



Roj: **STSJ PV 3820/2019 - ECLI:ES:TSJPV:2019:3820**

Id Cendoj: **48020330012019100361**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **26/12/2019**

Nº de Recurso: **129/2019**

Nº de Resolución: **364/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **LUIS ANGEL GARRIDO BENGOCHEA**

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 SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN N.º 129/2019**

**SENTENCIA NÚMERO 364/2019**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

En la Villa de Bilbao, a veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 3 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 243/2017, en el que se impugna el Acuerdo del Pleno de 20/6/2017 que aprueba definitivamente la revisión de oficio y declaración de nulidad de los Acuerdos del Consejo de Admon., de la entidad Leioa Kirolak S.A.U. de 31 de enero y 11 de febrero de 2011, en relación al contrato "Redacción de Proyecto, Dirección de Obras del Complejo Deportivo Pinosolo" y que acuerda la liquidación del contrato.

Son parte:

- **APELANTE** : UTE PINOSOLO, representada por la procuradora D.ª AURORA TORRES AMANN y dirigida por el letrado D. JORGE ROMERO YURREBASO.

- **APELADO** : EL AYUNTAMIENTO DE LA ANTEIGLESIA DE LEIOA, representado por el procurador D. XABIER NÚÑEZ IRUETA y dirigido por el letrado D. RICARDO SANZ CEBRIÁN.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOETXEA.



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por UTE PINOSOLO recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la otra parte para que en el plazo de quince días pudiera formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 28 de noviembre de 2019, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Que por UTE PINOSOLO se recurre en apelación la sentencia de 12 de diciembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Bilbao, en el recurso contencioso-administrativo Nº 243/17, sobre rescisión de oficio y declaración de nulidad de contrato por el Ayuntamiento de Leioa.

La apelación se basa en alegar que el contrato tenía naturaleza privada y fue objeto de un laudo arbitral; que, si hubiera nulidad del contrato, debería ser declarada por la jurisdicción civil; que el acto recurrido incurre en desviación de poder; que el Ayuntamiento de Leioa carece de competencia para dictar el acto impugnado; y que, de admitirse la declaración de nulidad, ésta no afectaría a todos los miembros de la UTE.

**SEGUNDO.-** Que la sentencia apelada procedió a desestimar el recurso interpuesto por la aquí apelante al considerar, en su fundamento de derecho tercero, que:

"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 28.11.2014, 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 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. 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 Kiroalak, 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 STSJ PV 44/2016, de 15.2, confirmó la determinación de las infracciones para Arcain y la de 22.3.16 lo hizo para la sociedad Aros. Ésta última indica la posibilidad de un procedimiento de revisión de oficio por infracción del art. 45.1 LCSP.

La STSJ PV 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 Kiroalak 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 STSJ PV 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 1 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 1, 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 11.2.2011), 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 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 actuaciones prohibidas 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.

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, 31-3-87¿).

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.

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 desestimarlo".

**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 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.

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 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 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, constituyen 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.

**CUARTO.-** Que, al estimarse la apelación, no procederá hacer expresa imposición de las costas de esta instancia ( Art. 139 Ley 29/98).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por UTE PINOSOLO contra la sentencia de 12 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo Nº 243/17, debemos:

1º) Revocar la sentencia apelada.

2º) Declarar la no conformidad a derecho del acuerdo de 20 de junio de 2017, del Ayuntamiento de Leioa, anulándolo y dejándolo sin efecto.

3º) No hacer expresa imposición de las costas de esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** ( artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.



Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 01 0129 19, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15.ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 26 de diciembre de 2019.

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