097.

(47) F. RAYNAUD y P. FOMBELR, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, loc. cit., 1999, pág. 560.

(48) Aprobado por *Décret n.º 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics*, y publicado en el «*Journal Officiel*» n.º 571 du 8 mars 2001.

el legislador de este país decidió zanjar en el ámbito legal las dudas que hemos visto se planteaban en la práctica, y especialmente en la doctrina, por medio de la *Loi n.º 2001-1168, du 11 décembre, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* (MURCEF), siguiendo de este modo una técnica muy extendida, también en nuestro país, pero no por ello menos criticable.

Se introducen varias modificaciones respecto de la materia que aquí nos ocupa (49), los contratos de la Administración; sin embargo, nos centraremos exclusivamente en su artículo 2, que es, a nuestro juicio, un paso más en la evolución del concepto mismo de contrato administrativo y, por ello, fundamental.

Este precepto establece que: «*Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi.*».

Esta situación que actualmente se vive en este país, en relación con este tema, demuestra una vez más el origen privado que en este Estado (50), al igual que en el nuestro, tienen los contratos administrativos (51). Realmente estamos presenciando una fase más de la evolución de la separación de los contratos administrativos de su germen privado, que se inició ya hace más de un siglo y medio.

Esta reforma se centra en la jurisdicción competente para conocer los litigios en materia contractual de las Administraciones y, como se ve, se debe al deseo de zanjar definitivamente las dudas que en los últimos tiempos se venían produciendo respecto a la naturaleza de los *marchés publics*, las consecuencias de su sometimiento al CMP y, primordialmente, la solución judicial de sus controversias, puesto que, como se dijo durante los debates parlamentarios, que seguidamente analizaremos, el propósito fundamental de esta reforma es lograr la unidad de jurisdicción en cuanto a los *marchés publics*. Sin embargo, y a pesar de la intención de la Ley de lograr

(49) Como, por ejemplo, los artículos 8 y 9 de la *Loi 91-3 du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*, que ha sido analizada por A. MENÉMÉNIS, *Passation des marchés des établissements publics industriels et commerciaux et des groupements d'intérêt public*, «Droit Administratif», núm. 2, 2002, pág. 18. Otra reforma se ha centrado en el concepto mismo de delegación de servicio público, estudiada también por A. MENÉMÉNIS, *La loi MURCEF fixe le critère du contrat de délégation de service public*, «Droit Administratif», 2002, pág. 17; J.-D. DREYFUS, *La définition légale des délégations de service public*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 2002, págs. 38-41, y L. RAPP, *Faut-il vraiment définir l'ensemble des délégations de service public?*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 2001, págs. 1011-1013, entre otros.

(50) S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 101.

(51) No debemos olvidar que ambos sistemas han optado por la concepción institucional del contrato administrativo, entendido como que han creado los contratos administrativos en lugar de usar los contratos privados, pero que ello no implica que cuenten con una sustantividad institucional distinta de éstos, pues tienen la misma base funcional y estructural que los privados, como explican E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, *op. cit.*, pág. 666.

la unidad de jurisdicción, no debe olvidarse que ésta no es total con la reforma, puesto que aún conocerán los Tribunales ordinarios de los asuntos relacionados con los contratos privados *strictu sensu* de la Administración, al menos en sus fases de ejecución y extinción, por lo que también, como se analizará a continuación, la teoría de los actos separables sigue desplegando sus efectos.

De este modo, el objetivo de la reforma, resolver las dudas en torno a la jurisdicción competente en los *marchés publics* y obtener su unidad, ha llevado a la consolidación de un nuevo criterio de calificación de un contrato como administrativo, el del «régimen jurídico exorbitante de Derecho común», concretamente el CMP, que, como hemos visto, ya había sido debatido en la jurisprudencia, pero principalmente en la doctrina.

Esta reforma ha supuesto un acercamiento aún mayor entre el sistema francés y el español, que, aunque partiendo de un mismo punto en este aspecto, se habían separado, ya que en nuestro país se optó por el criterio legal de contrato administrativo, mientras que en Francia, como se ha visto, han tenido fundamental importancia los criterios de servicio público y cláusula exorbitante, que fueron introducidos por la jurisprudencia.

Sin embargo, sigue habiendo una diferencia fundamental entre los dos sistemas, puesto que la aplicación del Derecho administrativo o privado en el caso español es consecuencia de la calificación del contrato, mientras que, por el contrario, en el Derecho francés puede ser su causa (52), como confirma la reforma.

En este punto, hay que recordar que los *marchés publics* regulados en el CMP responden a las imposiciones de publicidad y concurrencia del Derecho comunitario, pero que, sin embargo, estas Directivas no imponen ninguna calificación específica a los contratos que deban someterse a dichas reglas de preparación y adjudicación (53). Por ello no era necesario que por el hecho de someterse al CMP, que se hace eco de la normativa comunitaria, fuesen contratos administrativos. Así, la Ley misma podía haber establecido su carácter privado, como hace el TR de la LCAP en nuestro Derecho, respecto de alguno de ellos (54), y como hace el sistema alemán en general, ya que carece de la noción de contrato administrativo propia de sistemas como el francés o el español, y como hacía hasta ahora el propio Derecho francés. Y de ahí la importancia de esta reforma, que ha dado un giro de ciento ochenta grados a este respecto.

Además, esta nueva opción de Francia en la práctica será difícil de llevar a cabo, por las mismas razones que se han puesto de manifiesto precisamente en las últimas reformas españolas, en las que se ha pasado, al

(52) Esta teoría ya la hemos expuesto en E. M.^o MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2002.

(53) En esta línea, R. O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, op. cit., págs. 159-160, y M. M.^o RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 243-244.

(54) Como los de seguros y financieros y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

contrario que el sistema francés, a calificar como privados algunos de esos contratos que con la anterior normativa eran administrativos, ya que debido a los sectores donde se producen y a los contratistas con quienes se llevan a cabo, no siempre es posible aplicar las prerrogativas de la Administración. Un ejemplo, que seguidamente estudiaremos en mayor detalle, es el campo de los seguros, así como de los contratos financieros. Esto se debe a que normalmente se trata de contratos de adhesión en los que quien se adhiere es la Administración, como cualquier otro consumidor, y no su contratista.

