



Roj: **STSJ PV 3948/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3948**

Id Cendoj: **48020310012017100041**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2017**

Nº de Recurso: **15/2017**

Nº de Resolución: **11/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA**

**ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA**

**BILBAO**

BARROETA ALDAMAR 10 1ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016654

FAX: 94-4016997

**Procedimiento** : Nulidad de laudo arbitral / **Arbitraje** laudoa deuseztatzea 15/2017

**NIG / IZO** : 00.01.2-17/000010

**NIG CGPJ / IZO BJKN** :48020.31.1-2017/0000010

Demandante / Demantzailea: AYUNTAMIENTO DE LEIOA

Procurador/a / Prokuradorea: NUÑEZ IRUETA

Abogado/a / Abokatua:

Demandado / Demandatua: UTE AROS ESTUDIO DE ARQUITECTURA S.A. Y EXCAVACIONES VD. DE SAINZ

Procurador/a / Prokuradorea: TORRES AMANN

Abogado/a / Abokatua: JORGE ROMERO YURREBASO

**EXCMO. SR. PRESIDENTE**

D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

**SENTENCIA Nº 11/2017**

En Bilbao, a quince de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, integrada por los Magistrados arriba reseñados, los presentes autos de Nulidad de laudo arbitral número 15/2017, siendo parte demandante el AYUNTAMIENTO DE LEIOA representado por el procurador D. Xabier Nuñez Irueta y asistido por el letrado D. Ricardo Sanz Cebrián, y como parte demandada UTE PINOSOLO, representada por la procuradora D.ª Aurora



Torres Amann y asistido por el letrado D. Jorge Romero Yurrebaso, en solicitud de demanda de anulación del laudo arbitral dictado en Bilbao el 24/4/2017, por la Corte de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de junio de 2.017 se presentó por el Procurador D. Xabier Nuñez Irueta en representación del Ayuntamiento de Leioa demanda de nulidad del laudo arbitral dictado en Bilbao el 24/4/2017 por la Corte de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, señalando como parte demandada a UTE, AROS ESTUDIO DE ARQUITECTURA S.A. Y EXCAVACIONES VDA. DE SAINZ S.A. (UTE PINOSOLO).

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 27 de junio de 2017, se acordó registrar la demanda, y conforme al turno establecido, designar Magistrado Ponente.

TERCERO.- Por decreto de la misma fecha, se admitió a trámite la misma, acordando dar traslado a la parte demandada para que la contestase en el plazo de 20 días hábiles.

CUARTO.- Con fecha 28 de julio de 2.017 por la Procuradora D.<sup>a</sup> Aurora Torres Amann en nombre y representación de la Unión Temporal de Empresa Pinosolo, se presentó escrito de contestación a la demanda, bajo la dirección letrada de D. Jorge Romero Yurrebaso.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 28 de julio de 2017, se acuerda unir el escrito de contestación a la demanda y documentos acompañados, a las actuaciones de su razón, teniéndose por comparecida a la parte demandada y por contestada la demanda y se concede el plazo de 10 días a la parte demandante a fin de presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba.

SEXTO.- Con fecha 2 de octubre de 2017, se dicta Auto de admisión y práctica de prueba con el resultado obrante en las actuaciones.

SÉPTIMO.- Practicada la prueba acordada y no procediendo la celebración de vista, quedan los autos pendientes de deliberación, votación y fallo.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El primer motivo de anulación, por la vía de los apartados a ) y e) del art. 41 de la Ley de **Arbitraje** (LA), afirma que la cláusula arbitral es nula a consecuencia "[¿] de la aprobación definitiva de la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de los acuerdos de adjudicación del contrato".

1.1 Sostiene la parte actora: (i) que en su escrito de oposición al **arbitraje** alegó haber iniciado un expediente de revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos de adjudicación 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, lo cual conllevaría, en el caso de que se aprobase definitivamente la misma, que devendría también nula de pleno derecho la propia cláusula arbitral; y (ii) que dicha alegación o motivo de oposición fue rechazado por el árbitro en el laudo interlocutorio.

