

UNIVERSIDAD DE POITIERS  
FACULTAD DE DERECHO Y DE CIENCIAS SOCIALES

MASTER II — CONTRATACIÓN PÚBLICA  
2022-2023

# LA SUSPENSIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE PISCINAS MUNICIPALES POR DECISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATISTA

Tesis para el  
Master II — Derecho de Contratación Pública  
sustentada el 14 de septiembre de 2023  
por

**Camila MORALES OSORIO**

Director de la tesis

- **François BRENET**  
*Director del master de Droit de la commande publique*  
*Profesor agregado de Derecho Público de la Universidad de Poitiers*

Miembro del jurado

- **Antoine CLAEYS**  
*Profesor agregado de Derecho Público de la Universidad de Poitiers*

---

*L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation  
aux opinions émises dans ce document ; ces opinions doivent être considérées  
comme propres à leurs auteurs*

## RESUMEN Y PALABRAS CLAVE– SUMMARY AND KEYWORDS

### Título en Español:

La suspensión del servicio público de piscinas municipales por decisión unilateral del contratista

### Resumen

En respuesta al incremento explosivo de los costos energéticos, Vert Marine, titular de aproximadamente treinta contratos de concesión de servicios públicos, ha decidido unilateralmente suspender el servicio público de piscinas municipales. Esta decisión es cuestionable no solo frente a su naturaleza jurídica sino también frente a su legalidad. La naturaleza jurídica de esta decisión no encaja en ninguna categoría de rescisión, por lo que no queda de otra que definirla positivamente como un incumplimiento contractual. Dicho incumplimiento no se encuentra justificado jurídicamente por lo que atenta contra el principio de continuidad del servicio público. Ello conduce a dos consecuencias principales: por un lado, el delegatario, titular del contrato tenía la posibilidad de recurrir a la teoría de imprevisión y modificar el contrato ante dichas circunstancias excepcionales; por otro lado, la autoridad concedente cuenta con un poder sancionatorio ante la falta cometida.

### Palabras claves

Contrato de concesión, delegación de servicio público, rescisión unilateral, suspensión por motivo imperioso, suspensión por fuerza mayor, principio de continuidad del servicio público, teoría de la imprevisión, modificación contractual, el poder de sanción de la autoridad concedente.

### Title in English :

The suspension of operation of municipal swimming pools by unilateral decision of the public service delegate.

### Abstract

Faced with the surge in energy prices, Vert Marine, the delegate of around thirty public service delegation contracts, has unilaterally decided to suspend the public service. This decision is not only questioned in terms of its legal classification but also in terms of its legality. Its legal classification cannot be adapted to any category of termination in the Public Procurement Act, so it rests to give a positive classification into a contractual breach. It represents a failure to fulfill contractual obligations, which is not legally justified and undermines the principle of continuity of public service. This has two main consequences. On the one hand, the public service delegate had the option to invoke the theory of unforeseen circumstances and modify the contract under exceptional circumstances. On the other hand, the granting authority has the power to sanction the committed breach.

### Keywords

Concession agreement, delegation of public service, unilateral termination, suspension for compelling reasons, suspension for force majeure, principle of continuity of public service, theory of unforeseen circumstances, contractual amendment, sanctioning power of the granting authority.

# SUMARIO

Resumen y palabras clave– Summary and keywords .....	3
Sumario.....	4
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>5</b>
<b>PARTE I. LA DECISIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA EXPLOTACIÓN DE PISCINAS MUNICIPALES.....</b>	<b>14</b>
§ 1. LA RECISIÓN CONVENCIONAL.....	18
§ 2. LA RECISIÓN UNILATERAL .....	21
§ 1. La suspensión unilateral de piscinas municipales : un incumplimiento contractual por parte del contratista .....	27
<i>HIPÓTESIS EN LAS QUE ES POSIBLE LA SUSPENSIÓN UNILATERAL POR PARTE DEL CONTRATISTA DEL SERVICIO PÚBLICO .....</i>	<i>30</i>
§ 1. La suspensión por un motivo imperioso .....	30
§ 2. La suspensión por razones técnicas .....	32
§ 3. La suspensión por fuerza mayor .....	33
<i>LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO.....</i>	<i>36</i>
§ 1. El principio de continuidad del servicio público: un fundamento esencial en derecho administrativo ..	36
§ 2. Las implicaciones jurídicas de la interrupción en la ejecución de la delegación de servicio público: la violación del principio de continuidad del servicio público.....	37
<b>PARTE II. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SUSPENSIÓN DE LA EXPLOTACIÓN DE PISCINAS MUNICIPALES.....</b>	<b>40</b>
<i>LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: UNA HERRAMIENTA JURÍDICA PARA LAS CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES.....</i>	<i>44</i>
§ 1. El principio de continuidad del servicio público: un fundamento esencial en derecho administrativo ..	46
§ 2. Los desafíos prácticos planteados por la teoría de la imprevisión .....	52
<i>LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL: UNA MANERA DE RESPONDER ANTE LAS CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES.....</i>	<i>59</i>
<b>EL PODER DE SANCIÓN DE LA ENTIDAD .....</b>	<b>68</b>
<i>LA PALETA DE SANCIONES SUSCEPTIBLES DE SER PRONUNCIADAS POR LA ENTIDAD PÚBLICA .....</i>	<i>137</i>
§ 1. LAS SANCIONES PECUNIARIAS.....	138
§ 2. LES SANCTIONS COERCITIVES.....	140
§ 3. LES SANCTIONS RESOLUTOIRES.....	143
<i>LA LIBERTAD CONDICIONAL DE LA ENTIDAD PÚBLICA FRENTE A SU PODER DE SANCIÓN (MEJORAR TITULO) .....</i>	<i>147</i>
§ 1. LA LIBERTAD LIMITADA DE RENUNCIAR A IMPONER CIERTAS SANCIONES .....	148
§ 2. EL CONTROL REFROZADO DEL JUEZ A IMPONER LAS SANCIONES .....	148
BIBLIOGRAPHIE.....	155
TABLE DES MATIERES .....	159

# INTRODUCTION

*« Si les soubresauts d'exploitation sont légion en matière de droit des contrats publics, l'étonnement saisit nécessairement le praticien à l'annonce dans la presse d'une suspension d'exploitation unilatérale d'une délégation de service public à l'initiative du cocontractant »*

Jean Baptise Vila

La realidad nos toma desprevenidos una vez más. Vert Marine, delegatario de la explotación de piscinas municipales en Francia, ha tomado la decisión unilateral de suspender el servicio público debido a un aumento desmedido en los precios de la energía. El titular no suspendió cualquier contrato administrativo ordinario, sino que se trata de una concesión de servicio público, lo que genera múltiples repercusiones por su connotación jurídica. Según la expresión de A. Blondeau, *“la concesión de servicio público es el contrato más administrativo de todos los contratos administrativos”*<sup>1</sup>.

En la elaboración de la teoría general de los contratos administrativos, la doctrina ha llegado a la conclusión de que, en la práctica, la delegación de servicios públicos se considera menos contractual que otros contratos administrativos<sup>2</sup>. Esto se debe, a que, en Francia, existe una fuerte tradición jurídica con la connotación del “servicio público” y una tendencia a brindarle una categoría completamente particular, lo que genera una situación especial frente a su reglamentación, institución, diseño y operación al conceder temporalmente a un contratista diversos derechos de poder público necesarios para el establecimiento del servicio<sup>3</sup>. Además, se establece un contrato que detalla las condiciones de remuneración del concesionario.

No obstante, con la transposición de la Directiva europea 2014/23/UE al marco jurídico interno de Francia, todas las disposiciones relacionadas con el contrato de concesión son ahora incorporadas en la tercera sección del Código de la Contratación Pública (en adelante, CCP). Anteriormente, se establecía una distinción entre un contrato de concesión sin servicio público y un contrato de delegación de servicio público. No obstante, en la actualidad, tanto el artículo L1121-1 del CCP como el artículo L.1411-1 del Código General de Colectividades Territoriales (en lo sucesivo, "CGCT")

---

<sup>1</sup> A. BLONDEAU, La concession de service public. Étude d'histoire du droit administratif, thèse Grenoble, 1929.

<sup>2</sup> BRENET, « La théorie du contrat administratif », AJDA, 2003, p.919

<sup>3</sup> M. HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, préc., p. 1016

indican que una delegación de servicio público se considera un tipo de contrato de concesión. Este cambio armoniza el derecho interno con el derecho europeo reflejado en la Ordenanza N° 2016-65 del 29 de enero de 2016 de la Unión Europea, la cual trata sobre los contratos de concesión.

En consecuencia, un contrato de concesión es definido como *"un contrato por el cual una o varias autoridades concedentes sometidas a este código confían la ejecución de obras o la gestión de un servicio a uno o varios operadores económicos, a quienes se transfiere un riesgo relacionado con la explotación de la obra o el servicio, a cambio ya sea del derecho de explotar la obra o el servicio que es objeto del contrato, ya sea de este derecho acompañado de un precio."*

En consecuencia, para identificar una concesión, deben tenerse en cuenta dos elementos acumulativos. En primer lugar, está el objeto de la concesión, que puede consistir en la ejecución, diseño y ejecución de obras, o la realización o diseño y realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla con los requisitos establecidos por la autoridad concedente, así como la gestión de un servicio. En segundo lugar, la existencia de una transferencia del riesgo, constituye el criterio distintivo entre un contrato de concesión y cualquier otro contrato que requiera una licitación pública. Posteriormente, abordaremos de manera detallada el concepto de riesgo, que es un elemento clave para justificar o no la decisión que tomó el delegatario al interrumpir el servicio público.

Retomando el concepto de contrato de concesión, el artículo L.1121-3 del CCP establece que un contrato de concesión de servicios tiene como finalidad la administración de un servicio, indicando expresamente que puede abarcar la delegación de la gestión de un servicio público. La noción de "delegación" es susceptible de recibir una definición muy amplia. Según A. S. Mescheriakoff, *"existe gestión delegada siempre que haya una separación orgánica entre (...) el control y la gestión del servicio"*<sup>4</sup>. De manera similar, Y. Durand, ponente en la Asamblea Nacional sobre el proyecto de ley, consideraba que el término *"engloba todos los casos en los que la ejecución del servicio público se confía a un tercero, independientemente de su estatus y su forma de remuneración"*<sup>5</sup>. Sin embargo, la ley del 29 de enero de 1993 relativa a la prevención de la corrupción y la transparencia de la vida

---

<sup>4</sup> Droit des services publics, 1991, PUF, coll. Droit fondamental, p. 269.

<sup>5</sup> Y. Durand, rapport au nom de la Commission des lois, JO Doc. AN, 1er session ordinaire 1992-1993, 10 oct. 1992, n° 2941, p. 106.

económica consagra los capítulos 4 y 6 de su título II a las delegaciones de servicio público e impone una definición más estrecha.

La delegación de servicio público es necesariamente un contrato. Una decisión libre y expresamente encaminada a producir efectos jurídicos, dónde el objeto directo y el propósito debe ser la gestión de un servicio público<sup>6</sup>. Es relevante cuestionar qué actividades pueden de ser objeto de contratos de delegación de servicio público. Por un lado, es necesario excluir todas las actividades de monopolio estatal, realizadas en nombre y por cuenta del Estado, como las elecciones, el estado civil, el censo militar. De esta manera, se excluyen las actividades que implican la implementación de prerrogativas de poder público, como el ejercicio del poder de policía o la emisión de medidas reglamentarias<sup>7</sup>.

Por otro lado, tanto el juez administrativo como el juez penal han reconocido que las siguientes actividades pueden ser delegadas: la operación de una estación de tratamiento de residuos urbanos<sup>8</sup>, la recopilación y depósito de los residuos recogidos en los contenedores públicos de un municipio<sup>9</sup>, el mantenimiento y vigilancia de los diques fluviales<sup>10</sup>, el mantenimiento de una escuela municipal o una escuela de música<sup>11</sup> y una piscina municipal. Aunque la gestión de la piscina normalmente se realiza en régimen directo (por la propia entidad pública) , también puede ser objeto de una delegación<sup>12</sup>. Es necesario aclarar la gestión de las piscinas municipales cuando se acude a la figura de la delegación, ya que en nuestro caso concreto fue la modalidad empleada para explotar el servicio de piscinas municipales por Vert Marine.

Tradicionalmente, en el sector de deportes y recreación, la gran mayoría de las instalaciones deportivas (80%) eran gestionadas directamente por los municipios. Sin embargo, desde la década de 1990, se empezó a emplear la figura de la delegación de servicio público a un titular privado y comenzó a cubrir progresivamente una amplia gama de instalaciones, incluyendo principalmente piscinas, pistas de

---

<sup>6</sup> G. MARCOU « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », RFDA, 1994, p.691

<sup>7</sup> J-F. AUBY, « Activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Services communaux Resp. adm., 2023

<sup>8</sup> TA Montpellier, 22 oct. 2002, Juris-Data no 2002-207614

<sup>9</sup> Crim. 12 juill. 2016, no 15-81.924, Juris-Data no 2016-01368

<sup>10</sup> Crim. 24 oct. 2017, no 16-85.975 , D. 2018. 2259, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, S. Mirabail et E. Tricoire ; AJ pénal 2018. 151, obs. C. Otero ; AJCT 2018. 108, obs. O. Didrich ; RSC 2017. 738, obs. Y. Mayaud

<sup>11</sup> Crim. 29 mai 2018, no 18-81.673

<sup>12</sup> Amiens, 3 mars 2004, Cne de Poix-en-Picardie, Juris-Data no 2561513

patinaje, estaciones de esquí, bases de recreo, centros ecuestres, campos de golf, así como infraestructuras importantes como polideportivos y grandes estadios<sup>13</sup>.

La singularidad de las nuevas instalaciones acuáticas, caracterizadas por su naturaleza híbrida entre los ámbitos público (actividades acuáticas de aprendizaje y natación deportiva) y comercial (aqua-gym, zona de relajación y animación recreativa), ha propiciado el surgimiento de la gestión delegada. Este fenómeno se inscribe en un marco jurídico rediseñado por la ley Sapin del 29 de enero de 1993, que ha permitido una mayor apertura a la competencia<sup>14</sup>. La administración de estas instalaciones acuáticas implica, por supuesto, la consideración de las tradicionales responsabilidades asociadas al servicio público.

La gestión de estas instalaciones plantea problemáticas específicas que pueden llevar a las entidades locales a optar por externalizar su gestión, manteniendo al mismo tiempo un control sobre la misma. Entre los criterios frecuentemente mencionados a favor de la gestión delegada, se encuentran la limitación de los riesgos financieros, el nivel de "know-how" o la experiencia de los operadores privados, especialmente en términos técnicos, la transferencia de responsabilidad al delegatario, así como la importancia presupuestaria dedicada por la entidad local a la gestión de la piscina, lo que incentiva a buscar un equilibrio económico óptimo. En este contexto, la siguiente tabla, elaborada por el estudio IDG, destaca ciertas ventajas del recurso a la delegación de servicio público<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> R. GUINCHE, « La délégation du service public comme système de gestion d'un complexe aquatique : mise en exergue des enjeux stratégiques à travers l'exemple des trois établissements présents sur la Communauté d'Agglomération du Bassin d'Arcachon Sud », HAL open science, 2014

<sup>14</sup> R. GUINCHE, « La délégation du service public comme système de gestion d'un complexe aquatique : mise en exergue des enjeux stratégiques à travers l'exemple des trois établissements présents sur la Communauté d'Agglomération du Bassin d'Arcachon Sud », HAL open science, 2014

<sup>15</sup> IGD-UFR STAPS- Université de Caen Basse-Normandie, « Les partenariats public-privé dans le secteur des sports et loisirs en France. Cours de professeur sur les centres aquatiques », 2009.

**Tabla 1 :** Estudio comparativo de los indicadores de gestión de 78 centros acuáticos<sup>16</sup>.

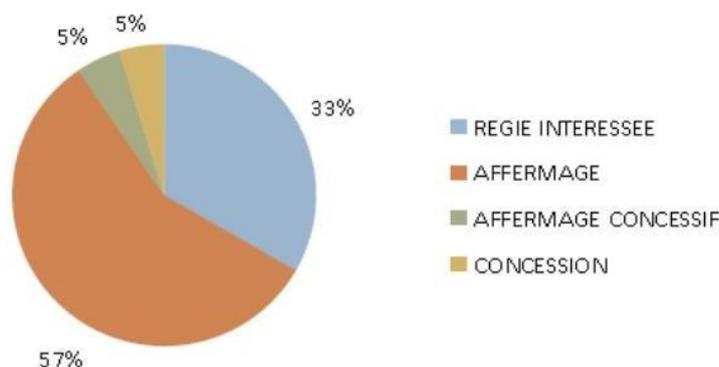
Paramètres	Gestion directe	Gestion déléguée
Résultat d'exploitation	-270 à -690 K€	-15 à -210 K€
Coût net	-350 à -750 K€	-210 à -450 K€
Dépenses	-800 à -1470 K€	-620 à -960 K€
Recettes	350 à 810 K€	350 à 570 K€
Tarifs adultes	3,6 à 4,6 €	4,1 à 4,8 €
Tarifs réduits	2,5 à 3,3 €	3 à 3,9 €
Tarifs enfants	2,3 à 3,2 €	3 à 3,8 €
Tarifs activités	5,7 à 7,7 €	8,5 à 9,8 €
Fréquentation	130 000 à 225 000	75 000 à 145 000
SHON	2600 à 5400 m <sup>2</sup>	1900 à 3300 m <sup>2</sup>
Nombre d'équipements	3 à 6	3 à 5
Effectif	16 à 25	10 à 15
Nombre d'habitants	30 000 à 130 000	15 000 à 45 000
Budget de la collectivité	25 à 115 M€	10 à 30 M€

La tendencia hacia la gestión delegada se evidencia tanto en las estadísticas del censo de instalaciones deportivas como en el análisis de IGD sobre las asociaciones público-privadas en centros acuáticos. De acuerdo con estos datos, en 2008, de las 3187 piscinas públicas registradas, el 8,3% estaban bajo gestión delegada. A partir de 2014, al enfocarnos exclusivamente en las piscinas inauguradas en la última década, la proporción de instalaciones gestionadas mediante delegación de servicio público se eleva al 23%. En el ámbito de la explotación de piscinas, la gestión delegada ha experimentado un desarrollo significativo, siendo los contratos de arrendamiento los más frecuentemente empleados<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Ibidem

<sup>17</sup> R. GUINCHE, « La délégation du service public comme système de gestion d'un complexe aquatique : mise en exergue des enjeux stratégiques à travers l'exemple des trois établissements présents sur la Communauté d'Agglomération du Bassin d'Arcachon Sud », HAL open science, 2014

**Graphique 1** : Évaluation des contrats de gestion déléguée dans 78 centres<sup>18</sup>



Este enfoque implica que el gestor asuma la operación de la piscina con la carga de todos los riesgos y peligros inherentes. Su compensación está directamente vinculada a los ingresos generados por los usuarios de la piscina, sin la garantía de un uso constante, a excepción, tal vez, de los usuarios escolares. Este riesgo está intrínsecamente ligado a la operación y es inherente a la propia definición de un contrato de concesión<sup>19</sup>. El gestor acepta plenamente esta responsabilidad y se enfrenta a las fluctuaciones del mercado y a las incertidumbres asociadas con la afluencia a la piscina.

No obstante, surge la interrogante sobre si el aumento de más del 650% en los costos de adquisición de electricidad, que refleja el alza significativa en los precios de la energía, especialmente del gas, constituye también un riesgo que el delegatario debe asumir. En este sentido, resulta crucial clarificar la noción de riesgo, dado que desempeñará un papel fundamental en la determinación de las consecuencias asociadas con la teoría de la imprevisión en etapas posteriores.

« *Le sacre risque* », como indica Thomas Pez, es el elemento clave de la concesión tanto en la legislación europea como en la legislación francesa, ya que la transferencia del riesgo operativo es la condición para la adjudicación de una concesión<sup>20</sup>. La consagración jurisprudencial y doctrinal del criterio del riesgo inicialmente fue erróneamente asociada con el criterio de la remuneración. Sin embargo, las nuevas disposiciones sobre las concesiones contribuyen a la disociación de estos dos

<sup>18</sup> IGD-UFR STAPS- Université de Caen Basse-Normandie, « Les partenariats public-privé dans le secteur des sports et loisirs en France. Cours de professeur sur les centres aquatiques », 2009.

<sup>19</sup> L'intitulé de l'art. 5 de la directive relative aux concessions (« Définitions ») raisonne dans l'intitulé de la Section 1 (du chapitre 1er du titre 1er) de l'ordonnance sur les concessions dans lequel s'inscrit l'art. 5 (« Définition des contrats de concession »).

<sup>20</sup> T.PEZ, « Le risque, les concessions et le marchés », RFDA, 2016, p.237

conceptos. La remuneración ahora está ausente de la definición francesa de la concesión y ya no se menciona explícitamente. En este sentido, la legislación francesa se acerca significativamente a la legislación europea.

En la definición anterior, solo la remuneración estaba presente, no el riesgo. Así, el artículo 38 de la ley del 29 de enero de 1993 establecía que *"una delegación de servicio público es un contrato por el cual una persona moral de derecho público confía la gestión de un servicio público del cual es responsable a un delegatario público o privado, cuya remuneración está sustancialmente vinculada a los resultados de la explotación del servicio"*. Sin embargo, en las nuevas definiciones de la delegación y la concesión, se observa la ausencia del término *"remuneración"*, que ha sido reemplazado por el concepto de *"riesgo"*, como se mencionó anteriormente<sup>21</sup>.

Esto implica que, en la actualidad el término *"riesgo"* se concibe como una auténtica exposición a las variaciones del mercado. No debe entenderse meramente como un término nominal o insignificante, aunque pueda mitigarse sin llegar a ser completamente eliminado. Los mecanismos de cobertura del *riesgo* son considerados en los contratos de gestión delegada<sup>22</sup>, pero es crucial no suprimirlos mediante un mecanismo de garantía excesiva. En consonancia con esto, *"la aplicación de reglas específicas que regulan la adjudicación de concesiones no sería justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora eximiera al operador económico de cualquier riesgo de pérdida, asegurándole un ingreso mínimo igual o superior a las inversiones realizadas y los costos que debe afrontar en el marco de la ejecución del contrato"*<sup>23</sup>.

Una vez establecido que el riesgo, según su definición, implica la posibilidad de incurrir en pérdidas, resulta igualmente relevante subrayar que el artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE del 26 de febrero de 2014 sobre la adjudicación de contratos de concesión dispone que la asunción de este riesgo operativo debe evaluarse en el contexto de una operación normal. En este sentido, ¿se puede considerar que Vert Marine ha llevado a cabo sus operaciones en condiciones normales, teniendo en cuenta el abrupto aumento de los precios de la energía?

---

<sup>21</sup> Art. 58 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, CGCT, nouv. art. L. 14111.

<sup>22</sup> T. Pez, « Le risque dans les contrats administratifs », préc., n° 501 s.

