

Recibido: 7 septiembre 2018
Aceptado: 12 diciembre 2018

Arbitraje, vol. XI, nº3, 2018, pp. 789–816

Arbitraje, contratación pública y defensa de la competencia

Sentencia 5/2018 Tribunal Superior de Justicia País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 30 mayo 2018

Álvaro SORIANO HINOJOSA *

Sumario: I. Planteamiento general. 1. Dos sentencias y un destino: la consolidación del laudo arbitral frente a Entidades públicas. 2. Una historia administrativa complicada. 3. Notas sobre la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia. 4. Sobre la preocupación de los administrativistas en relación con el arbitraje. La Jurisdicción Contenciosa como *domus* preferido de las Administraciones Públicas. Por una interpretación plausible de la nueva legislación de contratos del sector público. II. La pretensión principal y la complejidad procesal. La sentencia anterior sobre laudo parcial: una solución muy práctica basada en la cronología. Problema resultante de interferencias sobre la adjudicación. Defensa de la competencia y sus consecuencias: revisión de oficio. Intento de extrapolación de tal nulidad. Breve *excursus* sobre la cultura del arbitraje en relación con el contencioso – administrativo. Una solución a tiempo limitado: Pendientes de una última Sentencia. La pretensión principal y la complejidad procesal. 1. La sentencia anterior sobre laudo parcial: una solución muy práctica basada en la cronología. 2. Problema resultante de interferencias sobre la adjudicación. Defensa de la competencia y sus consecuencias: revisión de oficio. Intento de extrapolación de tal nulidad

I. Planteamiento general

1. Dos sentencias y un destino: la consolidación del laudo arbitral frente a Entidades públicas

El objeto del trabajo es comentar la Sentencia de 30 mayo 2018 dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la que el Ayuntamiento de Leioa pretendió la nulidad de un laudo definitivo recaído respecto a una disputa sobre un contrato suscrito por un ente público y las mercantiles XXX de Arquitectura, S.A. y YYY De Sainz, (la "UTE") que contenía una cláusula de sumisión a arbitraje, en que se dan cita tres órdenes conceptuales: el propio arbitraje, la contratación del sector público y, planeando sobre todo ello,

* Garrigues Abogados. Doctorando UCM.

el Derecho de la competencia¹ tras la resolución del Consejo Vasco de Competencia de 21 mayo 2013 por la que se sanciona a una de las empresas que componen la UTE en relación con este complejo.

Como antecedente inmediato de esa sentencia, examinaremos la STSJ País Vasco 15 noviembre 2007 en la que el Ayuntamiento de Leioa pretendió la nulidad del Laudo parcial por dos motivos: (i) basado en el art. 41º.a) y e) LA por la nulidad del convenio arbitral tras la aprobación definitiva de la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de los acuerdos de adjudicación del contrato a la UTE. (ii) En segundo lugar, inexistencia sobrevenida del convenio arbitral por la subrogación del Ayuntamiento de Leioa en la posición de la sociedad municipal Leioa Kirolak, S.A. ("Leioa Kirolak") tras su disolución. Todo ello con base en los antecedentes que continúan.

2. Una historia administrativa complicada

El 26 diciembre 2006, el Ayuntamiento de Leioa adjudicó una licitación pública referente al contrato de redacción de proyectos y dirección de obras de urbanización en el municipio de Leioa. La adjudicación se hizo a favor de, entre otros, de ZZZ Ingeniería y Arquitectura, S.L. ("ZZZ Ingeniería"). Desde entonces permaneció asistiendo al Ayuntamiento y a la sociedad instrumental que creó para gestionar todo el amplio trabajo que se le encargó.

La adjudicación del referido contrato implicó, en lo que resulta relevante para este procedimiento, que el Ayuntamiento encargara una serie de labores de consultoría y asesoramiento a la empresa ZZZ Ingeniería en relación a tres actuaciones urbanísticas: un polideportivo denominado "Complejo Deportivo" Pinosolo, y otras dos actuaciones. Las encomiendas se separan en el tiempo y son de diferente entidad, por lo que aquí nos centraremos en este complejo deportivo.

En consecuencia, ZZZ Ingeniería colaboraría en las labores de consultoría y asistencia técnica previas al concurso sobre el complejo deportivo². En otras palabras, fue un actor relevante en la decisión municipal de conceder la adjudicación de la contratación. Asimismo asesoraría a la sociedad municipal que, como vamos a ver, se creó al efecto por el Ayuntamiento.

¹ Es clave sobre este ámbito la consulta del importante *Tratado de Derecho arbitral* de J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, autores que han reunido ampliamente prácticamente todos los aspectos referidos al arbitraje, con inclusión de los de Derecho público y cuya última edición (cuarta) de 2014, clama por una esperada actualización con la legislación ahora vigente. *Vid.* en concreto de J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas, Thomson–Reuters, Aranzadi, 2014, "La arbitrabilidad en el ámbito del Derecho público", pp. 325–355.

² Tomado de la Resolución del Consejo Vasco Competencia de 21 mayo 2013, "http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/concurso%20pinosolo%20pdd.pdf".

Decidido a llevar a cabo tan enorme proyecto, el Ayuntamiento de Leioa modificó su planeamiento urbanístico y aprobó la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Leioa y Ordenación Pormenorizada del Sector en septiembre de 2008, dando paso a la recién creada empresa municipal Leioa Kirolak quien recibió la encomienda como medio propio de encargarse de organizar la gestión encaminada a lograr, entre otros temas, el citado Complejo Deportivo.

Leioa Kirolak es una sociedad mercantil unipersonal de capital público, de titularidad del Ayuntamiento de Leioa que, de acuerdo con su objeto social, actúa en nombre propio y por cuenta del Ayuntamiento de Leioa con la finalidad de realizar estudios, proyectar, construir, conservar, mantener, financiar y explotar, por sí misma o por terceros, las instalaciones deportivas que se le encomiendan por el Ayuntamiento de Leioa. Fue constituida el 16 julio 2008 por el Ayuntamiento en el momento de abordar el desarrollo urbanístico de la zona de Pinosolo –Torresolo para realizar todo lo que se refiere a la proyección y edificación de los equipamientos deportivos previstos³.

Para ejecutar la encomienda de gestión que le había otorgado el Ayuntamiento de Leioa, la sociedad Leioa Kirolak formuló oferta de un contrato mixto por el procedimiento abierto de contratación para realizar toda la enorme tarea de desarrollo deportivo contenido a que se refería dicho proyecto. Así, el 29 agosto 2009 Leioa Kirolak inició los trámites administrativos y convocó licitación pública para la adjudicación del contrato con un presupuesto de 50.191.363, 50 € (IVA excluido)⁴. Fue adjudicada dicha contrata a la UTE–Pinosolo. En los pliegos del contrato que ofertó Leioa Kirolak se incluía un convenio arbitral para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en ejecución de tal contrato.

Después veremos que el Ayuntamiento se subrogó *in totum* en la posición de Leioa Kirolak, operando una completa novación subjetiva por la que sustituyó en el mismo lugar a su propia Sociedad Municipal. Lo cual centrará una parte importante de la argumentación de los demandantes y, en consecuencia, de la propia Sentencia.

Existía también, como hemos visto, otro contrato diferente, encaminado a obtener asesoría y consultoría por la sociedad municipal y que fue otorgado a ZZZ Ingeniería⁵. Esta compañía participó con dos de los tres miembros (y un 55% de los criterios de adjudicación) en la Comisión Evaluadora que prestó asistencia técnica al Consejo de Administración de Leioa Kirolak en la adjudicación del concurso del “Complejo Deportivo” a la UTE–Pinosolo.

En consecuencia, en dicho procedimiento licitatorio principal, ZZZ Ingeniería había desarrollado labores de asistencia y consultoría al consejo de

³ Tomado de la Resolución del Consejo Vasco Competencia, de 21 mayo 2013. cit.

⁴ Tomamos estos datos directamente de la propia acta de la Sesión Extraordinaria del Ayuntamiento de Leioa en sesión extraordinaria de 20 junio 2017 donde se formuló la revisión de oficio del contrato analizado, “<http://leioazabalik.leioa.net/documents/11405/86526/Acta+Acuerdos+Pleno+Extraordinario+20170620/0cb95d6a-2204-42af-a1ba-6004ea3294ef?version=1.0>”.

⁵ No hace falta en nuestro comentario la denominación completa de los actores sancionados.

administración de Leioa Kirolak a través de otro contrato de apoyo al órgano de contratación. Lo que exigía, desde luego, un impecable comportamiento por parte de ZZZ Ingeniería basado en su neutralidad, imparcialidad e independencia respecto de los posibles adjudicatarios del contrato principal.

Tras el procedimiento licitatorio correspondiente, el 31 enero 2011, el consejo de administración de Leioa Kirolak, en su calidad de órgano de contratación, adjudicó con carácter provisional el contrato principal a la UTE Pinosolo, al considerarse la oferta técnica y económica más ventajosa.

En el ínterin, el 24 enero 2011, DGM De Arquitectos, S.L.P., había presentado ante el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia un escrito de denuncia por la existencia de un presunto intercambio de información entre las empresas de asistencia y consultoría con la adjudicataria, esto es, entre ZZZ Ingeniería y la UTE Pinosolo.

