

**3ª Seção –
Doutrina Estrangeira**

***Section 3 –
Foreign Doctrine***

COMPORTAMIENTO EXIGIBLE A UNA SOCIEDAD 100% PÚBLICA EN LA GESTIÓN DE SUS CONTRATOS SOMETIDOS AL DERECHO PRIVADO

DEMANDED CONDUCT OF A 100% STATE-OWNED COMPANY IN MANAGING ITS CONTRACT UNDER PRIVATE LAW

JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA

Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de La Laguna. Abogado.
jmquetara@arinoyvillar.com

FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad de La Laguna.
fcohdz@ull.es

Data de recebimento: 05.04.2017

Data de aprovação: 11.09.2017

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMEN: Los contratos celebrados por las empresas públicas siempre generaron debates incesantes en diversos países. La habitabilidad de sus características exige la incidencia tanto de normas del derecho público, como de derecho privado. El presente artículo se dedica a analizar estas cuestiones bajo el contexto español.

PALABRAS CLAVE: Empresas públicas – Contratos – Derecho Privado – *Rebus sic stantibus* – Modelo español.

ABSTRACT: Contracts celebrated by state-owned companies have always generated heated debate in several countries. Their intrinsic characteristics demand the application of both, public and private law norms. This article analyzes such questions under Spanish Law.

KEYWORDS: State-owned companies – Contracts – Private law – *Rebus sic stantibus* – Spanish model.

SUMÁRIO: 1. Introducción: la problemática de los contratos adjudicados por empresas públicas. 2. Algunos datos importantes para el análisis. 2.1. Breve descripción de los hechos. 2.2. Cuestiones a tratar. 3. Naturaleza jurídica del contrato. 4. Obligaciones de la empresa pública con personalidad jurídica privada de mantener la finalidad de interés social determinante del contrato. 5. Aplicabilidad de la cláusula "rebus sic stantibus". 5.1. La jurisprudencia

reciente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo: Sentencias nº 333 y nº 591 de 2014. 5.2. La aplicación obligatoria de la cláusula "rebus" por la corporación municipal. 6. Dos principios contrapuestos en el caso de promonsa. 7. Consideraciones finales. Hacia la unificación del régimen jurídico de los contratos del sector público. 7.1. En el Derecho Comunitario Europeo. 7. 2. En el Derecho contractual español aplicable a los contratos "no armonizados". 8. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS ADJUDICADOS POR EMPRESAS PÚBLICAS

¿Cuál es el comportamiento exigible a los directivos de las diversas unidades del Sector Público en la gestión de sus contratos de larga duración? Esta pregunta, simple en apariencia, debería tener fácil respuesta. Los años transcurridos desde que el concepto de "sector público" se introdujo en nuestra cultura jurídica contractual deberían propiciarla. Pero hay un reducto donde todavía resulta difícil responder: nos referimos a los contratos suscritos por sociedades mercantiles del sector público con sometimiento al Derecho Privado.

En estos contratos, la respuesta tradicional es que su preparación y adjudicación se rigen por el Derecho Público y sus efectos y extinción por el Derecho Privado. Pensemos un momento sobre ella. Esta respuesta significa que en principio se aplica el Derecho de las sociedades por acciones, que reconoce a toda sociedad mercantil autonomía de voluntad para el cumplimiento de sus fines societarios, sin otros límites que no infringir los estatutos o la Ley. Por supuesto sus directivos no pueden actuar en perjuicio de la sociedad a la que deben lealtad. Y esto es todo. La gestión de los contratos de Derecho privado de estas sociedades parece no tener límites derivados de su pertenencia al sector público.

Un caso real, derivado de la reciente crisis económica, ha puesto ante nuestros ojos las insuficiencias de esta respuesta. Se trata de un contrato suscrito por una sociedad municipal 100% pública en 2002, para la constitución de un derecho de superficie sobre una parcela urbana por 50 años. Iba destinado a la construcción y explotación de un hotel que se estimaba de interés local en apoyo de otros proyectos municipales en el área. El problema de este contrato es hoy fácil de apreciar: el elevado canon fijado bajo la euforia irracional del "boom" de la construcción se reveló una carga insoportable con el transcurso de los años, sobre todo tras el estallido de la crisis, y acabo llevando al contratista a un concurso de acreedores.

obligatoria para los contratos “armonizados”; para los no armonizados, como hemos dicho, sólo sirve de guía.

