



Roj: **SAP M 15168/2019** - ECLI: **ES:APM:2019:15168**

Id Cendoj: **28079370102019100488**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **04/11/2019**

Nº de Recurso: **572/2019**

Nº de Resolución: **524/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL ARIAS RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933917,914933918

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0071971

Recurso de Apelación 572/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 394/2016

APELANTE: GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS SL

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL CARMEN OTERO GARCIA

APELADO: REPUBLICA DE GUINEA ECUATORIAL

PROCURADOR D./Dña. ROBERTO ALONSO VERDU

SENTENCIA N° 524/2019

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D./Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

D./Dña. MARIA BEGOÑA PEREZ SANZ

En Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil diecinueve.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 394/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid a instancia de GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS SL apelante - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. MARIA DEL CARMEN OTERO GARCIA y defendido por Letrado, contra REPUBLICA DE GUINEA ECUATORIAL apelado - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. ROBERTO ALONSO VERDU y defendido por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 29/03/2019.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, siendo Magistrado Ponente D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 29/03/2019, cuyo fallo es el tenor siguiente: "Desestimar la demanda interpuesta por Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L., contra la República de Guinea Ecuatorial, y en consecuencia: 1.-Condenar a Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L. al pago de las costas procesales." .

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 25 de octubre de 2019, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 29 de octubre de 2019.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS SL se promovió juicio ordinario contra la REPÚBLICA DE GUINEA ECUATORIAL solicitando que se dictase sentencia que: 1º) condene a la misma a pagar la cantidad de 548.739.210,14 euros en concepto de precio debido por virtud del contrato celebrado entre ambas partes, por el que la demandada encargó a la actora la elaboración de numerosos proyectos técnicos y de ejecución que ésta realizó y entregó a la demandada y 2º) subsidiariamente, para el caso de que la pretensión principal fuese desestimada respecto a todos o una sola parte de los proyectos realizados y entregados, que condene a la demandada a pagar la cantidad antedicha correspondiente a esos proyectos en concepto de restitución por enriquecimiento injusto o sin causa, así como la cantidad de 107.347.243,02 euros en concepto de intereses legales devengados por las sumas reclamadas y a las costas del proceso. La parte interpelada se opuso a la demanda, dictándose sentencia inestimatoria de los pedimentos deducidos en su suplico; decisión judicial recurrida en apelación por la entidad accionante en petición de una sentencia que revoque la recurrida y la sustituya por otra que estime la demanda. Se fundamenta dicha pretensión en la base impugnativa expuesta en el escrito de interposición del recurso de apelación, redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 458 de la LEC, lo que delimita el ámbito del enjuiciamiento en esta instancia.

Sentado lo anterior, es de poner de relieve que en unas alegaciones preliminares a modo de exordio se resalta por la parte apelante una serie de circunstancias que, en su entendimiento, por su gravedad y trascendencia para la resolución de la controversia, hacen inaplazable su exposición, por más que la lectura de dichas circunstancias son bien mero trasunto de lo que conformó el tema decidendi en la primera instancia, bien se limitan a denunciar como absurda la conclusión alcanzada en la sentencia discutida, al suponer el reconocimiento en favor de la demandada de su derecho a recibir los proyectos que le fueron entregados, pero sin pagar nada a cambio, bien a la calificación jurídico-penal de la apropiación indebida, lo que extravasa el radio de acción de lo debatido en esta jurisdicción, al margen que en el supuesto enjuiciado no se han recibido los proyectos por error, sino en virtud de unos pactos cuya extensión se analizaron in extenso en la resolución recurrida, con lo que la incardinación que se asevera en el Código Punitivo es meramente retórica, bien destacando la forma de Gobierno existente en el Estado de Guinea Ecuatorial, lo que también queda extramuros de nuestro estudio, bien que fueron muchos los documentos que se firmaron por diversos Ministros y miembros del Gobierno siguiendo idénticas instrucciones del Jefe del Estado (documentos 5, 11, 12, 13, 17, 19, 53 y 65), sin que en modo alguno se siguiesen jamás los cauces que, según la sentencia recurrida, debieron haberse seguido para llevar a cabo la contratación de los proyectos objeto del encargo, lo que se considera esencial, al ser una de las causas en que se fundamenta la sentencia la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, publicada el 23 de abril de 1965 en España e incorporada a la legislación guineana tras su independencia de España el 12/10/1968, bien en haberse incurrido en una interpretación gravemente sesgada del encargo realizado por la demandada, al privar de toda relevancia a los hechos posteriores al mismo por parte de la República de Guinea Ecuatorial, a cuyo efecto se pone el acento en la entrega de proyectos el 19/12/2008, reflejada en el documento nº 19 de la demanda, documento que no puede ser valorado con independencia del documento de encargo, bien en la existencia de prueba sobre el valor de los proyectos entregados, bien, por último, en que no estamos en presencia de una controversia relativa a la ejecución de una obra pública, ni siquiera de una obra de construcción, sino que lo que aquí se reclama mediante el ejercicio de dos acciones contractual y de enriquecimiento en régimen de subsidiariedad es el precio o, en su caso, el valor de unos proyectos de arquitectura entregados en cumplimiento de un encargo que goza