<sup>23</sup> Consid. 18 de la directive 2014/23/UE du 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

El incremento significativo en los precios de ciertas materias primas, en especial el gas y el petróleo, se debe las complicaciones en el suministro de las mismas, derivadas de la guerra en Ucrania. La Federación de Rusia decidió limitar sus exportaciones de hidrocarburos como respuesta a sanciones internacionales que le fueron impuestas<sup>24</sup>. Dicha situación representa un evento excepcional e imprevisible con consecuencias graves en diversos sectores de actividad. Esta coyuntura generó inquietudes tanto entre los particulares como en algunas entidades públicas. Las empresas, especialmente aquellas con contratos en el ámbito de la contratación pública, también manifestaron su preocupación por el aumento de los costos de ejecución, lo cual podría comprometer su capacidad para cumplir con sus obligaciones<sup>25</sup>.

La continuidad de ciertos servicios públicos se ve directamente amenazada, y es en este contexto particular en que Vert Marine decidió unilateralmente cerrar algunas piscinas municipales. No es la primera vez que nos enfrentamos a una situación de inflación. En el pasado, se ha experimentado incrementos en los precios del acero<sup>26</sup> o shocks petroleros<sup>27</sup>, cuya intervención del gobierno se tornó necesaria. De manera similar, en esta situación específica, el gobierno ha tomado medidas para proponer soluciones que permitan al contratista continuar con la ejecución del contrato a pesar del marcado aumento en los precios. Así, se concedió una indemnización compensatoria ante este incremento.

En todo caso, la decisión unilateral de suspensión adoptada por el delegatario del servicio público de las piscinas municipales suscita preguntas acerca de su naturaleza jurídica y su legalidad, así como sobre las posibles implicaciones legales que podrían derivarse de la misma.

---

<sup>24</sup> Ces sanctions se sont traduites, en droit de la commande publique, par le règlement (UE) n° 2022/576, 8 avr. 2022, modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine (JOUE n° L 111, 8 avr. 2022, p. 67 ; Rev. CMP 2022, comm. 161, G. Clamour)

<sup>25</sup> H. Hoepffner, « L'indéfectible théorie de l'imprévision », RFDA, 2022, n°6, p.1007.

<sup>26</sup> Note du 18 mai 2004 de la direction des Affaires Économiques et Internationales du ministère de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer. V. S. Abbattucci, B. Sablier, V. Sablier, « Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux », AJDA 2004. 2192 ; N. Charrel, « La théorie de l'imprévision à l'épreuve de la hausse mondiale du prix de l'acier », CP-ACCP 36/2004, p. 79.

<sup>27</sup> Circulaire 20 nov. 1974 relative à l'indemnité des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques.

**PARTE I. LA DECISIÓN DE SUSPENSIÓN DE  
LA EXPLOTACIÓN DE PISCINAS MUNICIPALES**

La singularidad del derecho de los contratos administrativos en contraste con el derecho de los contratos civiles reside en las prerrogativas de acción unilateral conferidas a la entidad pública. Apoyándose en la noción de servicio público, el juez administrativo ha llevado a cabo un admirable esfuerzo por distinguir los contratos administrativos de los contratos civiles<sup>28</sup>.

Estas prerrogativas<sup>29</sup>, delineadas en el artículo L. 6 del CCP, engloban el poder de control y dirección<sup>30</sup>, el poder sancionador<sup>31</sup>, así como la facultad de rescisión por razones de interés general<sup>32</sup> o por incumplimiento<sup>33</sup>, y el derecho a modificar unilateralmente por razones de interés general. A su vez, el contratista de la entidad pública dispone de garantías financieras, especialmente en el marco de las teorías del hecho del príncipe y de la imprevisión.

Por lo tanto, la capacidad otorgada a la Administración para rescindir unilateralmente el contrato constituye un auténtico "*tótem del desequilibrio*"<sup>34</sup>, debido a su aplicabilidad excepcional<sup>35</sup>. Este poder puede ejercerse sin necesidad de una cláusula expresa, siempre y cuando la Administración invoque legítimamente un motivo de interés general. En contraste, el contratista de la administración solo puede tomar decisiones unilaterales en situaciones explícitamente contempladas por el contrato y de manera sumamente excepcional<sup>36</sup>.

---

<sup>28</sup> F. BRENET, « La théorie du contrat administratif », AJDA, 2003, p.919

<sup>29</sup> F. BRENET, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », Fascicule n°695, JurisClasseur Administratif, 2021

<sup>30</sup> CE Sect.,29 janvier 1932, n° 99231, Léonard, Rec.

<sup>31</sup> CE, 31 mai 1907, n°15513, Deplanque c/ Ville de Nouzon, Rec. CE 1907, p 513, concl. Romieu; D 1907, III, p 113, concl. Romieu; RD publ.1907, p.678, note G. Jèze; S.1907, III, p. 113, note M.Hauriou

<sup>32</sup> CE, 11 mars 1910, n°16178, Compagnie Générale des tramways de Cherbourg, Rec. CE 1910, p. 216, concl. L. Blum; D. 1912, III, p. 49, concl. L. Blum ; S. 1911, III, p. 1, concl. L. Blum et n. M. Hauriou ; RD publ. 1910, p. 270, note G. Jèze

<sup>33</sup> CE, 18 mai 2021, n° 442530, Sté Alapont : Lebon T. JCP A 2021, act. 345. – CE, 27 oct. 2010, n° 318617, Synd. Intercommunal des transports publics de Cannes : JCP A 2010, act. 825 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 7, note W. Zimmer ; Dr. adm.2011, comm. 3,note F. Brenet.

<sup>34</sup> E. NIGRI, B. JALINIÈRE, « La résiliation d'un contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé de l'Administration à l'épreuve du droit public des contrats » : Lexis 360, Contrats et Marchés publ. 2014, étude 4

<sup>35</sup> TC., 5 juill.1999, Union des groupements d'achats publics (UGAP) c/ Sté SNC Activ. CSA, Req. N°3167 n°3167

<sup>36</sup> F. BRENET, « Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration » : Dr. admin. 2015, comm. 12, note sous CE, 8 oct. 2014, n°370644, Société Grenke location, préc..

Lo desconcertante radica en que la decisión unilateral de suspender la explotación de las piscinas municipales no provino de la autoridad concedente, sino del delegatario del servicio público. Al alegar “*costos faraónicos*” de energía, la empresa Vert Marine anunció de manera unilateral el cierre de varias piscinas bajo su gestión, lo que equivale a cerca de treinta de las ochenta instalaciones de las que es responsable<sup>37</sup>. A pesar de la afirmación de la empresa de haber informado al Ministro de Economía y Finanzas, la realidad es que los municipios, en calidad de autoridades concedentes, sostienen que no fueron consultados<sup>38</sup>, a pesar de ser los entes organizadores y responsables de estos servicios públicos.

Ante la dificultad de determinar lo que es la decisión de suspensión unilateral por parte del contratista, se perfila una tendencia. Frecuentemente se aborda la cuestión de la legalidad de la decisión, sin buscar una clasificación o definición precisa<sup>39</sup>. No obstante, antes de evaluar su legalidad, es primordial atribuir una categorización jurídica a dicha decisión.

Así, surgen dos preguntas cruciales en relación con esta determinación. En primer lugar, se plantea la necesidad de definir su categoría jurídica, es decir, de analizar la naturaleza y las características legales de esta decisión unilateral. En segundo lugar, se requiere examinar su validez jurídica, es decir, su conformidad con la legalidad.

---

<sup>37</sup> J.B VILA, Y. WELS, « La continuité du service public face à l'exploitation énergivore des piscines : funambulisme ou aqueduc juridique ? », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2022, n°37

<sup>38</sup> M. TABURET, Libération « Piscines fermées à cause de la hausse du prix de l'énergie : “Nous sommes tous tombés de l'armoire” » 2022

<sup>39</sup> A.BARDOUX, N.CHARREL, Charrel Associés, « Crise des piscines: la fermeture par le délégataire est-elle légale ? », 2022

**CAPITULO I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA  
DECISIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA EXPLOTACIÓN DE  
PISCINAS MUNICIPALES**

## SECCIÓN I.

### LA DECISIÓN DEL DELEGATARIO DEL SERVICIO PÚBLICO : UNA DECISIÓN QUE NO SE AJUSTA A LAS CATEGORÍAS DE RECISIÓN HABITUALES

Como señaló el profesor Thomas Pez, *"las operaciones de categorización jurídica no se realizan por placer: no son un fin en sí mismas, sino una consecuencia de la observación de los puntos comunes que unen las explicaciones presentadas para describir la diversidad de situaciones jurídicas. La teoría se nutre de la experiencia y la práctica se inspira en la teoría"*<sup>40</sup>.

En este caso, la práctica pone de manifiesto una decisión atípica por parte del delegatario del servicio público y sus limitaciones para ser considerada en una de las categorías de rescisión. Hay diferentes formas de llevar a cabo la rescisión de un contrato, especialmente de manera convencional (§1) o de manera unilateral (§2).

#### §1. LA RECISIÓN CONVENCIONAL

En principio, la rescisión convencional supone un acuerdo claro y explícito entre las partes, formalizado por un documento escrito, lo que excluye la posibilidad de clasificar la decisión tomada de manera unilateral en esta categoría (A). Sin embargo, es necesario preguntarse si la decisión puede resultar de una rescisión derivada de un acuerdo implícito entre las partes (B).

---

<sup>40</sup> T. PEZ, « Le risque dans les contrats administratifs, Bibliothèque de droit public », t. 274, LGDJ, Lextenso éditions, 2006, 2013, p.5

## **A. LAS RAZONES POR LAS CUALES LA DECISIÓN NO PUEDE SER CONSIDERADA COMO UNA RESCISIÓN CONVENCIONAL**

La rescisión convencional corresponde a la voluntad conjunta de las partes de poner fin en el futuro al contrato de delegación de servicio público que han celebrado<sup>41</sup>. Tal contrato de rescisión debe respetar el principio del paralelismo de competencias y puede especificar las consecuencias de la rescisión<sup>42</sup>. Cuando se trata de una delegación de servicio público, la firma del contrato por parte del ejecutivo debe ser autorizada previamente por el órgano deliberante de la entidad territorial<sup>43</sup>.

La rescisión administrativa está ahora prevista en el CCP en el artículo L.3136-2 para las concesiones, y también puede dar lugar a una rescisión convencional si ambas partes acuerdan poner fin a la ejecución del contrato<sup>44</sup>. Un escenario en el que podría considerarse una rescisión convencional es en el caso de una fuerza mayor administrativa que resultaría en una rescisión judicial a solicitud del contratista. Si el déficit relacionado con el aumento del precio de la energía persiste, esta posibilidad podría ser considerada.

Sin embargo, aunque la solución sea más adecuada cuando las partes acuerdan constatar la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato y determinar juntas los términos de la indemnización financiera, el problema de fondo en el caso concreto finalmente se refiere a una explotación que no es imposible, sino simplemente más costosa<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> F. BOTTINI, « Concessions de service public autres que les délégations de service public », Fascicule n°698, JurisClasseur Administratif, 2021

<sup>42</sup> G. ECKERT, « Contenu de la délégation de service public », Fascicule n°410, Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, 2022.

<sup>43</sup> Ibidem

<sup>44</sup> L. FOLLIOT-LALLIOT, « Exécution du contrat administratif. Obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration », Fascicule n°695, JurisClasseur Contrats et Marchés Publics, 2022

<sup>45</sup> J.B VILA, Y. WELS, « La continuité du service public face à l'exploitation énergivore des piscines : funambulisme ou aqueduc juridique ? », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2022, n°37

## **B. LOS ELEMENTOS QUE IMPIDEN ASMILIAR LA DECISIÓN A UNA RESCISIÓN TÁCITA**

Es legítimo preguntarse si la decisión no podría asimilarse a una rescisión tácita en el supuesto de que la autoridad concedente hubiera aceptado<sup>46</sup> la suspensión temporal de la ejecución del servicio público, previendo que debería pagar una indemnización si se cumplieran las condiciones de la teoría de la imprevisión.

La rescisión tácita es reconocida por el Consejo de Estado en la jurisprudencia del Departamento de Seine-Saint-Denis, según la cual, en ausencia de una decisión formal de rescisión del contrato tomada por la entidad pública, un contrato debe considerarse como rescindido tácitamente cuando, por su comportamiento, la entidad pública debe considerarse que ha puesto fin, de manera inequívoca, a las relaciones contractuales<sup>47</sup>. ¿Cuáles son los indicios utilizados por el juez administrativo?

El Consejo de Estado proporciona indicios que permiten calificar una rescisión tácita<sup>48</sup>. Esto ocurre cuando la entidad pública emprende acciones para satisfacer las necesidades cubiertas por el contrato a través de otros medios. La duración y el final del período de incumplimiento del contrato también pueden caracterizar una rescisión tácita. Además, una decisión de la entidad pública puede hacer imposible la continuación de la ejecución del contrato o dificultar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

No obstante, podemos descartar la idea de calificar la decisión como una rescisión tácita, ya que, en primer lugar, se trata de una prerrogativa de poder público que, en principio, debería ser expresa en lugar de tácita, a fin de garantizar la seguridad jurídica relacionada con la fuerza vinculante del contrato. El Consejo de Estado solo admite la rescisión tácita cuando esta proviene de la entidad pública. La jurisprudencia no reconoce un poder de rescisión tácita a favor del contratista.

---

<sup>46</sup> N. MARIAPPA, « L'appréciation in concreto de la résiliation tacite d'un contrat », Dalloz actualité 2020

<sup>47</sup> CE 27 févr. 2019, n° 414114, Seine-Saint-Denis (Dpt), Dalloz actualité, 11 mars 2019, obs. E. Maupin ; Lebon ; AJDA 2019. 486 ; ibid. 1056 , note L. Richer ; AJCT 2019. 242, obs. S. Defix

<sup>48</sup> L. ERSTEIN, « La réalité d'une résiliation tacite », La semaine juridique du droit public et fiscal, Édition Générale, n° 52, 2020.

En segundo lugar, no se puede calificar la decisión como una rescisión tácita, ya que una vez que el delegatario del servicio público ha tomado la decisión de suspender el servicio, los municipios no han adoptado los comportamientos indicados por los indicios de la jurisprudencia del Departamento de Sena-Saint-Denis, como la implementación de medidas alternativas o la reanudación de gestiones para satisfacer las necesidades cubiertas por el contrato.

## **§ 2. LA RESCISIÓN UNILATERAL**

La rescisión es la decisión que pone fin prematuramente al contrato en curso de ejecución<sup>49</sup> y marca "el fin", la extinción de las relaciones contractuales<sup>50</sup>. Puede llevarse a cabo unilateralmente por la entidad pública, con o sin cláusula que prevea esta posibilidad (A), o por el contratista, siempre que exista una cláusula en este sentido (B) y en caso de incumplimiento de la entidad pública frente a sus obligaciones contractuales.

### **A. LA RESCISIÓN UNILATERAL POR LA ENTIDAD PÚBLICA**

¿Es posible clasificar la decisión dentro de alguna de las categorías de rescisión contempladas en el Código de la Contratación Pública? Tradicionalmente, dentro de los motivos que pueden justificar la rescisión de un contrato administrativo, el interés general, es el más aceptado por el juez de lo contencioso administrativo (1), pero también debe considerarse la rescisión por incumplimiento cometida por una de las partes en el contrato (2).

---

<sup>49</sup> U. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, « Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », Droit Administratif n°11, 2015, étude 14

<sup>50</sup> P. TERNEYRE, « La notion de rupture :CP-ACCP », n°16, 2002, p.18

## 1. FACTORES QUE IMPIDEN CONSIDERAR LA DECISIÓN COMO UNA RECISIÓN UNILATERAL POR MOTIVOS DE INTERÉS GENERAL

En relación con la rescisión unilateral por motivos de interés general<sup>51</sup>, el CCP recuerda en los artículos L.6, L.2195-3 y L3136-3 que corresponde a la entidad pública tomar esta decisión. La rescisión unilateral por motivos de interés general "*constituye sin duda uno de los elementos más característicos del contrato administrativo y ningún contrato parece escapar legalmente a ello*"<sup>52</sup>. Es posible ejercer este poder incluso en ausencia de una cláusula contractual, sin embargo, es común que las cláusulas del convenio mencionen expresamente este poder y precisen sus modalidades de aplicación<sup>53</sup>.

Esta facultad se aplica a todos los contratos administrativos<sup>54</sup> y se realiza sin necesidad de que haya alguna falta o comportamiento indebido por parte del contratista<sup>55</sup>. La jurisprudencia reconoce que, según las reglas generales aplicables a los contratos administrativos, la entidad pública siempre puede, incluso en ausencia de una cláusula en el contrato, rescindir este último por un motivo de interés general<sup>56</sup>.

En el caso concreto, esta categoría de clasificación puede descartarse, dado que la decisión unilateral de suspensión fue tomada por el delegatario del servicio público, que no tiene la competencia para ejercer esta prerrogativa, sin necesidad de cuestionar el motivo alegado por el delegatario.

---

<sup>51</sup> CE, as., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Lebon p. 246 ; 2 févr. 1983, n° 34027, Union des transports publics urbains et régionaux, Lebon

<sup>52</sup> N. DOURLENS, R. DE MOUSTIER, « Les clauses de résiliation dans les contrats publics », Contrats-Marchés publ, 2014, prat. 2.

<sup>53</sup> G. ECKERT, « Exécution de la convention de délégation de service public », Fascicule n°430, Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, 2022.

<sup>54</sup> F. LEHOUX, « L'intérêt d'anticiper les modalités de la résiliation pour motif d'intérêt général : Contrats publ., 2015, p.36

<sup>55</sup> F. LEHOUX, op.cit.,p.37

<sup>56</sup> CE, 2 mi 1958, Distillerie de Magnac-Laval: Rec. CE 1958, p.246; AJDA 1958, p 282, concl. J. Kahn; CE, 31 juill. 1996, n°126594, Sté des téléphériques du massif du mont-Blanc, préc. : Rec. CE 1996, p.334

## 2. FACTORES QUE JUSTIFICAN LA NO ASIMILACIÓN DE LA DECISIÓN A UNA RESCISIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO

Por otro lado, la rescisión por incumplimiento del delegatario está expresamente prevista en el artículo L.3136-3, 1º del CCP, cuando el contrato de delegación de servicio público es un contrato administrativo, la autoridad delegante puede rescindir unilateralmente en caso de una falta lo suficientemente grave del concesionario<sup>57</sup>. La decisión de rescisión debe estar motivada y precedida de un procedimiento contradictorio cuyas modalidades pueden especificarse en el contrato<sup>58</sup>, ya que se considera una forma de sanción<sup>59</sup>.

En el caso concreto, está claro que la decisión, al ser tomada por el delegatario (Vert Marine) y no por la autoridad concedente, no puede asimilarse a una rescisión por falta. Sin embargo, es importante destacar que la autoridad concedente tiene el poder de rescindir unilateralmente en caso de una falta particularmente grave cometida por el contratista, lo que podría ser el caso. Por lo tanto, la rescisión por falta se examinará posteriormente en el capítulo de las consecuencias jurídicas de la decisión.

### **B. LA RESCISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATISTA POR EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO**

¿Los elementos presentados anteriormente sugieren que solo la entidad pública tiene el poder de rescindir unilateralmente y que el delegado del servicio público nunca puede rescindir el contrato unilateralmente? La pregunta merece ser planteada, ya que, aunque las decisiones unilaterales son en principio una prerrogativa de poder público, como se ha señalado, la rescisión unilateral de un contrato por iniciativa del contratista a veces es posible<sup>60</sup> (1). Sin embargo, las condiciones establecidas por la

---

<sup>57</sup> Y. DELAIRE, « La délégation des services publics locaux », Berger Levrault, 2019, 4<sup>ème</sup> édition, p 599-609

<sup>58</sup> G. ECKERT, « Fin, Petit rappel des règles régissant la résiliation pour faute du délégataire », comm. 116, Fascicule n°430, Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, 2023.

<sup>59</sup> CE 31 mai 1907, n° 16324, Deplanque, Lebon 513 ; D. 1907. III. 113

<sup>60</sup> J.D. DREYFUS, « La résiliation du contrat à l'initiative du cocontractant de l'Administration est parfois possible »: AJCA 2014, p. 327, note sous CE, 8 oct. 2014, n° 370644, Société Grenke location, préc.

jurisprudencia son tan restrictivas que resulta imposible considerar la decisión de Vert Marine como una rescisión por excepción de contrato no cumplido (2).

## 1. LAS CONDICIONES RESTRICTIVAS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

La excepción de contrato no cumplido habilita a una de las partes para alegar el incumplimiento de una obligación por parte de la otra, liberándose así de su propia obligación o solicitando la rescisión del contrato. En principio, el contratista está prohibido de ejercer esta excepción<sup>61</sup>. Esta prohibición se fundamenta, naturalmente, en el principio de continuidad del servicio público y solo tiene una excepción, que se aplica en casos de fuerza mayor<sup>62</sup>.

Sin embargo, este principio ha sido cuestionada desde hace tiempo por la doctrina<sup>63</sup>, ya que no todos los contratos administrativos tienen el mismo objeto. Algunos contratos son administrativos por determinación de la ley o de hecho por la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, pero no están relacionados con el servicio público<sup>64</sup>. Por lo tanto, y para citar a F. Lorens, *"no se puede (...) decir que la excepción de contrato no cumplido, no sea oponible a la Administración. Es, por el contrario, posible. Pero la jurisprudencia solo la admite en circunstancias completamente excepcionales en las que la obligación de cumplir estrictamente el contrato tendría como consecuencia, ya sea trastornar la situación del contratista, ya sea comprometer la buena ejecución de la obra"*<sup>65</sup>.

Así, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de precisar el ámbito de aplicación de la excepción de incumplimiento y su implementación en el fallo *Grenke Location*. En cuanto al ámbito de aplicación,

---

<sup>61</sup> CE, 7 juin 1929, Cie française des câbles télégraphiques : Rec. p. 654. - CE, 7 janv. 1976, Ville Amiens : Rec. p. 11. - CAA Bordeaux, 29 juill. 2010, n° 10BX00071, Sté Logistique Grand Sud-Ouest : Contrats-Marchés publ.2010, comm. 352, obs. F. Llorens

<sup>62</sup> CE, 9 déc. 1932, Cie des tramways de Cherbourg : Rec. p.1050

<sup>63</sup> P. TERNEYRE, Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs, Mél. Labetoulle : Dalloz, 2007, p. 803

<sup>64</sup> A.SÉE, « La résiliation du contrat administratif à l'initiative du cocontractant de l'Administration », La semaine juridique, Entreprise et affaires, 2014, 49. Hal-01674520

<sup>65</sup> F.LLORENS, « Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : LGDJ, 1981,p. 433

la excepción de incumplimiento solo se aplica a contratos que no tienen como objeto la ejecución misma del servicio público. En su comentario sobre el caso del Consejo de Estado, François Brenet afirmaba que indirecta pero necesariamente, el Consejo de Estado consagra la idea de una "*escala de administratividad de los contratos*"<sup>66</sup>, al admitir que algunos son más administrativos que otros porque su ejecución se considera esencial para el buen funcionamiento de los servicios públicos.

