

## §41. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

*Claudia Briceño de Muci*

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello

El Estado para el cumplimiento de sus fines y la satisfacción de las necesidades públicas requiere de la colaboración y/o participación de los administrados. Al efecto, la Administración hace uso de la figura contractual para obtener la prestación de los servicios públicos o el suministro de bienes patrimoniales.

Estas relaciones contractuales pueden materializarse a través de contratos regidos por el derecho común o de contratos administrativos regidos principalmente por el derecho administrativo, en los cuales la relación bilateral que nace se somete a un régimen preponderante de derecho administrativo en virtud del servicio público o debido a la satisfacción del interés público por parte del contratista

En Venezuela, la teoría del contrato administrativo fue desarrollado de forma prematura y avanzada por la jurisprudencia a partir de la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944 (Astilleros la Guaira). No obstante, no goza de una regulación legal que aborde la noción de contrato administrativo, este concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, que se han valido de elementos como el de servicio público y el de cláusulas exorbitantes para definir a los contratos administrativos.

El tema de las prerrogativas de la Administración Pública constituye un punto fundamental en la “Teoría de los Contratos Administrativos”, ya que aporta un elemento clave como son las “cláusulas exorbitantes”. En el presente trabajo desarrollaremos lo relativo a las cláusulas exorbitantes, a los fines de determinar si son éstas un elemento necesario para definir un contrato como administrativo o son una manifestación de los privilegios y prerrogativas de la Administración que se encuentran implícitas en todos los Contratos Administrativos como consecuencia del principio de autotutela.

### I. DEL FUNDAMENTO TELEOLÓGICO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

#### 1. Privilegios y prerrogativas de la Administración

La Administración se encuentra en un posición privilegiada frente a los administrados lo cual tiene su fundamento en el interés general de la colectividad que esta tutela. La Administración, debido a la posición de supremacía que ocupa detenta una serie de privilegios y prerrogativas que se manifiestan en su actuación frente a los particulares.

Esta posición privilegiada de la Administración tiene su fundamento histórico en la Revolución Francesa, la cual enterró las clases privilegiadas y los poderes intermedios como consecuencia del principio de igualdad y reunió todos esos poderes en el seno de una Administración centralizada, fenómeno éste que nos lo explica el catedrático García de Enterría citando a Hauriou, de la siguiente forma: “Las prerrogativas como los privilegios, han sido desterrados de las relaciones sociales por la Revolución, pero no han sido de las relaciones políticas; por el contrario, se han concentrado en las manos del Gobierno y de la Administración...La Administración Pública ha sucedido a las clases privilegiadas del antiguo régimen en el papel de gestor de negocios del público, ella ha heredado por lo mismo sus prerrogativas”.<sup>1</sup>

Los privilegios y prerrogativas de la Administración en materia contractual se evidencia en la relación de subordinación del particular co-contratante con respecto a la Administración contratante, tal como lo explica la doctrina de la Procuraduría General de la República “El particular, el co-contratante de la Administración por un acto de propia voluntad contrata con ella y se sitúa en la relación jurídica en un plano de subordinación. El fundamento, pues, de esta desigualdad jurídica, de esta subordinación del particular frente a la Administración, es el fin público o la finalidad de servicio público con miras a la cual contrata la Administración”.<sup>2</sup>

En materia contractual estos privilegios y prerrogativas de la Administración frente los particulares co-contratantes en la ejecución de los contratos administrativos, se materializan a través de las llamadas cláusulas exorbitantes. En este sentido, los catedráticos españoles García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, afirman que “las prerrogativas del poder público, las cláusulas exorbitantes estrictamente tales, que según sus teorizadores originarios, harían normalmente ilícito un contrato civil si se llegaran a insertar en él”.<sup>3</sup>

En conclusión, las cláusulas exorbitantes en materia contractual se traducen en prerrogativas que amparan a la Administración frente al particular co-contratante, debido a la posición jurídica privilegiada de la Administración quien al contratar tutela intereses generales o colectivos.

