

Revista del Foro Canario



IMPRESA PÉREZ GALDÓS, S.L.U.
Profesor Lozano, 25 · El Sebadal
35008 Las Palmas de Gran Canaria
Islas Canarias · España
I.S.S.N.: 0211-0903
Depósito Legal: G.C. 258 · 1980

**“DICTAMEN SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL CABILDO
INSULAR DE LANZAROTE Y DEL CONSORCIO
INSULAR DEL AGUA DE LANZAROTE EN EL LITIGIO
INALSA-EDAM JANUBIO UTE”**

Se debate en la actualidad, a tres bandas, ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, un Juzgado de Primera Instancia y un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, un sugestivo litigio que enfrenta a las partes mencionadas y cuya exposición y seguimiento reviste el mayor interés.

Siendo el estudio de sus principales implicaciones el objeto del presente dictamen, a excepción de las relativas a la ejecución dineraria de los importes fijados a favor de EDAM JANUBIO UTE por el laudo arbitral.

El presente dictamen se articula alrededor de los puntos reseñados en su sumario.

SUMARIO

- I. FUENTES DEL DICTAMEN.
- II. ANTECEDENTES.
- III. LA EJECUCIÓN JUDICIAL DEL LAUDO.
- IV. LEGITIMACIÓN DEL CONSORCIO INSULAR DEL AGUA PARA DECLARAR LA NULIDAD DEL CONTRATO DE INALSA.
- V. LA INCIDENCIA DE LA LEY 48/1998 Y SU INVOCACIÓN POSTERIOR POR LAS ENTIDADES LOCALES INTEGRANTES DE INALSA.
- VI. LA ALEGADA NULIDAD DEL CONVENIO PRIVADO EN RELACIÓN CON LA EFICACIA FORMAL DEL LAUDO.
- VII. LA VALIDEZ FORMAL DEL LAUDO Y SU RESISTENCIA A CUALQUIER ÓBICE AJENO A LAS DIFERENCIAS ENTRE PARTES.
- VIII. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN EJERCITADA POR INALSA.
- IX. CONCLUSIONES DEL DICTAMEN.

I. FUENTES DEL DICTAMEN.

Para la emisión del presente dictamen se han manejado las siguientes fuentes documentales:

- La totalidad de los documentos que integran el Procedimiento Arbitral nº 2/2006 de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Las Palmas, seguido por EDAM JANUBIO UTE contra Inalsa.
- La totalidad de los documentos que integran el procedimiento de Ejecución dineraria nº 1.075/06 del Juzgado de 1ª Instancia Trece de ésta Ciudad a fecha mayo de 2007, seguido por EDAM JANUBIO UTE contra Inalsa.
- La totalidad de los documentos que integran el procedimiento ordinario nº 577/06 del Juzgado de lo contencioso administrativo Dos de ésta Ciudad a fecha mayo de 2007, seguido por EDAM JANUBIO UTE contra los acuerdos de la Asamblea Plenaria del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote de 4 de agosto de 2006, 2 de noviembre de 2006, y 2 de enero de 2007, y así como contra el acuerdo de 2 de enero de 2007 del Cabildo Insular de Lanzarote.
- La totalidad de los documentos que integran el Rollo de apelación nº 633/06 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial a fecha mayo de 2007, seguidos por Inalsa en ejercicio de la acción de nulidad del laudo.
- La reclamación presentada por el Consejo Insular de Aguas de Lanzarote en fecha 1 de agosto de 2006 ante el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote fundamentada en las disposiciones de la Ley 48/1998 de contratación en el sector del agua, que no figura unida al expediente administrativo remitido por el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote al Juzgado de lo contencioso administrativo Dos de ésta Ciudad.

II. ANTECEDENTES.

Los antecedentes precisos para éste dictamen se exponen separada y resumidamente a continuación.

Primero.- El Consejo de Administración de la entidad "Insular de Aguas de Lanzarote S.A." (INALSA), en acuerdo de 11 de junio de 2001, adoptó la resolución de sacar a concur-

so público la realización del proyecto para la construcción, financiación, ejecución y explotación de una planta desaladora de agua de mar mediante soluciones técnicas de ósmosis inversa, en el paraje conocido por Janubio, término municipal de Yaiza, con capacidad para producir 10.500 m³ diarios de agua de mar desalada, para abastecimiento público, con un presupuesto de licitación de 1.543.762.476 pesetas, equivalentes a 9.278.199,34 € (nueve millones doscientos setenta y ocho mil ciento noventa y nueve euros con treinta y cuatro céntimos).

Segundo.- En la misma reunión se aprobaron el Pliego de Bases para contratar y el Pliego de Condiciones Técnicas.

Tercero.- El 7 de septiembre de 2001, el Consejo de Administración de INALSA, tras el correspondiente examen de las distintas ofertas presentadas, acordó por unanimidad adjudicar el contrato a la Unión Temporal de Empresas EDAM JANUBIO, constituida a su vez por FCC Construcción S.A. y Servicios y Procesos Ambientales S.A., por un presupuesto de 7.234.651,36 €, con una baja del 22,02% sobre el presupuesto fijado para la licitación.

Cuarto.- El 18 de octubre de 2001, tras haber constituido la UTE mencionada las garantías exigidas en la documentación contractual, se formalizó un documento privado, en el que figuran las siguientes cláusulas de interés en el presente dictamen:

Cláusula 6ª.- El contratista será el responsable de obtener las autorizaciones y permisos necesarios referentes al Proyecto de la Planta desaladora y a la ejecución y explotación de la misma.

Cláusula 29ª.- Las partes acordaron por medio de ella que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación, sería sometido a 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 encomendó la administración del arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo con su Reglamento y Estatutos.

Quinto.- La Consejería de Medio Ambiente del Gobierno de Canarias formalizó una Declaración de Impacto Ecológico el 22 de marzo de 2002, y como consecuencia de la misma, para poder proceder al inicio de las obras, se procedió a la introducción de importantes modificaciones en el proyecto adjudica-

do, que constituyeron el Modificado nº 1 del Proyecto inicial.

Las modificaciones fueron aceptadas por la Dirección facultativa técnica de la obra y aprobadas por el Gerente de INALSA, cuyas facultades figuran en la certificación del Registro Mercantil de Arrecife (DOCUMENTO 4 de la demanda arbitral folio nº 2495497 vto.).

La modificación supuso un incremento en el precio de 1.285.551 €, que fue aceptada por los representantes designados por INALSA para el control de las obras, y por el Gerente de dicha entidad.

El día 2 de octubre de 2003 en acta de reunión de obra INALSA representada por su gerente Don Fernando Pérez Vega, por el Director Técnico de INALSA Don Fernando Castro, y por Don Juan Manuel Bethencourt Director de Producción de INALSA, aprobó las partidas de la obra civil del modificado nº 1 firmando el oportuno documento en el que se describen, miden y valoran éstas.

Sexto.- EDAM JANUBIO UTE completó conforme establecía la documentación contractual la construcción de la obra civil, solicitando de INALSA se pronunciara sobre los equipos a instalar para poder proceder a montarlos y poner en marcha la planta con el consiguiente inicio de la explotación y producción de agua que permitiera el cobro de las tarifas fijadas en el contrato, y con ello el percibo de la contraprestación establecida en éste a su favor como pago por las obras.

EDAM JANUBIO UTE tras comprobar la resistencia de INALSA para recibir y abonar la obra (al efecto practicó sin éxito diversos requerimientos) acudió al arbitraje ante la mencionada Cámara de Comercio, dando lugar al procedimiento arbitral 2/2006, finalizado por laudo de fecha 9 de junio de 2006, que declaró resuelto el contrato y condenó a INALSA a abonar a la mencionada UTE la suma de 9.381.761 en concepto de indemnización.