2. *El debate parlamentario respecto a los contratos de servicios financieros y de seguros*

En efecto, las peculiaridades de este sector han hecho que durante los debates parlamentarios de esta Ley se propusiera la exclusión del campo de aplicación de esta regla de los contratos financieros y de seguros. Sin embargo, como veremos, esta opción, incomprensiblemente, no prosperó.

Previamente al estudio del debate que durante la elaboración de esta Ley se planteó en torno a este tipo de contratos, y para poder comprenderlo, es necesario conocer cuál ha sido la evolución, siempre peculiar, de estos contratos dentro de los *marchés publics*.

Así, el tratamiento de estos contratos en Francia ha sido el siguiente: con anterioridad a la necesidad de adecuar su Derecho a las Directivas comunitarias, y muy especialmente a la Directiva 92/50/CEE (55), se consideraba que los contratos de servicios financieros, y muy particularmente los de seguros, que eran concertados por la Administración tendrían como regla general carácter privado y sólo se constituirían como administrativos si las partes decidían introducir las prerrogativas propias de la Administración y, en consecuencia, lo que en dicho sistema se conoce como cláusulas exorbitantes (56). Sin embargo, esto no era frecuente debido a las peculiaridades de este sector, las cuales precisamente hacían que contase con una regulación propia (57).

Con la necesidad de transponer estas Directivas surgieron las dudas (58),

(55) Como ha señalado la autora francesa C. BARBOSA, *Les marchés publics d'assurance*, Université de droit et d'économie de sciences sociales ASSAS Paris II, pour le diplôme de DESS de droit des assurances. Sous la direction de Mme. CHAUISAT, junio 1994, págs. 20-24, en aplicación de la Directiva mentada, los contratos de servicios financieros son de servicios y, concretamente conforme al Anexo I A, se trata de servicios bancarios y de inversión, pero también de seguros, y, por las mismas razones, son los que se comprenden en el artículo 206.6 del TR de la LCAP española.

(56) Como se ha puesto de relieve en la sentencia del *Conseil d'État* de 29 de diciembre de 1995, *SA-Natio Énergie*, comentada por S. BRACONNIER, *Contrat de garantie de crédit-bail souscrit par une commune*, en «Le droit des marchés Publics, 10 ans de jurisprudence 1988-1998, Droit Administratif», 1998, págs. 6-7.

(57) M. GUIBAL y L. RAPP, *Contrats des collectivités locales*, Lefebvre, Levallois, 1995, pág. 243.

(58) G. HUBERT, *Le contrat d'assurance*, 2.ª ed., Dalloz, París, 1997, págs. 6-7.

puesto que al tener que someter su preparación y adjudicación a las reglas del CMP se planteó cuál debería ser su calificación. Esta inclusión se llevó a cabo por el Decreto núm. 99-634, de 19 de julio de 1999, que se concretó por la Circular de 30 de julio del mismo año, y en el artículo 104.I.8 del anterior CMP, donde se enumeraban los contratos que seguían el procedimiento negociado con convocatoria pública. Esta incorporación, al igual que la de los servicios jurídicos (59), provocó en ambas figuras el mismo desconcierto.

Ante esta situación se entendió que el hecho de que normalmente no se incluyan las cláusulas exorbitantes y no se trate de la gestión de un servicio público permitía que estos contratos se pudieran calificar como privados, aunque se sometiera al CMP, por cumplimiento de las Directivas, su procedimiento de adjudicación (60), y especialmente a la publicidad y concurrencia (61), como ocurre en nuestro sistema.

El actual CMP de 2001, además de excluir de su aplicación a ciertos contratos de servicios financieros y bancarios en su artículo 3.5, como ya sucedía antes y lo cual responde también a la normativa comunitaria, ya no recoge los contratos de servicios de seguros ni bancarios en su artículo 35, encargado de enumerar los contratos que pueden ser concertados por procedimiento negociado, lo que parecía constatar esa opinión mayoritaria. Sin embargo, debemos recordar que en cuanto a cuáles son los servicios que se pueden considerar incluidos en los *marchés publics* de tal categoría es necesario recurrir a las normas homologadas, a las que se remite el artículo 6 de dicho cuerpo legal, evitando de este modo tener que enumerar todos y cada uno de los posibles contenidos de cada tipología de *marchés publics* (62).

Este debate en cuanto a cuál es la calificación más adecuada para estos contratos aún continúa, y así llegamos a la Ley MURCEF, puesto que durante su elaboración, que aquí analizamos, se planteó la posibilidad de excluir expresamente de esa calificación general como contratos administra-

(59) En este caso se produjo por el artículo 5 del *Décret n.º 98-111 du 27 février 1998*, que fue impugnado ante el *Conseil d'État* y en parte anulado por éste en su resolución de 9 de abril de 1999, expuesta por el Comisario de Gobierno H. SAVOIE, *CE, 9 avril 1999*, «Recueil Dalloz», 1999, págs. 399-401. Ya que uno de los debates primordiales es si los principios básicos de esta profesión, especialmente los servicios jurídicos de representación en juicio de la Administración, pueden ser en ciertos casos incompatibles con los del CMP, como expone H. SAVOIE, *La mise en concurrence des marchés publics de services juridiques*, «Revue Française de Droit Administratif», 1999, págs. 951-964.

(60) En cuanto a los diversos tipos de procedimientos y en qué casos deben aplicarse, véase B. GOSSELIN, *Les marchés publics*, LGDJ, París, 1998, págs. 77-95.

(61) F. LLORENS, *Les tribulations des marchés publics d'assurance de la circulaire du 27 juillet 1998 à celle du 30 juillet 1999*, «Revue Française de Droit Administratif», 2000, págs. 29-57.

(62) Además, estos contratos de servicios financieros y de seguros se incluyen en el artículo 10-1 de la *Loi 91-3 du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*, por medio de la cual se somete a las reglas de publicidad y concurrencia la concertación de ciertos contratos llevados a cabo por determinadas entidades que se fijan en la propia Ley, y a las que en principio no les sería aplicable el CMP, y por lo tanto desde el punto de vista subjetivo.

tivos de aquellos *marchés* que se concierten en aplicación del CMP, los de servicios financieros y de seguros, aunque esta propuesta fue finalmente rechazada.

