

Juzgado de Primera Instancia Nº 8  
C/ Juan E. Doreste Nº 2  
Las Palmas de Gran Canaria

Procedimiento: Mayor Cuantía  
Nº procedimiento: 0000035/2001  
NIG: 3501630120010026454

## SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a quince de Febrero de dos mil ocho

Vistos por mí, Dña. **Rebeca Castrillo Santamaría**, Magistrado-Juez Sustituta del Juzgado de Primera Instancia Número Ocho de Las Palmas de Gran Canaria y su Partido, los presentes autos de **JUICIO DECLARATIVO DE MAYOR CUANTÍA** número **35/01**, seguidos a instancia de las entidades mercantiles **PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA (PMMT, S.A.)**, **SOCIEDAD ANONIMA DE PROMOCION DEL TURISMO, NATURALEZA Y OCIO (SATURNO)** y el **GOBIERNO DE CANARIAS** representados por el Procurador de los Tribunales D. Alfredo Crespo Sánchez y defendidos por Dña. María Jesús Mesa Hernández, Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, frente a **FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, FCC. CONSTRUCCION, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.**, representadas por el Procurador de los Tribunales D. Oscar Muñoz Correa y bajo la dirección jurídica del Letrado D. Carlos Gallego, D. **RAFAEL BITTINI DELGADO** y D. **SEGUNDO MEDINA SOSA**, representados por la Sra. Procuradora Dña. Ana Teresa Kozlowsky Betancor y bajo la defensa legal del Letrado D. Iñigo Biosca Cotovad, D. **LUIS BITTINI DELGADO**, representado por la Sra. Procuradora Dña. Ruth Arencibia Afonso y bajo la defensa legal de D. Luís Bittini Miret, D. **JAIME CELSO RODRIGUEZ CIE** y D. **PABLO RIVAS VIDAL**, representados por el Sr. Procurador D. Javier Sintés Sánchez, el primero en su propia defensa y el segundo bajo la defensa legal del Letrado D. José Sintés Sánchez, D. **EUGENIO CABRERA MONTELONGO**, en situación procesal de rebeldía, versando sobre acción de resolución contractual, reclamación de cantidad, indemnización de daños y perjuicios, subsidiaria de responsabilidad social e individual y la acción reconvencional formulada por las entidades **FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, F.C.C. CONSTRUCCIÓN, S.A. y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.** frente a **PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA (PMMT, S.A.)** sobre reclamación de cantidad y atendidos los siguientes

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Procurador de los Tribunales D. Alfredo Crespo Sánchez, en nombre y representación de las entidades PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA (PMMT, S.A.), SOCIEDAD ANONIMA DE PROMOCION DEL TURISMO, NATURALEZA Y OCIO (SATURNO) y el GOBIERNO DE CANARIAS, se presentó ante este Juzgado escrito en el que promovió juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A. y D. Rafael Bittini Delgado, D. Luís Bittini Delgado, D. Segundo Medina Sosa, D. Jaime Celso Rodríguez Cíe, D. Pablo Rivas Vidal, D. Eugenio Cabrera Montelongo, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictara sentencia por la que:

1º) Se declare bien resuelto y extinguido el contrato suscrito entre PMMT, S.A. y la UTE-FCC-NECSO, con fecha 24 de Febrero de 1999, consistente en la realización del proyecto, ejecución de las obras y dirección facultativa para llevar a efecto la actuación turístico monumental desarrollando la idea concebida por el artista D. Eduardo Chillida en la Montaña de Tindaya, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración;

2º) Declare la obligación solidaria de FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A. y de la UTE constituida por las mismas de restituir a PMMT, S.A. la cantidad de DOS MIL CIENTO DIECIOCHO MILLONES SETECIENTAS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTAS PESETAS (2.118.737.500) más los intereses legales aplicables durante el periodo que transcurra desde el momento en que las mismas fueron abonadas por PMMT, S.A. hasta su reintegro efectivo, condenándolas a su abono;

3º) Se declare la obligación solidaria de FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A. y de la UTE constituida por las mismas de indemnizar a PMMT, S.A. en la cantidad de MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESETAS (1.680.000.000 ptas.) en concepto de daños y perjuicios, condenándolas a su abono;

4º) Con carácter subsidiario a la pretensión formulada en el apartado 2º precedente, y para el supuesto de que la misma no fuera estimada en su integridad, se declare la responsabilidad social de D. Rafael Bittini Delgado, D. Luís Bittini Delgado, S. Segundo Medina Sosa, D. Jaime Celso Rodríguez Cie, D. Pablo Rivas Vidal, y D. Eugenio Cabrera Montelongo y la obligación de todos ellos de indemnizar a PMMT, S.A.

en la cantidad de MIL NOVECIENTOS SESENTA MILLONES DE PESETAS (1.960.000.000 Ptas.) más los intereses legales aplicables durante el periodo que transcurra desde el momento en que las mismas fueron abonadas por PMMT, S.A. a FCC- NECSO hasta su reintegro efectivo por éstas, condenándoles a su abono de forma solidaria, entre sí y con las entidades mencionadas en el apartado 2º anterior;

5º) Se condene en costas a las demandadas, en cuanto se opusieran a las pretensiones contenidas en la demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda por Providencia de fecha 17 de Enero de 2.001, se acordó emplazar a los demandados, a los que comparecidos, se le dio traslado para contestar a la demanda, lo que verificaron, el Sr. Procurador D. Javier Sintés Sánchez, en nombre y representación de D. Jaime C. Rodríguez Cie y D. Pablo Rivas Vidal, Dña. Eva Olmos Bittini, en nombre y representación de D. Luís Bittini Delgado, D. Oscar Muñoz Correa, en nombre y representación de FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, F.C.C. CONSTRUCCION, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., mediante escritos de fecha 21 de Diciembre de 2.001, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaron aplicables, terminaron solicitando se dictara Sentencia por la que se desestimara la demanda formulada de contrario. Asimismo, por la representación legal de FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, F.C.C. CONSTRUCCION, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A. se interesaba se ordenase la devolución de la garantía hecha efectiva por la contratante, mediante la ejecución de los avales acompañados al acta de efectividad del Contrato de 19 de Abril de 1.999, por importe de 354.882.000 pesetas, con los intereses legales devengados.

Respecto a D. Eugenio Cabrera Montelongo, mediante Providencia de fecha 22 de Noviembre de 2.001 se le tuvo por precluido el trámite para contestar la demanda así como fue declarado en situación procesal de rebeldía.

Mediante Providencia de 8 de Marzo de 2.005 se tuvo por no contestada la demanda en relación a D. Rafael Bittini y D. Segundo Medina Sosa.

**TERCERO.-**En trámite de réplica la parte demandante se mantuvo en los hechos ya invocados e insistiendo en sus pedimentos del escrito de demanda, solicitando el recibimiento a prueba.

**CUARTO.-** En trámite de duplica, las demandadas insistieron en los hechos en la contestación a la demanda que dieron por reproducidos. Recibido el pleito a prueba, se practico toda la propuesta y declarada

pertinente, con el resultado que obra en autos.

**QUINTO.-** Unidas las pruebas a los autos se hizo saber a las partes y, trascurrido el plazo a que se refiere el artículo 678 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que por ninguna de ellas se solicitara la celebración de vista pública, se acordó entregar los autos a las partes por su orden para conclusiones, que evacuaron el trámite, haciéndose constar en sus respectivos escritos los hechos objeto de debate, resumiendo las pruebas practicadas y ratificando los fundamentos de derecho que fueron alegados en sus respectivos escritos y los suplicos de los mismos.

**SEXTO.-** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar Sentencia debido a la extensión de los presentes autos.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En el presente procedimiento y sin perjuicio de las consideraciones que a posteriori deban hacerse, se ejercita por la entidad PMMT, S.A., acción de resolución contractual, reclamación de cantidad e indemnización de daños y perjuicios frente a las entidades FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, F.C.C. CONSTRUCCION, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil interesándose respecto de la Unión Temporal de Empresas y entidades que la misma integran, la resolución del contrato de fecha 24 de Febrero de 1.999 así como la obligación solidaria de las mismas de restituir a la actora, PMMT, S.A. la cantidad de DOS MIL CIENTO DIECIOCHO MILLONES SETECIENTAS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTAS PESETAS ( 2.118.737.500) más los intereses legales de dicha cantidad desde el momento en que fue abonada por PMMT, S.A. a las codemandadas hasta su reintegro efectivo así como la de MIL SEISCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESETAS (1.680.000.000) en concepto de indemnización de daños y perjuicios

Por la parte actora, Gobierno de Canarias, se dice ejercitar acción de reclamación de cantidad frente a FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, F.C.C. CONSTRUCCION, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A. en su condición de garante del contrato de 24 de Febrero de 1.999, mediante aval de 3.000.000.000 pesetas, debiendo no obstante señalarse que no se determina la cantidad que se dice reclamar.

Por último, por PMMT, SATURNO y el Gobierno de Canarias, se ejercita, con carácter subsidiario a la de reclamación contenida en el

apartado 2 del mismo suplico, y para el caso de que la misma no fuera estimada en su integridad, acción de responsabilidad social (en sus modalidades de social e individual) frente a D. Rafael y D. Luís Bittini Delgado, D. Segundo Medina Sosa, D. Eugenio Cabrera Montelongo, D. Pablo Rivas Vidal y D. Jaime Celso Rodríguez Cíe interesando se condene a los mismos a indemnizar a PMMT en la cantidad de MIL NOVECIENTOS SESENTA MILLONES DE PESETAS (1.960.000.000) más los intereses legales aplicables durante el periodo que transcurra desde el momento en que dicha cantidad fue abonada por PMMT a la UTE-FCC-NECSO hasta su reintegro efectivo por éstas, condenándoles a su abono de forma solidaria, entre sí y con las anteriores entidades referidas.

**SEGUNDO.-** Expuestas así las acciones ejercitadas por la parte actora, sin perjuicio del desarrollo de los hechos y fundamentos que avalan las mismas a medida que se vayan analizando cada una de ellas, debe contextualizarse el ámbito del que derivan tomando como punto inexcusable de partida, la idea artística concebida por D. Eduardo Chillida Juantegui en orden a acometer en la Isla de Fuerteventura, y más concretamente, en la Montaña de Tindaya, un Proyecto Monumental Escultórico, cuya relevancia artística y atractivo turístico hizo que el mismo fuera considerado por el Gobierno de Canarias de interés general para la Isla de Fuerteventura y para Canarias en general, asumiendo el ejecutivo la iniciativa para su realización.

Dada la relevancia expresamente manifestada por el Gobierno de Canarias, el mismo, decidió, que la ejecución de dicho proyecto se llevara a cabo a través de una sociedad mercantil creada al efecto, denominada PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA, S.A. (en adelante PMMT), constituida mediante escritura pública de 14 de Marzo de 1.996, otorgada ante el Ilustre Notario de esta ciudad, D. Manuel Emilio Romero Fernández (Núm.Prot. 788). De conformidad con el artículo 2 de los Estatutos sociales de dicha entidad, su objeto social era y es el desarrollo y ejecución del Proyecto Monumental Montaña de Tindaya.

Constituida PMMT, se procedió por el Gobierno de Canarias a iniciar el procedimiento para la licitación y adjudicación del contrato de obra para la ejecución del Proyecto Monumental resultando adjudicatarias del mismo, en su forma de unión temporal de empresas, las únicas licitadoras que concurren, las entidades NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A. (NECSO) y FCC CONSTRUCCION, S.A. (FCC) con el compromiso, luego hecho realidad, de crear la referida unión, denominada posteriormente FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO (en adelante UTE). El Consejo de Administración de PMMT, en sesión celebrada el 11 de

Junio de 1.998 acordó aceptar la oferta presentada por FFC y NECSO elevando al Gobierno de Canarias un informe que a su vez complementa una propuesta de adjudicación formulada por PMMT y, previo informe emitido por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, este último, el ejecutivo, en sesión 8 de Octubre de 1.998, acordó autorizar a PMMT, la adjudicación del concurso referenciado en los términos de la propuesta de adjudicación formulada. Tras la adjudicación, con fecha 24 de Febrero de 1.999 se suscribe el contrato para la ejecución de la Obra Monumental entre PMMT y la UTE.

**TERCERO.-** Comenzando así por el estudio de las acciones ejercitadas contra la UTE-FCC-NECSO y entidades que integran la misma deben analizarse las posturas mantenidas por las partes principiando en primer lugar por la sostenida por la actora contratante, PMMT.