Séptimo.- Como consecuencia de la emisión del laudo, EDAM JANUBIO UTE instó su ejecución por vía judicial, con lo que se inició el procedimiento de ejecución dineraria 1075/2006, del Juzgado de Primera Instancia 13 de Las Palmas.

Octavo.- En el referido procedimiento se recibió requerimiento de inhibición formalizado por el Excmo. Cabildo Insular de Lanzaro-

te, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción. Del requerimiento se dio traslado por el Juzgado a EDAM JANUBIO UTE, mediante providencia de 12 de enero de 2007.

Esta incidencia ha originado la suspensión del procedimiento de ejecución.

Noveno.- Con fecha 11 de septiembre de 2005 INSULAR DE AGUAS DE LANZAROTE presentó ante la Audiencia Provincial de Las Palmas demanda en ejercicio de acción de nulidad contra el laudo arbitral dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Las Palmas.

Dicha demanda fue turnada a la Sección Cuarta, y ha dado lugar al Rollo nº 633/06 en la actualidad en tramitación.

Décimo.- Paralelamente, el Consorcio de Aguas de Lanzarote, integrado por el Cabildo Insular de Lanzarote y los Ayuntamientos de la isla, a instancias del Consejo Insular de Aguas, había acordado, en Asamblea General del mismo, celebrada el 4 de agosto de 2006:

PRIMERO.- **Iniciar de oficio** expediente administrativo de revisión dirigido a declarar nulo de pleno derecho, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y por infracción de derechos fundamentales, el acuerdo adoptado en fecha 11 de junio de 2001 por el Consejo de Administración de INALSA sacando a concurso público el contrato declarando nulos también en su consecuencia el acuerdo de dicho órgano de fecha 7 de septiembre de 2001 por el que se decidió adjudicar el citado concurso así como el contrato privado suscrito en fecha 18 de octubre de 2001..." nombrándose a tal fin instructor y secretario **sustanciando así una solicitud** del Consejo Insular de Aguas, formalizada invocando la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones.

En ejecución de dicho acuerdo el Secretario designado en el mismo procedió a dar trámite de audiencia a EDAM JANUBIO UTE y dicha entidad, al evacuar el traslado conferido procedió a formular al CONSORCIO INSULAR DE AGUAS DE LANZAROTE expreso requerimiento para el cese de dichas actuaciones, por considerarlas constitutivas de vía de hecho, como preceptúa el artículo 30 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El CONSORCIO INSULAR DE AGUAS DE LANZAROTE en fecha 2 de noviembre de 2006 adoptó el acuerdo de declarar finalizado del expediente iniciado a instancias, como hemos indicado, del CONSEJO INSULAR DE AGUAS DE LANZAROTE al amparo de la Ley 48/1998.

En dicho acuerdo se declaró la nulidad del anteriormente adoptado por el Consejo de Administración de INALSA de fecha 7 de septiembre de 2001 y el contrato de 18 de octubre de 2001, sin que la declaración de nulidad alcanzara al acuerdo del Consejo decidiendo sacar a concurso las obras.

Decimoprimer.- Los referidos acuerdos han sido impugnados por EDAM JANUBIO UTE en vía jurisdiccional, dando lugar al recurso contencioso-administrativo 557/06, que se tramita en el Juzgado de dicha jurisdicción núm. Dos de Las Palmas.

El recurso ha sido ampliado con respecto al Acuerdo Plenario de la Asamblea General del Consorcio del Agua de 2 de enero de 2007, por el que se acordó el planteamiento del aludido conflicto jurisdiccional promovido después por el Cabildo ante el Juzgado de Primera Instancia 13, donde ya ha sido indicado que se sigue el proceso de ejecución del laudo.

III. LA EJECUCIÓN JUDICIAL DEL LAUDO.

Mediante demanda presentada el 14 de septiembre de 2006, EDAM JANUBIO UTE, interesó del Juzgado de Primera Instancia correspondiente de Las Palmas de Gran Canaria la ejecución judicial del laudo, con fundamento en el art. 45 de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 26 de diciembre, el cual prevé que: "el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación".

Despachada la ejecución por el Juzgado a que correspondió el reparto, el Cabildo Insular de Lanzarote formalizó ante él un requerimiento de inhibición, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción, tras haber dado éste cumplimiento a cuanto dispone el art. 10, en orden a conceder audiencia a los interesados en el tema.

El planteamiento de dicho conflicto de jurisdicción se basa precisamente en los acuerdos de la asamblea plenaria del CONSORCIO INSULAR DEL AGUA DE LANZAROTE de 4 de agosto y 2 de noviembre de 2006,

en virtud de los cuales se había declarado la nulidad del acuerdo del Consejo de Administración de INALSA de 7 de septiembre de 2001 y del contrato privado de 18 de octubre de 2001.

Sosteniendo que dada la existencia de los mismos no era posible ejecutar el laudo, puesto que, al haberse declarado en vía administrativa la nulidad del contrato del que traía causa el laudo arbitral, dicha nulidad afectaba al laudo que se calificaba por el CONSORCIO INSULAR DEL AGUA DE LANZAROTE de "contrario al orden público", siendo la ejecución despachada contraria a dichos actos administrativos cuya ejecución correspondía al referido Consorcio.

EDAM JANUBIO UTE y el Ministerio Fiscal se opusieron a la admisión de dicho recurso alegando la competencia exclusiva del Juzgado de 1ª Instancia para la ejecución de laudo y la resolución de las incidencias que del mismo derivaran.

Tenemos noticias de que el Juzgado ha dictado ya auto denegando el requerimiento, con lo que ha quedado formalizado el conflicto positivo de jurisdicción, que proseguirá con la remisión de las actuaciones al Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales (Sala Especial del Tribunal Supremo), que deberá resolverlo.

Los antecedentes e incidencias reseñados plantean una serie de problemas, ya enunciados en el sumario, que reseñamos a continuación, antes de proceder a emitir nuestro parecer sobre ellos tras el oportuno estudio:

1.- Legitimación del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote para declarar la nulidad de un contrato de INALSA.

2.- Legitimación del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote para instar el procedimiento de revisión de oficio, en supuesta aplicación de la Ley 48/1998.

3.- Legitimación del Cabildo Insular para formular el requerimiento de inhibición al Juzgado, ejecutando los acuerdos anteriores.

En los apartados siguientes expondremos nuestro parecer sobre cada uno de ellos.

IV. LEGITIMACIÓN DEL CONSORCIO INSULAR DEL AGUA PARA DECLARAR LA NULIDAD DEL CONTRATO DE INALSA.

Si asumimos la naturaleza civil o privada del convenio de 18 de octubre de 2006, entre INALSA y EDAM JANUBIO UTE habremos de

concluir que el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote no tiene legitimación alguna para instar en vía civil una acción de nulidad de un contrato privado de INALSA, dado que no podría ser tenido como parte legítima, a la vista del art. 10 LEC, que sólo reconoce como tales a “los titulares de la relación jurídica o del objeto litigioso”.

Al verse obligada INALSA a respetar la cláusula de arbitraje que se incorporó al convenio privado firmado con EDAM JANUBIO UTE, y ante el resultado del laudo arbitral emitido el día 9 de junio de 2006, enteramente contrario a sus intereses, las Administraciones Locales que conforman su masa social a través del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote, Ayuntamientos y Cabildo de Lanzarote, han buscado otras vías de impugnación, ajenas a las que establecen los artículos 40 y 41 de la Ley 60/2003, de 23 diciembre de Arbitraje.

Es por ello que el Consorcio, mediante los acuerdos adoptados en la Asamblea Plenaria de 4 de agosto y 2 de noviembre de 2006 trata de esquivar este escollo, refugiándose en la supuesta nulidad de los actos preparatorios del convenio o contrato privado, esto es, la convocatoria del concurso y la adjudicación del concurso, lo que pretende fundamentar en el articulado de la Ley 48/1998 de 30 de diciembre de contratación en sector del agua.