Como se sabe, el intercambio de información, aún entre no competidores, puede alterar el resultado de la contratación, con una afectación al mercado relevante, constituido en este caso por el propio contrato dada sus características de singularidad y ocupación de todo el espacio económico referido a esa licitación sin que pudiera existir alternativa alguna a dicho proyecto. Por ello, se trata de una grave infracción del Derecho de la Competencia. Y así lo declaró el Consejo Vasco de la Competencia. Esa infracción sancionada, será la base de la revisión de oficio y consecuente intento de anulación de toda la contratación incluida la cláusula de sumisión al arbitraje.

Fueron condenadas por el Consejo Vasco de la Competencia, de un lado, una de las dos empresas de la UTE (XXX de Arquitectura, S.A.), ya que la otra empresa YYY De Sainz, S.A., fue absuelta por no haber participado en esa práctica anticompetitiva; y, de otro lado, fue condenada ZZZ Ingeniería.

Con fecha 11 febrero 2011 (tras la denuncia pues) el Consejo de Administración de L Leioa Kirolak, S.A.U. acordó finalmente adjudicar de forma definitiva el contrato a la UTE Pinosolo.

El 12 julio 2012, el Consejo de Administración de Leioa Kirolak acordó iniciar los trámites para la resolución pactada del contrato, dado que, ante la situación económica existente y sus perspectivas futuras, así como las probables consecuencias derivadas de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera ("Ley de Estabilidad Presupuestaria"), no era prudente mantener el contrato⁶.

Obsérvese que se trata de una resolución por una causa distinta de la nulidad, ya que se seguía la resolución del contrato por mutuo acuerdo. Esto es,

⁶ En relación con las consecuencias que en el triple orden presupuestario, patrimonial y contractual tiene la exigencia (de origen europeo) de estabilidad presupuestaria, conserva interés y contiene una buena explicación la obra de J.V. González García, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. Del mismo autor, recientemente sobre este tema, "Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 74, 2018 (Ejemplar dedicado a "El nuevo régimen de las concesiones"), pp. 34-43.

era una causa basada en un supuesto lícito —exigencias de la Ley de Estabilidad Presupuestaria que impedían culminar la contratación—, que influía directamente en el contrato y aconsejaba su extinción.

Ocurre que se aprueba una nueva legislación, de carácter general, es decir, no pensada para una contratación específica, y que impone una exigencia económica que no se puede atender por la Administración. Y así como si de una fuerza mayor se tratase, acaba exigiendo que el proyecto se adapte a lo que esta ley, externa y posterior al contrato y a su preparación, supone. Con la consecuencia imperativa de que si no se cumplen con sus exigencias, no queda más remedio, perfectamente justificado, que extinguir ese contrato.

Sin embargo, mediante escrito de fecha 11 octubre 2012, la UTE—Pinosolo señala que su voluntad es continuar con la ejecución del contrato y que no contempla la posibilidad de resolución de mutuo acuerdo propuesta desde Leioa Kirolak.

El 22 julio 2014, Leioa Kirolak adoptó el siguiente acuerdo:

“Proceder a la suspensión temporal de la ejecución del contrato de 1 abril 2011 de la redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo de Pinosolo.”

Tras diversos incidentes y alegaciones la UTE—Pinosolo solicitó que se le informara del régimen de recursos que procedían contra ese acuerdo de suspensión (y que se le facilitaran las actas completas). En consecuencia Leioa Kirolak adoptó el siguiente acuerdo:

“1. Indicar a la Unión Temporal de Empresas compuesta por, XXX de Arquitectura, S.A. y YYY de Sainz S.A. (UTE Pinosolo), que para resolver la controversia relativa a la suspensión del contrato derivada del Acuerdo del Consejo de Administración de Leioa Kirolak, S.A.U. de 22 julio 2014, debe acudir al correspondiente procedimiento arbitral ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, conforme dispone la cláusula 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales que rigieron el concurso de redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo de Pinosolo”.

Por otro lado, la Diputación Foral de Vizcaya (en parte financiadora del proyecto), con fecha 17 octubre 2014 y basándose en la exigencia de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, otorgó plazo de 6 meses al Ayuntamiento de Leioa para solventar el déficit, ya que el desequilibrio financiero había pasado a ser constitutivo de una grave ilegalidad por incumplimiento de la legislación sobre estabilidad financiera que afectaba a las Corporaciones Locales.

El Pleno del Ayuntamiento de Leioa en sesión extraordinaria urgente celebrada el día 28 noviembre 2014 aprobó por unanimidad ratificar el acuerdo del Consejo de Administración de Leioa Kirolak, autorizando a la Junta General de Accionistas a que disolviera la sociedad, asumiendo que el Ayuntamiento sucederá a la sociedad extinguida en todos sus derechos y obligaciones.

La Junta General Extraordinaria de accionistas de Leioa Kirolak celebrada el 28 noviembre 2014, (nótese que es la misma fecha, facilitada por el dato de que era el Ayuntamiento el Accionista de dicha sociedad) acordó por unanimidad la disolución de Leioa Kirolak.

3. *Notas sobre la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia*

El 21 mayo 2013 el Consejo Vasco de la Competencia adoptó el correspondiente acuerdo sancionador, que fue impugnado ante los Tribunales. Como iremos viendo, con fecha 15 febrero 2016, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó la Sentencia nº 44/2016 por la que confirmó la existencia de la infracción anticompetitiva a una de las dos empresas que conformaban la UTE, si bien estimó parcialmente la solicitud del recurrente de que existía un exceso del Consejo de Vasco de la Competencia al ordenar que no se indemnizara a las empresas que participaron en las prácticas anticompetitivas. Se examinará después con mayor detalle.

La confirmación de la resolución motivó que el Ayuntamiento *revisara de oficio* el acto administrativo de adjudicación del contrato a la UTE–Pinosolo. Esta revisión *de oficio* se rige ya por la Ley 39/2015, art. 47 aps. a) f) y g)⁷.

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos

⁷ En realidad habría dado igual que se rigiera por la anterior Ley 30/1992, ya que su contenido era prácticamente el mismo al decir en el art. 102.1º: “Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa... en los supuestos de nulidad de pleno Derecho”. Y los supuestos de nulidad de pleno derecho, en el caso del Derecho administrativo, están tasados en una lista cerrada, entonces formada por el art. 62.1 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo (art. 62 Nulidad de pleno derecho: 1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal).

esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley”

Tras diversos incidentes y con un informe de un bufete externo al Ayuntamiento, se acuerda solicitar dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (equivalente a estos efectos al Consejo de Estado en el ámbito estatal y que es el órgano encargado en el ámbito estatal de resolver sobre la legalidad de la revisión de oficio⁸). Con fecha 5 junio 2017 se notifica al Ayuntamiento de Leioa el Dictamen n° 102/2017 del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi que por mayoría confirma la revisión de oficio, si bien sólo por la (genérica) causa g) y no por el resto.

En realidad si no se declara esa revisión de oficio por esta causa, no podría revisarse por ninguna otra, con la consecuencia de que quedaría en pie la adjudicación de contrato viciado por el intercambio de información que vulneró gravemente las normas de defensa de la competencia. Examinamos luego la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ que confirmó en gran parte esta resolución administrativa del Consejo Vasco de la Competencia.

Dejemos aquí de momento esta importante resolución, que vamos a comprobar planeará –y sigue haciéndolo– sobre las sentencias comentadas, ya que como comprobamos, aquí se sitúa la base misma de la revisión de oficio.

4. Sobre la preocupación de los administrativistas en relación con el arbitraje. La Jurisdicción Contenciosa como domus preferido de las Administraciones Públicas. Por una interpretación plausible de la nueva legislación de contratos del sector público

Si se nos permite situar al lector, podemos deducir que de la lectura de las dos Sentencias, amén de otros documentos (Resolución del Consejo Vasco de la Competencia y las Sentencias de la Sala de lo Contencioso a la misma referidas), que luego haremos, se observa que los cultivadores tradicionales del Derecho Administrativo se encuentran alejados todavía de lo que el arbitraje supone.⁹ Si bien, hay que apresurarse a indicar, que bastantes autores están trabajando para lograr la incorporación de esta técnica dentro del Derecho Administrativo. Hay, pues, excelentes excepciones que animan a pensar que este es un tema en progresión dentro de la cultura administrativista¹⁰.

⁸ Art. 106. *Ley 39/2015. revisión de disposiciones y actos nulos.*

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado *u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere,* declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1º.

⁹ J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral, op. cit.*, quienes muestran la posición general de la doctrina poco favorecedora de la técnica arbitral cuando de la Administración Pública se trata.

¹⁰ R. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013; F. Delgado Piqueras, *La*

Para la doctrina más tradicional y establecida, éste es un ámbito que les resulta extraño, y entienden que ambas culturas –administrativa y arbitral– responden a lógicas distintas y separadas. Con excepciones, claro, pero con una tónica general que parte de reducir el ámbito del Derecho Administrativo (y por tanto la contratación del sector público) a una lógica cuyo contraste debería hacerse primordialmente ante la jurisdicción contencioso–administrativa¹¹.

Ello llega hasta el punto que todas las definiciones conocidas del Derecho Administrativo parten, con habitualidad, de construirlo sobre la Administración Pública y su *status*, con olvido, prácticamente completo, de la vertiente internacional del Estado, donde el arbitraje internacional es moneda común y corriente –no sólo en el arbitraje de inversión, donde el Estado comparece para ser arbitrado en términos de *pars condictio* con los sujetos privados, sino también en el arbitraje comercial donde empresas estatales participan abiertamente–.