La defensa legal de esta entidad sostiene que, tras el examen de la documentación custodiada por el Consejo de Administración de PMMT, relativo al procedimiento de contratación de la Obra Monumental, se ha verificado, se entiende que por el nuevo Consejo de Administración de PMMT, que las entidades que concurrieron en el procedimiento de licitación, las integrantes de la UTE y únicas adjudicatarias, presentaron una oferta económica que contenía dos versiones, ambas de fecha 20 de Marzo de 1.998, en las que se contenía una partida de abono íntegro a la UTE por importe de 1.960 millones de pesetas, distinguiéndose la segunda, que fue la aceptada como definitiva por el Consejo de Administración de PMMT, de la primera, en que, al justificar la procedencia de la partida alzada de 1.960 millones de pesetas, se omite toda referencia a que la misma responde a indemnizaciones a terceros, y, así, mientras en la primera se denominaba “Partida alzada de abono íntegro por gastos de estudio, implantación, imprevistos, inversiones, alargamiento de plazo e indemnizaciones a terceros” en la segunda “Gastos de Estudio e Implantación”, justificándose exclusivamente su procedencia en los gastos de implantación elevados y las inversiones específicas a realizar por la UTE suprimiéndose la referencia a la partida alzada. Además, señala, que, en ambas versiones, la partida de referencia debía ser satisfecha por PMMT, en todo caso, con independencia de las vicisitudes del contrato de obra y aún en el supuesto de resolución del mismo.

Continuando en su exposición se argumenta por la actora, que del contraste de las versiones de la oferta económica cabe deducir que, con la segunda versión, aceptada por el Consejo de Administración de PMMT, ha existido una “clara finalidad de ocultación” del propósito real que se perseguía con la exigencia de la partida de 1.960 millones de pesetas en concepto de “Gastos de Estudio e Implantación” (reproducción del apartado 3.c, del hecho tercero de la demanda, folio 9) toda vez que el destino de dicha cantidad no era sufragar Gastos de

Estudio e Implantación sino abonar a la entidad CANTERAS CABO VERDE, S.A. (titular del 50% de las acciones de PMMT) la cantidad de 1.960 millones de pesetas, comprometida con aquella por las empresas de la UTE para el supuesto de que las mismas resultaran adjudicatarias del contrato de obra; extremo éste, según dice la actora, que aparecía reconocido en la primera versión de la oferta económica presentada por éstas, bajo el subterfugio de “indemnizaciones a terceros”. A su vez argumenta la actora, que de forma paralela al proceso oficial de licitación y contratación de la Obra Monumental, por la entidad CANTERAS CABO VERDE, S.A. y FCC-NECSO se suscribió documento privado de compraventa de fecha 17 de Noviembre de 1.997 y que dicha parte califica de simulado, en virtud del cual, CANTERAS CABO VERDE, S.A. (en adelante CABO VERDE) transmitía a FCC-NECSO el derecho a obtener en bloques de piedra de Tindaya el equivalente de beneficios líquidos que se obtengan anualmente obteniendo en contraprestación la cantidad de 1.960 millones de pesetas, bajo la condición suspensiva de que FCC y NECSO resultaran adjudicatarias del concurso público convocado por PMMT para proceder a la ejecución de la Obra Monumental. Deduce la parte actora del anterior contrato, un propósito de CABO VERDE de provocar un desplazamiento patrimonial a su favor y a costa de PMMT utilizando para ello la capacidad de decisión que ostentaba la entidad CABO VERDE en el Consejo de Administración de PMMT, S.A. a través de varios de sus miembros, siendo el beneficio obtenido por las entidades integrantes de la UTE, el de resultar adjudicatarias del CONTRATO que tenía por objeto la Obra Monumental, para lo cual y en aras de dicho propósito, introducen la partida de 1.960 millones de pesetas en el CONTRATO de obra bajo el subterfugio de Gastos de Estudio e Implantación que, en todo caso y de conformidad con la oferta presentada, aceptada y objeto finalmente de la adjudicación, se abonaría cualquiera que fueran las vicisitudes del CONTRATO, provocando con ello además la **previsión de un abono sin contraprestación alguna** garantizado con una aval a primer requerimiento.

Dicho esto y tomando la actora como premisa, la del fiel cumplimiento por la contratante, PMMT, S.A., de las obligaciones asumidas para la ejecución del Proyecto Monumental, atribuye a las entidades de la UTE, y a esta misma, un incumplimiento manifiesto y absoluto de las obligaciones contractuales asumidas por ellas, las cuales verifica en los hechos que a continuación se siguen exponiendo.

En primer lugar, en el hecho de que **la UTE adjudicataria no ha realizado ni acreditado ninguno de los estudios objeto de la partida denominada Gastos de Estudio e Implantación** por los que ha recibido la cantidad de 1.960 millones de pesetas, en el que la parte actora desvela una ocultación y desviación premeditada en la oferta presentada y finalmente aprobada, toda vez que en esta, a diferencia de la primera

de las versiones, se hace referencia exclusiva a que tal cantidad se dirige a retribuir los Gastos de Estudio e Implantación a realizar por la UTE para la ejecución de la obra objeto del CONTRATO, ocultando su auténtico destino. Sostiene igualmente que tal incumplimiento se refleja en la falta de acreditación de la realización de los Gastos de Estudio e Implantación produciéndose con ello un **notorio desequilibrio económico y lesión para la posición de la contratante PMMT**.

En segundo lugar, el incumplimiento lo revela la parte actora en la **omisión por parte de la UTE de toda actuación tendente a la redacción del proyecto de obra** que debió concluirse en el mes de Agosto de 2.000, no habiéndose procedido por esta al abono a la entidad ESTUDIO GUADIANA, S.A. (designada en el CONTRATO para la redacción del proyecto) de la cantidad de 67.500.000 de pesetas, que determinaba, a su vez, el inicio de las labores de redacción del proyecto de obra, y ello, sin perjuicio de la dudosa vigencia de la relación contractual que unía a la UTE con esta entidad a tenor de la cláusula suspensiva del contrato que regía las relaciones y que supeditaba la vigencia del mismo al hecho de que el CONTRATO de obra entre PMMT y la UTE se formalizara antes del 31 de Diciembre de 1.998, cuando en realidad tuvo lugar dos meses después de la fecha señalada.

En tercer lugar, en el **retraso manifiesto del inicio de las obras en los plazos previstos**, lo que determinó la imposibilidad manifiesta de cumplimiento de los plazos parciales y totales señalados en la cláusula 2ª del CONTRATO.

En cuarto lugar, la **omisión de la obligación asumida en la cláusula 8ª, último párrafo, del CONTRATO, relativa a la constitución y aportación ante PMMT de una póliza de seguro** que cubriese la realización de todas las actuaciones objeto del CONTRATO, por valor equivalente al presupuesto de adjudicación del mismo.

En quinto lugar, el **incumplimiento de obligaciones contenidas en la Cláusula 18ª.2, apartados primero y segundo, relativas a la constitución de la sociedad explotadora**, en el plazo de tres meses a contar desde el 1 de Abril de 1.999 y la **obtención y acreditación ante PMMT, S.A., por la sociedad explotadora**, en el plazo de cinco meses, desde el 1 de Abril de 1.999, **de la financiación prevista en la estipulación 15ª del CONTRATO**, consistente en una financiación bancaria por importe de 4.700.000.000 de pesetas destinados a financiar la ejecución de la obra.

Estos hechos, sostiene la parte actora, facultan a la entidad PMMT a proceder, de conformidad con el artículo 1.124 del Código Civil a la resolución del CONTRATO, resolución que igualmente se encuentra prevista tanto en la cláusula décima del mismo para los supuestos de



“incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplimiento del plazo total” como en la cláusula 18ª en donde, en su apartado 2, se establecen determinadas obligaciones a realizar dentro de los tres y cinco meses siguientes a la firma del contrato, que no han sido cumplimentadas, disponiéndose en el párrafo último de la cláusula que el incumplimiento de las mismas determinará que el contrato “quedará sin valor ni efecto alguno”

Entiende la defensa legal de la parte actora que de los hechos expuestos se deduce que concurren plenamente los presupuestos legales y contractuales establecidos para el ejercicio de la facultad resolutoria por parte de PMMT, toda vez que nos encontramos ante un incumplimiento grave, manifiesto, absoluto y culpable por parte de la UTE de un contrato de prestaciones recíprocas para las partes toda vez que las prestaciones principales asumidas por aquella lo han sido en contraprestación de las principales asumidas por PMMT, cuales son la redacción del proyecto y ejecución de la obra así como el abono del precio.

Asimismo entiende que la concurrencia de los presupuestos para la resolución de la relación contractual concertada entre PMMT y la UTE-FCC-NECSO determina en primer lugar la extinción del vínculo contractual y por tanto la restitución de las prestaciones ejecutadas, con la obligación de la UTE-FCC-NECSO de restituir a PMMT las cantidades satisfechas al amparo de la relación contractual por importe de DOS MIL CIENTO DIECIOCHO MILLONES SETECIENTAS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTAS PESETAS (2.118.737.500), sin que pueda considerarse que el tenor del contenido de la cláusula 5ª, b), párrafo segundo, del CONTRATO, sea obstáculo para la restitución, como parte de la anterior cantidad, de la partida de 1.960 millones de Gastos de Estudio e Implantación.

Señala la parte actora que el hecho de que dicha cláusula disponga que dicha cantidad deberá ser satisfecha por PMMT en todo caso y con independencia de las vicisitudes del contrato de obra y aún en el supuesto de resolución del mismo, no obsta la devolución del importe de dicha partida y ello: en primer lugar, porque dicha cláusula pretende operar como garantía de la UTE ante un eventual desistimiento unilateral del contrato por parte de PMMT o ante circunstancias objetivas que hagan imposible la ejecución del contrato, tales como el fallecimiento o incapacidad del Sr. Chillida, pero no respecto a una eventual resolución motivada por incumplimiento grave y torticero por la UTE de sus prestaciones señalándose, en otro orden de cosas, que al ser la UTE la que introdujo la referida cláusula, la eventual oscuridad que pueda apreciarse en la misma no podrá aplicarse, bajo ningún concepto, en beneficio de la misma, tal y como señala el artículo 1.288 del Código

Civil, por asimilación de dicha “cláusula de blindaje” a la figura de la cláusula penal prevista en el artículo 1.152 del C.C. y ss, debiendo entenderse por aplicación analógica del régimen jurídico de esta última, que la misma sólo podría operar en caso de incumplimiento del deudor (PMMT) pero no en los supuestos de incumplimiento por la propia UTE beneficiaria de aquella; en segundo lugar, porque al concurrir una actitud efectivamente dolosa por la UTE en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, habrá de entenderse su nulidad e ineficacia, a tenor de lo previsto en el artículo 1.102 C.C., ya que, en caso contrario, se estaría amparando un enriquecimiento injusto por parte de aquel a quien es imputable el incumplimiento definitivo del contrato; en tercer lugar, por cuanto conforme a la estipulación 18ª del CONTRATO, el incumplimiento de las obligaciones previstas en la misma determina la ineficacia automática de la relación contractual, supuesto que no está exceptuado, en su aplicación, en la estipulación 5ª b) y que opera como condición resolutoria expresa cuyo cumplimiento determina la ineficacia de la relación contractual, en su integridad, con los efectos previstos en el artículo 1.123.1 CC.

Además y por último interesa la condena de la UTE-FCC-NECSO al abono a PMMT, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.124 C.C. y estipulación 10ª del CONTRATO, a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios ocasionados a PMMT como consecuencia de los incumplimientos determinantes de la resolución del CONTRATO y que se concretan, en aplicación de la cláusula penal contenida en el apartado 3 de la cláusula 10ª del CONTRATO, en el 20% del importe del contrato, esto es, 1.680 millones de pesetas, en la que se engloban el coste de los gastos financieros ocasionados por la concertación de operación de crédito por PMMT por importe de 3.000.000.000 de pesetas, para hacer frente a las obligaciones asumidas en el CONTRATO.

**CUARTO.-** En oposición a la tesis sostenida por la parte actora, la defensa legal de FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO así como F.C.C. CONSTRUCCION, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A. sostiene que la contratación de la Obra Monumental en la Montaña de Tindaya estuvo rodeada por una extensa sucesión de acontecimientos de notable trascendencia en el CONTRATO cuya resolución se pretende, el cual ha estado condicionado, por dos características esenciales, que son, en primer lugar, la de tratarse de una obra artística producto de la imaginación y trabajo de un artista de renombre internacional cuya voluntad ha tenido y tiene un efecto jurídico absolutamente relevante en la negociación de las condiciones del CONTRATO, contenido, desarrollo y cumplimiento y, en segundo lugar, la forma en que por parte del Gobierno de Canarias se resolvió la cuestión relativa a la existencia

de una explotación minera existente en la Montaña de Tindaya sobre la cual se iba a ejecutar el CONTRATO.

Sostiene la defensa que la primera de las circunstancias supuso, por un lado, que el redactor del Proyecto sólo haya podido serlo D. José Antonio Fernández-Ordóñez y tras su fallecimiento, su hijo, D. Lorenzo Fernández-Ordóñez, y por otro, que la voluntad del artista se ha visto plasmada, en la imposición por este al Gobierno de Canarias, de determinadas condiciones, entre las cuales cabe destacar la necesidad de rodear a la Obra de una imagen frente a la opinión pública, pidiendo la contratación de un Gabinete de Imagen y, la de evitar actuaciones especulativas que se sirvieran del prestigio del autor, para lo cual exigió la aprobación de un Plan de Protección de la Montaña, siendo que el incumplimiento de estas condiciones, tanto por la contratante como por el Gobierno de Canarias, impidió que el contrato se desarrollara.