La consecuencia es paradójica. Se impugnan los actos preparatorios y no se impugna el resultado final.

Y lo que es más importante. El Consorcio Insular del Agua de Lanzarote no puede revisar de oficio tales actos por un buen número de razones:

La primera porque se trata de actos preparatorios de un contrato acordados por una entidad mercantil (INALSA), que posee personalidad jurídica propia, que no puede transmutarse con la del Consorcio, como éste pretende.

Es decir, son actos de INALSA, no del Consorcio, y es elemental que una entidad de Derecho Público no puede hacer revisar de oficio más que sus propios actos, no los de un tercero.

En palabras del art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común “las Administraciones Públicas” “1. Las Administraciones Públicas podrán, en cualquier momento, por

iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62.1, que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo”.

Puesto que no estamos en presencia de un acto administrativo que proceda de la propia entidad administrativa —el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote—, que ha adoptado el acuerdo, es manifiesta la falta de legitimación de éste para acordar la revisión del convenio de 18 de octubre de 2006, así como de sus actos preparatorios, adoptados por la entidad privada INALSA, carencia de legitimación de la que también participa el Cabildo Insular, que se presenta vanamente como ejecutor del acuerdo del Consorcio de que es parte integrante.

La segunda razón estriba en que el Consorcio carece de la potestad de revisión de oficio, pues no la tiene concedida en sus Estatutos, que hemos tenido a la vista, careciendo además de la presunción de legalidad y legitimidad de sus actos, que tampoco le ha sido atribuida.

Con lo que no teniendo dicha potestad resulta imposible el que la ejecute, o el que pretenda amparar sus actos en presunciones de las que no gozan los mismos.

No hubiera habido inconveniente legal alguno para que hubiera tenido la potestad de revisión de oficio, pues el juego combinado de los artículos 7.3 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y el art. 4.1. apartado g), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, hubieran posibilitado que en los Estatutos del Consorcio, las Administraciones locales constituyentes le hubieran deparado tal facultad, pero lo cierto es que no lo hicieron.

Por lo que es evidente que el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote carece, por no tenerla conferida en sus estatutos, de la potestad de revisión de oficio en virtud de la cual dice actuar, y en ejercicio de la cual ha dictado los acuerdos de 4 de agosto de 2006, 2 de noviembre de 2006, y 2 de enero de 2007, que por tanto pueden considerarse nulos de pleno derecho, y contrarios a los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica.

A lo que hay que añadir que la facultad de revisión de oficio de actos administrativos firmes es excepcional, actuando en contra del principio de seguridad jurídica y a favor del de legalidad en el que tiene su fundamento, y teniendo unos límites claramente marcados en el artículo 106 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

No siendo posible su ejercicio cuando "por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Con lo que, incluso de haber tenido conferida dicha facultad el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote en sus estatutos, su ejercicio sería imposible por contrario a lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, por concurrir en el caso que nos ocupa los límites que señala dicho artículo, y ceder, en éste caso, el principio de legalidad frente al de seguridad jurídica, como tiene declarada una reiterada y pacífica línea jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Contenida, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 23 de octubre de 2000 en la que se declara la prevalencia del principio de seguridad jurídica sobre el de legalidad en supuestos de ejercicio extemporáneo de la acción de nulidad, declarando que ésta: "Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares, expresamente mencionado por el artículo 112 de la LPA como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración establecida en el artículo 109".

Y la tercera razón, no menos importante, es que ni tan siquiera conforme a las amplias posibilidades de formular reclamaciones que prevé la Ley 48/1998, tiene cabida una impugnación del convenio de 18 de octubre de 2001 en el que se inserta el convenio arbitral como cláusula integrante del mismo.

Reclamaciones que prevé la Ley 48/1998 que se rigen por un sistema especialísimo, y que de ser admisibles serían resueltas por el órgano de contratación de la correspondiente Administración Pública, a tenor del art. 51 de la citada Ley.

Veamos este tema con algún detenimiento.

El art. 54.1 concede legitimación especial para las reclamaciones que se interpongan por infracción de lo dispuesto en la Ley 48/1998, a "cualquier persona que *tenga o haya tenido un derecho subjetivo o un interés legítimo en la adjudicación de alguno de los contratos incluidos en la misma* que considere que ha sido o puede ser perjudicada por el incumplimiento por parte de las entidades contratantes de las disposiciones en ella contenidas".

Es decir, son los terceros que hubieran podido aspirar al contrato, de no haber sido obstaculizados por una publicidad insuficiente o inadecuada, los únicos legitimados para iniciar el procedimiento especial de la Ley 48/1998.

Obviamente no puede predicarse del Consorcio esta condición, ni mucho menos de quien aparece en la Resolución de la Asamblea Plenaria de dicho organismo de 4 de agosto de 2006 como promotor de dicha reclamación, el Consejo Insular de Aguas de Lanzarote, ninguno de los cuales tiene la cualidad de empresa que pudiera haber podido aspirar al concurso.

Pero, además, la Ley 48/1998 fija un plazo muy breve para poder presentar la reclamación, exactamente 15 días, a tenor del art. 55.3, computados "a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» o desde que se produzca la infracción que se denuncia".

Debiendo destacarse que la Ley 48/1998 en su art. 60 establece expresamente que la reclamación que se deduzca se entenderá desestimada por el transcurso del plazo de dos meses establecido para su resolución, con los efectos previstos en el art. 64 de la misma que establecen el agotamiento de la vía administrativa y la posibilidad de acudir en los dos meses siguientes a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y que dicho plazo de dos meses transcurrió en fecha anterior al 2 de noviembre de 2006 en que se dictó la resolución expresa, ya tomemos como fecha inicial del cómputo el 1 de agosto de 2006 en que se presenta la reclamación por el Consejo Insular del Agua, ya tomemos como fecha inicial el 4 de agosto de 2006 en el que se dicta el acuerdo de admisión a trámite de la reclamación e inicio del procedimiento para su resolución.

Con lo que nos encontramos que la reclamación al amparo de lo dispuesto en la Ley 48/1998 en la que pretende basarse Inalsa y el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote como vía para la impugnación del laudo arbitral ajena a la prevista en la Ley de arbitraje, ha sido desestimada por acto presunto por expresa disposición legal.

Habiéndose dictado posteriormente a ello y en sentido contrario al fijado en el art. 60.2 de la Ley 48/1998 acto expreso materializado en el acuerdo de la Asamblea General del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote, que puede considerarse nulo de pleno derecho, y por tanto carente de virtualidad jurídica alguna.

Pero lo más interesante en el caso presente está por venir, pues el art. 62, al ocupar del contenido de la resolución que podría adoptarse en el procedimiento especialísimo de la Ley 48/1998, en su apartado 3 establece que “Si el contrato estuviera formalizado —que sería el caso presente—, la Administración podrá declarar, si procede, la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar el incumplimiento de lo previsto en esta Ley por la entidad contratante. El importe de la indemnización se fijará de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente”.

Como puede verse, un hipotético interesado no hubiera obtenido jamás la anulación del contrato, como al margen del procedimiento de la Ley 48/1998 intenta el Consorcio y asume el Cabildo Insular.

Sólo podría haber aspirado a una indemnización de daños y perjuicios, cuyo contenido y alcance está además expresamente tasado en la Ley 48/1998 que en su art. 63 que exige como presupuesto que el reclamante pruebe que hubiera tenido alguna posibilidad de obtener el contrato (art. 63.2), y que determina que la misma deberá cubrir cuando menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación (art. 63.3).

De lo que cabe concluir que la pretensión de anular el contrato de 18 de octubre de 2001 una vez formalizado éste, habiendo cumplido EDAM JANUBIO UTE sus obligaciones hasta donde le permitió Inalsa, y habiendo declarado el laudo arbitral su resolución, es contraria al principio de legalidad y al de seguridad jurídica, y ajena a las exigencias de la buena fe.

