



Roj: **STSJ M 3552/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:3552**

Id Cendoj: **28079310012021100074**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2021**

Nº de Recurso: **77/2020**

Nº de Resolución: **8/2021**

Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2020/0102362

Procedimiento ASUNTO CIVIL 77/2020- Nulidad laudo arbitral 62/2020

Materia: Arbitraje

Demandante: CANAL DE ISABEL II S.A.

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA NATIVIDAD DE ZULUETA LUCHSINGER

Demandado: SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS DE ESPAÑA S.A.

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

EXCMO. SR.

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES.

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE

SENTENCIA N° 8/2021

En Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil veintiuno.

Visto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados, que constan al margen, el presente rollo NLA 62/2020 (ASUNTO CIVIL 77/2020), siendo parte demandante la procuradora D.ª CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER, en nombre y representación de "CANAL DE ISABEL II, S.A.", asistida por el letrado D. ALFREDO GUERRERO RIGHETTO y como parte demandada SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS DE ESPAÑA SME, S.A., representada y defendida por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO, que expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El 28 de agosto de 2020 tuvo entrada en esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, demanda formulada por la procuradora D.ª CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER, en nombre y representación



de "CANAL DE ISABEL II, S.A.", ejercitando la acción de anulación de Laudo arbitral de fecha 5 de junio de 2020, así como contra el Laudo complementario de fecha 26 de junio de 2020, recaídos en el expediente nº 1.203, que dicta el tribunal arbitral designado por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** (CIMA), solicitando, con base en las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos, la estimación de la demanda y que se declare la nulidad del Laudo arbitral de fecha 5 de junio de 2020 y su laudo Complementario de fecha 26 de junio de 2020, con expresa condena en costas a la parte demandada si se opusiere.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admitió a trámite la citada demanda de anulación, acordando dar traslado a la parte demandada, a la que se emplazó en legal forma, para contestación de la demanda formulada.

TERCERO.- Comparecida la parte demandada SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS DE ESPAÑA SME, S.A., representada y defendida por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO, en el plazo fijado, formuló escrito de contestación a la demanda, oponiéndose con base en las alegaciones que estimó procedentes y solicitando la desestimación de la demanda planteada de adverso, con expresa imposición a la parte demandante de las costas causadas.

CUARTO.- Por D O de fecha 13 de noviembre de 2020, se tuvo por contestada la demanda, dándose traslado a la parte demandante a los efectos del art. 42.1 b) L A.

Por Auto de fecha 8 de febrero de 2021 se acordó recibir el pleito a prueba, admitiendo la documental aportada con el escrito de demanda y señalándose para deliberación y resolución.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- La presente demanda de anulación planteada, tiene por objeto que se dicte la nulidad del Laudo arbitral de fecha 5 de junio de 2020, así como del Laudo complementario de fecha 26 de junio de 2020, recaídos en el expediente nº 1.203, que dicta el tribunal arbitral designado por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** (CIMA).

El Laudo de 5 de junio de 2020 RESUELVE en su Parte Dispositiva: " **Primero.-** El tribunal Arbitral Unipersonal es competente para conocer todas las pretensiones deducidas en el presente procedimiento arbitral nº 1023 por **SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS DE ESPAÑA, S.A.** frente a **CANAL DE ISABEL II, S.A.**

Segundo.- Estimar la demanda, declarando:

1º La obligación de CYII de proceder al abono de la cantidad de 2.974.851, 57 euros.

2º El reconocimiento de los intereses de demora.

3º No haber lugar a la imposición de costas, debiendo cada una de las partes abonar las suyas propias y por mitad los honorarios profesionales de los miembros del Tribunal Arbitral y los gastos de la Corte generados en el **Arbitraje**."

Asimismo, con fecha 26 de junio de 2020, se dictó Laudo complementario, con la siguiente Parte Dispositiva:

" **Primero.-** No ha lugar a la solicitud de complemento formulada por la parte Demandada.

Segundo.- No ha lugar a la solicitud de aclaración formulada por la parte Demandada.

Tercero.- Se formula expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se insta la presente demanda de anulación del laudo, con base en las alegaciones y fundamentos que se consideraron oportunos y solicitando se estime la nulidad del laudo arbitral, así como del Laudo complementario, con expresa condena en costas a la parte contraria en caso de oponerse.

