



Roj: **AAP M 1500/2017 - ECLI:ES:APM:2017:1500A**

Id Cendoj: **28079370102017200128**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **26/04/2017**

Nº de Recurso: **1133/2016**

Nº de Resolución: **149/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MARIA PRIETO FERNANDEZ-LAYOS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

C/ Ferraz, 41, Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933917

37007750

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

Recurso de Apelación 1133/2016

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

Autos de Procedimiento Ordinario 394/2016

APELANTE: GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS SL y GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS SL

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL CARMEN OTERO GARCIA

MINISTERIO FISCAL

MAGISTRADO: ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA PRIETO Y FERNÁNDEZ LAYOS

A U T O N° 149/2017

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D JOSÉ MARÍA PRIETO Y FERNÁNDEZ LAYOS

D. GUILLERMO CORTÉS GARCÍA MORENO

En Madrid, a veintiséis de abril de dos mil diecisiete.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre Procedimiento Ordinario 394/2016 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid, seguidos a instancia de GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS SL y GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS SL, como apelante- demandante, representado por la Procuradora Dña. MARIA DEL CARMEN OTERO GARCIA y defendido por Letrado, con la intervención del Ministerio Fiscal.

Siendo Magistrado Ponente D. JOSÉ MARÍA PRIETO Y FERNÁNDEZ LAYOS

HECHOS



PRIMERO. Por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, en fecha 5 de septiembre de 2016, se dictó auto , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente :

" DISPONGO: Que, PROCEDE declarar la incompetencia de este juzgado para el conocimiento de la presente demanda interpuesta por GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS SL presentó, demanda contra la REPÚBLICA DE GUINEA ECUATORIAL, por existir un acuerdo bilateral suscrito entre el Reino de España y la República de Guinea Ecuatoria de 22 de noviembre de 2003, que atribuye el conocimiento del presente asunto a los Tribunales de la República de Guinea Ecuatorial, o bien a cualquiera de los tribunales de **arbitraje** o resolución de conflictos que se prevén en el mismo ."

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 14 de marzo de 2017, 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 4 de abril de 2017

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Contra el auto de instancia que, en el sentido que se recoge en el primero de los hechos consignados *ut supra* , declara la incompetencia del Juzgado de procedencia para el conocimiento de la demanda origen de las presentes actuaciones, en base a determinadas consideraciones de las que se hará mención, por su relación con este trámite impugnativo, en los siguientes apartados, se interponen recurso de apelación por la parte actora y escrito de impugnación por el Ministerio Fiscal, cuyos motivos son los que se van a pasar a analizar seguidamente, no aceptándose por esta Sala el razonamiento jurídico cuarto asentado en aquella resolución judicial en todo lo que se oponga a lo aquí argumentado.

I. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS, S.L.

SEGUNDO. Después de hacer una serie de consideraciones preliminares sobre las infracciones cometidas y la demanda planteada, que como tales carecen de naturaleza impugnatoria alguna, alega la parte apelante en su recurso diversos motivos que convergen en una misma denuncia, cual es la infracción legal.

Estos motivos, que se van a examinar conjuntamente dada su conexión jurídica, deben estimarse en esencia sin perjuicio de las matizaciones que ahora se dirán.

Esta Sala comparte el criterio desarrollado en el auto impugnado en orden a considerar aplicable en el presente asunto el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea Ecuatorial para la promoción y la protección recíproca de inversiones, hecho en Malabo el 22 de noviembre de 2003, de manera que el dato de "que la inversión no llegase a ejecutarse en la forma convenida, no impide la aplicación de dicho convenio bilateral que lo que pretende es favorece la "perfección de contratos de inversión entre ambos Estados, y precisamente establece distintos fueros para el caso de que surjan problemas durante la "consumación o ejecución de dichas inversiones, por ello el Acuerdo se denomina "Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones". A este respecto, no puede obviarse que si bien las normas han de interpretarse "según el sentido propio de sus palabras", de conformidad al dictado del artículo 3.1 del CC , como recuerda la parte apelante, no es menos cierto que según tal precepto deben serlo "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", que es lo que ha tenido en cuenta la resolución judicial recurrida. Así, cuando el artículo 1.1 del Acuerdo menciona que "por "inversor se entenderá cualquier nacional o cualquier sociedad de una de las Partes Contratantes que realice inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante", o cuando el artículo 1.2 afirma que "por "inversiones se designa todo tipo de activos [...], incluyendo en particular [...] derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados [...] en virtud de un contrato [...]", se está definiendo claramente el caso de autos. Efectivamente, la pretendida relación obligacional dimanante de las actuaciones no se limitaba a la elaboración de proyectos arquitectónicos, sino también a su materialización en Guinea Ecuatorial, por lo que no puede reducirse el término "inversión" solamente a esta segunda parte, como pretende la apelante, sino a ambas en su conjunto. Y dado que los proyectos se realizaron y su finalidad era la de ejecutarlos en ese país, aunque a la postre ésta se frustrara, considera el Tribunal que el espíritu del Acuerdo deviene notoriamente aplicable al presente asunto, justificándose precisamente su existencia para solventar este tipo de frustraciones. Así lo entendió la propia parte recurrente cuando se sometió en su momento a lo dispuesto en el artículo 11 del citado convenio acudiendo al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

Relativas a Inversiones (CIADI) -documento número 87 de la demanda-, sin que pueda alegar ahora, sin mayor argumentación, que lo hizo "de forma equivocada por cierto".