de autonomía con respecto a una eventual obra futura que jamás se efectuó. Se afirma en este sentido que ello ha dado lugar, no a un conflicto contencioso-administrativo ante los Juzgados y Tribunales de dicha jurisdicción, sino a una controversia para cuyo conocimiento esta Sección declaró competente a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción civil española, no pudiendo tener aquélla naturaleza civil a efectos de poder determinar la existencia o no de inmunidad jurisdiccional y simultáneamente naturaleza administrativa, como le atribuye la sentencia recurrida a efectos de determinar la legislación aplicable; temática con cuyo acomodo se construye el primer reproche enfrentado a la sentencia proferida, sustentándose en su desarrollo integrador la inaplicabilidad de la Ley de Contratos del Estado.

Una serie de consideraciones previas son precisas a modo de premisas del tratamiento que han de correr los asertos vertidos en esa "consideración preliminar y motivo primero" siguiendo el orden trazado:

1) el énfasis puesto por la parte apelante en orden a que la controversia no gira en torno a la ejecución de una obra pública, ni siquiera de una obra de construcción, se volatiza si no prescindimos de que, al lado de los contratos administrativos típicos o nominados, donde no sólo se incardina los contratos de obra, sino también el de servicios, amén de los contratos de gestión de servicios públicos y suministros, lo que ya es tradicional en la legislación de la contratación pública en España, existen otros contratos de objeto distinto a los anteriores que por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de esa Administración, como tantas veces hemos declarado, han de calificarse de contratos administrativos atípicos, siendo inconcuso que en el casus datus sí existe esa vinculación al giro o tráfico específico de esa Administración contratante y que los proyectos se encaminaban a satisfacer de forma directa una finalidad pública propia de la misma, no debiendo omitirse que en nombre de cada Administración o entidad pública el órgano de contratación competente se determina por las normas correspondientes. En este sentido, es de recordar que en el marco de la Administración General del Estado, el artículo 316 de la LCSP atribuye la competencia en general a Ministros y Secretarios de Estado, entre otros organismos..., aunque en ocasiones respecto a contratos de carácter plurianual o de valor superior a 12.000.000 de euros se exige la autorización del Consejo de Ministros, antes de la comprobación del expediente de contratación, lo que se menciona como obiter dicta. No se debe preterir, por un lado, que el contrato de servicios tiene por objeto prestaciones consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro (vide art. 10 del precitado cuerpo legal) y, por otro, que los contratos de obras, servicios y suministros, entre otros, están sujetos a regulación armonizada, siempre que alcancen los umbrales económicos fijados por los Directivas de la Unión Europea, lo que se traduce en una garantía reforzada de publicidad y de igualdad en la adjudicación de los contratos, principios que, junto a los de transparencia y proporcionalidad, recogidos en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, perfilan los contornos de la contratación pública tan impregnada por la legislación comunitaria por su imbricación con las libertades de circulación de mercancías, establecimiento y servicios. En otro orden de cosas, es de recordar que la vinculación que existe entre los proyectos y la construcción de las fábricas plasmadas en el acuerdo de 16/10/2018, documento nº 17 de la demanda, para la constitución de una sociedad mixta rezuma de su estipulación tercera al hablar de "cuyos estudios y construcción se encarga a GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS SL".

2º) La necesidad de que la contratación administrativa responda a los objetivos de interés público para los que se instrumenta, ya atisbada en las sucesivas Leyes de Contabilidad y Hacienda Pública, determinó que la legislación española de contratos públicos desde el Real Decreto de 27/2/1852 se refiera a la preparación y adjudicación de los contratos, así como que la Administración se reserve algunas prerrogativas o facultades exorbitantes. Además, es que respecto de los contratos privados las entidades que las celebran están sometidas, en defecto de normas específicas, a las de la LCSP y las que desarrollan dicha Ley en cuanto a su preparación (decisión de contratar por el órgano competente, autorización del gasto, aprobación de los pliegos de cláusulas o bases o criterios de contratación) y a su adjudicación, y sólo en cuanto a sus efectos y extinción dichos contratos se rigen por el Derecho privado civil o mercantil; distinción entre contrato administrativo y contrato privado que se remonta al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1954.