La demanda formulada se plantea en relación a los siguientes hechos, que resumidamente se transcriben:

1º. El procedimiento arbitral se inicia en virtud del escrito formulado por la SOCIEDAD ESTATAL AGUAS DE LAS CUENCAS DE ESPAÑA, S.A. (ACUAES) frente a CANAL DE ISABEL II, S.A. (CYII), solicitando la formalización de **arbitraje** en derecho, para resolver la cuestión litigiosa entre las partes y en concreto la reclamación a CYII del pago de 2.974.851,57 € (2.871.592, 57 € de principal y 103.259 € de intereses), cuyo origen según ACUAES se encuentra en la obligación de pago de la demandada con base en dos convenios: Convenio de Colaboración para la realización de la obra "Segundo Anillo de Abastecimiento de Madrid. Primera Fase" y Convenio para la realización de la obra "Campo de Pozos de Guadarrama", suscritos el 23 de enero de 2003.

La controversia derivaba de la liquidación que ACUAES hacía de las obras de carácter hidráulico, a que se refieren los meritados convenios, considerando que el "déficit de financiación" que se había generado debía ser



afrontado por CYII. Déficit derivado por el incremento del coste total de la inversión en las obras y la recepción de un menor porcentaje -en un 2 %-- de financiación europea respecto de la inicialmente prevista.

Por CYII se rechazó las peticiones formuladas, si bien aclara que en su escrito de contestación a la demanda arbitral, ésta parte no se había opuesto jamás a la reclamación de ACUAES en relación con el incremento del costo total de la obra, que efectivamente era obligación de CYII afrontar, pero sí se oponía en cuanto al tema de hacer frente al déficit de financiación europea, ya que los Convenios suscritos por las partes no preveían esta obligación de CYII, ni se desprendía de ninguna de sus cláusulas; la responsable de la corrección del 2 % de los Fondos de Cohesión Europeo era ACUAES, no CYII, en cuanto que tal reducción trajo causa de ciertas irregularidades cometidas por la propia ACUAES en la licitación de las obras, que fueron detectadas por la Comisión Europea, constituyendo un grave incumplimiento contractual de la principal obligación de ACUAES: "gestionar lo más eficazmente posible la obtención de los fondos europeos" (Cláusula 10^a de los Convenios); y los propios actos de ACUAES, al abstenerse de informar y comunicar nada a CYII acerca de la propuesta de la Comisión Europea y la posterior negociación de la corrección de los Fondos Europeos, así como por no haber rechazado dicha corrección.

2º. Con fecha 5 de junio de 2020 se dictó el Laudo objeto de la presente demanda de anulación, estimatorio de la demanda formulada por ACUAES.

3º. Asimismo, se formuló solicitud de complemento y aclaración del citado Laudo, dictándose Laudo complementario desestimando ambas peticiones.

Considera la parte ahora demandante que los Laudos dictados priorizan y dan mayor valor probatorio a las declaraciones de dos testigos propuestos por ACUAES, realizadas acerca de un testimonio de la IGAE, que ni siquiera está aportado al procedimiento arbitral, frente al Informe de la Comisión Europea y que sí señala que ACUAES cometió irregularidades.

Dicha valoración y conclusión no es lógica. El Laudo Complementario confirma que la motivación del Laudo principal no es fruto de un proceso lógico, sino arbitrario, careciendo de la suficiente motivación y realizando una valoración de la prueba abiertamente ilógica y absurda, pues a pesar de admitir que la obligación del pago no estaba incluida en los Convenios suscritos entre las partes, concluye que CYII tiene la obligación de efectuar el pago por tal déficit y, dejando fuera el Informe de la Comisión Europea, que señala que existieron irregularidades, prioriza las testificales de los empleados de la demandante, para rechazar la responsabilidad de ACUAES.

Considera la parte demandante que el Laudo arbitral infringe el orden público (art. 41.1 f) L A, que fundamenta en la falta de motivación e incongruencia omisiva del laudo y en que contiene una interpretación ilógica, absurda y arbitraria de la prueba.

TERCERO.- Por la parte demandada se formula contestación a la demanda, oponiéndose a la misma, con base en las siguientes alegaciones, que sucintamente recogemos:

1º. En primer lugar destaca que se pide la anulación del Laudo, si bien sus argumentos se centran solo en la parte del laudo que resuelve una de las dos pretensiones planteadas por ACUAES, centrándose, por tanto, exclusivamente en lo relativo al déficit de financiación, vinculada a la corrección genérica de los Fondos Europeos, por lo que, en todo caso, debería considerarse la anulación parcial del laudo.