Todos los contratos que involucran la transferencia de la gestión de una misión de servicio público, en particular, las delegaciones de servicio público, están claramente comprendidos. Sin embargo, es crucial incluir también aquellos contratos que contribuyen de manera efectiva y significativa a la realización de una misión de servicio público, como los contratos de colaboración público-privada<sup>67</sup>. En contraste, los contratos de suministro o los contratos de ocupación privativa del dominio público aportan de manera indirecta al funcionamiento del servicio público, siempre y cuando estén sujetos a una cláusula que autorice a la parte privada a invocar la excepción de incumplimiento<sup>68</sup>.

Además, en cuanto a la implementación, el contratista no puede recurrir a la cláusula para rescindir el contrato invocando esta excepción sin haber dado previamente la posibilidad a la Administración de oponerse a la ruptura de las relaciones contractuales por un motivo de interés general, vinculado especialmente a las exigencias del servicio público<sup>69</sup>. Como señaló Jean De Soto ya en 1942, "*sería peligroso permitir que un particular apreciara si tal prestación está o no estrechamente relacionada con el servicio: la Administración es la única jueza de ello*"<sup>70</sup>. Las condiciones establecidas por los jueces son tales que, en la práctica, la rescisión de un contrato administrativo por iniciativa de una persona privada sigue siendo difícil de llevar a cabo<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> F. BRENET, « Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration » : Dr. admin. 2015, comm. 12, note sous CE, 8 oct. 2014, n°370644, Société Grenke location, préc.

<sup>67</sup> Ibidem

<sup>68</sup> Ibidem

<sup>69</sup> F. GAULLIER, « Approche contentieuse du pouvoir de résiliation unilatérale du contrat administratif par le cocontractant de l'administration », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités Territoriales, 2017, n°48

<sup>70</sup> J. DE SOTO, note sous Conseil de Préfecture de la Seine, 24déc.1940 : D.1942,3,111

<sup>71</sup> J. MESTRES, G. MINAIRE, « La reconnaissance apparente d'une résiliation du contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé » : Contrats publ. 2014, p. 65, note sous CE, 8 oct. 2014, n° 370644, Société Grenke location

## 2. MOTIVOS QUE IMPIDEDN CALIFICAR A DECISIÓN COMO RECISIÓN POR CONTRATO NO CUMPLIDO EN EL CASO CONCRETO

Suponiendo que la decisión unilateral de suspender la explotación de las piscinas municipales tenía la intención de rescindir el contrato, no hay otra opción que calificar esta decisión como una falta cometida por el delegatario del servicio público.

En el caso, las comunas (autoridades concedentes) no incurrieron en incumplimientos del contrato, ya que la interrupción del contrato se debió a la inflación y al aumento del costo del gas por parte del delegatario. Además, el delegatario no puede invocar esta excepción de incumplimiento, ya que incluso si la autoridad pública comete incumplimientos contractuales, se trata de un contrato de delegación de servicio público que no entra dentro del ámbito de aplicación de la excepción de incumplimiento.

### **SECCIÓN II. LA DECISIÓN UNILATERAL DEL DELEGATARIO DEL SERVICIO PÚBLICO : UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL**

Después de examinar todos los escenarios posibles de rescisión, se vuelve inevitable concluir que la naturaleza jurídica de la decisión de suspensión constituye un incumplimiento contractual por parte de la sociedad delegataria (§1). Para que la decisión no sea calificada como "falta contractual" sino como "suspensión", debía enmarcarse dentro de las suspensiones reconocidas por la ley.

El delegatario del servicio público debería haber justificado la suspensión si se encontraba en una causa imperiosa, razones técnicas respetando un plazo de preaviso, o invocando la fuerza mayor. Sin embargo, este aspecto se estudiará posteriormente en el capítulo dedicado a la legalidad de la decisión, y no en el capítulo sobre su naturaleza jurídica.

## § 1. LA SUSPENSIÓN UNILATERAL DE PISCINAS MUNICIPALES : UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DEL CONTRATISTA

Se admite desde hace mucho tiempo que el titular privado de un contrato administrativo que rescinde unilateralmente el contrato comete una falta en su ejecución<sup>72</sup>. El Consejo de Estado, en la sentencia del 7 de octubre de 1998, OPHLM de la ville de Havre c/ Sté nouvelle de chauffage Sochan, indica que *"la Société nouvelle de chauffage de Sochan, que solo podía, si se creía justificada, pedir al juez del contrato que resolviera su rescisión, cometió una falta al tomar la iniciativa de rescindir unilateralmente el contrato"*<sup>73</sup>.

De esta jurisprudencia se deduce que, en principio, en un contrato administrativo, el contratista no tiene el poder de rescindir el contrato por iniciativa propia. Simplemente se niega a otorgar al contratista de un contrato administrativo, el poder de rescisión simétrico al de la Administración en ausencia de cláusula. Además, una vez que el contratista ha rescindido, la Administración puede impugnarlo invocando una falta contractual si el contrato no contiene ninguna cláusula de rescisión<sup>74</sup>.

No obstante, es importante destacar que, en el marco de un contrato de delegación de servicio público, la rescisión por iniciativa del delegatario no es posible con o sin cláusula, dado que en la *"escala de administratividad de los contratos"*, estos tipos de contratos se consideran más administrativos porque su ejecución se considera esencial para el interés general y el buen funcionamiento de los servicios públicos.

La empresa Vert Marine ha anunciado que no puede hacer frente al aumento del precio del gas, ya que su factura energética ha pasado *"de 15 a 100 millones de euros"*, lo que representa *"la totalidad de su facturación anual"* y que *prefiere cerrar instalaciones en lugar de "multiplicar las tarifas por tres"*<sup>75</sup>. ¿Puede considerarse este motivo como un motivo imperioso? ¿Está justificada la decisión de cerrar

---

<sup>72</sup> E. NIGRI, B. JALINIÈRE, « La résiliation d'un contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé de l'Administration à l'épreuve du droit public des contrats » : Contrats et Marchés publ. 2014, étude 4, Lexis360

<sup>73</sup> CE, 7 oct. 1988, n° 59729, OPHLM de la ville du Havre c/ Sté nouvelle de chauffage Sochan : JurisData n° 1988-048249.

<sup>74</sup> CAA Nantes, 12 avr. 2017, n° 16NT00758, M. A c/ Commune de de La Rivière Saint-Sauveur : JurisData n° 2017- 009040

<sup>75</sup> LIBÉRATION; AFP, « Prix de l'énergie : la Fédération de natation appelle à une réouverture « immédiate » des piscines », 2022

temporalmente las piscinas por motivos económicos, o, por el contrario, se trata de un caso de incumplimiento parcial o mala ejecución que podría constituir una falta contractual? La decisión de suspensión de la empresa delegataria es claramente un incumplimiento del contrato, pero ¿está justificado? Esta decisión plantea serias preguntas sobre su legalidad, lo que merece una atención especial.

Para que la decisión no sea considerada como una "*falta contractual*", el delegatario del servicio público debió haber justificado si la suspensión se encontraba en una situación de necesidad imperiosa, por razones técnicas respetando un plazo de preaviso, o invocando la fuerza mayor. Sin embargo, esto se examinará posteriormente en el capítulo de legalidad de la decisión.

## **CAPITULO II.**

### **LA LEGALIDAD DE LA DECISIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA EXPLOTACIÓN DE PISCINAS MUNICIPALES**

Aunque la suspensión de las piscinas municipales por parte del delegatario pueda ser legalmente admisible (1), es esencial verificar si esta suspensión está justificada. En ausencia de una justificación legal sólida, no hay duda de que tal decisión contraviene el principio de continuidad del servicio público (2).

## SECCIÓN I.

### HIPÓTESIS EN LAS QUE ES POSIBLE LA SUSPENSIÓN UNILATERAL POR PARTE DEL CONTRATISTA DEL SERVICIO PÚBLICO

De hecho, la ley contempla ciertas situaciones en las que la suspensión unilateral de la explotación es posible. Esta suspensión puede llevarse a cabo por motivos imperiosos (§ 1), por razones técnicas respetando un plazo de preaviso (§ 2), o invocando la fuerza mayor siempre que esta haga imposible la ejecución (§ 3).

#### §1. LA SUSPENSIÓN POR UN MOTIVO IMPERIOSO

La suspensión unilateral de la explotación de una delegación de servicios públicos iniciada por el contratista está prevista y justificada por la ley en ciertas situaciones. Es posible suspender unilateralmente una explotación por un motivo imperioso. Pero, ¿qué entendemos por motivo imperioso? El término "*imperioso*" significa "*lo que se impone con carácter de obligación, que es necesario satisfacer absolutamente*"<sup>76</sup>. Por lo tanto, un motivo imperioso es una obligación que se impone de manera imperativa a un individuo y lo obliga a derogar un principio aplicable. Un ejemplo concreto de esto podría ser un riesgo sanitario para los bañistas de la piscina, justificando así la suspensión de la explotación de la piscina.

---

<sup>76</sup> Dictionnaire Larousse, 2023

La Agencia Nacional de Seguridad Sanitaria de la Alimentación, el Medio Ambiente y el Trabajo (ANSES) realiza la evaluación de los riesgos sanitarios asociados a las piscinas. Esta agencia identifica dos tipos de riesgos sanitarios presentes en el agua, el aire y las superficies de las piscinas reguladas, y describe los peligros según el origen del agua utilizada para llenar la piscina<sup>77</sup>.

Por un lado, los riesgos químicos identificados provienen principalmente de las sustancias formadas por la reacción de los productos de desinfección (como el cloro) con las materias orgánicas aportadas por los bañistas. Es importante destacar que estos peligros químicos pueden estar presentes en el agua de las piscinas debido a la reacción entre el cloro utilizado para desinfectar el agua y las sustancias orgánicas, como productos cosméticos, orina y transpiración, aportadas por los bañistas. Esta reacción puede generar subproductos químicos indeseados, como las cloraminas, que pueden tener efectos perjudiciales para la salud de las personas que frecuentan las piscinas.

Por otro lado, los peligros microbiológicos están principalmente relacionados con la falta de higiene de los bañistas. Sin embargo, algunas características propias de estas piscinas pueden modificar la jerarquía de los peligros descritos y/o generar riesgos adicionales relevantes. Estas particularidades incluyen, entre otras: la temperatura elevada del agua, la presencia de dispositivos de burbujeo, el bajo volumen de agua en comparación con la cantidad de bañistas que utilizan estas piscinas, una baja tasa de renovación de agua en relación con la afluencia de personas en las piscinas, fluctuaciones en la concentración de desinfectante y el aumento del pH; la proximidad entre los bañistas.

Es importante tener en cuenta estas especificidades al evaluar los riesgos microbiológicos en estas piscinas. Estos factores pueden contribuir a la multiplicación y propagación de gérmenes patógenos, aumentando así los riesgos para la salud de los bañistas. Por lo tanto, es esencial implementar medidas de prevención y control adecuadas para mitigar estos riesgos. Esto puede incluir un monitoreo más estricto de la calidad del agua, una renovación regular del agua, ajustes adecuados de los niveles de desinfectante y pH, así como la concienciación de los bañistas sobre las buenas prácticas de higiene, como ducharse antes de entrar en la piscina y usar trajes de baño adecuados.

---

<sup>77</sup> ANSES, “Évaluation des risques sanitaires liés aux piscines”, Avis de l’Afsset, Rapport d’expertise collective, Édition scientifique, 2012

Si el delegatario se enfrenta a alguno de estos dos riesgos sanitarios, está justificado suspender unilateralmente la explotación de las piscinas municipales. Sin embargo, también está obligado a informar al alcalde y al director general de la agencia regional de salud tan pronto como tenga conocimiento de situaciones que puedan tener un impacto negativo en la calidad del agua de baño y en la salud de los bañistas. Debe proporcionar información general sobre las condiciones que pueden causar una contaminación a corto plazo, la probabilidad de que ocurra esta contaminación, su duración probable, sus fuentes y las medidas tomadas para prevenir la exposición de los bañistas a estas contaminaciones, así como para evitar, reducir o eliminar las fuentes de contaminación.

Además, la persona responsable del agua de baño debe tomar las medidas de gestión adecuadas para mejorar la calidad del agua de baño, asegurar la información al público y prevenir la exposición de los bañistas a la contaminación, incluyendo el cierre preventivo y temporal del sitio. El Código de Salud Pública establece que *"la persona responsable del agua de baño informa también, en el menor tiempo posible, al alcalde y al director general de la agencia regional de salud de cualquier situación anormal, según se define en el artículo D.1332-15. En este caso, el programa de análisis del control sanitario del agua de baño previsto en el artículo D.1332-23 puede suspenderse"*. En el presente caso, Vert Marine no podía suspender la explotación de las piscinas, dado que no se justificaba ningún motivo imperioso, y no existía riesgo sanitario.

## § 2. LA SUSPENSIÓN POR RAZONES TÉCNICAS

También se contempla que el contratista puede suspender unilateralmente la explotación de una delegación de servicio público por razones técnicas, siempre que se respete un plazo de preaviso. Por ejemplo, si se presentan problemas técnicos<sup>78</sup>, como mal funcionamiento del sistema de calefacción, gestión del aire, desinfección y reciclaje del agua, esto puede justificar una suspensión temporal del servicio. De manera similar, si se deben realizar ajustes en los materiales utilizados, como aislamiento, cubierta, carpintería o equipos interiores, para adaptarse a las tecnologías actuales, está justificado suspender temporalmente el servicio público, siempre y cuando se respete un plazo de preaviso hacia la autoridad concedente. La suspensión de las piscinas tampoco puede

---

<sup>78</sup> Ville d'Aulnay-sous-Bois, Direction Générale des Services Techniques, "Étude opérationnelle pour la création d'un espace aquatique à Aulnay-Sous-Bois", 2016

justificarse por razones técnicas, dada la ausencia de cualquier fallo técnico.

### § 3. LA SUSPENSIÓN POR FUERZA MAYOR

Por supuesto, la fuerza mayor también puede invocarse siempre y cuando haga imposible la ejecución del contrato. La fuerza mayor es un concepto común en el derecho privado y en el derecho público de los contratos, que se aplica a todas las obligaciones y contratos (ya sean administrativos o de derecho privado)<sup>79</sup>, y que constituye una causa general de exención de las sanciones que podrían imponerse al deudor incumplido<sup>80</sup>.

La conceptualización de la fuerza mayor en el derecho de los contratos administrativos se atribuye generalmente a las conclusiones presentadas por Tardieu en la famosa decisión *Compagnie des messageries maritimes*<sup>81</sup>, así como a las conclusiones redactadas por Latournerie sobre la sentencia *Compagnie des scieries africaines*<sup>82</sup>. En esta sentencia, se especifica que la fuerza mayor se refiere a un evento que no puede preverse ni evitarse, aquel que escapa tanto a las previsiones como a la voluntad humana.

Así, la fuerza mayor es un concepto jurisprudencial, ahora reconocido en los artículos L2195-2 y L3136-2 del CCP, y en el artículo L1218, párrafo 1 del Código Civil, basado en los tres criterios clásicos: la imprevisibilidad, la exterioridad y la irresistibilidad. En cuanto a la primera condición, un evento imprevisible es aquel que el contratante que invoca su beneficio no podía razonablemente prever en el momento de la conclusión del contrato<sup>83</sup>. Se debe evaluar si la parte que invoca la fuerza mayor podría haber previsto o protegido razonablemente contra las dificultades encontradas según su

---

<sup>79</sup> G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, M. Giard, 1932, III, p. 20),

<sup>80</sup> Concl. Tardieu sur CE 29 janv. 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, D. 1910, citées in L. Jégouzo, *L'application de la force majeure en droit des contrats*, Mélanges Laurent Richer, LGDJ, 2013, p. 355).

<sup>81</sup> CE 29 janv. 1909, n° 17614, Lebon 116

<sup>82</sup> CE 9 mars 1928, RD publ. 1928. 329

<sup>83</sup> CE 17 déc. 1926, *Société des chantiers industriels et maritimes de l'Adour*, Lebon 1124

situación, tamaño, experiencia, capacidades<sup>84</sup> y las circunstancias de tiempo y lugar<sup>85</sup>; debe considerarse a un estándar de diligencia de un contratante informado.

Respecto a la segunda condición, esta significa que el evento de fuerza mayor debe ser externo a las partes<sup>86</sup>, y en particular, a la parte que invoca su beneficio<sup>87</sup>. Esta última no solo no debe haber querido la ocurrencia del evento, no ser su origen, sino que también debe haber sido incapaz de evitarlo. La exterioridad expresa la imposibilidad de imputar la violación de la obligación contractual a la parte que invoca la fuerza mayor<sup>88</sup>.

Finalmente, la irresistibilidad es un criterio central, incluso único para algunos<sup>89</sup>, y significa que la parte que desea quedar exenta del cumplimiento de sus obligaciones contractuales ha estado en la imposibilidad absoluta de "un obstáculo insuperable para el cumplimiento de sus obligaciones", según la fórmula utilizada por la jurisprudencia de la *Compagnie des messageries maritimes*, para continuar su ejecución a pesar de las medidas adoptadas o los esfuerzos emprendidos para lograrlo<sup>90</sup>. La irresistibilidad se evaluará teniendo en cuenta la situación del contratista, los medios materiales o financieros de los que dispone y que ha puesto efectivamente en práctica<sup>91</sup>.

Sin embargo, la apreciación de la jurisprudencia administrativa es particularmente restrictiva con respecto al concepto de fuerza mayor. El juez administrativo ha reconocido su existencia para eventos

---

<sup>84</sup> CE 6 févr. 1924, Société d'éclairage par le gaz de Longwy, Lebon 133)

<sup>85</sup> Il s'agit de s'intéresser à la date de conclusion du contrat (par ex., la guerre d'Algérie n'a pas été considérée comme un cas de force majeure pour un contrat conclu en 1958, CE 13 juill. 1968, n° 73161, Société Etablissements Serfati, Lebon ; RD publ. 1969. 128, note M. Waline ; pas plus que la guerre de Corée, CE 24 avr. 1959, Secrétariat d'Etat aux Forces armées c/ Etablissements Forestier, Lebon 267) ou à la date de survenance du cas de force majeure (il neige en hiver !, CE 15 mai 1953, Commune de Nogent-sur-Marne, Lebon 235). Il peut également s'agir de vérifier si un événement comparable s'est déjà produit dans une période de temps plus ou moins récente (CE 26 juill. 2006, n° 272621, MAIF, Gouletquer, AJDA 2006. 2198).

<sup>86</sup> N. JACOT, La notion de force majeure dans les contrats publics, in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 275

<sup>87</sup> Ch.-A. DUBREUIL, « La force majeure en droit des contrats administratifs », AJDA, 2022, p.2162

<sup>88</sup> J.-F. OUM OUM, La responsabilité contractuelle en droit administratif, Bibl. de droit public, LGDJ, t. 270, 2014, p. 365, « par son caractère d'extériorité, la force majeure rétablit le véritable lien de causalité entre le dommage et la force imprévisible et irrésistible qui l'a produit »).

<sup>89</sup> F.-P. BÈNOIT, Le cas fortuit dans la jurisprudence administrative, JCP 1956. I. 1328

<sup>90</sup> CE 7 juin 1939, Pichol, Lebon 379

<sup>91</sup> CE 7 janv. 1948, Secrétariat d'Etat à la défense c/ Société Lucien Gillet, Lebon 8

que pueden resultar de una guerra<sup>92</sup>, una huelga<sup>93</sup>, un fenómeno natural<sup>94</sup> o un accidente provocado por un tercero<sup>95</sup>. Sin embargo, en lo que respecta a la explotación de las piscinas municipales en la situación actual, es poco probable que pueda calificarse como fuerza mayor. ¿Por qué? Porque el evento no es irresistible. Siempre es posible explotar la piscina, aunque sea en condiciones financieras difíciles.

Si analizamos las tres condiciones de la fuerza mayor en el caso concreto, en primer lugar, se cumple la condición de que el evento debe ser externo a las partes, dado el conflicto en Ucrania, que es un hecho externo que ha llevado a un aumento en el precio de la energía. A pesar del cumplimiento de esta primera condición, en la actualidad, se cuestiona el elemento de imprevisibilidad debido a los avances tecnológicos que permiten una predicción más fácil de ciertos riesgos. Pero supongamos que la condición de imprevisibilidad también se cumple. A pesar del cumplimiento de estos dos elementos, el evento no podría calificarse como fuerza mayor porque el aumento en el precio de la energía no es irresistible.

Entonces, incluso si el viejo adagio "¡A lo imposible nadie está obligado!"<sup>96</sup> es cierto, esto no se aplica a una situación simplemente más onerosa<sup>97</sup>. La inflación que caracteriza los costos de la energía, en este caso la electricidad, no encaja (al menos por ahora) en los casos previstos por la ley para suspender la ejecución de un servicio público<sup>98</sup>. Esto nos lleva a concluir que el delegatario del servicio público cometió un error al infringir el principio de continuidad del servicio público.

---

<sup>92</sup> CE 5 janv. 1942, Société du Gaz à La Ferté-Milon, Lebon 18

<sup>93</sup> CE 29 janv. 1909, Compagnie des messageries maritimes,

<sup>94</sup> CE 27 nov. 1935, Etablissements Descours, Lebon 1100

<sup>95</sup> CE 5 déc. 1952, Ministère de la reconstruction, Lebon 560

<sup>96</sup> Les adages en droit public, dossier RFDA 2014.

<sup>97</sup> J.B VILA, La Tribune, « Fermeture des piscines municipales : quand le droit fait de la brasse coulée », 2022

<sup>98</sup> J.B VILA, Y. WELS, « La continuité du service public face à l'exploitation énergivore des piscines : funambulisme ou aqueduc juridique ? », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2022, n°37

## SECCIÓN II.

### LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

Teniendo en cuenta el valor central que se le otorga a la continuidad del servicio público en el derecho administrativo (§1), la interrupción no justificada de la explotación de las piscinas municipales constituye una violación de este principio (§ 2). También hay que destacar que dicha violación obedece a un incumplimiento en las obligaciones contractuales, y por lo tanto, podría dar lugar a la responsabilidad del contratista.

#### §1. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO: UN FUNDAMENTO ESENCIAL EN DERECHO ADMINISTRATIVO

La ley de Rolland consagra de manera solida el principio de continuidad del servicio público. Este principio se basa en la idea de que el servicio asegura las necesidades esenciales de la población. Por lo tanto, es necesario evitar interrupciones o disfunciones en la prestación del servicio<sup>99</sup>.

La continuidad, un principio de valor constitucional<sup>100</sup>, impone que el servicio funcione de manera normal y regular. No se aplica en las mismas condiciones para todos los servicios públicos. Algunos servicios públicos deben funcionar de manera continua para garantizar el orden público, la seguridad, la atención médica de emergencia, así como la distribución de gas y electricidad<sup>101</sup>. Otros servicios públicos, como los museos, las bibliotecas y los servicios administrativos

---

<sup>99</sup> P. ESPULGAS-LABATUT, « Notion de service public », Fascicule n°149, JurisClasseur Administratif, 2022

<sup>100</sup> Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC : JurisData n° 1979-000429 ; Rec. Cons. const., p. 33 ; Continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail

<sup>101</sup> A. FITTE-DUVAL, « Le service public », Lexis360, 2021, Fiche pratique n°3351.