## 2. Autotutela de la Administración

Lo que da origen al principio de autotutela de la Administración es la posición de la Administración con respecto al poder judicial, al ser la Administración un poder investido de privilegios y prerrogativas, está capacitada para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, sin necesidad de intervención judicial ya que lo que motiva la autotutela de la Administración es la satisfacción directa del interés general por parte de ésta. Este principio de autotutela administrativa es aplicado por la doctrina a los actos administrativos que en virtud de la autotutela se constituyen en títulos ejecutivos y ejecutorios, pudiendo la Administración exigir su cumplimiento y ejecutarlos forzosamente sin intervención judicial. Al efecto, los profesores españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan expresamente que la autotutela” aparte de

---

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución y Administración Contemporánea*, Madrid, 1994, p.56

2 Doctrina de la Procuraduría General de la República del año 1980, en BREWER CARIAS, Allan, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1997, p. 70.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 662

eximir a la Administración de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, la faculta para el uso directo de la coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada”.<sup>4</sup>

La autotutela administrativa, como privilegio de la Administración que es, le permite a ésta declarar sus derechos y ejecutarlos, sin necesidad de intervención judicial, pero no de forma definitiva, ya que siempre queda el control judicial posterior tendente a revisar la legalidad de la actuación administrativa y proteger los derechos subjetivos afectados.

Este principio de autotutela administrativa podemos aplicarlo, también, al campo del contrato administrativo en el cual la Administración actúa haciendo valer su situación privilegiada en virtud de la satisfacción directa del interés general. Esta potestad de autotutela de la Administración, se manifiesta en materia de contratos administrativos, en las llamadas cláusulas exorbitantes, las cuales le permiten a la Administración actuar de forma coactiva sin necesidad de intervención judicial, pudiendo, en consecuencia, modificar el contrato administrativo, interpretarlo e incluso rescindirlos por razones de interés general y sin necesidad de intervención por parte del juez. En este sentido Rafael Badell, afirma en su libro sobre Contratos Administrativos que: “En realidad las llamadas “cláusulas exorbitantes” son poderes que detenta la Administración pública como consecuencia del Principio de Autotutela Administrativa”.<sup>5</sup>

Ahora bien, esta potestad de modificar el contrato, interpretarlo, y rescindirlos de forma unilateral, que tiene la Administración, no es definitiva, ya que siempre le queda al particular la posibilidad de impugnar en vía judicial el acto, mediante el cual la Administración haya ejecutado la correspondiente cláusula exorbitante; a los fines de que el Juez controle la legalidad de dicha actuación de la Administración y proteja los derechos de los particulares que hubieren resultado afectados.

## II. DE LOS TIPOS DE CLÁUSULAS EXORBITANTES

### 1. Cláusulas en contra de la Administración

Si bien pareciera que las cláusulas exorbitantes se traducen en ventajas o privilegios para la Administración, ello no es del todo cierto, ya que también las cláusulas exorbitantes pueden consagrarse en contra de la Administración pero a favor del interés general; ello ocurre en aquellos casos en que la Administración sacrifica su posición privilegiada en aras de proteger el interés colectivo, colocándose en efecto en una situación de desventaja frente al co-contratante. Al efecto, en algunas situaciones la administración le proporciona alguna ventaja al particular co-contratante en aras de buscar la colaboración de éste en la prestación del servicio público en pro del interés de la colectividad y ello se traduce en una desventaja aparente para la administración. Un ejemplo de cláusula exorbitante en contra de la Administración; sería aquella mediante la cual se le otorga al particular facilidades y beneficios de pago en la compra de un terreno ejido, a los fines de ayudarlo a desarrollar en dicho terreno una obra en pro de la colectividad.

---

4 *Ibidem*, p. 503.