En cuanto al fondo, la parte demandante lo que pretende conseguir es la revisión del litigio mediante lo que ha dado en llamarse "ensanchamiento del concepto de orden público" (STC 46/2020, de 15 de junio. El propio TSJM se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el carácter extraordinario y restrictivo de la acción de nulidad, no permitiendo a la Sala reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral.

El ludo es ajustado a derecho y respeta el orden público. Lo que pretende la parte demandante es imponer su particular valoración de la prueba en lugar de la acometida por el tribunal arbitral.

La valoración que realiza el tribunal arbitral no es contradictoria ni ilógica, sino una apreciación conjunta de la prueba propuesta por las partes para alcanzar las conclusiones plasmadas en el Laudo final. En este sentido cita la STJM 50/2015, de 9 de junio: "... lo alegado por la demandante es su discrepancia con la valoración de la prueba que lleva a cabo el árbitro la cual no es revisable por este Tribunal... sin que la discrepancia sobre la valoración de la prueba apuntada, suponga una infracción del orden público pues de la lectura del Laudo no podemos llegar a la conclusión de que exista una arbitrariedad patente del mismo."

CUARTO.- Con carácter general cabe señalar, como tiene declarado esta Sala, entre otras en nuestra sentencia de fecha 16 de enero de 2019, con cita de nuestras sentencias de fechas 13 de diciembre de 2018 y 4 de julio de 2017 que: "la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese



habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (Rec. n.º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (Rec. n.º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente): "Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988 , 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990)".

En igual sentido nuestra sentencia de 12 de junio de 2018.

Al respecto la STS de 15 de septiembre de 2008 establece que "Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 : como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenido arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución; es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003 - de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje; para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el artículo 42.2 de la vigente Ley de Arbitraje, como también se hacía en el artículo 49.2 de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo."

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/91, de 22 de marzo (EDJ 1991/3180) y 228/93 de 4 de octubre, 259/93 de 23 de julio (EDJ 1993/7399), 176/96 de 11 de noviembre (EDJ 1996/7029). En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (EDJ 1995/6552), señala que "el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de Arbitraje -hoy art. 41- está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse éstas a las garantías formales"; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la STS de 23 de abril de 2001 (EDJ 2001/6431), en su Fundamento Séptimo, con remisión a la de 16-2-68, "han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones."

QUINTO.- La acción que se ejercita, predica la anulación de la resolución arbitral al amparo del motivo de nulidad contemplado en el art. 41.1 f) L A, "ser el laudo contrario al orden público".

a) En cuanto a lo que se debe entender por orden público, como ya dijo esta Sala en sentencia de 23 de Mayo de 2.012, Recurso 12/2011, "... por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus



normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión."

Criterio reiterado en nuestra sentencia de fecha doce de junio del dos mil dieciocho y en la ya citada.

Más recientemente la STC 46/2020, de 15 de junio de 2020, sobre dicho concepto tiene establecido: "Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el **arbitraje** que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente."

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de febrero de 2021 (Recurso de amparo 3956-2018), concreta el concepto de orden público en relación al **arbitraje** y la función de esta Sala, estableciendo el siguiente criterio: "... la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a **arbitraje**, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del **arbitraje**. En este orden de ideas, ya hemos dicho que, "por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; y 54/1989, de 23 de febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el **arbitraje** que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente" (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4). La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior."

b) El examen del Laudo final y del complementario, lleva a esta Sala a rechazar la alegación de falta de motivación de los mismos respecto de las cuestiones planteadas por ambas partes litigantes, así como que la valoración de la prueba -como veremos en relación a la cuestión del déficit de financiación, documental y de interpretación de los Convenios suscritos entre las partes-sea ilógica, arbitraria o contraria a los principios de valoración probatoria.

c) Atendido el alcance y función revisora que otorga a esta Sala el recurso de anulación en el que nos encontramos y el concepto acuñado de orden público, debe ser desestimada la demanda formulada, pues por una parte desborda claramente el marco de aplicación del recurso interpuesto y, por otra parte, el Laudo dictado no vulnera el orden público.

Desborda el marco de aplicación de la acción de anulación formulada ya que, en realidad, lo que subyace en la demanda planteada, es la pretensión de revisión de la cuestión litigiosa en cuanto al fondo, a modo de una segunda instancia plena.

d) Por otra parte, del examen del laudo arbitral impugnado, en modo alguno se desprende que haya infringido el orden público.

