

**INFORME JURÍDICO SOBRE LAS POSIBILIDADES DE IMPUGNACIÓN  
DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS,  
SECCIÓN CUARTA, DE 27 DE MARZO DE 2.009 SOBRE RECURSO  
DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL: INAPLICACIÓN DE DERECHO  
COMUNITARIO, CUESTIÓN PREJUDICIAL Y RECURSO DE AMPARO.**

**A instancia del Grupo Político de Coalición Canaria en el Cabildo de Lanzarote, se requiere a este letrado para que emita informe en el que analice jurídicamente la posible impugnación de la Sentencia 111/2009 de 23 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Cuarta, y que tiene por objeto un recurso de nulidad de un laudo arbitral dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Las Palmas de Gran Canaria.**

**Para la emisión del presente informe, y de conformidad con la documentación remitida a este letrado, se hace necesario, en primer lugar, realizar un relato de los hechos acaecidos hasta la emisión del mismo.**

## **HECHOS**

I. Con fecha 11 de junio de 2.001, el Consejo de Administración de la entidad “Insular de Aguas de Lanzarote, Sociedad Anónima” (en adelante, INALSA) acuerda sacar a concurso público el contrato consistente en la realización de un proyecto, financiación, ejecución y explotación de una planta desaladora de agua de mar, mediante soluciones de ósmosis inversa en Janubio, Lanzarote, con capacidad para producir 10.500 metros cúbicos al día de agua de mar desalada

para abastecimiento público, con un presupuesto de licitación de MIL QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SETECIENTAS SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTAS SETENTA Y SEIS pesetas (1.543.762.476 pesetas, equivalentes 9.278.199,34 Euros), y todo ello conforme al Pliego de Bases para contratar y el Pliego de Condiciones Técnicas que al efecto fueron aprobados por el Consejo de Administración de la mercantil, el 11 de junio de 2.001.

**II.** La convocatoria del referido concurso fue publicada el 13 de junio de 2.001 en el Boletín Oficial de la Provincia de las Palmas y en el diario El País, sin que dicho concurso se publicara en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) ni en el Boletín Oficial del Estado (BOE).

**III.** El 7 de septiembre de 2.001, el Consejo de Administración de INALSA, tras analizar las distintas ofertas presentadas, decide adjudicar el contrato a la Unión Temporal de Empresas EDAM JANUBIO, constituida, a su vez, por “FCC Construcción S.A” y “Procesos Ambientales, S.A.”, por un presupuesto de MIL DOSCIENTOS TRES MILLONES SETECIENTAS CUARENTA Y CUATRO MIL SETECIENTAS UNA pesetas (1.203.744.701 pesetas, equivalentes a 7.234.651,36 Euros) lo que representa una disminución del 22,0252 % sobre el presupuesto de licitación.

**IV.** El día 18 de octubre de 2.001, y tras la constitución de las garantías exigidas a la adjudicataria, se formaliza en documento privado contrato

entre INALSA y la UTE EDAM JANUBIO para el proyecto, financiación, ejecución y explotación de una planta desaladora de agua de mar en Janubio. De entre las cláusulas del referido contrato, cabe destacar las siguientes:

*“6ª. El CONTRATISTA será el responsable de obtener todas las autorizaciones y permisos necesarios referentes al Proyecto de la Planta desaladora y a la ejecución y explotación de la misma”.*

*“29ª. Las partes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato o relacionado con él, directa o indirectamente, se someterán a Arbitraje, determinando de mutuo acuerdo quien lo llevará a cabo, teniendo en cuenta la índole de la discrepancia, y de no llegarse a acuerdo, se resolverán definitivamente mediante arbitraje en el marco de la Corte de Arbitraje de la Cámara oficial de Comercio, Industria y Navegación de Las Palmas a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo con su reglamento y Estatutos”.*

**V.** Debido a determinadas vicisitudes en la ejecución del contrato, con fecha 9 de febrero de 2.006, la UTE EDAM JANUBIO requiere a INALSA para la celebración de arbitraje.

**VI.** Con fecha 9 de junio 2.006, y tras finalizarse el procedimiento arbitral número 2/2.006 ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Las Palmas, y que tenía por objeto el contrato, se dicta laudo en el que se declara resuelto el contrato de 18 de octubre de 2.001, y se condena a INALSA al pago de una indemnización de 9.381.761 €

**VII.** El 4 de agosto de 2.006, el Consorcio Insular de Aguas —Ente local no territorial, formado por el Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote y los siete Ayuntamientos de la Isla, dotado de personalidad jurídica de carácter público para el cumplimiento de los fines, en concreto el abastecimiento de Agua de la Isla de Lanzarote— decide iniciar procedimiento de revisión de oficio, como Administración Pública tutelante de la empresa pública INALSA, de los actos de adjudicación y del contrato celebrado con la UTE EDAM JANUBIO.

**VIII.** Con fecha 7 de septiembre de 2.006, INALSA interpone recurso de anulación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

Cabe indicar que entre los motivos argumentados por la entidad INALSA para impugnar el Laudo arbitral, en concreto en el MOTIVO SEXTO, se encuentra el relativo a la vulneración del orden público por infracción de las Directivas Comunitarias de contratación y de los principios fundamentales de los Tratados de la Unión Europea, debiendo, por tanto, anularse, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.1 f) de la Ley 60/2003.

En este sentido, para la recurrente –y cito textualmente de la demanda-, “ (...) de los hechos y del expediente se desprende que el contrato solo se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia y en el diario El País, incumpléndose de este modo la ineludible, dada su importancia, obligación de publicidad en el DOCE y en el BOE. *El incumplimiento de las obligaciones de publicidad dimanantes de la Directiva 38/93/CEE y traspuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 48/1998 —obligaciones que tienen como objetivo garantizar los principios de igualdad y no discriminación así como la libertades fundamentales recogidas en los Tratados de la Unión Europea— son de extrema importancia a los efectos de determinar la infracción del orden público*”.