En relación a la segunda de las circunstancias alega la defensa que el Gobierno de Canarias, queriendo aprovechar la actividad de una de las concesiones mineras existentes en la Montaña para excavar la caverna en que básicamente consiste la Obra, mantuvo la vigencia de una de las concesiones existentes sobre la misma, autorizando su transmisión a una sociedad creada al efecto, que es la contratante, PMMT y reservando a la vez, al antiguo concesionario, como pago en especie de parte del precio de esa transmisión, unos derechos sobre la piedra que se obtuviera en bloques comerciales durante la realización de la Obra Monumental, así como el derecho a recuperar la concesión minera si la Obra Monumental no se llegaba a realizar en el plazo máximo señalado en el 14 de Marzo de 2.000, habiéndose realizado tal reserva, mediante acuerdos expresos del Gobierno de Canarias que se sustentaban en informes de valoración de la concesión minera que le atribuían un valor superior a los 2.500.000.000 ptas. Tal reserva, sostienen las codemandadas contratistas, tenía dos consecuencias importantes, cuales son, de una lado, un sistema de trabajo determinado en la realización de la caverna con objeto de obtener los bloques comerciales de piedra, de otro, el hecho de estar condicionado el plazo de ejecución de la obra, la cual era imposible, manteniendo los derechos reservados al concesionario y que determinó que estos fueran adquiridos por las entidades contratistas, incluyendo su importe como parte del precio del contrato, lo cual, sostienen, se negoció con la contratante, PMMT, y con el propio Gobierno de Canarias.

Dicho esto y valorando un incorrecto planteamiento por la actora de la acción de resolución contractual, la defensa legal de la codemandadas contratistas alude que el supuesto incumplimiento referido a los Gastos de Estudio e Implantación, no se centra tanto en que éstos no se hayan realizado, sino en el hecho de que tal partida fue puesta en el CONTRATO y, previamente en la oferta de las codemandadas, con intención de engañar, ocultando su verdadera naturaleza, basándose, por

tanto, el supuesto incumplimiento, no en el hecho de que las obligaciones derivadas del contrato se hayan desarrollado de forma anómala, frustrando la finalidad de este, sino en el hecho de que PMMT fue engañada provocándole aceptar una determinada prestación falsa, por lo que en definitiva, en la exposición de hechos de la demanda, se denuncia un vicio en la contratación, que pudiera hacer al contrato inválido o ineficaz, sea por dolo, error u otro vicio que afecte a la validez del consentimiento prestado. Dicho esto y en orden a la concreta acción ejercitada, sostiene que tales argumentos tendrían cabida a través de una impugnación del contrato pero no en la articulación de una pretensión de resolución del mismo, que presupone su validez y eficacia, motivo por el cual y según expone, no puede obtenerse, la resolución del contrato, cuando realmente se está invocando un vicio del mismo. No obstante lo anterior, y por cuanto refiere a los incumplimientos imputados de contrario, las codemandadas sostienen los siguientes argumentos que se exponen:

En primer lugar, se sostiene por la defensa legal de las contratistas codemandadas, que manifestándose en la demanda que la primera de las versiones de la oferta fue entregada a PMMT y que la misma obraba entre la documentación que aquella entidad conservaba, cabe concluir que no han sido las ofertantes quienes ocultaron al Gobierno tal versión, sino en su caso, la propia contratante, PMMT y al Gobierno, su garante en el contrato, no pudiendo sostener que se le ha ocultado la oferta o cualquier otra información así como el contrato de compra de los derechos al anterior concesionario. Continúa argumentando, que el anterior dato viene a constituir el motivo por el cual, y para dar cierta lógica a sus pretensiones, la parte actora, en concreto el Gobierno de Canarias y PMMT, ejercitan a través del presente procedimiento, una acción de responsabilidad contra los antiguos administradores de esta última, con el argumento de haber estos ocultado una doble versión de la oferta. Sin perjuicio de lo anterior, se rechaza haya existido ocultación alguna de la finalidad de la partida de 1.960 millones de pesetas toda vez que la solución aceptada, de las cuatro que se incluían en la oferta, es la primera, que no contemplaba la explotación comercial de la cantera ni la terminación de la Obra el día 14 de Marzo de 2.000, lo cual llevaba al incumplimiento de la cláusula 4 del Pliego de Condiciones Jurídicas, además de la previsión de la obtención de 10.000 metros cúbicos de bloques comerciales de las prescripciones técnicas que forma parte del citado Pliego, incumpliendo la cláusula 8 a) y 9 del mismo lo que llevaba consigo la aplicación de la cláusula 18.3 del pliego de Condiciones Jurídicas, o lo que es lo mismo, a las consecuencias indemnizatorias y de retorno de la concesión al anterior concesionario, que estaban previstas en los acuerdos del Gobierno de Canarias. Sostienen las codemandadas que, por este motivo y para hacer frente al coste de los derechos reservados por el Gobierno de Canarias al anterior concesionario, CABO VERDE, se incluye el coste de los mismos en el precio del

CONTRATO, bajo la denominación de Gastos de Estudio e Implantación, sugerida e impuesta por el propio representante del Gobierno y ya conocida por la contratante PMMT al presentarle la oferta. A tal fin, argumentan que valoraron los derechos que el Gobierno de Canarias había reservado al concesionario así como el efecto que tal reserva podía tener en la ejecución de la obra, realizándose por los servicios jurídicos de las contratantes/adjudicatarias varios estudios jurídicos y técnicos que, concluyeron que los derechos reservados por el propio Gobierno de Canarias, y que este vinculó a la ejecución de la Obra Monumental, incluso con determinadas condiciones en la extracción de piedra de la misma, imponían un ritmo de trabajo que obligaba a realizar la obra en unos tres o cuatro años más de los previstos inicialmente por el Gobierno de Canarias. Así y ante tal circunstancia, las contratistas, que deseaban concurrir en el procedimiento de adjudicación del CONTRATO, iniciaron conversaciones con el anterior concesionario, CABO VERDE, en orden a llegar a una solución que liberara al proyecto de la carga que el Gobierno de Canarias había creado, llegándose, finalmente a un acuerdo de compraventa de los derechos sin pacto de exclusividad, sometido a la condición suspensiva de resultar adjudicatarios del contrato de obra, materializando dicha actuación en el contrato privado de fecha 17 de Noviembre de 1.997, posteriormente elevado a escritura pública de fecha 20 de Abril de 1.999, por el precio de 1.650 millones de pesetas y que tuvo por referencia, el informe del experto independiente designado por el Registro Mercantil, de fecha 26 de Octubre de 1.996. Aclara, igualmente, que el objeto del contrato suscrito con CABO VERDE venía constituido por la totalidad de los derechos que el Gobierno Canario reservó a esta entidad. Con todo esto y para concluir en orden a este punto, sostienen las codemandadas que el Gobierno de Canarias conocía perfectamente que la partida denominada Gastos de Estudio e Implantación cubría el importe de 1.960 millones de pesetas, motivo por el cual, este último, se preocupó de que no fuera tan explícita la explicación de su origen por la dificultad de explicar públicamente la peculiar forma en la que se transmitió la concesión minera Chantal cuyo titular era la entidad CABO VERDE, pues lo que públicamente se vendió como una Obra de coste cero resultaba que iba a costar dinero, porque la extracción de la piedra, inicialmente prevista, no era suficiente para financiar la obra si esta se quería hacer realmente, constatado lo cual, para el Gobierno, se hacía inexplicables, políticamente, los derechos que el ejecutivo había reservado al anterior concesionario. Lo anterior, continúa, demuestra que se estaban teniendo en cuenta los derechos mineros existentes a favor de CANTERAS CABO VERDE, S.A. pues la imposibilidad física de cumplir con los plazos, cuyo transcurso determinaba el nacimiento del derecho de retorno de la concesión, se ponía de manifiesto, en el hecho de que el plazo comprometido por el Gobierno con CABO VERDE había empezado a contar el 14 de Marzo de 1.996, que la Administración Canaria inició la

contratación, formalmente, el 10 de Enero de 1.998 así como en que el CONTRATO de ejecución no se adjudicó hasta el 8 de Octubre de 1.998, evidenciando todas estas circunstancias, a juicio de las codemandadas, el sentido de la partida denominada Gastos de Estudio e Implantación en la cuantía determinada, toda vez que en la cláusula 18.3 del Pliego de Condiciones Jurídicas, se determinó que el contratista habría de hacer frente a los daños y perjuicios ocasionados a “otras entidades como consecuencia del incumplimiento de los plazos fijados en el rescate de la concesión minera anteriormente existente, motivado por el retraso en la ejecución de las obras”. Todo ello, concluyen, determinaba la necesidad de la UTE de dejar cubiertas, como eventualidades ajenas a su labor de constructor, las circunstancias expuestas, mediante la compra de los derechos reservados, primero, y trasladando la misma, como carga que era, a la propiedad de la Obra, en segundo término, como única causante ésta de la situación que se auguraba, sin perjuicio de que a la postre, dicha cantidad era compensada con la explotación ulterior de la Obra ya ejecutada. No terminan las codemandadas sin señalar que la denominación formal del concepto fue el cambio que sufrió la versión aceptada, que no su razón, explícita y clara en la cláusula 18.3 del Pliego de Condiciones Jurídicas, que determina que los hechos expuestos, no sólo no se ocultaron en la oferta sino que además tuvieron reflejo en la propuesta de adjudicación del contrato aprobada por el Gobierno de Canarias en su sesión de 8 de Octubre de 1.998, y posteriormente, por PMMT, habiendo sido la propuesta sometida a valoración del Director General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias quien, en fecha 30 de Junio de 1.998, emitió informe que no puso objeción alguna a la partida como parte del precio total del CONTRATO, pese el alto porcentaje que suponía respecto del precio total del mismo y que explicita su sentido de cobertura de contingencias ajenas a la labor de constructor y en el que no se desconocen las consecuencias económicas que se derivan de los derechos concesionales reservados por el Gobierno de Canarias y a los que el autor del informe alude en la página 11 de su informe, afirmando que “queda fuera de la regulación del contrato la actividad extractiva de la piedra ornamental, al preverse sólo como consideración a apreciar por el proyecto y ejecución, lo cual podrá tener efectos jurídicos y, en su caso, económicos para PMMT y las sociedades participes en la misma, a tenor de la estipulación cuarta de la escritura pública de 14 de Marzo de 1.996, antes citada”

En segundo lugar, en relación al segundo de los incumplimientos, cual es la falta de redacción del Proyecto Básico por la entidad subcontratada ESTUDIO GUADIANA, sostienen las codemandadas que determinadas condiciones de D. Eduardo Chillida han impedido el desarrollo del contrato existente entre las mismas y la anterior entidad, haciendo inviable cualquier ejecución del mismo, pues agotado el impulso político y mediático con el que el Gobierno de Canarias rodeó la adjudicación

del CONTRATO, este cayó en la desidia culminando en una tozuda negativa a cumplir con las condiciones del autor que se materializó en la negativa del Sr. Fernández Ordóñez, arquitecto designado por el Sr. Chillida para la redacción del proyecto, a empezar la redacción del mismo, en tanto en cuanto las mismas no fueran debidamente cumplidas. Abundando en esta cuestión, mantienen las codemandadas que, poco antes de que se formalizase el CONTRATO de obra, Chillida exigió al Gobierno se cumplieran una serie de condiciones sin las cuales no se podía acometer la obra y mucho menos iniciar el Proyecto por su hombre de confianza, lo que vino motivado por la polémica que tuvo lugar en el verano de 1.998 por la aparición en la prensa de determinadas noticias que alertaban de un movimiento especulador alrededor de la Obra Monumental. Así estas condiciones exigidas al Gobierno por el autor, cuya voluntad imprimía de peculiaridad la Obra Monumental, condicionaron absolutamente la redacción del proyecto básico, incluso después de subcontratada la realización del mismo por la codemandadas y la entidad ESTUDIO GUADIANA, hasta el punto de que las condiciones fueron comprometidas directamente por la contratante y el Gobierno de Canarias con el artista el día antes de la firma del CONTRATO. Estas condiciones eran, la contratación de un Gabinete de Imagen y Comunicación y la redacción de un Plan Especial de Protección de la Montaña con la incorporación de D. Lorenzo Fernández Ordóñez (hijo de D. José Antonio Fernández Ordóñez) al equipo del arquitecto D. Luís Moya, del Cabildo, que habría de encargarse de la redacción del mismo. Abundan las codemandadas en la explicación de la negativa del Sr. Fernández Ordóñez a dar comienzo a la redacción del proyecto en el hecho de que el pago de 67.500.000 de pesetas para la redacción del proyecto básico a su vez implicaba el inicio del plazo de 13 meses para que el mismo fuera entregado por el arquitecto o estudio en el que el mismo prestaba sus servicios a las contratistas y ante tal circunstancia y a la vista de que no se cumplían las anteriores condiciones impuestas por el artista, ESTUDIO GUADIANA no quiso aceptar el cobro de cantidad alguna, hasta tanto la contratante y el Gobierno de Canarias no garantizasen al Sr. Chillida que la obra estaba cubierta con una adecuada política de imagen y a salvo de especulaciones urbanísticas, pues la recepción formal del primer pago hubiera supuesto la efectiva implicación del Ingeniero de confianza del autor y, por ende, también de éste, en la ejecución de la Obra Monumental.