3º) La parte apelante pone en tela de juicio la aplicación de la normativa guineana en materia de contratos públicos destacando, en primer término, una supuesta incoherencia intrínseca de la sentencia recurrida, donde, tras afirmar la aplicabilidad de la Ley de Contratos del Estado para negar eficacia a los encargos realizados ante la inobservancia de los procedimientos en ella establecidos, se refiere el Juzgador a quo más adelante a los documentos 16 de octubre de 2008 (documento nº 17 de la demanda) y 26 de noviembre de 2011 (documento 65), como documentos contractuales con eficacia obligacional, entendiendo la parte apelante que se parte de la premisa errónea de estar en presencia de una controversia de naturaleza administrativa, enfoque que permanece en la superficie del problema con argumentos como : 1) que el propio órgano judicial a quo en auto de 5/9/2016 calificó el litigio como transacción mercantil, como también este Tribunal, 2) que no estamos ante un contrato administrativo por su objeto de lo que se contrató, su clausulado y procedimientos



previstos contractualmente para exigir el cumplimiento de lo pactado, o el comportamiento adoptado por la parte demandada, o desde la óptica de las exorbitancias o singularidades que caracterizan tales contratos, al no haber previsto la elaboración de un pliego de condiciones generales ni particulares, ni se respetaron los principios de publicidad y concurrencia, ni se especificó procedimiento administrativo de ninguna clase, alegatos que por sí mismos evidencian una contratación totalmente alejada a cualquier regulación legal sea española sea guineana, lo que revela la sinrazón del reproche.

Se ha dejado ampliamente razonado que estamos ante unos contratos administrativos, ya que han de reputarse tales, dicho está, al margen de los contratos típicos de obras (cuyo objeto principal ha de ser una obra, cual puntualizó la sentencia del TJUE de 10 de junio de 2014, Impresa Pizzarotti) o servicios, entre otros, todos aquellos contratos distintos a aquéllos, pero vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad específica de la competencia de aquélla, lo que deviene incontestable en el supuesto litigioso, aunque se silencie en el escrito redactado al socaire del artículo 458 de la LEC, como también en la demanda, donde también se deja a la sombra que en España todo contrato de las Administraciones públicas, no de otras entes del sector público, ya sea administrativo o privado, debe adjudicarse previa la tramitación de un expediente de contratación; regla general que sólo admite la excepción de la contratación de carácter de emergencia ante situaciones de grave peligro o catastróficas en una regulación al respecto parecida a la ya consagrada en la Ley de Contratos del Estado de 1965. Cual es apodíctico, ningún expediente de contratación se ha seguido en el supuesto enjuiciado con todas las implicaciones jurídicas que ello comporta. Consiguientemente, si estamos en presencia de contratos administrativos, habrá de subsumirse los acuerdos a que se circunscribe el procedimiento originador ora en el ámbito de operatividad de la Ley de Contratos del Estado de 23/4/1965 y su Reglamento, aplicables en Guinea Ecuatorial, ora en Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, posteriormente modificada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido, entre otros textos legales cuya cita se hace ociosa por innecesaria para el enjuiciamiento.

La circunstancia de que se haya calificado tanto por el órgano judicial a quo como por este Tribunal como transacción mercantil las celebradas entre las partes contendientes, dados los términos a que se contrajo la apelación frente al auto proferido el día 5/9/2016, en manera alguna obsta a su calificación como administrativa. La Ley orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones celebradas en España, contiene una definición de "transacción mercantil asaz lata, al conceptuar como tal a "cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo". Para determinar si un contrato o transacción es una transacción mercantil, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad... in fine". No aparecen excluidos los contratos administrativos de arrendamiento obra o de servicios, sino embebidos literalmente en la definición proporcionada de transacción mercantil y, acordemente con esa incardinación, el artículo 9 del mismo texto legal erradica la posibilidad de que el Estado extranjero pueda hacer valer su inmunidad ante los órganos judiciales españoles en relación a los procesos relativos a transacciones mercantiles celebradas por dicho Estado con personas físicas y jurídicas que no tengan su **nacionalidad**, salvo que se trate de transacción mercantil entre Estados o las partes hayan pactado expresamente otra cosa, lo que no es el caso. La exégesis del apartado 2 del artículo 9 abunda en la conclusión que hemos dejado expuesta. Que los contratos administrativos que se celebren por empresas españolas con terceros Estados encuentran cobijo y se enmarcan en el artículo 9 de la Ley 16/2015 no debe suscitar duda hermenéutica alguna y, por ende, tampoco en el supuesto sometido a nuestra consideración por mor del recurso de apelación interpuesto. In noce, se engloba bajo la rúbrica "transacción mercantil" tanto prestaciones de naturaleza civil lato sensu como otras de naturaleza administrativa, por lo que no puede traerse a colación el argumento de que la controversia no puede tener naturaleza civil a efectos de determinar la existencia o no de inmunidad jurisdiccional y simultáneamente administrativa a efectos de determinar la legislación aplicable, siendo así que se trata de dos aspectos ontológicamente diferenciables, a saber, la inmunidad jurisdiccional y la legislación aplicable a unos pactos, lo que se ve corroborado con la lectura del artículo 2 del preindicado cuerpo legal, cual queda dicho.