El árbitro asumió el conocimiento del litigio regularmente, conforme al sometimiento al **arbitraje** acordado por las partes, lo que no es impugnado por la parte demandante, alegando causa de nulidad al respecto.



No se alega tampoco infracción de los principios que deben regir el procedimiento arbitral, singularmente el derecho a ser oídas las partes, a proponer las pruebas que estimen oportunas en favor de sus respectivas pretensiones y a hacer las pertinentes alegaciones en su defensa.

A juicio de la Sala no existe falta de motivación, ya sea porque el laudo carezca de ésta, ya por una sustantiva insuficiencia, irrazonabilidad o arbitrariedad.

Como señala la citada STC de 15 de febrero de 2021: "Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público.

...

Es más, respecto a la motivación de los laudos ha de aclararse que tan siquiera se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad y ello, en materia de **arbitraje**, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios... A tal efecto es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista, y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas."

e) Debemos partir, lo que pone de relieve la parte demandada ACUAES, que la discrepancia se limita a una de las dos pretensiones planteadas por dicha parte en el proceso arbitral, la tan mencionada cuestión de quién debe soportar el déficit de financiación con cargo a los Fondos Europeos. La propia parte demandante CYII así lo pone de relieve, como ya hemos señalado en los hechos en que basa su demanda.

El Laudo final, ciertamente como señala la demandante, admite y parte de lo que, por lo demás, ambas partes litigantes aceptan y es que los Convenios suscritos por las mismas el 23 de enero de 2003, no resuelven de modo explícito quién debe sufrir el riesgo de la falta de financiación.

A tal fin, como igualmente apuntábamos, el árbitro realiza un examen de la cuestión, que se recoge en el apdo. V de los Convenios: "ESQUEMA FINANCIERO" y que transcribimos:

"El esquema financiero de ejecución de obras, con arreglo al cual se adoptan por las partes los compromisos que se establecen en el presente convenio, se estructura y detalla, de acuerdo con las previsiones contenidas en el Convenio de Gestión Directa y en el Adicional, de la siguiente forma:

El 60 % del coste total de ejecución, se financiará mediante auxilios de los Fondos Europeos, anticipando Aguas de la Cuenca del Tajo, S.A. la financiación cubierta de esta forma y reintegrándose de lo aportado con cargo a los auxilios hechos efectivos.

El 20 % del coste total de ejecución, por aportación del Canal de Isabel II, quien abonará esta cantidad en la forma señalada en la cláusula VI.

El 20 % restante del coste total de ejecución será financiado por Aguas de la Cuenca del Tajo, S.A. mediante una póliza de préstamo solicitada a una entidad financiera. Esta cantidad se repercutirá, en un plazo de quince años, al Canal de Isabel II, por medio del componente fijo de la tarifa definido en este convenio.

En el caso de que la financiación procedente de los fondos europeos no llegara a cubrir el porcentaje previsto en el apartado a) anterior debido a un aumento posterior del coste total de ejecución del proyecto, se estará a lo dispuesto en la cláusula VI del presente convenio."

La lectura de la estipulación transcrita, efectivamente, no contempla el supuesto de hecho ocurrido y como señala el Laudo, si por una parte de la literalidad de la cláusula y del contrato no se impone a la parte ahora demandante la obligación de asumir el coste del déficit de financiación, tampoco se establece esta obligación respecto de ACUAES.

El árbitro, para resolver la cuestión litigiosa planteada, señala que la cláusula en cuestión únicamente establece los medios de financiación, pero no a quién ha de corresponder la obligación de asumir un coste, lo que deberá resolverse en cada caso y que es, en definitiva, el objeto de la cuestión litigiosa que se le plantea.

Para dar respuesta el árbitro acude a las reglas interpretativas de los contratos (arts. 1281 y ss. C. Civil), atendiendo al contexto, a la intención de las partes y, además, a la finalidad del negocio jurídico de que se trata para que produzca los efectos que le son propios.



Parte así de que ambas entidades litigantes forman parte de la Administración Pública y participan de la finalidad que persiguen ambas Administraciones, aunque el desarrollo de su actividad se haga con sujeción al derecho privado y acorde a la naturaleza de las sociedades mercantiles.

A la vista de la prueba practicada, señala el Laudo, CYII desempeña la explotación de un monopolio en el suministro y gestión del agua, es la usuaria de la infraestructura (obra hidráulica), dicha obra se ejecuta en su interés (como usuaria de la misma) y en el interés directo del destinatario final del servicio de suministro del agua, lo que ocurre con las dos obras a que se refieren los Convenios suscritos.

