



Roj: **STS 4174/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4174**

Id Cendoj: **28079130032021100185**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/11/2021**

Nº de Recurso: **3772/2020**

Nº de Resolución: **1346/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Bilbao, núm. 3, 12-12-2018,**
STSJ PV 3820/2019,
ATS 12410/2020,
STS 4174/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.346/2021

Fecha de sentencia: 17/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3772/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 3772/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1346/2021

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente



D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 17 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3772/2020, interpuesto por el Ayuntamiento de Leioa, representado por el procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco y bajo la dirección letrada de D. Asier Ramos Bilbao, contra la sentencia dictada de fecha 26 de diciembre de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de apelación número 129/2019. Es parte recurrida la U.T.E. Pinosolo, representada por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia y bajo la dirección letrada de D. Jorge Romero Yurrebaso.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 12 de diciembre de 2018 el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao dictó sentencia desestimatoria del recurso promovido por U.T.E. Pinosolo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Leioa de fecha 20 de junio de 2017, por la que se aprobaba definitivamente la revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de Leioa Kiroalak, S.A.U. de 31 de enero y de 11 de febrero de 2011 -por los que, respectivamente, se adjudicaba provisional y definitivamente el contrato de "Redacción de proyecto de dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud, y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo de Pinosolo" a la U.T.E. Pinosolo- y procedía a la liquidación de dicho contrato, declarando que no procedía abono de ninguna cantidad económica adicional.

Recurrida la citada sentencia en apelación por la U.T.E. Pinosolo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 26 de diciembre de 2019 por la que se estimaba el recurso y declaraba la no conformidad a derecho del acuerdo administrativo recurrido.

SEGUNDO.- Notificada esta última sentencia a las partes, la recurrida presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de fecha 13 de julio de 2020, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 17 de diciembre de 2020 por el que se admite el recurso de casación, precisando que las cuestiones sobre las que, en principio, se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son: si una cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado para la resolución de un contrato sujeto a regularización armonizada impide o constituye un límite para que una determinada administración pública, que ha ocupado la posición contractual de un poder adjudicador no administración tras su desaparición, pueda ejercer su potestad legal y convencional de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato; si de ser posible el ejercicio de esa facultad, lo será de forma excluyente, o será posible el ejercicio concurrente con el procedimiento arbitral, y, en este último caso, cuál será la incidencia de uno y otro procedimiento a fin de dar preferencia a una de las dos decisiones; más concretamente, si debe operar el criterio de preferencia temporal en el inicio o la decisión.

En la resolución se identifican como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 106 y 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, y el artículo 34 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actual artículo 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público).

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, quien presenta su escrito, en el que solicita que se dicte en su día sentencia por la que, casando y anulando la recurrida, se estime plenamente el recurso en los términos que interesa, todo ello con imposición de las costas procesales a la parte recurrida.



QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que suplica que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación, fijando la doctrina que propone en el cuerpo de dicho escrito y, subsidiariamente, y en el supuesto de que sea casada la sentencia recurrida, se entre en el fondo del resto de motivos del recurso de apelación y emita un nuevo fallo, o bien retrotraiga las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia del recurso de apelación, remitiendo los autos a la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, a fin de que por éste se dicte nuevo fallo con análisis de tales motivos, con imposición en cualquier caso de las costas procesales a la recurrente de casación.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 14 de junio de 2021 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 19 de octubre del mismo año, finalizando su deliberación en la sesión de 16 de noviembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

El Ayuntamiento de Leioa impugna mediante el presente recurso de casación la sentencia dictada el 26 de diciembre de 2019 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en materia de revisión de oficio de adjudicación de contratos públicos. La sentencia recurrida estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad empresarial U.T.E. Pinosolo contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Bilbao, la cual había declarado conforme a derecho la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato de obra del complejo deportivo de Pinosolo. La sentencia de apelación aquí impugnada entendió, por el contrario, que dicho contrato estaba sometido a arbitraje y que el Ayuntamiento de Leioa no podía declarar la nulidad de su adjudicación.

El Ayuntamiento recurrente considera, en síntesis, que la sentencia impugnada ha vulnerado la potestad de las administraciones públicas de revisión de oficio y de declarar, en su caso, la nulidad de disposiciones y actos que sean nulos de pleno derecho. En el presente supuesto, se habría desconocido la potestad del Ayuntamiento de Leioa de declarar la nulidad de la adjudicación de un contrato por la mera solicitud de un arbitraje sometido al derecho privado. La representación de la U.T.E. Pinosolo sostiene la conformidad a derecho de la sentencia recurrida.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de diciembre de 2020, que declaró de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes cuestiones:

1ª) si una cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado para la resolución de un contrato sujeto a regularización armonizada impide o constituye un límite para que una determinada administración pública, que ha ocupado la posición contractual de un poder adjudicador no administración tras su desaparición, pueda ejercer su potestad legal y convencional de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato;

2ª) de ser posible el ejercicio de esa facultad, lo será de forma excluyente, o será posible el ejercicio concurrente con el procedimiento arbitral,

3ª) y, en este último caso, cuál será la incidencia de uno y otro procedimiento a fin de dar preferencia a una de las dos decisiones; más concretamente, si debe operar el criterio de preferencia temporal en el inicio o la decisión.

SEGUNDO.- Sobre los antecedentes del caso.

Para una cabal comprensión del litigio resulta conveniente relatar las principales circunstancias y antecedentes del caso.

- El 31 de enero de 2011, Leioa Kirolak, sociedad mercantil unipersonal de capital público constituida por el Ayuntamiento de Leioa, adjudicó provisionalmente a la U.T.E. Pinosolo, constituida por las sociedades Aros, Estudios de Arquitectura, S.A. y Excavaciones Viuda de Sainz, S.A., el contrato de construcción del complejo deportivo Pinosolo. La adjudicación definitiva se aprobó el 11 de febrero inmediato y el correspondiente contrato se formalizó el 1 de abril de 2011.

- El 28 de noviembre de 2014 se disolvió la citada sociedad Leioa Kirolak, asumiendo su posición jurídica en derechos y obligaciones el propio Ayuntamiento de Leioa.

- En las sentencias 44/2016, de 15 de febrero -recurso 428/2013- y 104/2016, de 22 de marzo -recurso 407/2013-, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declaró conforme a derecho la sanción de multa de 45.000 euros impuesta por el Consejo Vasco de la competencia a la empresa Aros, Estudio de Arquitectura, S.A., integrante de la U.T.E. Pinosolo, por prácticas colusorias en relación con la adjudicación del complejo



deportivo Pinosolo. La primera de dichas sentencias ordenaba a Leioa Kirolak que no abonara indemnización o compensación por daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato; la segunda sentencia no reiteraba tal prohibición de indemnización a las sociedades infractoras en caso de resolución del contrato de adjudicación, sino que se remitía a la posibilidad de que la entidad adjudicadora pudiese instar la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación.

- Efectivamente el 30 de noviembre de 2016, el Ayuntamiento de Leioa, sucesor de la entidad adjudicadora Leioa Kirolak, inició el procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de adjudicación del polideportivo Pinosolo a la U.T.E. Pinosolo.

- El 1 de diciembre de 2016 la U.T.E. Pinosolo solicitó el arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, acogiéndose a la cláusula 18 del pliego de cláusulas generales, parte integrante del contrato para la construcción del complejo deportivo Pinosolo celebrado entre la extinguida sociedad pública municipal Leioa Kirolak y la U.T.E. Pinosolo. El 14 de marzo de 2017 el Ayuntamiento de Leioa formuló oposición al arbitraje, cuestionando la competencia del árbitro para conocer de la controversia.