5 BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *Contratos Administrativos*, Caracas, 1999, p. 118.

## 2. Cláusulas a favor de la Administración

La mayoría de las cláusulas exorbitantes de la Administración se constituyen a favor de ésta, ya que las cláusulas exorbitantes por excelencia contienen privilegios o ventajas a favor de la Administración. Las prerrogativas de la Administración en materia contractual se manifiesta a través de las cláusulas a favor de la administración tales como son: a) el poder de revocar o rescindir el contrato unilateralmente por razones de orden público; b) facultad de modificar unilateralmente el contrato; c) poder de interpretar unilateralmente el contrato; y d) facultad de controlar y dirigir el contrato. De seguida desarrollaremos cada una de estos tipos de cláusulas exorbitantes en aras de determinar la extensión de las prerrogativas de la Administración en materia contractual:

### A. Poder de extinción unilateral del Contrato

La Administración tiene la facultad de rescindir unilateralmente el contrato ya sea por incumplimiento por parte del particular co-contratante o por razones de interés general, es decir queda facultada la Administración para rescindir unilateralmente los contratos administrativos haya falta o no del contratante, teniendo la decisión de la Administración efecto ejecutorio.

Esta potestad que tiene la Administración es inherente a la posición privilegiada de la Administración y al fin de protección del interés general, por tanto es una facultad inherente a los contratos administrativos no pudiendo la Administración renunciar a ella.

Sobre la facultad que tiene la administración de rescindir unilateralmente el contrato administrativo y sobre el carácter de facultad irrenunciable, se pronunció la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia del 14 de junio de 1983, en la cual señaló que:

El contrato administrativo autoriza a la Administración a rescindirlo unilateralmente juzgando el incumplimiento del particular que con ella lo suscribiera. A quien en todo caso queda abierta la vía del contencioso para asegurarse, en un debate ante el juez competente, la preservación de la ecuación económica del contrato, si la causa de la rescisión no le fuera imputable como lo sentara este Supremo Tribunal en la citada sentencia del 12-11-54 (Corte Federal): "...en el campo de acción de los contratos administrativos, y aunque no conste en las cláusulas de la convención, la rescisión de ellos, cuando así lo demandan los intereses generales y públicos. Es una facultad que la Administración no puede enajenar ni renunciar..."<sup>6</sup>

Ahora bien, es necesario distinguir, cuando la Administración rescinde el contrato administrativo por incumplimiento del co-contratante, caso en el que la Administración no tiene que indemnizar al particular porque la rescisión se fundamenta en su incumplimiento y cuando la Administración rescinde el contrato por razones de utilidad pública o interés general, caso en el que la Administración tiene que indemnizar al particular por el daño causado. Al efecto, la Ley de Concesiones (Decreto-Ley N° 138 de fecha 20 de abril de 1994 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales) prevé en su artículo 50 la extinción del contrato por parte de la Administración por incumplimiento grave del concesionario y en su artículo 53, por su parte, prevé la potestad que tiene la Administración de rescatar la concesión por razones de utilidad o interés público y previa indemnización del concesionario.

---

<sup>6</sup> Sentencia de la SPA-CSJ del 14-6-83 (caso *Acción Comercial*) en ORTIZ ALVAREZ, Luis y MASCETTI, Giovanna, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos*, Caracas, 1999, p. 81.

Por último cabe citar una decisión reciente de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1 de febrero de 2001, donde se señaló expresamente:

...que la Administración tiene la facultad de resolver unilateralmente los contratos administrativos en los que sea parte, por distintas razones: de legalidad, cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia; de interés general o colectivo; y a título de sanción, en caso de falta grave o incumplimiento del co-contratante.<sup>7</sup>

#### B. Facultad de modificar unilateralmente el contrato (*Ius Variandi*)

Otra de las potestades exorbitantes de la Administración en la ejecución del contrato se manifiesta en la potestad que tiene ésta de alterar o modificar unilateralmente las condiciones del contrato. Esta potestad rompe con el principio de derecho privado de la intangibilidad del contrato<sup>8</sup>, pero no quiere decir que el contrato administrativo no tenga fuerza obligatoria entre las partes, sino que con base en las prerrogativas de la Administración, ésta puede de forma unilateral modificar las condiciones pactadas, en aras de satisfacer necesidades públicas, pero no de una forma discrecional; sino respetando algunos límites objetivos, teleológicos y legales.

La facultad que tiene la Administración de modificar unilateralmente el contrato administrativo tienen su fundamento en las exigencias del interés general de la comunidad, que es variable, por lo que durante la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por la contratista.