Sin que pueda olvidarse que tanto la Ley de Arbitraje 60/2003, como la Ley 48/1998 blindan los contratos celebrados y restablecen el equilibrio entre los interesados a través del mecanismo indemnizatorio.

En resumen, son tantos los argumentos que militan en contra de la postura asumida por el Consorcio y el Cabildo Insular que la cuestión no encierra problema alguna para su resolución, en sentido favorable siempre al mantenimiento de la solución adoptada por el Laudo y, por tanto, en pro de la ejecución seguida por el Juzgado.

En cuanto al Consorcio, porque: **(1)** No tiene potestad alguna para proceder a la revisión de oficio de ningún acto administrativo, al no tenerla conferida en sus Estatutos; **(2)** Porque si la tuviera, el contrato de autos no es administrativo sino un convenio estrictamente privado; **(3)** porque la potestad de revisión de oficio de actos administrativos firmes es excepcional y limitada ex artículo 106 Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, excediendo dichos límites la pretensión del Consorcio; **(4)** Porque, sin ánimo de exhaustividad, la reclamación instada al amparo de la Ley 48/98 de contratación en el sector del agua fue desestimada por resolución presunta por transcurso del plazo para resolver por el juego de los art. 60.2 y 64.1 de la misma, estando presentada además fuera del plazo de quince días hábiles desde que se produzca la infracción establecido en el art. 55, por sujeto no legitimado conforme al art. 54, estando vedada la anulación del contrato si éste estuviera formalizado conforme al art. 62.3, sin valorar si la misma es o no de aplicación; **(5)** Porque el laudo arbitral es inatacable en cuanto al fondo, por aplicación del art. 22 de la Ley Arbitral, dado que la cláusula arbitral es independiente del resto del convenio privado y permite al árbitro resolver el contencioso inter-partes, y porque, además, la petición de nulidad, por vulneración de la Ley 48/1998, no fue invocada en tiempo y forma en el procedimiento arbitral, por lo cual no puede solicitarse ahora de la Audiencia Provincial.

En otros términos, el laudo **ha liquidado los efectos civiles** (abono de daños y perjuicios) **del contrato principal que además declaró resuelto.**

El que dicho contrato principal haya podido ser nulo o así sea declarado no afecta al contenido del laudo, que se evade de esta cuestión, pues en primer lugar no le fue plan-

teada, y en segundo término, es compatible con la presunta nulidad, aun no declarada, dado que, como más adelante expondremos en éste dictamen, también en los supuestos de nulidad absoluta hay que resolver sobre la restitución y el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre los contratantes.

Cuestión ésta que es precisamente la que ha resuelto el laudo arbitral que goza en lo relativo a la misma del mismo valor y eficacia de una sentencia judicial en la instancia.

Con el añadido de que el fondo de la cuestión resuelta en el laudo no es susceptible por vía del ejercicio de la acción de nulidad instada de ser revisado.

Pues como más adelante expondré la potestad del tribunal ante el que se ejercita la acción de nulidad está limitada a un juicio externo de la forma del procedimiento arbitral, sin que pueda entrar a valorar el fondo.

Estando limitada la competencia del tribunal ante el que se ejercita la acción de nulidad a la emisión de un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades externas y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido.

Lo que hace inviable la pretensión de Inalsa y del Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote que vulnera abiertamente derechos constitucionalmente reconocidos susceptibles de amparo de constitucional.

V. LA INCIDENCIA DE LA LEY 48/1998 Y SU INVOCACIÓN POSTERIOR POR LAS ENTIDADES LOCALES INTEGRANTES DE INALSA.

Según hemos visto en los Antecedentes, fue después de cumplido el contrato por Edam Janubio Ute en todos sus extremos cuando el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote primero y posteriormente el Cabildo Insular de esta isla, de quienes depende INALSA, invocaron la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones, para negarse al cumplimiento del laudo arbitral y plantear la insólita situación de haber propiciado la construcción de una planta desaladora, en suelo propio de Inalsa, negándose después a permitir su puesta en explotación y el consiguiente cobro de las tarifas fijadas en el contrato como contraprestación por las obras a favor de EDAM JANUBIO UTE.

Se da así la paradoja de que la parte que promovió el contrato, y llevó a cabo el anuncio previo del mismo, sin agotar las exigencias publicitarias impuestas por la Ley 48/1998 mencionada, trata de descargar sobre la otra todas las consecuencias de su torpe convocatoria.

El contenido de la Ley 48/1998, es desde luego, explícito y entraremos en él, pese a entender que las consecuencias que de su aplicación se saquen son irrelevantes de cara a la validez del laudo arbitral como ya se expuso en el punto precedente, haciendo prácticamente irrelevante lo que pueda concluirse del examen de éste punto del dictamen.

A tenor de su art. 1, la Ley tiene por objeto específico la regulación, en los sectores referidos, del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se mencionan en el art. 2.1.

De esa manera quedan incluidos los contratos mencionados en los que figuren como contratantes las entidades de Derecho Público, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, las asociaciones formadas por las citadas entidades de Derecho Público, que tengan personalidad jurídica propia y, por último, un sujeto que cobra en nuestro caso un protagonismo relevante: las empresas públicas.

Entendiendo por tales, a tenor del art. 2.1.c) de la Ley citada "las empresas sobre las que las Administraciones públicas, sus Organismos autónomos, Entes públicos o las asociaciones formadas por ellos pueden ejercer directa o indirectamente una influencia dominante, por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas o en virtud de las normas que las rigen".

El mismo precepto especifica que "se considera que ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa cuando:

"Ostenten la titularidad de la mayoría del capital social suscrito de la empresa; o

"Dispongan de la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las acciones o participaciones emitidas por las empresas, o

"Puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa".

Indiscutiblemente, INALSA es, a efectos de esta Ley, una empresa pública, caracterizada por su absoluta dependencia de una serie de Administraciones que ejercen sobre ella una influencia dominante (los Ayuntamientos y el Cabildo Insular), hasta el punto de que en el presente caso concurren los tres criterios de influencia dominante que utiliza la Ley.

A mayor abundamiento, el objeto del contrato (construcción de una planta desaladora) figura entre las actividades incluidas en el ámbito de la Ley a tenor del art. 3, que menciona entre ellas, epígrafe a), limitándonos al objeto de nuestro estudio, la puesta a disposición de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable.

El artículo 4 siembra dudas sobre la sujeción a la Ley de la actividad a la que se encamina la planta desaladora pues ésta consiste en el suministro de agua potable a redes destinadas a proporcionar un servicio al público por una empresa contratante (INALSA) distinta a las administraciones públicas, con personalidad jurídica propia, cuando otras empresas puedan prestar dicho servicio libremente en las mismas condiciones.

Dado que entre las competencias de las Corporaciones Locales reseñadas en el artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local está la de suministro de agua, apartado l), que la pertenencia al Consorcio es voluntaria, como ente administrativo de creación voluntaria por las administraciones que lo integran, y que las Corporaciones Locales pueden gestionar sus servicios mediante gestión directa a través de sociedades mercantiles locales de conformidad con el artículo 85 de la citada Ley de Bases, nada impediría desde un punto de vista hipotético el que otras empresas prestaran libremente el mismo servicio que el prestado por INALSA.

El art. 5 declara contratos incluidos en el objeto de la Ley, por lo que respecta al de obras, los contratos onerosos para la mera ejecución, el proyecto y ejecución conjunta de obras o la realización, por el medio que fuere, de obras de construcción o de ingeniería civil tal como se definen en el artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El art. 10, con el epígrafe de "Principios de la contratación", apartado 1, regula que "Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de

publicidad y concurrencia, salvo las excepciones en ella previstas y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación".