Por todo ello, y fundamentalmente de acuerdo con la normativa comunitaria, así como los debates que durante la elaboración de la Ley MURCEF se produjeron en torno a estos contratos, y que pasamos a exponer, parece claro que vuelven a considerarse contratos administrativos, lo que no es muy coherente con la postura del sistema francés hasta el momento, ni, como veremos, ha sido muy bien acogido por la doctrina.

En efecto, no cabe duda de que durante la elaboración de la actual Ley MURCEF existían dos posturas enfrentadas. Así, el proyecto presentado inicialmente el 18 de abril de 2001 no hacía mención alguna a esta excepción; es tras la discusión en el Senado en primera lectura, el 7 de junio, cuando se introduce esta referencia a los contratos de carácter financiero y de seguros, sobre la base de la propuesta defendida por M. Alain Joyandet, con el visto bueno de su Comisión de Leyes pero en contra del punto de vista del Gobierno, ya que se entiende que no es aconsejable modificar la jurisdicción competente en estos sectores tan especiales (63), en los que incluso es necesario tener en cuenta reglas y Derechos como es el de la competencia. No debe olvidarse que este sector tiene su propio Derecho, lo que sin duda hará difícil llevar a la práctica esta reforma.

Sin embargo, en el documento resultante el 28 de junio de 2001, tras la nueva lectura de la Asamblea Nacional, se decide suprimir esa excepción planteada en el Senado. En este caso es el diputado Nicole Bricq quien expone las razones que llevan a oponerse a la introducción de esa excepción. Así, dado que el proyecto se propone establecer una unidad de jurisdicción total de los *marchés publics*, a favor de la jurisdicción administrativa, con el fin de evitar todo tipo de incertidumbres respecto de la jurisdicción competente, para el Gobierno esta excepción que rompería la unidad perseguida no puede estar justificada en el conflicto de derecho que puede aparecer entre el CMP y el *Code des assurances*, ni por la incompetencia de la jurisdicción administrativa en la materia, a pesar de reconocer incluso que el *Code des assurances* es de naturaleza legal y el CMP reglamentaria, pues entiende que los conflictos de estas normas se resuelven, precisamente por ello, con facilidad.

De esta forma, el Gobierno entiende que cuando la justicia administrativa deba aplicar jurisprudencia definida ya por la justicia ordinaria, dada la experiencia de esta última respecto del Derecho de la concurrencia, la jurisdicción administrativa demostrará que se puede confiar en ella y que, para evitar prejuicios a los justiciables, la aplicará en bloque.

Pero en la nueva lectura del Senado se introduce otra vez la excepción propuesta ya en la primera, en este caso el 10 de octubre de 2001, por el senador Philippe Marini, a nombre de la *Commission des finances*. Se in-

(63) En cuanto a algunas de estas especialidades, véase L. VILLEGAS, *Les clauses abusives dans le contrat d'assurance*, Presses universitaires D'aix-Marseille, Marseille, 1998, págs. 122 y ss.

siste en el propósito de excluir de ese campo los contratos que tengan por objeto servicios de seguros y servicios financieros, por entender que deben seguir siendo enjuiciados por la jurisdicción ordinaria. Esta postura se sostiene fundamentalmente debido a dos preocupaciones básicas.

Una de ellas se centra en las consecuencias que pueden existir al establecer dos jurisdicciones en función de que el contratante de esos servicios sea la Administración o un particular, ante lo que el Gobierno en su momento contestó que nada hace presuponer que por enjuiciarse ante jurisdicciones diferentes habrá divergencias. Sin embargo, este grupo sigue sosteniendo, a nuestro juicio de forma adecuada, que esas divergencias pueden aparecer y que por ello es más aconsejable que se mantenga el *status* y se apliquen las mismas reglas y los mismos riesgos, sin establecer como criterio diferenciador la naturaleza jurídica del propietario del bien del seguro.

De otra parte, la unificación del contencioso de servicios financieros y de seguros a favor de la jurisdicción administrativa podrá tener como consecuencia volver a poner en tela de juicio el cuerpo jurisprudencial elaborado hace años por la jurisdicción ordinaria. Así, la jurisdicción contencioso-administrativa no está en absoluto ligada por la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria y, aunque el Gobierno dice que esto no tiene por qué generar ningún problema, ya que la jurisdicción contencioso-administrativa no tendría por qué inaplicar u obviar el Derecho de la concurrencia, para ellos esta razón no es suficiente para no mantener el sistema existente.

De nuevo, y ya finalmente, en la lectura definitiva de la Asamblea Nacional, el 20 de noviembre de 2001, se suprime esa mención introducida en el Senado, ya que el Gobierno considera que se ofrecen todas las garantías a las compañías de seguros, puesto que no entiende que la legislación relativa a esta materia sea incompatible con el Derecho de los contratos públicos, y piensa que ese temor es infundado y que no hay ningún interés para abrir una brecha en la unidad del contencioso de los *marchés publics* (64). De este modo, el sistema francés, por la Ley MURCEF, se aleja de la postura que había mantenido hasta ahora respecto a estos contratos y que nuestro Derecho había seguido.

En efecto, estos contratos también han planteado dudas en el sistema español (65). Así, los contratos de servicios financieros, que incluyen tam-

(64) Toda la información respecto a los debates parlamentarios puede consultarse en www.legifrance.org.

(65) A las dudas respecto de su carácter administrativo o privado también se suma la confusión que provoca lo que establece el artículo 3.k) del mismo texto, que, sorprendentemente, excluye del ámbito de aplicación del TR de la LCAP los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España, así como los contratos relacionados con la instrumentación de operaciones financieras de cualquier modalidad realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables, tales como préstamos, créditos u otras de naturaleza análoga, y los contratos relacionados con instrumentos financieros derivados concertados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores. La posible explicación de esta incongruencia podría ser que el contenido enumerado en este artículo 3 no es totalmente coincidente con el posible objeto de los contratos de servicios financieros, lo cual parece lógico, y así lo ha enten-

bién los servicios de seguros, presentaban diversas dificultades; entre ellas, la de distinguir estos contratos administrativos de sus homónimos mercantiles. Este problema se ha resuelto hoy con la reforma de la LCAP por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que se ha consolidado en el actual Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Precisamente, la solución ha venido de su calificación como contratos privados, al igual que los de creación e interpretación artística, literaria y los de espectáculos, siguiendo el ejemplo que con anterioridad, y hasta la Ley MURCEF, había supuesto el sistema francés.