ACUAES es el ejecutor de la obra hidráulica e instrumento que encauza las ayudas derivadas de los fondos europeos (por su relación con la Administración hidráulica estatal). Actúa como impulsor, promotor y ejecutor de las obras que el Estado ha considerado de especial interés para satisfacer una finalidad pública, que corresponde a CYII.

Atendido esta distribución de funciones o papeles, el laudo considera que quien tiene que asumir el riesgo de la utilización de la obra pública es el usuario. Y establece: "Es quien a través de sus tarifas que traslada a los usuarios finales la que debe procurar la recuperación de los costes de su inversión."

Señala, al respecto, que no puede obviarse que el 20 % de la financiación de la obra, que corre a cargo de ACUAES, mediante un préstamo financiero, se repercutirá a CYII en los términos de la cláusula V, lo que evidencia que la función de ACUAES es impulsar la construcción y financiación y aunque le corresponda formalmente la explotación, ésta se ejecuta en el seno de la explotación de un sistema integrado de suministro, en el que el único usuario gestiona la globalidad de la red de agua y asume la prestación del servicio de abastecimiento.

Concluye el laudo que "la solución que prevé la cláusula VI para el caso de que el coste total de ejecución del proyecto supere finalmente el presupuesto de ejecución es la repercusión del coste final al CYII, sin perjuicio de las obligaciones de anticipar o financiar estas cantidades."

No deja de ser consciente el árbitro de que dicha solución no se prevé para otros casos, "pero también es claro cuál es el espíritu del convenio al desplazar el riesgo del déficit de financiación al usuario de la infraestructura."

Apunta, por último, en apoyo de su interpretación la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, aplicable a la actividad que desarrollan ambas sociedades, y que consagra el principio de recuperación de costes. Al respecto señala el laudo que "La única manera de hacer efectivo este principio general es que ACUAES pueda ver resarcido la financiación del 20 % y recuperado el anticipo que hizo de los fondos europeos (que luego fueron minorados en un 2 %) y asimismo que CYII pueda recuperar su mayor coste de inversión por medio de la tarificación que debe hacerse por el uso y aprovechamiento de la obra hidráulica por el usuario final de la misma. Tal principio no encontraría asiento si simplemente se dejara de pagar ese déficit sobrevenido."

La conclusión que alcanza: "Por ende, cabe considerar que corresponde soportar el déficit que proviene de la reducción de los Fondos Europeos a la Demandada."

Atendido lo expuesto, una cabal lectura del laudo final, así como del laudo de corrección y aclaración solicitado, permite concluir que por el árbitro se ha dado una respuesta, ciertamente contraria a los intereses de la ahora demandante CYII, fundada en derecho, mediante una interpretación de la cláusula V, puesta en relación con otras de las establecidas en los Convenios (Art. 1285 C. Civil), con una interpretación razonada y razonable, a la que anuda de forma lógica la consecuencia que dirime la controversia litigiosa, esto es, quién de las dos sociedades debe hacer frente al déficit de financiación.

f) La impugnación que se desprende de la demanda, por otra parte, se refiere también a una incorrecta valoración de la prueba por parte del árbitro.

Dicha fundamentación, sin embargo, no llena las exigencias que se derivan de la infracción del orden público, a los efectos de considerarlo vulnerado, pues no basta la mera alegación de la incorrecta valoración de la prueba, cuando con ello tan solo se plantea la mera discrepancia con la realizada por el órgano arbitral. Para que la valoración de la prueba pueda considerarse que infringe el orden público, ha de suponer una total ausencia de tal valoración, o que la realizada sea tan arbitraria, voluntarista o irracional que equivalga a dicha ausencia, apartándose clamorosamente de la cabal valoración que deba realizar el órgano laudatorio, según los criterios del *onus probandi* y de la racional apreciación de la prueba, conforme a las reglas legales, la experiencia, la lógica y el resultado de la prueba.

En el caso presente en modo alguno el laudo final, puesto en relación con el de aclaración/corrección, incurre en dichos defectos, sino que, por el contrario, atiende y valora críticamente la prueba practicada.



Cabe recordar que al respecto, la demanda impugna el laudo, expuesto de forma sucinta, en base a que ha realizado una valoración de la prueba abiertamente ilógica y absurda, pues a pesar de admitir que la obligación del pago no estaba incluida en los Convenios suscritos entre las partes, concluye que CYII tiene la obligación de efectuar el pago por tal déficit y, dejando fuera el Informe de la Comisión Europea, que señala que existieron irregularidades, prioriza las testificales de los empleados de la demandante, para rechazar la responsabilidad de ACUAES.

