

# LAS “CLÁUSULAS EXORBITANTES”

Manuel de la Puente y Lavalle\*

Duguit<sup>1</sup> sostuvo en su momento que hablar de contrato de derecho privado y de derecho público es hablar de cosas que no existen y, por consiguiente, que no correspondía oponer estas nociones entre sí. Concluía sosteniendo la necesidad de eliminar, de una vez por todas, del lenguaje jurídico las expresiones “contrato de derecho privado” y “contrato de derecho público”, debiéndose hablar solamente de “contratos”.

Esta opinión fue objetada posteriormente por Jeze<sup>2</sup>, quien ha dicho acertadamente que es inexacto decir que entre los contratos administrativos y los contratos civiles no hay diferencia de fondo. “Si los tribunales administrativos son competentes para los contratos administrativos, es porque se trata de aplicar un régimen especial; el carácter esencial de los contratos administrativos es que se someten a un conjunto de reglas especiales”. Todas estas reglas especiales se resumen así: los efectos de los contratos administrativos no son los mismos que los de los contratos civiles. Quien concluye un contrato administrativo no solamente asume la obligación de no entorpecer el funcionamiento del servicio público, sino también de facilitararlo. Los contratos civiles suponen dos contratantes en pie de perfecta igualdad. El contrato administrativo propiamente dicho supone, esencialmente, dos contratantes que se reconocen en pie de desigualdad: uno representa al interés general, el servicio público; el otro, el interés privado del contratante. La noción de servicio público entraña la obligación, para la persona que se compromete por un contrato administrativo, de

*En el presente artículo el autor hace una reseña de los criterios que han servido para diferenciar los contratos que celebra la Administración Pública, conocidos como contratos administrativos, de los contratos civiles.*

*Es importante establecer un criterio de clasificación para los contratos mencionados, porque ambos parten de supuestos distintos y producen consecuencias diferentes. Así, en los contratos civiles las partes tienen una posición de igualdad una frente a la otra, mientras que en un contrato administrativo la Administración Pública ocupa un lugar privilegiado frente a su co-contratante.*

\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> Cita de MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1970, Tomo III-A, p. 23.

<sup>2</sup> JEZE, Gastón. “Principios generales del Derecho Administrativo”. Depalma: Buenos Aires, 1949, Tomo III, p. 314.

hacer prevalecer el funcionamiento del servicio público sobre sus propios intereses, aparte de la indemnización. Esta obligación tiene, pues, un carácter extensivo que no tiene la obligación resultante de los contratos civiles, aunque los celebre la Administración”.

Siguiendo esta última corriente de opinión, la doctrina moderna considera que los contratos que celebra la Administración Pública, o sea aquellos contratos en que ésta es una de las partes, son de dos tipos: los contratos “administrativos” propiamente dichos, y los contratos de “derecho común” (civil o comercial). Ambas categorías integran el género “contratos de la Administración”.

La contraparte en los contratos de la Administración pueden ser los particulares, individual o colectivamente, o también la misma Administración, a través de otro de sus órganos.

¿Cuáles son los criterios para diferenciar los contratos administrativos de los contratos de derecho común, tomando en consideración que en ambos, como se ha dicho, una de las partes es siempre la Administración Pública?

El primer criterio aplicado por el Consejo de Estado de Francia en 1900 ha sido el del servicio público. En el caso *Terrier* el Consejo dijo que “todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales - ya sea que la Administración actúe por vía de contrato, o que ella proceda por vía de autoridad -, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa”. El objeto del contrato administrativo sería, pues, el servicio público.

Años más tarde el mismo Consejo, en el caso *Thérond*, declaró que la Municipalidad de Montpellier “ha procedido teniendo en vista la higiene y la seguridad de la población, y ha tenido, en consecuencia, como fin, asegurar un servicio público”, agregando que “lo que da a un contrato carácter administrativo y funda la competencia de los tribunales administrativos, es el fin del servicio público en vista del cual es hecho”.

Sin embargo, este criterio fue más tarde abandonado por considerarse que el servicio público cuya satis-

facción se persigue con la ejecución de un contrato, no basta para calificar a éste como administrativo, ni su ausencia es suficiente para excluirlo de sus cuadros, caracterizándolo sin otras discriminaciones, pura y simplemente, como contrato de derecho privado.