- El 2 de marzo de 2017 el Ayuntamiento de Leioa aprobó la propuesta de revisión del acuerdo de adjudicación del contrato de construcción del polideportivo a la U.T.E. Pinosolo.

- El 24 de abril de 2017 el árbitro dictó laudo interlocutorio rechazando la oposición formulada por el Ayuntamiento de Leioa al arbitraje y dando curso al procedimiento de arbitraje.

- El 5 de junio de 2017 la Comisión Jurídica de Euskadi emitió dictamen por el que se estimaba procedente la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato de construcción del polideportivo Pinosolo.

- El 20 de junio de 2017 y tras la emisión del citado dictamen, el Ayuntamiento aprobó definitivamente la declaración de nulidad de dicha adjudicación en el procedimiento de revisión de oficio.

- Por sentencia de 15 de noviembre de 2017 el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó el recurso entablado por el Ayuntamiento de Leioa contra el mencionado laudo interlocutorio de 20 de junio.

- El 20 de noviembre de 2017 el árbitro dicta el laudo en el procedimiento de arbitraje, declarando la resolución del contrato por incumplimiento imputable al ayuntamiento demandado y ordenando la indemnización de daños y perjuicios a las empresas integrantes de la U.T.E. Pinosolo.

TERCERO.- Sobre las sentencias de instancia y apelación.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Bilbao desestimó el recurso interpuesto por la U.T.E. Pinosolo contra la declaración de nulidad de pleno derecho con la siguiente argumentación:

" **TERCERO.-** 1. La delimitación del objeto del recurso frente al Acuerdo de 20 de junio de 2017 propuesta en su escrito de conclusiones por la Administración es adecuada y responde a la establecida por los escritos de interposición de recurso y la demanda, conforme al art. 56 LJCA. El objeto del recurso es la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación por la concurrencia de la causa del art. 47.1.g) de la Ley 39/15, como señaló el dictamen de la 102/2017 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (COJUA); y la liquidación del contrato sin que proceda abonar indemnización alguna a PINOSOLO SA. Y no es su objeto el contenido del procedimiento arbitral DR-5/16, al que el acto impugnado no hace referencia alguna.

Los actos de adjudicación traen causa de la licitación convocada por Leioa Kirolak el 29 de agosto de 2009, para la adjudicación, "mediante concurso y por el procedimiento abierto", del contrato de redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras de un complejo deportivo denominado de Pinosolo. La adjudicación provisional se acordó el 31.1.2011 por el consejo de administración de aquella a favor de la UTE hoy recurrente; y la definitiva, el 11.2.2011. En el procedimiento de licitación había desempeñado labores de asistencia y consultoría la sociedad Arcain Ingeniería y Arquitectura, S.L.

Que el control de los actos de preparación y adjudicación de un contrato administrativo corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa resulta indudable por determinación directa del art. 2.b) de la LJCA, en relación con los arts. 17 y 21.1 de la LCSP (Ley 30/2007, de 30 de octubre, vigente en el momento de las actuaciones que se juzgan, pero cuyos criterios mantiene el actualmente vigente TR) para los contratos que – como el de autos - están sujetos a regulación armonizada.

2. Legitimación del Ayuntamiento de Leioa. El Ayuntamiento ha sustituido a Leioa Kirolak SAU (por Acuerdo de 28.1.2014, folios 1749 ss e.a.), tras el requerimiento del Director General de Relaciones Municipales y Urbanismo de la Diputación Foral de Bizkaia de 17.10.2014, basado en el desequilibrio económico acumulado. El Acuerdo de 28.1.2014 razona en su punto 3º la carencia en el momento de su adopción de objeto social, por la suspensión del contrato para la construcción del complejo polideportivo que lo constituía. Y resuelve



expresamente la sucesión del Ayuntamiento en los derechos y obligaciones de la sociedad extinguida. La extinción de la sociedad fue acordada por su Junta General extraordinaria en la misma fecha.

No cabe, en consecuencia, acoger la alegación de incompetencia del Ayuntamiento de Leioa para declarar en sustitución de Leioa Kiroalak SAU la nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación impugnados. El razonamiento de la recurrente sobre el hecho de que hubieran comenzado a ejecutarse actuaciones en régimen del Derecho privado resulta irrelevante a los efectos del control de la legalidad de los actos separables indicados, que constituyen en todo caso materia típicamente administrativa, sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa y no al control arbitral o de la Sala Civil y Penal del TSJ del País Vasco, como pretende aquella, con independencia de las consecuencias que tenga esa decisión sobre la propia existencia o adjudicación del contrato o bien sobre lo resuelto por el laudo arbitral de 24.4.2017 y las resoluciones adoptadas en torno al contenido de éste por la Sentencia 5/2018, de 30 de mayo de dicha Sala.

3. Concurrencia de causas de nulidad. [reproducido *infra* en el fundamento de derecho sexto.1]

4. Desviación de poder. [reproducido *infra* en el fundamento de derecho sexto.2]

4. Vulneración de los límites de la revisión de oficio previstos en el art. 110 de la LAPCAP. La recurrente razona que el Ayuntamiento tuvo ocasión de revisar su adjudicación al resolver los recursos interpuestos contra ella. La decisión se opone a los principios de buena fe y confianza legítima. No se daba el presupuesto exigido por el art. 106 de que los actos no hubieran sido recurridos en plazo, pues fueron inadmitidos y no constituyen por ello cosa juzgada. Cuando la Administración ha rechazado revisar sus actos, anulándolos o confirmando los recursos, no puede acudir luego a la revisión de oficio.

El art. 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece como límites de la revisión que: "Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes." La recurrente opone razones derivadas del tiempo transcurrido desde la decisión de construir el polideportivo, la paralización o suspensión de la ejecución durante un tiempo que cada parte cifra en plazos distintos, desde dos hasta casi cuatro años y algunas consideraciones que resulta inevitable apreciar como otra faceta de las razones en que basa su alegación de desviación de poder.

La defensa de la Administración, por su parte, ha explicado de manera consistente el itinerario que le llevó, tras la decisión de la Autoridad Vasca de la Competencia, el dictamen de la COJUA y las dos sentencias reiteradamente citadas, al procedimiento de revisión de oficio. El tiempo transcurrido ha sido, sin duda, largo y es razonable la frustración de la recurrente. Pero sobre ella no cabe fundar, en el contexto de lo ya razonado y descartado, la existencia de una vulneración de los límites de la revisión de oficio.

5. Expuesto lo anterior, no es preciso pronunciarse sobre la solicitud subsidiaria de la demandada que este Juzgado plantee cuestión prejudicial ante el TJUE, ex art. 267 TFUE antes de resolver la inaplicación del Derecho comunitario o en caso de albergar dudas sobre su interpretación o aplicación concurrente con el Derecho interno.

No cabe, en conclusión, acoger las razones en que la parte recurrente basa su recurso y procede desestimarlos." (fundamento de derecho tercero)

La sentencia de apelación dictada el 26 de diciembre de 2019 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso formulado por la citada U.T.E. en los siguientes términos:

" **TERCERO.**- Que el primer motivo de la apelación alude a que el contrato tenía naturaleza privada, habiendo sido objeto de un laudo arbitral y, en la hipótesis de que el contrato fuera nulo, tal nulidad habría de declararse por la jurisdicción civil.

Habrà de partirse de que el acto administrativo recurrido es la revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de la entidad Leioa Kiroalak S.A.U. sobre redacción del proyecto de dirección de obras del complejo deportivo Pinosolo y liquidación del contrato, dictado por el Ayuntamiento de Leioa, el 20 de junio de 2017.