La Administración puede modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato, no obstante debe mediar indemnización si la modificación del contrato por parte de la Administración altera el equilibrio o la ecuación económico-financiera del mismo, lo que no quiere decir que el *ius variandi* se ve limitado por el interés particular, por el contrario la Administración en aras de proteger el interés general tiene una facultad amplia de modificar el contrato administrativo. Al efecto se han pronunciado los catedráticos españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, señalando que: “Al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *ius variandi* de la Administración contratante es ilimitado en extensión e intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”<sup>9</sup>

Este tipo de cláusulas exorbitantes se manifiestan comúnmente en los contratos de obras públicas, en los cuales la Administración puede modificar desde el objeto del contrato (modificación cualitativa y cuantitativa de la obra) hasta la forma de ejecución del mismo. Esta potestad de modificación unilateral del contrato se encuentra consagrada expresamente en las “Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras” (Decreto N° 1417 de fecha 31 de julio de 1996)

En este mismo sentido, la Ley de Concesiones (Decreto-Ley N° 138 de fecha 20 de abril de 1994 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales) regula la potestad de modificación unilateral de la administración en su artículo 39, el

7 Sentencia de SPA-TSJ del 1 de febrero de 2001, consultada en <http://www.tsj.gov.ve>

8 “El principio de intangibilidad del contrato significa, pues, que las partes no pueden sustraerse a su deber de observar el contrato tal como él fue contraído en su conjunto y en cada una de sus cláusulas” (MELICH ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, Caracas, 1993, p. 368)

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1991, p. 703.

cual prevé que “desde que se perfeccione el contrato, el ente concedente podrá modificar, por razones de interés público y mediante acto debidamente motivado, las características de las obras y servicios contratados”.

No obstante, cabe aclarar que la potestad de modificar unilateralmente el contrato no es una potestad que tenga la Administración únicamente en los contratos de obra y en las concesiones, es una facultad que tiene la Administración en cualquier clase de contrato administrativo, es decir es una facultad inherente a la Administración cuando esta celebra cualquier contrato administrativo, por lo que no requiere reconocimiento expreso en el texto del Contrato.

Sobre este punto se pronunció la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de fecha 27 de enero de 1993, en la cual señaló que:

La potestad de modificación unilateral, con el debido al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico, fue también colocada dentro de las posibilidades de la Administración de ejercer su supremacía en el negocio jurídico, por cuanto a través de ella la Administración puede cambiar, de acuerdo con sus propios intereses, alguno o algunos de los elementos del contrato, no solamente en un sentido cuantitativo, sino también, en ciertos casos, en sentido cualitativo....las cláusulas como la antes mencionada podían incluso ser implícitas, es decir, no figurar en forma expresa en el texto del contrato y, sin embargo, considerarse presentes en el mismo por estar con-  
sustanciadas con la naturaleza de la relación jurídica creada<sup>10</sup>.

Por último, cabe recalcar que la potestad de alterar unilateralmente el contrato, no constituye un poder discrecional e ilimitado; tanto la doctrina y la jurisprudencia han señalado que dicho poder tiene que respetar algunos límites objetivos, teleológicos y legales. Los objetivos implican que no se puede modificar en sí el objeto del contrato, debiendo en todo momento conservarse la naturaleza del contrato celebrado. El límite teleológico obedece a que la finalidad alegada por la administración para introducir cambios en el contrato sea cierta, y responda a razones de interés general; y el último límite que es el legal se fundamenta en que el acto administrativo, a través del cual se modifique el contrato, este acorde con el ordenamiento jurídico aplicable, respetando el principio de legalidad y competencia que ordena a los actos administrativos.

### C. Poder de interpretar unilateralmente el contrato

Esta facultad se traduce en la posibilidad que tiene la Administración de tomar decisiones ejecutivas respecto a la interpretación del contrato y el alcance de las obligaciones del particular co-contratante. Es decir, la Administración como consecuencia de los privilegios que detenta tiene la facultad de interpretar, mediante actos administrativos, el alcance de los contratos administrativos por ésta celebrados.

Esta facultad de interpretación es una facultad implícita en todos los contratos administrativos por lo que no requiere de previsión expresa en el contrato. Sobre esta facultad de la Administración se han pronunciado los catedráticos españoles García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, señalando que “no se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratado sin interrupciones perjudiciales para el interés general”<sup>11</sup>.

