



Roj: **STSJ PV 1022/2018 - ECLI:ES:TSJPV:2018:1022**

Id Cendoj: **48020310012018100017**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2018**

Nº de Recurso: **9/2018**

Nº de Resolución: **5/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO CIVIL Y PENAL

EAEko AUZITEGI NAGUSIA

ZIBILEKO ETA ZIGOR-ARLOKO SALA BILBAO

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

TEL.: 94-4016654

FAX: 94-4016997

Procedimiento : Nulidad de laudo arbitral / **Arbitraje** laudoa deuseztatzea 9/2018

NIG / IZO : 00.01.2-18/000005

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.31.1-2018/0000005

Demandante / Demantzailea: AYUNTAMIENTO DE LEIOA Procurador/a / Prokuradorea: NUÑEZ IRUETA

Abogado/a / Abokatua:

Demandado / Demandatua: Procurador/a / Prokuradorea: Abogado/a / Abokatua:

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

JUAN LUIS IBARRA ROBLES

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ROBERTO SAIZ FERNÁNDEZ

D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

SENTENCIA N°: 5/2018

En Bilbao, a treinta de mayo de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, integrada por los Magistrados arriba reseñados, los presentes autos de Nulidad de laudo arbitral 9/18, siendo parte demandante AYUNTAMIENTO DE LEIOA representado por el procurador D. XABIER NUÑEZ IRUETA y asistido por el letrado D. JOSE ANTONIO MORENO MOLINA, y como parte demandada UTE PINESOLO, representado por la procuradora D.ª AURORA TORRES AMANN y asistido por el letrado JORGE ROMERO YURREBASO, en solicitud de anulación de laudo arbitral.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de febrero de 2018, se presentó por el Procurador Sr. NUÑEZ IRUETA, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE LEIOA, demanda de nulidad de Laudo Arbitral dictado por la Cámara



de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao el día 20 de Noviembre de 2017 en el procedimiento arbitral DR-5/16.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de fecha 21 de febrero de 2018 se acordó registrar la demanda y conforme al turno establecido designar Magistrado ponente.

TERCERO.- Por decreto de fecha 22 de febrero de 2018, se acordó dar traslado a la parte demandada para que la contestase en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles.

CUARTO.- Con fecha 23 de marzo de 2018 por la procuradora Sra. TORRES AMANN en nombre y representación de UTE PINOSOLO se presentó escrito de contestación a la demanda, acordándose por diligencia de ordenación de fecha 26 de marzo unir el escrito de contestación a la demanda y documentos acompañados a los autos de su razón y conceder un plazo de DIEZ días a la parte demandante a fin de presentar documentos adicionales o solicitar la práctica de prueba.

QUINTO.- Con fecha 15 de Mayo de 2018, se dicta Auto de admisión y práctica de prueba con el resultado obrante en la actuaciones.

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

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

Y la pretensión de anulación por dicho motivo fue sustanciada por el procedimiento del juicio verbal con especialidades del art. 42 LA, seguido ante este tribunal bajo la referencia NLA y el número 15/2017, y resuelta por esta misma Sala en la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2017, con efectos de cosa juzgada formal y material.

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

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

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

1.2.1 El supuesto del que se trata en el caso: sucesión de una Administración Pública en la posición jurídica que ocupaba la entidad otorgante, que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración Pública, en un contrato privado y sometido a arbitraje en lo relativo a las controversias que

surjan entre las partes en relación o con ocasión de su ejecución y cumplimiento, así como sobre su eficacia y resolución, no es el que contempla y regula el art. 39 (cuyo contenido pasó, con idéntica redacción, al art. 320 añadido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); ni el que recoge el art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas ; ni tampoco el que constituye la hipótesis normativa del art. 7.3 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria .

Por lo tanto:

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

1.2.1.2 Ni, como consecuencia de lo anterior, que deba aplicarse el art. 6.3 del Código Civil (CC), deduciendo que el laudo deviene nulo.

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

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

Por lo tanto:

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

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

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

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

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

1.2.3.3 Lo que ocurre es que ninguno de los anteriores supuestos se identifica con el del caso.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



3.1.1. Por resolución dictada el 21 de mayo de 2013, el Consejo Vasco de la Competencia declaró la infracción por parte de Aros Estudio de Arquitectura, S.A. de los arts. 1.1 y 3 de la Ley de Defensa de la competencia, imponiéndole una multa sancionadora por importe de 45.000 €, y ordenando a Leioa Kirolak, S.A.U. que se abstuviera de abonar cualquier indemnización o compensación por daños y perjuicios a la infractora derivados de la resolución del contrato "Complejo Deportivo" o, en su caso, recuperar las cantidades ya abonadas en ese concepto.

La resolución también declaró que no había resultado acreditada "infracción del art. 1.1 ni del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia en lo referente a la actuación de Excavaciones Viuda de Sainz".

3.1.2 Aros Estudio de Arquitectura, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, que fue resuelto, por sentencia firme 104/2016, de 16 de marzo, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJPV, en sentido parcialmente estimatorio, al anularse la misma, si bien tan solo: "[...] en cuanto ordena a Leioak Kirolak, S.A.U. que se abstenga de abonar cualquier tipo de indemnización o compensación por daños y perjuicios a la infractora, derivados de la resolución del contrato 'Complejo Deportivo', o en su caso, recuperar las cantidades ya abonadas por este concepto [...]", y ello por cuanto: "[...] si bien el art. 53.2.c) LDC, posibilita la adopción de medidas correctoras encaminadas a la remoción de los efectos de las prácticas contrarias al interés público, la acordada supone la intromisión en las competencias propias del órgano adjudicador en el ámbito de la relación contractual que le vincula con la sociedad adjudicataria; incoado en octubre de 2012 por el Presidente de Leioa Kirolak expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo, el acto que lo puso fin y la eventual indemnización que en su caso se hubiere fijado a favor de la aquí recurrente, no pueden ser privados de eficacia mediante la resolución sancionadora en estudio, sin perjuicio de que la contratante, si lo estima oportuno, inicie procedimiento para su revisión de los previstos en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en base a las infracciones apreciadas por el Consejo Vasco de la Competencia [...]".

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS:

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

Las costas se imponen a la parte actora.

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

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

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