(secretaría del alcalde en un municipio pequeño), requieren un acceso puntual pero regular, y la continuidad se satisface con una apertura del servicio algunas horas al día, e incluso por semana<sup>102</sup>.

Según el objeto del servicio, el principio de continuidad conlleva consecuencias tanto para el gestor del servicio como para los agentes<sup>103</sup> y los usuarios. Si el funcionamiento regular se traduce o no en la permanencia y, por lo tanto, crea obligaciones más o menos fuertes para los gestores del servicio. Deben asegurar el funcionamiento continuo y el acceso normal del usuario según lo dispuesto en el artículo L. 1411-4 del CGCT.

## **§ 2. LAS IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA INTERRUPCIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LA DELEGACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO**

« *La continuité est l'essence du service public* »<sup>104</sup> según el Comisionado del Gobierno Tardieu. Esta fórmula, expresada anteriormente, expresa la necesidad de satisfacer las necesidades de interés general de manera ininterrumpida<sup>105</sup>. En un sentido estricto, la continuidad de los servicios públicos no debe confundirse con otras manifestaciones jurídicas de la continuidad<sup>106</sup>. La primera continuidad es la del propio Estado, es decir, de un poder instituido cuya transmisión debe asegurarse de manera ininterrumpida, más allá de los cambios políticos, las rupturas y las crisis<sup>107</sup>.

¿Cuáles son las funciones esenciales de una piscina municipal como servicio público y por qué es crucial asegurar su continuidad operativa regular? Las piscinas municipales desempeñan un papel vital como servicio público, ofreciendo una multitud de beneficios a la sociedad. Garantizan la formación

---

<sup>102</sup> P. TIFINE, « Services publics locaux: notion de service public local », JurisClasseur Collectivités territoriales, Synthèse n°100, 2022

<sup>103</sup> Voici consacré le fameux équilibre entre le droit de grève des agents publics et ce principe de continuité dans l'arrêt CE, 7 juill. 1950, Dehaene : GAJA, 18e éd., comm. 62

<sup>104</sup> Concl. sur CE, 7 août 1909, Winkell: S. 1909, 3, p.145

<sup>105</sup> A. TARDIEU, concl. Sur CE, 7 août 1909, Winkell : S. 1909, 3, p. 145, note M. Hariou

<sup>106</sup> J-P MARKUS, « La continuité de l'État en droit public interne : RDP 1999, p.1067.

<sup>107</sup> N. CHIFFLOT, «La continuité du service public de justice judiciaire au temps du Covid-19 », Lexis 360, 2020, Procédure n°5, étude 14

de los estudiantes en natación<sup>108</sup>, sirven como lugar para la organización de competiciones nacionales o locales, facilitan el aprendizaje de profesiones relacionadas con el agua y las operaciones de rescate. Además, constituyen una opción de ocio económica para "ciertos sectores de la población"<sup>109</sup>.

El juez administrativo no puede validar la conducta de la sociedad Vert Marine al suspender unilateralmente la explotación de las piscinas municipales, ya que de lo contrario significaría que cualquier operador de un servicio público podría, ante cada aumento de precios, cesar la explotación de los servicios públicos, cuya continuidad es esencial por naturaleza<sup>110</sup>. Por lo tanto, el principio de continuidad parece prevalecer en esta situación y no debería ser descuidado en favor de consideraciones económicas<sup>111</sup>.

Por otro lado, ¿puede el principio de mutabilidad implicar el derecho a una suspensión unilateral del servicio público por iniciativa del cocontratante? La respuesta es evidentemente negativa por dos razones. En primer lugar, el derecho de suspender unilateralmente el servicio público está reservado a la autoridad concedente (la autoridad pública responsable del servicio público). En segundo lugar, aunque el principio de mutabilidad significa que los usuarios no tienen ningún derecho adquirido a la permanencia del servicio público, es difícil responder legalmente a una situación coyuntural (el aumento del costo de la energía) con una decisión estructural (el cierre del servicio público)<sup>112</sup>.

Según el principio de mutabilidad, es posible considerar una reorganización temporal del servicio público, especialmente reduciendo los horarios o días de apertura. Sin embargo, es esencial destacar que solo la autoridad pública responsable de la actividad puede tomar tal decisión. Esto le permitiría optimizar sus costos o buscar optimizaciones fiscales, como el impuesto interior de consumo final de

---

<sup>108</sup> Libération et AFP, « Prix de l'énergie : la Fédération de natation appelle à une réouverture « immédiate » des piscines »,

<sup>109</sup> J.P MARKUS, « Décision unilatérale par Vert Marine de fermer des piscines : une décision illégale », L'actualité au prisme du droit, Le Club des juristes, 2022

<sup>110</sup> M.GOUCHON, « Piscines fermées par leur exploitant : une décision qui interroge au regard du droit de la commande publique », Landot Avocats, Le Blog juridique du monde public, 2022

<sup>111</sup> J.B VILA, La Tribune, « Fermeture des piscines municipales : quand le droit fait de la brasse coulée », 2022

<sup>112</sup> J.B VILA, Y. WELS, « La continuité du service public face à l'exploitation énergivore des piscines : funambulisme ou aqueduc juridique ? », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2022, n°37

electricidad (TICFE), como sugieren numerosas empresas de consultoría<sup>113</sup>. Sin embargo, es importante señalar que el delegatario sigue siendo inequívocamente dependiente del costo de compra de la energía.

---

<sup>113</sup> Ibidem

## **PARTE II.**

# **PARTE II. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SUSPENSIÓN DE LA EXPLOTACIÓN DE PISCINAS MUNICIPALES**

## **CAPITULO I.**

### **LAS ALTERNATIVAS CONCEDIDAS AL CONTRATISTA ANTE LA EXPLOSIÓN DE LOS PRECIOS EN LA ENERGÍA**

En contrapartida a las prerrogativas excepcionales de la Administración, el titular de un contrato administrativo puede reclamar el derecho a una indemnización en caso de perturbación del equilibrio económico del contrato. Antes de haber tomado la abrupta decisión de suspender la explotación de piscinas municipales, era posible explorar la posibilidad de obtener el pago de una indemnización que en ciertas situaciones "*desafían todos los cálculos*" iniciales de las partes<sup>114</sup>. Sin embargo, es esencial ponerse de acuerdo previamente sobre el carácter imprevisible del evento antes de analizar si el contratista cumple con las condiciones necesarias para beneficiarse de dicha indemnización.

La mayoría de la doctrina afirma que el aumento considerable de los precios de ciertas materias primas, especialmente el gas y el petróleo, consecuencia de las dificultades de suministro relacionadas con la guerra en Ucrania, donde Rusia eligió restringir sus exportaciones de hidrocarburos en respuesta a las sanciones internacionales, constituye una circunstancia excepcional e imprevisible que afecta gravemente a muchos sectores de actividad<sup>115</sup>.

Según otra parte de la doctrina, el aumento de los costos de la energía no era imprevisible. Ya no estamos en el contexto de 1916 (fecha en que surge la teoría de la imprevisión) donde no se disponía de la experiencia y las herramientas de modelado digital para anticipar la inflación de los costos. En 2022, no es necesario ser economista, financiero o especialista en software de modelado para concluir que si Rusia suministra el 45% de las importaciones de gas natural de Europa<sup>116</sup>, una guerra podría provocar un aumento de los precios del gas. Lo imprevisible era más bien el momento y la magnitud de esta inflación<sup>117</sup>. Cabe destacar que este aumento de precios no es repentino sino continuo, lo que plantea interrogantes sobre la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Selon l'expression utilisée par le Conseil d'État dans son arrêt : CE, Section, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, req. n° 59928, Rec.

<sup>115</sup> H. Hoepffner, « L'indéfectible théorie de l'imprévision », RFDA, 2022, n°6, p.1007.

<sup>116</sup> Représentation en France, « L'Europe peut-elle se passer du gaz russe ? », Commission européenne, 2022

<sup>117</sup> JB VILA, Entretien par zoom, 8 mars 2023.

<sup>118</sup> Ibidem

Aunque solo una pequeña parte de la doctrina cuestiona la posición del Consejo de Estado en el dictamen del 15 de septiembre de 2022 al reafirmar la autonomía y la aplicación tradicional de la teoría de la imprevisión, resulta muy interesante examinar el contexto actual donde los avances tecnológicos y de software hacen cada vez más difícil calificar un evento como "imprevisible".

Sin embargo, lo importante no radica tanto en la naturaleza del evento como en su carácter imprevisible para las partes en el momento de la conclusión del contrato. Este debe tener un carácter excepcional que las partes no podían prever razonablemente<sup>119</sup>. Si consideramos que los contratos de concesión suelen celebrarse desde hace mucho tiempo, por ejemplo, en nuestro caso, si los contratos de explotación de las piscinas municipales se iniciaron hace más de 15 años, se vuelve más difícil prever un aumento tan significativo en la factura energética, pasando de 15 a 100 millones de euros, incluso incluyendo una cláusula de revisión tarifaria o de indexación.

Si tomamos en cuenta que el inicio de la invasión rusa en Ucrania fue el 24 de febrero de 2022, el delegatario del servicio público que celebró los contratos de concesión antes de esa fecha tiene una gran probabilidad de enfrentarse a un evento imprevisible. Partiendo del principio de que este evento es imprevisible, hay dos soluciones posibles para resolver la situación. La circular n°6338-SG del 30 de marzo de 2022, relativa a la ejecución de contratos de la contratación pública en el contexto actual de aumento de precios de ciertas materias, sugiere dos remedios para la crisis.

Estos dos remedios para la crisis son evidentemente aplicables a nuestro caso. Por un lado, la aplicación de la teoría de la imprevisión que busca otorgar una indemnización para compensar temporalmente los cargos extracontractuales, sin modificar las estipulaciones del contrato. Por otro lado, la modificación de los contratos en curso de acuerdo con las condiciones previstas por el CCP.

---

<sup>119</sup> CE 10 févr. 1943, Aurran, Lebon 36 ; CE, sect., 23 janv. 1959, Commune d'Huez, Lebon 67

# SECCIÓN I.

## LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: UNA HERRAMIENTA JURÍDICA PARA LAS CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES

La teoría de la imprevisión, al igual que la fuerza mayor y las eventualidades imprevistas, es un instrumento de gestión de los riesgos que pueden afectar la ejecución de los contratos administrativos. Constituye un mecanismo de protección del contrato frente a estos riesgos, con el objetivo de asegurar la continuidad de su ejecución y del servicio público. Su principal objetivo es ayudar al contratista de la administración a cumplir con sus obligaciones contractuales a pesar de la ocurrencia de un evento imprevisible y externo que perturba la economía del contrato, permitiéndole obtener una indemnización compensatoria por los costos extracontractuales derivados de este evento<sup>120</sup>.

A diferencia del derecho administrativo, en los contratos de derecho privado, los contratistas esperaron literalmente más de un siglo<sup>121</sup> para poder invocar la teoría de la imprevisión, mientras que en la jurisprudencia administrativa se admitió desde hace mucho tiempo la aplicación de esta teoría<sup>122</sup>. Consagrada en 1916 por la sentencia de la *Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux*, la teoría de la imprevisión fue justificada por los abogados de las compañías de gas y por el comisario del gobierno Chardenet debido a la naturaleza particular del contrato administrativo, y más específicamente, del contrato de concesión, vinculado a las exigencias del servicio público<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> H. Hoepffner et M. Ubaud-Bergeron, « La théorie de l'imprévision : retour vers le futur », AJDA, 2022, p.2156

<sup>121</sup> L'insertion de l'article 1195 du code civil date de la réforme du droit des contrats applicable depuis le 1er octobre 2016

<sup>122</sup> CE, Section, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, req. n° 59928, Rec. ; depuis codifié à l'article L. 6 du code de la commande publique

<sup>123</sup> CE 20 mars 1916, n°59928, Lebon 125; RD publ. 1916. 206 et 388, concl. Chardenet et note G. Jèze; S. 1916.3.17, M.Hauriou

La teoría de la imprevisión se ha convertido en una de las teorías "*más notables del derecho administrativo*", según R. Chapus<sup>124</sup>. Su fama se explica por su singularidad. De hecho, esta teoría fue ignorada por el Código Civil hasta la reforma del derecho de los contratos en 2016, que introdujo un mecanismo de revisión por imprevisión en el artículo 1195. Antes de eso, fue descartada por la Corte de Casación en la famosa sentencia del 6 de marzo de 1976, conocida como la sentencia Canal de Crappone<sup>125</sup>, en nombre del principio de la fuerza obligatoria del contrato, que obliga a las partes a cumplir con sus compromisos e impide a terceros, incluido el juez, intervenir en los asuntos de los contratantes.

Este principio ha sido confirmado en varias ocasiones, incluso durante el período de inflación posterior a la Gran Guerra<sup>126</sup>, para rechazar la revisión por imprevisión. Por eso, esta teoría sostiene que, en el derecho administrativo, las relaciones entre los contratistas no están regidas por los mismos principios que rigen las relaciones entre particulares. Están más bien sujetas a reglas especiales que varían según las necesidades del servicio público<sup>127</sup>.

A pesar de su reconocimiento emblemático en el derecho administrativo, esta teoría estuvo mucho tiempo en letargo. Sin embargo, fue bruscamente despertada<sup>128</sup>, primero en 2020 durante la pandemia de Covid-19 y sus confinamientos resultantes<sup>129</sup>, donde fue ampliamente invocada. Luego, en 2022, debido a la explosión de los precios de las materias primas y los componentes, así como a las escaseces de suministros<sup>130</sup>.

Así, la opinión del Consejo de Estado reafirma tanto la existencia como las condiciones de aplicación de la teoría de la imprevisión (1), lo que plantea interrogantes sobre su alcance práctico (2).

---

<sup>124</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, 15 éd., Montchrestien, p. 1214.

<sup>125</sup> Civ. 6 mars 1876, D. 76. 1. 193, note Giboulot

<sup>126</sup> CE 6 juin 1921, D. 1921. 1. 73, rapp. 1. Colin

<sup>127</sup> H. Hoepffner, « Le dualisme de l'imprevisión », RDI, 2022, p.617.

<sup>128</sup> H. Hoepffner et M. Ubaud-Bergeron, « La théorie de l'imprevisión : retour vers le futur », AJDA, 2022, p.2156

<sup>129</sup> F. Lichère, *La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique*, AJDA 2020. 1105; R. Noguellou, *Les marchés publics et les concessions face à la crise sanitaire*, RDI 2020. 360; rapp. Ch.-E. Bucher, *Contrats : la force majeure et l'imprevisión remèdes à l'épidémie de covid-19 ?*, CCC 2020. Etude 5

<sup>130</sup> Circ. 30 mars 2022, n° 6338 SG abrogée par la circulaire du 29 sept. 2022, n° 6374 SG

## § 1. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO: UN FUNDAMENTO ESENCIAL EN DERECHO ADMINISTRATIVO

La autonomía de la teoría de la imprevisión se reafirma tanto por su definición codificada (A) como por la preservación de sus condiciones para su aplicación (B).

### A. LA CODIFICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La adopción de las directivas europeas generó dudas sobre la supervivencia de la teoría de la imprevisión y su compatibilidad con las normas relativas a la modificación de contratos. Sin embargo, la adopción del CCP calmó estos temores al codificar la teoría en los primeros artículos del título preliminar. En efecto, el artículo L 6.3° establece que *"cuando ocurre un evento externo a las partes, imprevisible y que perturba temporalmente el equilibrio del contrato, el contratista que continúa con su ejecución tiene derecho a una indemnización"*. Aunque persistía la dificultad, ya que la doctrina administrativa seguía recomendando la conclusión de enmiendas para implementar la teoría de la imprevisión<sup>131</sup>.

La Circular emitida el 27 de marzo de 2022, que ya había iniciado un proceso de independizar esta teoría del régimen de modificaciones contractuales, donde la opinión del Consejo de Estado ratifica la naturaleza alternativa de estos procedimientos. Según dicha opinión, *"el derecho a indemnización del empresario por motivo de la imprevisión... no se ve afectado por las disposiciones derivadas de las directivas del 26 de febrero de 2014 que regulan la modificación de los contratos y que solo otorgan una facultad al titular... para solicitar la modificación de su contrato"*. Asimismo, aclara de manera inversa que *"este derecho a indemnización no impide la implementación de estas mismas disposiciones"* (párrafo 18).

En consecuencia, la teoría de la imprevisión no se cuestiona ni se considera subsidiaria; las partes tienen la libertad de optar por su aplicación sin necesidad de buscar inicialmente la celebración de un otrosí. Aunque esta codificación no altera sustancialmente la esencia de la teoría de la imprevisión (un concepto arraigado a la jurisprudencia), transforma su naturaleza en el ámbito de la contratación

---

<sup>131</sup> H. Hoepffner, « L'indéfectible théorie de l'imprévision », RFDA, 2022, n°6, p.1007.

pública al convertirse en una regla legislativa. No obstante, la teoría jurisprudencial seguirá existiendo para otros contratos administrativos siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación, y, por ende, podría ser invocada. A pesar de esto, en la práctica, la situación puede diferir para los acuerdos de dominio cuyo titular no se compromete a satisfacer una necesidad de la administración, sino que persigue sus propios proyectos<sup>132</sup>.

Afortunadamente, en nuestro caso de explotación de piscinas municipales, el ámbito de aplicación de la teoría no presenta problemas, ya que esta teoría tuvo su origen en el ámbito de las concesiones de servicios públicos. Dado que esta explotación se inscribe en un servicio público, la aplicación de la teoría de la imprevisión se justifica fácilmente para garantizar la continuidad de este servicio público.

El verdadero desafío surgió cuando la teoría se amplió a otros tipos de contratos que no eran de concesión de servicio público, pero que igualmente llevaban a cabo una misión de interés general. Esto fue el caso de los contratos públicos de suministros<sup>133</sup>, de transporte<sup>134</sup> y de obras públicas<sup>135</sup>, incluso a precio fijo<sup>136</sup>. Esto generó debates sobre el fundamento de esta teoría, destacando que su aplicación no se limita únicamente a la continuidad del servicio público, sino que también concierne a la duración del contrato, independientemente de su naturaleza.

En realidad, aunque el alcance de esta teoría haya trascendido el marco estricto de las concesiones de servicios públicos, no se aplica a todos los contratos administrativos de manera general. Parece estar reservada más bien a aquellos contratos que transfieren o comparten una parte del riesgo económico con su titular, especialmente las asociaciones público-privadas (APP). Por lo tanto, cabe preguntarse si en realidad no es una teoría específica para los contratos estatales que impliquen cierta continuidad en la prestación de servicios<sup>137</sup>.

---

<sup>132</sup> CAA Douai, 12 déc. 2020, n° 19DA00887, RDI 2021. 160, obs. N. Foulquier

<sup>133</sup> CE 8 févr. 1918, Gaz de Poissy, RD publ. 1918. 237, concl. Corneille ; CE 23 nov. 1956, Hereil, Lebon 448

<sup>134</sup> CE 21 juill. 1917, Compagnie générale des automobiles postales, Lebon 586

<sup>135</sup> CE 3 févr. 1924, Grandchamp, Lebon 176 ; CE 8 nov. 1932, Grandrieux, Lebon 932

<sup>136</sup> CE 10 mars 1948, Hospices ville de Vienne, Lebon 124 ; CE 19 févr. 1992, n° 47265, SA Dragages et travaux publics

<sup>137</sup> H. Hoepffner et M. Ubaud-Bergeron, « La théorie de l'imprevisión : retour vers le futur », AJDA, 2022, p.2156.

## B. LAS CONDICIONES ESTRICTAS PARA PODER APLICAR LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Las condiciones para la aplicación de la teoría jurisprudencial de la imprevisión fueron establecidas desde el fallo de la *Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux*, y estas condiciones se han mantenido en el CCP. El legislador decidió codificar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la teoría de la imprevisión, sin derogar ni especificar sus condiciones de aplicación. Las condiciones tradicionales son: un evento imprevisible y externo a las partes (a), que perturba temporalmente el equilibrio económico del contrato (b), pero a pesar de esta perturbación, el contratista debe continuar ejecutando el contrato (c). Si se cumplen dichas circunstancias, el contratista tiene derecho a una indemnización.

### 1. EL EVENTO IMPREVISIBLE Y AJENO A LAS PARTES: UNA PRIMERA CONDICIÓN CUMPLIDA

Como se indicó anteriormente, el concepto de imprevisibilidad está en el centro de la argumentación. Se debe establecer si el evento imprevisto provoca, debido a su magnitud, una perturbación en la economía del contrato. Así lo señala Laurent Vidal al resaltar que “entre las condiciones básicas de la teoría de la imprevisión, la ocurrencia de un evento imprevisible constituye el pivote (...)”<sup>138</sup>, es prácticamente el elemento que conduce al juez a fallar si concede o no la indemnización.

Por lo tanto, la naturaleza del evento en cuestión, ya sea de índole económica, teóricamente permite distinguir la teoría de la imprevisión de otras construcciones jurisprudenciales como la teoría de trabajos imprevistos, la fuerza mayor o el hecho del príncipe.

Algunos ejemplos donde se reconoce la aplicación de la teoría de la imprevisión han sido en casos de trastornos financieros, como las devaluaciones<sup>139</sup> o los bloqueos de precios<sup>140</sup>, pero también se ha

---

<sup>138</sup> L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 179

<sup>139</sup> CE 23 nov. 1956, Hereil, Lebon p. 448.

<sup>140</sup> CE 14 mars 1962, Société manufacture des vêtements Paul Boyé, Lebon p. 173.

reconocido frente a algunas alteraciones sociales, como huelgas sociales<sup>141</sup>, o los eventos de 1936<sup>142</sup>, las leyes sociales de 1936<sup>143</sup>.

También puede tratarse de un fenómeno natural<sup>144</sup> o de medidas tomadas por las autoridades públicas. Aunque inicialmente el juez administrativo consideraba que el azar administrativo solo podía estar vinculado a la teoría del hecho del príncipe y el azar económico a la de la imprevisión<sup>145</sup>, ahora ha reconocido que la perturbación de la economía del contrato puede resultar de la intervención de una autoridad pública<sup>146</sup>.

Otro ejemplo es la reciente crisis sanitaria relacionada con la epidemia de COVID-19, que ilustra la necesidad de cierta flexibilidad en la noción. En esta crisis, el evento excepcional reside tanto en la pandemia en sí como en las medidas administrativas tomadas para hacerle frente. El tiempo dirá si el impacto del calentamiento global en ciertas actividades de producción también puede integrarse en esta noción.

Puede tratarse igualmente de un fuerte aumento en los precios de las materias primas en el mercado internacional, como ocurrió especialmente con el aumento del precio del combustible doméstico a principios de la década de 1970<sup>147</sup> y el del acero a principios de la década de 2000. Por supuesto, también puede afectar a guerras o conflictos, ya sea en el territorio francés o en el extranjero, como es el caso en la situación presente. La guerra entre Ucrania y Rusia es sin duda un evento ajeno a la voluntad del delegado del servicio público y de las diversas autoridades concedentes. En cambio, si la perturbación del contrato hubiera sido atribuible al propio contratista<sup>148</sup> o a una medida de la entidad pública contratante, la imprevisión no habría prosperado.