Pues bien, habiéndose declarado por acuerdo plenario del Ayuntamiento de Leioa de 20 de junio de 2017, con el que se pone fin al procedimiento de revisión de oficio iniciado, la nulidad de pleno derecho de los acuerdos de adjudicación del contrato reseñado, resulta obvio, a juicio de la parte actora, que dicha declaración "[¿] deja sin efecto toda la relación contractual [¿] con lo cual mal puede aplicarse, como pretende el árbitro, una cláusula arbitral a una relación contractual que ha dejado de existir para el derecho".

En definitiva, para la parte actora no hay duda de que lo acordado por el pleno del Ayuntamiento el 20 de junio de 2017 "[¿] ha conllevado la nulidad de la propia cláusula arbitral contenida en el Pliego de Condiciones Administrativas Generales que rigió el referido concurso". Ello, claro está, sin perjuicio de que la UTE Pinosolo pueda acudir, si considera el acuerdo contrario a derecho, "[¿] a la Jurisdicción competente, que no es otra que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero nunca a un procedimiento arbitral", por lo que "[¿] concurren los motivos de anulación del Laudo Interlocutorio, contenidos en los apartados a ) y e) del artículo 41, de la Ley núm. 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**".

1.2 La Sala, que ha leído con suma atención y detenimiento el laudo arbitral, no considera necesario, para resolver este primer motivo de anulación, confrontar lo que alega con lo que el árbitro argumenta a partir del principio de autonomía sustancial del acuerdo arbitral, en breve: la existencia autónoma de la cláusula arbitral



respecto del contrato en el que se encuentra inserta, de modo que la nulidad de este no tiene por qué acarrear, en todo caso, la de aquella.

Para desestimar el motivo, que es lo que a nuestro juicio procede, nos basta con constatar, en el marco estricto de control ejercido por la Sala, a través del proceso de impugnación que se inicia con la acción de anulación, que el laudo impugnado se dictó con anterioridad al acuerdo plenario del Ayuntamiento de Leioa aprobando definitivamente la revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de Leioa Kirolak, SAU por los que se procedió a adjudicar, de forma provisional y definitiva, el 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.

Un laudo interlocutorio en el que el árbitro decide en sentido afirmativo sobre su competencia puede y debe ser anulado cuando es dictado sin ella, pero no puede ni debe anularse cuando se dicta teniéndola. Y en este sentido, lo que cuenta, y lo único que la Sala puede y debe señalar, es que el árbitro era competente cuando dictó el laudo impugnado, y, por lo tanto, que este no puede ser invalidado.

La ilación argumentativa que conduce el proceso inferencial de la parte actora es simple: como quiera que la competencia del árbitro deriva de la cláusula arbitral, si la declaración de nulidad de los acuerdos de adjudicación lleva aparejada la del contrato (como sostiene), y la de este determina a su vez la de cláusula arbitral (como sostiene igualmente), entonces el árbitro carece de competencia.

Ahora bien, no es necesario analizar la corrección sustancial del argumento, ni discurrir si se produce o no una quiebra lógica cuando se deduce la nulidad de la cláusula arbitral de la nulidad del contrato, para determinar que la conclusión no puede alcanzarse en el caso de eliminarse la primera condición; pues si no se ha declarado la nulidad de los acuerdos de adjudicación (cosa que no había ocurrido el 24 de abril de 2017, que es cuando se dicta el laudo), ya no puede sostenerse que el contrato es nulo y tampoco entonces que lo sea la cláusula, por lo que ya no cabe concluir que el árbitro carece de competencia.

En este orden de cosas, es necesario dejar claro que la oposición al **arbitraje** y a la competencia del árbitro por el Ayuntamiento de Leioa no se fundamentó, en el procedimiento arbitral, en el acuerdo de revisión en el que se fundamenta ahora la acción de anulación ¿que no se había adoptado-, sino en el hecho, distinto y de muy diferente significación ¿del mismo no era posible deducir que el árbitro careciese de competencia, sino en su caso, y todo lo más, siguiendo el discurso de la parte actora, que podría dejar de tenerla-, de haberse iniciado un procedimiento de revisión de oficio que podía conllevar la declaración de nulidad del acuerdo de adjudicación del contrato a la UTE Pinosolo que acarree la de este y la de la cláusula arbitral contenida en él.