Ya con la promulgación de la LCAP en 1995, y como consecuencia de someter estos contratos a la publicidad y concurrencia a las que obligaba la Directiva 92/50/CEE, se plantearon importantes dudas respecto de su calificación como contratos administrativos, por la referencia expresa del artículo 207.6 de la LCAP en su redacción de 1995 (66), o privados, y más concretamente mercantiles, aunque les fuese aplicable la normativa administrativa en las fases de preparación y adjudicación (67), como finalmente ha establecido el legislador de 1999.

De este modo, en la Ley de reforma de la LCAP, aprobada el 28 de diciembre de 1999, se introduce como una novedad importante la variación en la consideración del carácter de los contratos de seguros, bancarios y de inversiones (68), que pasan a ser privados (69). Y dentro de

dido la JCCA, concretamente en el Informe 34/96, de 30 de mayo de 1996, en el que no consideró que se incluyan los contratos de préstamo bancario, que estima que se engloban en el anterior artículo 207.6, actual 206.6. Aunque con anterioridad a la reforma eran administrativos por esa mención en dicho precepto, hoy son privados por la referencia en el artículo 5.3 del TR de la LCAP. Y, por tanto, si encajan en dicha descripción quedaría excluida la aplicación del TR de la LCAP, mientras que en el supuesto contrario se someterán al mismo en las fases de preparación y adjudicación y a la normativa mercantil para sus efectos y extinción, lo que aun así complica la concepción y el régimen jurídico que rige estas figuras. Concretamente, para algún autor, los que sí tendrían carácter administrativo serían los contratos bancarios correspondientes a las denominadas operaciones neutras, como aquellas incluidas en los artículos 178 a 180 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, como la apertura de cuentas operativas de gastos e ingresos, cuentas restringidas de recaudación, cuentas financieras de colocación de excedentes de tesorería o el establecimiento de medios que consideren convenientes para el ingreso de la recaudación en entidades de crédito o la satisfacción de sus obligaciones por cualquiera de los medios previstos en el artículo 179 LRHL, como ha señalado F. PLEITE GUADAMILLAS, *Los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas. Especial referencia a Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 99.

(66) Entre otros, esta posición fue adoptada por F. MARTOS NAVARRO, «Los contratos de consultoría, de asistencia, de servicios y para la realización de trabajos específicos concretos y no habituales», en *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1996, pág. 596.

(67) Ésta fue la postura adoptada por F. LLISET BORREI y A. LLISET CANELLES, *Manual de los contratos públicos*, Bayer Hnos., Barcelona, 1996, pág. 374.

(68) En materia de fuentes de los contratos bancarios, A. AURIOLAS MARTÍN, «Aspectos generales de la contratación bancaria», en *Derecho Mercantil II*, 4.ª ed., Ariel, Barcelona, 1998, págs. 419-422.

(69) Sin embargo, la forma no ha sido la más adecuada, puesto que tras su calificación expresa como contratos privados en el artículo 5.3 del TR de la LCAP, lo cual podría explicarse en la especialidad de este ámbito, se mantienen en el artículo 206.6 del mismo cuerpo legal, donde se enumeran las diversas categorías de los contratos administrativos

ellos, y por su naturaleza, parece adecuado incluirlos en las figuras mercantiles (70).

En conclusión, puede comprobarse cómo en cuanto a la consideración de estos contratos, como consecuencia de la adaptación de las Directivas, el sistema español siguió en principio la postura del país vecino, es decir, que no todos los contratos que se recogen en dicha normativa comunitaria y que deben someterse a esas reglas de publicidad y concurrencia son necesariamente contratos administrativos. Sin embargo, como hemos visto, el Derecho francés ha cambiado recientemente su criterio, de forma incomprensible, hacia una orientación totalmente diferente, con la finalidad de evitar las dudas que se planteaban en la práctica con la posibilidad de que los *marchés publics* fuesen contratos privados o administrativos, y en busca de la unidad de jurisdicción (71) respecto de los mismos.

III. REFLEXIONES EN TORNO A ESTA REFORMA

1. ¿Cuáles serán sus principales consecuencias?

Esta reforma se trata, como afirma el Prof. MODERNE, de un homenaje inesperado a la jurisdicción contencioso-administrativa, que ha sido durante mucho tiempo como una fortaleza asediada por la justicia civil y penal (72), y por el que se han ampliado considerablemente sus competencias, ya que se le otorga un nuevo título competencial en el dominio, nada despreciable, de los *marchés* concluidos por las personas públicas para res-

de consultoría y asistencia y de servicios. Una posible explicación a esta incongruencia es considerar que lo que pretendía el legislador era someter estos casos a las normas de preparación y adjudicación propias de esta categoría de contratos administrativos, a pesar de ser calificados como privados, como hace en el artículo 9 del TR, y precisamente por ello no era necesaria su inclusión en el artículo 206 del TR. A lo expuesto se une, además, su reconocimiento de nuevo como contratos administrativos, concretamente de servicios, en el artículo 25 del TR al regular la clasificación del contratista, al igual que ocurre con los de creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

(70) Respecto de la normativa que se encarga de regular el seguro privado, se ha dicho por algún autor, como F. J. TRADO SUÁREZ, «El contrato de seguro», en *Derecho Mercantil II*, 4.ª ed., Ariel, Barcelona, 1998, págs. 579-580, que es una verdadera rama del Derecho mercantil que se articula en dos grandes vertientes: el Derecho público y el Derecho privado del seguro.

(71) La propuesta de la unidad de jurisdicción a favor de la justicia administrativa en materia contractual ha sido un debate que se ha planteado desde antaño, y del que diversos autores se han hecho eco; véanse J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España*, en el núm. 34 de esta REVISTA, 1961, págs. 293-310; R. PARADA VÁZQUEZ, *La nueva Ley de Contratos del Estado*, en el núm. 47 de esta REVISTA, 1965, págs. 397-453, y L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción para la Administración Pública*, en el núm. 49 de esta REVISTA, 1966, págs. 183 y ss., entre otros.

(72) El autor citado recuerda la política seguida por la jurisdicción civil en materia de vías de hecho o las amenazas de intrusión de la justicia penal en el santuario de la responsabilidad administrativa. en F. MODERNE, *Faut-il vraiment «administrativiser» l'ensemble des marchés publics?*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 2001, pág. 707.

ponder a sus intereses en materia de obras, suministros y servicios (73), cuando se les aplique el CMP (74).