En tercer lugar, y ocupándose las codemandadas en este punto del incumplimiento relativo a su obligación de suscripción de la póliza de seguro requerida para la realización de la Obra Monumental, las mismas rechazan el incumplimiento referido invocando la existencia de distintas pólizas de seguro, cuales son la suscrita por la entidad FCC con la compañía ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. cuyo clausulado general y particular se extiende a

los trabajos de construcción del Proyecto Monumental de la Obra de Tindaya, así como las suscritas por la entidad NECSO con las entidades ROYAL & SUNALLIANCE y HANNOVER INTERNACIONAL ESPAÑA. Señalan, en otro orden de cosas, que no puede considerarse el incumplimiento expresado, toda vez que el mismo proviene de una obligación formal de comunicación en un mes, de conformidad con las estipulaciones del CONTRATO, que se denuncia más de dos años después de iniciada la andadura del mismo.

En cuarto lugar, en relación a la no constitución de la Sociedad Explotadora y la obtención de fuentes de financiación de la misma, se argumenta por las codemandas que de la cláusula 14.5 del CONTRATO no puede colegirse que la Sociedad Explotadora hubiera de constituirse con la sola y exclusiva intervención de las codemandadas quienes únicamente asumieron el compromiso de formar parte de la misma y colaborar en su constitución, no obstante lo cual, todas las actuaciones realizadas por las contratistas han ido dirigidas a que la misma comenzase su andadura sin que después de que el Gobierno mediante, acuerdo de 21 de Enero de 1.999 y por tanto, antes de la firma del CONTRATO, designase a la empresa publica SODECAN como posible participe en la sociedad explotadora que se constituyese, actuación alguna se haya hecho por parte del Gobierno de Canarias, ni tampoco por PMMT, S.A., para posibilitar que esta sociedad se constituyese.

**QUINTO.-** En segundo lugar, por la parte actora se ejercita acción de responsabilidad frente a los antiguos miembros del Consejo de Administración de PMMT, S.A., en su modalidad de social por PMMT, S.A. y de individual por la entidad SATURNO y el Gobierno de Canarias. Esta acción se ejercita de forma subsidiaria, para el supuesto, como se determina en el suplico de la demanda, de no estimarse íntegramente el punto dos del mismo, que se refiere a la condena a las entidades UTE-FCC-NECSO al abono a PMMT, S.A. de la cantidad de DOS MIL CIENTO DIECIOCHO MILLONES SETECIENTAS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTAS PESETAS (2.118.737.500) como consecuencia de la restitución de las prestaciones. En ese sentido dispone la parte actora en la página 43 de su demanda, que en el caso de considerarse que el contenido de la cláusula 5ª b del CONTRATO exonera a las entidades UTE-FCC-NECSO, surgiría la responsabilidad de los antiguos administradores de PMMT, S.A. a través de las acciones planteadas y que tienen su fundamento, de acuerdo con los hechos y fundamentos de la demanda, en las siguientes circunstancias que a continuación se expondrán y que se identifican con un manifiesto y grave incumplimiento del deber de diligencia:

En primer lugar, en la **ocultación de extremos relevantes del proceso de adjudicación y ejecución al Gobierno de Canarias y al socio SATURNO**, sosteniendo que por los miembros de Consejo de



Administración de PMMT se ocultó al Gobierno extremos básicos de la relación contractual entablada entre la UTE y CABO VERDE y de los que se han derivado un perjuicio económico relevante, tanto para el Gobierno, como avalista de la operación, para SATURNO, accionista de PMMT así como para la propia PMMT. Justifican los actores que tal ocultación se tradujo en varios hechos como son: por un lado, ***la omisión por el Consejo de Administración de PMMT al remitir la propuesta de adjudicación del contrato al Gobierno de Canarias, de la existencia de un pacto secreto entre las entidades licitadoras y CANTERAS CABO VERDE en los términos anteriormente expuestos en relación a la acción de resolución contractual,*** que se tradujo en la relación contractual mantenida entre ellas y que era conocida por al menos tres de los miembros del Consejo que a su vez representaban en éste a CABO VERDE, en su condición de accionistas y administradores de esta última; por otro lado, ***en la ocultación al Gobierno de Canarias de la existencia de una doble versión de la oferta económica presentada por FCC-NECSO aceptando que en la segunda de las versiones, a la postre, la incorporada al contrato de litis, se omitiera la referencia contenida en la primera de las versiones relativa al destino de la partida de los denominados Gastos de Estudio e Implantación,*** cual era la de que su destino fuera el de indemnizaciones a terceros con referencia implícita al pacto existente entre la UTE y CABO VERDE; por último, ***la ocultación por el Consejo de Administración de PMMT al Gobierno de Canarias de que el pago de la partida de gastos de estudio e implantación, por importe de 1.960.000.000 de pesetas, estaba blindado, viniendo PMMT obligada a su abono cualquiera que fueran las vicisitudes del contrato,*** considerando dicha condición leonina y claramente lesiva para los intereses de PMMT, SATURNO y el Gobierno de Canarias, en su calidad de garante de la operación y que fue expresamente omitida en la propuesta de adjudicación sometida a este último, incorporándose como parte del contrato.

En segundo lugar, **la vulneración por los miembros del Consejo de Administración de PMMT del deber de abstención en la adjudicación del contrato de obra a la UTE, en especial, la vulneración de dicho deber, por D. Rafael Bittini,** teniendo un manifiesto conflicto de intereses en la adjudicación del contrato ya que en función del resultado de la adjudicación, y en concreto de que ésta se produjera a favor de las integrantes de la UTE, obtendría CABO VERDE un beneficio económico de 1.960.000.000 de pesetas, motivo por el cual debía, en todo caso, haber comunicado tal conflicto de intereses así como abstenerse de intervenir en el proceso de adjudicación y sin embargo, con su voto, contribuyó a que el contrato fuera adjudicado a la UTE así como que en el mismo se admitiera el abono por PMMT de la partida de 1.960.000.000 de pesetas sin ninguna contraprestación y destinados a CABO VERDE. Sostiene la parte actora, que tal actuación constituye una vulneración flagrante del principio de

diligencia y lealtad en el ejercicio de sus cargos de administradores de conformidad con el artículo 127 LSA así como una lesión de los derechos patrimoniales de PMMT y del socio SATURNO a favor de CABO VERDE, que vulnera lo dispuesto en el artículo 115.1 LSA.

En tercer lugar, **actuación negligente y lesiva en la fijación de las condiciones del contrato de ejecución de obra y en el abono de los 1.960.000.000 de pesetas a favor de la UTE que se concreta en una serie de actuaciones que concluyen en la aceptación del abono por PMMT de dicha cantidad a favor de la UTE y ulterior desembolso de la misma incumpliendo los más elementales principios de diligencia en la gestión de los intereses societarios**, cuales son: en primer lugar, *el establecimiento de una cláusula de blindaje de los 1.960.000.000 de pesetas, en todo caso y con independencia de las vicisitudes del contrato de obra y aún en el supuesto de resolución del mismo*, lo que atenta contra los más elementales principios del equilibrio contractual entre las partes y deja a PMMT en una situación de riesgo económico ante la circunstancia de que la UE incumpliera el contrato; en segundo lugar, *anticipo indebido de los 1.960.000.000 de pesetas, antes de las fechas estipuladas en el contrato y sin contraprestación alguna por parte de la UTE* debiendo haberse realizado dicho pago en las ocho primeras certificaciones en cantidades iguales de 245.000.000 de pesetas o en su defecto en las fechas indicadas en el modelo de aval que se acompañó al contrato como Anexo, habiéndose procedido por la Administración de PMMT y, en especial, por su Consejero Delegado al abono inmediato de los 1.960.000.000 de pesetas, en las ocho mensualidades siguientes a la formalización del contrato; en tercer lugar, en el *abono de las cantidades sin la previa acreditación por la UTE de los trabajos de Estudio e Implantación a que respondían los 1.960.000.00 de pesetas* toda vez que, debiendo abonarse las cantidades a la par que las ocho primeras certificaciones de obra, el Consejero Delegado de PMMT, decidió, unilateralmente, que dichos pagos se realizaran en las ocho primeras mensualidades con independencia de que la UTE ejecutara o no la obra o acreditara o no la realización de los trabajos contratados, vulnerando lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, sin que por otro lado, abonadas dichas cantidades y constatada la no ejecución por la UTE de los trabajos, ninguno de los administradores haya hecho gestión alguna tendente a que se acreditara por la UTE la realización de los mismos; en cuarto y último lugar, la *fijación de una fecha de vencimiento de los avales, anterior a la fecha de vencimiento de la obligación principal garantizada*, siendo que la aceptación por los administradores de PMMT, S.A. de que los avales constituidos para garantizar el abono de los 1.960.000.000 de pesetas tuvieran como fecha de vencimiento de los respectivos plazos, las ocho primeras mensualidades siguientes a la firma del contrato y no a la fecha de las ocho primeras mensualidades que se expidieran con motivo de la ejecución de la obras lo que supone

una nueva infracción manifiesta de los principios de lealtad en la gestión social y de los propios principios que rigen los contratos de garantía.

**SEXTO.-** A la exigencia de tal responsabilidad, que habrá de entenderse, como así se ha pedido, subsidiaria a la declaración de obligación parcial de la UTE-FCC-NECSO de restitución de las cantidades percibidas en virtud del CONTRATO, se oponen los administradores codemandados, con la consideración necesaria, por un lado, de la situación de rebeldía procesal de D. Eugenio Cabrera Montelongo así como de la contestación fuera de plazo por D. Rafael Bittini Delgado y D. Segundo Medina Sosa, lo que supone, por lo que a los últimos atañe, que su oposición no será reflejada en la presente resolución.

Dicho esto, la oposición de los codemandados administradores se funda en el motivo común de ser todos ellos miembros de una entidad participada por el Gobierno de Canarias, lo que supuso que todas y cada una de las decisiones que fueron adoptadas en orden al CONTRATO fueron supervisadas y ratificadas por el propio ejecutivo respondiendo la actuación de tales administradores a las órdenes recibidas del propio Gobierno quien era quien había asumido la realización del Proyecto Escultórico al mas alto nivel institucional sirviéndose para ello de un ente instrumental como era PMMT, S.A. Al margen de esta causa general de oposición que se describe en estos términos por la imposibilidad de reproducir todos y cada uno de los motivos de oposición de los tres administradores codemandados que debidamente han contestado a la demanda, y que en su caso, si fuere necesario, se estudiaran al hilo de las acciones contra ellos articuladas, cada uno de los mismos ha planteado distintas excepciones procesales y que son las que siguen:

La representación legal de D. **Jaime Celso Rodríguez Cie** opuso: 1.- la excepción procesal del artículo 533.1 LEC 1881 considerando la falta de jurisdicción del orden civil a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa por considerar, por un lado, que habiendo nacido todas las actuaciones tendentes a la ejecución del Proyecto Monumental de la Montaña de Tindaya de los acuerdos y disposiciones emanados del seno del Consejo de Gobierno, quien conoció la actuación de las entidades SATURNO y PMMT ratificando los mismos a través de los distintos medios de control que arbitra el ordenamiento jurídico de la administración de la CCAA y por otro que, el hecho de venir reflejada en la cláusula 22 del Pliego de Condiciones y en la decimonovena del CONTRATO el sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa, opera el sometimiento a la misma; 2.- la recogida en el artículo 533.6 LEC 1881, defecto legal en el modo de proponer la demanda en relación con el artículo 24 de la Constitución Española,

consistente en la falta de aportación de documentos por la parte actora entendiéndose que los expedientes administrativos relacionados con la ejecución del mencionado Proyecto, no sólo no son acompañados con la demanda, incurriendo en la infracción de las más elementales normas procesales, sino que los que se aportan son tergiversados, incompletos y falsos, determinando la no remisión de la referida documental una clara vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, impidiendo al demandado en el ejercicio de su derecho de defensa y al órgano jurisdiccional, la posibilidad de alegar al primero y de comprobar al segundo, que todos los expedientes contaban con los informes de legalidad preceptivos; 3.- la recogida en el artículo 533.2 LEC 1881 de falta de legitimación activa ad causam, aduciendo que la parte demandante carece de la misma ya que las entidades demandantes y las personas que actúan en su nombre, participaron activamente en las decisiones adoptadas para la ejecución del Proyecto de Tindaya, ratificando todas las actuaciones, tramitando e informando todos los expedientes en que se instrumentalizaron los distintos procedimientos. En virtud de lo anterior se considera que ejercitándose principalmente por los actores una acción de resolución por incumplimiento de la UTE y la rescisión del correspondiente contrato, manifestación de la voluntad de las anteriores partes, no puede dirigirse pretensión resarcitoria alguna contra el mismo, el cual no ha participado en la relación contractual; 4.- la recogida en el artículo 533.4 LEC 1881, de falta de legitimación pasiva y litisconsorcio pasivo necesario, considerando que al cuestionarse por la demandante los procedimientos administrativos que dieron lugar a los acuerdos de Gobierno, deben ser llamadas a juicio todas las personas directamente afectadas, entre otros D. Jorge Sánchez Hortelano, D. Antonio Lazcano Acedo, D. Martín Orozco, Dña. Rosa Rodríguez Martín, D. Juan Carlos Becerra.