Y es que construir todo el Derecho administrativo sobre su vertiente interna tiene inconvenientes serios a la hora de situar exactamente el papel de las instituciones de derecho público. Baste pensar que instituciones clásicas del Derecho Administrativo, tales como la expropiación y su indemnización,

terminación convencional del procedimiento administrativo, Cizur Menor, Aranzadi. 1995; A. Dorrego de Carlos, "El Arbitraje en los Contratos Públicos", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013; J. Esteve Pardo, *Autoregulación: génesis y efectos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002; M. García Pérez, *Arbitraje y Derecho administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011; S. González –Varas Ibáñez. "La irrupción de las negociaciones y el derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitraje", *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, nºs 286–287, 2001; I. Granado Hijelmo, "El arbitraje y el Derecho administrativo", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, 2005; A. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2000; D. Loperena Rota, *La transacción en la nueva ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, Oñati : Instituto Vasco de la Administración Pública = Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea, 2000; F. López Menudo, "Arbitraje y Derecho Público", *Justicia Administrativa*, nº 2. 1999; B. Lozano Cutanda. "El nuevo 'arbitraje' entre la Administración y sus entes instrumentales", *Diario La Ley*, nº 7715–7716, 2011; J.F. Merino Merchán, *El "equivalente jurisdiccional" en el Derecho público español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; L. Parejo Alfonso, "Algunas reflexiones sobre el 'arbitraje administrativo'. A propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 1, 1999; A. Pérez Moreno, "El arbitraje administrativo", *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 43, 2001; R. Rivero Ortega, "Repensando el Estado de Derecho. El arbitraje administrativo como alternativa al colapso de la jurisdicción", *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000; J. Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw– Hill, 1998; J. Tornos Mas, "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos", *Revista de Administración Pública*, nº 136, 1995; *id.*, "El arbitraje en el Derecho Administrativo. Posibilidad de esta figura", *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995; *id.*, "Medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo", *Tribunal Arbitral de Barcelona*, vol. nº 14, 2017; J.M. Trayter Jiménez, "El arbitraje de Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997.

¹¹ J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, *op. cit.*

la responsabilidad patrimonial, las expectativas legítimas o confianza legítima, el enjuiciamiento de las propias Leyes, y así tantas y tantas instituciones, reciben nueva luz y color cuando son examinadas desde una perspectiva integral y global, en la que la Administración Pública, centro de gravedad permanente del poder relacional del Estado con los administrados, cambia de situación. Se resitúa. Y con ella, nada menos que todo el Estado.

Así, para un administrativista *enragé*, tiene toda lógica que, si se cuestiona la conducta de la Administración Pública, vía revisión de oficio, con la consecuente declaración de nulidad de un acto administrativo —la adjudicación de un contrato en nuestro caso— de inmediato reaccione en cadena toda la línea de nulidades que ha de acompañar a aquella nulidad primera como fichas de dominó. Sin embargo, uno de los dogmas del arbitraje es la separabilidad e independencia del convenio arbitral; de manera que aunque un contrato se declare nulo, no arrastra la nulidad del convenio arbitral. De ahí la importancia de la doctrina aperturista al arbitraje dentro del Derecho Administrativo cuyos autores, citados, son pioneros en un campo inexplorado y no roturado por el Derecho público.

Y es que entienden los más dogmáticos administrativistas que la relación entre contratos del sector público y arbitraje se sitúa en las antípodas, cuyo germen procede, hay que recordarlo, del Real Decreto de Bravo Murillo de 1852, el cual decía:

“Por el Ministerio de Hacienda se ha comunicado a este Gobierno de provincia con fecha 15 del actual la Real orden siguiente: Por la Presidencia del Consejo de Ministros se dice: este Ministerio con fecha 27 de febrero último lo siguiente:

Excmo. Sr.: La Reina (Q. D. G.) se ha servido expedir el Real decreto que sigue. —Tomando en consideración lo que de acuerdo con el Consejo de Ministros me ha propuesto el Presidente, vengo en decretar lo siguiente:... De Real orden lo comunico á V. E. para su inteligencia y efectos correspondientes. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 27 febrero 1852. —Juan Bravo Murillo. —Sr. Ministro de Hacienda. (Nótese de paso como entre promulgación y publicación existía un trecho temporal muy amplio a determinar en cada caso según la Provincia a la que alcanzaba la Orden).

“Art. 12. Ningún contrato celebrado con la Administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos por la vía contencioso-administrativa que señalan las leyes vigentes”¹².

Y por otro lado, es innegable que la utilización del arbitraje en el sector público es una *striking exception* al curso natural de desenvolvimiento de las relaciones jurídicas en su contratación. Al menos hasta ahora. Excepción que en la tesis que se propugna por nuestra parte, coincidiendo con los autores citados, debería dejar paso a una situación mucho más normalizada en la que el arbitraje fuese una posibilidad real de resolver las controversias¹³.

¹² *Gaceta de Madrid*, 2.10.1852

¹³ En general, con criterio aperturista suelen mostrarse los especialistas en contratación pública. Así J.M. Gimeno Feliú, en su notable y continuada obra sobre contratos. *Vid* por todos, y por citar solamente uno de sus últimos trabajos, J.M. Gimeno Feliú “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente”, *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 153, 2018, pp. 34–3. Asimismo

En realidad, nunca fue bien digerida la fórmula arbitral (salvo por la doctrina más avanzada) – entonces contemplada en el art. 50 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y por la que se actualiza con la Ley de Economía Sostenible 2/2011 de 4 de marzo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público–.

Recordemos, que este precepto indicaba:

“Art. 50. *Arbitraje*. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren” (reproduce lo que decía el art. 39 de la citada Ley de 2007).

Este artículo, que indicaba al menos que ciertos entes del entramado público podían someterse a arbitraje, ha desaparecido en la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 febrero 2014.

Esta normativa solo menciona el arbitraje cuando se refiere a la contratación extranjera¹⁴. Indica así el precepto:

“Disposición adicional primera. Contratación en el extranjero.

3. En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sujeción a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.”

Así, vemos que en la contratación con empresas extranjeras el legislador es perfectamente consciente de la necesidad de incorporar cláusulas arbitrales dado que otorga una mayor fiabilidad a la empresa extranjera que contrae con una administración pública¹⁵.

dirige el Observatorio de los Contratos Públicos donde el lector encontrará valiosas aportaciones. Igualmente, J.A. Moreno Molina de quien asimismo nos limitamos a citar, dado el volumen igualmente notable de sus trabajos sobre contratación pública, el último de ellos que hemos tenido ocasión de examinar, “La aprobación de la LCSP 2017: un balance preliminar”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 153, 2018, pp. 6–8, pequeña introducción a una obra realmente voluminosa.

¹⁴ Toda la convulsa evolución de la contratación civil y administrativa se debe al cambio continuo del legislador comunitario, como ya puso de relieve hace tiempo, J.C. Fernández Rozas. “El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 45–46, 2009 (Ejemplar dedicado a: Cursos 2004/2005–2005/2006), pp. 257–285.

¹⁵ Á. Soriano Hinojosa, “La inmunidad de jurisdicción y el arbitraje administrativo internacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, nº 1, 2016, pp. 97–174

Este cambio normativo ofrece varias interpretaciones. La que aquí defendemos es que la supresión del artículo supone la aceptación plena del arbitraje incluso cuando se refiere a las Administraciones Públicas. Así, la anterior normativa hacía hincapié en que solo los entes (y otros organismos) públicos distintos de las Administraciones Públicas –que tuvieran la condición de poderes adjudicadores– podían someterse a arbitraje. Negando, pues, que las Administraciones Públicas pudieran. La anterior normativa contenía, entonces, una prohibición a que las Administraciones Públicas se sometieran a arbitraje; prohibición que ahora cabe interpretar que no existe con esta nueva normativa que aceptaría con naturalidad la posibilidad de que el arbitraje se expanda a las Administraciones Públicas.

II. La pretensión principal y la complejidad procesal. La sentencia anterior sobre laudo parcial: una solución muy práctica basada en la cronología. Problema resultante de interferencias sobre la adjudicación. Defensa de la competencia y sus consecuencias: revisión de oficio. Intento de extrapolación de tal nulidad. Breve excursus sobre la cultura del arbitraje en relación con el contencioso –administrativo. Una solución a tiempo limitado: Pendientes de una última Sentencia. La pretensión principal y la complejidad procesal

1. La sentencia anterior sobre laudo parcial: una solución muy práctica basada en la cronología.

Interesa estudiar, previamente a la Sentencia de 30 mayo 2018 que nos convoca, el contenido de la Sentencia 11/2017, dictada el 15 noviembre 2017, por las apuntadas razones de identidad de sujetos, solapamiento de objetos (Laudos parcial y definitivo respectivamente) y argumentario parecido. Dicha Sentencia tiene su origen en una demanda de anulación de un laudo arbitral parcial dictado en Bilbao el 24 abril 2017, por un árbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, siendo parte demandante el Ayuntamiento de Leioa y como parte demandada UTE–Pinosolo (igual, pues, que en la posterior Sentencia 5/2018 de 30 de mayo).