Igualmente, la recurrente, en su recurso de anulación del laudo, cita el Libro Verde sobre la contratación pública, "La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro", (Comisión, 27 de noviembre de 1996) y transcribe que “*Los objetivos fundamentales de la política de contratación pública de la Unión son: la creación de las condiciones de competencia necesarias para que no haya discriminación en la adjudicación de contratos, la utilización racional del dinero público a través de la selección de la mejor oferta presentada, el acceso de los suministradores a un mercado interior que ofrece oportunidades importantes y el refuerzo de la competitividad de las empresas europeas*” e indica que “*las normas comunitarias de apertura de contratos públicos tienen su fundamento jurídico en el Tratado; en particular, en aquellas*

*disposiciones que garantizan la libre circulación de productos, servicios y capitales, las que establecen los principios fundamentales (igualdad de trato, transparencia y reconocimiento mutuo) y las que prohíben toda discriminación por razón de nacionalidad”.*

En virtud de lo expuesto, INALSA afirma en su recurso que el incumplimiento de los principios comunitarios y, en concreto, de las obligaciones de publicidad, dan lugar a una infracción de los principios y objetivos fundamentales del Derecho Comunitario.

Del mismo modo, a la hora de argumentar la causa de nulidad por infracción del orden público, INALSA se apoya en la Sentencia del TJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, más conocida como Eco Swiss China Time Ltd., en la que se declara con rotundidad que la no aplicación de normas imperativas comunitarias justifica plenamente la aplicación de la cláusula de orden público. O lo que es lo mismo, la no aplicación al fondo del asunto de las normas imperativas de Derecho comunitario deberá suponer bien la nulidad de laudo bien la denegación de su reconocimiento.

**Por otro lado, la demanda de INALSA hace referencia a una Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, el 14 de abril de 2.005, y hace referencia, asimismo, a las conclusiones del Abogado General del TJCE Sr. Antonio Tizzano,**

**presentadas el 27 de abril de 2.006, asunto C-168/05 (Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L).**

**Finalmente, y este dato es sumamente trascendental, INALSA, en su recurso de Anulación, solicita a la Audiencia en un OTROSÍ DIGO, y cito textualmente, que “En el caso de que no se aplique directa y preferentemente el Derecho Comunitario anulándose el laudo por la Sala, SOLICITO se plantee de modo obligatorio y de conformidad con el art. 234 del Tratado de la Unión Europea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para que se pronuncie sobre la interpretación del Derecho Comunitario”.**

**IX.** Con fecha 31 de octubre de 2.006, el Consejo Consultivo de Canarias emite dictamen, preceptivo y vinculante para el Consorcio, en el que se determina que los actos de adjudicación del contrato, y, por lo tanto, el contrato, se realizaron prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y con vulneración de trámites esenciales, de tal forma que resulta nulo de pleno derecho el contrato celebrado.

Así, tal y como reza el Dictamen del Consejo, el contrato celebrado por la entidad INALSA y la UTE EDAM JANUBIO se encuentra sometido a la Directiva comunitaria 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, así como a la Ley 48/1998 **de 30 de**

**diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE. Tal circunstancia se fundamenta en el hecho de que INALSA:** a) es una empresa pública, al estar participada íntegramente por un poder público; b) es una empresa pública cuyo objeto, entre otros, consiste en *la puesta a disposición, la explotación o la alimentación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable*, tal y como indica el artículo 2 de los Estatutos de la entidad; y c) el contrato objeto de controversia es un contrato de obra que supera los 5.000.000 de Euros.

En este sentido, y como indica el Dictamen del Consejo Consultivo, el incumplimiento total y absoluto de los procedimientos de contratación exigidos en la Ley 48/1998 —procedimientos de adjudicación regulados que se encuentran sometidos a Derecho Público, y, por lo tanto, sometidos a Derecho Administrativo— da lugar a la nulidad de pleno derecho del contrato.

Del mismo modo, indica el Consultivo que “*cuando los vicios resultan de gravedad especial y pueden llegar a alcanzar la consideración de vicios orden público, de acuerdo con la teoría de las nulidades, procede extraer de ello las consecuencias inherentes. Y la infracción de las normas*

*comunitarias sobre la contratación pública, sin duda de ninguna clase, puede llegar a revestir el indicado carácter, cuando por medio de ella se compromete el valor superior de la igualdad que dichas normas miran, ante todo, a tutelar” (vid, página 29 del dictamen).*

**X.** El 31 de octubre de 2.006, el Pleno del Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote, en virtud del dictamen preceptivo y vinculante del Consejo Consultivo de Canarias, dicta resolución, en la que se declaran nulos de pleno derecho los actos de adjudicación y el contrato de 18 de octubre de 2.001 celebrado por la mercantil “Insular de Aguas de Lanzarote Sociedad Anónima” con la UTE EDAM JANUBIO.

**XI. Finalmente, con fecha 27 de marzo de 2.009, la Audiencia Provincial de Las Palmas desestima la demanda de nulidad interpuesta por Insular de Aguas de Lanzarote.**

**Cabe indicar que dicha desestimación se produce, sorprendentemente, sin plantear cuestión prejudicial ante el TJCE, y sin que el Tribunal motive, ni lo más mínimo, las razones por las cuales no aplica el Derecho Comunitario, ni las razones por las cuales no plantea la cuestión prejudicial.**

En virtud del relato fáctico descrito, estamos en condiciones de emitir el siguiente:

## INFORME JURÍDICO

### **1. La infracción del ordenamiento comunitario como causa de nulidad de un laudo arbitral por infracción del orden público.**

#### **1.1. Planteamiento de la cuestión.**

Antes de entrar a valorar el problema principal, esto es, si la Sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este dictamen es susceptible de recurso por infracción del Derecho comunitario o derechos fundamentales, creemos necesario analizar —tal y como realizó, en su momento, el recurso de INALSA— si una infracción de las Directivas y principios comunitarias de la contratación pública pueden dar lugar a la nulidad de un Laudo arbitral, y ello con la finalidad de abordar de forma más adecuada la cuestión planteada.