---

<sup>141</sup> CE 2 févr. 1951, Société des grands travaux de Marseille, Lebon p. 67.

<sup>142</sup> CE 11 déc. 1957, Ministre de la défense c. Sieur Berthas, Lebon p. 671.

<sup>143</sup> CE 13 nov. 1953, Charnit ès qualité de liquidateur de la société Collet Georges et fils, Lebon p. 490.

<sup>144</sup> CE 21 avr. 1944, Compagnie française des câbles télégraphiques, Lebon p. 119.

<sup>145</sup> CE 28 nov. 1924, Tanti, RD publ. 1925. 76, note G. Jèze

<sup>146</sup> CE 4 mai 1949, Ville de Toulon, Lebon p. 197 ; CE 15 juill. 1949, Ville d'Elboeuf, Lebon p. 359 - CE 22 févr. 1963, Ville d'Avignon, Lebon p. 115 ; CE 30 avr. 1965, Commune de Dourdan, Lebon p. 981 ; CE 20 oct. 1971, Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, Lebon p. 624; ; CE 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées

c. Société Sofilia, préc.; CE 5 nov. 1982, Société Propétrol,

<sup>147</sup> CE 5 nov. 1982, Société Propétrol, Lebon, p. 381

<sup>148</sup> CE, 21 oct. 2019, n° 419155, Société Alliance, Lebon T. p. 823

## 2. LA PERTURBACIÓN TEMPORAL DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO : UNA SEGUNDA CONDICIÓN CUMPLIDA

Concretamente, se reitera aquí el principio según el cual el contratista debe asumir la parte normal de riesgo inherente a la ejecución de cualquier contrato, ya que la administración no es un “asegurador” con vocación a cubrir todas sus pérdidas<sup>149</sup>. Asumir el riesgo supone que el contratista se enfrenta no solo a una simple disminución de su facturación, sino también a un déficit en la explotación del servicio. La subida de los costos debe superar el margen de aumento que el contratista debería haber anticipado como constitutivo de un riesgo normal<sup>150</sup>. El titular debe asumir una parte del riesgo que es inherente a la ejecución de cualquier contrato.

Queda por determinar en qué casos el riesgo sobrepasa el umbral de lo “normal”, lo que probablemente es la condición más delicada de evaluar. El dictamen del Consejo de Estado no especifica este punto, simplemente recuerda que debe haber un déficit de explotación que debe ser anormal. Sin embargo, los umbrales seleccionados son variables. El juez realiza una apreciación *in concreto*, teniendo en cuenta el volumen de negocios de la empresa, la importancia de sus reservas y el avance de su tesorería, en qué medida el déficit ha llevado efectivamente a un trastorno del equilibrio financiero del contrato<sup>151</sup>. Por ejemplo, no se consideró trastorno cuando el umbral de sobrecosto medido no superaba el 2 o 3 %<sup>152</sup> del monto del contrato, o incluso del 3,74 % al 4,77 %<sup>153</sup>. Sin embargo, sí se consideró para un sobrecosto del 7 %<sup>154</sup>. Para las concesiones, el juez buscaba la presencia de un "déficit de explotación".

Sin embargo, la doctrina administrativa adoptaba un enfoque basado en un umbral límite definido *in abstracto*: el artículo 4.122 de la Circular del 20 de noviembre de 1974 establecía que el umbral de trastorno se alcanzaba cuando los costos extracontractuales representaban una quinceava parte

---

<sup>149</sup> L. Rapp., Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet, Rev. CMP 2008. Etude 7

<sup>150</sup> CE, 8 août 1924, Gaz de Brive, Lebon p. 818.

<sup>151</sup> CE, 8 nov. 1944, n° 68415, Compagnie du chemin de fer d'Enghien à Montmorency

<sup>152</sup> CE, 2 juill. 1982, n° 23653, Société routière Colas, Lebon p. 261 ; CE, 30 nov. 1990, n° 53636, Société Coignet Entreprise, Lebon ; D.1991.188, obs. P. Terneyre ; RDI 1991.46, obs. F. Llorens et P. Terneyre

<sup>153</sup> CAA Douai, 26 avr. 2022, n° 20DA01405

<sup>154</sup> CAA Marseille, 17 janv. 2008, n° 05MA00492

del monto inicial del contrato (es decir, 6,66%). Este método y umbral se mencionan nuevamente en la circular del 30 de marzo de 2022, sin embargo, la circular del 29 de septiembre de 2022 y el dictamen del Consejo de Estado no retoman en absoluto el umbral anterior<sup>155</sup>.

En cuanto a los contratos de delegación de servicio público, la condición relacionada con el trastorno de la economía general del contrato merece una atención especial, ya que este trastorno no puede evaluarse en un solo momento "T" sino en relación con la duración total del contrato. En otras palabras, no se puede tener en cuenta simplemente el hecho de que la factura de energía haya pasado de 15 € a 100 € para el mes de septiembre de 2022. Más bien, se debe evaluar el impacto en todo el contrato, teniendo en cuenta la posibilidad de que la empresa haya obtenido beneficios anteriores que podrían compensar el déficit sufrido durante un corto período. Era un riesgo que Vert Marine no estaba dispuesto a asumir.

### 3. LA CONTINUIDAD EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO : ¿UNA ÚLTIMA CONDICIÓN CUMPLIDA?

La teoría de la imprevisión solo podrá invocarse si el titular ha continuado con la ejecución del contrato administrativo<sup>156</sup>. Originada a partir de la necesidad de continuidad en los servicios públicos, esta condición busca, de manera más amplia, garantizar la permanencia de las actividades de interés general de las que la administración es responsable. Dado que el principio de *pacta sunt servanda* este está presente en el derecho civil en el artículo 1195 del Código Civil, se podría decir que la teoría de la imprevisión está igualmente influenciada por una lógica contractual. De hecho, la imprevisión impone obligaciones recíprocas a las partes.

Aunque la entidad pública puede oponerse a pagar la indemnización al titular que suspendió la ejecución del servicio<sup>157</sup>, como ocurre en el caso en concreto con Vert Marine, esta condición debe relativizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares. En algunos casos si la interrupción se justifica por medidas restrictivas del Estado, eso no implica que la indemnización se conceda por toda

---

<sup>155</sup> H. Hoepffner, « L'indéfectible théorie de l'imprévision », RFDA, 2022, n°6, p.1007

<sup>156</sup> H. Hoepffner et M. Ubaud-Bergeron, « La théorie de l'imprévision : retour vers le futur », AJDA, 2022, p.2156

<sup>157</sup> CE, sect., 5 nov. 1982, Société Propétrol, préc

la duración del contrato. Según H. Hoepffner y M. Ubaud-Bergeron, "*la interrupción momentánea de ciertas actividades relacionadas con las medidas restrictivas tomadas por el Estado durante la epidemia de covid-19 no impide a priori el pago de una indemnización por imprevisión para todo el período durante el cual la ejecución de un contrato administrativo se llevó a cabo en condiciones degradadas*"<sup>158</sup>.

Podríamos pensar que a pesar de la interrupción temporal de la operación de las piscinas municipales por parte de Vert Marine, este tendría derecho a una indemnización deduciendo los días en que el servicio fue interrumpido, solo para las piscinas municipales que reabrieron una semana después. Sin embargo, los autores indican que la indemnización no se pierde en caso de medidas restrictivas tomadas por el "Estado" y no por el contratista directamente. Entonces... ¿qué significa esto? ¿Se cumple o no el criterio de no interrupción del servicio? ¿Tendría derecho a la teoría de la imprevisión con deducción o no?

A pesar de que hubiese sido más apropiado solicitar una indemnización por imprevisión, al parecer no este no el objetivo de la empresa, posiblemente por la carga que implica probar las condiciones de la teoría de la imprevisión. Todo parece indicar que lo que Vert Marine quería era pasar directamente a la segunda solución: la negociación del contrato y su respectiva modificación.

## **§ 2. LOS DESAFÍOS PRÁCTICOS PLANTEADOS POR LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**

Las condiciones para la aplicación de la teoría de la imprevisión son tan difíciles de cumplir que los casos en los que el juez la aplica se pueden contar con los dedos de una sola mano (A). Si logramos superar este primer obstáculo, surge un segundo obstáculo en cuanto a la dificultad para que las partes lleguen a un acuerdo sobre el convenio ad hoc que se requiere para establecer la indemnización (B).

---

<sup>158</sup> H. Hoepffner et M. Ubaud-Bergeron, « La théorie de l'imprévision : retour vers le futur », AJDA, 2022, p.2156.

## A. LA RARA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

El debate sobre la desaparición de la teoría está alimentado por una jurisprudencia particularmente draconiana en materia de imprevisión<sup>159</sup>. Con el fin de evitar que el mecanismo establecido en 1916 pudiese ser aplicado de manera abusiva, su regulación se efectuó de manera muy estricta (1), e incluso en la práctica se comenzó a hacer uso de técnicas contractuales como las cláusulas de revisión de precios (2).

### 1. LA APLICACIÓN EXCEPCIONAL DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORANEO DE CONTRATOS ESTATAL

El número de hipótesis de aplicación de la teoría sigue siendo extremadamente limitado. Es crucial analizar estas hipótesis a la luz de la situación actual, marcada por un aumento en los precios de la energía debido a la guerra en Ucrania. Los ejemplos más destacados de aplicación de esta teoría ocurrieron durante tres períodos principales: durante y después de la Primera Guerra Mundial, durante el choque petrolero de 1974 y a principios de la década de 2000 con el aumento del precio del acero.

En primer lugar, en el caso *Ville d'Avignon*, dictado por el Consejo de Estado el 22 de febrero de 1963, se aplicó la teoría para compensar las cargas extracontractuales sufridas por los concesionarios debido a las pérdidas ocasionadas después de la Primera Guerra Mundial. En la década de 1960, el contexto favoreció la aparición de medidas económicas como los bloqueos de precios en el ámbito de las concesiones de iluminación de gas. La aplicación de la teoría de la imprevisión es particularmente finalista, ya que era posible dudar de la imprevisibilidad del evento en cuestión. A pesar de ello, el juez mostró excepcional flexibilidad, favoreciendo una solución teñida de equidad<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> L. Clouzot, « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », RFDA, 2010, n°5, p.937.

<sup>160</sup> CE 22 févr. 1963, *Ville d'Avignon*, Lebon p. 115.

En segundo lugar, en la sentencia *Propétrol* dictada el 5 de noviembre de 1982, el juez abre la posibilidad de aplicar la teoría, a pesar de que ahora se considera que las variaciones en el precio del petróleo no tienen un carácter imprevisible<sup>161</sup>. En el caso, el Consejo de Estado reconoce, sin embargo, que el aumento del precio del combustible durante el choque petrolero de 1974 constituye un evento imprevisible susceptible de desencadenar su aplicación. El problema para aplicar la teoría fue la conducta negligente del contratista, ya que este último incumplió el contrato<sup>162</sup>.

Finalmente, el caso *Commune de Staffelfelden c./ Société Anonyme Lyonnaise des Eaux Dumez et Société Sogest*<sup>163</sup> muestra la capacidad de la teoría para resolver dificultades relacionadas con temas contemporáneos, especialmente ambientales<sup>164</sup>. Estaba en juego un contrato de suministro de agua con una duración de veinte años, celebrado entre la municipalidad de Staffelfelden y la sociedad Sogest. Después de una contaminación accidental causada por industrias químicas, la empresa tuvo que encontrar otro lugar para captar agua; se estimó que la duración de regeneración de la fuente sería de doscientos años. Estos eventos tuvieron el efecto de duplicar los costos soportados por la sociedad.

Sin embargo, al volverse el evento irresistible, la imprevisión se transformó en este punto del razonamiento en una fuerza mayor que justifica la rescisión del contrato<sup>165</sup>.

La teoría de la imprevisión parece ser realmente un instrumento subsidiario, destinado a ser implementado en última instancia. ¿Debe medirse realmente el dinamismo de un instrumento jurídico por la frecuencia de su uso? Según L. Clouzot, tal hipótesis parece equivocada porque no es casualidad que las teorías de las circunstancias excepcionales hayan surgido con dos años de diferencia. Según él, "*aquí hay una clara muestra de una línea jurisprudencial que asegura la permanencia de las reglas*

---

<sup>161</sup> CE, sect., 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, préc.

<sup>162</sup> Les termes employés dans l'arrêt sont très clairs tout comme les conclusions de Daniel Labetoulle selon lesquelles « la décision de l'entreprise d'interrompre l'exécution du marché la prive de la possibilité d'invoquer le bouleversement de l'économie du contrat alors pourtant que cette condition était sans doute remplie », AJDA 1983. 260.

<sup>163</sup> CE 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden c. société anonyme lyonnaise des eaux Dumez et société Sogest*, Lebon p. 237; D. 2000. 196, et les obs ; RDI 2000. 565, obs. F. Llorens ; CJEG 2000. 473, concl. C. Bergeal.

<sup>164</sup> VC . Bergeal, concl. sur CE 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden c. société anonyme lyonnaise des eaux Dumez et société Sogest*, CJEG 2000. 473 : « Si elle a perdu son éclat initial, la théorie de l'imprevisión, le professeur Chapus le souligne pour être une des théories les plus notoires du droit administratif, n'est pas, pour autant, devenue objet de musée (...) ».

*del derecho público en tiempos turbulentos, organizando la derogación de principios bien establecidos, con un sentido de pragmatismo".*

En nuestro caso, las circunstancias fácticas son muy similares a las de 1916. En primer lugar, ambos contratos son concesiones donde debe prevalecer la continuidad del servicio. En segundo lugar, en ambos casos, el evento externo a las partes es una guerra, y, en tercer lugar, este evento ha llevado a un aumento en el precio del gas. Sin embargo, el hecho de haber interrumpido incluso temporalmente el servicio puede dar lugar a que el juez se niegue a otorgar una indemnización, como en el caso Propérol. Además, las cláusulas de revisión dificultan justificar la total imprevisibilidad del evento. Dada la dificultad de obtener una indemnización bajo la teoría de la imprevisión, es muy probable que sea por eso que Vert Marine decidió suspender el servicio.

## 2. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN BAJO LA SOMBRA DE LAS CLAUSULAS DE INDEXACION Y REVISION TARIFARIA

La toma de conciencia relacionada con la necesidad de adaptar los contratos a los cambios de circunstancias que puedan ocurrir durante la ejecución ha llevado a una profunda evolución de las prácticas<sup>166</sup>. Ahora, la tendencia se dirige hacia un "reglamento convencional preestablecido de la imprevisión"<sup>167</sup>, donde los contratos administrativos contienen disposiciones que permiten adaptar sus precios a posibles variaciones económicas. En comparación con las delegaciones de servicio público, el artículo L.1411-2 del CGCT establece que las tarifas a cargo de los usuarios pueden evolucionar debido a las convulsiones económicas. Por lo tanto, el contrato debe contener de manera muy clara y explícita dichas fórmulas de indexación, avanzando hacia una adaptación máxima del monto de las tarifas a las fluctuaciones económicas.

---

<sup>166</sup> Sur ce sujet, v. A. Ruellan et A. Hugué, *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*, AJDA 2006. 1597. Revenant sur la genèse des trois théories et sur leur évolution, les auteurs précisent que « s'agissant du contexte qui a marqué l'apparition des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision, on peut observer qu'il était marqué par une prise en compte des risques peu sophistiquée dans les contrats administratifs, alors qu'aujourd'hui, une contractualisation fine des risques s'est progressivement instaurée en pratique sous l'influence des évolutions normatives récentes ».

<sup>167</sup> Ibidem

En este contexto, la presencia de estas cláusulas contractuales le quita protagonismo a la teoría de la imprevisión, ya que esta solo puede aplicarse si "no se prevé ninguna cláusula de variación de precios o si es insuficiente"<sup>168</sup>. Al ser generalmente autónomas y completas en sí mismas, estas cláusulas hacen que cualquier recurso a la teoría sea imposible. Por lo tanto, las partes contratantes tienen hoy en día muy pocas oportunidades de beneficiarse de la teoría, y cuando se invoca, la imprevisión rara vez encuentra una aplicación efectiva debido a sus condiciones de aplicación particularmente estrictas.

En primer lugar, recordemos que la empresa Vert Marine está involucrada en un marco contractual del cual no se duda que prevé una cláusula de indexación y una cláusula de revisión tarifaria. En este contexto, si el primer mecanismo cubre solo de manera imperfecta el aumento de los precios de la energía debido a la insuficiencia de su fórmula de indexación, en principio no impediría combinarlo con la cláusula de revisión tarifaria para maximizar sus efectos<sup>169</sup>.

También cabe destacar que, en el caso presente, el concesionario no es una empresa muy pequeña (TPE) que carezca de visibilidad. Dado que la carga energética se retira mensualmente, se puede imaginar fácilmente que, en caso de insuficiencia de fondos, habría un recordatorio por parte del acreedor, seguido de un proceso de recuperación y eventualmente una disputa con propuesta de pago a plazos<sup>170</sup>. Esta situación limita considerablemente la imprevisibilidad de la situación.

## **B. LA DIFICULTAD DE FIJAR UN ACUERDO DE INDEMNIZACIÓN POR LAS PARTES**

En derecho privado la teoría de imprevisión se destaca por la intervención del juez, mientras que en derecho administrativo es una intervención de las partes y solo cuando las partes no logran ponerse de acuerdo sobre los términos para continuar con la ejecución del contrato, el juez interviene. Cabe

---

<sup>168</sup> S. Abbatucci, B. Sablier, V. Sablier, Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux, AJDA 2004. 2194

<sup>169</sup> J.B Vila, Y. Wels, « La continuité du service public face à l'exploitation énergivore des piscines : funambulisme ou aqueduc juridique ? », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2022, n°37

<sup>170</sup> Ibidem

resaltar que el juez no interviene para modificar el contrato, sino para determinar la cantidad de la indemnización a la que tiene derecho el titular.

Es difícil llegar a un acuerdo sobre la indemnización, ya que el fundamento jurídico para otorgar esta indemnización al titular del contrato aún está sujeto a debate. De hecho, ¿con qué fundamento la administración debería asumir los costos adicionales relacionados con circunstancias imprevisibles (actualmente el encarecimiento del costo de la energía) cuando estas no son atribuibles a su actuación?

Algunos han sostenido que la imprevisión compromete su responsabilidad extracontractual sin culpa<sup>171</sup>, ya que la indemnización, ya sea otorgada de manera convencional o en aplicación de la decisión del juez, sigue siendo ajena a las disposiciones del contrato, e incluso no encuentra su origen en él<sup>172</sup>. Aunque pueden referirse a una jurisprudencia que menciona la noción de carga extracontractual<sup>173</sup>, es importante destacar que la concesión de una indemnización de naturaleza extracontractual no implica necesariamente una responsabilidad extracontractual<sup>174</sup>.

Otros sostienen que la imprevisión compromete la responsabilidad contractual sin culpa porque el régimen requiere la existencia de un contrato, por lo tanto, en ausencia de un contrato en curso, la acción indemnizatoria es inadmisibile<sup>175</sup>. Estos autores pueden basarse en dos sentencias<sup>176</sup>; sin embargo, la opinión del 15 de septiembre de 2022 parece estar de acuerdo con una tercera posición en la que la imprevisión no compromete de ninguna manera la responsabilidad de la administración, sino que constituye un mecanismo original de indemnización extracontractual<sup>177</sup>. Es ilógico vincular la

---

<sup>171</sup> L. Richer, *L'imprévision et les marchés publics*, AJDA 2022. 1497; Th. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, 2013, n° 1271 ; L. Folliot-Lalliot, *Responsabilité contractuelle*, J.-Cl. CMP, fasc. 32, n° 13

<sup>172</sup> J. Antoine, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, RFDA 2004. 80 ; J. Magnan de Borgnier, *Essai sur la théorie de l'imprévision*, Jouve, 1924

<sup>173</sup> CE 21 oct. 2019, n° 419155, *Société Alliance, Lebon*; AJDA 2020. 796, note C.-A. Dubreuil

<sup>174</sup> H. Hoepffner et M. Ubaud-Bergeron, « La théorie de l'imprévision : retour vers le futur », AJDA, 2022, p.2156.

<sup>175</sup> CE 24 juill. 1981, *SOMIVAL, Lebon* 815 et 819

<sup>176</sup> CE 28 juill. 2011, n° 332256 ; CE 11 juill. 2014, n° 359980, *Lebon T.* ; AJDA 2014. 2342 ; *Rev. CMP* 2014. 53, note J.-P. Piétri ; CAA Nancy, 6 juill. 2021, n° 19NC03035 ; CAA Versailles, 22 avr. 2021, n° 18VE04192 ; CAA Bordeaux, 12 nov. 2020, n° 18BX02374

<sup>177</sup> Concl. Riboulet sur CE 27 juin 1919, *Société du gaz de Nice, Lebon* 572 ; Ph. Terneyre, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques*, *Economica*, 1989, P. 209

imprevisión con la noción de responsabilidad, dado que el hecho generador no es imputable a la persona pública contratante<sup>178</sup>.

En cualquier caso, las partes pueden remediar la indemnización por imprevisión ya sea mediante una enmienda (sujeta a las reglas del CCP que regulan la modificación de contratos) o mediante un convenio que no tiene ni el efecto ni el objeto de modificar las cláusulas del contrato. Este convenio tiene como objetivo reparar el daño causado al titular de un contrato por circunstancias imprevistas, con el fin de restablecer el equilibrio contractual inicial afectado por dichas circunstancias, entendiendo que dicho daño se evaluará en función del equilibrio económico del contrato tal como se desprende de sus estipulaciones<sup>179</sup>.

En este contexto, es difícil concebir que dicho convenio no pueda considerarse, según el derecho europeo, como una forma de modificación del contrato. Sin embargo, es poco probable que el Consejo de Estado no haya sido consciente de este riesgo al emitir su opinión. Debe interpretarse esta decisión como una elección deliberada de correr el riesgo de tal reclasificación, lo que demuestra la voluntad afirmada de preservar la teoría de la imprevisión a pesar de las limitaciones vinculadas a la competencia<sup>180</sup>. Los desafíos asociados con la implementación de la teoría de la imprevisión nos llevan a considerar otra solución: la modificación del contrato.

---

<sup>178</sup> Rappr. CE, sect., 5 nov. 1982, n° 19413, Société Propétrol, Lebon 281 ; AJDA 1983. 259, concl. D. Labetoulle

<sup>179</sup> H. Hoepffner, « L'indéfectible théorie de l'imprévision », RFDA, 2022, n°6, p.1007

<sup>180</sup> Ibidem

## SECCIÓN II.

### LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL: UNA MANERA DE RESPONDER ANTE LAS CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES

Otra solución, antes de poner fin abruptamente a la explotación de las piscinas municipales, habría sido iniciar negociaciones con las autoridades concedentes para modificar las cláusulas financieras. El dictamen del 15 de septiembre de 2022 destaca que ni el CCP ni las directivas europeas prohíben la modificación de contratos solo en términos financieros o en la duración<sup>181</sup>.

