



Roj: **STSJ M 3635/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:3635**

Id Cendoj: **28079310012018100052**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2018**

Nº de Recurso: **6/2017**

Nº de Resolución: **15/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VIEIRA MORANTE**

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: 28.079.00.2-2017/0007484

Procedimiento Nulidad laudo arbitral 6/2017

Materia: **Arbitraje**

Demandante: ENGASA EOLICA, S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DE LA PALOMA ORTIZ-CAÑAVATE LEVENFELD

Demandado: VESTAS EOLICA S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. MANUEL SANCHEZ-PUELLES GONZALEZ-CARVAJAL

SENTENCIA N° 15/2018

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilma. Sra. Magistrada Dña. Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús Santos Vijande

En Madrid, a cinco de abril del dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 18 de enero de 2017 tuvo entrada en este Tribunal la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a María de la Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld en nombre y representación de ENGASA EÓLICA, S.A., ejercitando, contra VESTAS EÓLICA, S.A.U., acción de anulación del laudo arbitral dictado con fecha 21 de octubre de 2016, por el tribunal arbitral colegiado formado por D. Carlos Miguel , D. Luis Pedro y D. Juan María , de la Corte Civil y Mercantil de **Arbitraje** .

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de la Secretaria Judicial de fecha 2 de marzo de 2017 y realizado el emplazamiento de la demandada, ésta presentó contestación a la demanda el 22 de mayo de 2017.

TERCERO.- Dado traslado, por diligencia de ordenación de 24 de mayo de 2017, de la contestación a la parte demandante para la presentación de documentos adicionales o proposición de prueba, presentó escrito el 9 de junio de 2017 y se dictó auto el 20 de julio de 2017 recibiendo el pleito a prueba.



CUARTO.- Practicada la prueba admitida, en diligencia de ordenación de se acordó señalar para deliberación del procedimiento el día 27 de febrero de 2018.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Francisco Javier Vieira Morante, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El laudo que es objeto de la acción de anulación se pronunció sobre las acciones ejercitadas por ENGASA contra VESTAS en relación con los contratos suscritos entre ambas sobre el Parque Eólico de Xiabre, en las que se reclamaba la declaración de incumplimiento contractual por parte de VESTAS y su condena a:

Con carácter principal, a la reconstrucción del citado Parque Eólico mediante la completa sustitución de las cimentaciones de los aerogeneradores o, en defecto de cumplimiento voluntario, al abono a ENGASA del importe de dicha reparación, que se estimaba en 3.200.000 €, así como, en caso de estimación de las acciones "aliud pro alio" o de vicios ruinógenos del artículo 1591 del Código Civil, al abono de la indemnización de los daños y perjuicios determinados en el Informe de ELAN FORENSIC por los siguientes importes - actualizados a la fecha de la demanda:

1.579.190 €, por los daños efectivamente causados; y,

La cantidad que se concrete en ejecución del laudo respecto de los daños y perjuicios que se devenguen con posterioridad a la fecha a que se refiere sus efectos el Informe ELAN FORENSIC, de acuerdo con las bases de cálculo reflejadas en el mismo, y que, estimativamente, asciende a 5.693.840 €.

Subsidiariamente, en caso de estimación de la acción convencional basada en la Cláusula de Garantía de los Contratos de O&M planteada con carácter accesorio a las anteriores:

690.068,06 € en concepto de penalización por disponibilidad hasta la fecha de la presentación de las alegaciones sustantivas; y,

La cantidad que se concrete en ejecución del laudo respecto de la penalización por disponibilidad que se devengue con posterioridad a dicha fecha, de acuerdo con la fórmula polinómica prevista en los Contratos O&M, y que estimativamente asciende a la cantidad de 1.110.132,48 €.

En todo caso, al abono de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de la demanda hasta el completo pago de las cantidades objeto de condena.

Ante esas peticiones de la demandante, el laudo desestimó todas las pretensiones anteriores de VESTAS, pero sin imponer las costas del **arbitraje** a alguna de las partes.

Motivos de anulación del laudo:

Los motivos de anulación del laudo arbitral alegados en la demanda se concretan en los siguientes, todos ellos amparados en el apartado f) del artículo 41.1 de la Ley de **Arbitraje**, por infracción del orden público:

1º. Valoración irracional de la prueba e inaplicación irracional de las normas aplicables por el laudo impugnado, al entender que no es responsable quien es parte en el contrato -VESTAS- y que lo sería quien no lo es -ISOLUX.

2º. Irracionalidad en la aplicación de la norma y vulneración de principios esenciales de la contratación, al entender el laudo excluidas, por silencio, sin declaración alguna de las partes y sin renuncia expresa, las garantías concedidas por la ley al dueño de la obra frente a los defectos constructivos.

3º. Por motivación inauténtica del laudo y valoración arbitraria de la prueba al seleccionar de forma voluntarista un único defecto constructivo, al excluir la responsabilidad del contratista "llave en mano" por supuesta individualización de la responsabilidad en un subcontratista.

4º. Por proceder aplicar la doctrina del "aliud pro alio".

5º. Encontrarse inmotivada, desde un punto de vista formal y material, la desestimación de resarcimiento de daños.

6º. Omisión de pronunciamiento sobre el resultado de las periciales.

7º. Inadmisión improcedente de determinados medios de prueba.

Motivos de oposición a la demanda :

Frente a estos motivos alegados en la demanda, la entidad demandada opone, en esencia, lo siguiente:



Que para acometer la construcción del Parque Xiabre, ENGASA estudió distintas alternativas con quien iba a ser el suministrador y mantenedor de los aerogeneradores, VESTAS, y con quien estaba llamado a ser su proveedor de obra civil, la empresa Isolux Ingeniería, S.L. ("Isolux"), y que, como la banca únicamente le concedía la financiación necesaria para construir el Parque si suscribía ENGASA un contrato llave en mano con VESTAS por la seguridad que le aportaba esta empresa, ENGASA exigió a VESTAS la suscripción de un contrato llave en mano y la subcontratación íntegra de la obra civil y eléctrica del Parque a Isolux, a cambio del suministro de los aerogeneradores necesarios para el Parque.

Que en esta situación, VESTAS se mostró dispuesta a aceptar dicha posición para facilitar la viabilidad del proyecto de su cliente y poder así suministrar los aerogeneradores del Parque, pero sólo bajo una serie de condiciones, la más importante de las cuales era que ENGASA renunciase a exigirle responsabilidad por la obra civil que iba a ser realizada por Isolux, una empresa elegida por la propia ENGASA, mientras que Isolux, por su parte, cobraría directamente de ENGASA, y actuaría como el constructor que iba a ser.

Que ENGASA aceptó esta condición por lo que VESTAS nunca asumió responsabilidad por la obra civil.

Que la mayoría del Tribunal Arbitral se ha mostrado -en el laudo impugnado- convencida de este hecho por los documentos que así lo prueban, por las declaraciones testificales que lo corroboraban y por las demás circunstancias del caso.

Que, por tanto, VESTAS ha hecho valer el acuerdo alcanzado con ENGASA para no asumir responsabilidad por la obra civil y el Laudo se ha limitado a respetar este acuerdo.

Que el Tribunal Arbitral, en una interpretación generosa del Reglamento de la Corte, ofreció a ENGASA la posibilidad de proponer prueba adicional después de haber evaluado la contestación a la demanda de VESTAS.