Consecuentemente, el Real Decreto Legislativo 2/2000, que contiene el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispuso, en la Disposición Adicional 11^a.1, que "Los órganos de contratación que celebren contratos comprendidos en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre (RCL 1998\3061), 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 (LCEur 1993\2561) y 92/13/CEE (LCEur 1992\790), tendrán en cuenta, a efectos de publicidad de anuncios de estos contratos, los límites cuantitativos que se establecen en dicha Ley".

Las exigencias de publicidad derivadas de este régimen fueron cumplidas sólo parcialmente en el concurso previo al convenio de 18 de octubre de 2001, pero la importante publicidad que se dio al mismo no fue suficiente, a la vista de la elevada cuantía del contrato de obras, que imponía preceptivamente la publicación del mismo en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, por exigencia del art. 21 de la Directiva 93/38/CE y 26.2 de la Ley 48/1998.

La Ley 48/1998 es una disposición especial y excepcional, que "rompe" el régimen general en la materia, en tanto que permite sujetar al control de la administración (derecho público), actos, acuerdos y contratos de entidades mercantiles que de ordinario estarían sometidas al derecho privado.

Es decir, la Ley 48/98 consagra un *régimen excepcional de control* por la administración, y por los Tribunales de Jurisdicción Contencioso Administrativo de actos, acuerdos y contratos sometidos al derecho privado, y que de ordinario están sometidos a los Tribunales Civiles y/o mercantiles.

Siendo por tanto la Ley 48/98 de aplicación exclusiva a los supuestos expresamente previstos en su propio articulado.

Fijando la Ley 48/98 un plazo de quince días, como vimos, para la presentación de las reclamaciones por los sujetos legitimados en los supuestos en que se haya infringido la misma en su artículo 55.3

Estableciendo así mismo quienes son los sujetos legitimados para reclamar por incumplimiento de sus disposiciones.

Y determinando de forma tasada la Ley 48/98 cual sea el contenido de la resolución que pueda dictar en órgano de contratación de la administración pública de la que depende la entidad sujeta a su ámbito de aplicación, estableciendo en el artículo 62.3 que si el contrato estuviera formalizado sólo podrá declarar, si procede, la fijación de indemnización de daños y perjuicios a favor del reclamante legitimado.

Debiendo señalarse que la Ley 48/98 en su artículo 60 señala cual sea el plazo para resolver las reclamaciones, fijándolo en dos meses, y añadiendo que transcurrido el mismo se entenderán desestimadas las que se hubiesen formulado.

A ello hay que añadir que la Ley 48/98 no contiene una remisión in toto a la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, sino que, como se desprende de la dicción literal de los artículos 53, 54, 55 y 59 de la misma, la **remisión es parcial y limitada** exclusivamente al procedimiento (Título VI), a los interesados (Título III) "en cuanto sea compatible", al artículo 38.4 en cuanto a la presentación de reclamaciones, al artículo 111 a excepción del apartado 4 en lo relativo a las medidas cautelares, a los artículos 84, 85 y 86 en lo relativo a la participación de los interesados, al artículo 141,2 y 3 en lo relativo a los criterios para la fijación de la indemnización, y al artículo 97 en lo relativo a la ejecutividad de la resolución.

De todo lo expuesto, como ya se apuntó en los apartados precedentes de éste dictamen, cabe concluir la imposibilidad jurídica de que el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote declare la nulidad de un acuerdo del Consejo de Administración de INALSA de 7 de septiembre de 2000, y del contrato suscrito en fecha 18 de octubre de 2000, y por tanto, ya formalizado.

Pudiendo además señalarse que la reclamación que motiva las resoluciones de la Asamblea General del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote de 4 de agosto y 2 de noviembre de 2006 se producen en virtud de la reclamación que formuló, pretendidamente al amparo de la Ley 48/98 el Consejo Insular del Agua de Lanzarote en fecha 1 de agosto de 2006, como figura en el sello estampado en su parte superior izquierda.

Con lo que llegado el 1 de octubre de 2006 por imperativo de lo dispuesto en el artículo 60,2 de la Ley 48/98, dicha reclamación fue desestimada por el transcurso del plazo fijado para su resolución, con los efectos fijados en el artículo 64.1 de la misma, quedando expedida la vía al Consejo Insular de Aguas de Lanzarote para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que no ha hecho.

Siendo la desestimación presunta de la reclamación verificada por el Consejo Insular del Agua firme y consentida, vinculando al Consorcio Insular del Agua de Lanzarote, que no puede ahora, como así ha hecho, resolver en sentido contrario a la desestimación presunta operada por imperativo de la Ley 48/98.

Cuestión que habrá de ventilarse en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Dos de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento interpuesto por EDAM JANUBIO UTE contra el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote.

No siendo aventurado calificar de nulos de pleno derecho el acuerdo de la Asamblea General del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote de 2 de noviembre de 2006, y el de 2 de enero de 2007.

Siendo por todo lo expuesto completamente irrelevante la incidencia de la Ley 48/98 y su invocación por las entidades locales integrantes de INALSA como argumento para combatir la validez del laudo arbitral pretendiendo fundar en la misma su alegación de ser el laudo contrario al orden público.

No pudiendo fundarse alegación de ser contrario el laudo al orden público a tenor de la Ley 48/98, precisamente en una aplicación de dicha norma manifiestamente contraria al principio de legalidad y al propio tenor de su articulado.

VI. LA ALEGADA NULIDAD DEL CONVENIO PRIVADO EN RELACIÓN CON LA EFICACIA FORMAL DEL LAUDO.

Teniendo en cuenta que el convenio de 18 de octubre de 2001 es de naturaleza civil, tanto por los sujetos intervinientes (una sociedad mercantil que actúa en régimen de derecho privado, y una unión temporal de empresas), como por su objeto, la tesis de que el convenio citado haya de ser tenido como nulo de pleno derecho, plantea dos problemas diferentes:

a. Si también origina la nulidad del laudo arbitral.

b. Efectos de una hipotética declaración de nulidad.

Ambos problemas se examinan a continuación.

a. Si también origina la nulidad del laudo arbitral.

En la hipótesis de que admitiéramos que el contrato privado suscrito en fecha 18 de octubre de 2001 entre INALSA y EDAM JANUBIO UTE fuera nulo, olvidando por tanto lo hasta ahora expuesto como argumentación en contra de dicha tesis, dicha nulidad no acarrea sin más la del laudo arbitral.

Con este enunciado queremos indicar que, pese a lo ocurrido con la insuficiente publicidad dada al concurso público por INALSA sin ajustarse íntegramente a las previsiones de la Ley 48/98 de contratación en el sector del agua, y de entenderse aplicable dicha normativa al contrato que nos ocupa, subsistirá la validez formal del laudo y su fuerza vinculante.

Y ello en virtud de la *separabilidad del convenio arbitral* respecto del contrato en el que se inserta, que hace que el convenio arbitral se considere como un negocio jurídico distinto e independiente de aquel.

Esta característica del arbitraje, su separabilidad del contrato principal, constituye sin duda su aspecto más relevante y decisivo, de cara a la resolución de las cuestiones estudiadas en éste dictamen.

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, "el artículo 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia".

Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana Kompetenz-Kompetenz y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos.

Esta regla abarca lo que se conoce como *separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal*, en el sentido de que **la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal** y que **los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral**.

Además, bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia (salvo las relativas a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio).

La Ley establece la carga de que las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros sean planteadas "a limine".

Consecuente con esta última afirmación, más tarde la propia Exposición de Motivos, añade: "La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros".

Destaquemos por tanto dos afirmaciones rotundas de la Ley: **el convenio arbitral es separable del contrato principal**, de suerte que la validez de aquél no depende de la del contrato sub iudice; y **las partes no pueden hacer alegaciones tardías sobre la competencia de los árbitros**, entendiéndose que el término competencia incluye cualquier cuestión que pueda obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia.

Consecuente con estas ideas, la Ley de Arbitraje 60/2003 dispone en su artículo 22.1 que "1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. **A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo.** La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral".