Sin embargo, se cuidó de señalar que tal modificación solo podría tener como objetivo "*sustituir un material al inicialmente previsto y que se volvió imposible encontrarlo o demasiado costoso, modificar las cantidades o el alcance de los servicios a proporcionar, o ajustar las condiciones y plazos de realización de los servicios para superar las dificultades provocadas por esta situación*", y no solo modificar las cláusulas que fijan el precio "cuando esta modificación del precio no está relacionada con una modificación del alcance, las especificaciones o las condiciones de ejecución del contrato".

Al principio, la circular del 30 de marzo de 2022 tenía un enfoque restrictivo de la noción de precio, pero varias decisiones del Consejo de Estado permitían dudar de la intangibilidad del precio. Se aceptó inicialmente que la naturaleza definitiva del contrato no se oponía a una modificación del precio en caso de sujeciones imprevisibles<sup>182</sup> o de perturbación de la economía del contrato<sup>183</sup>. Luego, se aceptó que el precio podría modificarse en caso de error puramente material<sup>184</sup>. Finalmente, se aceptó que las partes, de común acuerdo, podían apartarse de la aplicación de una

---

<sup>181</sup> M.-C. de Montecler, « Imprévision et conditions de modification des contrats publics », Dalloz actualité, 2022.

<sup>182</sup> CE, 9 mars 1951, n° 86405, *Sieur Didonna*.

<sup>183</sup> CE, 15 févr. 1957, n° 14891, *Établissement Dickson*.

<sup>184</sup> CE, 26 nov. 1975, n° 93297, *Société « Entreprise Py »*, Lebon p. 1133

cláusula de variación o revisión de precios prevista en el contrato<sup>185</sup> o, por medio de un anexo, modificar el contrato<sup>186</sup> o el mecanismo de evolución del precio. En otras palabras, el precio se consideraba inmutable, ya que no podía modificarse por una de las partes sin el consentimiento de la otra<sup>187</sup>.

Así, el titular del contrato no podía reclamar una remuneración insuficiente debido al aumento posterior de los salarios o del costo de vida<sup>188</sup>. En el derecho de las concesiones, aunque hubo un debate sobre la naturaleza reglamentaria de las cláusulas tarifarias<sup>189</sup>, la jurisprudencia sostenía que estas cláusulas no podían modificarse en contra de la voluntad del concesionario<sup>190</sup>. Sin embargo, el dictamen del 15 de septiembre de 2022 rompe con la posición histórica y ahora se acepta que las partes son libres de llevar a cabo una "modificación seca" del precio, de una cláusula de revisión del mismo o de la duración de su contrato.

Aunque la sentencia *Pressetext* estableció que el precio es una condición esencial del contrato público y que su modificación puede llevar a una violación de los principios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores, esto no es aplicable en este caso, ya que se trata de una adaptación del contrato debido a circunstancias externas. Por lo tanto, las partes tienen la posibilidad: ya sea de un cambio en el precio o las tarifas; ya sea de una extensión de la duración del contrato; ya sea de la inserción o supresión de una cláusula de variación de precios o de reexamen.

Se reafirma la posibilidad de modificar el precio, sin embargo, esta libertad sigue estando sujeta a ciertas condiciones. Por un lado, las partes deben cumplir con las reglas sobre la modificación de contratos de la contratación pública. En el marco del CCP, se prevén tres tipos de modificaciones: las modificaciones por circunstancias imprevistas, las modificaciones de bajo monto y las modificaciones no sustanciales.

---

<sup>185</sup> CE, 17 juin 1981, n° 7246, *Commune de Papeete*, Lebon T. p. 814-886; CE, 9 avr. 2010, n° 313557; *Société Vivendi*, Lebon T. p. 860-933

<sup>186</sup> CE, 12 janv. 1922, *Leroy*, Lebon p. 23

<sup>187</sup> *Traité des contrats*, t. II, LGDJ 1984, n° 1052 s.

<sup>188</sup> CE, 5 juin 1942, *Etbl. Bancel*, Lebon p. 191.

<sup>189</sup> Conduisant à reconnaître à l'administration le droit de les modifier unilatéralement : *Traité des contrats administratifs*, préc., n° 1140 s. V. égal. V. Vince, *Les clauses réglementaires des contrats administratifs*, thèse Paris Panthéon-Sorbonne, 2022, chronique des thèses, RFDA 2022. 1193, spéc. 1197

<sup>190</sup> CE, 23 mai 1936, *Commune du Vésinet*, Lebon p. 591.

La posibilidad de modificar el precio se reafirma, sin embargo, esta libertad sigue estando sujeta a ciertas condiciones. Por un lado, las partes deben cumplir con las reglas sobre la modificación de contratos de la contratación pública. En el marco del CCP, se prevén tres tipos de modificaciones: las modificaciones por circunstancias imprevistas, las modificaciones de bajo monto y las modificaciones no sustanciales.

En nuestro caso específico, nos centraremos principalmente en el primer tipo de modificaciones, que es el más adecuado, dada la escalada de los precios del gas para la explotación de las piscinas municipales (1). Posteriormente, es importante señalar que estas modificaciones están sujetas a reglas que buscan proteger los fondos públicos (2).

#### 1. LA MODIFICACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS DENTRO DEL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA PUERTA ABIERTA PARA EL CONTRATISTA

Ante un cambio significativo de las condiciones económicas en las que se celebró el contrato, las partes tienen la posibilidad de modificar su contrato basándose en los artículos R. 2194-5 o R. 3135-5 del CCP. Estos artículos prevén la posibilidad de modificar los contratos o concesiones *"cuando la modificación sea necesaria debido a circunstancias que un comprador (o una autoridad concedente) diligente no podía prever"*. Es importante señalar que estas disposiciones son independientes de la teoría de la imprevisión, lo que significa que teóricamente no es necesario que se cumplan las condiciones de esta teoría. Sin embargo, se desprende de estas disposiciones y del dictamen que deben cumplirse condiciones similares (punto 9).

¿Cuáles son las condiciones? En primer lugar, la modificación debe ser necesaria debido a circunstancias imprevisibles, es decir, eventos y sus consecuencias financieras que no podrían haber sido razonablemente anticipados por las partes al momento de la celebración del contrato.

El Consejo de Estado aclara que la modificación no debe tener como objetivo o efecto garantizar al contratista la cobertura de los riesgos que ya había tenido en cuenta o debería haber tenido en cuenta en sus previsiones iniciales. Esto recuerda el principio de que el contratista es responsable

de asumir la parte normal de los riesgos inherentes a la ejecución de cualquier contrato. Esta primera condición se cumple, como explicamos anteriormente, la guerra y el aumento del precio del gas eran imprevisibles en la fecha en que Vert Marine firmó el contrato.

La segunda condición se refiere a que las circunstancias hayan alterado significativamente la ecuación económica del contrato inicial. La modificación *"solo es posible si el aumento de los gastos incurridos por el operador económico o la disminución de sus ingresos atribuibles a estas nuevas circunstancias ha superado los límites que razonablemente podrían haber sido contemplados por las partes en el momento de la celebración del contrato"*. La modificación debe ser absolutamente necesaria, de lo contrario la continuación del contrato se vería comprometida.

De hecho, esto es exactamente lo que ocurrió en el caso de la explotación de las piscinas municipales, donde la continuidad del servicio público se vio comprometida. Sin embargo, la solución no residía en la toma unilateral de la decisión de suspender el servicio, ya que esto podría haber llevado a graves sanciones para el delegatario Vert Marine, como veremos más adelante.

Es cierto que el dictamen del Consejo de Estado se publicó el 15 de septiembre de 2022 y que la decisión de Vert Marine se tomó el 5 de septiembre. Sin embargo, cabe destacar que ya existían soluciones en el CCP, y según algunas fuentes, se habían programado reuniones para discutir o resolver esta dificultad, lo que se ajustaría clásicamente al mecanismo de revisión<sup>191</sup>. Por lo tanto, esta decisión repentina es difícilmente comprensible.

Finalmente, aunque es posible realizar una modificación sustancial, esta está limitada: "no pueden exceder lo necesario para (responder a las circunstancias imprevisibles) ni, en cualquier caso, el límite, evaluado para cada modificación, del 50% del monto del contrato inicial cuando es realizado por un poder adjudicador. Tampoco pueden cambiar la naturaleza global del contrato"<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> J.B Vila, Y. Wels, « La continuité du service public face à l'exploitation énérgivore des piscines : funambulisme ou aqueduc juridique ? », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2022, n°37

<sup>192</sup> H. Hoepffner, « L'indéfectible théorie de l'imprévision », RFDA, 2022, n°6, p.1007

## 2. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ENMARCADO POR LAS REGLAS DE PROTECCIÓN DE LOS DINEROS PÚBLICOS

El Consejo de Estado aprovecha esta oportunidad para recordar, en los puntos 8, 11 y 14 de su opinión, que la libertad contractual de modificar los contratos en curso también está sujeta a limitaciones, de acuerdo con los principios generales del derecho administrativo. Afirma que, aunque las modificaciones examinadas anteriormente son posibles cuando cumplen con las condiciones establecidas por el CCP, es esencial que la entidad contratante asegure "respetar la exigencia constitucional de un buen uso de los fondos públicos, establecida en el artículo 14 de la Declaración de 1789 y recogida en el artículo L. 3 del CCP", y "respetar los principios generales de igualdad ante las cargas públicas y de prohibición de liberalidades".

Esto significa, en particular, que las modificaciones no pueden tener como efecto cubrir riesgos que el titular del contrato podría haber asumido razonablemente al momento de la firma del contrato. Deben limitarse estrictamente a lo necesario. Aunque esta afirmación nos parece lógica (dado que estos principios son generales) y legítima (especialmente en un contexto de crisis económica), no es difícil pensar que la exigencia constitucional de proteger los dineros públicos pueda ser utilizada por las autoridades contratantes para rechazar ciertas negociaciones y modificaciones en el contrato.

Dado que, durante una renegociación del contrato, las partes tienen claramente la posibilidad de modificarlo, se puede prever que encontrarán en estos principios generales argumentos sólidos para evitar exceder precisamente la ayuda que el juez otorgaría si fuera solicitado<sup>193</sup>. En última instancia, podrían optar simplemente por un convenio indemnizatorio temporal en lugar de modificar el contrato original.

Es cierto que tanto la indemnización por imprevisión como la modificación del contrato son soluciones arriesgadas en el sentido de que no hay certeza absoluta para el contratista de recuperar las pérdidas causadas por el aumento del precio del gas. Sin embargo, esto forma parte de la

---

<sup>193</sup> Sur le constat d'une telle réticence, v. le premier rapport de la Chaire de droit des contrats publics (disponible sur <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/>).

aceptación de un riesgo que caracteriza a los contratos de concesión. Si hubiera sido al revés, y es el concesionario el que se beneficiaría de las ganancias exponenciales, como ocurre con las concesiones de autopistas, nadie pensaría en compartir las ganancias. Entonces, ¿por qué la administración debería compartir las pérdidas?<sup>194</sup>

La conclusión de una enmienda es una simple facultad ofrecida a las partes y no un derecho oponible por el titular del contrato a la autoridad concedente, según la opinión del Consejo de Estado. Se afirma que "la autoridad contratante no tiene ninguna obligación de concluir con su contratista un nuevo contrato que incluya, en particular, precios más altos que los del contrato inicial<sup>195</sup>. Así, si bien siempre es posible para el empresario, en caso de circunstancias imprevisibles que alteren la economía del contrato, presentar a la autoridad contratante una solicitud de modificación de las cláusulas financieras del contrato, no tiene derecho a obtener la revisión de estas cláusulas".

Al igual que la entidad pública tiene la libertad de modificar el contrato, también tiene un poder sancionador. En particular, ya que más que el fondo, es la forma la que ha sido calificada de "*cavilosa*" por algunos, "*brutal, inacceptable, propia del Salvaje Oeste*" por otros, y "*irrespetuosa*" entre los dos<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> Op.cit

<sup>195</sup> CE, 5 nov. 1982, n° 19413, Société Propétrol, Lebon p. 381

<sup>196</sup> P.TESSIER, « Affaire Vert marine : les maires plient mais ne rompent pas », La Gazette des communes 2022

## **CAPITULO II.**

### **EL PODER SANCIONATORIO DE LA ENTIDAD PÚBLICA EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Frente a una falta cometida por un delegatario de servicio público, es crucial preguntarse qué medidas puede tomar la autoridad delegante para responder y cuáles son los medios a su disposición para garantizar la continuidad del servicio público. Dado que se trata de una delegación de servicio público, las garantías de buena ejecución del contrato son ampliamente asimétricas a favor de la persona pública. Así, el derecho administrativo reconoce a la entidad pública importantes poderes<sup>197</sup>.

La entidad pública tiene el poder de modificación unilateral y el poder de rescisión unilateral por motivo de interés general que afecta la ejecución normal del contrato<sup>198</sup>. Además, posee el poder de dirección y control, así como el poder de sanción para la ejecución normal del contrato. Se presta especial atención al examen de este último poder en el contexto específico que nos concierne.

El poder de sanción tiene su origen en la emblemática decisión del Consejo de Estado en el caso *Déplanque* del 31 de mayo de 1907<sup>199</sup>, que estableció el fundamento jurídico de las sanciones contractuales durante más de un siglo. Más allá de la noción misma de "sanción contractual", el Consejo de Estado ha consagrado y definido esta medida como teniendo "una función de reparación del perjuicio sufrido (...) o de coerción respecto al cocontratante<sup>200</sup>".

A principios del siglo XX, la administración disponía de un "derecho de sanción"<sup>201</sup> unilateral que no tenía su contratista<sup>202</sup>. Así, podía rescindir el contrato por incumplimiento, con o sin la celebración de un nuevo contrato a expensas del contratista, aplicar sanciones coercitivas para obtener la ejecución forzada del contrato sin ponerle fin, o imponer sanciones financieras, si el contrato lo preveía, por título ejecutivo. La única excepción era en el caso de concesiones, que la

---

<sup>197</sup> G. ECKERT, «Exécution de la convention de délégation de service public», Fascicule n°430, Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, 2022.

<sup>198</sup> Dalloz, « Contrat administratif (Pouvoirs de l'administration) », Fiche d'orientation, 2021.

<sup>199</sup> CE, 31 mai 1907, D. 1907. 81 ; RD publ. 1907. 68, note Jèze ; S. 1907.3.113, note Hauriou.

<sup>200</sup> CE, 25 mars 2016, Société Crédit agricole, préc.

<sup>201</sup> G. Péquignot, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, th. Pedone, 1945, p. 320 s.

<sup>202</sup> D. RICCARDI, « Les transformations des régimes d'inexécution des contrats administratifs », RFDA, 2018, p.929.

administración no podía rescindir (a menos que hubiera una cláusula en contrario) sin recurrir al juez.

Por su parte, el contratista solo tenía la posibilidad de recurrir al juez del contrato para solicitar la rescisión del contrato y una indemnización. No podía ejercer ningún otro recurso, como la excepción de contrato no cumplido o la solicitud de anulación de las sanciones, excepto en casos particulares, especialmente cuando el contrato involucraba inversiones significativas que debían ser amortizadas<sup>203</sup>. Antes, el juez prácticamente no controlaba el recurso o la falta de recurso a la sanción, ni tampoco su proporcionalidad.

Sin embargo, según David Riccardi, "diez años (2008-2017) y nueve decisiones (OHPLM de Puteaux<sup>204</sup>, Béziers II<sup>205</sup>, Grenke Location<sup>206</sup>, Société Crédit agricole<sup>207</sup>, Société du jardin d'acclimatation<sup>208</sup>, Fosmax LNG<sup>209</sup>, Société de manutention portuaire d'Aquitaine, Syndicat mixte de promotion de l'acticité transmanche<sup>210</sup> y Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent<sup>211</sup>) han sido suficientes para que el Consejo de Estado rediseñe

- 
- <sup>203</sup> CE, sect., 26 nov. 1971, n° 75710, Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération, Lebon p. 723; AJDA 1971. 649, chron. C. Labetoulle et P. Cabanes; RD publ. 1972. 239, concl. Gentot.
- <sup>204</sup> CE, 29 déc. 2008, n°296930, Lebon p- 479; AJDA 2009, 8; ibid. 268, note J-D Dreyfus; RDI 2009. 248, obs. J. Coronat; CMP 2009, comm. 40, note G. Eckert
- <sup>205</sup> CE, 21 mars 2011, n° 304806, Commune de Béziers dit Béziers II, Lebon p. 117, concl. E. Cortot-Boucher; AJDA 2011. 591; ibid. 670, chron. A. Lallet; D. 2011. 954, obs. M.-C. de Montecler; RDI 2011. 270, obs. S. Braconnier; AJCT 2011. 291, obs. J.-D. Dreyfus; RFDA 2011. 507, concl. E. Cortot-Boucher; ibid. 518, note D. Pouyau.
- <sup>206</sup> E, 8 oct. 2014, n°370644, Société Grenke location, Lebon p. 302, concl. G. Pellissier; AJDA 2015. 396, note F. Melleray; ibid. 2014. 1975; D. 2015. 145, note S. Pugeault; RDI 2015. 183, obs. N. Foulquier; AJCT 2015. 38, obs. O. Didriche; AJCA 2014. 327, obs. J.-D. Dreyfus; RFDA 2015. 47, note Chloé Pros-Phalippon; JCP Adm. 2014, 2327, note S. Ziani; Contrats Marchés publ. 2014, comm. 329, note G. Eckert
- <sup>207</sup> CE, 25 mars 2016, n° 365401, Lebon T. p. 629-630-828-835-912
- <sup>208</sup> CE, 12 nov. 2015, n° 387660, Lebon; AJDA 2016. 908; ibid. 2015. 2172; CMP n° 1, 2016, note M. Ubaud-Bergeron.
- <sup>209</sup> CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, Lebon p. 467, concl. G. Pellissier; AJDA 2016. 2133; ibid. 2368, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet; D. 2016. 2343, obs. J.-M. Pastor; ibid. 2589, obs. T. Clay; ibid. 2017. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée; RFDA 2016. 1154, concl. G. Pellissier; ibid. 2017. 111, note B. Delaunay; RTD com. 2017. 54, obs. F. Lombard; Dr. adm. 2017, comm. 12 note F. Brenet; JCP 2017. 29, note S. Bollée.
- <sup>210</sup> CE, 14 févr. 2017, n° 405157, Lebon p. 43; AJDA 2017. 326; ibid. 1453, note J.-V. Maublanc; AJCT 2017. 282, obs. P. Grimaud et Olivier Villemagne; AJ < Contrat > 2017. 184, obs. J.-D. Dreyfus; RTD com. 2017. 295, obs. F. Lombard; Contrats Marchés publ. 2017, comm. 99, obs. G. Eckert; CE, 11 mai 2016, n° 383768, M. Rouveyre, Lebon; AJDA 2016. 924; AJCT 2016. 391, obs. J.-D. Dreyfus; BJCP 2016. 254, concl. O. Henrard; Dr. adm. 2016, comm. 44, note F. Brenet.
- <sup>211</sup> CE, 30 juin 2017, n° 398445, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, Lebon p. 209, concl. G. Pellissier; AJDA 2017. 1359; ibid. 1669, chron. G. Odinet et S. Roussel; AJCT 2017. 455, obs. S. Hul; AJ Contrat 2017. 387, obs. J.-D. Dreyfus; RFDA 2017. 937, concl. G. Pellissier; RTD com. 2017. 587, obs. F. Lombard.

completamente la fisonomía del derecho en caso de inejecución de los contratos administrativos"<sup>212</sup>.

Según el autor, la jurisprudencia derivada de las decisiones mencionadas ha vuelto obsoletos muchos principios e ideas que prevalecían hasta entonces. El Consejo de Estado se ha comprometido así en una iniciativa destinada a armonizar y equilibrar las prerrogativas de las partes en caso de incumplimiento contractual. Al mismo tiempo, ha fortalecido el control del juez sobre las sanciones y ha comenzado a modernizar las categorías de sanciones contractuales.

Teniendo en cuenta esta armonización de las prerrogativas, ¿qué pueden hacer los municipios ante la falta cometida por Vert Marine al suspender unilateralmente el servicio público? Los municipios tienen a su disposición una gama de sanciones (1), pero ¿son libres de imponer o renunciar a estas sanciones de manera discrecional? (2)

## SECCIÓN I.

### LA PALETA DE SANCIONES SUSCEPTIBLES DE SER PRONUNCIADAS POR LA ENTIDAD PÚBLICA

El Consejo de Estado subraya enfáticamente que el comprador público no es un contratante como los demás, y como tal, tiene privilegios que le permiten asegurar el cumplimiento adecuado del contrato y garantizar la misión de servicio público que le ha sido encomendada<sup>213</sup>. Cuando el contratista incumple sus obligaciones, diversas sanciones pueden serle impuestas después de una notificación formal y adaptadas a la gravedad de la situación. Así, este poder de sanción se desglosa en tres tipos de sanciones distintas: las sanciones pecuniarias (§1), las sanciones coercitivas (§2) y las sanciones resolutorias (§3)

---

<sup>212</sup> D. RICCARDI, « Les transformations des régimes d'inexécution des contrats administratifs », RFDA, 2018, p.929.

<sup>213</sup> F. Linditch, « L'exécution aux frais et risques érigée au rang de sanction d'ordre public », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2021, n°9, comm. 2068

## § 1. LAS SANCIONES PECUNIARIAS

Las sanciones pecuniarias se consideran las menos severas e incluyen penalizaciones por retraso, multas e incluso indemnizaciones. Es necesario entender las condiciones de implementación (A) para determinar si las autoridades concedentes pueden imponerlas a Vert Marine (B).

### A. LES PENALIDADES CONTRACTUELLES

Las penalizaciones deben estar obligatoriamente previstas en el contrato y es esencial tener un cuidado especial al redactar estas cláusulas, ya que deben especificar las obligaciones sancionadas, las condiciones de aplicación de la penalización y los métodos de cálculo<sup>214</sup>. Pueden estar previstas especialmente en caso de retraso en la ejecución del servicio público, interrupción total o parcial del mismo, no conformidad de la explotación del servicio con las disposiciones contractuales y especialmente con los objetivos de rendimiento contractualmente establecidos, retraso en la realización de las inversiones prescritas por el convenio, no cumplimiento de las normas de higiene y seguridad, entre otros.

Las penalizaciones contractuales siguen siendo aplicables incluso después de la rescisión del contrato cuando encuentran su causa jurídica en la falta de ejecución del mismo. Esto ocurre cuando el contrato ha sido rescindido posteriormente a los hechos que justifican la sanción pecuniaria por parte de la entidad delegante debido a otras faltas cometidas por el delegatario<sup>215</sup>. En este caso específico, si los contratos de delegación de servicios públicos incluyen penalizaciones pecuniarias en caso de interrupción total o parcial del servicio público, las entidades pertinentes tienen la posibilidad de sancionar el comportamiento de su delegatario aplicando penalizaciones contractuales, siempre y cuando estén previstas en el contrato.