El aserto que rechaza la existencia de contratos administrativos, al no haberse previsto la elaboración de un pliego de condiciones generales, ni haberse respetado los principios de publicidad y concurrencia, ya previstos en la Ley de Contratos del Estado de 1965, ni haberse sometido los pactos a informe por parte de la Junta C de Contratos, cual es patente, no resiste el menor embate dialéctico, ya que con ello lo que se viene a reconocer de forma explícita es que no se han cumplido esos requisitos esenciales, como tampoco lo resiste la conclusión a que llega la parte apelante en términos de excluir la Ley de Contratos del Estado y aplicación única del Código Civil. Lo que al Juzgador a quo llama la atención es la adjudicación directa de proyectos a una sociedad sin ningún tipo de procedimiento administrativo previo, así como la falta de toda



justificación a la hora de proceder de esta manera, ni formalización especial. Sin embargo, la consecuencia jurídica no es la negación de la naturaleza de contratos administrativos a los referidos en el documento 17 de la demanda, sino, antes al contrario, de su eficacia jurídica. Otro entendimiento conllevaría que todos los contratos administrativos dejarían de serlo y perderían su naturaleza en el supuesto de que no se acomodaran en su preparación o adjudicación al procedimiento de contratación legalmente establecido, lo que, además de ser un absurdo jurídico, contravendría abiertamente el ordenamiento jurídico administrativo, lo que no es en absoluto desdeñable. En suma, la calificación de un contrato como administrativo no proviene de la pormenorización de prerrogativas o poderes exorbitantes de la Administración Pública en el contrato, sino de su calificación legal y finalidad perseguida por el ente público contratante en el marco de las competencias atribuidas legalmente. Que en el escrito de contestación a la demanda se haya orillado toda referencia a la existencia de contratación administrativa nada empece, si la contratación administrativa afecta incluso al orden público comunitario por su imbricación con las libertades fundamentales ya referidas entronizadas en el TFUE, al margen de que esa omisión también es predicable de la demanda originadora de la litis, donde, además del CC, se aludió a dos reglamentos adoptados por la Unión Europea en el seno de la cooperación judicial civil con base jurídica en el artículo 81 del TFUE, olvidando que todos los reglamentos comunitarios aprobados en dicho ámbito pivotan en la existencia de un elemento transfronterizo, pero intracomunitario, como conditio sine qua non para su aplicación, presupuesto que no se llena en el supuesto controvertido, al no ser la parte demandada miembro de la Unión Europea, como también excluyen aquéllos de su radio de acción las materias administrativas.

SEGUNDO.- La misma suerte inestimatoria ha de correr la alegación segunda, rubricada "encargo de proyectos de 16 de octubre de 2008". En la misma se pone el acento, en primer término, en una supuesta falta de sintonía en el razonar judicial, al referirse a la aplicabilidad de la normativa de Derecho Público, reprochando la inobservancia de prescripciones establecidas en la misma, por un lado, y por otro, reconocer en el Fundamento V la validez, eficacia y fuerza obligacional del contrato de 16/10/2008, al igual que respecto al documento 26/11/2011, por el que la parte demandada encargó la elaboración de un segundo grupo de proyectos, esto es, los relativos a Djiblohó -Oyala, reproduciendo la línea argumental ya trazada en la demanda y parcialmente determinadas cláusulas de los contratos de 16/10/2008 y 19/12/2008, resaltando la conculcación del artículo 1282 del Código Civil, la aprobación de los proyectos por parte de la demandada y validación por la Sociedad Mixta Incogesa y la existencia de facta concludentia. Independientemente de que en modo alguno la sentencia podría declarar una nulidad de actos administrativos separables o de contratos de idéntico nomem iuris por falta de competencia, a diferencia de la objeción que parece formularse por la parte apelante, habida cuenta de la inmisión jurisdiccional que ello supondría, tras señalar esas supuestas irregularidades administrativas, la sentencia discutida analiza desde una perspectiva jurídica distinta, esto es, la que ha de asignarse desde la órbita del Derecho Privado a dichos contratos, caso de que lo fuesen y ad omnem eventum, extrayendo unas conclusiones que, al no haberse ensombrecido, han de quedar incólumes, lo que es predicable asimismo de los proyectos relativos a Djiblohó-Oyala, e incluso con mayor razón, toda vez que el documento nº 65 de la demanda tan sólo plasma la notificación de la resolución de adjudicación a la empresa Nueva Edificación 2000 del Grupo FHE "el Proyecto de Construcción de viviendas y de Urbanización una Zona Moderna para una capacidad de 15.000 habitantes y demás equipamientos urbanos en la Ciudad Administrativa de Djiblohó-Oyala", mera resolución de adjudicación que no comunicación puede adjetivarse de contrato ni contiene los elementos esenciales de un pacto, lo que se trae a colación a mayor abundamiento y soslayando la total inobservancia de prescripciones administrativas, al margen de no alcanzarse a entender cómo se procedió, pese a esa imprecisión, por la parte actora a la elaboración y posterior entrega el 30/7/2012, máxime cuando los proyectos recepcionados el 19/12/2008 no habían sido abonados ni devueltos. Ninguna referencia se contiene, dicho está, en esa adjudicación, y no se aducen pactos complementarios, sin que, por lo demás, exista reenvío alguno a los pactos de 16/10/2008 y 19/12/2008, ni nada permite efectuarlo, lo que es extensivo al propio documento de entrega de proyecto (documento nº 19 de la demanda), sin que modo alguno pueda redargüirse la existencia de un pacto por el hecho de haberse reflejado en el documento preindicado "La totalidad de dichos proyectos se recibe a los efectos y con el alcance previsto en el contrato entre las partes el pasado 16 de octubre de 2018.....in fine", al no poder hacerse tabla rasa de la dualidad de contenido en lo atinente a las fábricas y promoción de viviendas.