Sin embargo, aunque el Acuerdo devenga aplicable al caso en litigio, esto no quiere decir que la Sala comparta el criterio consecuente que de ello deduce el auto impugnado, es decir, la atribución del asunto a los tribunales de la República de Guinea Ecuatorial o al **arbitraje** internacional. En efecto, hemos de tener en cuenta que el artículo 11.2 del convenio, afirma que "[...] la controversia podrá someterse, a elección del inversor, a: los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o a un tribunal de **arbitraje ad hoc** establecido conforme a las Reglas de **Arbitraje** de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); o al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) [...]; o a un tribunal de **arbitraje** establecido conforme a las reglas de **arbitraje** de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA)". Esta dicción parece ofrecer una mera opción, no ya de elección de uno de los fueros establecidos, como resulta evidente, sino del propio sometimiento o no a esa posibilidad de elección. Nótese que no dice "se someterá" o "deberá someterse", sino "podrá someterse". En este sentido, y de interpretarse así el precepto, la parte actora está en su libre derecho de articular la demanda ante el Juzgado en que lo ha hecho al haber optado ahora por no someter el conflicto a ninguno de los tribunales o centros fijados en dicho precepto y hacerlo ante el citado órgano judicial una vez comprobada su competencia. Ahora bien, aunque la interpretación no fuese esa y sí la integrada por considerar que el citado artículo 11.2 se refiere a la necesidad -no posibilidad- del sometimiento a uno de los fueros allí determinados, lo cierto es que la parte demandante ya ha sometido la controversia al CIADI, cumpliendo con la disposición antedicha en su naturaleza alternativa. El hecho de que el mencionado Centro resolviese que "no tiene jurisdicción respecto a la controversia planteada ante él en el marco del presente **arbitraje**", a la vez que determina una decisión que no puede ser objeto de revisión (a pesar de las críticas vertidas en el auto recurrido sobre el particular), no impide en manera alguna dar por cumplido el precepto, ni exige, como plantea el Juzgado *a quo*, ningún peregrinaje de la parte actora por el resto de fueros prefijados a la espera de que alguno resuelva sobre el fondo del litigio, incluyendo al mismo CIADI por si cambiara de criterio. En eso consiste ciertamente el carácter alternativo -no conjuntivo- del artículo. De esta forma, habiéndose excluido por el propio auto que ahora se apela la inmunidad de jurisdicción y cumplidas las previsiones del Acuerdo bilateral sin que se haya llegado a tomar una decisión sobre el fondo del asunto litigioso, por haber declinado su competencia el CIADI dentro de su autonomía resolutoria, deviene de aplicación sin condicionamientos lo dispuesto en los artículos 21 y 22.octies.3, segundo párrafo, primer inciso (por analogía), de la LOPJ y 36.1 de la LEC, en orden a la ostentación de jurisdicción por parte de los Tribunales civiles españoles para el conocimiento del presente asunto, otorgándose así la debida tutela judicial efectiva al amparo de una doctrina jurisprudencial constitucional que por notoria resulta de innecesaria cita.

II. ESCRITO DE IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL FORMULADO POR EL MINISTERIO FISCAL.

TERCERO. Alega el Ministerio Fiscal como motivo de su impugnación que "una vez descartada la inmunidad de jurisdicción de Guinea Ecuatorial y la aplicación del convenio por cuanto ya se ha pronunciado el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, los Tribunales españoles son competentes en virtud de los artículos 21 y siguientes de la LOPJ, los cuales deben interpretarse a la luz del principio *pro actione*".

El motivo debe estimarse en consonancia con lo argumentado en el anterior razonamiento jurídico.

CUARTO. Estimándose parcialmente el recurso de apelación interpuesto e íntegramente el pedimento de impugnación formulado no procede hacer expresa imposición de costas en esta alzada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, deviene necesario jurídicamente dictar la siguiente.

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales señora doña María del Carmen Otero García, en nombre y representación de Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L., contra el auto de fecha cinco de septiembre de dos mil dieciséis, dictado en las actuaciones de juicio ordinario seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia número veintiséis de Madrid bajo el cardinal 394/2016, así como íntegramente la impugnación de la citada resolución judicial formulada por el Ministerio Fiscal, debemos revocar y revocamos el auto antedicho en el sentido de declarar la jurisdicción y competencia del mencionado Juzgado para conocer del presente asunto, acordando la continuación del procedimiento ante el mismo, sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.



La estimación parcial del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª 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.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala N° 1133/2016, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