¿Cómo se haría esto? En primer lugar, el monto de las penalizaciones puede fijarse en valor absoluto (en euros) o en proporción al volumen de negocios realizado en el último ejercicio cerrado. Siempre

---

<sup>214</sup> CE, 17 avr. 1985, OPHLM de la Meuse c/ Arniel : RDP 1985, p. 1706)

<sup>215</sup> CE, 17 déc. 2008, n° 296819, Synd. intercnal de gestion et d'aménagement de Superbagnères : JurisData n° 2008-074809 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 59 ; CP-ACCP févr. 2009, p. 17.

es fijo en el sentido de que no depende del perjuicio sufrido por la entidad o los usuarios<sup>216</sup>. Además, dado que las penalizaciones son sanciones, están sujetas al respeto del principio de contradicción y defensa. Estas deben ir precedidas de un requerimiento al infractor que especifique las infracciones invocadas, otorgar a su destinatario un plazo suficiente para cumplir con sus obligaciones y hacer una referencia a la estipulación contractual que fundamenta el poder de sanción implementado<sup>217</sup>.

En cuanto al método de pago, las penalizaciones pueden deducirse tanto de la garantía como ser objeto de un título ejecutivo emitido por la entidad delegante. En el primer caso, si estaba previsto en el contrato de delegación de servicios públicos, la garantía constituida por el delegatario deberá ser completada en un plazo establecido por el contrato. En la segunda modalidad, el título ejecutivo emitido por la entidad pública puede ser objeto de un recurso contencioso-administrativo dirigido a la revisión de las penalizaciones o a la anulación del título<sup>218</sup>.

También es posible que la administración contratante renuncie al beneficio de las penalizaciones a las que tiene contractualmente derecho, alegando que ningún texto obliga a la Administración a aplicar las penalizaciones por retraso<sup>219</sup>.

## **B. LA EXPOSICIÓN SIGNIFICATIVA DE VERT MARINE A LAS PENALIDADES CONTRACTUALES**

Las sanciones pecuniarias parecen más adecuadas que las sanciones coercitivas y resolutorias para las piscinas que han vuelto a abrir al público una semana después de su cierre. Este es el caso de la piscina Pailleron, en París, que después de "intensas discusiones" entre el adjunto al alcalde encargado del

---

<sup>216</sup> CE, 4 juin 1976, n° 85342, Sté Toulousaine immobilière : Lebon, p. 303.

<sup>217</sup> CE, 26 nov. 1993, n° 85161, SA Nouveau Port de Saint-Jean-Cap-Ferrat : JurisData n° 1993-047973. – CE, 17 déc. 2008, n° 296819, Synd. intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères : JurisData n° 2008-074809 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 59 ; CP-ACCP févr. 2009, p. 17.

<sup>218</sup> CE, 17 déc. 2008, n° 296819, Synd. intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères : JurisData n° 2008-074809 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 59 ; CP-ACCP févr. 2009, p. 17-

<sup>219</sup> CE, 28 oct. 1953, Sté comptoir des textiles bruts et manufacturés : Lebon T., p. 721 ; RDP 1954, p. 198 ; CE, 17 mars 2010, n° 308676, Cne Issy-les-Moulineaux : JurisData n° 2010-002039 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 166, note G. Eckert

Deporte, Pierre Rabadan, anunció la reapertura "muy pronto" de este espacio deportivo ubicado en el XIX distrito, uno de los más concurridos de la capital<sup>220</sup>.

En el caso de la piscina de Montbauron en Versailles, se pueden aplicar sanciones financieras más severas en comparación con la piscina de París, ya que el municipio de Versailles asume una carga más importante al vender el gas y la electricidad. Como explica el alcalde François de Mazières, ahora sería responsabilidad del municipio "comprar el gas y la electricidad necesarios" para el funcionamiento de la piscina, para luego "revenderlos al mismo precio" a Vert Marine<sup>221</sup>.

El alcalde de Versailles demostró su diligencia al declarar: "como tuvimos la sabiduría de negociar hasta el final del año con nuestros sindicatos precios mucho más bajos, a diferencia de Vert Marine que se abastece día a día en el mercado, esta propuesta permite a Vert Marine restablecer sus cuentas para la explotación de la piscina Montbauron". Si la iniciativa de negociación hubiera sido tomada por el delegado Vert Marine, las penalizaciones financieras podrían haber sido moduladas y reducidas, pero como parece indicar, es el municipio de Versailles el que fue mucho más diligente al disminuir el riesgo, el delegado debe asumir una penalización financiera más grande.

## § 2. LES SANCTIONS COERCITIVES

La internalización es una prerrogativa a favor de la administración que no está prevista en el CCP ni definida por ningún texto legislativo. Solo los CCAG estándar y la jurisprudencia abordan esta noción. Se considera por la doctrina<sup>222</sup>, y el Consejo de Estado<sup>223</sup>, como una forma de "sanción coercitiva" destinada a garantizar la continuidad de la ejecución del contrato cuando este no es respetado por el contratista.

Un uso antiguo reserva el término "internalización" para los contratos de obras públicas, el término "puesta bajo custodia" para los contratos de concesión. En cuanto a los contratos de suministro, se

---

<sup>220</sup> D.PICOT, *La Gazette des communes*, « Piscines Ver Marine : les collectivités face à une situation inédite », 2022, pg 36-38

<sup>221</sup> *Ibidem*

<sup>222</sup> A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1984, p. 144 s.

<sup>223</sup> L'arrêt Fosmax évoque une « mesure coercitive ».

debería hablar de "ejecución por defecto" o "ejecución temporal"<sup>224</sup>. A diferencia de las sanciones pecuniarias y resolutorias, que tienen principalmente una función punitiva, la internalización tiene como finalidad principal "remediar" de manera temporal el incumplimiento del contratista<sup>225</sup>.

### A. LA “MISE EN REGIE” / LA “MISE SOUS SEQUESTRE”

Para asegurar esta continuidad, la administración tiene dos opciones: puede asumir ella misma la ejecución de las prestaciones del contrato en régimen propio, o puede celebrar un contrato de sustitución con otro proveedor. En este último caso, la entidad pública tiene la posibilidad de solicitar al juez administrativo que haga que el contratista incumplido asuma los costos adicionales.

Antes de las sentencias *Fosmax y Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, el poder de la puesta en régimen en los contratos administrativos era una prerrogativa de la administración "olvidada", ya que las ilustraciones jurisprudenciales eran escasas<sup>226</sup>. Sin embargo, a través de estas dos sentencias, el Consejo de Estado proporcionó una definición completa: *"se deduce de las reglas generales aplicables a los contratos administrativos que la entidad pública que ha requerido en vano a su contratista para que cumpla con las prestaciones que se comprometió a realizar de acuerdo con las disposiciones del contrato, tiene la facultad de hacer que estas sean ejecutadas, a expensas y riesgos de su contratista, especialmente por una empresa externa"*<sup>227</sup>.

La “mise en régie” consiste en una ejecución por sustitución de una obligación principalmente no pecuniaria, que no tiene efecto extintivo ni efecto traslativo. Permite mantener el vínculo contractual

---

<sup>224</sup> Sur ces différentes terminologies, *Traité des contrats administratifs*, id. ; D. Riccardi, op. cit., p. 83-104. G. Péquignot relevait déjà les dénominations « assez flottantes » de ces mesures coercitives, *Théorie générale du contrat administratif*, Perpignan, Imprimerie du midi, 1945, p. 343

<sup>225</sup> E. POURCEL, « Sanctions-Exécution », Fascicule n°120, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, 2023

<sup>226</sup> Pour des arrêts récents traitant de la mise en régie, CAA Bordeaux, 8 janv. 2013, n° 11BX01796, Société GE Aquitaine ; CAA Lyon, 18 juill. 2007, n° 05LY00461, Commune de Tignes ; CAA Nancy, 6 mai 2004, n° 98NC00713, Commune d'Henriville c/ Alfred Koenig ; CE, 30 janv. 2008, n° 278770, Office public d'aménagement et de construction de la ville de Clermont-Ferrand, AJDA 2008. 717.

<sup>227</sup> *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, § 10. Cette définition est proche de celle avancée par la doctrine, A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1984, t. 2, p. 144 : pour les auteurs du traité, il s'agirait de sanctions contractuelles « destinées à assurer l'exécution du contrat par des mesures de contrainte visant à surmonter la défaillance du cocontractant, l'administration se substituant ou substituant un tiers au cocontractant défaillant ».

original mientras se congela temporalmente. Así, el contrato se resuelve temporalmente<sup>228</sup>, durante el tiempo que dure la puesta en régimen<sup>229</sup>. Esta medida coercitiva "priva temporalmente al concesionario de los derechos que derivaban de la concesión"<sup>230</sup>. Debido a su carácter de orden público, la puesta en régimen puede aplicarse incluso en ausencia de cláusula contractual<sup>231</sup>, y la Administración no puede renunciar a ella.

En este sentido, se ha considerado por la doctrina como el mejor medio para garantizar la continuidad de los servicios públicos<sup>232</sup>. Sin embargo, según Phillippe Coleman, este poder de sanción ha caído en "el olvido" debido a la confusión terminológica que prevalece en la materia y su práctica contractual no siempre distingue claramente esta sanción de la rescisión a cargo y riesgo del contratista<sup>233</sup>. La naturaleza ambigua hace que este poder de sanción sea difícil de manejar para la administración. En teoría, el contratista vuelve a estar capacitado para cumplir el contrato, y el curso normal de las relaciones contractuales puede reanudarse. Sin embargo, la puesta en régimen tiene efectos severos para el contratista pues se lleva a cabo a cuenta y riesgo de este.

Además, el objetivo de la reintegración en régimen no es sancionar al contratista, pero las consecuencias financieras que resultan de ello podrían empeorar las relaciones entre las partes, al punto de hacer prácticamente imposible la reanudación de la ejecución. En muchos casos, la administración preferirá terminar definitivamente su contrato, rescindiéndolo a sus propios gastos y riesgos.

## **B. LA POSIBILIDAD MENOS FRECUENTE PERO AUN EXISTENTE DE UNA SANCION DE "MISE EN REGIE"**

---

<sup>228</sup> J. Lebreton, « Suspension et résolution des contrats », *Rev. crit. lég. et jur.*, 1924, p. 581-622, spéc. p. 594.

<sup>229</sup> Tout comme l'exception d'inexécution suspend les obligations de l'une des parties, le temps que dure l'inexécution de l'autre partie, contrairement à la résiliation pour faute. V. en ce sens, la note de F. Melleray sous CE, 8 oct. 2014, Société Grenke location, *AJDA* 2015. 396.

<sup>230</sup> CE, 30 mars 1927, Société de l'énergie industrielle, *Lebon* p. 1063 ; CE, 29 oct. 1926, Ville de Saint-Etienne, *Lebon* p. 911.

<sup>231</sup> CE, 9 nov. 2016, n° 388806, Sté Fosmax : *JurisData* n° 2015-027039 ; *JCP A* 2017, 2065 ; *Lebon*, p. 467, concl. G. Pellissier

<sup>232</sup> G. Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, Marcel Girard, 1931, p. 315. G. Péquignot, *Théorie générale préc.*, id. ; *Traité des contrats administratifs préc.*, p. 144.

<sup>233</sup> P. COLEMAN, « La mise en régime ou l'exécution du contrat par substitution au cocontractant défaillant », *RFDA*, 2019, p.1021

Aunque la puesta en régimen sea una sanción más severa y menos probable de ser utilizada por las autoridades concedentes, existen dos casos en los que las comunidades, indignadas por la manera abrupta en que se suspendió el servicio público, decidieron aplicarla.

Por otro lado, hay otras municipalidades que han decidido aplicar una sanción más severa. Las municipalidades de Montauban y Clichy-sous-Bois optaron por sancionar a la empresa Vert Marine imponiendo una sanción coercitiva de puesta en régimen. En el primer caso, la piscina Ingréo en Montauban reabrió una semana después de su cierre, y la entrada es gratuita durante toda la primera semana. El complejo Ingréo ahora está gestionado por el municipio de Montauban a través de una regencia provisional. El establecimiento y su personal están requisados.

El alcalde anunció en una comunicación *"en aplicación del contrato de delegación de servicio público y debido a la falta contractual de Vert Marine, la recuperación de la gestión provisional del complejo acuático por parte de la Ciudad de Montauban permitirá la recepción de públicos escolares, individuales e institucionales, así como de clubes, en horarios y condiciones habituales a partir de este lunes"*.

En el segundo caso, en Clichy-sous-Bois, en el departamento de Seine-Saint-Denis, la municipalidad dirigida por el alcalde Oliver Klein decidió hacerse cargo de parte del déficit de la explotación de Vert Marine, según la información del periódico Le Parisien. Se pide al delegatario que realice ahorros de energía equivalentes al 10% del consumo habitual.

### **§ 3. LAS SANCIONES RESOLUTORIAS**

La rescisión por incumplimiento es la sanción más severa de la que dispone la administración. Puede ser simple o a expensas y riesgo impuestos al titular incumplidor. Para determinar si las autoridades concedentes tienen la posibilidad de imponer estas condiciones a Vert Marine (A), es esencial comprender los detalles de su implementación (B).

## A. LA RECISIÓN POUR CULPA

### 1. LA RECISIÓN POR CULPA SIMPLE

La rescisión por incumplimiento es la única forma de rescisión que tiene el carácter de sanción para el contratista. Es la sanción más severa de la que dispone la administración, "*tanto que se debe dudar antes de recurrir a ella*", escribe Romieu<sup>234</sup>, razón por la cual requiere una falta de una gravedad particular. La rescisión por incumplimiento tiene su origen en la construcción jurisprudencial del régimen de contratos administrativos con la sentencia Déplanque de 1907.

Sin embargo, históricamente se hacía una distinción entre los contratos de larga duración, que requerían una inversión importante amortizable con el tiempo, y los demás contratos<sup>235</sup>. Para estos últimos, la rescisión en caso de silencio del contrato podía hacerse sin recurrir al juez; la administración estaba facultada para poner fin al contrato. Por el contrario, a menos que una cláusula otorgara este poder a la administración<sup>236</sup>, para los contratos de larga duración, la rescisión denominada "déchéance" debía ser pronunciada por el juez del contrato<sup>237</sup>.

Según F. Mellerey y F. Brenet, la sanción más grave, es decir, la rescisión por incumplimiento o "déchéance", debería ser pronunciada exclusivamente por el juez<sup>238</sup>. De hecho, en el caso de un contrato de delegación de servicio público, la asociación toma la forma de un contrato a largo plazo en el cual el contratista realiza una inversión financiera importante al principio, y la "déchéance" debe ser excepcional<sup>239</sup>.

---

<sup>234</sup> Concl. sur CE 31 mai 1907, n° 16324, Deplanque, Lebon 513 ; D. 1907. III. 113 ; RD publ. 1907. 678, note G. Jèze ; S. 1907. II. 113, note M. Hauriou

<sup>235</sup> CE 30 sept. 1983, n° 26611, SARL Comexp, Lebon ; Quot. jur. 17 déc. 1983. 3, note F. Moderne

<sup>236</sup> CE 4 févr. 1981, n° 04557, Syndicat intercommunal d'organisation de la station de sports d'hiver de Peyresourde-Balestas, Lebon

<sup>237</sup> CE 20 mai 1892, Tessier, Lebon 465, concl. J. Romieu ; CE 17 nov. 1944, Ville d'Avallon, Lebon 294

<sup>238</sup> F. MELLEREY et F. BRENET, « Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 », 2005, Litec, no 32, p. 185

<sup>239</sup> Concl. ROMIEU sur CE 20 janv. 1905, Compagnie départementale des eaux, Lebon 57

Sin embargo, después de autorizar la acción de reanudación de las relaciones contractuales con la decisión Béziers II, el Consejo de Estado reconoce el poder de rescisión de los contratos de concesión a favor de la administración con su decisión *Société Jardin d'acclimatation*<sup>240</sup>. La sentencia se consideró que tenía un carácter general, sin especificar el objeto del contrato, y su publicación en Lebon indicaba que también se aplicaba a las delegaciones de servicio público, cuestionando la jurisprudencia que les era aplicable. El CCP confirma y reconoce el poder de rescisión por incumplimiento, independientemente del tipo de contrato (Art. L. 6, 5° y L. 2195-3 para los contratos públicos; Art. L. 2395-1 para los contratos de colaboración público-privada y Art. L. 3136-3 para las concesiones).

La rescisión por incumplimiento puede aplicarse incluso en ausencia de una cláusula contractual, pero las partes suelen incluir esta posibilidad en el contrato, especificando las faltas que pueden dar lugar a la rescisión. La doctrina considera que esta lista de faltas no es exhaustiva y que la administración siempre puede rescindir el contrato por incumplimiento<sup>241</sup>. La jurisprudencia parecía ir en esta dirección al considerar en la decisión del Consejo de Estado, *Société Environnement services, Communauté d'agglomération du pays ajaccien*, que "solo una falta de gravedad suficiente puede justificar, en ausencia de una cláusula prevista a tal efecto, la rescisión de un contrato público por culpa exclusiva de su titular"<sup>242</sup>.

## 2. LA RESCISIÓN POR CUENTA Y RIESGO DEL CONTRATISTA

La rescisión por cuenta y riesgo impone al titular incumplido los costos adicionales generados por la celebración de un contrato de sustitución para completar las prestaciones objeto del contrato público. La jurisprudencia administrativa la califica como una regla de orden público<sup>243</sup>, ya que se aplica incluso en ausencia de una cláusula en el contrato, y las partes no pueden renunciar a ella.

---

<sup>240</sup> CE 12 nov. 2015, n° 387660, Lebon; AJDA 2016. 908; préc. 2015. 2172; Rev. CMP 2016, comm. 16, M. Ubaud-Bergeron ; Dr. adm. 2016, comm. 22, M. Cornille ; JCP Adm. 2016, n° 2123, obs. F. Hoffmann).

<sup>241</sup> L. RICHER et F. LICHÈRE, « Droit des contrats administratifs », 11e éd., Manuel, LGDJ, 2019, n° 508

<sup>242</sup> CE 26 févr. 2014, Société Environnement services, Communauté d'agglomération du pays ajaccien, n° 365546, Lebon; AJDA 2014. 478; AJDA 2014. 1561, note F. Lombard; RJEP 2014, comm. 54, concl. G. Pellissier ; Rev. CMP 2014, comm. 105, J.-P. Pietri

<sup>243</sup> CE, Ass., 9 nov. 2016, Sté Fosmax, n° 388806

En consecuencia, los nuevos CCAG ya no subordinan el recurso a esta facultad a la condición de que los documentos específicos del contrato lo hayan previsto expresamente.

Mireille Le Corre destaca la cuestión de si el comprador público puede pronunciar la rescisión por faltas exclusivas en caso de falta grave, incluso si el contrato enumera casos específicos de rescisión. El Consejo de Estado ha aclarado y afirma de manera explícita que "incluso si el contrato no contiene ninguna cláusula en este sentido y, si contiene tales cláusulas, cualesquiera que sean los casos en que prevean que es posible una rescisión exclusiva por parte del titular, siempre es posible, para el poder adjudicador, pronunciar dicha rescisión cuando el titular del contrato ha cometido una falta de gravedad suficiente".<sup>244</sup>

La decisión regresa al origen del poder sancionador: las prerrogativas de las que dispone la administración en ausencia de cláusulas contractuales, como destaca Quentin Alliez. El Consejo de Estado se opone a la tendencia de "banalización del régimen de ejecución del contrato administrativo" y de contractualización de las reglas generales<sup>245</sup>. Aunque las prerrogativas de la administración están cada vez más legitimadas y reguladas por las cláusulas contractuales, conserva la posibilidad de ejercer sus prerrogativas extracontractuales y de contractualizar las reglas generales de ejecución de los contratos administrativos. A pesar del creciente marco de las prerrogativas por las estipulaciones contractuales, la administración conserva el derecho de utilizar sus prerrogativas extracontractuales<sup>246</sup>.

## **B. LA EXPOSICIÓN PLAUSIBLE DEL CONTRATISTA A UNA RESILIACIÓN POR CULPA**

No hay que olvidar la última posibilidad que tienen los municipios: la rescisión del contrato por incumplimiento, incluso en ausencia de cláusulas al respecto. Dependiendo de la situación,

---

<sup>244</sup> CE 26 févr. 2014, Société Environnement services, Communauté d'agglomération du pays ajaccien, n° 365546, Lebon; AJDA 2014. 478; AJDA 2014. 1561, note F. Lombard; RJE 2014, comm. 54, concl. G. Pellissier; Rev. CMP 2014, comm. 105, J.-P. Pietri

<sup>245</sup> Ch.-A. Dubreuil, « Les contrats administratifs spéciaux. Mise en ordre et cohérence du droit des contrats administratifs », in Cohérence et actes administratifs, Actes et colloques, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2020, p. 107

<sup>246</sup> G. ECKERT, Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs, Rev. CMP 2010. Étude 9

especialmente si el incumplimiento persiste después de las notificaciones que quedaron sin efecto, se observa que el derecho de las concesiones permite a la autoridad delegante rescindir unilateralmente por incumplimiento. Sin embargo, antes de tomar tal decisión, es crucial evaluar cuidadosamente las consecuencias. Si una entidad rescinde el contrato, ¿qué sucede después? Será necesario iniciar un nuevo proceso de contratación, lo que plantea la cuestión de la gestión de la instalación durante este período de transición.

Además, como último recurso, esta rescisión puede hacerse a expensas y riesgos del contratista. En este caso, este último, privado de derechos, debe asumir los gastos incurridos por la autoridad delegante para sustituirlo por un nuevo delegatario elegido al término de un proceso de contratación; estos costos pueden cubrir los gastos de asunción temporal en régimen y del procedimiento<sup>247</sup>.

## **SECCIÓN II.**

### **LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL PODER SANCIONADOR DE LA ENTIDAD PÚBLICA**

La conciliación entre la libertad de la autoridad concedente en el seguimiento de la ejecución de los contratos y los intereses generales, la continuidad del servicio público y el uso responsable de los fondos públicos se presenta como un desafío complejo. Así, la libertad para imponer sanciones por parte de la autoridad concedente está enmarcada según el tipo de sanción (§1) y está sujeta a un control judicial (§2).

---

<sup>247</sup> CE, 18 mai 2021, n° 442530, Sté Alapont : Lebon T. JCP A 2021, act. 345. —\_CE, 27 oct. 2010, n° 318617, Synd. Intercommunal des transports publics de Cannes : JCP A 2010, act. 825 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 7, note W. Zimmer ; Dr. adm. 2011, comm. 3, note F. Brenet

## § 1. LA LIBERTAD LIMITADA DE RENUNCIAR A IMPONER CIERTAS SANCIONES

En general, cuando una autoridad tiene un poder represivo o disciplinario, goza de cierta libertad para ejercerlo, ya que los regímenes de control jurisdiccional de los procedimientos son poco frecuentes en este ámbito<sup>248</sup>. Sin embargo, como guardián de los fondos públicos y garante del interés general, el orden público y la continuidad de los servicios públicos, la administración se encuentra sujeta a restricciones mucho más estrictas en sus elecciones.

De hecho, el margen de maniobra y la libertad que tiene la administración en la aplicación de sanciones dependen de la naturaleza e interés de estas últimas. En el caso de los daños y perjuicios y las penalidades, considerados como créditos, renunciar a estas sanciones no debería ser admitido en principio, como lo han dictaminado los tribunales financieros<sup>249</sup>, a diferencia de los tribunales administrativos<sup>250</sup>.