En el acuerdo para la constitución de una Sociedad Mixta, de 16/10/2008, cuyo objeto se señala en su estipulación 1ª, esto es, "establecer las bases para la constitución de una Sociedad Mixta para la promoción y explotación de determinadas fábricas en la zona de influencia de Malabo y Bata", ciertamente se contiene en la estipulación IV la obligación de la Sociedad Mixta de "obtener un encargo en firme del Gobierno de la República de Guinea Ecuatorial para la promoción de 20.000 viviendas llave en mano en el ámbito nacional de Malabo, Bata y otras ciudades... in fine", pero, excepto esa referencia, todo el documento versa sobre las fábricas, en concreto el encargo al GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS, S.L. de realizar estudios técnicos y proyectos definitivos de las fábricas en lo que respecta a las construcciones de las



naves, maquinaria, instalación, maquinaria accesoria de servicio, etc., pormenorizándose que los proyectos definitivos comprenderían la memoria explicativa, planos, información técnica, el desglose de todas las partidas, maquinaria, accesorios, etc. y su precio, así como el procedimiento a seguir entrega de los proyectos definitivos que deberían ser estudiados y validados en el plazo de 45 días por la parte demandada, lo que ya per se evidencia que no eran definitivos, ni se compadece dicha calificación con la definición efectuada por varios testigos que intervinieron en los proyectos, en términos de que aquéllos pertenecen a una fase posterior a todo proyecto de ejecución e incluso a la ejecución de la obra.

Mal conhesta ese exigüo lapsus temporal en que supuestamente se confeccionaron los proyectos que fueron entregados en el mes de octubre con el tiempo de dedicación de los testigos que intervinieron en esos proyectos, esto es varios, años. En este sentido D. Severino, arquitecto que se incorporó a los proyectos de Oyala, declaró "mi labor fue acción técnica de coordinación de los proyectos por decirlo así. En las provincias de Bata y Malabo yo no actúe. Yo fuí en los de Oyala donde me incorporé y estuvimos allí un par de años. En el mismo sentido se inscriben las declaraciones de Dña. Yolanda, al manifestar "estuvimos mucho tiempo, años trabajando en Guinea en proyectos pero con exactitud no lo sé", "sé que estuvimos años trabajando en general en proyectos en Guinea, pero no sé decir las fechas exactas porque no lo recuerdo", todo lo que mal se compadece con el informe de LAHMEYER INTERNATIONAL contraído a los proyectos de fábricas.

Téngase en cuenta que en dicho plazo de 45 días el Gobierno de la República de Guinea Ecuatorial debería analizarlos, aceptarlos o emitir sus observaciones sobre las modificaciones que estimasen oportunas. Sin embargo ni los ha aceptado ni rehusado de forma expresa, como tampoco presentado observaciones sobre las modificaciones que entendiesen pertinentes, lo que quizás no sea muy loable, como tampoco que se estableciese un plazo tan exigüo para el estudio y validación por la parte ahora demandada, por lo que no es de extrañar que el día 10/4/2009 el Sr. Jose Luis, firmante del acuerdo de 16/10/2008 para la constitución de una sociedad mixta, enviase un fax haciendo constar que "el conjunto de Documentos Técnicos que harán posible la ejecución prevista del Proyecto están siendo analizados y evaluados pericialmente como arriba hemos señalado.... In fine", al tiempo que se añadía que "hemos decidido contratar los servicios de una Consultoría Internacional para la peritación de los equipos, máquinas, así como la evaluación de los Proyectos que han sido concebidos" (documento nº 34); peritación que se tornaba en algo necesario si la demandada no contaba con los medios para su evaluación, ya que, en otro caso, como es paladino, no habrían encargado tan ingente número de Proyectos, como se trasluce tanto de los testigos intervinientes en el acto del juicio, como del propio componente fáctico de la demanda (Hecho XI), glosando la carta remitida por la demandante, en que se informaba sobre la terminación de otros Proyectos distintos a aquéllos a que se refiere el objeto de la demanda.