En cuanto a la referencia a que la obligación de pago no estaba incluida en los Convenios suscritos por las partes, efectivamente, es una constatación que establece el árbitro y de la que, precisamente parte, señalando que es la razón de que la cuestión, en lo referente a quién debe afrontar el coste del déficit financiero, se le haya planteado para resolución. La solución que alcanza, ya la hemos expuesto y deriva de la interpretación de las diversas cláusulas de los Convenios, conformes a las reglas de interpretación previstas en los arts. 1281 y ss. del Código Civil, así como de otros elementos interpretativos, siendo, como indicábamos, una respuesta en derecho razonada y razonable, perfectamente asumible, en cuanto no es ni ilógica ni irrazonable ni arbitraria.

Por otra parte, y en relación a la imputación de responsabilidad de ACUAES, que hace la demandante, por la reducción de la ayuda con fondos europeos (el déficit financiero discutido), que es desestimada por el árbitro, centrada la impugnación en que ha dejado fuera el informe de la Comisión Europea, priorizando las testificales de los empleados de la demandante, para rechazar la responsabilidad de ACUAES, hay que señalar que es fruto de la valoración conjunta de toda la prueba practicada, atinente a la pretensión litigiosa.

La concreta cuestión es objeto de atención en el laudo, dedicándole un apartado III del mismo: "Sobre la responsabilidad de ACUAES en la corrección financiera del 2 % de los fondos europeos."

No deja de partir el laudo de que la previa conclusión interpretativa de los Convenios, merced a la cual corresponde a CYII soportar los costes reclamados por ACUAES, incluido el mencionado déficit, "no obsta para que puedan existir incumplimientos contractuales que permitan alterar el régimen general de los derechos y obligaciones. A tal efecto, la parte Demandada atribuye a ACUAES la responsabilidad de la reducción financiera de 2 % de los fondos europeos y ello se hace con base en un expediente iniciado por la Comisión Europea que es el que motiva la reducción."

Partiendo de lo establecido en la cláusula III de los Convenios, que es la que determina la obligación de ACUAES de ajustarse a la normativa de contratación pública --como efectivamente resulta de la lectura de dichas cláusulas, obrantes en los doc. 3 y 4, de los presentados con la demanda--, el árbitro concluye:

- "En primer lugar, no se puede invocar el incumplimiento de la cláusula citada y la consiguiente responsabilidad de ACAES en la obra <<Segundo Anillo de Abastecimiento de Madrid>> dado que en ningún momento se ha señalado, ni en la contestación a la demanda, ni en las conclusiones, que en esta obra pudiera haber algún incumplimiento de la normativa de contratación de la que se derivara alguna corrección. De hecho el Informe de la IGAE se emitió sin ninguna observación. Lo cual rompe todo nexo causal posible entre la actuación de ACUAES en el presente contrato y la reducción de fondos europeos."

Cabe comprobar, con la lectura del doc. 9 de los aportados con la demanda, relativo al escrito de contestación a la demanda, fol. 14 y ss., que analizan la indicada obra hidráulica, que, efectivamente, la imputación de responsabilidad a ACUAES que hizo la ahora demandante en el procedimiento arbitral no es por constatar un concreto incumplimiento contractual o del desarrollo de dicha obra, sino que se basa en que ACUAES no se opuso a la corrección financiera que estableció la Comisión Europea, que como también señala el laudo, lo fue respecto de *todos los proyectos con financiación del Fondo de Cohesión*", de hecho la parte prorrateada de dicha corrección del 2% por lo que se refiere a la concreta obra a la que nos referimos era de 89.267,67 €.

Se queja CYII de que, no solo no se opuso, admitiendo la citada sanción del 2 %, sino que tampoco comunicó nada a la demandante, que podría haber comparecido y oponerse, logrando la continuación del procedimiento, obteniendo, quizás una reducción o desestimación de la corrección financiera.