Para las penalizaciones, por ejemplo, sería posible establecer un régimen de imposición por defecto, similar al existente en materia fiscal, obligando al contratista solicitar una reducción justificada. En cuanto a las medidas resolutorias y coercitivas, que se consideran más como medios para remediar la falta de ejecución, se puede otorgar una mayor flexibilidad a la administración para decidir la mejor solución a adoptar.

## § 2. EL CONTROL REFROZADO DEL JUEZ A IMPONER LAS SANCIONES

Tradicionalmente, el juez no llevaba a cabo el control de las medidas de ejecución de los contratos administrativos, y la cuestión de su posible ilegalidad estaba reservada al ámbito de la acción indemnizatoria de las partes. Sin embargo, como se mencionó anteriormente,

---

<sup>248</sup> V. sur la question, J. Gourdou, « Sanctions disciplinaires : les questions de la légalité des infractions et de l'opportunité des poursuites opportunité des poursuites », note sous, CE, ass., 6 juin 2014, FCPE et autres, RFDA 2014. 764

<sup>249</sup> V. . par ex., C. comptes, 2 mai 1996, SDIS de l'Eure, Rec. C. comptes p. 51, concl. Proc. gén., Rev. Trésor 1996 p. 739 ; C. comptes, 2 mai 1996, District de l'agglomération agenaise, Rev. Trésor, 1996 p. 506

<sup>250</sup> CE, 13 janv. 1984, n° 34135, OPHLM de Firminy Loire c/ Société Stribick et autres, Lebon T. p. 891; CE, 28 oct. 1953, Société Comptoir des textiles bruts et manufacturés, Lebon T. p. 721 ; RD publ. 1954. 198 ; CE, 13 juill. 1928, Derloche, Lebon p. 901.

gracias a una decena de decisiones, el control del juez sobre las sanciones se ha fortalecido, tanto en términos de proporcionalidad (A) como de su poder de cuestionamiento (B).

## A. EL CONTROL DE PROPOCIONALIDAD

Los crecientes poderes del juez en materia de sanciones contractuales también se destacan por la introducción gradual de un control de proporcionalidad. A diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en poder de policía, dicho control nunca ha sido expresamente consagrado en el ámbito contractual, pero se aplica ampliamente.

En primer lugar, es importante señalar que tanto la rescisión como las sanciones coercitivas<sup>251</sup> solo pueden aplicarse si la falta cometida alcanza cierto nivel de gravedad, que puede evaluarse de manera diferente en cada situación<sup>252</sup> y está sujeto al control del juez de casación en lo que respecta a la calificación jurídica de los hechos<sup>253</sup>.

En cuanto a los daños y perjuicios, se evalúan tradicionalmente en función del perjuicio sufrido. Por otro lado, las penalizaciones están sujetas a un control particular, especialmente desde la jurisprudencia OPHL de Puteaux, donde el juez ha obtenido el poder de ajustarlas en caso de que sean manifiestamente excesivas o insignificantes.

Originalmente, la cuestión de la desproporción se evaluaba únicamente en relación con el valor del contrato (mientras que, en el derecho privado, se evalúa en función del perjuicio real<sup>254</sup>). Sin embargo, desde la decisión del *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, también se tiene en cuenta la gravedad de la falta. Aunque se han logrado avances en el control de proporcionalidad, aún no se ha alcanzado una armonización completa. De hecho, la tarea es particularmente compleja

---

<sup>251</sup> CE, 27 sept. 1985, n° 46359, Compagnie française d'irrigation, Lebon T. p. 690-746

<sup>252</sup> CE, 10 août 1923, Société d'éclairage de la ville d'Oloron, Lebon p. 682.

<sup>253</sup> CE, 4 juill. 2014, n° 374032, Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole, Lebon T. p. 744 ; AJDA 2014. 1413 ; RDI 2014. 563, obs. A. Galland ; AJCT 2015. 40, obs. S. Hul.

<sup>254</sup> Com., 3 déc. 2002, n° 99-18.349

debido a la naturaleza híbrida de las sanciones contractuales. La apreciación de la proporcionalidad es relativamente simple en el caso de sanciones administrativas o medidas policiales, al menos en teoría.

En efecto, la sanción contractual funciona de manera más compleja al combinar dos objetivos: disuasorio y punitivo. Busca prevenir la falta, pero cuando esta ocurre, actúa como un remedio para restaurar la situación perturbada (reparación de daños, continuación de la actividad, continuidad del servicio público, respeto al interés general, etc.). Debido a la función asignada a la sanción y al momento en que se produce el incumplimiento, la apreciación de la proporcionalidad puede variar considerablemente. Idealmente, debería haber diferentes criterios para evaluar la proporcionalidad de la sanción según el objetivo asignado en cada caso específico.

## B. LOS RECURSOS CONTRA LAS SANCIONES

Aunque algunas medidas puedan hacer excepción a esta regla, esta permanece sólidamente establecida. Según un enfoque tradicional, las sanciones son plenamente tenidas en cuenta. De hecho, de acuerdo con la jurisprudencia Béziers II, el juez del contrato no pronuncia la anulación de la rescisión, las sanciones coercitivas, las penalizaciones o los daños y perjuicios<sup>255</sup>.

Sin embargo, al mirar más de cerca, aunque esta descripción proporciona una representación precisa de los recursos contenciosos disponibles para las partes, no refleja necesariamente la realidad. En cuanto a terceros, en primer lugar, el juez ha admitido la posibilidad de anular medidas de rescisión<sup>256</sup>. Ciertamente, no se trataba del juez del contrato sino del juez del exceso de poder; sin embargo, el resultado está presente.

En cuanto a otras sanciones, la cuestión de su anulación parece nunca plantearse para los terceros, ya que no se ve qué interés tendrían en solicitar la anulación de otra sanción. En

---

<sup>255</sup> D. RICCARDI, « Les transformations des régimes d'inexécution des contrats administratifs », RFDA, 2018, p.929.

<sup>256</sup> CE, ass., 2 févr. 1987, Société TV6 et Société France 5, préc., Lebon p. 29, RFDA 1987. 29, concl. M. Fornacciari.

lo que respecta a las partes, la jurisprudencia Béziers II ha establecido un recurso para impugnar la validez de la sanción ante el juez y oponerse a ella, con excepción de las sanciones coercitivas.

En cuanto a las rescisiones, no hay lugar para el debate, ya que solo contra ellas la jurisprudencia Béziers II permite emprender una acción para reanudar las relaciones contractuales. Aunque no se trata estrictamente de una anulación, hay que admitir que el resultado es el mismo: ordenar la reanudación de las relaciones contractuales y dejar sin efecto la medida de rescisión<sup>257</sup>.

Las sanciones pecuniarias, como las penalizaciones o los daños y perjuicios, están sujetas a un poder del juez que es comparable a un poder de anulación. Ya sea para las penalizaciones o los daños y perjuicios, estas sanciones pecuniarias pueden ser pronunciadas de dos maneras: ya sea a través de un título ejecutivo, ya sea durante el establecimiento del desglose. En ambos casos, el juez puede ser apelado de dos maneras diferentes: ya sea en el marco de una impugnación del desglose, ya sea directamente contra el título ejecutivo. Así, en el caso de impugnación de un título, el juez efectivamente tiene un poder de anulación<sup>258</sup>.

Independientemente del término utilizado para describir este poder (anulación, reforma, exoneración...), el juez conserva la posibilidad de cuestionar las sanciones, con la excepción de las sanciones coercitivas. Esto deja espacio para una evolución potencial. De hecho, las sanciones coercitivas, que implican la expulsión del contratista y pueden tener consecuencias similares, e incluso más graves, que la rescisión, deberían incluirse en la acción de reanudación de relaciones contractuales establecida por la jurisprudencia Béziers II. Esta extensión beneficiaría a la armonización del derecho de sanciones, así como a los derechos de los contratistas.

---

<sup>257</sup> Ibidem

<sup>258</sup> CE, 1er juill. 2011, n° 341191, Centre hospitalier de Roanne, AJDA 2011. 2198

# CONCLUSIÓN

En conclusión, la decisión unilateral de suspender la explotación de las piscinas municipales tomada por Vert Marine no puede ser clasificada en ninguna de las categorías existentes de rescisión. La única entidad facultada para tomar una decisión unilateral de este tipo es la entidad pública. Esto se deriva tanto de la naturaleza jurídica del contrato como de la tradición jurídica francesa, que otorga un lugar central a la noción de servicio público.

Esta decisión plantea muchas interrogantes tanto desde un punto de vista jurídico como contextual. En realidad, la problemática fundamental radica en que la explotación se vuelve simplemente más costosa, pero no imposible. Por lo tanto, esta suspensión no está justificada legalmente y atenta contra el principio de continuidad del servicio público, que tiene un valor constitucional. En última instancia, la naturaleza jurídica de esta decisión constituye un incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que conlleva consecuencias significativas.

La primera consecuencia es que el régimen jurídico de los contratos de concesión ya prevé dos soluciones para alentar al delegatario a continuar con la ejecución del contrato. Por un lado, la teoría de la imprevisión abre la posibilidad de una indemnización si se cumplen las condiciones requeridas. Por otro lado, siempre es posible realizar una modificación del contrato para hacer frente a circunstancias imprevisibles, respetando las reglas de la contratación pública y la protección de los fondos públicos. Es preferible optar por una decisión convencional para hacer frente a tal situación. Por otro lado, si el delegatario elige no continuar con la ejecución del contrato, la segunda consecuencia es evidente: se ejercerá el poder de sanción de la entidad pública.

Aunque la explotación de las piscinas municipales pueda ser más costosa, es importante tener en cuenta los nuevos riesgos presentes en estos contratos, que incluyen la posibilidad de sufrir pérdidas. Considerando que la naturaleza del riesgo en estos contratos ha cambiado (el riesgo de pérdida ya no puede ser excluido), se puede imaginar que el futuro dará lugar a muchas convulsiones, incluso en otros servicios públicos que no sean el de las piscinas municipales.

Esta evolución de los riesgos plantea preguntas sobre la conciliación de los principios legales con los desafíos ambientales reales. La gestión de servicios públicos como piscinas, pistas de esquí cubiertas, pistas de patinaje, crematorios, así como redes de calefacción, agua y saneamiento, plantea la cuestión

de su adecuación a los problemas ambientales contemporáneos. ¿Están en consonancia con los desafíos ambientales actuales? Este debate va más allá del marco legal y movilizará a juristas, legisladores, tribunales y administraciones en el futuro. Es fundamental encontrar soluciones que permitan conciliar las imperativas ambientales con la gestión eficaz de los servicios públicos, respetando al mismo tiempo los principios legales y las responsabilidades de los actores involucrados.

# BIBLIOGRAPHIE

ANSES, «Évaluation des risques sanitaires liés aux piscines», Avis de l'Afsset, Rapport d'expertise collective, Édition scientifique, 2012.

J-F. AUBY, «Activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Services communaux Resp. adm., 2023

A. BARDOUX, H. CHARREL, Charrel Associés, « Crise des piscines: la fermeture par le délégataire est-elle légale ? », 2022.

A.BLONDEAU, La concession de service public. Étude d'histoire du droit administratif, thèse Grenoble, 1929.

F.BOTTINI, « Concessions de service public autres que les délégations de service public», Fascicule n°698, JurisClasseur Administratif, 2021

F.BRENET, « La théorie du contrat administratif », AJDA, 2003.

F.BRENET, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », Fascicule n°695, JurisClasseur Administratif, 2021

F.BRENET, « Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration » : Dr. admin. 2015, comm. 12, note sous CE, 8 oct. 2014, n°370644, Société Grenke location.

N. CHIFFLOT, «La continuité du service public de justice judiciaire au temps du Covid-19 », Lexis 360, 2020, Procédure n°5, étude 14

P.COLEMAN, « La mise en régie ou l'exécution du contrat par substitution au cocontractant défaillant », RFDA, 2019.

DALLOZ, « Contrat administratif (Pouvoirs de l'administration) », Fiche d'orientation, 2021.

N. DOURLENS, R. DE MOUSTIER, « Les clauses de résiliation dans les contrats publics », Contrats- Marchés publ, 2014, prat. 2.

Y. DURAND, rapport au nom de la Commission des lois, JO Doc. AN, 1er session ordinaire 1992- 1993, 10 oct. 1992, n° 2941, p. 106.

G.ECKERT, «Contenu de la délégation de service public», Fascicule n°410, Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, 2022. Ibidem

G.ECKERT, «Exécution de la convention de délégation de service public», Fascicule n°430, Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, 2022.

G.ECKERT, «Exécution de la convention de délégation de service public», Fascicule n°430, Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, 2022.

P. ESPULGAS-LABATUT, « Notion de service public », Fascicule n°149, JurisClasseur Administratif, 2022

A. FITTE-DUVAL, « Le service public », Lexis360, 2021, Fiche pratique n°3351.

L. FOLLIOU-LALLIOT, « Exécution du contrat administratif. Obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration », Fascicule n°695, JurisClasseur Contrats et Marchés Publics, 2022

M. GOUCHON, « Piscines fermées par leur exploitant : une décision qui interroge au regard du droit de la commande publique », Landot Avocats, Le Blog juridique du monde public, 2022

R.GUINCHE, « La délégation du service public comme système de gestion d'un complexe aquatique : mise en exergue des enjeux stratégiques à travers l'exemple des trois établissements présents sur la Communauté d'Agglomération du Bassin d'Arcachon Sud », HAL open science, 2014

M.HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, préc., p. 1016 H.HOEPPFNER, « L'indéfectible théorie de l'imprévision », RFDA, 2022. H.HOEPPFNER, « Le dualisme de l'imprévision », RDI, 2022.

H.HOEPPFNER, et M. UBAUD-BERGERON, « La théorie de l'imprévision : retour vers le futur », AJDA, 2022.

IGD-UFR STAPS- Université de Caen Basse-Normandie, « Les partenariats public-privé dans le secteur des sports et loisirs en France. Cours de professeur sur les centres aquatiques », 2009.

G.JÈZE, Théorie générale des contrats de l'administration, Marcel Girard, 1931, p. 315. G. Péquignot, Théorie générale préc., id. ; Traité des contrats administratifs préc., p. 144. Laubadère, Moderne, Delvolvé, Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1984, p. 144 s.

J. LEBRET, « Suspension et résolution des contrats », Rev. crit. lég. et jur., 1924, p. 581-622, spéc. p. 594.

F.LEHOUX, «L'intérêt d'anticiper les modalités de la résiliation pour motif d'intérêt général : Contrats publ., 2015, p.36

LIBÉRATION, AFP, « Prix de l'énergie : la Fédération de natation appelle à une réouverture « immédiate » des piscines », 2022

F. LICHÈRE, La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique, AJDA 2020. 1105; — 156

- R. Noguellou, Les marchés publics et les concessions face à la crise sanitaire, RDI 2020. 360; rappr. Ch.-E. Bucher, Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ?, CCC 2020. Etude 5
- F. LINDITCH, « L'exécution aux frais et risques érigée au rang de sanction d'ordre public », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2021, n°9, comm. 2068
- G. MARCOU « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », RFDA, 1994, p.691
- J-P. MARKUS, « Décision unilatérale par Vert Marine de fermer des piscines : une décision illégale », L'actualité au prisme du droit, Le Club des juristes, 2022
- J-P. MARKUS, « La continuité de l'État en droit public interne : RDP 1999, p.1067.
- F.MELLEREY et F. BRENET, « Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 », 2005, Litec, no 32, p. 185
- U. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, « Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », Droit Administratif n°11, 2015, étude 14
- E. NIGRI, B. JALINIÈRE, « La résiliation d'un contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé de l'Administration à l'épreuve du droit public des contrats » : Lexis 360, Contrats et Marchés publ. 2014, étude 4
- G. PÉQUIGNOT, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, th. Pedone, 1945, p. 320 s.
- T. PEZ, « Le risque dans les contrats administratifs, Bibliothèque de droit public », t. 274, LGDJ, Lextenso éditions, 2006, 2013, p.5
- T. PEZ, « Le risque, les concessions et le marchés », RFDA, 2016, p.237
- D.PICOT, La Gazette des communes, « Piscines Ver Marine : les collectivités face à une situation inédite », 2022, pg 36-38
- E. POURCEL, « Sanctions-Exécution », Fascicule n°120, JurisClasseur Contrats et Marchés Publics, 2023
- D. RICCARDI, « Les transformations des régimes d'inexécution des contrats administratifs », RFDA, 2018, p.929.
- L.RICHER et F. LICHÈRE, « Droit des contrats administratifs », 11e éd., Manuel, LGDJ, 2019, n° 508

TABURET, Libération « Piscines fermées à cause de la hausse du prix de l'énergie : "Nous sommes tous tombés de l'armoire" » 2022

A. TARDIEU, concl. Sur CE, 7 août 1909, Winkell : S. 1909, 3, p. 145, note M. Hariou

P. TERNEYRE, « La notion de rupture :CP-ACCP », n°16, 2002, p.18

P.TESSIER, « Affaire Vert marine : les maires plient mais ne rompent pas », La Gazette des communes 2022

P. TIFINE, « Services publics locaux: notion de service public local », JurisClasseur Collectivités territoriales, Synthèse n°100, 2022

J-B. VILA, Entretien par zoom, 8 mars 2023.

J-B. VILA, La Tribune, « Fermeture des piscines municipales : quand le droit fait de la brasse coulée », 2022

J-B. VILA, Y. WELS, « La continuité du service public face à l'exploitation énergivore des piscines : funambulisme ou aqueduc juridique ? », JCP, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, 2022, n°37

# TABLE DES MATIERES

Résumé et mots-clés – Summary and keywords.....	9
Sommaire .....	11
INTRODUCTION .....	15
PARTIE I. LA DECISION DE SUSPENSION DE L'EXPLOITATION DES PISCINES MUNICIPALES .....	25
CHAPITRE I. LA NATURE JURIDIQUE DE LA DECISION DE SUSPENSION DE L'EXPLOITATION DES PISCINES MUNICIPALES.....	29
<b>Section I. La décision émanant du délégataire de service public : une décision non conforme aux catégories de résiliation habituelles.....</b>	<b>31</b>
§ 1. La résiliation conventionnelle.....	31
A. Les raisons pour lesquelles la décision ne peut être considérée comme une réalisation conventionnelle.....	32
B. Les éléments qui empêchent d'assimiler la décision à une résiliation tacite.....	33
§ 2. La résiliation unilatérale .....	34
A. La résiliation unilatérale par la personne publique.....	34
1. Les facteurs justifiant la non-assimilation de la décision à une résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général .....	35
2. Les facteurs justifiant la non-assimilation de la décision à une résiliation unilatérale pour faute.....	36
B. La résiliation par la personne privée pour exception d'inexécution.....	36
1. Les conditions restrictives de l'exception d'inexécution en droit administratif.....	37
2. Les raisons pour lesquelles la décision ne peut être qualifiée de résiliation pour exception d'inexécution dans le cas SPÉCIFIQUE.....	39
<b>Section II. La décision du délégataire de service public de suspendre l'exploitation des piscines municipales : un manquement aux obligations contractuelles.....</b>	<b>41</b>
§ 1. La suspension unilatérale des piscines municipales : une défaillance contractuelle par le délégataire de service public.....	41
Conclusion du chapitre I.....	45
CHAPITRE II. LA LEGALITE DE LA DECISION DE SUSPENSION DE L'EXPLOITATION DES PISCINES MUNICIPALES.....	47
<b>Section I. Les hypothèses dans lesquelles la suspension unilatérale du délégataire de service public est possible .....</b>	<b>51</b>
§ 1. La suspension pour un motif impérieux.....	51
§ 2. La suspension pour des raisons techniques .....	53
§ 3. La suspension pour force majeure .....	54
<b>Section II. L'atteinte au principe de continuité du service public .....</b>	<b>57</b>
§ 1. Le principe de continuité du service public : un fondement essentiel en droit administratif.....	57
§ 2. Les conséquences juridiques d'une rupture de l'exécution : le non-respect du principe	

de continuité du service public.....	58
Conclusion du chapitre II .....	61
Conclusion de la partie I.....	63
PARTIE II. LES CONSEQUENCES JURIDIQUES DE LA SUSPENSION DE L'EXPLOITATION DES PISCINES MUNICIPALES.....	67
CHAPITRE I. LES POSSIBILITES OUVERTES DU DELEGATAIRE DE SERVICE PUBLIC .....	71
SECTION I. LA THEORIE DE L'IMPREVISION : UN OUTIL JURIDIQUE POUR LES CIRCONSTANCES IMPREVISIBLES .....	75
§ 1. <i>La réaffirmation de l'existence autonome de la théorie de l'imprévision</i> .....	77
A. La codification de la théorie de l'imprévision.....	77
B. Les conditions étroites de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision .....	79
1. L'événement imprévisible et extérieur aux parties : une première condition remplie .....	79
2. Le bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat : une deuxième condition remplie.....	81
3. La poursuite de l'exécution du contrat par le cocontractant : une dernière condition non remplie ?.....	82
§ 2. <i>Les défis pratiques posés par la théorie de l'imprévision</i> .....	84
A. La rare application de la théorie de l'imprévision .....	84
B. La difficulté de parvenir un accord concernant l'indemnisation .....	88
SECTION II. LA MODIFICATION CONTRACTUELLE : UNE MANIERE DE REpondre AUX CIRCONSTANCES IMPREVISIBLES .....	91
1. La modification pour circonstances imprévues encadrée par les règles du code de la commande publique : une possibilité offerte au délégataire de service public .....	93
2. La modification du contrat encadrée par les règles de protection de deniers publics.....	94
Conclusion du chapitre I .....	97
<b>CHAPITRE II. LE POUVOIR DE SANCTION PAR L'AUTORITE CONCEDANTE .....</b>	<b>101</b>
SECTION I. LA PALETTE DES SANCTIONS SUSCEPTIBLES D'ETRE PRONONCEES PAR L'AUTORITE CONCEDANTE .....	107
§ 1. <i>Les sanctions pécuniaires</i> .....	107
A. Les pénalités contractuelles .....	107
B. L'exposition significative de Vert Marine aux pénalités contractuelles .....	109
§ 2. <i>Les sanctions coercitives</i> .....	110
A. La mise en régie / La mise sous séquestre .....	110
B. La possibilité moins fréquente mais néanmoins existante d'une sanction de mise en régie / mise en séquestre pour Vert Mrine.....	112
§ 3. <i>Les sanctions résolutoires</i> .....	113
A. La résiliation pour faute .....	113
1. La résiliation pour faute simple .....	113
2. La résiliation pour faute aux frais et risques du délégataire .....	115
B. L'exposition plausible du délégataire à une résiliation pour faute.....	116
SECTION II. LA LIBERTE CONDITIONNEE DE L'AUTORITE CONCEDANTE CONCERNANT SON POUVOIR DE SANCTION .....	119
§ 1. <i>La liberté encadrée de renoncer à l'imposer certaines sanctions</i> .....	119
§ 2. <i>Le contrôle renforcé du juge sur les sanctions</i> .....	120
A. Le contrôle de proportionnalité .....	120
B. Les voies de recours contre les sanctions .....	122
Conclusion du chapitre II .....	125
<i>Conclusion de la partie II</i> .....	129
CONCLUSION GENERALE .....	133
BIBLIOGRAPHIE .....	143
TABLE DES MATIERES.....	149