Es así como cobra luz propia la cláusula 29 del convenio de 18 de octubre de 2001, tan explícita que no deja lugar a dudas.

Las partes acordaron que "todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación" que se suscitara entre las partes sería sometido al arbitraje que la misma cláusula desarrolló.

Una de estas discrepancias, o cuestiones, sería precisamente la de si la nulidad del convenio en cuanto a lo principal arrastra también a la cláusula de sometimiento a arbitraje.

Dado que el convenio no hizo distinción alguna, la interpretación literal obliga a asumir la validez de que esta cuestión también se dirima por la vía arbitral.

O, más claramente, desde otro punto de vista, la Ley 48/1998, nada dice, obviamente, de los compromisos de arbitraje que se puedan haber concertado, por lo que una hipotética nulidad del convenio no tiene por que afectar a la cláusula arbitral.

Estas previsiones del art. 22 de la Ley 60/2003, permiten avanzar considerablemente en el presente tema, pues, en efecto, cualquiera que sea la solución que se dé a la invocación de la Ley 48/1998, es manifiesto que la demanda de anulación del laudo, ante la Audiencia Provincial, no puede solicitar la nulidad del laudo por esta cuestión, por no haber sido alegada en su momento en el procedimiento arbitral.

En otros términos, el laudo ha resuelto los efectos civiles (abono de daños y perjuicios) del contrato principal y lo ha hecho en congruencia con lo pedido por la parte actora que accionó al amparo del artículo 1124 del Código Civil.

El que el contrato principal haya podido ser nulo o así fuera declarado no afecta al contenido del laudo, que se evade de esta cuestión, pues en primer lugar no le fue planteada, y en segundo término, es compatible con tal presunta nulidad, aun no declarada y sometida a control jurisdiccional en el Juzgado de lo Contencioso, cuya viabilidad por lo expuesto, extremadamente dudosa.

Puesto que también en los supuestos de nulidad absoluta hay que resolver sobre la restitución y el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre los contratantes y la indemnización de los daños y perjuicios causados que incluyen el lucro cesante.

Llegándose por ésta vía precisamente a la misma solución dada en el laudo arbitral que, declarando resuelto el contrato, fija el importe que ha de pagar la entidad INALSA como responsable de dicha situación a EDAM JANUBIO UTE en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados.

Dándose el caso que INALSA no discutió ni atacó en el procedimiento arbitral ninguno de los elementos que integran la indemnización fijada en el laudo, ni en cuanto a su procedencia o improcedencia, ni en cuanto a la determinación de su cuantía.

b. Efectos de una hipotética declaración de nulidad

Previamente, para mejor situar el tema, precisamos que en el laudo, recogiendo una petición expresa de EDAM JANUBIO UTE **no se impone** el cumplimiento del convenio, sino se decide sobre su resolución, con la consiguiente reclamación de daños y perjuicios originados por el incumplimiento de INALSA de las obligaciones que asumió en el contrato, y daños perjuicios que éste ocasionó a la parte cumplidora comprensivos del lucro cesante por la pérdida de la percepción de las tarifas de explotación y amortización previstas en la estipulación tercera del contrato, que además habrían de adecuarse a la inversión realmente ejecutada por la contratista.

Éste es el contenido del laudo, **en cuya parte dispositiva se declaró resuelto el contrato de 18 de octubre de 2001** y condenó a Inalsa al abono de 9.381.761 € en concepto de indemnización por daños y perjuicios comprensivos de la inversión realizada, y del lucro cesante por la pérdida de la percepción de las tarifas, entre otros conceptos indemnizatorios detallados en el mismo.

Con carácter general y haciendo abstracción de lo sostenido en relación a éste supuesto concreto, aunque un contrato sea nulo, es obvio que produce efectos, regulados por los artículos 1303 y siguientes del Código Civil.

El régimen que establecen dichos preceptos prevé una regla general, que no es otra que el retorno de ambas partes al punto de partida inicial, de suerte que los respectivos patrimonios recuperen su estado anterior.

A tal fin “deben restituirse las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”.

Esta norma es la aplicable al presente supuesto, pues la regla especial que se detalla en el art. 1.305 para el supuesto de la existencia de una causa ilícita o torpe no guarda relación con el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que causa ilícita o torpe es, estrictamente, la que constituye delito o falta, según aclara el propio precepto.

Y si traemos a colación el art. 1306, dictado para los supuestos en que la causa ilícita no constituya delito o falta, hemos de convenir en que la causa torpe sólo ha estado de parte de la entidad convocante, INALSA, que no podrá reclamar nada.

Y por el contrario, viene obligado a satisfacer a EDAM JANUBIO UTE, cuanto éste hubiera dado a consecuencia del contrato, y viene obligada a indemnizarle en los daños y perjuicios que le haya irrogado, comprensivos del lucro cesante o ganancia dejada de obtener.

Incluso limitando nuestro razonamiento a la regla del art. 1303, puede verse que está redactada en términos muy generales y, conforme a reiterada jurisprudencia (cfr. TS. Sala Primera, s. de 22 de septiembre de 1989) comprende tanto los supuestos de simple anulabilidad contractual como de nulidad absoluta, y deben ser interpretados en el sentido de que ambos contratantes deben devolverse las prestaciones que hubiesen efectuado en atención al sedicente contrato, y si tales prestaciones supusieron un enriquecimiento patrimonial de la otra parte, ésta viene obligada también al abono de intereses.

Al emitirse el laudo objeto de la acción de anulación por parte de Inalsa, Edam Janubio Ute había finalizado la construcción de la instalación desaladora estando pendiente tan sólo para su puesta en marcha de la elección de los equipos por INALSA, trasladando al patrimonio de aquélla, la reciba o no, su precio, el cual, conforme al art. 1303 C.C., viene obligado a devolver, con sus intereses, incluso en el hipotético caso de que se entendiera nulo el laudo arbitral.

Y viniendo obligada así mismo INALSA a indemnizar los daños y perjuicios que con su proceder hubiera causado a EDAM JANUBIO UTE, comprensivos además del lucro cesante o ganancia dejada de obtener.

Debiendo destacarse que en el caso que nos ocupa, al establecer el contrato una tarifa a pagar por INALSA a EDAM JANUBIO UTE por cada metro cúbico de agua desalada producida, consistente en la suma de las tarifas de amortización y explotación fijadas en el contrato y en los pliegos (éstos últimos no atacados), durante todo el tiempo de la explotación —quince años—, y que debería adecuarse a la inversión realmente realizada por la UTE, los perjuicios por lucro cesante o pérdida de ganancia se han causado de forma cier-

ta siendo fácilmente determinables y cuantificables.

No tratándose de meras expectativas de ganancia o irrisorios sueños de fortuna, sino de una contraprestación contractual cierta, determinada claramente cuantificable y liquidable, cuya liquidación ha sido el objeto precisamente del laudo arbitral.

Pues basta, básicamente, con multiplicar la producción de agua en m³ por la tarifa fijada para cada m³ y por el tiempo de explotación, y restarle el coste de la inversión realizada por EDAM JANUBIO UTE comprensiva de todos los conceptos reseñados en el pliego, y sus costes de financiación, para conocer el legítimo beneficio que correspondería a la misma, y del que se ahora privada por causa sólo imputable a INALSA.

Ésta y no otra es el contenido de la reclamación de daños y perjuicios que, con fidelidad lógica a un contrato que no había sido declarado nulo, y tampoco lo ha sido al día de hoy, ejerció Edam Janubio Ute, en el marco del art. 1124 C.C., optando por la resolución del contrato.

Es de destacar en éste punto que el contenido de la acción de Edam Janubio Ute es idéntico, tanto se aplique el art. 1124 como el 1303 del Código Civil.

Por una u otra vía, la solución no varía: abono del precio de la instalación y pago de intereses en concepto de daños y perjuicios, incluyendo el lucro cesante por pérdida de las tarifas fijadas en los pliegos y en el contrato.