Sin embargo, y a pesar de lo inesperado de esta reforma, especialmente por medio de la Ley MURCEF, lo cierto es que no es la primera vez que el legislador interviene a favor de la jurisdicción administrativa. El mismo mecanismo se utilizó hace varios años para quitarle a la jurisdicción ordinaria las acciones en responsabilidad por determinados daños, como los causados por aglomeraciones o concentraciones. Además, parece que ya el *Conseil de la Concurrence* y el *Conseil Constitutionnel* apuntaban hacia esta dirección para dar fin a esas dudas y tensiones entre ambas jurisdicciones (75).

De este modo parece que, en la competición entre estas dos jurisdicciones, la última reforma señalada da la victoria a la administrativa, lo cual sorprende teniendo en cuenta además que el *Conseil d'État* no ha hecho esfuerzos desmesurados por conquistar esa parcela de conocimiento, y tampoco es la postura del *Tribunal des Conflicts*, que, como se ha visto, en este aspecto opta por mantener los criterios tradicionales y, en consecuencia, la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Por todo lo cual, será muy interesante conocer la reacción y la aplicación de esta reforma por el *Conseil d'État*, que, como ya apunta el autor citado, no será de excesivo entusiasmo, no sólo porque su opinión no parece ser coincidente, sino también porque las intervenciones del legislador para poner fin a una jurisprudencia que le desagrada revisten siempre el aspecto de un pequeño golpe de fuerza. En esta ocasión supone una respuesta a la doctrina sostenida en la sentencia del *Tribunal des Conflicts* de 5 de julio de 1999, *Commune de Sauve*, ya analizada, y que recoge una jurisprudencia tradicional del *Conseil d'État*, inaugurada en el *arrêt* de 31 de julio de 1912, *Société des Granits des Voges* (76), y que se basa en la calificación de un contrato como privado, aunque se someta al CMP o una reglamentación general similar anterior, si no responde a los criterios legales o jurisprudenciales de contratos administrativos (77).

De este modo, la citada resolución de 1912 pierde su *status* de gran *arrêt* de la jurisprudencia administrativa, dejando paso al criterio formal de contratos administrativos, que vendrá a sumarse a los ya existentes, es decir, orgánicos y materiales.

(73) *Idem*.

(74) No debe olvidarse que en función de la cuantía deben someterse o no a las normas del CMP, aunque tengan el mismo objeto.

(75) Así, A. MENÉMÉNIS, *Les marchés passés en application du Code des marchés publics sont des contrats administratifs*, «Droit Administratif», núm. 2, 2002, págs. 16-17, entiende que el origen de esta reforma se debe a la decisión del *Conseil Constitutionnel* n.º 86-224, DC de 28 de enero de 1987.

(76) M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, págs. 146-151.

(77) Como señala F. MODERNE, *Faut-il vraiment «administrativiser» l'ensemble des marchés publics?*, *loc. cit.*, pág. 707, ya LAUBADÈRE, desde la primera edición de su tratado teórico y práctico de contratos administrativos en 1956, recordaba que la jurisprudencia había sido avisada de que era excesivo considerar todo como administrativo, sobre todo en la categoría de contratos en los que se encuentran frecuentemente convenciones de importancia menor concluidas bajo las condiciones del Derecho privado.

Este criterio formal permite que un *marché public* sea contrato administrativo por la simple referencia a los modos de concertación del CMP, contenga o no cláusulas exorbitantes de Derecho común y participe o no el contratista en la gestión de un servicio público. Así, la clásica distinción entre la noción de *contrat administratif* y *marché public* se desvanece con esta reforma (78).

La consecuencia de la confirmación legal de este criterio, que, como ya hemos visto, tiene su germen en un sector doctrinal, es la unidad jurisdiccional de los *marchés publics*, puesto que la posibilidad que con anterioridad existía de que éstos fuesen administrativos o privados hacía que en este último caso las fases de ejecución y extinción se enjuiciasen ante los Tribunales ordinarios, no así las fases previas, que sobre la base de la teoría de los actos separables ya se enjuiciaban por la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque es cierto que los efectos de su anulación eran muy limitados, como analizaremos a continuación más detenidamente. Sin embargo, como se ha visto ya, la pretensión es evitar esas dudas existentes en la práctica y que vienen ya desde hace muchos años; de ahí que la urgencia necesaria para incluir esta reforma en la Ley MURCEF sea bastante dudosa (79).

Así, con esta reforma se amplía de forma considerable el campo de los contratos administrativos (80), a lo que ya había contribuido también el nuevo CMP (81). Sin embargo, como ya se ha visto, esta ampliación será difícil de articular en determinados sectores, como el de los contratos de seguros, puesto que aunque el Gobierno francés en los debates parlamentarios de esta Ley asegura que no tiene por qué haber problemas ni incompatibilidades entre el *Code des assurances* y el CMP (82), así como que la

(78) Respecto a esta distinción y sus consecuencias, véanse F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, París, 2000, págs. 20-42, y J.-P. BRETON y S. MANSON, *Marché public et contrat administratif*, «Documents d'études. Droit Administratif», núm. 2.11, édition 1999, págs. 16-17.

(79) F. MODERNE, *Faut-il vraiment «administrativiser» l'ensemble des marchés publics?*, loc. cit., pág. 707.

(80) También en el Derecho español se ha tendido a la ampliación del ámbito de los contratos administrativos, como advierte, en concreto en cuanto a los de suministros, el Prof. F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, op. cit., págs. 37-38.

(81) En cuanto a las novedades del nuevo CMP cabe destacar especialmente la introducción en el primer artículo de la necesidad de definir previamente los intereses que se persiguen por la Administración con el contrato, así como el respeto obligatorio de las reglas de publicidad y concurrencia, etc. Respecto a las novedades del nuevo CMP, véanse F. OLIVIER, *Le nouveau droit des marchés publics. Une lecture pratique*, «Droit Administratif», núm. 7, 2001, págs. 4-10; A. TAILLEFAIT, *Le nouveau droit des marchés publics. Les aspects financiers et comptables*, «Droit Administratif», núm. 7, 2001, págs. 11-15; M. GUIBAL, *Un nouveau Code des marchés publics?*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 2001, págs. 360-366; S. PIGNON y D. BANDET, *Le nouveau Code des marchés publics: quelques éclairages pratiques*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 2001, págs. 367-375, y D. PELJAK, *La réforme du Code des marchés publics et les groupements d'achats locaux*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 2001, págs. 927-932, etc.