Pequignot y Homont<sup>3</sup> anotan que “La condición relativa al servicio público provoca dificultades producidas por numerosas circunstancias, y, en primer término, la crisis de la noción del servicio público. Se ha señalado que la expresión servicio público es corrientemente empleada en diversos sentidos. Todos esos sentidos se reencuentran en la materia de los contratos”.

Agregan estos mismos autores que “esta crisis es bien real (...) no existe definición (...) permitiendo determinar con precisión las actividades de las empresas a las cuales debe atribuirse la calidad de servicios público” y recuerdan que el profesor Mestre escribía en 1924 que “no basta que se pueda pronunciar la palabra fatídica de servicio público para que se declare automáticamente en caso de litigio, lo contencioso administrativo”.

Descartado el criterio del servicio público, surge en la doctrina y jurisprudencia francesas el criterio de la cláusula exorbitante del derecho privado, en sentido lato, del derecho común.

Relata Diez<sup>4</sup> que en los años cincuenta la jurisprudencia francesa exigía dos condiciones para que el contrato de la Administración Pública fuera considerado un contrato administrativo: en primer lugar que se tratara de la organización y funcionamiento de un servicio público, y en segundo lugar que existiera una cláusula exorbitante del derecho privado. La función respectiva de estas dos condiciones ha sufrido una evolución en la jurisprudencia de ese período. En un principio, la condición de servicio público aparecía como predominante y aun como suficiente. Más adelante, las dos condiciones fueron puestas en un mismo pie de igualdad. Con posterioridad, la segunda condición, vale decir, la de la cláusula exorbitante del derecho privado, apareció como la más importante, y se puede preguntar si la condición de servicio público no está en vías de ser absorbida por la de la cláusula exorbitante.

Siguiendo esta línea de pensamiento, dice Bercaitz<sup>5</sup> que la diferencia entre los contratos administrativos

<sup>3</sup> Cita de BERCAITZ, Miguel Angel. “Teoría de los contratos administrativos”. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 201.

<sup>4</sup> DIEZ, Manuel María. “Derecho Administrativo”. Bibliográfica Omeba: Buenos Aires, 1965, Tomo II, p.446.

<sup>5</sup> BERCAITZ, Miguel Angel. Op. Cit. p. 207.

y los de derecho privado estriba en la existencia de cláusulas especiales insertadas en los primeros, que testimonian “un régimen jurídico especial de derecho público”.

Examinando el servicio de seguros contra los riesgos, el Comisario del Gobierno, Rivet<sup>6</sup>, ha declarado que se trataba de un verdadero “servicio público”, y que el contrato hecho con “cláusulas especiales” (fijación de autoridad, por el ministro, del valor de garantía, cláusula de reemplazo), es un “contrato administrativo”. “Es evidente que allí se halla el tipo mismo de la cláusula de naturaleza propiamente administrativa, de la cláusula que únicamente han podido inspirar poderosas razones de interés nacional, extrañas a las relaciones entre particulares, y, a menos que neguéis vuestra razón de ser no podéis dejar de admitir que la presencia de tal disposición en el contrato celebrado exige que seáis el juez de las controversias que se relacionan con la celebración o con la ejecución de este contrato”.

Estas cláusulas especiales han sido denominadas exorbitantes del derecho privado. Al respecto dice Bercaitz<sup>7</sup> que agotadas las posibilidades discriminatorias sobre la base del servicio público y del fin de la utilidad pública, la doctrina y la jurisprudencia francesa se han inclinado por la teoría de la cláusula exorbitante del derecho privado, en sentido lato, del derecho común.

En estas condiciones, el contrato administrativo puede serlo por razón de su objeto o por contener cláusulas exorbitantes del derecho común.

El contrato es administrativo por razón de su objeto cuando, tratándose de una prestación a cargo del contratante (contrato de colaboración) dicha prestación se relacione, directa e inmediatamente, con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los “fines públicos” propios de éste, y cuando, tratándose de una prestación a cargo de la Administración Pública (contrato de atribución) dicha prestación se refiera a un objeto que, dentro de los jurídicamente posibles como acto contractual, excluya la posibilidad de ser materia de un contrato entre particulares.