El contrato al que nos venimos refiriendo fue otorgado por una entidad que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración pública con lo que, se trata de un contrato privado sujeto a regulación armonizada con lo que, en cuanto a su interpretación, efectos, cumplimiento y extinción se rige por el derecho privado y, en cuanto a preparación y adjudicación se rige por el derecho administrativo.



Pues bien, lo cierto es que este contrato, de acuerdo con su normativa reguladora, en cuanto a ejecución y cumplimiento así como en cuanto a su eficacia y resolución, fue sometido a arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, que dictó un laudo el 24 de abril de 2017.

Es trascendente aquí la cuestión relativa a las fechas pues el arbitraje se refiere a efectos de cumplimiento y extinción de un contrato que, cuando fue dictado el laudo, el 24 de abril de 2017, no había sido declarado nulo por el Ayuntamiento de Leioa, pues no lo fue hasta el 20 de junio de 2017.

En este sentido, la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior, en sentencia de 15 de noviembre de 2017 dio validez al laudo arbitral de 24 de abril de 2017 haciendo las siguientes consideraciones en su fundamento de derecho segundo:

"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 subrogue 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 desestimarse 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 las actuaciones 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 18º 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, organismo 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, constituir un *non sequitur*".

Con lo dicho, ha de afirmarse que el contrato en su desarrollo, ejecución y liquidación podía y estaba sometido a arbitraje.

Cuando el arbitraje se inicia y el laudo se dicta no existía obstáculo alguno para ello pues aún no se había dictado acto administrativo alguno que dejase sin efecto la validez de la adjudicación del contrato, que fue declarada después, vía revisión de oficio, por el Ayuntamiento de Leioa. Ahora bien, cuando se produce la revisión de oficio, el laudo arbitral estaba dictado, con lo que el Ayuntamiento no estaba en ese momento habilitado para ello. Ciertamente podía impugnar el laudo, y así lo hizo. De haber prosperado este recurso, sí sería posible la revisión de oficio pero lo cierto es que, como hemos indicado, dicho recurso fue rechazado por la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior. Cuanto se ha expuesto habrá de llevar a la estimación de la apelación." (fundamento de derecho tercero)

CUARTO.- Sobre la procedencia del procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato de construcción del polideportivo Pinosolo.

Como se ha expresado en el primer fundamento de derecho, el litigio trabado entre las partes se centra si en el supuesto de autos podía ejercer el Ayuntamiento recurrente el procedimiento de revisión de oficio contemplado en el artículo 106 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015, de 1 de octubre) en relación con la adjudicación del contrato de obra litigioso, habida cuenta de que el contrato había sido otorgado originariamente por la sociedad pública municipal Leioa Kirolak y de que el susodicho contrato estaba sometido a una cláusula de arbitraje privado. Las sentencias contrapuestas de primera instancia y apelación, así como las cuestiones de interés casacional formuladas en el auto de admisión del recurso hacen necesario clarificar determinados aspectos de la interrelación entre el procedimiento de



revisión de oficio y el sometimiento a arbitrajes de derecho privado en los supuestos de contratos en los que interviene una administración pública.

La sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que se impugna en el presente procedimiento estima el recurso de apelación promovido por la U.T.E. Pinosolo con apoyo en dos premisas que se desarrollan en el fundamento de derecho tercero que se ha reproducido *supra*. Por un lado, que el contrato litigioso estaba sometido en su desarrollo, ejecución y liquidación a arbitraje. Y, en segundo lugar, que la propia Sala había declarado conforme a derecho el laudo arbitral de 24 de abril de 2017, que había sido dictado con anterioridad a que el contrato de obra hubiera sido declarado nulo por el Ayuntamiento de Leioa.

La Sala de apelación se equivoca, sin embargo, en el alcance de la cláusula de arbitraje y, consiguientemente, en la eficacia de los hechos jurídicos que se han ido produciendo en el caso. Hemos de partir de que el acto impugnado en el recurso contencioso administrativo es la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato de obra por parte del Ayuntamiento de Leioa mediante el acuerdo de 2 de marzo de 2017. La competencia del Ayuntamiento de Leioa para incoar el procedimiento de revisión de oficio y, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho de los actos preparatorios y de adjudicación fue reconocida por la sentencia del Juzgado, que declaró:

"2. Legitimación del Ayuntamiento de Leioa. El Ayuntamiento ha sustituido a Leioa Kirolak SAU (por Acuerdo de 28.11.2014, folios 1749 ss e.a) tras el requerimiento del Director General de Relaciones Municipales y Urbanismo de la Diputación Foral de Bizkaia de 17.10.2014, basado en el desequilibrio económico acumulado. El Acuerdo de 28.11.2014 razona en su punto 3º la carencia en el momento de su adopción de objeto social, por la suspensión del contrato para la construcción del complejo polideportivo que lo constituía. Y resuelve expresamente la sucesión del Ayuntamiento en los derechos y obligaciones de la sociedad extinguida. La extinción de la sociedad fue acordada por su Junta General extraordinaria en la misma fecha.

No cabe, en consecuencia, acoger la alegación de incompetencia del Ayuntamiento de Leioa para declarar en sustitución de Leioa Kirolak SAU la nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación impugnados. El razonamiento de la recurrente sobre el hecho de que hubieran comenzado a ejecutarse actuaciones en régimen del Derecho privado resulta irrelevante a los efectos del control de la legalidad de los actos separados separables indicados, que constituyen en todo caso materia típicamente administrativa, sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa y no al control arbitral o de la Sala Civil y Penal del TSJ del País Vasco como pretende aquella, con independencia de las consecuencias que tenga esa decisión sobre la propia existencia o adjudicación del contrato o bien sobre lo resuelto por el laudo arbitral de 24.4.2017 y las resoluciones adoptadas en torno al contenido de éste por la Sentencia 5/2018, de 30 de mayo de dicha Sala." (fundamento de derecho tercero)

La sentencia de apelación, aun poniendo de relieve de que se trata de un contrato privado sujeto, en cuanto a interpretación, efectos, cumplimiento y extinción, al derecho privado, admite que en cuanto a preparación y adjudicación está sometido al derecho administrativo:

"[...] Habrá de partirse de que el acto administrativo recurrido es la revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de la entidad Leioa Kirolak S.A.U. sobre redacción del proyecto de dirección de obras del complejo deportivo Pinosolo y liquidación del contrato, dictado por el Ayuntamiento de Leioa, el 20 de junio de 2017.

El contrato al que nos venimos refiriendo fue otorgado por una entidad que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración pública con lo que, se trata de un contrato privado sujeto a regulación armonizada con lo que, en cuanto a su interpretación, efectos, cumplimiento y extinción se rige por el derecho privado y, en cuanto a preparación y adjudicación se rige por el derecho administrativo.

Pues bien, lo cierto es que este contrato, de acuerdo con su normativa reguladora, en cuanto a ejecución y cumplimiento así como en cuanto a su eficacia y resolución, fue sometido a arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, que dictó un laudo el 24 de abril de 2017." (fundamento de derecho tercero *in initio*)

En lo que respecta a las partes, el Ayuntamiento de Leioa invoca la regulación de contratos del sector público, en concreto el artículo 34 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), vigente cuando se celebró el contrato litigioso, y el artículo 41 de la actual Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) para sostener la posibilidad de someter a revisión de oficio los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos adjudicados por entidades del sector público. Y argumenta que el artículo 34 del citado texto refundido no excluye la revisión de oficio una vez que el contrato haya sido formalizado y esté en período de ejecución. Y concluye que la cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado para la resolución de un contrato no constituye un límite para que



una Administración Pública, que ha ocupado la posición contractual de la sociedad pública adjudicadora que otorgó el contrato tras su desaparición, pueda ejercer su potestad legal y convencional de revisión de oficio de los actos de adjudicación de un contrato.