---

10 Sentencia de la SPA-CSJ del 27-01-93 (Caso *Hotel Isla de Coche II*) en ORTIZ ALVAREZ, Luis y MASCETTI, Giovanna, *op.cit.*, p. 486.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 701

Sobre el carácter no definitivo de la interpretación hecha por la Administración, en Venezuela hay que tener en cuenta que la Administración al interpretar el contrato debe hacerlo a través de un acto administrativo, por lo que, siempre queda a salvo el derecho del contratista, que de no estar de acuerdo con la interpretación de la Administración, puede recurrir en vía administrativa y luego en vía jurisdiccional contra dicho acto de interpretación.

#### D. Poder de controlar y dirigir el contrato

Entre las cláusulas exorbitantes a favor de la administración encontramos el poder que tiene la Administración de dirigir y controlar la ejecución del contrato a través de la inspección y la fiscalización. Este control se manifiesta en los aspectos técnicos, comerciales financieros y legales del Contrato administrativo. Al efecto, cabe destacar que ese control que ejerce la Administración en la ejecución del contrato tiene su fundamento en el interés general que esta tutela.

Los poderes de control y dirección que tiene la Administración en la ejecución del contrato se manifiestan especialmente en el caso de los contratos de concesión, dado el interés público inherente a esa modalidad contractual. En ese sentido, el artículo 37 de la Ley de Concesiones (Decreto-Ley N° 138 de fecha 20 de abril de 1994 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales), prevé que el concedente puede disponer en todo momento de las medidas de inspección, vigilancia y control necesarias para asegurar el cumplimiento del contrato, y, en particular, para verificar el adecuado desempeño del concesionario y comprobar la conformidad existente entre el proyecto o la obra ejecutados y las condiciones de calidad y demás especificaciones técnicas fijadas en el pliego de condiciones, en el contrato, y si fuere el caso, las que se desprendan de las instrucciones emanadas del ente concedente.

### III. DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES. ANÁLISIS DEL CONCEPTO

#### 1. Noción General

Esta figura de las cláusulas exorbitantes tiene su origen en Francia donde se definía como aquellas estipulaciones “cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de derecho común” o también, “cláusulas que, por su naturaleza, difieren de aquellas que puedan insertarse en un contrato análogo de derecho civil”.<sup>12</sup>

En Venezuela, las cláusulas exorbitantes han sido definidas por la jurisprudencia como “aquellas que constituyen expresiones de potestad o prerrogativa que le corresponden a la Administración en cuanto ella ejercita su capacidad de actuar en el derecho público”, se trata de cláusulas que insertas en un contrato de derecho civil resultarían inusuales o ilícitas por contrariar la libertad contractual”.<sup>13</sup>

---

12 VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, p.191.

13 Sentencia de la SPA-CSJ de fecha 24 de mayo de 1995 en BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, p. 32.

## 2. Enfoque doctrinario y jurisprudencial

### A. Como criterio utilizado para definir el contrato administrativo

La jurisprudencia Francesa pionera en materia de Contratos Administrativos, identificaba a las cláusulas exorbitantes como un criterio utilizado para definir un contrato como administrativo. Al efecto señala Vedel que “la cláusula exorbitante confiere al contrato firmado por una persona pública carácter administrativo aunque dicho contrato no tenga relación alguna con el servicio público”.<sup>14</sup>

Esta teoría heredada de la jurisprudencia francesa fue acogida por la jurisprudencia Venezolana la cual, en un comienzo, destaca la importancia de las cláusulas exorbitantes a los fines de definir un contrato administrativo, pero advierte que ante la ausencia de las cláusulas exorbitantes la noción de servicio público cobra absoluta vigencia. Al efecto, la Sala Política Administrativa, mediante sentencias de fecha 14 de junio de 1983, caso Acción Comercial y 11 de agosto de 1983, caso *Cervecería de Oriente*, señaló que:

“la presencia de “cláusulas exorbitantes en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público entraña”.<sup>15</sup>