Lo que pone de manifiesto, que el alegato rechazando la competencia del árbitro y oponiéndose al **arbitraje** se fundamentó en un juicio hipotético y especulativo sustentado en una eventualidad, y, por lo tanto, que, dado su carácter extemporáneo, por prematuro, no podía prosperar.

Frente a lo anterior no cabe objetar que la LA establece la carga de que las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros sean planteadas *a limine*, tal y como se establece en el art. 22.2: "[¿] a más tardar en el momento de presentar la contestación [¿]", dado que, como la propia ley señala en su EM y después dispone normativamente en el párrafo segundo del art. 22.2, la regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros.

Y tampoco cabe oponer por contraste, y dado que el argumentario del árbitro en este punto no se ciñe a la señalada extemporaneidad, sino que se extiende, en correspondencia con el debate propuesto por el Ayuntamiento de Leioa en el procedimiento arbitral, a otro tipo de consideraciones, que la Sala incurra en falta de motivación o la que ofrece se queda corta, pues, tal y como nosotros lo vemos, aquilatar las facultades de control arbitral que tiene atribuidas la Sala, enjuiciando la validez del laudo interlocutorio en función de la situación jurídica existente al momento de su dictado y desechando el enfrentamiento dialéctico de naturaleza especulativa al que se prestó el árbitro, no supone incurrir en una falta o defecto, sino evitar un exceso.

**2.** El segundo motivo de anulación, también por la vía de los apartados a) y e) del art. 41 LA, afirma: "[¿] la pérdida definitiva de la validez o vigencia de la cláusula arbitral ocasionada por la subrogación del Ayuntamiento en la posición de la sociedad pública", así como la "imposibilidad de las Administraciones Públicas para someterse a **arbitraje**".

**2.1** Esta alegación, que es objeto en el laudo de un concienzudo y detallado análisis, fue rechazada por el árbitro tras comprobar que: "[¿] ni el art. 39 LCSP ni el art. 50 TRLCSP contemplan el supuesto que es objeto del procedimiento arbitral: que una Administración Pública que tiene prohibido el **arbitraje** se subroge en la



posición de una sociedad pública en un contrato que originalmente se celebró como privado y que tenía una cláusula arbitral".

Las razones que el árbitro esgrime para desestimarla son, expuestas de forma muy resumida y escueta, las siguientes:

i) "[¿] el Ayuntamiento no estimó alterada la relación contractual ni afectada la cláusula arbitral como efectos necesarios e ineludibles de la subrogación sino más bien lo contrario, que quedarían incólumes".

ii) No cabe sostener, por el mero hecho de la subrogación, "[¿] que la invalidez o ineficacia de la cláusula arbitral habría devenido *ope legis* y al margen, por lo tanto, de la voluntad y de la actuación del AYUNTAMIENTO y de la obligada vinculación de este a sus propios actos [¿]".

iii) "[¿] tampoco sería oponible en este caso el límite a la extensión del **arbitraje** a personas distintas de las que fueron parte en el convenio arbitral [¿]".

iv) Y por último, aunque se aceptará, a meros efectos dialécticos, la hipótesis del Ayuntamiento de Leioa - resultado de una interpretación que el árbitro rechaza- "[¿] la eficacia de la cláusula 18ª PCAG se proyectaría al menos desde el comienzo de la relación contractual hasta la fecha en la que fue efectiva la disolución y extinción de la sociedad pública quedando únicamente excluido del conocimiento del árbitro lo ocurrido con posterioridad [¿]".

**2.3** Pues bien, lo argumentado por el árbitro sigue sin convencer a la parte actora, que esgrime ahora, para respaldar su tesis y justificar su "rotunda disconformidad" con el parecer arbitral, un "informe jurídico" al que atribuye una significativa autoridad, y que, como es natural, resulta acorde a sus puntos de vista.