(82) Sin embargo, el autor citado, F. MODERNE, *Faut-il vraiment «administrativiser» l'ensemble des marchés publics?*, loc. cit., pág. 708, pone algún ejemplo como la prerrogativa del asegurador de resolución unilateral del contrato de seguros en determinadas circunstancias (arts. L. 113-4 y ss. del *Code des assurances*), y la prerrogativa propia de la Administración también de resolución o modificación unilateral, que realmente, parece que plantearán ciertas dudas.

jurisdicción administrativa no se alejará de la jurisprudencia existente hasta el momento en esta materia y que ha sido elaborada por la jurisdicción ordinaria, no parece que esta opinión sea unánime, sin olvidar además que nada obliga a la justicia administrativa a seguir esa doctrina fijada por la ordinaria.

Precisamente la coexistencia vigente hasta este momento de *marchés publics* administrativos y privados era la consecuencia lógica de la extensión del campo de aplicación del CMP (83). Así, al igual que en nuestro sistema la necesidad por imposición europea de someter ciertos contratos, como los de seguros, a esas reglas de publicidad y concurrencia llevó a que, a pesar de serles aplicables el CMP en Francia y la LCAP, actual TR de la LCAP, en España, éstos pudiesen ser privados, dadas las peculiaridades del ámbito en que se desarrollan.

Por ello, aunque la inclusión de este nuevo criterio no tiene por qué ser negativa, lo cierto es que en los términos tan generales y sin excepciones que se ha hecho parece que puede plantear dudas. Además, supone un paso más de este sistema en la búsqueda de un concepto adecuado de contrato administrativo, pero que debe entenderse en su entorno, es decir, como respuesta al problema concreto que se planteaba en los *marchés publics*.

Esta reforma deja, además, otras dudas como es la relativa al aspecto subjetivo; es decir, los contratos de aquellas personas públicas que a pesar de no estar obligadas a aplicar el CMP a su contratación lo hacen, ¿serán siempre contratos administrativos y, por ende, será competente la jurisdicción contencioso-administrativa? Parece que, tal y como está redactada esta Ley, la respuesta sería afirmativa, aunque el legislador no ha previsto la aparición de estas posibles dudas, que ya han empezado a ser apuntadas por la doctrina (84).

2. ¿En qué medida se ve afectada la teoría de los actos separables?

Trataremos de exponer brevemente si esta reforma tiene la intención de atacar a la teoría de los actos separables o, por el contrario, éste no era su objetivo, y en qué medida esta teoría puede verse afectada por esta Ley.

Esta teoría ha sufrido en los últimos tiempos importantes críticas (85), a nuestro juicio excesivas, y que incluso proponen su supresión. De ahí que sea importante matizar la incidencia de la Ley MURCEF en la misma, ya que además los actos separables constituyen un importante aspecto dentro de la distinción entre los contratos administrativos y privados y la jurisdicción a la que le corresponde su enjuiciamiento, que, al fin y al cabo, es de lo que se trata en esta reforma.

(83) A. MÉNÉMÉNIS, *Les marchés passés en application du Code des marchés publics sont des contrats administratifs*, loc. cit., pág. 16.

(84) *Ibidem*, pág. 17.

(85) Recientemente, estas críticas han sido expuestas por B. F. MARCERA-TIRAGALLO, *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, op. cit.

Dados estos ataques, incluso podría plantearse si con esta reforma desaparece la teoría de los actos separables. Pues bien, la respuesta no puede ser otra que la negación. Recordemos que la teoría de los actos separables nació en Francia para evitar, dado su sistema jurisdiccional (86), que los terceros afectados se viesen privados de acceder a los Tribunales de lo contencioso-administrativo (87), lo que se les permitió a través del recurso por exceso de poder contra los actos separables (88). Para ello se basaron en que los mismos son actos unilaterales de la Administración y previos a la concertación del contrato (89), lo que permite que sean enjuiciados a través del recurso por exceso de poder ante la jurisdicción contencioso-administrativa (90), aunque en la jurisprudencia en alguna ocasión han surgido dudas (91).

Sin embargo, ésta no ha sido la única aportación de esta teoría. Al contrario, también ha sido gracias a ella cómo los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados de la Administración pueden ser enjuiciados ante la jurisdicción contencioso-administrativa (92). De otro modo,

(86) Este sistema jurisdiccional con dos tipos de recursos: el de exceso de poder y el de plena jurisdicción, son explicados y analizados en su origen por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 35-36. Este sistema dual es criticado por muchos autores, como A. LAGUERRE, *Le contentieux juridictionnel des marchés publics. Perspective et prospective*, «Marchés Publics», núm. 275, juillet-août 1993, págs. 19-26.

(87) Respecto de quiénes son esos terceros que pueden recurrir la nulidad de los contratos y las diferencias en este aspecto entre el Derecho administrativo y privado, véase J. ANTOINE, *Les titulaires du recours en nullité des contrats: comparaison de droit administratif et du droit privé*, «Droit Administratif», núm. 11, 2001, págs. 4-8.

(88) Por medio de este recurso se puede comprobar si el acto separable se subordina a la regularidad de la atribución del contrato y, en consecuencia, su nulidad o no, como se ha señalado en diversas resoluciones, como la del *Conseil d'État* de 19 de abril de 1974, *Sté «Entr. Louis Segrette»*, en «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1974, págs. 453-454; la de 1 de octubre de 1993, *Sté «Le Yatch-Club International» des Bormes-les-Mimosas*, en «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1993, págs. 810-814; o el conocido *arrêt Épx Lopez*, de 7 de octubre de 1994, en «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1994, págs. 914-915, etc.

(89) Son decisiones de autorización de concluir un contrato, las decisiones de aprobación de esa conclusión, e incluso la decisión misma de concluir el contrato; así, la conclusión de contratos de la Administración hace intervenir varios actos unilaterales que preparan y hacen posible esa conclusión. En cuanto a la determinación de esta doctrina jurisprudencial destaca especialmente el célebre *arrêt Martin*, comentado, entre otros, por P. STILLMUNKES y J. STILLMUNKES, *Distinction des contentieux*, «Juris Classeur Administratif», tomo 10, fasc. 1120, pág. 11, comm. 127.