De los datos y documentos remitidos a este letrado, se desprende con total claridad, tal y como de forma incontrovertible señala el Dictamen del Consejo Consultivo de 31 de octubre de 2.006, que el contrato celebrado por la entidad INALSA y la UTE EDAM JANUBIO infringió la Directiva comunitaria 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, así como la Ley 48/1998 **de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que**

**se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, y**, en concreto, los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación.

En efecto, era obligatorio, de conformidad con la normativa aplicable, que la convocatoria para licitar la selección del contratista del concurso para la “elaboración del proyecto, construcción financiación ejecución y explotación de las obras de una nueva estación desaladora en Janubio (Playa Blanca, municipio de Yaiza)” se hubiese publicado no sólo en el Boletín Oficial del Estado, sino también (lo que es más importante) en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, obligaciones éstas que, sin embargo, no se llevaron a efecto.

En efecto, de los hechos y del expediente se desprende que el contrato sólo se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia y en el diario El País, con flagrante incumplimiento, de este modo, de la ineludible, dada su relevancia, obligación de publicidad en el DOCE y en el BOE.

El incumplimiento de las obligaciones de publicidad dimanantes de la Directiva 93/38/CEE, y traspuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 48/1998 —obligaciones que tienen como objetivo garantizar los principios de igualdad y no discriminación, así como las libertades fundamentales recogidas en los Tratados de la Unión Europea—, son de extrema importancia.

Así, y tal y como expresó el recurso de INALSA, el carácter obligatorio de los principios de publicidad y concurrencia responden, por un lado, a *razones de eficiencia*, ya que la *defensa y promoción del interés público* que todo contrato de la Administración persigue se obtendrá en grado óptimo si el contrato se celebra con el particular que ofrezca las mejores condiciones (mejor precio, mejor resultado). Es la regla del “*best value for money*”: obtener el mejor rendimiento de los fondos públicos invertidos. Por otro lado, la segunda razón básica que inspira los principios de publicidad y concurrencia es el respeto a *la garantía de igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos*, con el propósito de evitar confabulaciones entre la Administración y los administrados. Igualdad de oportunidades que es una manifestación del principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE). Son innumerables las Sentencias del Tribunal Supremo en que esto se afirma.

En este sentido, si hay un dato que caracterice las directivas comunitarias sobre contratación es su reiterada e insistente proclamación de los principios de publicidad, de concurrencia, de prohibición de efectos discriminatorios y de vinculación a la mejor oferta en la fase de adjudicación de los contratos públicos (Vid. Sentencia del TJCE de 5 de diciembre de 1989, asunto C-3/88).

De hecho, las normas comunitarias de apertura de contratos públicos tienen su fundamento jurídico en el Tratado; en particular, en aquellas

disposiciones que garantizan la libre circulación de productos, servicios y capitales, las que establecen los principios fundamentales (igualdad de trato, transparencia y reconocimiento mutuo) y las que prohíben toda discriminación por razón de nacionalidad.

Para dotar de mayor eficacia a estas disposiciones fundamentales del Tratado, era necesaria la creación de un pormenorizado Derecho derivado, adoptado en forma de directivas; estos actos rigen la adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y servicios por parte de los poderes adjudicadores (sectores clásicos) y por parte de las entidades de los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones (sectores especiales).

Precisamente, antes de la creación del actual marco normativo comunitario, en los Estados miembros, las adquisiciones públicas se concentraban, por lo general, en el mercado nacional. En este sentido, las directivas se enfrentan conscientemente con las resistencias que se derivan de la práctica o tendencia, tan arraigada tradicionalmente, a “comprar nacional”.

Una eficaz política europea de contratación pública es esencial para que el mercado único genere un crecimiento sostenido a largo plazo y cree empleo, fomente el desarrollo de empresas capacitadas para aprovechar las posibilidades que les ofrece el mayor mercado integrado del mundo, así como para hacer frente a la competencia en los mercados mundiales,

y permita al contribuyente y al usuario obtener servicios públicos de mejor calidad a menor coste.

Naturalmente, una política más abierta en materia de contratación pública presenta muchas otras ventajas, quizá menos evidentes, como, —por ejemplo y según el libro verde— el que una adjudicación de contratos públicos limpia, no discriminatoria y transparente reduce el peligro de fraude y corrupción en las administraciones.

Para la consecución de tan fundamentales principios, es esencial el cumplimiento de las obligaciones de publicidad de los contratos, pues gracias a la misma se satisfacen el resto de principios. A este respecto, resulta significativo que la consecución de los fines y objetivos comunitarios se haya materializado a través de pautas de legalidad administrativa que afectan a la fase de adjudicación del contrato.

En efecto, la salvaguarda de pautas de legalidad administrativa en la fase de adjudicación del contrato es la *ratio* que inspira la jurisprudencia comunitaria —en este sentido la Sentencia del TJCE de 17 de febrero de 1981, asunto C-133/80 es tajante al afirmar en su apartado 7 que *“ningún tipo de práctica estatal particular puede llevar a justificar la inaplicación de los principios de las directivas comunitarias”*—.

De este modo, y con el fin de garantizar, de inicio, el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad al adjudicar contratos

públicos, es obligatorio el deber de los poderes adjudicadores de publicar anuncios de contratos en el suplemento del Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de acuerdo con los modelos que figuran en las directivas comunitarias.