El contrato es administrativo por contener cláusulas exorbitantes cuando existen cláusulas especiales, exorbitantes del derecho privado, que testimonian

“un régimen jurídico especial de derecho público”.

Marienhoff<sup>8</sup> define las cláusulas exorbitantes del derecho común como aquéllas que sobrepasan el ámbito de ese derecho, sea porque en éste dichas cláusulas son “inusuales” o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían “ilícitas” por exceder el ámbito de la libertad contractual. En tales supuestos el contrato será “administrativo” por el solo hecho de contener dichas “cláusulas exorbitantes” del derecho común, con prescindencia total de su “objeto”.

Según el mismo autor, serían “inusuales” en derecho privado las cláusulas siguientes: la que faculte a la Administración Pública a rescindir el contrato por sí y ante sí; la que faculte a la Administración a dar instrucciones a su co-contratante acerca de cómo debe ir cumpliendo el contrato; la que confiera a la Administración poderes de control fuera de lo común. Esto último es así porque las cláusulas que supeditan el cumplimiento del contrato al control riguroso de una de las partes, son inhabituales en derecho privado entre personas particulares, donde, en general, el que asume una obligación dispone de cierta libertad para su ejecución: la sanción se producirá posteriormente si la ejecución fuese defectuosa. En cambio, el control preventivo o concomitante es habitual o de práctica corriente en la Administración. Pero no toda cláusula generalmente incluida en los contratos “administrativos”, propiamente dichos, debe considerarse - por eso sólo - exorbitante del derecho común. Así, las que establecen ciertos requisitos para la selección del co-contratante, como por ejemplo las que exigen el procedimiento de la “licitación” - en cualquiera de sus especies - no son ni implican cláusulas exorbitantes del derecho común, pues dicho procedimiento también tiene vigencia en los contratos de derecho privado, entre particulares. Tampoco sería exorbitante del derecho común una cláusula que establezca penalidades por retardo, pues tal tipo de estipulaciones, a parte de no ser ilícito en los contratos entre particulares, es habitual en ellos. Del mismo modo, la referencia que en un contrato de la Administración se haga a un “pliego de condiciones” no implica, por sí sola, una cláusula exorbitante: para que la implique es indispensable que dicho “pliego de condiciones” contenga, a su vez, alguna o algunas disposiciones que efectivamente constituyan cláusulas exorbitantes del derecho común; si esto

<sup>6</sup> Cita de JEZE, Gastón. Op. Cit. Tomo III, p. 336.

<sup>7</sup> BERCAITZ, Miguel Angel. Op. Cit. p. 207.

<sup>8</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit., Tomo III-A, p.74.

último no ocurre, la referencia al “pliego de condiciones” es irrelevante a los efectos de que aquí se tratan.

Sería “ilícita” en derecho privado la cláusula que, para el supuesto de falta de pago, faculte al acreedor hipotecario a vender, por sí mismo y sin intervención de la justicia, el inmueble gravado.

De acuerdo con Diez<sup>9</sup>, la cláusula exorbitante corresponde frecuentemente a la de una prerrogativa exorbitante o una prerrogativa de poder público. De allí, entonces, que la cláusula exorbitante sería la que comporta la puesta en acción de una de esas prerrogativas, en particular aquélla que en las relaciones de la Administración con el co-contratante confía a la primera poderes exorbitantes con respecto al segundo. Estas prerrogativas pueden establecerse de dos maneras: sea bajo la forma de prerrogativa establecida a favor de la Administración con relación a su co-contratante, sea bajo la forma de prerrogativa establecida a favor del co-contratante con relación a terceros.

Nos dice Marienhoff<sup>10</sup> que en los contratos “administrativos” propiamente dichos hay dos clases de “cláusulas exorbitantes” del derecho privado: las virtuales o implícitas y las expresas, especiales o concretas.