Es de recordar, por lo demás, que en el Hecho VI de la demanda se relata el documento de entrega de Proyectos, documento nº 19, detallando hasta un total de 15 Proyectos, de los que tan sólo uno se constreñía a "Proyectos Técnicos Básicos y de Ejecución de las Fábricas relacionadas con el Acuerdo Marco de fecha 16 de octubre de 2008". Pues bien, en el Hecho VI de la demanda se afirma que el 19 de diciembre de 2008 la demandante hizo entrega a la demandada de los Proyectos relacionados con el documento transcrito "Como puede apreciarse, entre los Proyectos que se entregaron se encontraban los relativos a los Polígonos Industriales y Fábricas de Malabo y Bata a que el Acuerdo de 16 de octubre expresamente se refería. Pero también figuraban como entregados otros distintos de estos cuya preparación, como decimos, encargada a mi patrocinada en dicha fecha, pese a no recogerse de manera escrita en el documento contractual de 16 de octubre de 2008", y podría añadirse en cualquier otro documento; Acuerdo de Voluntades respecto a todos estos Proyectos reseñados en el documento nº 19 de la demanda que, excepción hecha del atinente al Acuerdo de 16/10/2008, están ayunos de todo refrendo probatorio, lo que cristaliza en el rechazo de la demanda respecto a la casi totalidad de los Proyectos con cuyo asidero jurídico se postuló en la misma, quedando, por ende, limitada la prosperabilidad de las acciones entabladas en lo que concierne a los proyectos de las fábricas aludidas en el documento nº 17 de la demanda, "cuya inversión en ningún caso superaría los 700.000.000 de euros (SETECIENTOS MILLONES DE EUROS) el coste exacto se justificaría a través de los estudios técnicos detallados y los Proyectos de Ejecución" como se puntualizó en dicho documento.

En absoluto se han conculcado los artículos 1282 y 1283 del CC, al excluir todos los Proyectos relativos a las viviendas a que se refieren los documentos 21, 22, 24 y 25, ni puede hablarse de facta concludentia, ni existió aprobación alguna por parte de las autoridades de la República de Guinea, ni puede colegirse conformidad con lo pactado, dadas las circunstancias concurrentes ya mencionadas, al margen de que al encargarse una auditoría o peritación independiente lo que puede desprenderse es precisamente todo lo contrario a una conformidad con los Proyectos recibidos, por lo que hablar de facta concludentia o de declaraciones tácitas de voluntad son asertos carentes de toda solidez.

Obviamente la parte ahora apelante no ha alegado la existencia de silencio administrativo positivo, ni sería alegable en esta jurisdicción, por más que en el fondo de la tesis preconizada por la parte recurrente lo que



subyace es el designio de que se conceda efectos al mutismo de la parte demandada al no responder ante la entrega de los Proyectos, olvidando el número tan elevado de Proyectos entregados y la propia respuesta de D. Luis Francisco ya parcialmente transcrita, al margen de que el instituto jurídico del silencio administrativo positivo dista mucho de haber recibido el tratamiento jurídico más adecuado en las últimas reformas de la Ley de Procedimiento Administrativo, supuesto que, pese al tenor del artículo 24 de la LPACAP (en lo concerniente a las cuestiones relativas a la ejecución, consumación y extinción de los contratos administrativos vide de Disposición Final 3 de la LCSP), existe tan elevado número de excepciones a la regla general prevista en dicho precepto que dificulta la actuación de los administrados afectados, siendo incluso poco esclarecedoras las sentencias del Tribunal Constitucional, salvo en lo referente a la necesidad de que la Administración resuelva en todo caso, lo que no dejan de ser meras fisuras en el muro inexpugnable del instituto jurídico del silencio administrativo que, a buen seguro, el Tribunal de Justicia de la Unión más tarde o temprano acabará por hacer tambalearse por los escollos que reviste para la eficiencia de la justicia administrativa.