**En definitiva, el incumplimiento de los principios comunitarios y, en concreto, de las obligaciones de publicidad da lugar a una infracción de los principios y objetivos fundamentales del Derecho Comunitario.**

Esto es, precisamente, lo que declara el Consejo Consultivo de Canarias, de forma intachable, en su Dictamen de 31 de octubre de 2.006, al indicar que *“la infracción de las normas comunitarias sobre la contratación pública, sin duda de ninguna clase, puede llegar a revestir el indicado carácter, cuando por medio de ella se compromete el valor superior de la igualdad que dichas normas miran, ante todo, a tutelar”*, declarando, en consecuencia, que el acto de adjudicación del contrato y, por lo tanto el contrato, se realizaron prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y vulnerando trámites esenciales, siendo en consecuencia nulo de pleno derecho.

Constatado el incumplimiento del Derecho Comunitario, cuestión ésta meridianamente clara y exenta de cualquier duda, la pregunta que debemos plantearnos, y que se planteó al Tribunal por parte de INALSA, es **si la infracción de los referidos principios comunitarios puede dar**

**lugar a la anulación de un laudo arbitral que no los tuvo en cuenta a la hora de dictar su resolución.**

La respuesta a dicho interrogante ha de ser afirmativa, como así lo ha hecho el Tribunal de Justicia en dos importantes Sentencias (la primera de ellas citada por INALSA en su recurso): Sentencia del TJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, más conocida como “Eco Swiss China Time Ltd.”, y la Sentencia de 26 de octubre de 2.006 asunto C-168/05, más conocida como Elisa María Mostaza Claro vs. Centro Móvil Milenium, S.L., que responde a la Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, el 14 de abril de 2.005, y que cuando INALSA formuló su demanda todavía no había sido dictada.

**En este sentido, cabe destacar que ambas Sentencias declaran de forma tajante y rotunda que la no aplicación de normas imperativas comunitarias justifica plenamente la aplicación de la cláusula de orden público, que da lugar a la nulidad de un laudo arbitral.**

**Creemos necesario, no obstante, dada la claridad de las Sentencias, analizar los hechos que dieron lugar a las mismas y los argumentos utilizados por el TJCE.**

**1.2. La Sentencia del TJCE de 1 de junio de 1999, asunto Eco Swiss China Time (C-126/97).**

El 1 de julio de 1986, Benetton, sociedad con domicilio en Amsterdam, celebró un contrato de licencia por ocho años con Eco Swiss y Bulova. Mediante este contrato, Benetton concedía a Eco Swiss el derecho a fabricar relojes y relojes de pulsera con la mención «Benetton by Bulova», que, a continuación, podían vender Eco Swiss y Bulova.

El contrato de licencia estipulaba que todo litigio o diferencia entre las partes se dirimiría mediante arbitraje, de acuerdo con las normas del Instituto Neerlandés de Arbitraje, y que los árbitros designados aplicarían el Derecho neerlandés.

Como consecuencia de la resolución del contrato por Benetton, tres años antes de que concluyera la vigencia inicialmente acordada, las partes iniciaron un procedimiento arbitral respecto a esta resolución.

Los árbitros resolvieron, en un primer laudo, condenar a Benetton a indemnizar a Eco Swiss y a Bulova los perjuicios que éstas habían sufrido a consecuencia de la resolución por Benetton del contrato de licencia, y, a continuación, en un laudo posterior, condenaron a Benetton a abonar 23.750.000 USD a Eco Swiss y 2.800.000 USD a Bulova.

**En el marco del litigio principal, Benetton solicitó la anulación de los dos laudos arbitrales, alegando, en particular, que eran contrarios al orden público, debido a la nulidad del contrato de**

**licencia desde el punto de vista del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea —relativo a derecho de la competencia—, pese a que, en el marco del procedimiento arbitral, ni las partes ni los árbitros se habían referido a la posibilidad de que el contrato de licencia fuera contrario a esta disposición.**

El Hoge Raad (Tribunal Holandés) señala que un laudo arbitral sólo es contrario al orden público, en el sentido de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando su contenido o ejecución es contrario a una norma imperativa de carácter tan fundamental que ninguna restricción de carácter procesal puede impedir su observancia. **Ahora bien, entiende que, en Derecho neerlandés, el mero hecho de que el contenido o la ejecución de un laudo arbitral impida la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho de la competencia no se considera, en general, contrario al orden público.**

**Sin embargo, se pregunta si cabe decir lo mismo cuando, como sucede en el asunto que se le ha sometido, se trata de una disposición comunitaria.**

Las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado, y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales.

No obstante, con arreglo a la letra g) del artículo 3 del Tratado [actualmente, tras su modificación, letra g) del apartado 1 del artículo 3 CE], el artículo 81 CE constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior<sup>1</sup>.

---

1

□ En este sentido, resulta fundamental hacer referencia, tal y como hace el TJCE en la Sentencia, a la normativa holandesa reguladora del arbitraje que, como veremos, es sustancialmente idéntica a la normativa española, pues ambas toman como modelo la *Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985*.