La representación legal de D. **Luís Bittini Delgado**, opuso: 1.- falta de legitimación activa de PMMT, S.A. de la entidad SATURNO y del Gobierno de Canarias, en relación a las dos primeras por considerar que tal legitimación depende del hecho de que los actuales administradores de PMMT, S.A. sean confirmados en sus cargos en el seno de los autos de Juicio de Menor Cuantía 472/2000 pues para el caso de que ello no sea así y se declarase que la Junta que legitima el ejercicio de la acción social de responsabilidad es nula, ambas entidades carecerían de legitimación activa; por lo que respecta al Gobierno, sostiene que carece de tal legitimación ya que en el suplico no pide nada para sí, más aún, al indicar el fundamento de derecho quinto de la demanda, que se ejercita acción social de responsabilidad y no la individual, no podrá ejercitar dicha acción de responsabilidad social quien no es socio de PMMT sino accionista del socio.

La representación legal de D. **Pablo Rivas Vidal**, opuso la excepción de falta de legitimación activa tanto del Gobierno de Canarias como de la

entidad SATURNO por no cumplir los requisitos exigidos en el artículo 134 LSA, considerando que ni la condición de avalista del primero ni la de socio de la segunda son suficientes para que se encuentren legitimados para emprender una acción social de responsabilidad pues la del socio se dará para el caso de existir dejación por parte de la Junta General, lo cual no es el caso en que por la sociedad se ha ejercitado la oportuna acción y la del avalista no se dará tampoco ejercitándose conjuntamente con la de la sociedad.

**QUINTO.-** Expuesta así la controversia de las partes, han de determinarse, y sin perjuicio de lo expuesto en el fundamento de derecho primero de la presente resolución, qué concretas acciones han sido ejercitadas por la representación y defensa legal de los actores pues pese a que los mismos han determinado, tajantemente, en su escrito de replica, sobre todo en relación a la acción de responsabilidad de los administradores, que las articuladas son la social por PMMT, S.A. y la individual por SATURNO y el Gobierno de Canarias, lo cierto es que de los hechos y fundamentos de derecho que se consignan en la demanda no puede obtenerse una conclusión tan evidente, máxime cuando se articula tanto una pretensión de reclamación de cantidad por el Gobierno de Canarias como otra de responsabilidad individual de los administradores por SATURNO y el ejecutivo, sin determinar algo tan esencial como el petitum a que debería obedecer una hipotética condena. Por ello, y para determinar qué pretensiones pueden ser objeto de la presente resolución sin vulnerar el principio de congruencia que debe ordenar la misma, deberán analizarse tanto los hechos y fundamentos de derecho expuestos en la demanda como los documentos en que las acciones pretendidas encuentran su basamento, que no son otros que los acuerdos adoptados en el seno de cada una de las partes demandantes.

Comenzando así en primer lugar, por lo expuesto en el escrito de demanda, en el encabezamiento de dicho escrito rector se dispone que: **<< vengo a formalizar demanda civil de resolución contractual, de reclamación de cantidad y de acción social e individual de responsabilidad, en los términos que en el suplico se indicarán>>.** Pasando a verificar los términos contenidos en los fundamentos de derecho, concretamente en el apartado dedicado a la legitimación activa de los demandantes, se dispone que **<<La legitimación activa de PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA, S.A. para ejercitar la acción social contra sus antiguos administradores deriva del art. 134 LSA, que atribuye en primer término dicha legitimación a la sociedad, habiendo sido adoptado el acuerdo de ejercicio de la acción social por la Junta General de dicha entidad mercantil>>**, que **<<La legitimación activa de SATURNO para ejercer la acción de responsabilidad frente a los administradores de PMMT, S.A. deriva de su condición de socio de esta última y se fundamenta en el art. 135 LSA, al haber sido SATURNO**

perjudicada directamente por la actuación realizada por dichos administradores>> y que <<La legitimación activa del Gobierno de Canarias para ejercer la acción individual de responsabilidad frente a los administradores de PMMT, S.A. y la acción de reclamación de cantidad frente a las entidades UTE-FCC-NECSO, radica en la condición del Gobierno de Canarias de garante, mediante aval de 3.000.000.0000 ptas., de la financiación del contrato de obra suscrito entre PMMT, S.A. y la UTE-FCC-NECSO, en cuya adjudicación y ejecución se han producido las irregularidades e incumplimientos referenciados que originan las subsiguientes perjuicios al garante de la operación>>. El último término, cuando la demanda se ocupa, en los mismos fundamentos de las acciones que se ejercitan, refiere como tales << - acción social de responsabilidad frente a los miembros del Consejo de Administración y Consejero Delegado de la entidad PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA, S.A. que adjudicaron el contrato de obra antes referenciado; - acción de resolución contractual de dicho contrato de obra; - acción de reclamación de cantidad derivada de la anterior resolución contractual, en concepto de restitución de las cantidades abonadas por PMMT, S.A. y de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados >>

Estos hechos y fundamentos tienen a su vez por causa los acuerdos adoptados por el Gobierno de Canarias el día 31 de Mayo de 2.000, por la Junta General Universal de PMMT, S.A., celebrada el 27 de Junio de 2.000, por el Consejo de Administración de PMMT, S.A. celebrado el 11 de Septiembre de 2.000, por la Junta General de SATURNO, celebrada el 27 de Junio de 2.000, tal y como en el encabezamiento de la demanda se indica.

El primero de ellos, el **acuerdo adoptado por el Gobierno de Canarias, en sesión celebrada el día 31 de Mayo de 2.000**, que obra unido a los folios 78-80, autoriza a las entidades SATURNO y PMMT para el ejercicio de **cuantas acciones fueran pertinentes, entre otras, la acción civil de responsabilidad en la administración societaria de PMMT** frente a D. Rafael Bittini Delgado, D. Luís Bittini Delgado, D. Segundo Medina Sosa, D. Jaime Celso Rodríguez Cie, D. Pablo Rivas Vidal y D. Eugenio Cabrera Montelongo así como igualmente se acordó **el ejercicio directo por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias en su condición de accionista único de la entidad mercantil SATURNO.**

El segundo de ellos, el acta de la **Junta General Extraordinaria de PMMT, S.A. celebrada el día 27 de Junio de 2.000** obrante a los folios 82-84, de la que se desprende, de conformidad con el punto 1.a) del acuerdo en ella contenido, el acuerdo de dicho órgano de ejercitar la **acción social de responsabilidad**, al amparo del artículo 133 y 134.1

LSA frente a D. Rafael Bittini Delgado, D. Luís Bittini Delgado, D. Segundo Medina Sosa, D. Jaime Celso Rodríguez Cie, D. Pablo Rivas Vidal y D. Eugenio Cabrera Montelongo.

El tercero y último, la certificación emitida por Dña. Rosa María Rodríguez Martín, en su condición de Secretaria del Consejo de Administración de la entidad SATURNO que obra unida a los folios 90-92 y de la que se desprende que la **Junta General Extraordinaria y Universal de la entidad SATURNO en su sesión de 27 de Junio de 2.000** insta al Consejo de Administración de la misma para que al amparo de los artículos 133 y 135 LSA acuerde el ejercicio de la **acción civil individual de responsabilidad** frente a D. Rafael Bittini Delgado, D. Luís Bittini Delgado, D. Segundo Medina Sosa, D. Jaime Celso Rodríguez Cie, D. Pablo Rivas Vidal y D. Eugenio Cabrera Montelongo.

Toda esta exposición, efectivamente, determina que las acciones de responsabilidad ejercitadas son la social por PMMT y la individual por SATURNO, S.A. y el Gobierno de Canarias y, si bien pudiera entenderse que lo anteriormente expuesto no es más que una abundancia a lo ya determinado por la actora, ello es necesario por cuanto las excepciones procesales planteadas por los codemandados evidencian que la confusión de los términos de la demanda han podido llevar a estos a entender que, también, tanto por SATURNO como por el Gobierno de Canarias se estaba ejercitando la acción social en tanto en cuanto, no se entiende que ejercitando la individual no se interese pronunciamiento alguno a favor de los anteriores.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 500/2007 de 14 de Mayo, la acción social es un cauce procesal tendente a restablecer el perjuicio patrimonial causado a la propia sociedad, por actos de sus administradores contrarios a la Ley, a Estatutos o producidos sin la diligencia debida siendo el único beneficiario de la misma la propia sociedad y el patrimonio común de todos los socios y que implica que el resultado de esta acción no va a ser el pago del crédito al acreedor, aunque sea parcialmente, sino el restablecimiento del patrimonio de la sociedad mientras que la acción individual pretende la reparación del perjuicio directamente causado por los administradores en el patrimonio de los socios o de los acreedores y por ende implica el pago del crédito al acreedor perjudicado.

Además, la configuración legal de la acción de responsabilidad frente a los administradores, tanto en su modalidad social como individual viene recogida en los artículos 133,134 y 135 del Real Decreto Legislativo 1.564/1898, de 22 de Diciembre disponiendo al efecto el 134 que << La acción de responsabilidad social contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general>>, << los accionistas...podrán entablar conjuntamente la acción de

responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad>> y << los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos>> y el artículo 135 LSA dispone que << no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos>>

Ocurre por tanto, que no habiéndose interesado, en los términos que determinan las consideraciones anteriores, ni por SATURNO ni por el Gobierno de Canarias, pronunciamiento alguno a su favor en el suplico de la demanda es lógico que los codemandados pudieran considerar la posibilidad de que, ante la confusión que se evidencia en aquella, por los citados se hubiera ejercitado la acción social en tanto en cuanto en esta la única beneficiaria puede ser la propia sociedad. Pero aún lo anterior, y habiéndose determinado que, por los anteriores, únicamente se ejercita la acción individual de responsabilidad, lo cierto es, como se ha dicho, que ningún pedimento se contiene en el suplico de la demanda tendente a la reparación del perjuicio que tanto la entidad SATURNO, S.A. como el Gobierno de Canarias hayan podido sufrir en su intereses o patrimonio como consecuencia de la actuación de los administradores en sus cargos sociales, lo que en todo caso determina, que, aún articulándose por ambos esta acción, esta Juzgadora no pueda entrar a conocer de la misma pues ello sería un absurdo cuando nada se pretende al respecto.

Por último, y por cuanto se refiere a la acción de reclamación de cantidad ejercitada por el Gobierno de Canarias frente a las entidades UTE-FCC-NECSO, igual suerte ha de correr pues por mucho que se diga ejercitar tal acción no hay modo de determinar, pues no lo ha hecho la parte actora, que cantidad es la que se está reclamando ni por qué concepto, desconociendo esta juzgadora, ante la suerte de indeterminación del escrito de demanda, que es lo que por el Gobierno de Canarias se está reclamando frente a las entidades UTE-FCC-NECSO.

Dicho esto, las únicas acciones que serán objeto de examen en esta resolución, serán la ejercitadas por la entidad PMMT de resolución contractual con devolución de prestaciones y resarcitoria frente a las entidades UTE-FCC-NECSO y, subsidiariamente, para el caso de estimar que las entidades UTE-FCC-NECSO aún habiendo incumplido el contrato tienen derecho, en virtud de la estipulación 5ª b, a hacer suya



la cantidad de 1.960 millones de pesetas por Gastos de Estudio e Implantación, la acción social de responsabilidad frente a D. Rafael Bittini Delgado, D. Luís Bittini Delgado, D. Segundo Medina Sosa, D. Jaime Celso Rodríguez Cie, D. Pablo Rivas Vidal y D. Eugenio Cabrera Montelongo.

**SEXTO.-** Determinadas qué concretas acciones van a ser objeto de estudio en la presente resolución ha de pasarse al examen de las distintas excepciones planteadas por los codemandados administradores de la entidad PMMT.