No puede contraargumentarse frente a la sentencia recurrida el informe de la entidad de Ingenieros Consultores LAHMEYER INTERNATIONAL. El mismo (que mal se comparece con las manifestaciones del perito de la parte demandante respecto a que son proyectos de ejecución al contener todo lo necesario para ponerlos en obra) está orientado, como se lee en sus conclusiones, a los aspectos básicos de la concepción de diseño, concretamente los aspectos más esenciales de la planificación, tomando en consideración sólo el estado de planificación actual, puntualizándose que se desconocían a la sazón la ubicación exacta del sitio de las obras para el Polígono Industrial y, consiguientemente, las condiciones ambientales, geológicas, sismológicas y de viento que "una vez se comuniquen oficialmente el sitio exacto de las obras y sus respectivas condiciones ambientales, la concepción de diseño serán probablemente objeto de cambios. Subsecuentemente, se esperan cambios en relación a la propuesta de cimientos de diseño estructural, climatización, ventilación y drenaje pluvial". Por lo demás, las recomendaciones más importantes son: "ejecución de un estudio geotécnico, una vez la ubicación del sitio sea conocido, ejecución de un estudio meteorológico una vez conocida la ubicación del sitio y aseguramiento de un suministro fiable de energía eléctrica y agua para las diferentes fábricas, lo que evidencia la escasa virtualidad práctica de los proyectos, conclusión similar a la que se deduce de la ratificación del perito de la parte demanda D. Pedro Miguel en el acto del juicio, y que reproducimos sustancialmente no sólo por su contundencia, sino también por cuanto que ni siquiera se ha intentado eclipsar en dicho acto ritual por la dirección letrada de la parte actora, como se traduce de las aclaraciones inanes recabadas en dicho estadio procesal.

D. Pedro Miguel precisó en orden a los proyectos de Bata y Malabo, las fábricas, que "los proyectos de urbanización en concreto no hacen referencia a un planeamiento urbanístico que deban llevar a cabo. La legislación urbanística a la que se hace referencia en estos proyectos, especifica claramente, que un proyecto de urbanización es la última fase, digamos, del proceso urbanístico que lleva a la práctica planeamientos urbanísticos previos. No existen referencias a esos planeamientos urbanísticos. No existe una definición precisa de la localización donde se van a realizar estos proyectos de urbanización." "Tampoco hay planos topográficos de la zona en que se van a implantar estos proyectos y, en cuanto a las fábricas, pasa un poco parecido, no están referidas a una parcelas con una referencia clara del terreno, del lugar en que se van a implantar, no ha planos topográficos". "No hay referencias urbanísticas que permitan comprobar que se cumplen con la legislación existente". "Hay unos cálculos de cimentación que no están basados en estudios geotécnicos que determinen el tipo de cimentación. Son unos cálculos tipo, digamos, sin estar basados en la realidad del terreno. Podría ser esa cimentación u otra distinta, si los cálculos del estudio geotécnico dieran unos valores que existiera otro tipo de cimentación. Que son (unos cálculos) generalistas, estimaciones por llamarlo de alguna manera". "En cuanto a los cálculos "de estructura ya de las propias fábricas, en la mayoría de ellos se hace referencia a solicitudes y acciones. Por ejemplo, en el caso del viento de localizaciones de la geografía española, no específicas del territorio en que se van a implantar en Guinea Ecuatorial". Asimismo puntualizó que "para los proyectos de urbanización no existen planos topográficos de las parcelas, ni puede determinarse la viabilidad geométrica a ciencia cierta, que no existen planos de situación integrados o referenciados a un territorio preciso, no están imbricados con la estructura del entorno, por ejemplo. No se puede garantizar que la estructura corresponda a un terreno concreto. De hecho en el proyecto de Malabo ni siquiera existe un plano de situación que lo referencie a un lugar, o alguna parte. Que un presupuesto se realiza en base a unas mediciones de los distintos elementos que componen el proyecto, con lo que esas mediciones tienen que estar basadas en una documentación fiable y medible por decirlo de alguna manera. Que en el tema de movimientos de tierra el que no haya estudios o levantamientos topográficos nos hace dudar que esas mediciones sean correctas, y luego en cuanto a la valoración de los precios, es imprescindible, y así la legislación así lo exige, la existencia de precios descompuestos que vienen a determinar todos los precios menores que intervienen en una partida concreta, con lo que, sin la existencia de precios descompuestos, el presupuesto no podemos decir que sea fiable o certero y, por tanto, desde nuestro punto



de vista no deberíamos utilizar el presupuesto de construcción como referencia para calcular los honorarios porque entendemos que el punto de partida no es fiable".