La U.T.E. recurrida en casación argumenta, por el contrario, que la potestad de revisión ex artículo 34 del texto refundido no pueden entenderse de forma absoluta, sino que, una vez formalizado un contrato, la nulidad de los actos administrativos declarada conforme a los procedimientos de revisión de oficio no arrastra al contrato, sino que, en su caso, podrían constituir causas de invalidez de derecho civil revisables ante la jurisdicción ordinaria.

Como vamos a ver, tiene razón el Ayuntamiento recurrente, sin que pueda aceptarse la interpretación efectuada por la U.T.E. Pinosolo, carente de apoyatura legal. Hemos de partir, en efecto, de la determinación legal prevista en el artículo 34.1 del texto refundido de 2011, que expresamente determina la posibilidad de revisión de oficio de conformidad con el procedimiento establecido en la ley de procedimiento administrativo de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada:

" Artículo 34. Revisión de oficio.

1. La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre."

En iguales términos se expresa la norma hoy vigente, el artículo 41.1 de la Ley de Contratos del Sector Público. Por consiguiente, es claro que de conformidad con la regulación legal sobre contratos del sector público, los contratos como el de autos, sujeto a regulación armonizada, están sometidos a la posibilidad de revisión de oficio en cuanto a los actos preparatorios y de adjudicación.

No se puede desconocer, sin embargo, que en el momento en que se produjeron los actos preparatorios y la adjudicación del contrato litigioso el sujeto actuante no era el Ayuntamiento de Leioa, sino la sociedad de capital público municipal Leioa Kirolak, por tanto, no una Administración pública propiamente tal. Pero esta circunstancia no va a tener incidencia en el presente supuesto por varias razones. En primer lugar, porque aunque se entendiera que se trata de un contrato privado sin más, como parece entender la Sala de apelación, es un contrato de regulación armonizada, cuyos actos preparatorios y de adjudicación están sometidos por sí mismos a la legislación administrativa según prescribe el artículo 34 del texto refundido que se acaba de reproducir. En segundo lugar, porque así se desprende de la propia cláusula de sometimiento al arbitraje privado del referido contrato, cuyo tenor era el siguiente:

" 18. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Todas las controversias que se planteen en relación con la preparación y adjudicación del presente contrato partes serán fiscalizadas por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo. Leioa Kirolak y quien resulte adjudicatario del presente contrato acordarán someter toda controversia que surja en relación o con ocasión de la ejecución y cumplimiento del contrato, así como sobre su eficacia y resolución, a arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, de acuerdo con su normativa reguladora."

Parece claro que la expresa atribución en el contrato litigioso de la resolución de las controversias sobre actos preparatorios y adjudicación a la jurisdicción contencioso-administrativa implica la remisión a esos efectos a la legislación administrativa, en contra de lo argumentado por la sociedad demandada. Finalmente, porque la asunción del Ayuntamiento de Leioa de la posición jurídica de Leioa Kirolak se hizo sin ninguna restricción de sus facultades legales en lo que respecta al ejercicio de los derechos y obligaciones que asumía.

Por tanto, no existe obstáculo para que el Ayuntamiento de Leioa, Administración Pública que adquiere la condición de titular de la posición jurídica de la entidad adjudicadora al disolverse ésta (una sociedad pública del propio Ayuntamiento, no se olvide), pudiera ejercer sus competencias revisoras respecto a la adjudicación de un contrato de regulación armonizada que estaba sometido, por expresa previsión de su clausulado, a la jurisdicción administrativa.

Tal interpretación resulta reforzada por el hecho de que la actual Ley de Contratos del Sector Público otorga expresamente en su artículo 41.2 la consideración de actos administrativos a los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean administraciones públicas, como sería el caso. Dicha previsión debe servir en esta ocasión como criterio interpretativo de la regulación anterior vigente en el momento de los hechos (el ya citado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), evitando dudas en el supuesto de autos sobre la naturaleza administrativa de los actos preparatorios y de adjudicación de un contrato de regulación armonizada que: a) expresamente se remite a la jurisdicción



contencioso-administrativa, y b) cuyos actos preparatorios y de adjudicación provienen de una entidad del sector público cuya posición jurídica ha sido asumida por el propio Ayuntamiento a la que pertenecía dicha sociedad.

QUINTO.- Sobre la interrelación con el procedimiento de arbitraje.

Todo lo anterior no quiere decir que no fuera procedente el arbitraje privado, que estaba expresamente contemplado en el propio contrato de adjudicación. Pero lo era, según la citada cláusula 18 de las condiciones generales, en relación con su ejecución y cumplimiento, así como con su eficacia y resolución. Pero si la Administración pública constata y declara en ejercicio de su potestad de revisión de oficio que la adjudicación estaba viciada de nulidad, el arbitraje queda sin objeto, puesto que desaparece el propio contrato objeto del arbitraje.

La sucesión de hechos evita, por lo demás, que se plantee cualquier duda por razones temporales, pues el procedimiento de revisión de oficio ha ido en todo momento por delante del procedimiento de arbitraje, en contra de lo que afirma la sentencia de apelación. Así, el procedimiento de arbitraje se inicia al día siguiente (1 de diciembre de 2016) de incoarse el procedimiento de revisión de oficio (30 de noviembre de 2016). A su vez, la declaración de nulidad del contrato de adjudicación se acuerda por el Ayuntamiento de Leioa el 20 de junio de 2017, mientras que el laudo resolviendo el contrato (algo que quedaba efectivamente dentro del ámbito del arbitraje) se produce ya el 20 de noviembre de 2017, momento en el que el contrato había sido ya declarado nulo por el Ayuntamiento, lo que excluía ya cualquier decisión arbitral.

Se equivoca en este punto la Sala de apelación al declarar que cuando el Ayuntamiento declara la nulidad de oficio ya se había producido el laudo arbitral y el mismo había sido declarado conforme a derecho. El laudo que se había emitido con anterioridad a la declaración de nulidad era el laudo interlocutorio de 24 de abril, que declaraba la competencia del árbitro frente a la oposición formulada por el Ayuntamiento, y nada hay que objetar, en efecto, a tal competencia, que venía expresamente contemplada en el contrato -sin que sea procedente entrar aquí en las causas de oposición que formuló el Ayuntamiento y rechazó el árbitro-. Pero dicho laudo interlocutorio y la prosecución del arbitraje no interfieren con el procedimiento de revisión de oficio que se estaba desarrollando. Y si la propia Sala declaró la conformidad a derecho del laudo interlocutorio en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, también había efectuado la propia Sala un doble reconocimiento en sendas sentencias anteriores de la colusión producida en el proceso de adjudicación y de la existencia de dicha causa de nulidad, con referencia expresa en la ya mencionada sentencia de 22 de marzo de 2016 (procedimiento 104/2016) a la eventualidad de que el Ayuntamiento de Leioa incoase un procedimiento de revisión de oficio. Por tanto, es errada la conclusión que se formula en la sentencia de apelación -invocando la que confirmaba la validez del laudo interlocutorio-, de que resultaba inviable la revisión de oficio por ser posterior al citado laudo, dado que el mismo era meramente interlocutorio sobre la pendencia del arbitraje y que el procedimiento de revisión de oficio se había iniciado con anterioridad y finalizado también con anterioridad al laudo definitivo sobre resolución del contrato. En definitiva, el procedimiento de arbitraje podía seguir si ese era el criterio del árbitro, pero la resolución arbitral del contrato, efectuada en el laudo de 20 de noviembre de 2017, sólo hubiera podido ser eficaz si el procedimiento de revisión de oficio hubiese finalizado rechazando la propuesta de nulidad del mismo.