Que, a pesar de haber contado con un trámite adicional de proposición de prueba, ENGASA no fue capaz de acreditar los hechos relevantes de su demanda ni desvirtuar los que fueron alegados y probados por VESTAS en su contestación, por lo que si alguna de las partes ha sido mejor tratada en el procedimiento arbitral, esa ha sido ENGASA, permitiendo que su principal testigo declarara días después de los testigos de la demandada, dándole la oportunidad con ello de replicar a todo lo que los testigos de VESTAS habían ya declarado en el procedimiento, consintiendo también que aportara, después de conocer la contestación a la demanda, documentación que versaba sobre cuestiones que ya habían sido planteadas por ella en su demanda o que, al menos, debieron haber sido planteadas, y concediendo a la misma parte una suerte de turno adicional para alegaciones no previsto en el calendario procesal, debiendo haberse denegado a VESTAS todas las pruebas que propuso extemporáneamente, pues la posibilidad de invocar pruebas relacionadas con los hechos que sustentaban su demanda había precluido con su presentación.

SEGUNDO.- Para centrar las cuestiones debatidas, deben señalarse en extracto los principales hechos relevantes que resultan de las actuaciones:

La ahora demandante, ENGASA EÓLICA, y la demandada, VESTAS, suscribieron varios contratos:

El 20 de febrero de 2006 dos Contratos de Construcción Llave en Mano ("Contratos EPC"), dos contratos de Operación y Mantenimiento ("Contratos O&M") y una Adenda al Contrato de operación, mantenimiento y servicio, para la ejecución de las obras en esta modalidad de entrega y para su posterior mantenimiento de la Fase I y Fase II del Parque Eólico Xiabre, ubicado en los términos municipales de Vilagarcía de Arousa, Catoira y Caldas de Reis (Pontevedra); parque que consta de 11 aerogeneradores de 1,8 MW (Fase I), y cinco aerogeneradores, dos de ellos de 3 MW y tres de 1,8 MW (Fase II).

El 30 de junio de 2006, Adenda al Contrato de Construcción Llave en Mano del Parque Eólico de Xiabre (Ampliación), y Adenda al Contrato de operación y mantenimiento de los aerogeneradores de la Ampliación del Parque eólico Xiabre

El 20 de julio de 2007, Adenda al Contrato Llave en Mano del Parque Eólico de Xiabre 1ª Fase.

El 5 de julio de 2010, Adenda al Contrato de operación, mantenimiento y servicio (OMS) para los Parques Eólicos Xi abre I y Xiabre II, prorrogando la vigencia del contrato hasta el 7 junio de 2017 para la 1ª Fase y hasta el 13 de febrero de 2018 para la Ampliación.

VESTAS e ISOLUX suscribieron el 15 de marzo de 2006 un contrato de Obra Civil, eléctrica, subestación y línea de evacuación.

El diseño de las cimentaciones fue realizado por la empresa IDOM Zaragoza, S.A.

La empresa ENMACOSA, contratada por IDOM a solicitud de ENGASA, se encargó de la supervisión para ENGASA de la ejecución de las cimentaciones del Parque Xiabre por ISOLUX.



En las cimentaciones de los aerogeneradores se produjeron defectos, que fueron analizados en informes periciales de las empresas ESTEYCO, INTEMAC, TYPESA y ASESORA, en cuyos peritajes llegaron a la conclusión de que podrían tener un origen complejo que se concreta, al menos, en las siguientes causas: a) posibles errores de diseño en las cimentaciones; b) defectos del material utilizado -dosificación y cemento inadecuados- y c) defectos de ejecución en el proceso de hormigonado -deficiente compactación.

Iniciado **arbitraje** a instancia de ENGASA contra VESTAS, la controversia que se planteó en el mismo se centró, según el laudo mayoritario, no en la existencia de patologías en la cimentación, sino en determinar si alcanza o no a VESTAS la responsabilidad por las mismas y sus posibles consecuencias dentro del marco contractual, en función de que si VESTAS actuara como **contratista de un mero "EPC virtual" o un "EPC real"** :

Para ENGASA, las partes suscribieron unos EPC reales, unos contratos llave en mano, entendiendo como tal los contratos por los que el contratista se obliga frente al cliente a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que el mismo previamente ha proyectado; contratos en los que, según la parte actora, el énfasis debe ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente, siendo, para ENGASA el diseño y construcción de las cimentaciones claro objeto de los Contratos Llave en Mano. Para ello se basa en la Cláusula Primera de los Contratos de 20 de febrero de 2006, que, entre otras disposiciones, establece: *El objeto del contrato lo constituye la realización por parte de VESTAS bajo la modalidad "llave en mano" del Parque eólico, de acuerdo con las especificaciones contempladas en el Contrato y en las condiciones necesarias para que pueda iniciar la producción de energía eléctrica, su transmisión a la red de la Compañía Eléctrica de la zona, y su venta a la citada Compañía (esto último desde un punto de vista técnico), todo ello con estricto cumplimiento de la legislación en la materia .*

Para VESTAS, por el contrario, su posición fue en el **arbitraje** que si bien, formal y aparentemente, se suscribió un EPC para satisfacer las exigencias establecidas por el BBVA para financiar el proyecto, la realidad es que nos encontramos ante un EPC virtual o nominal, firmado para cumplir la exigencia del Banco financiador, pero que no fue esa la voluntad e intención de VESTAS.

TERCERO.- Laudo mayoritario :

1. Ante esta controversia así centrada, el laudo mayoritario hace varias consideraciones, analizando los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la firma de los contratos:

El contrato es denominado como un EPC, que es el acrónimo de "Engineering, Procurement and Construction", pero que no están regulados en el ordenamiento jurídico español y, por tanto, son contratos atípicos, mixtos o complejos, sin un régimen jurídico típico preestablecido por las normas, debiendo prescindirse de denominaciones preestablecidas y de definiciones a priori de fórmulas contractuales para centrarse en el contenido del contrato y en sus cláusulas, en lo que debe tenerse en cuenta el largo proceso negociador llevado a cabo por las partes y las diversas fórmulas utilizadas buscando el cauce contractual definitivo, de lo que ha podido derivarse una no muy cuidadosa redacción de los contratos.

Que en la indagación de la real voluntad de los contratantes, la prueba documental aportada por las partes aporta algunos elementos que sirven para descifrar la intención de los contratantes (ex. Art. 1281 del Código Civil), de los que, a juicio del Tribunal arbitral, se desprende la exoneración de la responsabilidad de VESTAS frente a ENGASA por los trabajos de los subcontratistas:

1) El correo electrónico de fecha 21 de enero de 2005 (Documento número 13 del escrito de contestación a las alegaciones) dirigido por Jesús Carlos , de VESTAS, a Ignacio -máximo representante a nivel operativo de ENGASA, que no formuló contestación oponiéndose o mostrando su disconformidad con las siguientes condiciones o planteamientos formulados por VESTAS- , donde se decía: *"Como ves, está pensado para llave en mano ante los requerimientos del banco. Para aceptar ser contratista principal, con el subcontratista seleccionado por vosotros se deben dar los siguientes condicionados:*

a.- Debe definirse la estructura del proyecto en cuanto a Dirección de obra, Dirección Facultativa, Coordinación de Seguridad y Salud y Seguimiento Medioambiental.

b.- Establecer la documentación que corresponde entregar a cada subcontratista.

c.- La responsabilidad sobre cada parte de los trabajos debe ser independiente.

d. - Cada parte recibirá por separado los pagos correspondientes a su alcance de suministro, siendo responsable de plazos y precios, asumiendo todas las desviaciones/penalizaciones que le correspondan. No se reclamará ninguna cantidad a VESTAS que no proceda de su alcance de suministro. En el caso de que la propiedad reclame cantidad alguna por cualquier concepto, cada subcontratista será responsable tanto del pago como de su correcta subsanación.



- e. - En el caso de que el cliente (ENGASA) acepte algún extracoste debido a cambios en el alcance de suministro, estas cantidades se pagarán a la parte afectada por dicho extracoste.
- f. - Cualquier tipo de reclamación a la propiedad se hará directamente de la parte afectada a la propiedad.
- g. - Las Garantías serán directamente otorgadas por cada subcontratista respecto de su alcance de suministro.
- h. - Los seguros de construcción deberán ser contratados por cada parte .