A esta solución conduce también la invocación del art. 1108 del propio Código Civil, puesto que indudablemente Inalsa se constituyó en mora desde el momento en que Edam Janubio Ute le reclamó el cumplimiento de su obligación, adeudándole por tanto los intereses.

Los que finalmente le han sido impuestos en el laudo controvertido, cuya validez no se ve afectada ni tan siquiera por una hipotética nulidad del contrato de 18 de octubre de 2001, y del acuerdo previo del consejo de administración de INALSA por el que se decidió su adjudicación a la referida Ute, como ya se ha expuesto.

Laudo cuyos pronunciamientos sobre el fondo no son revisables por virtud del ejercicio de la acción de nulidad instada, como veremos a continuación.

VII. LA VALIDEZ FORMAL DEL LAUDO Y SU RESISTENCIA A CUALQUIER ÓBICE AJENO A LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES.

Si bien éste punto puede considerarse básicamente resuelto de lo hasta ahora expuesto, conviene reiterar y destacar que el laudo arbitral dictado en virtud de la cláusula de sumisión a arbitraje tiene plena validez, con independencia incluso de la suerte que pueda correr el contrato en el que dicha cláusula figura inserta.

No sólo por las razones hasta ahora expresadas en éste dictamen, sino por cuestiones derivadas de la naturaleza misma del arbitraje.

El arbitraje es, en expresión de la exposición de motivos de la Ley 60/03, que contiene su regulación vigente, un medio de resolución de controversias entre partes.

Medio que puede calificarse de heterónomo en cuanto que excluye por su naturaleza la intervención de los órganos jurisdiccionales más allá de lo que la propia Ley denomina funciones de "apoyo y control" contenidas en el artículo 8.

Al que pueden someterse libremente las partes para la resolución de cuantas controversias surjan en el curso de relaciones presentes o futuras si más limitación que el que versen sobre materias de libre disposición conforme a derecho, según dispone el artículo 2 de la Ley.

Y que tiene como **elemento esencial de la institución la renuncia a la jurisdicción del estado** y el acuerdo de someter las discrepancias presentes o futuras entre las partes a la resolución que pueda dictar el árbitro o árbitros que se designen.

Presuponiendo la existencia de pacto de sumisión a arbitraje una renuncia tácita a las facultades de impugnación del en el caso de que alguna de las partes, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de su Ley reguladora, o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello (art. 6 de su texto vigente).

Es de destacar que INALSA no formuló denuncia de infracción de norma dispositiva de la Ley de Arbitraje, ni de algún requisito de convenio arbitral, entre los que pueden encuadrarse los que deriven de la validez y eficacia del contrato en el que se insertó la cláusula arbitral.

Con lo que ha de entenderse que renunció a las facultades de impugnación previstas en la Ley.

No pudiendo el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote, titular del cien por cien del capital social de Inalsa, con la que mantiene una identidad tal que sus órganos de gobierno soberanos Asamblea General del Consorcio y Junta General de Inalsa tienen una y la misma composición, como resulta de sus estatutos, ejercitar facultades de impugnación que fueron previamente renunciadas.

Máxime cuando la alegada nulidad del contrato suscrito entre EDAM JANUBIO UTE e Inalsa, como ya vimos no afectaría a la validez del convenio arbitral, y con ello no supondría la nulidad del laudo arbitral.

Y cuando incluso la nulidad del contrato llevaría precisamente aparejada la necesidad de resolver sobre las indemnizaciones por los daños y perjuicios de la misma derivadas, comprensivas del lucro cesante o ganancia dejada de obtener, que es precisamente lo que ha hecho el laudo arbitral.

En el que se contiene un pronunciamiento indemnizatorio a favor de EDAM JANUBIO UTE derivado precisamente del incumplimiento de las obligaciones asumidas por Inalsa en el contrato que con ella suscribió.

Y en el que se ha resuelto con los mismos efectos de una resolución judicial en la instancia sobre la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, y la determinación y cuantificación de los unos y los otros, sin que en el curso del procedimiento arbitral realizara Inalsa alegación, impugnación u oposición alguna.

Si a ello añadimos que la acción de nulidad del laudo arbitral, ejercitada por Inalsa al amparo del artículo 41 y siguientes de la Ley de Arbitraje, tiene un alcance limitado que imposibilita volver a plantear mediante el recurso al mismo cuestiones relativas al fondo del litigio.

Podemos sostener que el laudo arbitral dictado tiene plena validez formal y que es inmune a las pretensiones de anulación verificadas por el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote.

El Tribunal Supremo en consolidada doctrina, plasmada entre otras en su sentencia de 13 de octubre de 1986, tiene declarado que la revisión que opera en el procedimiento para el ejercicio de la acción de nulidad es "un

juicio externo” en el que el tribunal es **“solo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales” “no pronunciándose sobre el fondo”**.

O dicho de otro modo el contenido revisor de la jurisdicción ordinaria en los procedimientos en ejercicio de la acción de nulidad de laudo arbitral sólo alcanza a emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido.

Sin entrar en el fondo de la controversia sustraído, por virtud del convenio arbitral, al efecto de los tribunales por conllevar la sumisión a arbitraje precisamente una renuncia de las partes a someter sus diferencias a la jurisdicción civil ordinaria, atribuyendo su resolución a la jurisdicción arbitral.

Tal es así que el Tribunal Constitucional en su sentencia 43/1998, y en el auto 259/93 de 20 de julio tiene expresamente declarado que: **“el contenido del laudo no es revisable judicialmente, pues el recurso ni atribuye ni transfiere a los órganos judiciales la jurisdicción originaria y exclusiva de los árbitros”**.

Siendo por tanto el procedimiento de anulación del laudo un juicio externo en el que el órgano competente —Audiencia Provincial— juzga únicamente acerca de las garantías formales del procedimiento y laudo arbitrales, sin potestad para revisar el fondo del asunto.

Como tiene entendida una consolidada doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, y las Audiencias Provinciales.

VIII. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN EJERCITADA POR INALSA.

Damos por supuesto que INALSA ejerció la acción de anulación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas dentro del plazo de dos meses siguientes a la notificación del laudo, establecido por el apartado 4 del art. 41 de la Ley 60/2003, de Arbitraje.

Reproducimos aquí el alcance y límites de la acción de anulación del laudo a los que antes me he referido establecidos en una pacífica doctrina jurisprudencial que alcanza desde el Tribunal Constitucional hasta las Audiencias Provinciales, pasando por el Tribunal Supremo.

Y pasamos a analizar someramente las causas alegadas por Inalsa para la pretendida anulación del laudo.

En cuanto a los motivos utilizados, INALSA invoca los que se detallan en el epígrafe 1 del citado art. 41, apartados d), b), f) y e), si bien algunos, como veremos, se desdoblaron en más de una utilización.

El texto de este precepto es el siguiente:

“Art. 41. Motivos. 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido; b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; f) Que el laudo es contrario al orden público”.

Los anteriores motivos son utilizados por la recurrente alegando que en el primer motivo se imputa, al amparo del apartado d), que el árbitro no fue designado conforme al acuerdo entre las partes.

En el segundo motivo, apartado b), irregularidades en la notificación de las actuaciones arbitrales.

En el tercer motivo, apartado f), la circunstancia de que el árbitro ha sido condenado penalmente, por motivos ajenos a la cuestión arbitral.

En el cuarto, apartado b), indefensión al haber variado EDAM JANUBIO UTE el petitorio de su demanda, al evacuar conclusiones ante el Tribunal Arbitral.

En el quinto, apartados e) y f), indebida desestimación de la excepción de litispendencia, por cuanto existía un procedimiento, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con la denegación, por el Consejo Insular de Aguas de Lanzarote, de la autorización solicitada por EDAM JANUBIO UTE para la construcción y explotación de la planta desaladora.