En primer lugar ha de abordarse la excepción, que al amparo del artículo 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, fue alegada por la representación de D. Jaime C. Rodríguez Cie, de **falta de jurisdicción** del orden civil a favor del contencioso-administrativo. Dicha excepción ha de ser desestimada. Las relaciones jurídicas que vinculan a dos sociedades mercantiles, como son PMMT y la UTE adjudicataria, derivadas de un contrato de ejecución de obra y otros y de conformidad con el artículo 1.544 del Código Civil, tienen evidentemente naturaleza privada y, por consiguiente, las acciones derivadas de su cumplimiento corresponden a los tribunales de lo civil por aplicación de lo dispuesto en el artículo 92 de la LOPJ. Además de lo anterior, y asumiendo las alegaciones realizadas por la defensa legal de los actores en el escrito de replica, debe señalarse que el hecho de que las partes pactaran el sometimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la cláusula 22 del Pliego de Condiciones y en la cláusula decimonovena del contrato de 24 de Febrero de 1.999, no determina la falta de jurisdicción del orden civil para conocer de las pretensiones planteadas toda vez que ha de atenderse a la teoría del acto administrativo separable reflejada en el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en virtud del cual los contratos privados celebrados por estas, se regirán, en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado, siendo el orden jurisdiccional civil el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados, sin perjuicio de los actos que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato, que no es objeto del presente procedimiento en el que se ejercita una acción de resolución contractual de un contrato privado así como la de reclamación de cantidad amén de la acumulada y subsidiaria de responsabilidad social e individual.

En segundo lugar, por la defensa legal de D. Pablo Rivas Vidal se alega la excepción de prescripción de la acción individual. La excepción ha de ser desestimada. La Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, ha oscilado respecto al plazo de prescripción en función de la naturaleza extracontractual o contractual de la relación jurídica causante de la reclamación, no obstante lo cual, la sentencia de 20 de Julio de 2.001 recoge ya un propósito unificador, fundado en diversos argumentos a

favor del plazo de cuatro años, criterio que, finalmente, ha prevalecido, de modo que “la jurisprudencia actual de la Sala es la de que el plazo de prescripción de la acción es de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio (sentencias de 20 de Julio de 2001, 7 de Junio de 2002, 19 de Mayo de 2003, 1 y 24 de Marzo y 5 de Octubre de 2004, 22 de Marzo y 15 de Junio de 2005, y 6 de Marzo de 2006). Por ello y sin hacer distinciones entre la acción de responsabilidad social e individual frente a los administradores, el artículo 949 del Código de Comercio dispone que la misma terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren los administradores en el ejercicio de la administración y esta claro que dicho término no había transcurrido al momento de la interposición de la demanda.

En tercer lugar, debe analizarse la excepción igualmente alegada por la anterior defensa legal al amparo del artículo 533.6 de la ley procesal vigente en el momento de interponer la demanda, y que en rigor, por la remisión que al texto se hace ha de identificarse con el denominado **defecto legal en el modo de proponer la demanda** y que ha de correr la misma suerte desestimatoria que la anterior. La excepción que recoge dicho precepto, se entenderá que existe, según el párrafo segundo del ordinal, cuando la demanda no reúna los requisitos a que se refiere el artículo 524 (TS, Sala 1ª; S 1-12-2006, núm. 1243/2006, rec.532/2000. Pte. Corbal Fernández, Jesús) lo que nada tiene que ver con el hecho de que a juicio de los demandados los documentos presentados con el escrito de demanda no se ajusten a las previsiones de los artículos 504 y 506 de la LEC 1881. Precisamente, para evitar los abusos a que había dado lugar la formulación de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, el legislador de 1.881 añadió la referencia al artículo 524, que no figuraba en la LEC 1.855, restringiendo, por otra parte, la doctrina jurisprudencial, su ámbito, a los defectos relativos a la falta de claridad y precisión del “petitum” y a la identificación del demandado. La doctrina restrictiva del alcance de la excepción, que se manifiesta también en la flexibilización de la exigencia de claridad y precisión, viene siendo reiterada en las sentencias, entre otras, de 13 de Octubre de 1.919, 4 de Julio de 1.924, 28 de Febrero de 1.978, 24 de Mayo de 1.982, 19 de Mayo de 2.000, 16 de Marzo de 2001, 18 de Febrero de 2.002, 7 de Noviembre y 18 Diciembre de 2.003, 18 de Noviembre de 2.004, 4 de Julio de 2.005 y 9 de Marzo y 18 de Julio de 2.006; y se revela también en la doctrina del Tribunal Constitucional, pues el control de constitucionalidad ha sido especialmente riguroso en relación con decisiones judiciales que, apreciando irregularidades formales en las demandas, decretaron el archivo de las actuaciones, o, en general, no dieron una respuesta sobre el fondo de la pretensión formulada (STC, sala 2ª, 63/1999, de 26 de Abril, y las que cita).

En cuarto lugar, la recogida en el artículo 533.2 del texto legal citado, propuesta por la defensa legal de D. Jaime Celso Rodríguez Cíe, D. Luís

Bittini Delgado y D. Pablo Rivas Vidal de **falta de legitimación activa** y que se plantea en función de las distintas defensas con enfoques diferentes. Por la defensa legal de D. Jaime C. Rodríguez Cíe se argumenta que el hecho de que las entidades demandantes y las personas que actúan en su nombre, participaran activamente en las decisiones adoptadas para la ejecución del Proyecto ratificando todos los actos e informando todos los expedientes impide a la entidad SATURNO y al Gobierno de Canarias dirigir acción resarcitoria alguna contra el mismo. Por la defensa legal de D. Luís Bittini Delgado se alega que la legitimación tanto de PMMT como de la entidad SATURNO y el Gobierno de Canarias para el ejercicio de la acción social de responsabilidad queda sujeta a que los actuales administradores de esta última entidad sean confirmados en sus cargos en los autos de Juicio de Menor Cuantía 472/2000 seguidos ante este mismo Juzgado, por otro lado niega la legitimación activa del ejecutivo para ejercitar la acción individual de responsabilidad al no interesarse por este pedimento alguno en la demanda sin que por otro lado pueda entenderse que por este se ejercita acción de responsabilidad social a tenor de los fundamentos de derecho de su demanda. Por la defensa legal de D. Pablo Rivas Vidal se alega, en orden a la legitimación activa, tanto del socio SATURNO como del Gobierno de Canarias, y de conformidad con el artículo 134 de la LSA, que carecen de ella, toda vez que la acción de responsabilidad se debe entablar por la sociedad previo acuerdo de la Junta General y tan sólo en el supuesto contemplado en el apartado 4º del artículo referido, en el que se admite la posibilidad de que dicha acción social sea entablada por los socios en el supuesto caso de que por los administradores no se convocase la Junta General solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entable en el plazo de un mes, contado desde la adopción de dicho acuerdo, o, bien, cuando este hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

Bien, como ya se ha expuesto anteriormente la única acción que se ha de tener por ejercitada en el presente procedimiento frente a los antiguos administradores es la social por PMMT, siendo por tanto innecesario cualquier análisis de la legitimación de la entidad SATURNO o del Gobierno de Canarias respecto a la acción no sólo social sino individual de responsabilidad por las razones ya suficientemente expuestas en el fundamento jurídico precedente de esta misma resolución que, en todo caso, atiende al principio de congruencia a que han de sujetarse los pronunciamientos que aquí se contengan y que hace innecesario el examen de cualquier excepción procesal que se refiera a acciones que o bien no se han ejercitado o no se hayan tenido por formuladas, como es el caso. Así en primer lugar y por cuanto se refiere a la falta de legitimación activa alegada por la representación legal de D. Jaime C. Rodríguez Cíe, los términos en que la misma ha sido planteada, cuales son que tanto la entidad SATURNO como el Gobierno de Canarias, intervinieron en todas las decisiones adoptadas por los miembros del

Consejo de Administración de PMMT, ratificando todos los acuerdos adoptados al respecto no puede configurarse como una excepción que a priori, sin la debida valoración que de la prueba se haga, sirva para desestimar la acción que contra el mismo se ejercita. En segundo lugar y por cuanto se refiere a la falta de legitimación activa de la entidad PMMT, S.A. alegada por la defensa legal de D. Luís Bittini Delgado igualmente ha de ser desestimada. Así la posibilidad de que los actuales administradores de dicha entidad no sean confirmados en sus cargos en los autos de Juicio de Menor Cuantía 472/2000 seguidos en este mismo Juzgado, no puede determinar en este momento la falta de legitimación activa de la entidad para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y ello aún cuando ello supusiere la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta General universal de fecha 23 de Mayo de 2.000, de PMMT, en virtud del cual se acordó el cese de los administradores hoy demandados y consiguiente nombramiento de nuevo Consejo de Administración que a su vez con fecha 27 de Junio de 2.000 acordó el ejercicio de la acción social de responsabilidad, por cuanto ya dicha cuestión, obtuvo de forma indirecta respuesta negativa de este Juzgado, el cual mediante auto de fecha 5 de Noviembre de 2.004 confirmado posteriormente por resolución de igual clase de 17 de Enero de 2.005 acordó desestimar la cuestión prejudicial civil planteada respecto a los autos de Juicio de menor Cuantía 472/2000.

En quinto lugar, la excepción alegada al amparo del artículo 533.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de **falta de legitimación pasiva o litisconsorcio pasivo necesario** esgrimida en el escrito de contestación de D. Jaime C. Rodríguez Cie y que en el texto legal recibe el nombre de “falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con el que se le demanda”. Tal excepción ha de ser desestimada. Ha de partirse de que la acción que contra dicho codemandado se ejercita es la de responsabilidad social en cuanto administrador de una sociedad y por tanto, salvo que el mismo carezca de dicha condición, que no ha sido negada, ningún éxito podrá tener tal excepción siendo incorrectas, a juicio de esta Juzgadora y en defecto de un planteamiento defectuosamente comprendido por la misma, las argumentaciones contenidas en el escrito de contestación al hilo de dicha excepción. Sostiene dicha representación legal que siendo la principal acción ejercitada en el presente procedimiento la de resolución y extinción del contrato suscrito entre PMMT, S.A. y la UTE-FCC-NECSO de fecha 24 de Febrero de 1.999 por incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, sus efectos no pueden extenderse a los administradores sociales, cuestión esta que si bien será objeto de estudio al hilo del análisis concreto de la acción social de responsabilidad en cuanto subsidiaria y acumulada a la de resolución contractual, en modo alguno puede identificarse con la excepción de falta de personalidad del demandado; en segundo lugar y por cuanto al litisconsorcio pasivo necesario se refiere, igualmente, no ha de

prosperar, en tanto en cuanto, la acción de responsabilidad social que en el presente procedimiento se ejercita ha de dirigirse, como así se ha hecho, contra quienes desempeñaron el cargo de administrador de la sociedad perjudicada por su actuación sin que por otro lado de lo actuado en autos se desprenda que por la parte actora se estén poniendo en tela de juicio todos aquellos actos de la administración en los que supuestamente intervinieron aquellos que pide se traigan al procedimiento.

**SEPTIMO.-** Con carácter previo al examen de la acción de resolución ha de calificarse el contrato de litis, siendo que la lectura del mismo permite concluir que nos encontramos ante un contrato mixto de carácter complejo. Como ya se ha señalado anteriormente, la relación que vincula a las partes contratantes tenía por objeto la realización de una Obra Monumental en la Montaña de Tindaya para lo cual PMMT y la UTE suscribieron un contrato en el que se preveía tanto la ejecución de la Obra como su explotación, mediante un sociedad a constituir a tal fin. Como se desprende de la cláusula decimocuarta del contrato de litis, la ejecución de la obra llevaría aparejada la explotación de la misma con fines culturales, artísticos y turísticos previéndose de una forma un tanto confusa la constitución de una sociedad explotadora de la que formarían parte, entre otras entidades, las integrantes de la UTE. Asimismo, esta sociedad explotadora debería abona a PMMT el precio fijado en el contrato en concepto de explotación así como las cantidades necesarias para que aquella devolviese a la Comunidad Autónoma de Canarias un crédito garantizado mediante aval de tal forma que, PMMT, a través del abono del precio de la explotación y de las cantidades correspondientes al crédito sufragaba el importe del contrato de obra suscrito con la UTE.

Así este contrato, caracterizado como mixto y complejo participa de la naturaleza de aquellos en que concurren, en un contrato único, diversas prestaciones características de otros contratos típicos, cuales son, en este caso, el contrato de obra y el de sociedad para explotación. La atipicidad radica aquí en el conjunto que forman y no en la individualidad de los contratos en él integrados. Aunque no hay una clasificación unánimemente admitida, pueden distinguirse dos principales grupos de contratos mixtos: a) aquellos en que hay combinación de prestaciones en relación de equivalencia, sin que una de ellas sea principal o preponderante frente a las demás, b) aquellos en que una de las prestaciones figura como principal y las demás figuran como accesorias o complementarias. Esta distinción es admitida por el Tribunal Supremo que denomina a la primera forma contrato complejo o mixto en su modalidad de “combinado”. En el segundo supuesto hay, en cambio, una prestación principal y otra subordinada. La prestación es subordinada cuando, contemplada aisladamente, carece de toda entidad y finalidad económica, ya que va dirigida a hacer posible la prestación principal. Es decir, que la prestación subordinada o accesorio es un medio para la

realización del fin principal del contrato.