2) El e-mail de fecha 10 de marzo de 2005 (Documento número 14 del escrito de contestación a las alegaciones), remitido por Jesús Carlos , VESTAS, a Ignacio , ENGASA, en relación con el Contrato de OMS, donde se hizo el siguiente comentario: " 10: Anexos 1 y J: La garantía de obra civil y eléctrica será la que dé el subcontratista (Isolux en este caso). Respecto al mantenimiento, si somos responsables del mismo, nosotros podemos ofertarlo con un incremento de entre el 15 y 20% respecto al precio dado por el subcontratista en concepto de gestión y responsabilidad del mismo . "

3) La contestación que Ignacio , ENGASA, formuló a Jesús Carlos , VESTAS, el mismo día -10 de marzo de 2005- trece minutos después -20:29- (Documento número 15 del escrito de contestación a la demanda), donde se dijo: " Jesús Carlos el anexo K (garantía curva de potencia), L (garantía de factor de potencia) y M (garantía de huecos de tensión) habíamos hablado de quitarlas del contrato de suministro e incluirlas en el de OMS para no mezclar en dicho contrato de suministro garantías vuestra y las de ISOLUX. Confírmame que esto así es correcto. " A este respecto, en el laudo se dice que la diferenciación entre las garantías de VESTAS y las que ofrecía ISOLUX era manifiesta en palabras del máximo representante a nivel operativo de ENGASA.

4) Que en este contexto, D. Nicanor , VESTAS, se dirigió a D. Ignacio , ENGASA, en el e-mail de fecha 18 de marzo de 2005 (Documento número 16 del escrito de contestación a la demanda) en el que manifestaba: " Apreciado Ignacio : El formato es de tipo pdf y no puedo modificarlo, no obstante en el caso de Vestas nuestro alcance entiendo será el suministro, montaje, commisioning and test de las turbinas, para ello se debe tener en cuenta:... Para empezar a montar las turbinas es necesario que a) La obra civil de los caminos, plataformas esté terminada b) Tener listas las cimentaciones con la aceptación de calidad ." Comunicación que, según el laudo, evidencia que VESTAS no entraría a trabajar hasta que las cimentaciones ejecutadas por ISOLUX estuviesen terminadas y constasen con la aceptación de calidad de ENMACOSA.

5) El correo dirigido por ENGASA a VESTAS el día 20 de mayo de 2005: " Jesús Carlos viendo que no tenía noticias tuyas acerca de las modificaciones del contrato de operación y mantenimiento tal como indicaba Alatec, lo hemos hecho aquí en la casa... Lo único que he hecho ha sido refundir los dos y eliminar las cosas que no tenían objeto en este contrato. Por favor dale el visto bueno cuanto antes para podérselo enviar cuanto antes a Alatec. Espero el lunes tener una contestación por tu parte (aunque sé que no será así). He puesto ya los precios que te comentaba en un mail anterior (no tengo palabras ante los precios del contrato de operación y mantenimiento), también fíjate porque serás tú el que haga el mantenimiento de la obra eléctrica (líneas y subestación). Para que te hagas una idea Isolux me ofertó ese mantenimiento sobre un precio de 7.000 euros al año así que supongo que eso no supondrá ningún coste a mayores sobre los precios que teníamos anteriormente (si quieres te puedo hacer llegar el contrato que me propuso Isolux)." De este correo deduce el laudo mayoritario que la intención de las partes se encontraba ya en esta fase de formación del contrato la idea de que, a excepción de la obra eléctrica, VESTAS no mantendría aquellos elementos (obra civil) que no hubieran sido construidos o instalados por ella, así como que el contrato de operación y mantenimiento que ENGASA remitía a VESTAS en este correo, no fue un contrato elaborado por VESTAS con el fin de evitar hacerse responsable de un elemento del Parque Xiabre, sino que fue la propia ENGASA la que consideró que las cimentaciones no estaban incluidas en el objeto del contrato de mantenimiento.

Considera así el laudo mayoritario que el análisis conjunto de este bloque documental, a la luz de las declaraciones producidas en este procedimiento, prestan fundamento a las conclusiones formuladas por VESTAS en la página 23 de su escrito de contestación:

- (i) VESTAS condicionó la firma del EPC a que ENGASA renunciase a reclamarle cantidades ajenas al suministro de aerogeneradores;
- (ii) ENGASA conocía esta exigencia y mantuvo una actitud pro activa en las negociaciones;
- (iii) ENGASA manifestó que cada interviniente debería responder por las garantías que otorgaba y que no se debían mezclar las responsabilidades que pudiera tener VESTAS por el suministro de los aerogeneradores y las responsabilidades que pudiera tener ISOLUX por la construcción de las cimentaciones;
- (iv) ENGASA aceptó retribuir a ISOLUX separadamente de VESTAS; y
- (v) ENGASA terminó suscribiendo el contrato EPC. "



2. Partiendo de lo anterior, el laudo a continuación analiza las **garantías legales y convencionales**, en relación a la imputación de responsabilidad a VESTAS.

ENGASA mantiene que la cláusula de garantía pactada en el contrato no excluye la aplicación de los restantes medios legales previstos en nuestra legislación para exigir responsabilidad ante un incumplimiento contractual; y que la cláusula de garantía es una garantía adicional o complementaria a las que asisten por Ley al comprador. Por la tesis de la doctrina "aliud pro alio", por la tesis de los vicios ruinógenos y por las garantías convencionales pactadas entre las partes, ENGASA considera que tiene derecho a ser resarcida, pues se trata de vías o caminos legalmente establecidos, perfectamente compatibles entre sí y de aplicación, todos ellos al presente caso. Y a estos efectos, ENGASA mantiene que las garantías contractuales derivadas del Contrato EPC no están expiradas al haberse extendido su duración en virtud del Contrato de OMS suscrito entre ENGASA y VESTAS.

El laudo mayoritario, sin embargo, estima que en el sistema de garantía pactado en el Contrato EPC-compuesto por la Garantía Principal del Parque eólico, la Garantía de la Curva de Potencia, la Garantía de Disponibilidad, y la Garantía de Factor de Potencia- la duración de estas garantías hubiera expirado el 1 de octubre de 2010, esto es, 24 meses desde la recepción provisional (salvo la Garantía de la Curva de Potencia que hubiera expirado el 14 de febrero de 2013, 36 meses desde la recepción definitiva).

Tras analizar las distintas pretensiones de las partes, el laudo mayoritario concluye que las partes al redactar la garantía convencional no tuvieron el propósito o intención de obtener una garantía adicional a las legalmente previstas, a diferencia del contrato suscrito entre VESTAS e ISOLUX, donde expresamente se pactó que el transcurso del plazo de garantía no liberará al subcontratista de su eventual responsabilidad por vicios o defectos ocultos o cualquier otra responsabilidad que le fuere exigible en derecho.