Así, el apartado 1 del **artículo 1050** de La Ley de Enjuiciamiento Civil de los Países Bajos dispone lo siguiente: «*Contra un laudo arbitral sólo cabrá recurso arbitral de apelación si las partes así lo hubieran convenido.*»

El apartado 1 del **artículo 1054** de dicha Ley establece lo siguiente: «*Los árbitros decidirán con sujeción a Derecho.*»

El **artículo 1059** de la misma Ley dispone: «*1. Los laudos arbitrales finales, completos o parciales, son los únicos que pueden adquirir fuerza de cosa juzgada. Adquieren dicha fuerza desde que se dictan. 2. No obstante, si las partes hubieran convenido que cabe recurso arbitral contra un laudo final, completo o parcial, éste adquirirá fuerza de cosa juzgada a partir de la fecha en la que expire el plazo de recurso o, en caso de recurso, a partir de la fecha en que se resuelva el recurso, si confirma el laudo dictado en primera instancia y en la medida en que lo haga.*»

**Respecto al control jurisdiccional de las sentencias arbitrales, el artículo 1064 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de los Países Bajos precisa:** «*1. Contra un laudo arbitral final, completo o parcial, no susceptible de recurso arbitral, o contra un laudo arbitral final, completo o parcial, dictado en apelación arbitral sólo cabrá recurso jurisdiccional, por vía de recurso de anulación o de recurso extraordinario de revisión conforme a lo dispuesto en esta Sección. 2. El recurso de anulación se interpondrá ante el Rechtbank en cuya Secretaría se haya presentado el original del laudo en virtud del apartado 1 del artículo 1058. 3. Una parte podrá interponer el recurso de anulación desde que el laudo haya adquirido fuerza de cosa juzgada. El derecho a interponer el recurso caduca a los tres meses a partir de la fecha de presentación del laudo en la Secretaría del Rechtbank. No obstante, si el laudo arbitral ejecutivo ha sido notificado a la parte contraria, ésta podrá interponer el recurso de anulación en el plazo de tres meses a partir de la notificación, a pesar de haber expirado el plazo de tres meses mencionado en la frase anterior. 4. El recurso de anulación de un laudo arbitral parcial sólo puede interponerse junto con el recurso de anulación del laudo arbitral final, completo o parcial. [...]*»

**El artículo 1065 de la misma Ley dispone:** «**1. La anulación sólo podrá decidirse por uno o varios de estos motivos:**

- a) inexistencia de un convenio arbitral válido;
- b) haberse constituido el Colegio arbitral en infracción de la normativa aplicable;
- c) no haberse atendido los árbitros a su misión;

En el caso enjuiciado el tribunal planteó una serie de cuestiones prejudiciales de entre las que cabe destacar las siguientes:

**1)** Si el Juez considera que un laudo arbitral es efectivamente contrario al artículo 85 del Tratado CE, ¿debe por ello, y a pesar de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil neerlandesa descrita en los apartados 4.2 y 4.4 de esta resolución (conforme a las cuales una parte sólo puede solicitar la anulación de un laudo arbitral por un número limitado de motivos, entre los que se encuentra la infracción del orden público, que no comprende, en general, el mero hecho de que el contenido o la ejecución del laudo arbitral impida la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho de la competencia), estimar un recurso de anulación del laudo, cuando dicho recurso cumple, por lo demás, los requisitos legales?

---

d) carecer el laudo de firma o de fundamentación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1057;

**e) ser el laudo o la forma en que se ha dictado contrario al orden público o a las buenas costumbres.**

4. El motivo a que se refiere la letra c) del apartado 1 de este artículo no puede dar lugar a la anulación si la parte que lo formula ha participado en el procedimiento sin haberlo invocado, a pesar de ser consciente de que los árbitros no se atenían a su misión.»

Por último, los apartados 1 y 2 del artículo 1066 de la Ley de Enjuiciamiento Civil precisan que el recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo, pero que el Juez ante el que se haya sometido tal recurso puede, si resulta justificado y a instancias de la parte que antes lo solicite, suspender la ejecución hasta que se resuelva definitivamente sobre el recurso de anulación. La demanda de suspensión se basará en la anulación probable de los laudos arbitrales.

2) ¿Está también obligado a ello el Juez neerlandés, a pesar de las normas procesales definidas en el apartado 4.5 de esta resolución [según las cuales los árbitros tienen la obligación de no excederse de los límites del litigio y de atenerse a su misión], cuando la aplicabilidad del artículo 85 del Tratado CE ha quedado al margen del procedimiento arbitral y, por lo tanto, los árbitros no se han pronunciado sobre ella?

**En definitiva, la cuestión planteada al TJCE por el Tribunal Holandés estriba en determinar si un órgano jurisdiccional nacional, ante el que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral, debe estimarlo si considera que dicho laudo es efectivamente contrario a los principios Derecho Comunitario, siendo así que, según las normas procesales nacionales, sólo puede estimar tal recurso por un número limitado de motivos, entre los que se encuentra la infracción del orden público, que, por regla general, no incluye, según el Derecho nacional aplicable, el mero hecho de que el contenido o la ejecución del laudo arbitral impida la aplicación de una prohibición impuesta por el Derecho nacional.**

La respuesta del TJCE fue contundente y precisa al afirmar, en relación con la materia que a nosotros más nos interesa, que *“si un arbitraje convencional suscitara cuestiones de Derecho comunitario, los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones,*

*especialmente en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al exequátur o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable”*

Asimismo, señaló que **“si bien las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales”**. Sin embargo, **“con arreglo a la letra g) del artículo 3 del Tratado [actualmente, tras su modificación, letra g) del apartado 1 del artículo 3 CE], el artículo 81 CE constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior”**.

*“De ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 81 CE”*.

En este sentido, “existe, para el ordenamiento jurídico comunitario, un interés manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, toda disposición de Derecho comunitario reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse (sentencia de 25 de junio de 1992, Federconsorzi, C-88/91, Rec. p. I-4035, apartado 7). De ello se deduce que, en la situación que es objeto del presente asunto el Derecho comunitario exige que los órganos jurisdiccionales nacionales que deban pronunciarse sobre la validez de un laudo arbitral puedan examinar cuestiones relativas a la interpretación de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 81 CE, y, en su caso, plantearlas al Tribunal de Justicia para que este las resuelva con carácter prejudicial”.

Por consiguiente, resuelve el Tribunal “*procede responder a la cuestión afirmando que un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 CE, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público*”.