En el supuesto de litis podemos decir que nos encontramos ante la segunda de las modalidades señaladas pues como se ha dicho la constitución de la sociedad explotadora tiene por finalidad principal la financiación de la Obra Monumental objeto del contrato de obra pues sin este la constitución de la sociedad explotadora carece de toda entidad y finalidad económica y ello como consecuencia de la actuación de la autonomía privada que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, que permite a los contratantes, siempre que respeten el triple límite que en el mismo se establece, la creación de tipos distintos de los previstos en la ley para cubrir las cambiantes necesidades económicas, generalmente utilizando los elementos de contratos regulados por ésta, mediante fusión o simple unión de los mismos que, unas veces son simplemente «atípicos» bien con propio nombre (hospedaje, garaje, exposición, educación, corretaje etcétera) bien manteniendo los de los que se unen o fusionan, pero siempre produciendo una síntesis unitaria; y otras veces, son además «innominados» por carecer de nominación propia y de regulación aplicable por carencia de precedentes (sumamente raros), de los cuales los primeros son llamados complejos y mixtos, término este último utilizado por la doctrina alemana e italiana («Gemischte Verträge», «contratti misti»), de lo que en España se hizo eco no sólo la doctrina científica, sino también la jurisprudencial de la que son muestras las SS. de 27 febrero 1950 (13 octubre 1965 y 29 mayo 1972 (entre otras).

No obstante lo anterior, el incumplimiento que por la actora contratante se plantea, lo es del propio contrato de obra así como el de una serie de obligaciones accesorias al mismo, como son la omisión de la constitución y aportación ante PMMT de una póliza de seguro, la constitución de la sociedad explotadora y acreditación por ésta ante PMMT de la financiación prevista en la estipulación 15ª del contrato, por lo que no ha de proseguirse sin señalar que el contrato de obra encuentran su regulación en el artículo 1.544 del Código Civil que define el mismo como el concierto y convenio por el que una parte se compromete a practicar su actividad profesional, o el trabajo mismo, a favor de otra que, en contraprestación de los servicios obtenidos, se obliga a entregar un precio cierto o remuneración de cualquier clase, constituyendo los elementos reales del contrato de obras, o de empresa, según la terminología moderna, de una parte, la obtención de un resultado –“opus consumatum et perfectum”- al que, con o sin suministro de materiales (artículo 1.588 del Código Civil), se encamina la actividad creadora del empresario o contratista, que asume los riesgos de su contenido de acuerdo con las reglas “res perit domino”, y de otra, en la fijación de un precio cierto (artículos 1.543 y 1.555 del Código Civil) que el comitente debe satisfacer en el momento de recibir el encargo encomendado o en el tiempo y forma prevenidos (artículo 1.599

del Código Civil). A lo anterior, debe añadirse que el contrato de obra suscrito entre las partes litigantes se caracteriza por ser de carácter consensual, oneroso, conmutativo y bilateral, con obligaciones recíprocas, del que se deriva para el contratista el derecho de obtener el cobro del precio, pero a título de contraprestación, o sea, a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada no debiendo olvidarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil, los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

En otro orden de cosas y por cuanto al apoyo legal de la acción de resolución contractual la misma se ejercita al amparo del artículo 1.124 del Código Civil, precepto básico para la resolución de la presente litis, respecto al cual la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo, cuya reiteración dispensa de citas concretas, tiene declarado en multitud de ocasiones que las obligaciones bilaterales o recíprocas, cuales son las derivadas del contrato de litis, tienen por contenido un sinalagma doble: genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional, con el que se expresa precisamente la interdependencia que las dos atribuciones tienen entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual, cuyas consecuencias jurídicas recoge el mentado precepto, regulando como efectos propios de estas disposiciones la anteriormente aludida “exceptio non adimpleti contractus” y la resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes, pero siempre en el bien entendido de que para que pueda producirse tal pronunciamiento es preciso se patentice, ya una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, ya un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida, de igual manera que para que una de las partes la obligada al pago, quede exonerada, es necesario que el pretendido incumplimiento previo de la otra reúna suficiente entidad.

Además, debe tenerse presente que es doctrinal legal y científica, la cual encuentra acomodo en el artículo 1.214 del Código Civil que dispone que: **“incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”**, que corresponde al demandante la carga de la prueba de los hechos normalmente constitutivos de un derecho (causa eficiente del mismo) y al demandado la de los hechos impeditivos (condiciones o circunstancias que obstan al nacimiento del derecho), de los extintivos (los que, presupuesto el nacimiento del derecho, evitar su persistencia en el tiempo), y el de los excluyentes (como categoría especial de estos últimos que, excluidos del principio de adquisición procesal y precisando ser alegados especialmente, eliminan el derecho ya nacido en virtud de un contra-derecho susceptible de ser ejercitado con autonomía) habiendo evolucionado dicha doctrina en la jurisprudencia moderna, en el sentido

que la indicada regla general debe ser completada por el Juez teniendo en cuenta principalmente los criterios de normalidad y facilidad probatoria, derivados de la posición de cada parte en relación con el efecto jurídico pretendido. Se trata, en definitiva, de aplicar lo que puede llamarse teoría de la proximidad al objeto de la prueba, en cuya virtud a cada parte, sea demandante o demandado, le es exigible en la demostración de los hechos en que apoya su postura la diligencia razonable o la facilidad que puede tener en su acreditación.

**OCTAVO.-** Hechas las anteriores consideraciones jurídicas, no es ocioso recordar que el CONTRATO suscrito entre las partes nace de la voluntad del Ejecutivo Canario de realizar la idea artística de D. Eduardo Chillida para acometer en la Montaña de Tindaya (isla de Fuerteventura), un Proyecto Monumental-Escultórico que mediante acuerdo del ejecutivo de fecha 24 de Mayo de 1.995 fue considerado, en su realización, de interés general, por su relevancia artística y atractivo turístico para la isla de Fuerteventura y para Canarias en general, asumiendo el ejecutivo la iniciativa de su realización.

Para el impulso de tal proyecto, y en el mismo acuerdo citado, el Gobierno de Canarias ordenaba a las Consejerías competentes procedieran a analizar la viabilidad del mismo, así como a llevar a cabo las medidas administrativas conducentes a la gestación, promoción e impulso de cuantos planes, normas y actuaciones fuesen necesarios para lograr la preservación de la Montaña de Tindaya, en cuyo espacio se iba a acometer el proyecto escultórico y sobre la cual pesaba una explotación minera, motivo por el cual en el mismo acuerdo se refiere que las medidas a adoptar deben adecuar la misma (la explotación) a la excavación del espacio interior propuesto por Chillida, implicando ello “la transmisión de la vigente concesión”.

En desarrollo de la declaración de interés general, y previa obtención de distintos informes de valoración de los derechos mineros, que obran unidos a los presentes autos como documentos Uno, Dos, Tres, Cuatro, Cinco y Seis del escrito de contestación a la demanda formulado por la representación legal de las codemandadas FCC-NECSO-UTE, el Gobierno de Canarias, mediante acuerdo de fecha 16 de Febrero de 1996 (folios 121-122) autorizó que la realización del Proyecto se acometiera a través de una sociedad mercantil denominada PMMT, S.A. a constituir, como así se hizo posteriormente, el 14 de Marzo de 1.996, por la titular de la concesión administrativa minera existente sobre la montaña, denominada CHANTAL, con un capital social desembolsado de 900.000.000 de pesetas, mediante la aportación, no dineraria, de los derechos reales de la concesión, subrogándose la nueva sociedad en todos los derechos que sobre tal concesión tuviera entonces la concesionaria, la entidad CANTERAS CABO VERDE. El objeto social de PMMT (sociedad mercantil a través de la cual se acometería el



proyecto escultórico), de conformidad con el artículo 2 de sus Estatutos, que obran unidos al acta de constitución aportada como documento num. 14 de la demanda, es exclusivamente: *“el desarrollo y ejecución del Proyecto Monumental Montaña de Tindaya, ideado por el Artista D. Eduardo Chillida, con inclusión de la realización de extracción de mineral y transformación y comercialización del mismo”*.

Con este objeto, el día 14 de Marzo de 1.996, la entidad CABO VERDE junto con D. Rafael Bittini Delgado y D. Segundo Medina Sosa, constituyeron la sociedad PMMT, constituyéndose a partir del 10 de Marzo de 1.997 la entidad SATURNO, quien previamente había sido designada por el Gobierno de Canarias para la ejecución de los acuerdos tendentes al impulso del proyecto, en titular del 50% del capital social de PMMT ( si bien la adquisición se produce el 14 de Marzo de 1.996) y posteriormente en titular del 100% mediante escritura pública unilateral de compraventa otorgada el día 15 de Marzo de 2.000, ratificada por la de 23 de Mayo del mismo año. No obstante y con carácter previo a la adquisición del 100% del capital de PMMT, por la entidad SATURNO, y con fecha 26 de Noviembre de 1.997, por la Junta General Extraordinaria de PMMT, S.A. se procedió al nombramiento de los nuevos miembros de su Consejo de Administración, quienes fueron, D. Rafael Bittini Delgado, D. Luís Bittini Delgado, D. Segundo Medina Sosa, D. Jaime Celso Rodríguez Cie, D. Pablo Rivas Vidal y D. Eugenio Cabrea Montelongo, siendo los tres primeros quienes representaban al socio CANTERAS CABO VERDE, S.A. y los tres últimos, al socio SATURNO, ostentando la condición de Presidente y Consejero Delegado, el administrador representante del socio SATURNO, D. Jaime C. Rodríguez Cie.

Constituida PMMT y un año más tarde, el 13 de octubre de 1.997, D. Lorenzo Olarte, Consejero de Turismo, propone la licitación para la contratación de la redacción del proyecto y ejecución de las obras mediante procedimiento negociado, acompañando a su informe-propuesta los Pliegos de Cláusulas Jurídicas y Prescripciones Técnicas que habrían de regir el procedimiento de contratación, los cuales fueron sometidos a la consideración del Gobierno de Canarias y, una vez valorados, aprobados por el Consejo de Administración de la mercantil PMMT el 19 de Diciembre de 1.997, previo visto bueno del Gobierno de Canarias. Posteriormente, la redacción del proyecto básico y la ejecución de la obra, fue anunciada públicamente a través del Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 10 de Enero de 1.998, determinando ello el comienzo para la participación en el mismo, a través de la correspondiente oferta, de las únicas entidades que concurrieron, ahora codemandadas, FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A, con el compromiso de formar una Unión Temporal de Empresas. Abierta la fase negociadora propia de un procedimiento que reviste la misma adjetivación, esta culminó con el

acuerdo adoptado por el Gobierno de Canarias, en su sesión de 8 de Octubre de 1.998, por el que autorizaba a la entidad PMMT la adjudicación del concurso, a las anteriores entidades, en virtud del cual, y con fecha 24 de Febrero de 1.999, se firmó el CONTRATO cuya resolución hoy se pretende y que ha sido aportado a los presentes autos como documento núm. 26 de la demanda (folios 330-347), de forma parcial, con ausencia de los anexos al mismo.

**NOVENO.-** Contextualizada temporal y espacialmente la relación contractual, ha de hacerse una exposición de los puntos más importantes contenidos en el CONTRATO de litis y sin perjuicio del análisis de otros muchos que, sin duda alguna, se examinarán.

En cuanto a su **objeto**, y de conformidad con la cláusula primera del mismo, lo constituye, la realización, por parte de la UTE-FCC-NESO, del *“proyecto ejecución de las obras así como la dirección facultativa de las mismas para llevar a efecto la actuación turístico monumental desarrollando la idea concebida por el artista D. Eduardo Chillida en la Montaña de Tindaya consistiendo el mismo en la realización de una caverna en forma de cubo del orden de 50 metros de lado, con una galería de acceso horizontal y dos pozos de iluminación vertical”*, si bien, como señala la referida cláusula, la concreción definitiva de las obras a realizar y en particular las dimensiones del cubo, resultarían de la redacción del proyecto de ejecución a elaborar por la entidad ESTUDIO GUADIANA, S.L., equipo facultativo designado por D. Eduardo Chillida y debiendo ser autorizadas por este.

El **plazo** total fijado para la ejecución de los trabajos fue de 48 meses, a contar desde el día siguiente a la suscripción del contrato (cláusula segunda), sin perjuicio de lo señalado en la cláusula decimoctava del mismo. Asimismo, dentro del plazo total de 48 meses señalado se incluía uno parcial de 19 meses para la realización de la campaña de geotecnia-sondeos y la redacción del proyecto de ejecución, asignándosele a este último, un periodo de 16 meses para su redacción dentro de los 19 del plazo parcial. Igualmente se dispone en dicha cláusula, que los plazos serán reajustados, en su caso, una vez aprobado el proyecto de ejecución definitivo, al objeto de acomodarlos a su contenido y en particular, a las dimensiones de la caverna.