Las primeras corresponden a todos los contratos que son “administrativos” por razón de su propio “objeto”; es lo que ocurre en la concesión de servicio público; en la concesión de uso de una cosa del dominio público; en la relación de función o empleo público, etc. En toda esta categoría de contratos, las cláusulas exorbitantes “virtuales” constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponden a la Administración Pública en su carácter de órgano esencial del Estado, en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el campo del derecho público. Entre tales cláusulas implícitas o virtuales corresponde mencionar las siguientes: a) aquélla en cuyo mérito la Administración Pública tiene “ejecutoriedad propia” respecto a sus actos; b) la que faculta a la Administración Pública a “modificar” unilateralmente las obligaciones de su co-contratante, todo esto sin perjuicio de los correlativos derechos de éste derivados de esa modificación unilateral; c) la que autoriza a la Administración Pública a rescindir -extinguir- por sí y ante sí el contrato; d) aquélla en cuya virtud la Administra-

ción le confiere a su co-contratante poderes respecto a terceros (así, por ejemplo, el concesionario de un servicio público puede obtener atribuciones de carácter policial, derecho de imponer servidumbres administrativas, etc.); e) la que faculta a la Administración Pública a dirigir y controlar, en forma constante o acentuada, el cumplimiento o ejecución del contrato; etc. En todo contrato “administrativo” por razón de su “objeto”, las cláusulas exorbitantes, aunque no aparezcan escritas en el texto del documento, existen siempre en forma virtual o implícita como resultante de la índole misma del contrato: trátase de una cuestión de “principio” que, por tanto, no requiere norma expresa que la establezca.

Las segundas, o sea la cláusulas exorbitantes “expresas” o “especiales” son las incluidas concretamente en contratos que no son “administrativos” por su “objeto” mismo, pero que se convierten en “administrativos” a raíz de la cláusula exorbitante. Como consecuencia de esto, las cláusulas exorbitantes “expresas” o “especiales” pueden surgir o resultar: 1. del texto mismo del contrato, en el cual la cláusula haya sido concretamente incluida; 2. del complejo de textos o preceptos legales que regulan la actividad del ente de la Administración Pública, a cuyo complejo normativo el co-contratante se “adhiera”, ateniéndose a tal complejo, en el cual hállese establecida o comprendida la cláusula exorbitante.

Incluida en un contrato de la Administración, la cláusula exorbitante “expresa” convierte el contrato en “administrativo”, carácter que entonces derivará precisamente de la “cláusula exorbitante”.

Si el contrato fuere administrativo por razón de su “objeto”, la inclusión de la cláusula exorbitante carecerá entonces de importancia para determinar la naturaleza “administrativa” del contrato; éste seguirá siendo administrativo por razón de su “objeto”. La cláusula exorbitante “expresa” no altera la índole administrativa de un contrato, derivada ésta del “objeto” del contrato.

De modo que el contrato “administrativo” por razón de cláusulas exorbitantes “expresas”, apareja dos órdenes de prerrogativas para la Administración: 1. la concretamente derivada de la cláusula exorbitante expresa; 2. las prerrogativas implícitas emergentes a todo contrato administrativo, sea éste por su objeto o por contener cláusulas exorbitantes expresas.

<sup>9</sup> DIEZ, Manuel María. Op. Cit. Tomo II, p.446.

<sup>10</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Op. Cit. Tomo III.A, p. 80.

Cuenta Bercaitz<sup>11</sup> que con motivo del caso de los esposos Bertin, el Consejo de Estado francés dictó sentencia el 20 de abril de 1956 declarando que el contrato celebrado con ellos, en tanto tenía por objeto confiarles “la ejecución misma del servicio público”, era, por esa sola circunstancia, administrativo, sin que fuera “necesario buscar si el citado contrato lleva consigo cláusulas exorbitantes del derecho común”. Se pensó que dicho fallo importa-

ba un retorno violento “al antiguo criterio del servicio público”, pero fallos posteriores exigieron para declarar administrativo un contrato la concurrencia de dos condiciones a la vez: a) que fuera relativo a la organización y funcionamiento de un servicio público y a su ejecución; b) que contuviera una o varias cláusulas exorbitantes del derecho común, lo cual demuestra la vulnerabilidad e insuficiencia del criterio del servicio público.

<sup>11</sup> BERCAITZ, Miguel Angel. Op. Cit. p. 217.