El primer motivo de anulación se interpone por la vía de los aps. a) y e) del art. 41 LA. En concreto, el Ayuntamiento argüía que había iniciado un expediente de revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos de adjudicación del contrato. Lo cual conllevaría, en el caso de aprobarse definitivamente esa revisión de oficio, la total nulidad de la adjudicación, con ella la nulidad del contrato y, por pura propiedad transitiva, la del convenio arbitral, la cláusula compromisoria, ya que caídos aquellos contenidos contractuales, arrastrarían inevitablemente el convenio arbitral que incluía el pliego de cláusulas particulares de la contratación pública realizada entre una extinta sociedad municipal, Leioa Kirolak y la UTE. Una concatenación, pues, de nulidades, en puro arrastre, dando por supuesto que eventualmente, en el

futuro, el Ayuntamiento declarase la revisión de oficio y consecuente nulidad de la adjudicación y, a partir de ahí, en un engarce preciso y directo, provocaría la nulidad de todo el *iter* contractual público entre ambas partes. Las fechas son esenciales para el TSJ: el Laudo, recordémoslo, es de fecha 24 abril 2017 y el acuerdo de revisión de oficio, es de 20 junio 2017, casi dos meses después. Para el Ayuntamiento esa revisión de oficio, conlleva la nulidad del contrato y un cambio de jurisdicción ya que sería solamente la jurisdicción contencioso administrativa la única competente para examinar esa cuestión de nulidad. El árbitro, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* mantuvo su competencia, la autonomía de la cláusula arbitral y su independencia del contenido del contrato.

La Sala en términos muy prácticos, se fija directamente en las fechas respectivas del Laudo y de la revisión de oficio. Y llega a la conclusión de que el árbitro en la fecha en que dicta el Laudo era incontestablemente competente, pues no se había realizado esa revisión de oficio. Añade, además, que no basta haber iniciado un procedimiento de revisión de oficio cuando se dicta el Laudo porque esa revisión puede fracasar y, por ello mismo, adivinar el contenido futuro de un acto tan complejo como el acto administrativo de una futura revisión de oficio, es meramente especulativo. Nadie tiene facultades adivinatorias. Por ello, indica la Sala que ese argumento del Ayuntamiento era extemporáneo, sustentado en una mera eventualidad y que por tanto nunca podría prosperar.

El segundo motivo es de mayor interés: el Ayuntamiento alegaba, al amparo de los apartados a) y e) del art. 41 LA, la pérdida (sobrevvenida) de validez del convenio arbitral con motivo de la subrogación del Ayuntamiento en la posición de Leioa Kirolak. El Ayuntamiento se apoya en cuatro premisas sostenidas en un dictamen jurídico que son rechazadas en la Sentencia, al resolver: a) El contrato suscrito entre Leioa Kirolak y la UTE–Pinosolo es un contrato de naturaleza privada que se rige en cuanto a su interpretación, efectos, cumplimiento y extinción, por el Derecho privado. Y, en cambio, la preparación y adjudicación del contrato están sujetas al Derecho público. b) La calificación del órgano de contratación no es inadecuada porque “los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son” y no es preciso, por tanto, modificar la calificación dada por el órgano de contratación. c) La aplicación del Derecho administrativo no resulta siempre obligatoria al amparo de la LCSP para las Administraciones Públicas. Además, una cosa es que un Ayuntamiento celebra un contrato y otra muy distinta que ocupe la posición jurídica de un poder adjudicador que no estaba impedido de acudir al arbitraje.

Consecuencia de lo anterior, es posible que una entidad que tenga la consideración de Administración Pública quede sujeto a arbitraje cuando se subrogue en la posición de una entidad jurídico – pública que no tenga tal condición y que haya suscrito un convenio arbitral.

Así remata este argumento, indicando:

“De otra parte, y también conviene reseñarlo, una cosa es celebrar un contrato y otra, muy distinta, ocupar la posición jurídica de una de las partes contractuales en un contrato ya celebrado”.

En efecto, acierta la Sentencia al distinguir entre la interpretación, efectos, cumplimiento y extinción de un contrato, que se rigen por el derecho privado, y su preparación y adjudicación, que se rigen por el orden contencioso-administrativo (teoría de los actos separables que como sabemos tiene también tradición en España desde el famoso Auto recaído en el asunto del Andalucía Palace siempre citado por la doctrina¹⁶). Pero añade, y esto es novedoso, que además, ese contrato ha de regirse y someterse “al arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, de acuerdo con su normativa reguladora, en lo relativo a las controversias que surjan entre las partes en relación o con ocasión de su ejecución y cumplimiento, así como sobre su eficacia y resolución”. Habría que explicar que existe una clara remisión, pues, al arbitraje, desde el “Derecho privado” – que es el que prima en la sustancia de este contrato– y que en consecuencia, con entera normalidad, se puede remitir al arbitraje, sea quien sea quien firme el contrato.

La separación a favor de la jurisdicción contencioso administrativa es sólo, pues, respecto de los actos separables, en los que efectivamente hay una dosis de poder público en juego, merecedora de una exclusiva mirada desde el derecho público. Pero el fondo de la cuestión es privada y aquí cabe esa remisión al arbitraje.

Finalmente, explicita (F.J.2):

“Y por último, sostener, tal y como hace el «informe» en su cuarta conclusión, que el art. 39 LCSP (el que consideramos de aplicación es el art. 320, pero como ambos tienen la misma redacción, la diferencia, en lo que ahora hace a la argumentación, resulta intrascendente) «prohíbe a las Administraciones ser parte en un procedimiento arbitral», nos parece demasiado grueso”.

Aquí, volviendo a los argumentos planteados al principio de este trabajo, quizás pueda encontrarse algún fundamento para el optimismo y la esperanza de que lo que la nueva Ley de 2017 de Contratos del Sector Público hace al suprimir la referencia al arbitraje de los entes públicos no Administraciones Públicas, sea, precisamente, conseguir que si efectivamente se logra incorporar esa cláusula arbitral, *proceda incluso si se trata de Administraciones Públicas*. La cuestión, evidentemente, se centrará en saber si hay fuerza suficiente para conseguir que la Administración Pública incorpore esa cláusula a un pliego contractual. Ahí, estará centrado el problema en términos reales.

No es el momento de abundar sobre el tema, merecedor por sí mismo de un estudio en profundidad.

¹⁶ J.A. García– Trevijano Fos, “Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del ‘Hotel Andalucía Palace’, de Sevilla”, *Revista de Administración Pública*, nº 28, 1959, pp. 147–164.

2. Problema resultante de interferencias sobre la adjudicación. Defensa de la competencia y sus consecuencias: revisión de oficio. Intento de extrapolación de tal nulidad

Procede ahora que narremos los hechos que fundamentan esta Sentencia 5/2018, de 30 mayo 2018, contados ahora desde la perspectiva de la interferencia de un cuerpo extraño al *iter* contractual, como es una Resolución administrativa de la Autoridad de Competencia. Con la referida Sentencia finaliza un proceso que comenzó mediante presentación de demanda el 20 febrero 2018, en la que se dicta Auto de admisión y práctica de prueba con fecha 15 mayo 2018, lo que da idea de la máxima diligencia de esta Sala que bien podía inspirar en general.

Celebrado un contrato denominado Complejo Deportivo (“Contrato Pinosolo” adjudicado por la sociedad municipal Leioa Kirolak a la UTE Pinosolo) el concursante adjudicatario y una consultora encargada de la redacción de los pliegos del contrato, sufrieron en su momento, como ya sabemos, una Resolución sancionadora del Consejo Vasco de la Competencia tras denuncia por concertación para lograr ese contrato; denuncia que luego además fue recalificada añadiendo competencia desleal, por la que también se condenan a las encausadas.

Como ya hemos apuntado en la introducción, y conviene retener, el 29 agosto 2009 Leioa Kirolak convocó una licitación pública para la redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del “Complejo Deportivo” con un presupuesto de 50.191.363, 50 € (IVA excluido). En el momento de la convocatoria del concurso “Complejo Deportivo” el contrato se regía por las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Como se sabe, ahora rige la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 febrero 2014, si bien no tiene efecto retroactivo (Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley).

El concurso “Complejo Deportivo”, convocado en procedimiento abierto, tiene por objeto la redacción del proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo polideportivo de Pinosolo. De acuerdo con el art. 25.2º LCSP aplicable, se fusionan prestaciones (obra, proyecto y ejecución) en un contrato mixto dada la vinculación funcional existente entre las prestaciones, garantizando con ello la oportunidad de que sea ejecutada la obra por contratistas especializa-

dos desde la fase de concepción propia del diseño hasta la especialización propia de empresas constructoras.

Leioa Kirolak justifica la contratación conjunta de las prestaciones porque la juzga beneficiosa para el resultado final de los trabajos desde el punto de vista técnico y económico “dada la singularidad de un complejo deportivo de estas características, que se pretende emblemático para el municipio”. Singularidad que, por cierto, confirma a efectos del Derecho de la competencia, que acierta el Consejo Vasco de Competencia al entender que el mercado de producto y el mercado geográfico en que ha de situarse la posible infracción es, resueltamente, el propio contrato ya que no tiene alternativa que compita con el mismo.

Es importante subrayar, por otro lado, que de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) Leioa Kirolak *es poder adjudicador pero no Administración Pública*.

Como es sabido, consecuencia de las Directivas comunitarias, tanto la anterior Ley de 2007 como la actual de 2017, ambas de Contratos del Sector Público, superaron ampliamente el concepto de “Contratos de la Administración Pública” (y mucho más los que fueron en su momento, los viejos Contratos del Estado tal como se regulaban tradicionalmente desde la Ley de 1965, Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que rigió proverbialmente nuestra contratación pública hasta que el ingreso en la entonces Comunidad Económica Europea comenzó a establecer sus reglas).