SEXTO.- Sobre el recurso de apelación formulado por la sociedad Leioa Kirolak, S.A.U.

Las consideraciones expresadas en el fundamento de derecho anterior significan la casación y nulidad de la sentencia de apelación, que había estimado el primer motivo del recurso de apelación, y que esta Sala ha rechazado al estimar la casación.

Debemos ahora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.1 de la Ley de la Jurisdicción, resolver las cuestiones y pretensiones planteadas en el proceso y, por tanto, dar respuesta a los restantes motivos del recurso de apelación. Dichos motivos de apelación se refieren a la inexistencia de causa de nulidad del contrato (motivo segundo), desviación de poder (motivo tercero), y a la vulneración del procedimiento de revisión de oficio (motivos cuarto y quinto).

1. Sobre la existencia de causa de nulidad.

La sentencia apelada rechazaba esta alegación en los siguientes términos:

"3. Concurrencia de causas de nulidad. La recurrente alega, en tercer lugar, que no concurre causa de nulidad de los actos de adjudicación del contrato por aplicación del art. 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el art. 47.1.g) de la Ley 39/2015 y los arts. 31ss de la LCSP. Las prácticas prohibidas por la primera Ley no son los actos administrativos de adjudicación de la licitación. La sociedad Arcain asesoró a Leioa Kirolak, pero no participó en las adjudicaciones provisional y definitiva. La LDC se refiere a "prácticas" prohibidas y la Ley 39/15 a actos administrativos, por lo que en el dictamen de la COJUA no se ha



establecido vinculación alguna entre el hecho sancionado (la práctica anticompetitiva) y el resultado final de la licitación, que fue la adjudicación anulada. La recurrente invoca el voto particular que concurre con su tesis. Ayuntamiento y COJUA crean ex novo un motivo de nulidad de pleno derecho no previsto legalmente.

El origen de la nulidad se encuentra en la declaración, por el Acuerdo de 21.5.2013 de la Autoridad Vasca de la Competencia de sendas infracciones de los arts. 1.1 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia en que incurrieron las sociedades Arcain y Aros Ingeniería y Arquitectura. La resolución declaró sus actuaciones lesivas para la competencia, les impuso sendas multas y estableció expresamente la improcedencia de cualquier indemnización o compensación. El escrito de dicha Autoridad Vasca de la Competencia al Ayuntamiento de 1.8.2013 instruyó a éste que se asegurase de no abonar indemnización alguna. Suspendida temporalmente la adjudicación, la STSJPV 44/2016, de 152, confirmó la determinación de las infracciones para Arcain y la de 22.3.16 lo hizo para la sociedad Aros. Esta última indica la posibilidad de un procedimiento de revisión de oficio por infracción del art. 45.1 LCSP.

La STSJPV 44/2016 declara la existencia de un acuerdo de voluntades vulnerador del art. 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. El citado artículo establece en sus dos primeros apartados lo que sigue:

"Artículo 1. Conductas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley."

El artículo 3 establece, por su parte, que: "La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público."

La conducta tipificada es la existencia de un acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia. Exige la concurrencia de dos más sujetos. Y no que se alcance la finalidad: basta con que se tienda a ese fin y que la conducta fuera apta para lograr ese falseamiento.

En el caso de autos "se puso en evidencia a través de la filtración informática de un plano", que unos trabajos previamente encargados por la que iba a ser una de las UTEs licitadoras, estaba en poder de la sociedad - el estudio Arcain - que iba a realizar el pliego de prescripciones técnicas del concurso, con un valor cercano a los 50 millones de euros. La sociedad autora de los pliegos participó posteriormente en dos comisiones de evaluación sucesivas que dieron a la UTE la mejor puntuación y la adjudicación provisional. La "nítida inferencia racional", concluye la transcripción en el Acuerdo municipal, es que entre ambas sociedades "existió un concierto de voluntades prohibido por el art. 1.1. de la LDC y que el acuerdo contaba con el despliegue de medios idóneos para alcanzar el logro propuesto. La sentencia ordenaba a Leioa Kirolak que se abstuviera de abonar indemnización o compensación por daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato a los infractores.

Por su parte, la STSJPV de 22.3.16 (r 407/2013), confirmó la determinación de las infracciones para la sociedad Aros Estudio de Arquitectura S.A., con la diferencia de que, en vez de reiterar la orden de abstenerse de indemnización o compensación, se remitía a la posibilidad de que la Administración, si lo estimaba oportuno, iniciara procedimiento para la revisión de actos conforme a lo previsto en el capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26.11. Sucedió ésta por la Ley 39/2015, la regulación que ha de ser aplicada a los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de su entrada en vigor, el 2.10.2016, es la de la nueva ley.

El art 47.1 .g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece que "los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho" cuando "se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley. Se han



transcrito ya los apartados l y 2 del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, el segundo de los cuales hace precisamente lo que exige el apartado g) del art 47.1 de la Ley 39/2015: declara que son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado l, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley, que la recurrente no ha acreditado que fueran aplicables.

Por su parte, el art. 31 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 regula los supuestos de invalidez de los contratos administrativos en los siguientes términos:

"Artículo 31. Supuestos de invalidez.

Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes."

Conforme al artículo 35 de la misma ley:

"1. 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, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido."

La vulneración que causa nulidad es la infracción del 45.1 LCSP (56 del TRCSP), que impide concurrir a una licitación a empresas que han participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o los documentos preparatorios; así como la del art. 101.2 de la LCSP (117 del TR), que proscribía los obstáculos al acceso en condiciones de igualdad.

El art. 34 del TRLCSP regula, en fin, tras la invalidez, nulidad y anulabilidad, la revisión de oficio de los actos preparatorios, en los siguientes términos:

"1. La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida.

3. Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

4. En los supuestos de nulidad y anulabilidad, y en relación con la suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación, se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

El Ayuntamiento acordó debidamente el 30.11.2016 iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las adjudicaciones provisional (por acuerdo de 31.1 ,2011) y definitiva (por acuerdo de 1 1.2.2011), por la causa



de nulidad del art. 47.1.a), f) y g). El dictamen 102/2017 del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi acogió expresamente la procedencia de la declaración municipal de nulidad de sus acuerdos de 31 de enero y 11 de febrero de 2011, por la causa del art. 47.1.g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que la COJUA señale la procedencia sólo de este apartado y no la de los apartados a) y f), también invocados por la Administración, no resta relevancia a la conclusión favorable a la revisión por existencia de la causa de nulidad de pleno derecho establecida por una ley sectorial - el art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en el caso de autos. Efectivamente, concluye el dictamen, la adjudicación provisional y definitiva del contrato para la construcción del polideportivo se produjeron, si no como consecuencia, sí al menos con la clara influencia de una actuación prohibida por dicho artículo: el intercambio de información llevado a cabo entre Arcain y Aros, con objeto de alterar el resultado de la licitación. Se trata de una conducta colusoria de las que el art. 62.3 de la LDC considera infracción grave; no cabe apreciar que sea posible la excepción del art. 1.3 de la misma; y la consecuencia, apreciada por la COJUA, es que "los actos de adjudicación en los que ha podido incidir esa actuación han de ser calificados, dado [sic] su gravedad, como nulos de pleno derecho".