**1.3. La Sentencia del TJCE de 26 de octubre de 2.006, asunto Mostaza Claro (C-168/05).**

Los hechos que dieron lugar a la Sentencia son los siguientes: El 2 de mayo de 2002, la Sra. Mostaza Claro celebró con Móvil un contrato de abono a una línea de telefonía móvil. Dicho contrato contenía una cláusula compromisoria, que sometía cualquier litigio derivado de él al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (en lo sucesivo, «AEADE»).

Dado que la Sra. Mostaza Claro no respetó el plazo mínimo de abono, Móvil inició un procedimiento arbitral ante la AEADE. Mediante escrito de 25 de julio de 2003, ésta concedió a la Sra. Mostaza Claro un plazo de 10 días para rechazar el arbitraje, precisando que, en caso de rechazo, la vía judicial quedaría expedita. La Sra. Mostaza Claro presentó alegaciones en cuanto al fondo, pero no impugnó el procedimiento arbitral, ni invocó la nulidad del convenio arbitral. Posteriormente, el arbitraje se resolvió de manera desfavorable para ella.

La Sra. Mostaza Claro recurrió contra el laudo arbitral dictado por la AEADE ante el órgano jurisdiccional remitente, aduciendo que el carácter abusivo de la cláusula compromisoria implicaba la nulidad del convenio arbitral.

En el auto de remisión, la Audiencia Provincial de Madrid expone que no ofrece dudas que dicho convenio arbitral implica una cláusula contractual abusiva y, por lo tanto, está afectado de nulidad.

No obstante, habida cuenta de que la Sra. Mostaza Claro no invocó esta nulidad en el marco del procedimiento arbitral, y con el fin de interpretar el Derecho nacional de conformidad con la Directiva, la Audiencia Provincial de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

*«Si la protección de los consumidores de la Directiva 93/13/CEE [...] puede implicar que el Tribunal que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral aprecie la nulidad del convenio arbitral, y anule el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esa cuestión se alega en el recurso de anulación pero no se opuso por el consumidor en el procedimiento arbitral.»*

Para el Tribunal de Justicia, “en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de de las normas comunitarias de este tipo (véase, en este sentido, la sentencia *Eco Swiss*, antes citada, apartado 37).

*La importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al*

consumidor». Se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

Por otra parte, la Directiva, que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores, constituye, conforme al artículo 3 CE, apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véase, por analogía, en relación con el artículo 81 CE, la sentencia *Eco Swiss*, antes citada, apartado 36).

Además, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene

*una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación”.*

#### **1.4. Conclusiones.**

De las Sentencias analizadas se desprende con total claridad, pues así lo afirma en ambos casos el TJCE, que **“en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo”.**

Partiendo de tan inequívoca afirmación, debe sencillamente dilucidarse si, en el supuesto objeto de análisis en el presente Informe, concurrían las condiciones en ella sentadas a los efectos respaldar la anulación por la Audiencia del laudo impugnado.

La primera de las condiciones, a saber, la previsión en el ordenamiento jurídico español de una disposición que establezca el control judicial de los laudos arbitrales por inobservancia de normas nacionales de orden público, está nitidamente plasmada en el artículo 41 de la Ley 60/2003, cuyo apartado 1 f) contempla expresa y precisamente, entre los motivos de anulación de los laudos, el que éstos sean contrarios al orden público.

En cuanto a la segunda condición, a saber, el encontrarnos ante “normas comunitarias de este tipo”, id est, ante normas comunitarias de “orden público”, es evidente que tal calificación debe recaer sobre las normas comunitarias en materia de publicidad en la contratación pública.

Así se desprende no sólo de la opinión de la Comisión europea recogida en su antes citado Libro Verde sobre contratación pública, sino también, y sobre todo, de la doctrina del TJCE, supremo intérprete del ordenamiento jurídico comunitario.

Baste a tales efectos con traer a colación la relativamente reciente Sentencia de 21 de febrero de 2008 (C-412/04), en la que el TJCE, refiriéndose, entre otras, a la Directiva 93/38, declaró que **“tienen por objeto eliminar prácticas restrictivas de la competencia, en general, y de la participación de los nacionales de otros Estados miembros en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con el fin de posibilitar la aplicación, en particular, de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios reconocidas, respectivamente, por los artículos 43 CE y 49 CE”**.

Asumida tal declaración, ¿cómo no considerar una exigencia de “orden público comunitario” lo atinente a los anuncios de licitación, exigencia que, como recuerda el Abogado General Poiares Maduro en sus aún más recientes Conclusiones (presentadas el 17 de diciembre de 2008) en el

asunto C-250/07 (pendiente de resolución), **“está enraizada en el Derecho comunitario primario y debe ser cumplida por principio”**, habida cuenta de que su incumplimiento “puede perjudicar no sólo a los licitadores potenciales, sino también al público en general, que paga los proyectos de contratación pública a través de de los impuestos, y puede distorsionar el carácter competitivo del mercado de la contratación pública, menoscabando la eficacia de las normas del Tratado sobre las libertades fundamentales comunitarias”?

**En conclusión, pues, podemos afirmar que el laudo dictado es –y debió ser declarado- “nulo”, por infringir de forma palmaria el orden público comunitario.**

**2. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) como consecuencia del no planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria (artículo 234 TCE).**

La primera idea que debemos transmitir es que cuando existen pronunciamientos del TJCE sobre una determinada cuestión que afecta al Derecho Comunitario, *todos los Tribunales nacionales están vinculados por las sentencias del Tribunal de Luxemburgo*; y si tienen dudas sobre la solución aportada por el TJCE, o creen que cabe una interpretación diferente a la luz de nuevos argumentos, o, simplemente, estiman que el TJCE debería reconsiderar su postura, están obligados a plantear la

cuestión prejudicial, no pudiendo apartarse por su propia autoridad de la jurisprudencia comunitaria.