Luego, la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia mediante decisiones de fechas, 22 de febrero de 1990, caso *J.R. & Asociados, S.R.L.*; 04 de marzo de 1993, caso *Tenerías, C.A.*; y, 17 de noviembre de 1994, caso *Sateca Nueva Esparta*, declaró expresamente que se está en presencia de un contrato administrativo cuando se evidencia la existencia de cláusulas exorbitantes. Al efecto señala la Sala:

...un contrato administrativo se puede identificar por la presencia en su texto de “cláusulas exorbitantes” que son disposiciones contractuales impuestas por el ente administrativo contratante con el fin de anteponer el interés público al interés privado del co-contratante y en consecuencia ajena a los contratos de derecho privado...<sup>16</sup>.

Posteriormente, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión de fecha 16 de marzo de 2000 (Caso *Constructora Pedeca, C.A. vs Gobernación del Estado Anzoátegui*) en ponencia del Magistrado Carlos Escarrá, reiteró su criterio en torno a los elementos que permiten calificar un contrato como “administrativo”, lo cuales son que:

Una de sus partes sea una persona político territorial. Su objeto verse sobre la gestión de un servicio público; y Se encuentran presentes en el contrato cláusulas que le otorgan potestades a la administración contratante que rebasan el régimen propio los contratos que se rigen por derecho privado (cláusulas exorbitantes). (Consultada en original).

Recientemente, la Sala Política Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisiones reiteradas de fecha 27 de julio de 2000, 12 de julio de 2001 y 15 de noviembre de 2001, con ponencia de Levis Ignacio Zerpa las dos primeras y Hadel Mostafa Paolini, la última, señaló expresamente que:

14 VEDEL, George, *ob. cit.*, p. 192

15 BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, pp. 95-97

16 Sentencia del 17 de noviembre de 1994, caso *Sateca Nueva Esparta*, en BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, p. 115



“la reiterada jurisprudencia de la Sala, la cual ha señalado como características esenciales de los contratos administrativos: 1) Que una de las partes en el contrato sea un ente público; 2) La presencia en el contrato de las llamadas cláusulas exorbitantes; y 3) La finalidad y utilidad de servicio público o de intereses públicos en el contrato”

“que la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido reiteradamente, que un contrato administrativo se puede identificar por la presencia en su texto de “cláusulas exorbitantes” -que son disposiciones contractuales impuestas por el ente administrativo contratante con el fin de anteponer el interés público al interés privado del co-contratante y, en consecuencia, ajena a los contratos de derecho privado...”

De las sentencias citadas, podemos concluir que tanto la extinta Corte Suprema de Justicia como el actual Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, han sostenido de forma reiterada, que las cláusulas exorbitantes son un elemento esencial para definir un contrato como administrativo, ya que un contrato se califica como administrativo si en él están presentes las llamadas cláusulas exorbitantes.

#### B. Como Cláusulas presentes de manera tácita o implícitas en todos los contratos Administrativos como consecuencia de las prerrogativas de la Administración

Si bien, la mayoría de las sentencias de la Sala Político Administrativa, tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia como del Tribunal Supremo de Justicia, conciben las cláusulas exorbitantes como estipulaciones contenidas en los contratos y cuya presencia determina el carácter administrativo de los mismos. Podemos señalar algunas sentencias que se separan de ese criterio y afirman que las mismas son implícitas a la naturaleza administrativa del contrato y son consecuencia de las prerrogativas de la Administración.

Al efecto, cabe citar dos sentencias de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fechas 1-4-86 y 27-1-93 (caso *Hotel Isla de Coche I y II*) que si bien llegan a conclusiones distintas, afirman, en la primera que las cláusulas exorbitantes constituyen “el efecto y de ninguna manera la causa del servicio público objeto de este tipo de contratación y en la otra, que las cláusulas exorbitantes “podían incluso ser implícitas, no figurar en el texto del contrato y sin embargo, considerarse presentes en el mismo consustanciadas por la naturaleza de la relación jurídica creada”

En igual sentido, la Corte Primera de lo Contencioso- Administrativa mediante sentencia de fecha 9 de diciembre de 1993 (caso *Elisa Gonzalez de Benzo y otros*) afirmó expresamente que:

De acuerdo a los criterios más recientes de la Sala Político- Administrativa de la Corte Suprema de Justicia lo que distingue al contrato administrativo es la noción de servicio público, pues la presencia de cláusulas exorbitantes, aun cuando constituye un índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público entraña. La cláusula exorbitante es así el efecto y de ninguna manera la causa del servicio público<sup>17</sup>.