La conclusión ha de ser desestimatoria de las razones de la recurrente: la ilegalidad de la conducta de una de las integrantes de la UTE adjudicataria fue constatada debidamente y declarada por prácticas colusorias prohibidas por la Autoridad Vasca de la Competencia, que era quien podía hacerlo y con arreglo a la Ley; fue declarada la invalidez de los actos preparatorios y de adjudicación; y, consecuentemente, iniciado el procedimiento de revisión de oficio, como era el deber de la Administración demandada, pese a la fórmula no terminante de la STSJVP de 22 de marzo de 2016 en la que trata de amparar su argumentación la recurrente (para no invadir las competencias de aquella, que a quien compete "si lo estima oportuno" acordar la revisión de oficio).

A partir de esta constatación, la aplicación del art. 106 de la Ley 39/2015 - sucesor del precepto de la Ley 30/1992 que refiere la normativa citada -, con el dictamen conforme de la COJUA, lleva razonable e incuestionablemente a la decisión de invalidez y de revisión de la adjudicación sin indemnización que fue adoptada por la resolución impugnada en el presente procedimiento." (fundamento de derecho tercero)

Frente a la argumentación reproducida la sociedad recurrente U.T.E. Pinosolo sostiene en su recurso de apelación que el artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe las prácticas colusorias, que quedarían por ello incursas en nulidad de pleno derecho, pero que ello no afectaría al acto administrativo influido o afectado por la práctica colusoria, en el caso, la adjudicación del contrato litigioso. Esto es, en definitiva sostiene que la nulidad de la adjudicación declarada por el Ayuntamiento no tiene cobertura en ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015.

Esta alegación no puede prosperar. La Sala entiende que la nulidad de pleno derecho si tiene fundamento suficiente en el hecho de que haya sido declarado en dos sentencias firmes que se produjo colusión en el procedimiento de adjudicación por parte de una de las empresas integrantes de la U.T.E. ganadora. Tiene razón la sentencia de instancia al entender que la existencia de actos colusorios en los actos preparatorios de la adjudicación de un contrato, declarada judicialmente, ciertamente conlleva la nulidad de pleno derecho de dicho contrato susceptible de ser declarada por el procedimiento de revisión de oficio de dicho contrato. El artículo 47.1.g) de la Ley 39/2015 prescribe la nulidad de pleno derecho de cualquier acto de las Administraciones Públicas cuando así lo prevea una disposición con rango de ley. El artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) declara nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidos por el apartado 1, entre los que se cuentan los acuerdos colusorios. Pues bien, constatada la conducta colusoria en los actos preparatorios del contrato de adjudicación tanto aquéllos como éste quedan afectados de manera indubitada por dicha nulidad, que se refiere al propio proceso de adjudicación del contrato y que acarrea la de los actos, acuerdos o cualquier tipo de actuación administrativa derivada o dependiente de la actuación colusoria prohibida por la ley. Lo contrario sería de un formalismo contrario al sentido y finalidad de lo dispuesto en el citado artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia que, en muchos casos, quedaría privado de eficacia. Ciertamente podría suceder que la conducta colusoria no hubiese afectado a los actos preparatorios posteriores, bien por su irrelevancia, bien por su relación no inmediata o directa con tales actos, además de por las circunstancias contempladas en los apartados 3 y 4 del artículo 1 de la referida Ley, pero obviamente no es ese el caso, tal como ha declarado la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

A lo anterior se suman las previsiones de la legislación de contratos del sector público aducida por la sentencia apelada que se acaba de reproducir y que asumimos sin necesidad de reiterar la argumentación expuesta en ella.

2. Sobre la desviación de poder.

La sentencia apelada rechazaba la existencia de desviación de poder con los siguientes argumentos:

"4. Desviación de poder. La recurrente alega que el Ayuntamiento de Leioa ha incurrido en desviación de poder, porque utiliza el procedimiento de revisión de oficio con la intención de eludir sus responsabilidades indemnizatorias tras abandonar por causas económicas, políticas y de oportunidad la construcción del polideportivo adjudicada a la UTE Pinosolo. No hay prueba alguna, alega, de que las causas de nulidad aducidas - las prácticas colusorias - impidan ejecutar el contrato. Tampoco impedimento legal para haberlo ejecutado. En vez de llegar a la resolución pactada del contrato a la que se refería el Acuerdo municipal de 12.7.2012, tras la resolución de 21.5.2013 de la Autoridad Vasca de la Competencia y tras una suspensión de facto de más de dos años de duración, que luego se extendió más, entre mayo de 2011 y marzo de 2016, Leioa Kirolak, primero, y el Ayuntamiento después, esperaron para renunciar al contrato a que se pronunciaran la AVC y el TSJ, tomando luego la resolución y la sentencia como excusa para resolver de oficio aquel., sin afrontar el pago de los daños causados por la resolución.

Los arts. 48.1 de la Ley 39/2015, vigente en el momento de producirse la resolución impugnada y 70.2 de la LJCA, definen la desviación de poder como: "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

Los requisitos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para apreciar la concurrencia de desviación de poder han sido enumerados por la STS de 16 de junio de 1997:

- a) es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto del interés público querido por el legislador;
- b) se presume que la Administración ejerce sus facultades conforme a Derecho; pero
- c) no puede exigirse una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable.

La STSJPV de 16 de junio de 2003 la caracteriza en términos semejantes, como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

Una jurisprudencia muy constante, recogida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en su sentencia de 11 de julio de 2002, que cita las STS de 9 de marzo de 1993 y 23 de octubre de 1996, exige para apreciarla "un ánimo predeterminado" de utilizar la potestad para fines distintos de los que la norma le asigna, fines que pueden ser públicos o privados, pero, en todo caso, "diferentes de los considerados expresa o tácitamente por la norma habilitante de la potestad para otorgarla, de suerte que se produzca una divergencia entre éstos y los realmente perseguidos".

Respecto a la prueba, compete probar a quien la invoca la presencia de desviación de poder. Pero la evolución de la jurisprudencia ha precisado los límites de esa obligación estableciendo que:

- 1) La prueba de la desviación de poder no puede ser plena, es decir, que la divergencia de los fines nunca será evidenciada por el acto.
- 2) Basta la existencia de una prueba suficiente; puesto que si, como hechos dicho, la desviación nunca será evidenciada por el acto, de tal forma que no derivará de la constatación, sino de la convicción, bastará con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido con los actos impugnados, la razonable convicción del Tribunal de que se ha producido la desviación de poder; y
- 3) Este nuevo criterio sobre la prueba deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, constitucionalmente reconocido.

La obligación de la recurrente es, por tanto, la de acreditar las circunstancias que permitan al Tribunal alcanzar "la convicción moral de que aun cuando la Administración se haya acomodado exteriormente en su actuación a la legalidad formal, sin embargo, el fin perseguido por los actos impugnados se aparta del interés público" (STS. 13-6-84), o "sin responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa dirigida a la promoción del interés público y a ineludibles principios de moralidad" (STS 5-10-87). En todo caso, esa aportación de datos que incumbe al recurrente no es exhaustiva: "...sin que sea exigible una prueba plena de su concurrencia, lo que haría caer en indefensión al administrado que la alegase, quebrando con ello el derecho fundamental a una efectiva tutela jurídica..." (SSTS 1-10-82, 6-12-84, 3 1-3-87...).

Se ha referido ya que el origen de la nulidad se encuentra en la declaración, por el Acuerdo de 21.5.2013 de la Autoridad Vasca de la Competencia, de sendas infracciones de los arts. 1.1 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia en que incurrieron las sociedades Arcain y Aros Ingeniería y Arquitectura. La resolución



declaró sus actuaciones lesivas para la competencia, les impuso sendas multas y estableció expresamente la improcedencia de cualquier indemnización o compensación. El escrito de dicha Autoridad Vasca de la Competencia al Ayuntamiento de 1.8.2013 instruyó a éste que se asegurase de no abonar indemnización alguna. Suspendida temporalmente la adjudicación, la STSJPV de 15.2.16 confirmó la determinación de las infracciones para Arcain y la de 22.3.16 para Aros.