**2.4** El motivo, como el anterior, también se va a rechazar. En este caso, por lo que se expone en el propio laudo, que argumenta sobre la cuestión de forma exhaustiva y, a nuestro juicio, con gran acierto y altura jurídica, por lo que procede asumir sus razonamientos, añadiendo tan solo y muy brevemente, con la única finalidad de responder a las cuatro conclusiones del "informe jurídico" en el que se apoya el motivo que estamos examinando, las cuatro siguientes y correlativas consideraciones:

i) El contrato al que nos estamos refiriendo, otorgado por una entidad que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración Pública, constituye, atendido su propio contenido, así como lo establecido por los arts. 3 , 13 , 14 , 20 , 21 y 320 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP ), en la redacción dada a la misma por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que es la que resulta de aplicación, un contrato privado, sujeto a regulación armonizada, que se rige en cuanto a su interpretación, efectos, cumplimiento y extinción por el derecho privado, y que queda sometido, respecto de cuantas cuestiones litigiosas afecten a su preparación y adjudicación, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y 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.

Pues bien, de lo establecido en el contrato (que nada previene al respecto) y de lo dispuesto en la LCSP (que tampoco contempla ni regula tal eventualidad) no es posible colegir, como dice y hace el "informe", en la primera de sus conclusiones, que "tras la sucesión de la posición contratante y la asunción de la misma por el AYUNTAMIENTO DE LEIOA [¿] el contrato deba considerarse como administrativo [¿] y sometido en sus efectos, interpretación y extinción al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

ii) Si por algo no puede alcanzarse la segunda conclusión es, precisamente, por el principio que encierra: "porque los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son".

El contrato de nuestro caso, cotejado su contenido con la normativa de aplicación -la dispuesta por la LCSP- es lo que hemos señalado en la consideración anterior, por lo que resulta infundado concluir, tal y como hace el "informe" en la conclusión a la que respondemos, "[¿] que el órgano de contratación ha llevado a cabo una calificación inadecuada [¿] y, por ello, que sea necesario modificarla, pues no lo es, dado que la efectuada, y que el propio contrato establece, resulta legalmente adecuada, no siendo de aplicación en este punto ninguna de las sentencias que son traídas a colación.

iii) La tercera conclusión del "informe" no puede considerarse necesariamente válida, pese a formularse de modo abiertamente apodíctico.

La aplicación del derecho administrativo por parte de una Administración Pública no siempre resulta obligatoria en el marco de contratación regulado por la LCSP. Así lo demuestra el contenido del art. 20 , que



atribuye carácter privado a determinados contratos celebrados por las Administraciones Públicas y somete su regulación, en materia de efectos y extinción, al derecho privado.

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*.

iv) 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.

Lo que resulta, indudablemente cierto, a tenor de lo establecido por el art. 320 LCSP (o el 39, que, como hemos dicho, lo mismo da a estos efectos), es que los entes, organismos y entidades del sector público que, a los efectos de la ley, tienen el carácter de Administraciones Públicas no pueden 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.

Ahora bien, siendo esto cierto, también lo es, que se produce un salto lógico cuando se deduce de ello que la cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado por una entidad del sector público que no tiene el carácter de Administración Pública y que remite al **arbitraje** la solución de dichas diferencias ha perdido su validez o vigencia al subrogarse en su posición otra que sí lo tiene (el carácter de Administración Pública), pues no siendo esta, sino aquella, la que celebró el contrato y remitió al **arbitraje**, es claro que dicha conclusión, a la luz de la indicada norma, constituye un *non sequitur*.

**3.** 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:

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 Interlocutorio que fue dictado el 24 de abril de 2017 por D. Alfredo en el procedimiento arbitral DR-5/16, de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao.

Las costas se imponen a la parte actora.

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

Así por nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Sr/a. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, LA Letrada de la Administración de Justicia, certifico.