7. 2. *En el Derecho contractual español aplicable a los contratos “no armonizados”*

Hacemos nuestras las acertadas palabras de ARIÑO de que la contratación pública es un desafío permanente, porque requiere una continua reconstrucción jurídica³³, así como sus consideraciones de que no siempre el Derecho Privado hace de mejor condición al contratista que el Derecho Público³⁴. El caso analizado nos demuestra precisamente que la “huida al Derecho privado” en busca de ámbitos de libre decisión, es algo que hay que continuar combatiendo, también –y especialmente– en el ámbito de la contratación pública. Ahora bien, una cosa es la huida al Derecho Privado en busca de ámbitos de libertad sin restricciones para los gestores públicos, y otra bien distinta la gestión en régimen de Derecho privado asumiendo que las facultades y restricciones de este Derecho se aplicarán a luz de la finalidad pública específica para la cual se aplica. Pensemos un momento en ello.

Lo que acabamos de decir significa que “algo” de Derecho Público (la finalidad) penetra en la ejecución y resolución de los contratos de entes y empresas públicas sometidos al Derecho Privado. Y sabemos que el Derecho privado es tradicionalmente aplicable como norma supletoria para los contratos administrativos. Se da pues una interpenetración que rompe la rigidez de la separación de los contratos según su naturaleza: los de naturaleza administrativa tienen su ejecución y resolución predeterminada por el Derecho Administrativo y los de naturaleza civil lo hacen por la autonomía de la voluntad de sus gestores. A nuestro entender esta interpenetración acabará alterando la situación actual.

Recordemos, para concretar el argumento, que en la actualidad, en España, la aplicación de las normas sobre efectos y extinción de los contratos administrativos a los contratos privados de las empresas públicas depende de que, al aprobar los pliegos, dichas sociedades decidan someterse de forma voluntaria a tales normas³⁵. Lo cual significa que en caso de silencio del contrato, se aplican las normas de Derecho Civil, aunque –y esto es lo importante– habrá

33. ARIÑO ORTÍZ, G. El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 172, 2007. p. 100-101.

34. Así lo sostiene ARIÑO ORTÍZ, G. El enigma, loc. cit., p. 101.

35. Vid. Instrucción de la Abogacía General del Estado n° 3/2005, de 21 de julio.

de hacerse en la condición de “*parte del Sector Público*” del contratante y de la prioridad a la finalidad de interés público que, como tal les corresponde. Y aún hay más, habrá de hacerse en busca de la “*objetividad*” propia de la contratación administrativa, ya que no cabe admitir subjetividad alguna donde no hay otra autonomía de la voluntad que la del servicio a los intereses generales.

Esta solución es coherente con lo que la Justicia exige en el caso que nos ocupa. PROMONSA debió haber aplicado por sí misma la cláusula “*rebus*” cuando se le solicitó; su carácter de ente instrumental del Municipio le obligaba a ello. Y, tanto PROMONSA como el municipio, deberían haber actuado en el convenio de acreedores atendiendo a más intereses que el puramente lucrativo, lo que probablemente le exigiría la aceptación del convenio ofrecido por la deudora. ¿Es el Derecho Público o el Derecho privado el que los obliga? En realidad son los dos, dada la interpenetración antes comentada, sobre la que conviene seguir reflexionando.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÑO ORTÍZ, G. El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública (RAP)*, n. 172, 2007.
- CATALÁ MARTÍ, J.V. *Intervención en el mercado del suelo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.
- DE LA CUÉTARA MARTINEZ, J.M. Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder. *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 38, 1983.
- GARCÍA LUENGO, J. *El principio de la protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2002.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FL. (Dir.). *El impacto de la crisis en la contratación pública*. España, Italia y Francia. Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.
- QUINTANA LÓPEZ, T. *Los patrimonios municipales del suelo*. Madrid: Iustel, 2007.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- TRIGO SIERRA, E., PÉREZ-PUJAZÓN, M.E. El nuevo tratamiento jurisprudencial de la doctrina de la cláusula del *rebus sic stantibus*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 39, 2015.
- VILLAR ROJAS, FJ. *Los mecanismos de intervención en el mercado inmobiliario*. *Derecho Urbanístico de Canarias*. Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- O Estatuto das Estatais (Lei 13.303/2016) e a inaplicabilidade do regime licitatório nas atividades-fim desempenhadas pelas empresas estatais que exploram atividade econômica, de Aldem Johnston Barbosa Araújo – *RT* 973/97-161 (DTR\2016\24365);
- O novo regime jurídico nos contratos das empresas estatais: concessionárias regidas pela Lei federal 13.303/2016, de Maria D'Assunção Costa – *RDAI* 3/135-150 (DTR\2017\6794); e
- Primeiras questões sobre a Lei 13.303/2016 – O estatuto jurídico das empresas estatais, de Ubirajara Costódio Filho – *RT* 974/171-198 (DTR\2016\24520).