Para llegar a esta conclusión, argumenta en primer lugar el laudo que *los Contratos EPC y los Contratos OMS son contratos autónomos; con un régimen jurídico propio cada uno de ellos y con un ámbito objetivo plenamente diferenciado y propio*, pues de la lectura de los contratos de OMS y del examen del contenido de los mismos cabe afirmar que *las cimentaciones de los aerogeneradores del Parque Eólico no están incluidas en el ámbito de la operación, mantenimiento y servicio de los referidos contratos. Todos los trabajos suministrados o los trabajos a realizar incluidos en los contratos OMS se refiere a los AG, es decir, a los aerogeneradores, nunca a la obra civil, sin que la prueba practicada pueda conducir a entender que la referencia al "contrato de suministro de los AG" se extienda al conjunto del contenido de los contratos EPC. Por tanto, la reparación y el mantenimiento de las cimentaciones y de la obra civil, en general, al no ser objeto del contrato OMS, no está incluida en el precio del contrato, como consecuencia lógica de que no está incluida en su ámbito u objeto, a diferencia de las instalaciones complementarias (las líneas eléctricas y la subestación) que si lo están por haberlo así acordado las partes. Prueba evidente de que la obra civil no estaba incluida en el Contrato de mantenimiento de VESTAS, es que era ENGASA la que se comprometía a mantener las calzadas -elemento constitutivo de la obra civil- en condiciones adecuadas para el acceso de vehículos. Ningún sentido tendría esta previsión contractual, si la obra civil se encontrara incluida en el ámbito de los OMS. De ese modo, considera el laudo, las partes pactaron un régimen de distribución de riesgos con el cual renunciaron a reclamar cualquier cantidad fuera de los daños causados por trabajos bajo el contrato de OMS y por bajadas en la disponibilidad garantizada que se debían liquidar según la Garantía de Disponibilidad del contrato de OMS y sus penalidades, de modo que los contratos de OMS no pueden amparar la procedencia de la reclamación de ENGASA, y las cimentaciones no están dentro del ámbito objetivo de los OMS, siendo además paladino y concluyente, es que las patologías no se han producido en las cimentaciones como consecuencia de una incorrecta ejecución de trabajos propios del ámbito de los Contratos de OMS. Como argumento adicional a lo anterior, el laudo considera que a esa misma conclusión se llega si se atiende a la falta de previsión de un precio para el mantenimiento y operación de las cimentaciones en la garantía extendida, a diferencia de los aerogeneradores y de las instalaciones complementarias (líneas eléctricas y subestación). También considera el laudo especialmente relevante el hecho de que las instalaciones complementarias se encuentran, en principio, excluidas del OMS, salvo pacto en contra de las Partes (cláusula 3.1.3 del OMS), siendo esas instalaciones complementarias, de cuyo mantenimiento, sí se responsabilizó VESTAS son las incluidas en el Anejo I, que únicamente menciona la subestación y las líneas eléctricas, y si las Partes hubiesen querido incluir en su objeto la obra civil y, en particular, las cimentaciones, lo habrían hecho, especificando incluso la cláusula 3.1.6 del OMS estipula claramente que los elementos distintos del aerogenerador, sus elementos periféricos y las instalaciones complementarias no se encuentran recogidos dentro de los servicios, no incluyéndose la cimentación en el concepto de aerogenerador, definido en el propio contrato OMS, ni en el concepto de elementos periféricos, definido en el EPC. Por otra parte, tiene en cuenta el laudo la cláusula 10.3.3. de los contratos de construcción, según la cual " *Todas las garantías otorgadas por VESTAS conforme a subcláusula 10.3 (Periodo de Garantía) quedan sujetas en cuanto a su vigencia a la existencia entre VESTAS y el Cliente de un Contrato de Operación, Mantenimiento y Servicio del Parque Eólico* ; previsión que considera lógica, pues*



VESTAS consideraba que no podía asumir la garantía de un elemento del Parque si VESTAS no mantenía ni prestaba el servicio del Contrato de OMS, siendo significativamente claro a este respecto el testimonio de D. Jesús Carlos . En definitiva, dice el laudo, si los Contratos de OMS no tenían por objeto las cimentaciones, la ausencia de un Contrato de OMS gestionado por VESTAS que cubriese las cimentaciones (obra civil) determinaba la ausencia del requisito decisivo para la posible proyección de la garantía principal y de la garantía extendida y eventualmente prorrogada sobre las cimentaciones.

3. En el siguiente apartado, el laudo analiza la **doctrina del "aliud pro alio"**, alegada por la demandante, quien, sobre la base de la supervivencia de las garantías legales, superpuestas a las convencionales, mantiene la posibilidad de invocar las garantías legales con carácter previo a las garantías convencionales, considerando que es perfectamente factible ejercitar con carácter principal las garantías legales y, subsidiariamente, las convencionales.

Tras exponer el laudo las distintas posturas de los litigantes, entiende finalmente que los defectos advertidos en las cimentaciones del Parque no han determinado una frustración absoluta y objetiva del contrato de construcción, lo que por sí mismo debe conducir a desestimar esta pretensión. Considera así que son varias las pruebas que pueden mencionarse a estos efectos, destacando previamente que el Parque ha estado en funcionamiento desde el mes de febrero de 2008, esto es, desde hace más de 8 años:

a) El informe de 14 de septiembre de 2015 elaborado por Intemac, aportado como Documento número 31 de la demanda, en cuya página 23 se hace constar que, en el momento de realizarse los trabajos de inspección llevados a cabo por los expertos a cargo de la elaboración del informe (entre el 13 y 20 de noviembre de 2014) solo tres de los 16 aerogeneradores estaban parados y los demás operaban pero para velocidades de viento reducidas.

b) El informe de fecha 10 de septiembre de 2015 de refundición de informes anteriores emitido por Esteyco (Documento número 30 de la demanda), que confirma este dato.

c) El informe de fecha 18 de septiembre de 2015 emitido por Elan Forensic (Documento número 32 de la demanda) y sus anexos, del que deduce el laudo que el conjunto de los datos aportados demuestra que el

Parque se encuentra en explotación y con capacidad de producción, no pudiendo concluirse en modo alguno, que el Parque haya estado impedido para la efectiva producción de energía eólica.

d) El análisis efectuado por Ereda en el "Informe pericial para la estimación de las pérdidas de energía y disponibilidad del PE Xiabre" emitido el 25 de noviembre de 2015 (Documento número 4 de los adjuntos a la contestación a la demanda), que se hace continua referencia a las diferencias entre las paradas de los aerogeneradores asociadas a determinadas velocidades de viento y las paradas permanentes por indisponibilidad constante realizadas respecto de sólo algunos de los aerogeneradores, con las consecuencias que ello conlleva respecto de las pérdidas de producción del Parque.

Partiendo el laudo de esta dispar disponibilidad de los distintos aerogeneradores instalados, que en modo alguno conlleva la inhabilidad absoluta o total del Parque para servir al fin para el que fue construido -la producción de energía eólica-, estima que se desprende también de la demanda, pues, si bien la demanda sostiene la inhabilidad del Parque para sostener su pretensión, no oculta la situación, que califica de "puramente coyuntural", de producción efectiva aunque limitada (apartado 108), del "funcionamiento limitado" del Parque (apartado 160) que se viene desplegando desde hace más de ocho años.

Por lo demás, insiste el laudo, la simple posibilidad de que el Parque Xiabre pueda ser reparado conduciría a la inaplicabilidad de la doctrina que se invoca. Es verdad que el Informe Intemac, unido como documento número 31 de la demanda, concluye en la irreparabilidad de los "errores de proyecto detectados", pero es lo cierto que en los informes periciales se habla de soluciones de reparación, que los datos aportados prueban que el Parque ha venido produciendo y está en condiciones de producir energía y, sobre todo, que lo que ENGASA solicita con carácter principal es la reparación del Parque. Esta posibilidad de reparación excluye, a criterio del Tribunal y con arreglo a una constante jurisprudencia, la aplicación de la doctrina del "aliud pro alio", como resulta también de la práctica judicial disponible, entre la que cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, número 376/2009, de 17 de julio, rec. 903/2008, y las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 2000, 6 de noviembre de 2006, 5 de noviembre de 1993 y 14 de febrero de 2007.