Por imposición europea, la contratación y sus principios se extienden a todo el sector público, pudiendo existir numerosas adjudicaciones realizadas por determinados “poderes adjudicadores”, que pueden no ser Administraciones Públicas en sentido estricto¹⁷. Y de hecho, hay cientos de ellas. En concreto, Leioa Kirolak era un poder adjudicador por tener personalidad jurídica, que realizaba una función de gestión urbanística y estaba participa-

¹⁷ Recordemos, por ejemplo, que con la vigente Ley de Contratos del Sector Público se distingue dentro de los “Poderes adjudicadores”, esto es de los sujetos con capacidad para adjudicar un contrato del sector público, entre las Administraciones Públicas y otra serie de sujetos públicos no Administraciones Públicas. Y ello ya se contemplaba en términos parecidos en la ley de 2007 (ahora se añaden las fundaciones públicas y las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social).

Dice así el precepto: Art. 3. *Ámbito subjetivo* [...]

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este ap. 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

da por el propio Ayuntamiento de Leioa. No era pues una Administración Pública, pero sí podía adjudicar contratos del sector público.

Es sabido que esta idea de ampliar el concepto de sector público, responde a la idea de las instituciones europeas de controlar y fiscalizar el gasto y las operaciones de las Administraciones evitando que con la creación de entidades instrumentales artificiales, como una sociedad, huyeran de los controles que exige el ejecutivo comunitario. De ahí esa ciertamente novedosa terminología de “poder adjudicador no Administración Pública” o PANAP, que llama la atención por lo complejo de su definición, pero que responde a sanos criterios financieros, y, también, de lucha contra un mal empleo de los presupuestos y fondos públicos, que pasan así a estar mejor controlados, ya que no hay que olvidar que los contratos del sector público suponen el 19% del PIB español.

Esa adjudicación fue denunciada ante la Autoridad Vasca de Competencia (entonces todavía denominada Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia que disponía de un órgano instructor denominado, también entonces, Servicio Vasco de Defensa de la Competencia). Al entenderse que hubo concertación en la que estaría implicada la adjudicataria con otra sociedad y que afectaría a la propia sociedad municipal, se adoptó un acuerdo sancionador en los siguientes términos por la Autoridad Vasca de Competencia, indicando:

“PRIMERO: Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es responsable ZZZ Ingeniería, S.L.¹⁸

SEGUNDO: Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es responsable ZZZ Ingeniería, S.L.

TERCERO: Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es responsable XXX de Arquitectura, S.A.

CUARTO: Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es responsable XXX de Arquitectura, S.A.

QUINTO: Imponer a ZZZ Ingeniería, S.L., una multa sancionadora por importe de 89.000 €.

SEXTO: Imponer a XXX de Arquitectura, S.A. una multa sancionadora por importe de 45.000 €.

SEPTIMO: Ordenar a Leioa Kirolak. S.A.U. la remoción de los efectos de las conductas prohibidas contrarias al interés público. Por lo tanto deberá abstenerse de abonar cualquier tipo de indemnización o compensación por daños y perjuicios a las infractoras derivados de la resolución del contrato “Complejo Deportivo” o, en su caso, recuperar las cantidades ya abonadas en ese concepto.”

Esta última orden —prohibir la indemnización a la UTE—PINOSOLO—, fue anulada por Sentencia del TSJPV, Sentencia firme 104/2016, de 16 marzo la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJPV por entender que no correspondía a la Autoridad de Competencia asumir esa decisión, por intromisión en las competencias propias del órgano adjudicador en el ámbito de la relación contractual que le vincula con la sociedad adjudicataria. Mantenía desde luego las sanciones económicas por la comisión de la infracción.

¹⁸ Se trata de una sanción típica del Derecho de la competencia, en la que no podemos explayarnos ahora.

Finalmente declara (y esto tendrá interés a la hora de calificar la revisión de oficio contra toda la UTE), que “Declarar que en este expediente no ha resultado acreditada infracción del art. 1.1 ni del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia en lo referente a la actuación de YYY de Sainz S.A.”.

Además la Sentencia 104/2016 del TSJPV recordaba la posibilidad de revisión de oficio unilateral por parte del Ayuntamiento prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo al decir que entiende que con fundamento en las infracciones apreciadas por el Consejo Vasco de la Competencia [...] “cabe esa revisión de oficio”. Prácticamente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo incita al Ayuntamiento de Leioa a que utilice la revisión de oficio y con ello, anule la adjudicación del contrato.

De ahí que el 20 junio 2017, el Pleno del Ayuntamiento de Leioa aprobó la revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos de adjudicación provisional y definitiva del contrato de “redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo de Pinosolo” a la UTE Pinosolo. Está pendiente de Sentencia todavía la impugnación de esta decisión municipal.

Como vamos viendo, las consecuencias de aquella Resolución de la Autoridad de Competencia tuvieron un efecto claro y directo sobre aquel contrato, en parte auspiciada esa posición por lo que parecía ser la postura del propio TSJPV cuando se enfrentó con la impugnación de aquella Resolución de la Autoridad de Competencia al plantearse o sugerir la revisión de oficio.

Conviene destacar, como recuerda esta otra Sentencia 5/2018 que estamos estudiando, que

“... dicho acuerdo plenario de 20 junio 2017 aún no ha adquirido firmeza, al haber sido objeto de impugnación por la UTE Pinosolo ante la jurisdicción contencioso-administrativa y estar el recurso interpuesto, que se sigue bajo el nº 243/2017, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, pendiente de resolución”.

Con estos antecedentes, la Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 mayo 2018 confirmó la validez y vigencia del convenio arbitral con los argumentos que exponemos.

El primer motivo de anulación, lo formula el Ayuntamiento al amparo de los aps. a) y e) del art. 41 LA por nulidad sobrevenida de la cláusula arbitral derivada de la novación subjetiva que se produjo con la subrogación del Ayuntamiento de Leioa en la posición de la sociedad municipal Leioa Kirolak e imposibilidad de las Administraciones Públicas de someterse a arbitraje.

EL TSJ responde que esta cuestión quedó resuelta –con efectos de cosa juzgada– mediante la Sentencia de 15 noviembre 2017. Por deferencia forense, refuta las manifestaciones contenidas en la demanda de anulación del Laudo. En apretada síntesis:

“En el supuesto de autos, la Administración Pública no adjudicó ni celebró el contrato, sino que sucedió en él, pasando a ocupar su posición jurídica, con los mismos derechos y obligaciones, a la

entidad que lo había formalizado y que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración Pública”

Por lo que no se trata de un contrato celebrado por una Administración Pública ni está impedida la extensión del arbitraje al amparo del art. 39 LCSP.

En todo caso, confirma lo ya dicho anteriormente, esto es, que se trata de un contrato privado, sometido al derecho privado en lo sustancial, sin que se den las circunstancias previstas en la legislación general del Estado (y sus proyecciones autonómicas) para considerar que la mera subrogación modifica la naturaleza del contrato.

Además, el Ayuntamiento había utilizado sus poderes discrecionales para subrogarse en la posición de Leioa Kirolak, pues cabían diferentes alternativas a la disolución de la sociedad municipal (*v.gr.*, tramitar un plan de corrección) por lo que no se infringía ninguna norma imperativa al amparo del 6.3º Código Civil.

Y es que cuando se celebra un contrato, se acepta por entero la reglamentación de intereses ínsita en el contenido contractual. Es un complejo completo, sin que una novación subjetiva suponga en modo alguno una novación también objetiva y privilegiada para una de las partes. Porque el empeño en evitar el arbitraje, y la aplicación de la técnica en él incorporada, es un privilegio *ex novo*.

Añade, pues, la Sentencia, un elemento que es capital en todo lo que al arbitraje, en general, se refiere. Y ese elemento es la confianza. Confianza, en este caso, de que la sucesión *in loco et in ius* por parte del Ayuntamiento de Leioa en el lugar de su sociedad municipal, era completa y no podía defraudar el *pacta sunt servanda*. Este aspecto se me antoja esencial, ya que la esencia misma de todo el orden en que juegan los arbitrajes no es otro que el de la confianza debida. Y respetarla e imponerla, a mi juicio, es un hallazgo del mayor interés como argumento de refuerzo del mantenimiento del arbitraje, acompañando al carácter privado que se mantiene tras la absorción de la sociedad municipal.

Por eso juzgamos merecedor de aplauso la terminante solución en este punto, que hace la Sala cuando dice: “La Sala no puede aceptar, en un caso como el de autos, que el ‘status jurídico singular’ de una Administración Pública signifique que esta, por el mero hecho de serlo, tenga el poder de alterar, por su exclusiva y libérrima voluntad, la naturaleza y contenido de la relación contractual, lo que vulneraría principios básicos de derecho, entre otros, el que el proclama que la validez y cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 Cc)”.

El segundo motivo de anulación lo formuló el Ayuntamiento al amparo de los aps. a) y f) del art. 41 LA por nulidad sobrevenida del convenio arbitral tras la aprobación definitiva de la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de los acuerdos por los que se adjudicó el contrato a la UTE—Pinosolo. Vulneración de los arts. 9.3º y 117.3º CE.

La Sentencia rechaza esta alegación con un acertado silogismo:

“2.1. No ofrece duda, atendida la argumentación de la parte actora, que para llegar a la nulidad de la cláusula arbitral, como conclusión, antes hay que fijar, necesariamente, tres premisas:

Que se ha aprobado definitivamente la revisión de oficio y declaración de nulidad del acto de adjudicación.

Que la declaración de nulidad del acto de adjudicación conlleva la declaración de nulidad del contrato.