La STSJPV de 22.3.16, que acogió en lo esencial los argumentos y resoluciones de la STSJPV 44/2016, confirmó la determinación de las infracciones para la sociedad Aros Estudio de Arquitectura S.A., con la diferencia de que, en vez de reiterar la orden de abstenerse de indemnización o compensación, se remitía a la posibilidad de que la Administración, si lo estimaba oportuno, iniciara procedimiento para la revisión de actos conforme a lo previsto en el capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26.11. Sucedida ésta por la Ley 39/2015, la regulación que ha de ser aplicada a los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de su entrada en vigor, el 2.10.2016, son los de la nueva ley.

El Ayuntamiento acordó por ello el 30.11.2016 iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las adjudicaciones provisional (por acuerdo de 31.1.2011) y definitiva (por acuerdo de 11.2.2011), por la causa de nulidad del art. 47.1.a), f) y g). El dictamen de la COJUA 102/2017, de 5.6 se pronunció a favor de la revisión de oficio por la causa del art. 47.1.g). En consecuencia, el Acuerdo de 20.6.2017, que es el acto impugnado en este procedimiento, declaró la nulidad de dichas adjudicaciones.

La UTE presentó su solicitud de arbitraje ante la Cámara Arbitral de Bilbao el 1.12.2016: significativamente, después, aunque fuera un día, de la adopción del acuerdo municipal de 30.11.2016. Lejos de resultar admisible la alegación de la parte recurrente de que el Ayuntamiento tratara de eludir las decisiones recaídas en ese procedimiento arbitral, el laudo recaído en primera instancia y la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ del País Vasco que confirma sus resoluciones, el orden de las actuaciones respectivas lleva a preguntarse más bien si pudo ser la recurrente la que tratara de sustraerse a las consecuencias del procedimiento de revisión de oficio de las adjudicaciones provisional (por acuerdo de 31.1.2011) y definitiva (por acuerdo de 11.2.2011) iniciado por el Ayuntamiento con su acuerdo de 30.11.2016 para la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación contractual a favor de la hoy recurrente, mediante su solicitud de arbitraje presentada al día siguiente.

Las alegaciones de la recurrente sobre las posibles razones que inspiraran las decisiones y actuaciones de la Administración no permiten considerar satisfechos los requisitos que para apreciar la concurrencia de desviación de poder ha establecido la jurisprudencia mencionada. Es cierto que no puede exigirse una prueba plena sobre su existencia, pero, en el otro extremo, la imputación tampoco puede fundarse en meras presunciones o conjeturas. Es necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable: que el acto aparentemente ajustado a la legalidad en el fondo persigue un fin distinto del interés público querido por el legislador. Las razones aducidas por la recurrente no traspasan el umbral de las meras presunciones o conjeturas. Que haya habido sucesión en la composición municipal y diferentes criterios en las sucesivas corporaciones está dentro de la normalidad, o de la naturaleza de la sucesión democráticamente ordenada, como razona la defensa de la Administración, y no puede fundar una acusación de desviación de poder. Con independencia de que se produjera un cambio en la voluntad de la corporación municipal al cambiar su composición, lo que ha de examinarse en el presente procedimiento es si esa decisión estaba amparada por el ordenamiento jurídico una vez constatadas la adecuación a los hechos y a derecho de las razones que invoca la resolución.

La declaración de nulidad, como consecuencia de la decisión de la Autoridad Vasca de la Competencia está fundada en la Ley de Defensa de la Competencia. Que el motivo o el fin de esa apreciación de concurrencia de prácticas colusorias sea la decisión de no indemnizar a las sancionadas no ha quedado en absoluto acreditado. Por el contrario, supone una interpretación o conclusión arriesgada por parte de la recurrente, sin duda en ejercicio de su derecho de defensa. No hay en el procedimiento evidencia alguna suficiente para determinar la presencia de abuso o desviación de poder para evitar esa compensación. La decisión de no indemnizar es una consecuencia lógica de la vulneración de las reglas de la competencia y de igualdad de acceso a la contratación pública, confirmada por la resolución de la AVC, pues la infracción del ordenamiento no puede reportar a quien lo comete ventaja alguna. La STSJPV de 22.3.16 (r 407/2013) no reprodujo para la sociedad Aros lo establecido por la de 15 de febrero para la sociedad Arcain en cuanto a la instrucción de la Autoridad de la Competencia al Ayuntamiento de evitar el abono de indemnización, aunque recoge lo previsto al respecto en el art. 53.2.c) de la Ley de Defensa de la Competencia. Pero lo hace para no invadir las competencias de aquel, que a quien compete "si lo estima oportuno" acordar la revisión de oficio.

En efecto, el art. 53 de la LDF establece en sus dos primeros apartados, para las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que:



"1. Las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán declarar:

- a) La existencia de conductas prohibidas por la presente Ley o por los artículos 81 y 82 del Tratado CE.
- b) La existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.
- c) No resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas.

2. Las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán contener:

- a) La orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado.
- b) La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento. Las condiciones estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, éstas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural.
- c) La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público.
- d) La imposición de multas.
- e) El archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.
- f) Y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley."

No cabe apreciar, en consecuencia, la presencia de desviación de poder en el acto impugnado. Y tampoco acoger la argumentación subsidiaria de la recurrente de nulidad de las resoluciones en cuanto acuerdan la anulación de los actos sin derecho a indemnización, porque el art. 106.4 obligue a establecerla en el mismo acto y porque tal cuestión no se tratara en el procedimiento. El Ayuntamiento aplicó debidamente lo acordado el 21.5.2013 por la Autoridad Vasca de la Competencia, al apreciar las infracciones de los arts. 1.1 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia en que incurrieron las sociedades Arcain y Aros Ingeniería y Arquitectura. La resolución declaró sus actuaciones lesivas para la competencia, les impuso sendas multas y estableció expresamente la improcedencia de cualquier indemnización o compensación. El escrito consecuencia de dicha Autoridad al Ayuntamiento de 1.8.2013 instruyó a éste que se asegurase de no abonar indemnización alguna. Y la decisión municipal se enmarca debidamente en los límites del art. 53.2.c) transcrito y recogido a su vez por las dos SSTSJPV relevantes ya citadas." (fundamento de derecho tercero)

La empresa recurrente objeta que la sentencia apelada ha efectuado una valoración del material fáctico (de la prueba y, en general, del expediente) ilógica y arbitraria. No puede estimarse tal alegación. La parte efectúa una interpretación de los hechos diferente atribuyendo las sucesivas actuaciones del Ayuntamiento a una voluntad deliberada y fraudulenta que queda lejos de estar acreditada por los datos y circunstancias obrantes en el expediente, tal como ha entendido la sentencia apelada. Lo cierto es que el argumento principal de la parte es el retraso en la construcción del polideportivo, pero en puridad sólo puede considerarse tal el lapso de tiempo que media entre la formalización del contrato (1 de abril de 2011) y el inicio de la actuación de la autoridad vasca de la competencia que culminaría en el acuerdo de mayo de 2013, pues a partir de que se inicia la averiguación de una posible colusión en los actos preparatorios es perfectamente comprensible la espera a municipal a que se produjera tanto el correspondiente pronunciamiento de dicha autoridad de la competencia como los posteriores pronunciamientos judiciales, así como, finalmente, a que se tramitase el expediente de revisión de oficio. Tiempo insuficiente para calificar la actuación del Ayuntamiento como desviación de poder por las razones expresadas por la sentencia apelada.