(90) En efecto, como apunta D. POUYAUD, *Contentieux des contrats administratifs. Formation du contrat*, «Juris Classeur Administratif», tomo 10, fasc. 1126, pág. 15, comm. 85, la teoría de los actos separables permite conceder a la jurisdicción contencioso-administrativa un cierto derecho de control sobre los contratos de Derecho privado de la Administración en cuanto a la formación de los actos administrativos unilaterales, así como a los terceros también se les concede un derecho de control sobre todos los contratos de la Administración.

(91) Como se planteó en alguna resolución del *Conseil d'État*, entre ellas la comentada por X. PRETOT, *CE, 27 de février 1987, Commune de Grand-Bourg-de-Marie-Galante*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1987, págs. 418-419.

(92) Múltiples son las resoluciones en las que se afirma que esta teoría de los actos separables y sus consecuencias, como su control por exceso de poder ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es aplicable igualmente a los contratos administrativos y pri-

si se hiciera desaparecer esta importante teoría —que, a pesar de ser calificada como ficción jurídica (93), no se le puede negar la importancia que ha tenido y aún tiene en la concepción misma de los contratos administrativos y su separación de los privados— la consecuencia sería, tanto en Francia como en España, aunque en esta última no exista la diferencia entre recurso por exceso de poder y de plena jurisdicción, la necesidad de que las partes recurran a la jurisdicción ordinaria cuando son contratos privados (94), e incluso que ésta (en Francia) llegue a aplicar el CMP (95).

De esto modo, debemos agradecerle a esta teoría la posibilidad de un cierto control de legalidad de la actuación de la Administración también en los contratos privados, lo que contribuye a la política de anticorrupción que este país lleva a cabo desde hace tiempo (96).

Aunque es bien cierto que esta teoría, que nació jurisprudencialmente en Francia y que en España se introdujo en primer lugar por la doctrina (97), siendo acogida después por la jurisprudencia del TS (98) y, finalmente, plasmada en la LCE de 1965 (99), encuentra en el país vecino alguna limi-

vados de la Administración, entre ellas la del *Conseil d'État* expuesta por D. LABETOULLE, *CE, 17 octobre 1980, Gaillard*, «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1981, pág. 312, llegando incluso a plantear la posibilidad de que el juez ordinario plantee un tipo de cuestión prejudicial al administrativo sobre la validez del acto separable, en la resolución del *Conseil d'État* de 29 de abril de 1955, *Cts Noual*, como señala D. POUYAUD, *Contentieux des contrats administratifs. Formation du contrat, loc. cit.*, pág. 15, comm. 78, *in fine*.

(93) Como sostiene B. F. MARCERA-TIRAGALLO, *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español, op. cit.*, pág. 128.

(94) Esta teoría es sostenida, a nuestro juicio con todo acierto, por el ilustre Profesor F. MODERNE, «Sobre el acto separable en el Derecho Administrativo francés» (Prólogo), en *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, CEDECS, Barcelona, 2001, pág. 45. En contra precisamente está el autor de dicha obra, B. F. MARCERA-TIRAGALLO, *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español, op. cit.*, págs. 187-188.

(95) Aunque esta postura pueda parecer descabellada, más aún cuando está presente la teoría de los actos separables, el *Tribunal des Conflicts*, en su *arrêt* de 5 de julio de 1999, llegó a afirmar que el juez judicial puede ser llevado a apreciar la aplicación del CMP, en la medida en que estos contratos conservan eventualmente la calidad de contrato de Derecho privado, como se puede comprobar en la exposición de R. SCHWARTZ, en *Un marché soumis au Code des marchés publics n'est pas de ce seul fait un contrat administratif. Tribunal des Conflicts, 5 juillet 1999, Commune de Sauve c. Société Gestener*, «Revue Française de Droit Administratif», 1999, págs. 1163-1171.

(96) G. FENECH y Ph. PETIT, *La moralisation des marchés publics*, PUF, París, 1998, págs. 79-81 y 119-120.

(97) En esta primera fase destaca especialmente la labor de J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, en *Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 87, mayo-junio 1956, págs. 301-341, o el trabajo titulado *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del Hotel Andalucía-Palace de Sevilla*, en el núm. 28 de esta REVISTA, enero-abril 1959, págs. 147-165.

(98) En efecto, y como consecuencia de las palabras expuestas por GARCÍA-TREVIJANO, el TS adoptó esta teoría de pleno en su sentencia de 17 de octubre de 1961, que se refería también al asunto del Hotel Andalucía-Palace.

(99) En efecto, esta teoría encontró plasmación normativa en la Ley de Contratos de 1963, cuyo texto articulado se aprobó por Decreto 923/1965, de 8 de abril, al aceptar que existía una zona común a los contratos administrativos y privados de la Administración; se refiere a las fases de preparación y adjudicación que se someten a las mismas reglas administrativas y, en consecuencia, se enjuician ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que el resto de fases de los contratos privados se someten al Derecho privado y sus controversias se resuelven ante la jurisdicción civil.

tación importante, por lo que ha recibido críticas muy duras (100). Este obstáculo se refiere a la carencia de efectos de la anulación en el recurso por exceso de poder respecto del contrato (101), que necesitaría ser anulado también en el de plena jurisdicción. Sin embargo, ya el *Conseil d'État* inició la posibilidad de dar efectos a esa anulación (102), para lo cual se van estableciendo, además de la introducción del *déféré préfectoral*, diversos medios, como hace en su *arrêt Epoux Lopez* (103).

En el caso apuntado, el *Conseil d'État* establece la posibilidad de obligar a la Administración a que recurra al Tribunal ordinario competente respecto de ese contrato para que lo anule, una vez que ya se ha determinado la nulidad del acto separable en el recurso por exceso de poder, o que corrija los efectos de ese recurso, con la finalidad de que tenga algún efecto. Este modo de obligar a la Administración a reaccionar se hace a través de una multa coercitiva, llamada *astreinte*, y supone un primer paso en el reconocimiento de efectos al recurso por exceso de poder contra actos separables, si bien es cierto que con importantes limitaciones. Así, en el caso concreto la jurisdicción ordinaria, siguiendo a la contencioso-administrativa, declaró la nulidad del contrato, pero dicha resolución fue recurrida y anulada en segunda instancia, aunque finalmente, y tras varios años de lucha, la *Cour de Cassation* volvió a determinar la nulidad del contrato, como había hecho primeramente la jurisdicción contencioso-administrativa (104).