Y que la declaración de nulidad del contrato conlleva, a su vez, la nulidad de la cláusula arbitral.”

Pues bien: en nuestro supuesto, la premisa “a)” ya había ocurrido (existía desde luego una declaración “definitiva pero no firme” ya que dichos actos del Ayuntamiento de Leioa están pendientes de impugnación final ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco). No obstante, la “b)” todavía no había sucedido porque la nulidad del acto de adjudicación no era firme. Ello conlleva que la Sala no examine la “c)”:

“De lo que se sigue que la declaración de nulidad del acto de adjudicación es una condición necesaria de la nulidad del contrato pero no suficiente, puesto que para producir tal efecto, además, tal y como establece la norma con toda claridad, ha de ser firme. Y como quiera que el acto acordando la declaración de nulidad de la adjudicación ha sido objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, estando dicho recurso, que se sigue, bajo el nº 243/2017, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, pendiente de resolución resulta entonces que la declaración no es firme, y por lo tanto, que el contrato formalizado a consecuencia de dicha adjudicación no puede considerarse nulo”.

Francamente, aunque compartimos la decisión de la Sentencia dictada por el TSJ de País Vasco, disentimos del razonamiento jurídico empleado para rechazar la acción de anulación. Si todo dependiera, como dice la Sentencia, de que el contrato no es nulo porque el Auto declarando la nulidad de la adjudicación no es firme, habría bastado que el Ayuntamiento hubiera alegado la posible existencia de prejudicialidad para suspender la acción de anulación hasta que se resolviera sobre la revisión de oficio.

En realidad, la resolución del TSJ debería ser de mayor calado y resolver, con total tranquilidad, que la nulidad de la adjudicación no arrastra la nulidad del convenio arbitral y, en consecuencia, hay que separar lo que es la adjudicación en sí —que podría ser nula si se confirmara en vía contenciosa— de la mera acción de indemnización por daños y perjuicios que reclama la UTE-Pinosolo al amparo de una resolución contractual y que no se ve afectada por la nulidad de la adjudicación.

Es decir, la independencia del convenio arbitral confirmaría que la decisión que se adoptara en la vía contencioso-administrativa no arrastraría la nulidad del convenio arbitral y, menos aún, del Laudo.

El tercer motivo de anulación esgrimido por el Ayuntamiento reside en el ap. f) del art. 41 LA: la tan manida alegación de orden público. En este caso, por no haberse tenido en cuenta la infracción del derecho comunitario en materia de contratación por la infracción de la normativa del derecho de la competencia.

Recordemos que la sanción impuesta por el Consejo Vasco de la Competencia fue anulada parcialmente por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en cuanto a la orden impuesta a Leioa Kirolak –y, por ende, al Ayuntamiento– de abstenerse de abonar las indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato por el que se adjudicó la construcción del complejo deportivo a la UTE Pinosolo. La razón no era otra que evitar la intromisión del Consejo Vasco en competencias propias del órgano adjudicador, pues

“... incoado en octubre de 2012 por el Presidente de Leioa Kirolak expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo, el acto que lo puso fin y la eventual indemnización que en su caso se hubiere fijada a favor de la aquí recurrente, no pueden ser privados de eficacia mediante la resolución sancionadora, sin perjuicio de que la contratante, si lo estima oportuno inicie procedimiento para su revisión”.

Esa revisión de oficio a la que animaba la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia se aprobó por el Ayuntamiento de Leioa el 20 junio 2017 y no había adquirido firmeza al momento de dictarse la Sentencia de 20 mayo 2018 por el TSJ desestimando la acción de anulación.

Este tercer motivo es desestimado por el TSJ por dos motivos:

“La infracción señalada, por otro lado, tampoco guarda directa e inmediata relación con el contenido del contrato, no puede considerarse resultado o producto de alguna o algunas de sus cláusulas o condiciones, que en realidad no se cuestionan, sino que tiene que ver con su adjudicación, que es una faceta del proceso de contratación sobre la que, al igual que ocurre con lo referido a su preparación, el árbitro carece de competencia.”

“Y finalmente, aunque la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato (provisional y definitiva) fue acordada por el Ayuntamiento de Leioa antes de dictarse el laudo, como quiera que no era firme, al haber sido recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, no conllevó ni produjo como efecto la del contrato mismo, que, así las cosas, seguía, al momento de pronunciarse el árbitro, conservando su validez.”

En realidad, el motivo de rechazo es el “a)” pues el “b)” lo formula el TSJ en términos hipotéticos. Y, además, siempre podría saldarse, como hemos anticipado, por la figura de la prejudicialidad que evitaría la posibilidad de que se dictaran sentencias contradictorias.

En efecto, el motivo cardinal en el que debemos centrarnos es el “a)” pues la infracción del Derecho de la competencia cometida por una de las dos empresas que conforman la UTE Pinosolo ya tuvo su propia sanción económica por el Consejo Vasco de la Competencia (45.000 euros).

La realidad es que aunque adquiriera firmeza –que es posible que la adquiriera– la anulación de la adjudicación no arrastrará la nulidad del convenio arbitral. Aunque es cierto que funcionan como círculos secantes, el proceso

de adjudicación tiene sus propios medios impugnatorios y la resolución contractual sus remedios indemnizatorios. En esta parte no secante, cada uno de los procesos tiene su propia autonomía; una cosa son las indemnizaciones que resulten de un proceso arbitral con motivo de la resolución contractual y otro distinto que se anule el proceso de adjudicación. Así, pues, la nulidad del contrato no implicaría la del convenio arbitral.

Así, con anterioridad a la nulidad del proceso de adjudicación, la UTE Pinosolo ya había realizado determinados trabajos que debían ser abonados por el Ayuntamiento de Leioa. La autonomía del convenio arbitral se erige aquí como protector de una parte (la UTE Pinosolo) que, aunque uno de sus componentes había infringido el derecho de la competencia, no todo el grueso que conforma la actuación de la UTE Pinosolo –trabajos de construcción– debía ser anulado.

Como conclusión a esta Sentencia, debemos indicar que es ese principio básico, la autonomía e independencia del convenio arbitral, el que impide en este caso que el Ayuntamiento de Leioa pueda, al albur de su poder discrecional, extinguir un contrato y evitar abonar las consecuencias de esa resolución por mucho que se hubiera infringido el derecho de la competencia durante el proceso de adjudicación.

Bibliografía

- BUSTILLO BOLADO, R.: *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, 1995.
- DORREGO DE CARLOS, A.: "El arbitraje en los contratos públicos", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.
- ESTEVE PARDO, J.: *Autoregulación: génesis y efectos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 45–46, 2009 (Ejemplar dedicado a: Cursos 2004/2005–2005/2006), pp. 257–285.
- GARCÍA PÉREZ, M.: *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.
- GARCÍA–TREVIJANO FOS, J.A.: "Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del 'Hotel Andalucía Palace', de Sevilla", *Revista de Administración Pública*, nº 28, 1959, pp. 147–164.
- GIMENO FELIÚ, J.M.: "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente", *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 153, 2018, pp. 34 ss.
- GONZÁLEZ–VARAS IBÁÑEZ, S.: "La irrupción de las negociaciones y el derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitraje", *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, nº 286–287, 2001.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: "Colaboración público–privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 74, 2018 (Ejemplar dedicado a "El nuevo régimen de las concesiones"), pp. 34–43.
- GRANADO HIJELMO, I.: "El arbitraje y el Derecho administrativo", *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, 2005.
- HUERGO LORA, A.: *La Resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2000.
- LOPERENA ROTA, D.: *La transacción en la nueva ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, Oñati, Instituto Vasco de la Administración Pública = Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 2000.
- LÓPEZ MENUDO, F.: "Arbitraje y Derecho público", *Justicia Administrativa*, nº 2, 1999.
- LOZANO CUTANDA, B.: "El nuevo 'arbitraje' entre la Administración y sus entes instrumentales", *Diario La Ley*, nº 7715–7716, 2011.
- MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M.: *Tratado de Derecho arbitral*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas, Thomson–Reuters, Aranzadi, 2014.
- MERINO MERCHÁN, J.F.: *El 'equivalente jurisdiccional' en el Derecho público español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- MORENO MOLINA, A.: "La aprobación de la LCSP 2017: un balance preliminar" *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 153, 2018, pp. 6–8.
- PAREJO ALFONSO, L.: "Algunas reflexiones sobre el "arbitraje administrativo"; a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 1, 1999.
- PÉREZ MORENO, A.: "El arbitraje administrativo", *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 43, 2001.
- RIVERO ORTEGA, R.: "Repensando el Estado de Derecho. El arbitraje administrativo como alternativa al colapso de la jurisdicción", *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.
- ROSA MORENO, J.: *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw– Hill, 1998.
- SORIANO HINOJOSA, A.: "La inmunidad de jurisdicción y el arbitraje administrativo internacional", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, nº 1, 2016, pp. 97–174.
- TORNOS MAS, J.: "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos", *Revista de Administración Pública*, nº 136, 1995.
- : "El arbitraje en el Derecho Administrativo. Posibilidad de esta figura", *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995.
- : "Medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo", *Tribunal Arbitral de Barcelona*, vol. nº 14, 2017;
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M.: "El arbitraje de Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997.