Posteriormente, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante decisión de fecha 6 de agosto de 1998, avanzó en su criterio e inclusive llegó a afirmar que las cláusulas exorbitantes son el producto del ejercicio de poderes

---

17 Consultada en: BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, p. 114.

extracontractuales y “son poderes que detenta la Administración pública como consecuencia del principio de autotutela administrativa”<sup>18</sup>.

Recientemente, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisiones de fechas 13 de julio de 2000 y 5 de febrero de 2002, insiste en señalar la presencia de cláusulas exorbitantes como una de las características para definir un contrato como administrativo, pero avanza, al decir que las mismas no necesitan estar expresamente contenidas en el Contrato. Al efecto señaló la Sala que:

“los contratos celebrados ...poseen las tres características básicas de todo contrato administrativo, a saber: 1.- Una de las partes es un ente público, 2.- el contrato tiene una finalidad de utilidad pública o la prestación de un servicio público, y 3.- como consecuencia de lo anterior, se entiende la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto del mismo.”<sup>19</sup>

Como podemos observar, tanto la extinta Corte Suprema de Justicia como el actual Tribunal Supremo de Justicia y la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en algunas sentencias han llegado a afirmar que las cláusulas exorbitantes son implícitas a la naturaleza del contrato administrativo, siendo consecuencia del principio de autotutela. Igualmente, han afirmado que las mismas no tienen que estar contenidas en forma expresa en el contrato y que su presencia no es necesaria para definir un contrato como administrativo, ya que las cláusulas exorbitantes, lo que hacen es revelar la noción de interés general que el servicio público entraña. No obstante es la doctrina la que en forma más enérgica fundamenta este criterio.

Al efecto, el profesor Rafael Badell sostiene que las cláusulas exorbitantes pueden constituir un índice para calificar un contrato como administrativo, pero las mismas son virtuales e implícitas y se entienden incorporadas -tácitamente- en todos los contratos administrativos y en consecuencia son poderes que detenta la Administración como consecuencia del principio de autotutela.<sup>20</sup>

Para Brewer-Carías, las cláusulas exorbitantes “no son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la Administración Pública”, por lo que no necesitan estar previstas en el texto contractual, y al no ser cláusulas contractuales, no pueden servir para distinguir unos contratos de otros”<sup>21</sup>.

En igual sentido, los catedráticos españoles García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, afirman que las cláusulas exorbitantes son extracontractuales y provienen de los poderes propios de la Administración como gestora del interés público. Al efecto, señalan expresamente que “este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela..., de modo que es en sí mismo extracontractual”<sup>22</sup>.

En apoyo a esta tesis, sostiene Garrido Falla que las cláusulas exorbitantes constituyen una manifestación de las prerrogativas de la Administración que se justifican en la tutela del interés público por parte de la Administración.<sup>23</sup>

18 BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*, p. 119.

19 Consultadas en: <http://www.tsj.org.ve>

20 V., BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *ob. cit.*

21 Al efecto véase, BREWER-CARIAS, Allan, *ob. cit.*, pp. 47 y 48.

22 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón, *ob. cit.*, p. 662.

23 V., GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, Madrid, 1991, p.81.

En nuestra opinión, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia debe abandonar el criterio sentado, de forma reiterada, por sus jurisprudencia, conforme al cual las cláusulas exorbitantes constituyen un requisito esencial para definir un contrato como administrativo y debe avanzar, como bien lo ha hecho la doctrina tanto nacional como extranjera, en el sentido de sostener que las cláusulas exorbitantes son implícitas e inherentes a la naturaleza de los contratos administrativos, ya que son consecuencia de las prerrogativas y privilegios de los que goza la Administración Contratante como consecuencia del principio de autotutela.