A través del *déféré préfectoral*, que fue instaurado por *Loi n.º 82-213, du 2 mars 1982*, «relativa a los derechos y a las libertades de los municipios, de los departamentos y de las regiones», el representante del Estado en el departamento puede someter ciertos contratos públicos locales a un control directo de legalidad que se asemeja mucho a un control de exceso de poder (105).

(100) Estas críticas a los límites que tiene este recurso de anulación por exceso de poder, en cuanto en principio no tiene efectos inmediatos, sino que para que el contrato mismo sea anulado es necesario acudir al contencioso de plena jurisdicción, se recogen en D. POUYAUD, *Contentieux des contrats administratifs. Formation du contrat, loc. cit.*, págs. 18 y ss., comms. 100 y ss.

(101) En cuanto a la nulidad de los contratos de la Administración, véase D. POUYAUD, *La nulité des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 1991, págs. 549-553.

(102) Así, ya en el *arrêt* de 25 de mayo de 1979, *Dame Toledano-Abitbol*, y el de 27 de septiembre de 1989, *Ville de Vallauris*, se reconoce que el recurso por exceso de poder tiene como característica provocar la anulación *ex tunc* del acto viciado, con lo que los recurrentes no pueden renunciar a valerse de esta anulación, como señala F. MODERNE, «Sobre el acto separable en el Derecho Administrativo francés» (Prólogo), *loc. cit.*, pág. 43.

(103) Este *arrêt* puede consultarse en R. SCHWARTZ, en *Les conséquences de l'annulation del acte d'échappable sur le contrat lui-même: une avancée jurisprudentielle notable*, *CE*, 7 octobre 1994, *M. et Mme. Lopez*, «Revue Française de Droit Administratif», 1994, págs. 1090-1097, así como en «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1994, págs. 914-915.

(104) Todo este proceso judicial ha sido estudiado por B. F. MACERA-TIRAGALLO, *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, *op. cit.*, págs. 84-85.

(105) Al respecto, véase la exposición de H. LEGAL, *Le déféré préfectoral des contrats locaux: excès de pouvoir ou plein contentieux?* *CE*, 28 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de la Réunion*, en «Revue Française de Droit Administratif», 1991, págs. 966-973, recogida también en «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», 1991, págs. 693-695, o M. POUCHARD, *Les recours au marché négocié par les collectivités locales*, *CE*, 8 janvier 1992, *Préfet*,

Una vez recordados brevemente los orígenes y efectos de esta teoría, debemos ver cómo se verá afectada por esta reforma. En efecto, a pesar de las críticas señaladas, entendemos que esta teoría, que probablemente seguirá madurando por medio de resoluciones del *Conseil d'État* y del *Tribunal des Conflicts* franceses, tiene lejos aún el fin de sus días.

Con la Ley MURCEF tal teoría se ve limitadamente afectada, ya que aun en los *marchés publics* existirá esta diferenciación entre sus fases, aunque ahora todas ellas irán a lo contencioso-administrativo, puesto que se trata de un contrato administrativo.

Los efectos de esta reforma, como se puso de manifiesto en su elaboración, se centran fundamentalmente en la calificación de todos los *marchés publics* sometidos al CMP como contratos administrativos y, en consecuencia, que sean conocidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero ello no implica en absoluto la supresión de la teoría de los actos separables, ni en los *marchés publics* ni en el resto de contratos de la Administración.

Además, este cambio normativo, que, según expresa el mismo, tiene por fin la unidad de jurisdicción, debe entenderse en el contexto problemático en que surgió, es decir, respecto de los *marchés publics* sometidos al CMP, que si con anterioridad podían ser de carácter público o privado, con esta reforma serán siempre contratos administrativos.

Sin embargo, esta reforma en nada afecta a los contratos privados como tales, es decir, con anterioridad a esta modificación existían contratos administrativos *strictu sensu*, *marchés* públicos o privados, pero también los contratos privados *strictu sensu* (106), que tienen su propio régimen privado (107). Estos últimos no son suprimidos por la reforma, sino que seguirán existiendo y sus actos preparatorios, en virtud de la teoría de los actos separables, seguirán siendo enjuiciados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que el resto irá a la vía ordinaria.

Por el contrario, lo que sí se ha visto alterado por esta reforma, y es de suma importancia, es la distinción clásica entre *contrat administratif* y *marché public* (108).

De tal modo, la anunciada unidad de jurisdicción se limita a los *marchés publics* e implica un nuevo criterio de calificación de un contrato como administrativo, su sumisión al CMP, por lo que triunfa el criterio del «régimen exorbitante de Derecho común», que parecía no ser muy bien acogido en la jurisprudencia.

Por tanto, al ser estudiada esta reforma en el seno del problema del que trae causa, se comprende que no se persigue, ni se logra, una unidad

Commissaire de la République du département des Yvelines, en «Revue Française de Droit Administratif», 1993, págs. 247-249, entre otras.

(106) Como los que enumeran J. RIVERO y J. WALINE, *Droit administratif*, 16.ª ed., Dalloz, París, 1996, pág. 100.

(107) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tomo 1, 12.ª ed., Montchrestien, París, 1998, pág. 1113.

(108) En cuanto a esta distinción y las consecuencias que implicaba, véase F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, *op. cit.*, págs. 20-42.

de jurisdicción total respecto de todos los contratos de la Administración, ya que la misma se refiere exclusivamente a los *marchés publics* y no afecta en absoluto a los contratos privados *strictu sensu*, y mucho menos supone la desaparición de la teoría de los actos separables, tan en entredicho en los últimos tiempos.

En conclusión, no cabe duda de que esta reforma por la Ley MURCEF es un paso fundamental en la concepción misma del contrato administrativo en Francia y la búsqueda de la unidad de jurisdicción en esta materia. Además, dado que esta nueva previsión legal se aleja de la jurisprudencia mayoritaria hasta el momento, será imprescindible observar en lo sucesivo la respuesta de los Tribunales y, en especial, del *Conseil d'État* y del *Tribunal des Conflicts*.