4. En relación a la **doctrina sobre vicios ruinógenos**, en el fundamento 16 del laudo se resumen las argumentaciones anteriores, señalando que cualquier reclamación por vicios debía articularse por ENGASA a través del sistema de responsabilidades y garantías pactado en los contratos de construcción; que la interpretación de los Contratos EPC conduce a excluir las responsabilidades asumidas por ISOLUX, como encargada de las cimentaciones, del círculo de responsabilidad asumido por VESTAS; y que estas reclamaciones de ENGASA se produjeron una vez expirada la vigencia de esas garantías, tras lo que analiza



la pretensión resarcitoria basada en la doctrina de los vicios ruinógenos del art. 1.591 del Código Civil , que, a juicio del Tribunal arbitral, tampoco encuentra fundamento material. Argumenta para ello que las responsabilidades de ISOLUX como encargada de la obra civil del Parque quedaron fuera del ámbito de responsabilidad asumido por VESTAS en los Contratos EPC, pues, según reiterada doctrina jurisprudencial de nuestro más Alto Tribunal, cuando en la realización de la obra el hecho dañoso puede ser conectado o relacionado con una actuación personal causante del daño, solamente esa persona debe responder de la indemnización del daño causado y que la responsabilidad por vicios ruinógenos entre los distintos agentes que intervinieron en un proceso constructivo no es solidaria, cuando es posible individualizar la responsabilidad de cada uno de los agentes, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004 . Y estima el laudo que en esta caso las partes coinciden en individualizar la responsabilidad de las patologías que advierten en las cimentaciones, ya que en el curso del procedimiento ha quedado probado que fue ISOLUX la encargada de las cimentaciones, que ENGASA supervisó directamente la ejecución de las mismas y que ENGASA llegó a retribuir la pagando directamente a ISOLUX.

5. En cuanto a la **responsabilidad por lucro cesante y pérdida de beneficio** , hace el laudo finalmente referencia a la cláusula 11.1 del EPC -cuyo tenor literal es "en ningún caso ninguna de las partes será responsable por los conceptos de lucro cesante, pérdida de beneficio o daño emergente"- y descarta que sea aplicable el planteamiento de ENGASA cuando considera que con esa cláusula las partes buscaron que no pudieran ejercitarse conjuntamente los remedios legales y los convencionales con el fin de evitar una duplicidad indemnizatoria. Para ello, estima que esta cláusula en su dicción literal para nada alude a la diferente naturaleza de remedios, ni siquiera a éstos mismos, y que *mediante la misma, en base al principio de la autonomía de la voluntad y del artículo 1254 del Código Civil , las partes limitaron de manera voluntaria su responsabilidad ante el incumplimiento de las garantías pactadas y por cualquier otra causa y excluyeron la posibilidad de exigencia de responsabilidad fuera de dichas garantías y ello no fue formalizado unilateralmente por ENGASA, sino recíprocamente (exclusión para ambas partes) en base a lo pactado libremente por las mismas . Pacto recíproco, vinculante para ambas partes y excluyente de cualquier tipo de responsabilidad y de reclamación por título distinto de los Contratos EPC (que) no fue algo accesorio; no fue una cláusula a cuyo contenido las partes no sometieron a la diligente atención, sino que constituyó una guía o principio inspirador de la negociación de los contratos, como resulta del hecho de lo estipulado en la Cláusula 4.3.5.3. del contrato OMS cuyo tenor literal fue el siguiente: "Ninguna de las partes será responsable, ni siquiera en caso de resolución del contrato, de ninguna pérdida de beneficios, de uso, de producción, de contrato o cualquier otro tipo de pérdidas indirectas ni daños emergentes que pueda sufrir cualquier de las partes, sea cual sea su causa, exceptuando las establecidas explícitamente en este Contrato. "*

Solicitada por ENGASA en escrito de 3 de noviembre de 2016 aclaración del laudo, en resolución de 16 de noviembre de 2016 el tribunal arbitral acogió la solicitud de recoger diversos aspectos que figuran en el procedimiento, denegando el resto de las solicitudes de aclaración.

CUARTO.- El laudo contiene un voto particular discrepante, formulado por uno de los árbitros, cuyos argumentos esenciales son los siguientes:

1. De acuerdo con el contenido de los Contratos EPC suscritos por Vestas y Engasa:

(a) Vestas, en su calidad de Contratista "llave en mano", asumía la responsabilidad global por la construcción y suministro a Engasa del Parque Eólico "Xiabre", en las condiciones precisas para que pudiera iniciar la producción de energía eléctrica, comprometiéndose a ejecutar todas las prestaciones que fueran necesarias para el cumplimiento de este fin, por sí o a través de subcontratistas, de cuyos trabajos se haría responsable Vestas.

(b) Entre esas prestaciones comprometidas por Vestas en los documentos suscritos por las Partes se encontraba la de diseñar y ejecutar las cimentaciones del Parque Eólico "Xiabre" (Cláusula Primera, pº 1 º Y Anexo nº 1). Aún más, en 20 de febrero de 2006 las Partes suscribieron un acuerdo en el que establecieron que, en el caso de haber desviaciones entre el proyecto de ejecución de la cimentación y la ingeniería básica anexa a los Contratos Llave en Mano, el precio de los contratos se modificaría al alza o a la baja en función de dichas desviaciones (Documento número 3 de la demanda). Y, posteriormente, como consecuencia de una serie de cambios en el modelo y número de aerogeneradores de la Fase II, en fecha 30 de junio de 2006 se suscribió la novación modificativa del contrato llave en mano correspondiente a la segunda fase. En esta novación, nuevamente se hacía referencia, además de al suministro de tres aerogeneradores de 1,8 MW y dos aerogeneradores de 3 MW -en lugar de los siete aerogeneradores de 1,8 MW inicialmente previstos-, a los elementos periféricos, la obra eléctrica y la obra civil, que incluía expresamente cimentaciones (Documento número 4 de la demanda).



Respecto a las patologías de las cimentaciones, considera este árbitro los Informes Periciales emitidos en el procedimiento arbitral y ratificados en las audiencias de prueba, coinciden en apreciar los siguientes gravísimos defectos:

(a) Movimientos relativos entre torre y zapata, en todas las zapatas inspeccionadas.

(b) Defectos del hormigón, que es el daño más destacado, a juicio de los técnicos. El hormigón de las zapatas presenta un muy mal estado de la capa superior de la losa de cimentación, con grietas de hasta 40 mm en toda la superficie y en el canto lateral, pudiéndose levantar la capa superior del hormigón con una simple barra de acero. El hormigón está multifracturado y presenta una muy mala calidad. Los daños detectados no son simples fisuras que puedan asociarse al propio material, sino que suponen una discontinuidad mecánica ya que rompen con la continuidad del hormigón. En palabras de uno de los peritos, las cimentaciones "están simplemente partidas en trozos independientes, con separaciones de algunos centímetros, y han dejado de trabajar como piezas monolíticas" (página 44 del Informe Intemac).

(c) Como consecuencia de estos daños, la instalación se encuentre en condiciones de seguridad insuficientes, no solo para el denominado "Estado Límite Último", sino incluso para las "cargas de servicio" que debe soportar normalmente la instalación e incumplen, por tanto, la normativa aplicable.

(d) Los defectos del hormigón son generalizados: afectan a todas las cimentaciones del Parque Eólico. En particular, el Anejo n.º 6 del Informe Intemac, que analiza esta cuestión, incluye un reportaje fotográfico pormenorizado en el que se pueden observar los daños idénticos en las cimentaciones de todos los aerogeneradores. En palabras de los técnicos (página 40): "A raíz de la detección de las roturas en el canto de todas las cimentaciones -cuatro- que lo tenían descubierto en el momento de la inspección realizada por Intemac, Engasa decidió extender al resto del parque la inspección de dicha zona. El Anejo n.º 6 a este informe recoge el reportaje fotográfico facilitado por el peticionario que incluye, entre otras, las fotografías del canto descubierto de las restantes zapatas. Destacamos, con base en el referido documento, que los graves defectos del hormigón, y en concreto las mencionadas roturas, afectan a todas las cimentaciones del Parque Eólico."