#### IV. CONCLUSIONES

- Luego de haber analizado la figura de las cláusulas exorbitantes, podemos concluir que las mismas no son estipulaciones que deben estar contenidas en el texto del contrato y, por ende, no sirven para clasificar un contrato como administrativo o no, a lo sumo constituyen un índice que nos sugiere que estamos frente a un contrato administrativo.

- Las cláusulas exorbitantes son inherentes a la naturaleza de los contratos administrativos, es decir, se entienden incorporadas -tácitamente- en todos los contratos administrativos, ya que son expresión de los poderes que detenta la Administración como consecuencia del principio de autotutela, que le permite a la Administración actuar de forma coactiva sin necesidad de intervención judicial.

- En consecuencia, las cláusulas exorbitantes en materia contractual se traducen en prerrogativas que amparan a la Administración frente al particular co-contratante, debido a la posición jurídica privilegiada de la Administración quien al contratar tutela intereses generales o colectivos.

Somos de la opinión, siguiendo el criterio del profesor español García de Enterría, que las cláusulas exorbitantes no pueden servir para definir un contrato como administrativo, ya que las mismas además de estar implícitas en el contrato, como consecuencia de la naturaleza del mismo, son EXTRA CONTRACTUALES y provienen de los poderes propios de la Administración como gestora del interés público

- Las cláusulas exorbitantes se materializan en la potestad que tiene la Administración de revocar o rescindir el contrato unilateralmente por razones de orden público; modificar unilateralmente el contrato *ius variandi*; interpretar unilateralmente el contrato; y controlar y dirigir el contrato. No obstante, esta potestad no es ilimitada, ya que siempre la Administración debe respetar los derechos de los co-contratantes y, por tanto, lograr que no se rompa el equilibrio económico y financiero del contrato. Igualmente, no es definitiva, ya que siempre le queda al particular la posibilidad de impugnar en vía judicial el acto, mediante el cual la Administración haya ejecutado la correspondiente cláusula exorbitante; a los fines de que el Juez controle la legalidad de dicha actuación de la Administración y proteja los derechos de los particulares que hubieren resultado afectados.

Por último, cabe concluir que si bien en algunas sentencias tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia, como del Tribunal Supremo de Justicia y de la Corte Primera, se ha hecho referencia al carácter implícito de las cláusulas exorbitantes, la jurisprudencia -de forma reiterada- se ha valido de la figura de las cláusulas exorbitantes para definir los contratos como administrativos. No obstante, somos de la opinión que debe abandonarse este criterio y la jurisprudencia debe avanzar, como bien lo ha hecho la doctrina tanto

nacional como extranjera, en el sentido de sostener que las cláusulas exorbitantes son implícitas e inherentes a la naturaleza de los contratos administrativos, ya que son consecuencia de las prerrogativas y privilegios de los que goza la Administración contratante como consecuencia del principio de autotutela, en virtud de la protección directa de los intereses generales o colectivos por parte de la Administración.

## BIBLIOGRAFÍA

BADELL MADRID, Rafael, DE GRAZIA, Carmelo, HERNÁNDEZ, José Ignacio y otros, *Contratos Administrativos*, Cuaderno Jurídico N° 5, Editorial Torino, Caracas, 1999.

BREWER-CARIAS, Allan, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997.

CABALLERO ORTIZ, Jesús, “¿Deben substituir los Contratos Administrativos en una futura legislación?” en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan BREWER-CARÍAS*, Tomo II, Civitas, Madrid 2003, pp. 1765 a 1777.

Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.394 de fecha 25 de octubre de 1999).

FARIAS MATA, Luis, *La Teoría de los Contratos Administrativos en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolana*, Publicaciones de la Gobernación del Distrito Federal, Caracas, 1968.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 4ª Edición, Civitas, Madrid 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1990, pp. 654 a 689.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 2, 9ª Edición, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 33 a 102.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 8ª Edición, UCV, Caracas, 1990, pp. 291 a 310.

ORTIZ ALVAREZ, Luis y MASCETTI, Giovanna, *Jurisprudencia de los Contratos Administrativos (1980-1999)*, Editorial Sherwood, Caracas, 1999.

*Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991.

VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, 6ª Edición, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 186 a 213.