- En cuanto a la obra relativa al <<Campo de Pozos de Guadarrama>>, que sí bien, dice el laudo, ha sido mencionada o citada en los expedientes de la Comisión Europea, pero es objeto de acreditación por la parte demandada (CYII), no se ha citado qué tipo de incumplimiento se ha producido, carga que correspondía a dicha parte. Y sigue diciendo el laudo: "Se considera no obstante un hecho probado que la reducción de 2 % de los fondos europeos que afectó a la totalidad de las obras hidráulicas realizadas por ACUAES deriva de un procedimiento seguido por la Comisión Europea al Reino de España. Tal reducción se hace en términos generales y a todas las obras financiadas por Fondos Europeos sin consideración a cumplimiento o incumplimiento en cada uno de los contratos. Asimismo, la aceptación de tal reducción lineal de 2 % suponía la finalización de cualquier procedimiento que pudiera estar en curso como consecuencia de posible irregularidades, así se ponía de manifiesto en el Oficio del Ministerio de Hacienda: <<Le indico, asimismo, que



esta propuesta de cierre sustituye a las anteriores propuestas planteada por la Comisión y deja sin efecto las consideraciones (irregularidades, solicitudes de información, etc.) puestas de manifiesto en las mismas. (Doc. 3 de la contestación)."

Concluye así el árbitro con que "no puede darse por probada una irregularidad que suponga un incumplimiento contractual."

La fundamentación que se recoge en el Laudo final y que le sirve al árbitro para sentar las conclusiones en que basa su decisión, se completan con la del Laudo arbitral sobre complemento u aclaración, pues aun cuando desestima ambas peticiones planteadas por la parte demandada CYII, lo es expresando las razones que explican o reiteran, a su vez, las ya expuestas en el Laudo final.

Hay que señalar que las cuestiones objeto de complemento y aclaración, son también las que la parte vuelve a reproducir en el presente procedimiento de anulación.

Así, por una parte, en relación a la petición de complemento, dicha petición se realiza a tenor de la alegación de actos propios de ACUAES, al no oponerse al informe de la Comisión Europea que impone la corrección del 2 %.

El laudo complementario rechaza la petición partiendo de que no es necesario dar respuesta expresa a todos y cada uno de los argumentos invocados por las partes, siempre que del laudo se desprenda una respuesta y esté suficientemente motivado. En cualquier caso, establece que, de la lectura conjunta de los fundamentos jurídicos contenidos en el Laudo y del tratamiento de la cuestión sometida a enjuiciamiento, se da respuesta a la alegada doctrina de los actos propios, con base en "La definición de la titularidad de la obligación [quién debe asumir un coste cuya definición no está establecida expresamente en el contrato] se ha efectuado considerando, en los términos que resultan del Laudo arbitral, el contexto, la intención de las partes y, además, la finalidad del negocio jurídico de que se trata para que éste produzca los efectos que le son propios; destacándose, además, la importancia de profundizar en el entendimiento de la posición de ambas partes en el desenvolvimiento del contrato y en la actividad que pretenden desarrollar. Con ello se da respuesta a la cuestión sometida a **arbitraje** y con ello se da respuesta a la oposición del demandado, entre otros aspectos a los actos propios de ACUAES, que además, en ningún caso constituye expresión inequívoca de una voluntad de configurar de modo inalterable una relación."

En otro orden de cosas, y en relación a la contestación a la demanda y a la valoración de los documentos en que la parte demandada (CYII) fundaba su oposición, que por vía de aclaración plantea la misma, en el Laudo complementario el árbitro explica que: "... en ninguno de esos párrafos [en referencia al escrito de contestación] se alude a una irregularidad de la normativa contractual en el caso de la obra del Segundo Anillo de Abastecimiento sino, únicamente, a una corrección genérica (que como se puso de manifiesto en el laudo afectó a una multitud de proyectos, unos en los que se había iniciado un procedimiento de comprobación y en otros, no). Asimismo ninguno de los documentos del 1 al 5 de la contestación a la demanda se habla expresamente de irregularidad. En conclusión, evidentemente se han visto todos los documentos y el Laudo no necesita una aclaración a tal efecto. Nuevamente, se considera que es una discrepancia con relación a la valoración de la prueba."

Por lo que respecta al Informe de la IGAE y la afirmación que se hace en el Laudo final de que se emitió sin ninguna observación, el árbitro explica que tal afirmación descansa en la apreciación de la prueba practicada y concretamente en las intervenciones de los testigos Sr. Eladio y Sra. Estefanía .

A la alegación de la parte demandada de que tal afirmación entraba en colisión con lo incluido en el documento nº 7 de la contestación a la demanda, se le da respuesta por el árbitro señalando que: "Tal documento-Carta de la Comisión Europea-que, evidentemente ha sido valorado, tiene por asunto: <<Propuesta de cierre del Proyecto Fondo de Cohesión -CCI 2002ES16CPE035- "Arteria aductora del campo de Pozos de Guadarrama y estación de tratamiento de aguas de Griñón", en España, por lo que queda claro que, en ningún caso, alude a la obra del <<Segundo Anillo de Abastecimiento>>."