En cuanto a las causas de tales patologías, tres de los informes periciales emitidos (los peritos de la parte demandante, Esteyco e Intemac, y uno de los peritos de la parte demandada, Typsa) coinciden en señalar la existencia de tres causas de los defectos apreciados: (i) defectos de proyecto (diseño de las cimentaciones), (ii) defectos de ejecución y (iii) defectos en los materiales empleados. El cuarto técnico (el perito de la parte demandada Asesora) plantea una diferente posición en su valoración sobre la existencia de defectos de proyecto, sin negarlos abiertamente, y coincide muy sustancialmente con el resto en su dictamen sobre los defectos de ejecución y material.

Y las propuestas de actuación de los peritos para el remedio de las patologías del Parque son coincidentes en dos extremos: (i) no son posibles medidas de reparación ordinarias y (ii) no cabe contar con la capacidad de las zapatas existentes, por su grado extremo de deterioro, y discrepan en cuanto a la solución constructiva del remedio: Intemac entiende que la zapata actual no puede siquiera servir como suelo de apoyo o sustentación, de modo que postula la construcción de una cimentación nueva contigua a las existentes, cuya ejecución exigiría, en su planteamiento más simple y después de solventar los defectos de proyecto detectados, el desmontaje del rotor, la góndola y los tramos de torre, y el posterior ensamblaje en su posición nueva; y los otros tres peritos se inclinan por la construcción de una nueva estructura sobre la zapata existente (alternativa más económica que la anterior, puesto que no requiere el desmontaje de los aerogeneradores).

2. En relación a si los **contratos EPC son reales o virtuales**, este árbitro discrepante considera insostenible la conclusión a la que llega el laudo mayoritario, por varios motivos:

Por estar en abierta contradicción con el contenido de los contratos "llave en mano" o EPC, que no puede existir si no hay responsabilidad global del Contratista por los trabajos de los subcontratistas que integran el Proyecto.

Porque la condición claramente impuesta por el Banco financiador era cabalmente la responsabilidad global del Contratista frente al titular del Proyecto, y ninguna otra; exigencia lógica y ajustada a estándares de mercado, porque el repago de la financiación, en un Project Finance, se produce con cargo a los rendimientos del Proyecto.

Que no cabe remotamente apreciar, a partir de la prueba practicada en el procedimiento, la existencia entre las Partes de una renuncia o de un pacto de exoneración que limitase la responsabilidad global que el Contratista contrajo, conforme a la modalidad contractual elegida por las Partes y al contenido de los pactos que integran los Contratos EPC.

Que de varias comunicaciones cruzadas entre las partes (que describe el voto particular) *resulta, con total y absoluta evidencia, que Engasa no solo nunca aceptó, ni expresa ni tácitamente, en momento alguno, un modelo*



de suministro separado o compartido por varios suministradores, con limitación de responsabilidad de Vestas al alcance de su suministro (que era el que Vestas proponía en el correo de 21 de enero de 2005), sino que lo rechazó, de forma bien clara y expresa, aceptando solo valorar una la fórmula de EPC, en la que la posición de Contratista global responsable del proyecto fuese asumida por una UTE (que es algo muy diferente a lo ofrecido el 21 de enero de 2005).

Que las posteriores comunicaciones a las que se refiere el laudo mayoritario fueron cruzadas entre las Partes cuando lo que se estaba negociando no era la fórmula propuesta por Engasa en su correo de 21 de enero (suministro separado o independiente), que nunca mereció aceptación, ni tampoco la fórmula definitiva, finalmente asumida por las Partes (EPC con Vestas como contratista global), sino un Contrato EPC entre Engasa y la proyectada, en esas fechas, UTE entre Vestas e Isolux.

Que la conclusión alcanzada por la mayoría del Tribunal Arbitral, al aceptar que la propuesta del correo de 21 de enero de 2005 fue tácitamente aceptada por Vestas y concluir, por tanto, que se alcanzó por las Partes un pacto de exoneración de responsabilidad de Vestas por la actuación de los suministradores (de lo que se desprendería que el EPC firmado por las Partes fue una mera simulación), está en manifiesta contradicción con la conducta de las Partes coetánea y posterior a los Contratos EPC, tras lo que señala varios hechos o circunstancias incompatibles con esa posición.

Que la conclusión alcanzada por la opinión mayoritaria infringe no solo la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo en relación con la renuncia (la renuncia, si no es expresa, debe ser clara y concluyente para ser apreciada como tácita Tribunal Supremo: Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 976/2001 de 18 Oct. 2001, Rec. 1964/1996) o con la aceptación tácita (deben valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de estas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento).

3. Respecto al "**aliud pro alio**", este árbitro discrepante considera varios argumentos relevantes, entre los que pueden extractarse los siguientes:

Que no ha habido renuncia por Engasa a las vías de resarcimiento legales. La conclusión de la mayoría, que construye, sobre el silencio de los Contratos EPC en tomo a los remedios generales del ordenamiento, la tesis de la existencia de una renuncia general a ellos, en perjuicio de la Demandante, resulta contraria a Derecho.

Que la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo tiene reconocido que, en supuestos como el que se debate en este procedimiento arbitral (incumplimiento de la obligación de entrega de una construcción, por inhabilidad o ruina del objeto entregado) el ordenamiento jurídico arbitra una pluralidad de remedios, y compete al comprador la opción de elegir la vía que utilizará para lograr la protección de sus intereses.

Que la cláusula 11.2 del Contrato incidiría, a lo sumo (en su caso, asumiendo su validez, eficacia y aplicación al caso) sobre una de las posibles vías de resarcimiento que reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo ("la quinta, la indemnización de daños y perjuicios que contempla el artículo 1101"), pero dejaría, en cualquier caso, incólumes las restantes (entre otras, la acción tendente a exigir el cumplimiento correcto, que prevé explícitamente el artículo 1124 del mismo cuerpo legal, que es la que aquí se considera).

Que del mero silencio no se puede, en general, inferir una renuncia de derechos (y, menos aún, de alcance tan drástico como la que se pretende). Pero, en particular, la renuncia a los remedios legales por inadecuación o no conformidad al pacto del producto entregado, exige una estipulación contractual expresa que lo establezca. Así resulta del arto 1485 del CC, cuando establece que "el vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase", añadiendo que "esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido".

Que no puede discutirse la inhabilidad total de las cimentaciones y la total frustración objetiva del comprador en relación con la finalidad contractual pactada (que fue, según dispone la cláusula 10.2.1 de los Contratos EPC, la recepción de un Parque eólico, sin defecto alguno que impida su capacidad de producción, y su funcionamiento en condiciones de uso normales), encontrándose las cimentaciones en estado de ruina (hecho admitido por todos los técnicos declarantes que se han referido a la cuestión), con daños generalizados, sus zapatas están partidas en trozos independientes, con separaciones de algunos centímetros, de modo que han dejado de trabajar como piezas monolíticas, sus condiciones de seguridad insuficientes (no solo para el denominado "Estado Límite Último", sino incluso para las "cargas de servicio"), con riesgo imprevisible de colapso o ruina actual, y con un previsible incidente fatal cuando las acciones alcancen entre el 75% Y el 80% de las cargas máximas de diseño, incumpliendo la normativa técnica vigente de seguridad, presentando graves defectos de diseño, proyecto y materiales, sin poder ser reparadas por medios ordinarios, sino sustituidas por nuevas estructuras que desprecien su capacidad de sustentación.



Que el argumento de que "el Parque está en funcionamiento" no es aceptable, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues las actuales condiciones limitadas de operatividad del Parque, la falta total de funcionalidad de las cimentaciones, su lamentable estado de deterioro extremo, su propia situación de inseguridad, el incumplimiento de la normativa aplicable y el proceso de su deterioro progresivo, determinan la total frustración del Contrato y la insatisfacción objetiva del adquirente aunque el colapso del Parque no se haya producido; colapso o derrumbamiento que no es necesario para la aplicación de la doctrina invocada, habiendo aplicado el Tribunal Supremo la doctrina del aliud pro alio sin considerar necesario que ese proceso de degradación llegue hasta sus últimas consecuencias.