En este sentido, resulta sorprendente que la Audiencia Provincial en su Sentencia no sólo inaplique sin más los principios y Directivas comunitarias que obligan a dar publicidad a las licitaciones contractuales, sino que, además, prescinda de forma clara de la jurisprudencia emanada del TJCE, que determina, como hemos visto, que la no aplicación de normas imperativas comunitarias justifica plenamente la aplicación de la cláusula de orden público que da lugar a la nulidad de un laudo arbitral.

Cabe indicar, tal y como declaran las Sentencias del Tribunal Constitucional 58/2004 de 19 de abril de 2004, y 194/2006, de de 19 de junio, que la decisión de inaplicar el Derecho comunitario sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (antiguo art. 177 TCEE) —decisión adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario, y en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial recaída sobre la materia, y en concreto del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las Sentencias analizadas anteriormente—, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido, con infracción del sistema de fuentes y

vulneración, en consecuencia y como vamos a comprobar, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Hemos de recordar que el art. 234 TCE prevé la posibilidad de solicitar del Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la interpretación del Tratado o de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, habilitando simplemente en unos casos a su planteamiento, pero obligando, en otros, al mismo.

En efecto, conforme a la disposición reseñada, cuando un Juez nacional tenga una duda sobre la interpretación del Derecho comunitario *“dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”*. Ahora bien, acto seguido, el mismo precepto dispone que *“cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuya decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”*.

**Así, el artículo 234 del Tratado establece, de forma literal, que:**

*“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:*

*a. Sobre la interpretación del presente Tratado;*

- b. *Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;*
- c. *Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.*

*Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.*

***Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.***

De lo expuesto se desprende la obligación de los jueces internos de aplicar el Derecho comunitario y la jurisprudencia emanada del TJCE, de modo tal que la inaplicación de dicha normativa, cuando la misma era directamente aplicable al caso —tal y como constató el Consejo Consultivo de Canarias—, supone una infracción flagrante del sistema de fuentes y, en consecuencia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Si la Audiencia hubiera tenido dudas en la aplicación del Derecho Comunitario, estaba obligada a plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la cuestión prejudicial.

En efecto, como recogen la antes mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, *“ante una duda en la aplicación del Derecho comunitario, el Juez o Tribunal interno está facultado para consultar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, salvo que se trate de un órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna, en principio, en obligación, en orden a preterir un Derecho en beneficio del otro”*.

En nuestro caso, es evidente, tal y como indicó INALSA en su recurso, que la Audiencia Provincial, en los recursos de anulación de laudos arbitrales, es un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de recurso ordinario en la vía interna, pues, tal y como indica el artículo 42.2 de la **Ley 60/2003**, *“frente a la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno”*. Y no existiendo recurso alguno en Derecho interno frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, ello convierte a dicha instancia, en el caso concreto que nos ocupa, en órgano jurisdiccional obligado a dirigirse a Luxemburgo en los términos del recién transcrito párrafo tercero del artículo 234 TCE (recordemos a este respecto que frente a la teoría abstracta u orgánica, según la cual los órganos cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso -a

quienes incumbiría la obligación de plantear la cuestión en presencia de una duda razonable y pertinente sobre la interpretación o la validez del Derecho Comunitario- serían los que culminan jerárquicamente cada organización judicial nacional, el TJCE asumió en su Sentencia de 4 de junio de 2002, asunto C-99/00, la teoría del litigio concreto, que conecta la obligación de plantear con aquellos órganos que, independientemente del lugar que ocupan en la organización judicial de los Estados miembros, deciden en el concreto litigio origen de la cuestión en última instancia).

De hecho, la obligación de plantear la cuestión prejudicial únicamente cede cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos 28 a 30/62, y de 19 de noviembre de 1991, asuntos, C-6 y 9/90), o cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81).

Es decir, la Audiencia Provincial únicamente pudo no haber planteado la cuestión prejudicial que se le solicitó, y que el Tratado obliga a plantear, si hubiera estado del todo claro (y no existiera ninguna duda razonable) que la infracción del Derecho Comunitario no puede dar lugar a la

nulidad de un laudo. Sin embargo, como hemos visto, la jurisprudencia comunitaria y la normativa comunitaria dicen todo lo contrario.

Para evitar la arbitrariedad del juzgador —que en el caso analizado se ha producido—, cabe indicar que la ausencia de duda por parte del tribunal a la hora de inaplicar la norma y la jurisprudencia “*no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004).

Lo que, sin embargo, resulta del todo inadmisibles es que la Audiencia, no sólo no aplique la normativa comunitaria y la Ley española de transposición, sino que proceda de tal manera apartándose de la jurisprudencia comunitaria y del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, máxime cuando estos órganos son, además, órganos especializados en materia administrativa (lo cual, por lo demás, explica en parte las incorrecciones en las que incurre la Audiencia a lo largo de su Sentencia, entre otras, la confusión entre la acción de nulidad y la revisión de oficio en sentido estricto...).

Por ello, tanto el criterio expuesto por el Tribunal de Justicia como el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias que se pronunciaban de

forma concurrente a favor de la infracción del orden público y, por lo tanto, de la nulidad del laudo, debió sembrar en la Audiencia Provincial, como mínimo, la duda suficiente para generar la obligación de, antes de inaplicar el Derecho Comunitario, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE.

Lo dicho, incluso dejando a un lado la manifiesta incongruencia en la que incurre la Audiencia en su motivación.

