

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público



Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2022 N.º 140

Arbitraje, revisión de oficio y prevalencia de procedimientos

Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo aborda la manera en la que debe articularse la eventual coexistencia de un procedimiento de revisión de oficio iniciado por el órgano de contratación respecto de la adjudicación del contrato ante la constatación del concurso de una causa de nulidad de pleno derecho – por un lado - y la tramitación de un procedimiento arbitral iniciado al amparo de una cláusula contractual que lo contempla como mecanismo de solución de conflictos – por otro lado-.

El contrato controvertido y en el marco del cual se plantea la coexistencia procedimental apuntada trae causa de la licitación convocada por Leix Klirak¹ (sociedad mercantil poder adjudicador) 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 Arbolsolo. La adjudicación provisional se acordó el 31 de enero de 2011 por el Consejo

de administración de aquélla a favor de la UTE hoy recurrente²; y la adjudicación definitiva, el 11 de febrero siguiente.

Es interesante señalar que el contrato entre el poder adjudicador “sociedad mercantil Leix Klirak” y la UTE lo fue **sujeito a regulación armonizada**, por lo que, empero el carácter privado del contrato, el **control de los actos de preparación y adjudicación** corresponde a la **jurisdicción contencioso-administrativa** por determinación directa del artículo 2.b) de la LJCA³, en relación

¹ Nombre ficticio de una sociedad mercantil unipersonal de capital público que fue disuelta el 28 de noviembre de 2014, asumiendo su posición jurídica en derechos y obligaciones el Ayuntamiento de Leix (nombre también ficticio).

² La U.T.E. ARBOLSOLO, constituida por tres sociedades distintas.

³ Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

con los artículos 17 y 21.1 de la LCSP (Ley 30/2007, de 30 de octubre, vigentes en el momento de adjudicación del contrato)⁴.

El 30 de noviembre de 2016, el Ayuntamiento de Leix, sucesor de la entidad adjudicadora Leix Klirak, inició el **procedimiento de revisión de oficio** del acuerdo de adjudicación del polideportivo Arbolsolo a la U.T.E. ARBOLSOLO⁵ por considerar que concurría en el mismo una causa de nulidad de pleno derecho que viciaba *ab initium* el contrato.

El 1 de diciembre de 2016 la U.T.E. 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 del contrato, a lo que el Ayuntamiento se opuso el 17 de marzo siguiente, cuestionando la competencia del árbitro para conocer de la controversia.

Comenzaron así a tramitarse ambos procedimientos en paralelo:

- Por un lado, el **procedimiento de revisión de oficio**, en el que, tras la aprobación de la propuesta de revisión del acuerdo de adjudicación por el Ayuntamiento, la Comisión Jurídica de Euskadi emitió dictamen el 5 de junio de 2017 **estimando procedente la declaración de nulidad de la adjudicación**, de manera que el 20 de junio siguiente el

Ayuntamiento aprobó definitivamente la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato de construcción del polideportivo.

- Por otro, el **procedimiento arbitral**, en el marco del cual se dictó, el 24 de abril de 2017, laudo interlocutorio rechazando la oposición formulada por el Ayuntamiento⁶, y el 20 de noviembre siguiente, **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.

Recurrida la declaración de nulidad de la adjudicación y desestimado el recurso interpuesto contra la decisión del Ayuntamiento, esta desestimación fue, a su vez, recurrida en apelación por la U.T.E. ante el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco. La Sentencia de la Sección Primera del TSJ referido estimó el recurso declarando la **no conformidad a derecho del acuerdo administrativo municipal** recurrido.

Así las cosas, el Ayuntamiento interpuso recurso de casación contra la resolución dictada por el TSJ de País Vasco, que ha finalizado con la Sentencia 1346/2021, de 17 de noviembre de 2021, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo,

⁴ Criterio que es idéntico al que luego sostuvo el artículo 21 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y que ahora mantiene la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

⁵ 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 una de las empresas integrante de la U.T.E. ARBOLSOLO, por **prácticas colusorias** en relación con la adjudicación del complejo deportivo Arbolsolo.

⁶ Por Sentencia de 15 de noviembre de 2017 el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó el recurso entablado por el Ayuntamiento contra el mencionado laudo interlocutorio de 20 de junio.

en la que se identifican como cuestiones de interés casacional objetivo⁷ 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) si, 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.

Para la solución de las cuestiones referidas, la sentencia aborda asuntos diversos, planteados en las sentencias de instancia y apelación. De lo expuesto en los Fundamentos Jurídicos Tercero a Séptimo, interesa destacar lo siguiente:

- El contrato 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** 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.

- El artículo 34.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de 2011 (que es la norma que resulta aplicable al contrato controvertido) dispone que “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 sujetos a regulación armonizada, están sometidos a la posibilidad de revisión de oficio en cuanto a los actos preparatorios y de adjudicación.**
- En el momento en que tuvo lugar la **preparación y adjudicación del contrato** litigioso el sujeto actuante no era el Ayuntamiento de Leix, sino la sociedad de capital público municipal Leix Klirak, si bien la Sentencia explica que ello no tiene incidencia porque es un contrato de regulación armonizada, cuyos actos preparatorios y de adjudicación están sometidos por sí mismos a la legislación administrativa y, en segundo lugar, porque así se desprende de la propia cláusula de sometimiento al arbitraje privado del referido contrato, que contemplaba de manera expresa que cualquier controversia

⁷ 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.

que pudiera plantearse en relación con la preparación y adjudicación del contrato sería fiscalizada por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo.

- En lo concerniente a la interrelación con el **procedimiento de arbitraje** considera que su procedencia no se discute, si bien **limitada a los aspectos concernientes a la ejecución y cumplimiento del contrato**, de manera que 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; todo ello sin perjuicio de que la sucesión de hechos evita que se plantee cualquier duda por razones temporales, pues el procedimiento de revisión de oficio inició y fue en todo momento por delante del de arbitraje.
- Por último y en lo concerniente a la **existencia o no de causa de nulidad**, considera el Tribunal Supremo en su sentencia que el origen de la nulidad se encuentra en la declaración, por el Acuerdo de 21 de mayo de 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 dos de las tres sociedades integrantes de la U.T.E. ARBOLSOLO. La resolución declaró sus actuaciones lesivas para la competencia, les impuso sendas multas y estableció expresamente la improcedencia de cualquier indemnización o compensación.

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 (FJ SÉPTIMO).

- Expresa la Sentencia en su FJ QUINTO que el **arbitraje privado era procedente** pues estaba expresamente previsto en el clausulado del contrato, si bien lo era en relación con relación su **ejecución y cumplimiento, así como con su eficacia y resolución**. Pero si la Administración Pública inicia un procedimiento de revisión de oficio porque la adjudicación estaba viciada de nulidad, entonces el arbitraje queda sin objeto⁸.
- 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.

La procedencia de la revisión de oficio o del arbitraje, así como la relevancia del criterio temporal, dependerá 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.

Conclusiones

⁸ Ello sin perjuicio de que, además, en este caso concreto, el procedimiento de revisión de oficio ha ido todo el tiempo por delante del arbitral.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid - 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.