* * *

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
(Sala Civil y Penal, Sección Primera),
de 30 mayo 2018**

Acción de anulación: improcedencia.— Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao.— Nulidad e inexistencia sobrevenida de la cláusula arbitral derivada de la novación del contrato.— Novación de un contrato producida por la subrogación de un Ayuntamiento en la posición de una sociedad pública.— Imposibilidad de las Administraciones Públicas para someterse a arbitraje.— Vulneración de lo dispuesto en el art. 24.2º de la Constitución.— Nulidad e inexistencia sobrevenida de la cláusula arbitral derivada de la aprobación definitiva de la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de los acuerdos de adjudicación del contrato.— Vulneración de lo dispuesto en el art. 9.3º y en el art. 117.3º de la Constitución.— Nulidad de pleno Derecho del laudo arbitral por incurrir en infracción del orden público al haberse vulnerado el art. 24.1º de la Constitución, por no haberse tenido en cuenta por el laudo arbitral impugnado el Derecho comunitario en materia de contratación.

Ponente: Antonio García Martínez.

Partes: Ayuntamiento de Leioa / UTE Pinesolo

Fuente: ECLI: ES:TSJPV:2018:1022, Id Cendoj: 48020310012018100017.

Normas aplicadas: Arts. 22.3º y 41, a) y e) LA.

La tesis (...), concretada en la idea de que, tras las sucesión de la posición contratante de Leioa Kiroalak, SAU y la asunción por la misma del Ayuntamiento de Leioa, el contrato debe considerarse como administrativo y sometido en sus efectos, interpretación y extinción al Derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa, resulta inasumible. La Sala no puede aceptar, en un caso como el de autos, que el "status jurídico singular" de una Administración Pública signifique que esta, por el mero hecho de serlo, tenga el poder de alterar, por su exclusiva y libérrima voluntad, la naturaleza y contenido de la relación contractual, lo que vulneraría principios básicos de Derecho, entre otros, el que proclama que la validez y cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 Cc)

1. En el primer motivo de anulación, formulado al amparo de los apartados a) y e) del art. 41 de la Ley de Arbitraje (LA), alega la parte actora: "Nulidad e inexistencia sobrevenida de la cláusula arbitral derivada de la novación del contrato producida por la subrogación del Ayuntamiento de Leioa en la posición de la sociedad pública Leioa Kiroalak, S.A.U. Imposibilidad de las Administraciones Públicas para someterse a arbitraje. Vulneración de lo dispuesto en el art. 24.2º de la Constitución".

1.1 La cuestión objeto de este motivo fue decidida por el árbitro, con carácter previo, en el laudo de 24 abril 2017, que produce efectos de cosa juzgada, conforme a lo establecido en el art. 43 LA, y que "tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable", tal y como señala la exposición de motivos LA.

La decisión del árbitro solo podía impugnarse, a tenor de lo establecido por el art. 22.3º LA, mediante el ejercicio de la acción de anulación de dicho laudo, dado que se había adoptado en él.

La decisión arbitral fue impugnada por la parte actora mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo dictado, conforme a lo establecido por los arts. 22.3º y 41 LA.

Y la pretensión de anulación por dicho motivo fue sustanciada por el procedimiento del juicio verbal con especialidades del art. 42 LA, seguido ante este tribunal bajo la referencia NLA y el nº 15/2017, y resuelta por esta misma Sala en la sentencia dictada el 15 noviembre 2017, con efectos de cosa juzgada formal y material.

De cosa juzgada formal porque, tal y como dispone el art. 42.2º LA, contra dicha sentencia no cabe recurso alguno; y además, porque conforme a lo establecido por el art. 207.3º LEC: “Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas”.

Y de cosa juzgada material, porque dicha sentencia no es una de las mencionadas en los nºs 2 y 3 del art. 447 LEC y, por lo tanto, sí produce dicho efecto, que tiene aparejada una función negativa y excluyente, que subviene a la seguridad y a la paz jurídicas, y que impide, conforme a lo dispuesto por el art. 222 LEC, que se enjuicie en este proceso y se decida en este momento idéntica cuestión a la que, entre las mismas partes, ya fue juzgada en el proceso anterior (NLA 15/2017) y decidida por la sentencia que le puso fin, lo que determina, necesariamente, la desestimación del primer motivo.

1.2 Aunque no resulten necesarias establecido lo anterior, vamos a realizar a continuación, por deferencia forense, algunas consideraciones en relación con las manifestaciones vertidas en la demanda de anulación “Sobre la liquidación de la sociedad municipal, la subrogación en su lugar del Ayuntamiento consultante y la consultante novación del contrato”:

1.2.1 El supuesto del que se trata en el caso: sucesión de una Administración Pública en la posición jurídica que ocupaba la entidad otorgante, que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración Pública, en un contrato privado y sometido a arbitraje en lo relativo a las controversias que surjan entre las partes en relación o con ocasión de su ejecución y cumplimiento, así como sobre su eficacia y resolución, no es el que contempla y regula el art. 39 (cuyo contenido pasó, con idéntica redacción, al art. 320 añadido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); ni el que recoge el art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas; ni tampoco el que constituye la hipótesis normativa del art. 7.3º Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Por lo tanto:

1.2.1.1 No cabe concluir que la imposibilidad del arbitraje en el caso que analizamos sea mera aplicación de una ley prohibitiva que así lo establece categóricamente.

1.2.1.2 Ni, como consecuencia de lo anterior, que deba aplicarse el art. 6.3º Cc, deduciendo que el laudo deviene nulo.

1.2.1.3 Ni, como precipitado final e inexorable, que la Sala haya de declararlo así sin más remedio, so pena de vulnerar el art. 24 CE.

1.2.2 En el supuesto de autos, la Administración Pública no adjudicó ni celebró el contrato, sino que sucedió en él, pasando a ocupar su posición jurídica, con los mismos derechos y obligaciones, a la entidad que lo había formalizado y que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración Pública. Por lo tanto:

1.2.2.1 No cabe deducir directamente y sin más, a partir de lo establecido en el art. 19.1º LCSP, el carácter administrativo del contrato, pues, como se ha dicho, no es un contrato celebrado por una Administración Pública. Y, como también dijimos en la sentencia de 15 noviembre 2017, “[...] una cosa es celebrar un contrato y otra, muy distinta, ocupar la posición jurídica de una de las partes contractuales en un contrato ya celebrado [...]”.

1.2.2.2 Y tampoco se puede afirmar que de la «novación subjetiva del contrato» se pasa a la «novación objetiva» por imperativo legal, y que la ley es tajante al respecto, sin más respaldo o fundamento legal que el representado por la cita del señalado art. 19.1º, cuya simple lectura pone de manifiesto que no existe identidad entre el supuesto de autos y el que forma parte de la norma que se plasma en su enunciado.

1.2.3 Por último, los efectos extraordinarios y las consecuencias exorbitantes derivados de la “novación objetiva” consecuencia de la “novación subjetiva” aludidas en la demanda no se pueden justificar con la simple aseveración de que “la Administración Pública tiene un status jurídico singular que se proyecta en todas las relaciones jurídicas en las que es parte tiéndolas en una u otra medida con su propio color”.

1.2.3.1 La reglamentación jurídica contractual tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, que deben atenerse al contenido preceptivo del contrato ajustando su conducta a lo convenido y atendiendo al cumplimiento no solo de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (arts. 1091 y 1258 Cc).

1.2.3.2 Es evidente, que el contenido de dicha reglamentación puede ser modificado. Y también, que dicha modificación puede tener lugar no solo convencionalmente, con base en el acuerdo de las partes, sino a través del ejercicio unilateral de una facultad de modificar que se concede a uno solo de los sujetos, bien en virtud de una disposición legal o bien en virtud de una disposición emanada del propio contrato. Incluso cabe que dicha modificación sobrevenga de una manera automática e *ipso iure*, por estar preordenada por una disposición legal para el caso de producirse un supuesto de hecho y ese supuesto de hecho se haya producido ya.

1.2.3.3 Lo que ocurre es que ninguno de los anteriores supuestos se identifica con el del caso. En el caso, la conversión del contrato que defiende la parte actora, que dejaría de ser privado para pasar a ser administrativo, con las consecuencias de todo orden que ello conllevaría, y que irían más allá de la procedencia o improcedencia de someter al arbitraje las divergencias surgidas entre las partes a consecuencia de la relación contractual, no se fundamenta en el mutuo acuerdo; ni en la voluntad unilateral cubierta por lo pactado o autorizada por la ley; ni en el automatismo de lo que, en atención a lo contemplado y previsto en una norma, se produciría simplemente *ex lege*.

1.2.3.4 La sucesión del Ayuntamiento de Leioa en la posición contractual de la sociedad Leioa Kirolak, SAU tuvo lugar en un contexto caracterizado:

1.2.3.4.1 Por la discrecionalidad, dado que la disolución de la sociedad no era indefectible, puesto que cabía como alternativa tramitar un plan de corrección.

1.2.3.4.2 Por la unilateralidad, dado que fueron el Ayuntamiento y la sociedad los que decidieron por su propia cuenta que esta fuera disuelta y sucedida por aquel en el contrato.

1.2.3.4.3 Y por la confianza suscitada en la otra parte del contrato de que no se produciría, a consecuencia de tal circunstancia, ninguna alteración sustancial en el contenido de la reglamentación contractual, entre otras razones, por haberse declarado por la sociedad sucedida y la corporación sucesora que esta sucedía a aquella “en todos sus derechos y obligaciones”.

1.2.3.5 Pues bien, con ese contexto y en ausencia de las condiciones señaladas, la tesis de la parte actora, concretada en la idea de que, tras la sucesión de la posición contratante de Leioa Kirolak, SAU y la asunción por la misma del Ayuntamiento de Leioa, el contrato debe considerarse como administrativo y sometido en sus efectos, interpretación y extinción al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa, resulta inasumible.