Porque, en efecto, ¿no es incongruente fundamentar el fallo en el hecho de que “ha sido INALSA la parte contratante que convocó el concurso público con la publicidad que estimó ajustada a la legalidad y por tanto la responsable del vicio denunciado”, cuando unas páginas antes la propia Audiencia había sostenido que “la regla que veda venire contra factum proprium, que impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, tal y como puede ser entendido por los demás, impidiendo un comportamiento contradictorio y que tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que imponen un deber de coherencia y autolimitan la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTC 73 y 198/88, ATC 1 de marzo de 1993), no es aplicable a los supuestos de nulidad radical y esta sería la consecuencia de la vulneración legal aducida por la demandante respecto de los actos preparatorios y de adjudicación, que objetivamente considerada trata de

asegurar la libertad de concurrencia, y que implica una aplicación a las relaciones derivadas de la contratación con la Administración o con los entes públicos bajo su tutela del principio de igualdad ante la ley, cuya manifestación más genuina es la publicidad en la contratación y, que originan una transgresión de dichos principios, contenidos en la Constitución Española y en la normativa de Derecho Comunitario Europeo”?

Y puesto que nos hemos referido a la motivación de la Audiencia, ¿resulta respetuosa con el Derecho Comunitario una motivación que excluye la entrada en juego del “orden público comunitario” sobre la base de que “ninguna otra empresa o tercero interesado impugnó la adjudicación del contrato de obra”, cuando, según nos recuerda el Abogado General Poiares Maduro en sus Conclusiones antes citadas en el asunto C-250/07, resumiendo el estado de la jurisprudencia del TJCE, la quiebra de las reglas de licitación “puede perjudicar no sólo a los licitadores potenciales, sino también al público en general, que paga los proyectos de contratación pública a través de los impuestos, y puede distorsionar el carácter competitivo del mercado de la contratación pública, menoscabando la eficacia de las normas del Tratado sobre las libertades fundamentales comunitarias”?

Y, ¿resulta asimismo respetuosa con el Derecho Comunitario una motivación que objeta que ningún vicio de nulidad fue alegado por

INALSA durante la sustanciación del procedimiento arbitral, cuando existe una Sentencia del TJCE (en el analizado asunto Mostaza Claro), que declara aplicables por los tribunales las normas comunitarias de orden público incluso cuando éstas no han sido alegadas en el procedimiento arbitral?

Pero retomemos nuestro razonamiento en torno al artículo 24 CE en conexión con el artículo 234 TCE.

Hemos de indicar, tal y como hemos hecho en otro lugar de este Informe, que el derecho a la tutela judicial efectiva se infringe, cuando:

a) cualquier juez o Tribunal español inaplica, por su propia autoridad, una norma comunitaria vigente, pues de lo contrario estará modificando el sistema español de fuentes derivado del juego de los artículos 234 TCE y 93 CE;

b) cuando el juez interno resuelve una cuestión jurídica en contra de la opinión sostenida sobre un hecho análogo por el TJCE. El ordenamiento comunitario rige en España íntegramente, y forman parte de él las interpretaciones que el Tribunal de Luxemburgo hace de las normas. Por lo tanto, desconocer las interpretaciones de éste implica igualmente alterar el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento, con una inadmisibles violación del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable.

De lo expuesto se infiere que la Audiencia Provincial ha preterido el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar las Directivas comunitarias de contratación, las libertades y principios de los tratados constitutivos y el artículo 234 TCE, como por desconocer la eficacia de unas normas plenamente vigentes.

Como consecuencia de todo ello, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido, colocando además a INALSA en una situación de efectiva indefensión. En efecto, es indudable que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos (SSTC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5; y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10). Asimismo, resulta palmario que cuando se inaplica sin más una norma comunitaria o no se plantea la cuestión prejudicial (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), se produce una vulneración de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas.

En el asunto que nos ocupa era insoslayable la aplicación del Derecho Comunitario o el planteamiento de una cuestión prejudicial.

Una vez constatado que la Audiencia ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de INALSA, resta determinar los cauces que ostenta esta última para ejercitar su derecho.

Dado que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 27 de marzo de 2009, objeto de este dictamen, ha vulnerado de forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva de INALSA, hemos de concluir que, frente a la misma, cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, si bien, con carácter previo, será necesario ejercitar el incidente de nulidad de actuaciones ante la propia Audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en virtud del cual *“No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.*

*Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la la*

*resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución”.*

**En virtud de lo expuesto, cabe extraer las siguientes:**

### **CONCLUSIONES**

**1. El laudo dictado con fecha 9 de junio 2.006 por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Las Palmas, en el que se declara resuelto el contrato de 18 de octubre de 2.001 y se condena a INALSA al pago de una indemnización de 9.381.761 €, debió ser declarado nulo, por infringir de forma palmaria el orden público comunitario, y ello porque el contrato celebrado por la entidad INALSA y la UTE EDAM JANUBIO infringió la Directiva comunitaria**

**93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones y la Ley 48/1998 de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, y, en concreto, los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación.**

**2. La decisión de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en su Sentencia de 27 de marzo de 2.009, de inaplicar el Derecho comunitario, sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE, antiguo art. 177 TCEE), tratándose de órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial recaída sobre la materia — formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias—, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido, una infracción flagrante del sistema de fuentes y, en consecuencia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.**

**3. Frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial cabe, y se debe ejercitar, el incidente de nulidad de actuaciones de artículo 241 de la LOPJ ante la propia Audiencia. Nulidad que debería ser estimada por la Audiencia, dada la evidencia de la infracción, procediendo a reponer las actuaciones a los efectos de elevar la cuestión prejudicial pertinente al TJCE; en caso contrario, habría quedado expedita la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.**

**Este es mi informe que firmo en Madrid, a 15 de abril de 2.009, y que, como siempre, someto gustoso a cualquier otro mejor fundado en Derecho.**

**Ricardo Alonso García**

**Catedrático de Derecho Administrativo y Comunitario**

**Universidad Complutense de Madrid**