3. Sobre el procedimiento de revisión de oficio.

El Juzgado de lo Contencioso rechazó las alegaciones referidas al procedimiento de revisión de oficio con el siguiente fundamento:

"4. Vulneración de los límites de la revisión de oficio previstos en el art. 110 de la LAPCAP. La recurrente razona que el Ayuntamiento tuvo ocasión de revisar su adjudicación al resolver los recursos interpuestos contra ella. La decisión se opone a los principios de buena fe y confianza legítima. No se daba el presupuesto exigido por el art. 106 de que los actos no hubieran sido recurridos en plazo, pues fueron inadmitidos y no constituyen por ello cosa juzgada. Cuando la Administración ha rechazado revisar sus actos, anulándolos o confirmando los recursos, no puede acudir luego a la revisión de oficio.

El art. 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece como límites de la revisión que: "Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes." La recurrente opone razones derivadas del tiempo transcurrido desde



la decisión de construir el polideportivo, la paralización o suspensión de la ejecución durante un tiempo que cada parte cifra en plazos distintos, desde dos hasta casi cuatro años y algunas consideraciones que resulta inevitable apreciar como otra faceta de las razones en que basa su alegación de desviación de poder.

La defensa de la Administración, por su parte, ha explicado de manera consistente el itinerario que le llevó, tras la decisión de la Autoridad Vasca de la Competencia, el dictamen de la COJUA y las dos sentencias reiteradamente citadas, al procedimiento de revisión de oficio. El tiempo transcurrido ha sido, sin duda, largo y es razonable la frustración de la recurrente. Pero sobre ella no cabe fundar, en el contexto de lo ya razonado y descartado, la existencia de una vulneración de los límites de la revisión de oficio." (fundamento de derecho tercero)

En el motivo cuarto de la demanda la parte apelante considera insuficiente esta argumentación y señala que la sentencia no se refiere ni al artículo 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público ni a la alegada falta de concurrencia del presupuesto requerido por el artículo 106 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En lo que respecta a la no vulneración de los límites de la revisión de oficio considera la Sala suficiente la respuesta del juzgador de instancia, sin que la invocación del artículo 3.1 de la Ley 40/2015 altere dicha apreciación. Es claro que la sentencia apelada no ha apreciado que se vulnerasen los principios de buena fe o de confianza legítima (art. 3.1.e) por parte del Ayuntamiento dado el desarrollo de los hechos a que se refiere en su fundamentación, conclusión con la que esta Sala está de acuerdo por las razones dadas por el Juzgado en este punto y al rechazar la alegación de desviación de poder a la vista de la sucesión de circunstancias expuestas en el fundamento jurídico segundo.

Procede también rechazar la argumentación de falta de concurrencia del supuesto establecido por el artículo 106 para la incoación de un procedimiento de revisión de oficio porque la adjudicación sí había sido impugnada en varios procedimientos. Tiene razón el Ayuntamiento en su respuesta al recurso de apelación al subrayar que los tres recursos interpuestos contra la adjudicación lo fueron por otros sujetos y por razones distintas (los criterios de valoración). Pero, sobre todo, dichos recursos fueron inadmitidos y no hubo, por tanto, resolución sobre la validez o no del contrato de adjudicación o, dicho de otro modo, no existe cosa juzgada sobre ello, todo lo cual vale también para el procedimiento iniciado de oficio, no sólo para el incoado a instancia de interesado como afirma la apelante. Y, como acertadamente señala el Ayuntamiento, la inadmisión de dichos recursos es anterior a la declaración por parte del Consejo Vasco de la Competencia de la existencia de colusión en los actos preparatorios, hecho que llevó al Ayuntamiento, tras la revisión judicial de dicha declaración, a incoar el procedimiento de revisión de oficio.

El motivo quinto se funda en la alegación de nulidad de la exclusión de indemnización acordada en la declaración de nulidad, al no haber sido tratada en el procedimiento ni habersele otorgado a la U.T.E. Pinosolo trámite alguno para solicitar indemnización. La sentencia apelada justifica la decisión de no indemnizar al rechazar la existencia de desviación de poder:

"[...] Que el motivo o el fin de esa apreciación de concurrencia de prácticas colusorias sea la decisión de no indemnizar a las sancionadas no ha quedado en absoluto acreditado. Por el contrario, supone una interpretación o conclusión arriesgada por parte de la recurrente, sin duda en ejercicio de su derecho de defensa. No hay en el procedimiento evidencia alguna suficiente para determinar la presencia de abuso o desviación de poder para evitar esa compensación. La decisión de no indemnizar es una consecuencia lógica de la vulneración de las reglas de la competencia y de igualdad de acceso a la contratación pública, confirmada por la resolución de la AVC, pues la infracción del ordenamiento no puede reportar a quien lo comete ventaja alguna. La STSJVP de 22.3.16 (r 407/2013) no reprodujo para la sociedad Aros lo establecido por la de 15 de febrero para la sociedad Arcain en cuanto a la instrucción de la Autoridad de la Competencia al Ayuntamiento de evitar el abono de indemnización, aunque recoge lo previsto al respecto en el art. 53.2.c) de la Ley de Defensa de la Competencia. Pero lo hace para no invadir las competencias de aquel, que a quien compete "si lo estima oportuno" acordar la revisión de oficio."

A ello se puede añadir que a la empresa demandante se le abonaron los trabajos realizados y por último, que nada le impidió reclamar dicha indemnización durante la tramitación de procedimiento de revisión de oficio, aunque el Ayuntamiento no lo plantease o no se le diese trámite expreso para alegar al respecto.

Procede, por tanto, desestimar en su integridad el recurso de apelación.

SÉPTIMO.- Sobre las cuestiones de interés casacional.

De la interpretación que se ha efectuado de las normas aplicables al caso en los anteriores fundamentos de derecho debemos concluir que una cláusula de sumisión a arbitraje de derecho privado en un contrato de obra no impide por sí mismo el ejercicio por una Administración Pública de su potestad de revisión de oficio de los actos de adjudicación de dicho contrato. La relevancia de que la Administración no fuese quien originariamente



adjudicase el contrato, sino que haya ocupado posteriormente la posición jurídica de un poder adjudicador no Administración Pública dependerá de las circunstancias del caso concreto, no resultando en el de autos un óbice para el ejercicio de la facultar de proceder a una revisión de oficio por las razones expresadas en el fundamento de derecho cuarto.

Igualmente, la procedencia de la revisión de oficio o del arbitraje, así como la relevancia del criterio temporal, dependerán de las circunstancias concurrentes en el caso concreto de que se trate, como el tenor de la propia cláusula de arbitraje o la naturaleza del acto sobre el que se plantea el litigio, entre otros.

OCTAVO.- Conclusión y costas.

De las consideraciones expuestas en los fundamentos de derecho cuarto y quinto resulta que debemos casar y anular la sentencia recurrida dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Y, por las mismas razones más las expresadas en el fundamento de derecho sexto, desestimamos en su integridad el recurso de apelación interpuesto por la mercantil U.T.E. Pinosolo contra la sentencia de 12 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Bilbao.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 y 139 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace especial imposición de costas ni en casación ni en la apelación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento de derecho séptimo:

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Leioa contra la sentencia de 26 de diciembre de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de apelación 129/2019.
2. Anular la sentencia objeto de recurso.
3. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por U.T.E. Pinosolo frente a la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo 243/2017.
4. No imponer las costas del recurso de apelación ni del de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.