El perito aludido, por lo demás, partiendo de que los proyectos no disponen de la documentación imprescindible que debe contener un proyecto de ejecución en conjunción con el nivel de desarrollo que reviste, los asimiló a anteproyectos, porque "aunque es cierto que se hayan incorporado documentos de un proyecto de ejecución, como faltan otros muy importantes, e incluso imprescindibles, no podemos considerarlo como proyecto de ejecución", descartando, en otro orden de cosas "que estemos en presencia de proyectos genuinos (los realizados para un lugar concreto", sino, antes al contrario, anteproyectos de repertorio, los situados en otra localización y que se reutilizan y se pretenden implantar en un territorio concreto, lo que apoyó en que "el hecho de que las memorias de cálculo de estructuras se mencionan localizaciones de la geografía española hace parecer evidente que son proyectos que se han tomado de otros sitios y no se han logrado adaptar al sitio concreto", pormenorizando que, por un lado, " nos ha sorprendido que no aparezca nunca referencia a normativa de Guinea Ecuatorial. Luego las referencias que hay a nivel nacional español, posee referencia a una Comunidad Autónoma y, por otro, en punto a la ubicación de dos bloques residenciales con descripción idéntica en la memoria (documento 23 de la demanda) Uno, que contempla para las fábricas de Bata y otro para las de Malabo, que esta incongruencia en la descripción que figura en la memoria de ubicación donde se van a desarrollar los proyectos de urbanización de Malabo tanto para las viviendas como las fábricas la descripción es idéntica, lo que da la sensación de que se va a construir en el mismo sitio las fábricas y las viviendas".

A las repreguntas formuladas por la dirección letrada de la parte actora el perito precitado abundó en esas conclusiones, algunas, por lo demás, palmarias, resaltando: 1ª Los proyectos de urbanización al ser tales proyectos de ejecución tienen que basarse en normativa de planeamiento urbanístico, no estando amparados los proyectos por un planteamiento urbanístico que llevar a cabo. 2ª En los propios proyectos de dicen que se cumplirá la normativa urbanística guineana. 3º Que los estudios geotécnicos son un documento imprescindible, porque sin estudio geotécnico no se sabe cómo se va a calcular esa cimentación y puede dar una cimentación que haga que el edificio se caiga. El hecho de no comenzar un proyecto o comenzar un proyecto sin un estudio geotécnico o con la estimación de una cimentación puede hacer que esa cimentación no sea válida, y en vez de zapatas, haya que hacer pilotes, y que hay una incertidumbre de que esto que se ha proyectado se pueda llevar a la práctica tal y como se ha proyectado. 4º Que no existe documentación que garantice que esos proyectos se puedan desarrollar tal y como han sido entregados sin cambios considerables y 5º Que no hay información suficiente para poder determinar que los proyectos que se han elaborado sean realista, desconociendo cuál es su importe. En resumen, si los proyectos con cuya apoyatura se accionó en la demanda presentan un carácter más bien genérico y adolecen de las deficiencias que se han dejado expuestas, especialmente la falta de fundamento en un planeamiento urbanístico concreto o las carencias de estudios geológicos, planos topográficos de las zonas en que se van a implantar esos proyectos y estudios de esta naturaleza, todo ello diafaniza su carácter esencialmente teórico y, por ende, la insusceptibilidad de una puesta en ejecución sin esa previa determinación de todos los elementos necesarios, ya destacados en el informe pericial presentado por la parte demandada, lo que cristaliza en la imposibilidad de poder aceptar no ya el coste total del presupuesto de ejecución preconizado en la demanda, sino también cualquier otro, pese a que ello constituye elemento de capital relieve, dado el vacío demostrativo existente. El propio perito de la parte demandante manifestó en el acto del juicio, por una parte, que el coste de ejecución es el que figura en los propios proyectos, que es fruto de operaciones matemáticas, es decir, las mediciones y presupuestos de todos los capítulos y partidas que componen los proyectos, y, por otra, que él no ha efectuado mediciones, (" no es mi misión, no es el encargo que yo tengo"), insistiendo asimismo en el acto del juicio "la cifra no la recuerdo en su totalidad por tratarse de una cifra muy compleja. Podría rondar los 15.000.000.000 ó 20.000.000.000 millones de euros" y que no ha efectuado mediciones por la razón predicha; razonamientos que aparejan el inadogimiento del recurso y a fortiori de la demanda en las dos pretensiones ejercitadas, sin necesidad de motivación complementaria, ni de dar contestación a todos los alegatos que conforman la discrepancia con la sentencia proferida en la primera instancia, al ser su tratamiento claudicante meramente tributario de cuanto se ha dejado expuesto.

TERCERO.- Consecuencia del perecimiento del recurso no ha de ser que, a tenor del artículo 398 de la LEC, se impongan a la parte apelante las costas procesales originadas en este grado jurisdiccional, al subyacer serias dudas fácticas, particularmente si los proyectos entregados pudieron ser de alguna utilidad para la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS



Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a MARÍA DEL CARMEN OTERO GARCÍA, en representación de GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS, S.L., frente a la sentencia dictada el día 29 de marzo de 2019 por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la resolución indicada, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2577-0000-00-0572-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala nº 572/2019, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.