Y en el sexto, apartado f), se imputa al laudo la vulneración de la legislación comunitaria y la interna de España, sobre la necesaria publicidad del concurso previo al contrato.

Nos remitimos a la excelente respuesta efectuada anulación por la contestación de EDAM JANUBIO UTE e insistimos en que la infracción por INALSA de las exigencias de publicidad impuestas por la Ley 48/1998, de entenderse ésta aplicable, no abocarían a la nulidad del contrato principal subyacente, remitiéndonos a lo expuesto en los puntos precedentes de éste estudio, pero que ahí no terminan las cuestiones pendientes ante la Audiencia Provincial de Las Palmas.

De cuantos temas suscita la demanda de anulación, comenzamos estudiando si es admisible la renuncia, en sede arbitral, efectuada por la demandante EDAM JANUBIO UTE, a la mayoría de las cuestiones y pretensiones planteadas en la demanda, para mantener únicamente la reclamación de daños y perjuicios.

Esta alegación ha constituido el cuarto motivo de los opuestos por INALSA en la acción de anulación del laudo.

Dada la **naturaleza dispositiva del proceso civil**, es incuestionable la legitimidad de tal renuncia que, evidentemente, no causó indefensión alguna a la otra parte litigante, pues la pretensión que subsistió le era conocida desde el planteamiento de la litis y pudo preparar adecuadamente su respuesta frente a ella.

A reserva, como es lógico, de cuanto decida en su día el órgano judicial que conoce de la demanda de anulación, es razonable estimar que el primer motivo es de obligada desestimación por cuanto, a lo largo del procedimiento arbitral, INALSA dejó precluir el momento procesal para impugnar la designación del árbitro.

A este respecto, la Ley de Arbitraje, 60/2003, contiene dos preceptos concluyentes:

El artículo 6, intitulado "Renuncia tácita a las facultades de impugnación" dispone que "si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley.

Y el artículo 18, a su vez establece el procedimiento de recusación, disponiendo que "1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. 2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos **dentro de los quince días siguientes** a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta".

En cuanto a las supuestas irregularidades en las notificaciones o no existieron o se trata de actuaciones consentidas al no haber sido objeto de impugnación en su momento o bien no han producido indefensión alguna.

La excepción de litispendencia, alegada en el quinto motivo, con relación a la existencia de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por EDAM JANUBIO UTE, contra el Consejo Insular del Agua de Lanzarote, es abiertamente insostenible y en este alegato puede apreciarse temeridad y evidente mala fe.

Siendo la litispendencia una excepción cuyo objetivo es el de evitar que se produzcan resoluciones contradictorias, la representación de Inalsa la plantea entre un procedimiento civil —el arbitral— y uno contencioso en que es parte recurrida un sujeto distinto a Inalsa, el Consejo Insular del Agua de Lanzarote.

Bastaría la disparidad de los sujetos intervinientes para hacer imposible el planteamiento de la excepción de litispendencia, pues uno de los requisitos de la cosa juzgada es precisamente el de la identidad de los litigantes (cfr. Art. 1252 CC y 222.4 LEC, en el que puede leerse que la cosa juzgada "vinculará al Tribunal de un proceso ulterior ... siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos ...").

Al mismo resultado nos conduce la separación de las distintas jurisdicciones, pudiendo verse como el art. 4.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, avoca, para los Tribunales de este orden, la competencia necesaria para resolver cuestiones prejudiciales o incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de

arácter constitucional y penal y lo dispuesto en Tratados internacionales, añadiendo inmediatamente en el apartado 2 que “la decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente”.

Finalmente, en el sexto motivo, se invoca la vulneración de la legislación comunitaria y de la interna española que la traspone materializada en la ya citada Ley 48/1998 de contratación en sector del agua, en relación con la publicidad del concurso.

Enfocándolo como una vulneración del orden público, y sosteniendo que el laudo dictado es contrario al orden público, y por tanto nulo de pleno derecho.

Se trata de una cuestión planteada extemporáneamente, que ha sido ampliamente abordada con anterioridad en éste estudio, remitiéndonos en un todo a ya expuesto en los puntos precedentes, y que entendemos condenada al fracaso.

IX. CONCLUSIONES DEL DICTAMEN.

A modo de conclusiones sucintas de todo lo hasta ahora expuesto en el presente dictamen puede sostenerse:

- El Consorcio Insular del Agua de Lanzarote no está legitimado para declarar la nulidad del contrato suscrito entre EDAM JANUBIO UTE e Inalsa.
- El Consorcio Insular del Agua de Lanzarote carece por no tenerla atribuida en sus estatutos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley 14/1990 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias, en relación con el artículo 4 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, de la potestad de revisión de oficio, ejecución forzosa y presunción de legitimidad y ejecutividad de sus actos.
- La actuación del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote materializada en sus acuerdos de 4 de agosto y 2 de noviembre de 2006, y en el de 2 de enero de 2007 excede el límite que el artículo 106 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común establece para la potestad de revisión de oficio de los actos administrativos, de la que no está investido.
- Dicha actuación del Consorcio Insular del Agua de Lanzarote infringe además las disposiciones de la Ley 48/1998 de contratación en el sector del agua, en las que dice basarse, en lo relativo a legitimación (artículo 54.1), plazos (artículo 55.3), contenido de la resolución (artículo 62), y así como resulta contrario a la desestimación presunta de la reclamación por el transcurso del plazo de dos meses (artículo 60 en relación con el 64.1) entre otros, y puede considerarse nula de pleno derecho, infringiendo además derechos constitucionalmente reconocidos susceptibles de amparo.
- La validez y eficacia del laudo arbitral dictado por la corte de arbitraje de la Cámara de Comercio de Las Palmas perviviría incluso de entenderse nulo el contrato suscrito entre Inalsa y EDAM JANUBIO UTE.
- Una hipotética declaración de nulidad del contrato suscrito entre Inalsa y EDAM JANUBIO UTE no conllevaría la del laudo arbitral que no impone el cumplimiento del contrato sino que declara su resolución y liquida y regula la indemnización a percibir por EDAM JANUBIO UTE comprensiva de los daños y perjuicios causados y del lucro cesante.
- Inalsa y por tanto el Consorcio Insular del Agua de Lanzarote cuyos órganos soberanos de administración llegan a confundirse estatutariamente al tener la misma composición, renunció a las facultades de impugnación que le confería la Ley de Arbitraje por incumplimientos del convenio arbitral o de la propia Ley, al no alegarlos en el curso del arbitraje, entre las que cabe destacar las relativas a la supuesta infracción de los preceptos de la Ley 48/1998 de contratación en el sector del agua.
- La acción de anulación ejercitada por Inalsa esconde una finalidad imposible al pretender revisar lo resuelto en el laudo, que en expresión del Tribunal Constitucional “no es revisable judicialmente, pues el recurso ni atribuye ni transfiere a los órganos judiciales la jurisdicción originaria y exclusiva de los árbitros”.

- El contenido revisor de la jurisdicción ordinaria en los procedimientos en ejercicio de la acción de nulidad de laudo arbitral sólo alcanza a emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido.
 - Los estrictos límites de la acción de nulidad del laudo arbitral impiden entrar en el fondo de la controversia sustraído, por virtud del convenio arbitral, al efecto de los tribunales por conllevar la sumisión a arbitraje precisamente una renuncia de las partes a someter sus diferencias a la jurisdicción civil ordinaria, atribuyendo su resolución a la jurisdicción arbitral.
 - A reserva de lo que decida la Audiencia Provincial que conoce de la demanda de anulación no parece que se hayan producido vulneraciones de las garantías constitucionales de Inalsa en el curso del procedimiento arbitral, únicas que generarían la nulidad del laudo.
- Este es mi parecer, el que someto a cualquier otro más versado en derecho.
- Las Palmas de Gran Canaria, a 13 de julio de 2007.