Por otra parte, el Laudo complementario vuelve a insistir en que, a juicio del árbitro, las irregularidades detectadas por la Comisión Europea (del Documento nº 7 de la contestación a la demanda), no constituyen "un palmario incumplimiento, por parte de ACUAES, de su obligación contractual de "gestionar lo más eficazmente posible la obtención de los Fondos europeos que puedan corresponder a la obra"". Para el árbitro "no es ni claro, ni patente, ni manifiesto que las irregularidades (que estaban en proceso de comprobación) conllevaran la reducción de los fondos europeos, ... ya que de ser así habría quedado probado por la parte demandada."

La formulación de las peticiones de aclaración por la sociedad CYII, indica el árbitro, no es por un vacío u omisión del laudo sino una discrepancia con el juicio de valor emitido por el Tribunal arbitral.



Del examen por la Sala del documento 7 de los aportados por la demandada (CYII), cabe comprobar que, efectivamente, se hace referencia, al parecer entre otras obras, en su ANEXO II al proyecto "Arteria aductora del campo de pozos de Guadarrama y estación de tratamiento de aguas de Griñón", en España, en el que se indica que la información proporcionada por las autoridades españolas en el punto B, no revela el origen y la naturaleza del exceso de gasto incurrido sobre los montantes adjudicados. Señala, igualmente, que al no aportarse la prueba de que existe realmente las circunstancias excepcionales que justifique la excepción, los servicios de la Comisión consideran el contrato irregular por no cumplir con la normativa aplicable en materia de mercados públicos. Dicha irregularidad, viene a decir en otro apartado el informe, aun cuando, como se alega por las autoridades españolas, no causen ninguna pérdida financiera, puede ser extremadamente perjudiciales para los Intereses Financieros de la Unión y el cumplimiento del Derecho de la UE, motivo que para la Comisión justifica la aplicación de las correcciones financieras.

No puede discutirse y no lo hace el laudo impugnado, que la apreciación de una serie de irregularidades en el procedimiento de contratación de diversas obras, entre las que se encuentra una de las litigiosas, determinaron la calificación como irregular de los contratos examinados por la Comisión, proponiendo y aceptándose por las autoridades españolas la corrección financiera del 2 %. Esto es valorado por el árbitro, pero no con el carácter obstativo que le pretende dar la demandada, en relación a la reclamación planteada por ACUAES, para lo que el árbitro se apoya y razona en otras pruebas, igualmente aportadas y practicadas en el procedimiento arbitral, llegando a la conclusión de que del citado informe de la Comisión Europea y de la irregularidad constatada, se derive un incumplimiento contractual sustancial por parte de ACUAES, por las razones que ya hemos recogido precedentemente.

La solución que da el árbitro podrá o no compartirse por las partes, pero lo cierto es que da una respuesta razonada y razonable, como ya hemos indicado, apoyada en una valoración de la prueba que no es arbitraria, absurda o ilógica, sino fruto de su juicio y criterio.

No cabe apreciar, a juicio de la Sala, que se haya incurrido en una vulneración del orden público por las razones que señala la demanda examinada.

En definitiva, y conforme al criterio del Tribunal Constitucional expuesto en su sentencia de 15 de febrero de 2021, dado que "La acción de anulación, por consiguiente, sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior", defectos que no aprecia esta Sala, siendo que la respuesta arbitral dada no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no procede declarar su nulidad al amparo del motivo esgrimido por la parte demandante, esto es, el orden público.

SEXTO.- La desestimación de la demanda determina, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de costas en este procedimiento a la parte demandante, al haber visto desestimada su pretensión de anulación.

Vistos los artículos citados y de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS.

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda ejercitando la acción de anulación, formulada por la procuradora D.^a CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER, en nombre y representación de "CANAL DE ISABEL II, S.A.", frente al Laudo final y complementario, de fechas, respectivamente, 5 de junio de 2020 y 26 de junio de 2020, recaídos en el expediente nº 1.203, que dicta el Tribunal arbitral designado por la CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE **ARBITRAJE** (CIMA) y en consecuencia, **CONFIRMAR** los mismos, imponiendo las costas causadas en este procedimiento a la parte demandante.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de **Arbitraje**).

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

PUBLICACIÓN.- Con fecha veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno, firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.