Que la posibilidad de que el Parque Xiabre pueda ser reparado tampoco conduciría a la inaplicabilidad de la doctrina que se invoca. Pero lo cierto es que la subsanación de los defectos de las cimentaciones no puede calificarse de "reparación" sino de auténtica "reconstrucción" de las cimentaciones de acuerdo con el criterio unánime de los peritos que han intervenido en el procedimiento.

4. En relación a los **vicios ruinógenos y la pretensión de reparación**, también discrepa el mismo árbitro con la decisión mayoritaria con base a varias consideraciones, de las que pueden extractarse como principales las siguientes:

La doctrina jurisprudencial de diferenciar la responsabilidad de los diversos intervinientes en la construcción no es, con toda evidencia, aplicable -según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo- en los supuestos en que existe relación contractual entre el promotor (o quien contractualmente asuma responsabilidad por la obra: en este caso, el Contratista global) y el adquirente de la obra, porque en tal caso el primero debe en todo caso responder de los trabajos efectuados por los subcontratistas.

No es correcto afirmar que los defectos sean solo imputables a Isolux.

Las cimentaciones del Parque Eólico se encuentran en estado de ruina.

El estado de ruina se ha manifestado en el plazo de garantía previsto en el artículo 1591 del Código Civil y la acción se ha ejercitado dentro del plazo de prescripción.

El estado actual de ruina se conecta causalmente, sin ninguna duda por parte de los peritos, con los defectos detectados en los informes periciales.

5. Sobre la pretensión de **resarcimiento de daños basada en los remedios legales**, el árbitro discrepante señala:

No es correcto afirmar que una estipulación de limitación de responsabilidad, como la contenida en la Cláusula 11.1 del EPC y en la Cláusula 4.3.5.3. del contrato OMS sea "excluyente de cualquier tipo de responsabilidad y de reclamación por título distinto de los Contratos EPC".

Ninguna cláusula de esta naturaleza tiene tan drásticos efectos, puesto que su operatividad está sujeta, en nuestro ordenamiento, a una serie de limitaciones que son, no solo imperativas, sino incluso de orden público, como son la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad del deudor en caso de dolo, las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa grave y en el ámbito de los vicios ruinógenos, donde nuestro Tribunal Supremo (STS 21 de enero de 2002) ha señalado que "por la propia naturaleza de las normas que regulan las responsabilidades derivadas de los vicios del suelo o de la dirección, éstas son irrenunciables. Y en este caso los daños reclamados por la parte actora se generan después de la negativa de Vestas a realizar las reparaciones de las ruinosas cimentaciones a las que estaba legal y contractualmente obligada, negativa que supone un incumplimiento voluntario (es decir, doloso) de su obligación de entrega de un Parque eólico, sin defecto alguno que impidiera su capacidad de producción, y su funcionamiento en condiciones de uso normales; las cimentaciones se han ejecutado de forma gravemente negligente, rayana en la absoluta y total falta de diligencia; y los daños reclamados derivan de la responsabilidad prevenida en el arto 1591 CC, que no es renunciable.

Por todos estos razonamientos, el árbitro discrepante considera que debieron ser estimadas las pretensiones principales de la demandante. La primera, formulada al amparo del artículo 1124 del Código Civil y con fundamento en la doctrina del aliud pro alio y en la responsabilidad por vicios ruinógenos, de cumplimiento forzoso, in natura, por la Demandada, de los Contratos EPC, mediante la reparación de las cimentaciones, o subsidiariamente el abono de su coste; y la segunda, de indemnización por los daños y perjuicios -daño emergente y lucro cesante, en la cuantía de daños que se estimase acreditada- sufridos como consecuencia del problema de las cimentaciones.

QUINTO.- Expuestos así, en esencia, los datos esenciales de la controversia mantenida en el procedimiento arbitral, deben analizarse los motivos de anulación del laudo arbitral alegados en la demanda.



El primer motivo de nulidad de laudo arbitral se basa en la valoración irracional de la prueba e inaplicación irracional de las normas aplicables por el laudo impugnado, al entender que no es responsable quien es parte en el contrato -VESTAS- y que lo sería quien no lo es -ISOLUX. Argumenta la demanda que, con el esquema contractual elegido - contrato "llave en mano" entre ENGASA y VESTAS y subcontrato de obra civil, eléctrica, subestación y línea de evacuación suscrito posteriormente entre VESTAS e ISOLUX- sería lógico concluir la responsabilidad de VESTAS por los daños sufridos en las cimentaciones del Parque Eólico Xiabre, quizá con un derecho de repetición posterior de VESTAS frente a ISOLUX, pero sería ilógico sentar que ENGASA tuviera que reclamar a ISOLUX, con quien no ha contratado, sobre todo si se tiene en cuenta que los contratos "llave en mano" establecían de forma expresa la responsabilidad de VESTAS por los actos de terceros con los que hubiera contratado para llevar a cabo la obra; de los subcontratistas en definitiva (cláusula 11.1, párrafo tercero), y el contrato suscrito entre VESTAS e ISOLUX también es pródigo en cláusulas que establecen la responsabilidad de ISOLUX frente a VESTAS; y, sin embargo, guarda un elocuente silencio sobre una eventual -e inexistente- responsabilidad de ISOLUX frente a ENGASA EÓLICA. De ese modo, estima que el laudo llega a conclusiones irracionales, interpretando los contratos sin hacer ni una sola referencia al clausulado contractual, basándose solamente en unos correos electrónicos que se limitan a reflejar unas consideraciones preliminares de VESTAS, emitidas en el entorno de un año antes del contrato, que fueron seguidos de un largo proceso negociador que desembocó en la firma de los contratos "llave en mano", y prescindiendo de los restantes elementos probatorios, resaltados en el voto particular.

El laudo mayoritario asienta, en efecto, su tesis de la firma de un EPC virtual en vez del real simulado, fundamentalmente, en los correos electrónicos cruzados entre Jesús Carlos , de VESTAS y Ignacio -máximo representante a nivel operativo de ENGASA- el 21 de enero de 2005, 10 de marzo de 2005, 18 de marzo de 2005 y 20 de mayo de 2005. Como antes de ha recogido en extracto, el laudo indaga la naturaleza del contrato "EPC" suscrito entre ENGASA y VESTAS, y finalmente considera que de la prueba documental practicada se infiere la exoneración de la responsabilidad de VESTAS frente a ENGASA por los trabajos realizados por los subcontratistas. Contrariamente a lo recogido en el clausulado de los contratos EPC, donde se recoge literalmente que *"el objeto del contrato lo constituye la realización por parte de VESTAS bajo la modalidad "llave en mano" del Parque eólico, de acuerdo con las especificaciones contempladas en el Contrato y en las condiciones necesarias para que pueda iniciar la producción de energía eléctrica, su transmisión a la red de la Compañía Eléctrica de la zona, y su venta a la citada Compañía (esto último desde un punto de vista técnico), todo ello con estricto cumplimiento de la legislación en la materia "*, el laudo considera que esos correos electrónicos que precedieron a la firma de los contratos demostraban que en la intención de las partes se encontraba ya en esta fase de formación del contrato la idea de que, a excepción de la obra eléctrica, VESTAS no mantendría aquellos elementos (obra civil) que no hubieran sido construidos o instalados por ella, y que fue la propia ENGASA la que consideró que las cimentaciones no estaban incluidas en el objeto del contrato de mantenimiento.