La Sala no puede aceptar, en un caso como el de autos, que el “status jurídico singular” de una Administración Pública signifique que esta, por el mero hecho de serlo, tenga el poder de alterar, por su exclusiva y libérrima voluntad, la naturaleza y contenido de la relación contractual, lo que vulneraría principios básicos de derecho, entre otros, el que el proclama que la validez y cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 Cc).

2. En el segundo motivo de anulación, formulado al amparo de los aps. a) y f) del art. 41 LA, alega la parte actora: “Nulidad e inexistencia sobrevenida de la cláusula arbitral derivada de la aprobación definitiva de la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de los acuerdos de adjudicación del contrato. Vulneración de lo dispuesto en el art. 9.3º y en el art. 117.3º CE.

2.1 Esta alegación, que también fue planteada por la parte actora en el procedimiento NLA 15/2017, para fundamentar la nulidad del laudo de 24 abril 2017, y que, al no haber sido analizada en ese momento por la Sala, para no incurrir en lo que consideraba un exceso en su función de control del laudo parcial dictado, por lo que no se ve afectada, como la primera, por el efecto negativo excluyente de la cosa juzgada, debe, no obstante, ser rechazada.

2.1.1 No ofrece duda, atendida la argumentación de la parte actora, que para llegar a la nulidad de la cláusula arbitral, como conclusión, antes hay que fijar, necesariamente, tres premisas:

2.1.1.1 Que se ha aprobado definitivamente la revisión de oficio y declaración de nulidad del acto de adjudicación.

2.1.1.2 Que la declaración de nulidad del acto de adjudicación conlleva la declaración de nulidad del contrato.

2.1.1.3 Y que la declaración de nulidad del contrato conlleva, a su vez, la nulidad de la cláusula arbitral.

2.1.2 La fijación de la primera no ofrece la más mínima duda: el 20 junio 2017 se acordó por el pleno del Ayuntamiento de Leioa aprobar definitivamente la revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos de adjudicación provisional y definitiva del contrato de «redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo de Pinosolo» a la UTE Pinosolo.

2.1.3 Pero no se puede decir lo mismo de la segunda, lo que conlleva que tampoco quepa establecer la tercera y, de asumirse que es correcta, alcanzar la conclusión pretendida. Y es que, después de regular la declaración de nulidad en el art. 34, la LCSP se ocupa, en el art. 35, de los efectos de la nulidad, disponiendo, en su nº 1, por lo que ahora interesa, que: “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato [...]”.

De lo que se sigue que la declaración de nulidad del acto de adjudicación es una condición necesaria de la nulidad del contrato, pero no suficiente, puesto que para producir tal efecto, además, tal y como establece la norma con toda claridad, ha de ser firme. Y como quiera que el acto acordando la declaración de nulidad de la adjudicación ha sido objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, estando dicho recurso, que se sigue, bajo el nº 243/2017, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, pendiente de resolución, resulta entonces que la declaración no es firme, y por lo tanto, que el contrato formalizado a consecuencia de dicha adjudicación no puede considerarse nulo.

3. En el tercer y último motivo de anulación, formulado al amparo del apartado f) del art. 41 LA, alega la parte actora: “Nulidad de pleno derecho del laudo arbitral por incurrir en infracción del orden público al haberse vulnerado el art. 24.1º CE, por no haberse tenido en cuenta por el laudo arbitral impugnado la infracción por la UTE Pinosolo del Derecho comunitario en materia de contratación”.

3.1 Para responder a esta última alegación es necesario partir de los siguientes hechos:

3.1.1. Por resolución dictada el 21 mayo 2013, el Consejo Vasco de la Competencia declaró la infracción por parte de Aros Estudio de Arquitectura, S.A. de los arts. 1.1º y 3º de la Ley de Defensa de la competencia, imponiéndole una multa sancionadora por importe de 45.000 €, y ordenando a Leioa Kirolak, S.A.U. que se abstuviera de abonar cualquier indemnización o compensación por daños y perjuicios a la infractora derivados de la resolución del contrato “Complejo Deportivo” o, en su caso, recuperar las cantidades ya abonadas en ese concepto. La resolución también declaró que no había resultado acreditada «infracción del art. 1.1 ni del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia en lo referente a la actuación de Excavaciones Viuda de Sainz.

3.1.2 Aros Estudio de Arquitectura, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, que fue resuelto, por sentencia firme 104/2016, de 16 de marzo, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJPV, en sentido parcialmente estimatorio, al anularse la misma, si bien tan solo: “[...] en cuanto ordena a Leioak Kirolak, S.A.U. que se abstenga de

abonar cualquier tipo de indemnización o compensación por daños y perjuicios a la infractora, derivados de la resolución del contrato 'Complejo Deportivo', o en su caso, recuperar las cantidades ya abonadas por este concepto [...]", y ello por cuanto: "[...] si bien el art. 53.2.c) LDC, posibilita la adopción de medidas correctoras encaminadas a la remoción de los efectos de las prácticas contrarias al interés público, la acordada supone la intromisión en las competencias propias del órgano adjudicador en el ámbito de la relación contractual que le vincula con la sociedad adjudicataria; incoado en octubre de 2012 por el Presidente de Leioa Kirolak expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo, el acto que lo puso fin y la eventual indemnización que en su caso se hubiere fijado a favor de la aquí recurrente, no pueden ser privados de eficacia mediante la resolución sancionadora en estudio, sin perjuicio de que la contratante, si lo estima oportuno, inicie procedimiento para su revisión de los previstos en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en base a las infracciones apreciadas por el Consejo Vasco de la Competencia [...]".

3.1.3 El 30 noviembre 2016, el pleno del Ayuntamiento de Leioa acordó iniciar de oficio el procedimiento de revisión de los acuerdos de adjudicación provisional y definitiva del "Contrato Pinosolo" a la UTE Pinosolo.

3.1.4 El 20 junio 2017, el Pleno del Ayuntamiento de Leioa acordó aprobar definitivamente la revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos de adjudicación provisional y definitiva del contrato de "redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo de Pinosolo" a la UTE Pinosolo.

3.1.5 Dicho acuerdo plenario de 20 junio 2017 aún no ha adquirido firmeza, al haber sido objeto de impugnación por la UTE Pinosolo ante la jurisdicción contencioso-administrativa y estar el recurso interpuesto, que se sigue bajo el nº 243/2017, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, pendiente de resolución.

3.2 A partir de los hechos que se acaban de consignar y por las razones que a continuación expondremos, consideramos que procede rechazar cuanto se alega en este motivo, incluido el planteamiento, por su manifiesta falta de necesidad, de la cuestión prejudicial que sugiere. Y así:

3.2.1 De la infracción por Aros Estudio de Arquitectura, S.A. de los arts. 1.1º y 3 LDC no se puede pasar sin más a la afirmación de que la UTE Pinosolo infringió el derecho comunitario en materia de contratación; de la UTE también formaba parte Excavaciones Viuda de Sainz, S.A., que no incurrió en infracción alguna.

3.2.2 Las consecuencias de la infracción cometida por Aros Estudio de Arquitectura, S.A. fueron establecidas por el Consejo Vasco de la Competencia, que ni declaró ni podía declarar la nulidad del contrato, pero que, aun con todo, se extralimitó al inmiscuirse en la relación contractual existente entre Leioa Kirolak, como órgano adjudicador, y UTE Pinosolo, como sociedad adjudicataria, por lo que su resolución sancionadora fue parcialmente anulada por la jurisdicción contencioso-administrativa, quedando reducidos sus efectos a la imposición a Aros Estudio de Arquitectura, S.A. de una multa sancionadora por importe de 45.000 euros.

3.2.3 La infracción señalada, por otro lado, tampoco guarda directa e inmediata relación con el contenido del contrato, ni puede considerarse resultado o producto de alguna o algunas de sus cláusulas o condiciones, que en realidad no se cuestionan, sino que tiene que ver con su adjudicación, que es una faceta del proceso de contratación sobre la que, al igual que ocurre con lo referido a su preparación, el árbitro carece de competencia.

Lo anterior, de lo que resulta sabedora la parte actora, quizás sea lo que explique que la alegación a la que ahora damos respuesta no fuera planteada en el procedimiento arbitral, dado que el árbitro no se podía pronunciar sobre la nulidad del contrato por vicios en su adjudicación, so pena de excederse en su competencia.

3.2.4 Y finalmente, aunque la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato (provisional y definitiva) fue acordada por el Ayuntamiento de Leioa antes de dictarse el laudo, como quiera que no era firme, al haber sido recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa,

no conllevó ni produjo como efecto la del contrato mismo, que, así las cosas, seguía, al momento de pronunciarse el árbitro, conservando su validez.

4. Al fracasar los motivos en que se basa, procede desestimar la demanda de anulación y con imposición de las costas a la parte actora en virtud al art. 42 LA en relación con los arts. 394, 398 y 516 LEC y en atención al principio general del vencimiento objetivo atenuado.

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS: Declaramos no haber lugar a la solicitud de la representación procesal del Ayuntamiento de Leioa interesando que se declare nulo de pleno derecho o subsidiariamente se anule y deje sin efecto el Laudo Arbitral dictado el 20 noviembre 2017 por D. E.L.C. en el procedimiento arbitral DR-5/16, de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao.

Las costas se imponen a la parte actora.

La presente sentencia es firme, contra la misma no cabe recurso alguno.