Sin embargo, tratándose de una prueba dirigida a descubrir la real voluntad de las partes al suscribir el contrato, omiten analizar los dos árbitros firmantes de ese laudo, no solo los actos coetáneos y posteriores (art. 1.282 del Código Civil), sino otros elementos probatorios similares, a pesar de haber sido puestos de manifiesto por el árbitro discrepante. Entre ellos destaca el correo electrónico de D. Jesús Carlos de Engasa, fechado el 9 de febrero de 2005, en el que adjuntaba un borrador de contrato llave en mano en forma de UTE, que podría acreditar que se barajó después de ese correo de 21 de enero de 2005 la posibilidad de que la posición de Contratista fuera asumida por una UTE entre Vestas e Isolux, que asumiera de manera conjunta el EPC, o el correo de 29 de marzo de 2005 (documento 20) de Ignacio (ENGASA) a Jesús Carlos (VESTAS) donde también se hizo referencia a que hablara con ISOLUX sobre una UTE, o los correos electrónicos de 31 de mayo de 2005 (Documento número 21) y de 1 de junio de 2005 (Documento número 22), donde se dice que *"el banco ha cambiado el objeto del contrato al pasar de un suministro compartido a un llave en mano completo"* ; o el del mismo día 1 de junio de 2005, en contestación del anterior (Documento número 23), en el que Ignacio hace referencia a los comentarios realizados sobre el contrato llave en mano, la posibilidad de montar una UTE que realizara el "llave en mano" en vez de ser VESTAS únicamente, y el reparto de responsabilidades que implicaría la opción elegida, que dice textualmente *"yo desde un principio quería un contrato llave en mano con una UTE y que fuese ella la que me respondiera de todo independientemente de como vosotros (Isolux y tú) arreglarais vuestras responsabilidades en cada uno de los supuestos que se pudieran dar"* ; o los correos de fecha 13 de junio de 2005 (Documento número 24) y 14 de junio de 2005 (Documento número 25).

No corresponde a esta Sala pronunciarse sobre los argumentos vertidos en el voto particular en cuando a la relevancia de esas pruebas, ni determinar, ante estas dos posiciones enfrentadas, cuál considera resulta mejor acreditada a la vista de las pruebas que se practicaron en el procedimiento arbitral. Pero lo que sí corresponde a esta Sala es comprobar si la valoración probatoria que realizó el laudo arbitral no resulta arbitraria por apartarse notoriamente del resultado probatorio o por omitir injustificadamente la evaluación



de medios probatorios que resulten trascendentes para la resolución de las cuestiones debatidas. Como ha tenido ocasión esta Sala de decir, por ejemplo en sentencia de 24 de octubre de 2017 (ROJ: STSJ M 11066/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:11066), es *conteste la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio - explicitada en su motivación- puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca el art. 24.1 CE . Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo "sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por infracción procesal) la errónea valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC , si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental "(Acuerdo de 30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero). Resumen a la perfección la doctrina al respecto de la Sala Primera, los AATS, 1ª, de 18 de febrero (ROJ ATS 665/2013) y 8 de enero de 2013 (ROJ ATS 157/2013). En palabras de este último (FJ 1.b): "Es doctrina de esta Sala, como señala la sentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007 , que «la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras). Solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC ". En este mismo sentido, la STS, 1ª, de 29 de octubre de 2013 (FJ 11º, ROJ STS 5358/2013) reprueba la valoración arbitraria de la prueba, por error patente, arbitrariedad o por infracción de una norma tasada, con la consiguiente conculcación del test de razonabilidad exigible para respetar el art. 24.1 CE , y ello "por haber reputado la Audiencia un hecho como probado sin explicar ni justificar las razones que había tomado en consideración para ello, ante una actividad probatoria manifiestamente insuficiente (emisión unilateral de una factura en que se fija el importe de unos costes que se pretende repercutir), ausente de cualquiera explicación o justificación que permita otorgarle un valor probatorio suficiente al haber sido expresamente cuestionada por la parte contraria ". De nuevo a modo de ejemplo, la STS, 1ª, de 5 de febrero de 2010 (ROJ STS 329/2010) estima ilógica e irrazonable la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo " por incurrir en contradicciones internas y rechazar las conclusiones de la prueba pericial por causas incomprensibles " (FJ 5). Como también es posible " invocar el carácter ilógico de una presunción judicial para demostrar la existencia de una valoración de la prueba manifiestamente errónea o arbitraria, al amparo del art. 24 CE " (STS, 1ª, de 23 de febrero de 2010 , ROJ 988/2010, FJ 7) .*

Y en este caso resulta evidente es que tales medios probatorios resaltados en el voto particular -de la misma naturaleza y aparente relevancia que los correos electrónicos en los que se basa la decisión mayoritaria-, incorporados en el procedimiento arbitral y supuestamente contrapuestos a las conclusiones a las que llega el laudo mayoritario, requerían un análisis suficiente, aunque fuera para exponer las razones por las que no desvirtuaban los argumentos expuestos por los dos árbitros de la mayoría. El total silencio sobre estos medios probatorios, sin explicación ni justificación alguna, provoca una apariencia de arbitrariedad en el tribunal arbitral desde el momento en que la ausencia de la valoración de esos medios probatorios impide conocer las razones por las que se desprecia su consideración en una de las cuestiones más importantes debatidas, como fue la naturaleza real de los contratos suscritos, de la que después de deriva la exclusión de la responsabilidad de VESTAS. Como después señala el laudo mayoritario al analizar en su apartado 16 la doctrina de los vicios ruinógenos, la exclusión de la responsabilidades asumidas por ISOLUX, como encargada de las cimentaciones, del círculo de la responsabilidad asumida por VESTAS resulta de una prueba fragmentariamente analizada en el laudo mayoritario, sin explicación alguna sobre la omisión de los datos que suministran otros correos electrónicos, también previos a la suscripción de los contratos EPC, que podrían indicar cuál fue la intención real de las partes en relación a las responsabilidades asumidas por VESTAS.

No se trata de exigir un análisis exhaustivo de todas las pruebas practicadas. Lo relevante es en este caso que, ante un apartamiento singular de la literalidad de las cláusulas de un contrato -que en relación a la responsabilidad de VESTAS establece en su cláusula 11.1 que VESTAS responde de todas las obligaciones y responsabilidades de los trabajos y suministros realizados por sus subcontratistas y proveedores-, que parecen ser expresión de la voluntad de las partes, conformada tras un largo proceso de negociaciones como resalta el laudo, se acuda solamente al contenido de unos correos electrónicos y no a otros para fundamentar una voluntad negocial diferente a la expresada en el contrato, sin explicar en modo alguno las razones por las que se omite toda mención a los correos electrónicos que aparentemente no abonan la tesis mayoritaria asumida por el tribunal arbitral, y que necesariamente tuvieron que ser aludidos en la deliberación de los árbitros al basarse el voto particular precisamente en ellos.



Por tanto, este primer motivo de nulidad del laudo arbitral debe ser estimado.

SEXTO.- La estimación de este primer motivo de anulación del laudo arbitral, impide el análisis del resto de las causas de anulación alegadas, dirigidas a cuestionar los argumentos jurídicos expuestos en el laudo para desestimar la pretensión de la parte actora, lo que resultaría afectado por la valoración probatoria omitida en el laudo mayoritario.

Finalmente, rechazadas totalmente las pretensiones de la demandada, es obligado, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a la misma parte las costas causadas en este procedimiento, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de derecho en el asunto planteado.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS la demanda de anulación del laudo arbitral formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a María de la Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld en nombre y representación de ENGASA EÓLICA, S.A., contra VESTAS EÓLICA, S.A.U., ANULANDO el laudo arbitral dictado con fecha 21 de octubre de 2016, por el tribunal arbitral colegiado formado por D. Carlos Miguel, D. Luis Pedro y D. Juan María, de la Corte Civil y Mercantil de **Arbitraje**; con expresa imposición a la demandada de las costas causadas en este procedimiento.

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.

DILIGENCIA .-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.