Respecto al **precio**, que se define en la cláusula cuarta como inicial de adjudicación, y que corresponde a un cubo de las dimensiones de 40 metros de lado de conformidad con la solución número 1 de la oferta presentada por los adjudicatarios, lo fue de **OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA MILLONES SEISCIENTAS SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTAS QUINCE PESETAS** (8.490.664.415 ptas.) sin incluir I.G.I.C, pudiendo adecuarse el mismo, en función del proyecto definitivo de ejecución que se

redactase y de las dimensiones del cubo.

En cuanto a la **forma de pago** del precio estipulado (cláusula quinta), en el que se prevén cuatro conceptos, señalándose como más importantes:

a) El primero de ellos que responde a la partida “**Del Proyecto y Dirección Facultativa**” acordándose que PMMT, S.A. abonaría a la UTE-FCC-NECSO, una *cantidad fija y otra variable*, correspondiendo esta última, la variable, a los servicios de Dirección Técnica y Facultativa. A su vez:

La cantidad fija ascendió a DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES DE PESETAS (225.000.000 ptas.) que se incrementaría con los impuestos correspondientes y que sería abonada por la entidad PMMT, S.A. de la siguiente forma:

- a) 30% (67.500.000 ptas.-SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS) más los impuestos correspondientes, en el momento en que la UTE abonara la redacción del Proyecto, Ejecución y Dirección Facultativa de las obras, de conformidad con lo previsto en el contrato suscrito con la entidad ESTUDIO GUADIANA, S.L., (anexo núm. 2 contrato);
- b) 30% (67.500.000 ptas.-SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS) más los impuestos correspondientes, al finalizar el “estudio de alternativas” que la UTE entregara a PMMT, S.A., simultáneamente al pago por esta de la mencionada cantidad;
- c) 30% (67.500.000 ptas.-SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS) más los impuestos correspondientes, cuando estuviera finalizado “el Proyecto” que la UTE entregaría con carácter simultáneo al pago de la indicada cantidad por parte de PMMT, S.A.;
- d) 10% (22.500.000 ptas.- VEINTIDOS MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS) más los impuestos correspondientes, cuando estuvieran finalizados los trabajos que la UTE entregaría simultáneamente al pago de a citada cantidad por parte de PMMT, S.A.

La cantidad variable asciende a cuatro enteros centésimas por ciento (4,50%) del presupuesto de ejecución material de las obras, según certificaciones de obra.

Asimismo, se disponía, que PMMT debería abonar a la UTE el importe de los sondeos geológicos y pruebas o ensayos de laboratorio que fueran necesarios o convenientes para la redacción del proyecto, en los términos recogidos en la oferta presentada por el adjudicatario.

Por último, que serían de cuenta de la parte contratista, los gastos de estudio de ensayo y controles de calidad acordados por la Dirección de la Obra, en una cuantía máxima equivalente al 1% del presupuesto de ejecución material de la obra y, sin limitación alguna, los gastos necesarios derivados de los controles a realizar como consecuencia de defectos en la calidad y en la ejecución de la obra, siempre y cuando estos se hayan producido por causas imputables al contratista.

b) El segundo de los conceptos responde a la partida “**Gastos de Estudio e Implantación**” respecto a los cuales se establece, que con carácter indispensable, PMMT, S.A. debe abonar a la NECSO-FCC la cantidad presupuestada de MIL NOVECIENTOS SESENTA MILLONES DE PESETAS (1.960.000.000 ptas.) en dicho concepto, cantidad esta que deberá ser satisfecha por PMMT, S.A. en todo caso y con independencia de las vicisitudes del contrato de obra, y aún en el supuesto de resolución del mismo. El pago de dicha cantidad, se dispone, se realizaría en las primeras ocho certificaciones en cantidades iguales a DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESETAS (245.000.000 ptas.) o, en su defecto, en las fechas indicadas en el modelo de aval que se acompañó al contrato como anexo núm. 1.

Igualmente se disponía que el resto de la obra se abonaría mediante certificaciones mensuales previa supervisión técnica por PMMT.

En la **cláusula sexta** se establece que el proyecto de ejecución de las obras sería elaborado por ESTUDIO GUADIANA, S.L., por designación expresa y previa de D. Eduardo Chillida en los términos y condiciones previstos en el contrato suscrito al efecto en fecha 1 de Febrero de 1.998 y sus anejos y que se acompañaba al contrato como anexo núm. 2. En la **cláusula séptima** se confía la dirección facultativa a la misma entidad, en los mismos términos del anexo núm. 2.

En la **cláusula decimocuarta** se dispone que la ejecución de las obras llevará aparejada la explotación de la misma con fines culturales, artísticos y turísticos, comprometiéndose los componentes de la UTE a formar parte y a colaborar en la constitución de una sociedad mercantil cuyo objeto social será la explotación cultural, artística y turística del proyecto ideado por Chillida, en los términos recogidos en la oferta presentada por la UTE, sociedad explotadora cuyo capital social no superaría el 30% del importe de adjudicación del proyecto, es decir, la cantidad de 2.547.000.000 ptas., siendo el capital social a desembolsar en el momento de su constitución el de 849.000.000 ptas., de los que un mínimo del 10% sería suscrito por la entidad pública, que en su momento, se determinase por PMMT, S.A. a propuesta del Gobierno de Canarias. En dicha cláusula, igualmente, se establecía que la participación de cada una de las empresas integrantes de la UTE, en el capital social de la sociedad explotadora a constituir, se realizaría en los

términos presentados en su día en la oferta.

En la **cláusula decimoctava** se disponía que el contrato, en cuanto a la realización de la campaña de geotecnia- sondeos y redacción del proyecto de Ejecución, así como la forma de pago de estos y de los gastos de estudio e implantación, quedaría sujeto al cumplimiento de una serie de obligaciones por PMMT, S.A., en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la firma del contrato, cuales eran, la acreditación de disponibilidad del crédito garantizado mediante aval del Gobierno Canario por importe de TRES MIL MILLONES DE PESETAS (3.000.000.000 ) y la obtención y entrega de aval de entidad bancaria de primer orden por importe de hasta MIL SETECIENTOS QUINCE MILLONES DE PESETAS ( 1.715.000.000 ). Por último se disponía que todos los aspectos no incluidos anteriormente, la acreditación de la disponibilidad del crédito y la obtención y entrega del aval, quedarían sujetos al cumplimiento de una serie de obligaciones, cuales eran, la constitución de la sociedad explotadora en los términos previstos en la cláusula decimocuarta, la obtención y acreditación por la sociedad explotadora, en el plazo de cinco meses de la financiación prevista en la cláusula decimoquinta así como, una vez aprobado el proyecto definitivo, que el Gobierno de Canarias asumiese, mediante acuerdo expreso, la financiación a PMMT, S.A., para el pago de las diferencias que en su caso, pudieran producirse al alza entre el precio inicial de adjudicación contemplado en la cláusula cuarta y el precio final resultante del proyecto definitivo.

**DECIMO.-** Expuestos los términos fundamentales del CONTRATO de litis y, sin perjuicio de tomar en consideración a lo largo de esta resolución, otros que forman parte del mismo y en los que igualmente se centra la controversia de las partes, pasaremos a analizar cada uno de los incumplimientos que por la actora se denuncian para el éxito de la pretensión de resolución contractual, que como es sabido, su declaración, es una cuestión fáctica cuya apreciación corresponde a los tribunales de instancia y previa determinación de la existencia de los siguientes requisitos jurisprudencialmente exigidos, cuales son: 1º La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2º, la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; 3º que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían; y 4º, que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa del demandado, la cual, de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable, la origine. Aún más, en aplicación de la doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación a los presupuestos exigidos para la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, exige para que se produzca la resolución de las relaciones contractuales privadas, no precisamente una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de Noviembre de 1.983 y 18 de

Marzo de 1.991), sino la concurrencia de una situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de Septiembre y 18 de Diciembre de 1.991), por lo que basta que se de una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SSTS de 14 de Febrero y 16 de Mayo de 1.991 y 17 Mayo y 2 de Julio de 1.994, entre otras muy numerosas). La frustración no se produce cuando la causa que origina el incumplimiento no es atribuible directamente a las partes (STS de 31 de Marzo de 1.992).

En primer lugar se imputa a las entidades adjudicatarias y contratistas no haber realizado ninguno de los estudios a que responde la partida de “Gastos de Estudio e Implantación” y por los que recibió la cantidad de 1.960 millones de pesetas. Sostiene la parte actora que del examen de la documentación custodiada por el Consejo de Administración, se constata que las entidades integrantes de la UTE presentaron una oferta económica que contenía dos versiones, que contrastadas, determinan una clara finalidad de ocultación, con la segunda de las versiones, del propósito real que se perseguía con el abono de la partida de 1.960 millones de pesetas y a que respondía al concepto de Gastos de Estudio e Implantación, toda vez que sostiene haber comprobado el Gobierno, que tal partida no estaba destinada al concepto referido, sino a abonar a la entidad CANTERAS CABO VERDE, a la sazón, titular del 50% de las acciones de PMMT y antigua concesionaria de los derechos mineros existentes sobre la Montaña de Tindaya, dicha cantidad con ella comprometida por la UTE, para el supuesto de que esta última, o mejor dicho, las entidades integrantes de la misma, resultasen adjudicatarias del CONTRATO de obra. Extremo éste que, según manifiesta la parte aparecía implícito en la primera versión de la oferta económica presentada por la UTE bajo el subterfugio de “Indemnizaciones a Terceros”. La ocultación se traduce, para la actora, en el hecho de que de forma paralela al proceso oficial de licitación y contratación de la obra, por CANTERAS CABO VERDE y por FCC-NECSO, se suscribió, en documento privado de fecha 17 de Noviembre de 1.997, posteriormente elevado a público, un contrato de compraventa, que califica de simulado, por virtud del cual CANTERAS CABO VERDE transmitía a FCC-NECSO el derecho a obtener en bloques de piedra de Tindaya el equivalente de beneficios líquidos que se obtuviesen anualmente, recibiendo CANTERAS CABO VERDE en contraprestación la cantidad de 1.650 millones de pesetas y, quedando sujeto el referido contrato a la condición suspensiva de que FCC-NECSO resultaran adjudicatarias del concurso público convocado por PMMT para proceder a la ejecución del proyecto monumental. Concluye la actora, en consecuencia, como literalmente se refiere en su escrito de demanda, el propósito de la entidad CANTERAS CABO VERDE (ajena a este procedimiento) de provocar un desplazamiento patrimonial a su favor a costa de PMMT

aprovechando la presencia que la misma tenía en el Consejo de Administración de la anterior, a través de tres de sus miembros, que a vez representaban en la entidad PMMT a su entonces accionista CANTERAS CABO VERDE y tomando como amparo el CONTRATO para la ejecución de la obra del Monumento de Tindaya. Para ello, continua diciendo la actora, FCC-NECSO formula su oferta para la ejecución del CONTRATO de obra conteniendo en la misma una partida de 1.960 millones de pesetas en concepto de Gastos de Estudio e Implantación, estableciendo que dicho pago se realizaría en todo caso, cualesquiera que fueran las vicisitudes del contrato, con lo que a su juicio, claramente, se estaba conteniendo la previsión de un abono sin contraprestación alguna. Por último, argumenta que se acredita un manifiesto incumplimiento por la UTE de los compromisos asumidos de realizar Gastos de Estudio e Implantación al no haberse realizado estos, produciéndose un notorio desequilibrio económico y lesión para la posición de la actora, PMMT, S.A.

A los anteriores hechos numerosas objeciones se pueden hacer. Primeramente ha de señalarse, como así lo hace Diez Picazo, que la ineficacia de los contratos, obliga a distinguir, en rigor jurídico, aquella proveniente de la invalidez, de aquella que deviene de otro tipo de causas. Así, las aplicaciones concretas que se hacen de la noción de ineficacia en sentido estricto (producción o frustración de una condición, resolución por incumplimiento, revocación) no son en rigor casos de ineficacia. Si se produce o frustra una condición establecida por las partes, puede decirse que a partir de ese momento el contrato deja de desplegar efectos, pero puede decirse también que ello ocurre precisamente como un efecto del propio contrato, en la medida que tal hipótesis se encontraba contemplada en él. Del mismo modo, la resolución y la revocación son precisamente una consecuencia del despliegue de la eficacia contractual y un medio de defensa, nacido del contrato, para protección de los intereses de uno de los contratantes frente a circunstancias sobrevenidas (p. ej., el incumplimiento, desaparición de la base del negocio). En tales casos no puede decirse que haya verdadera ineficacia, sino cumplida eficacia del contrato, aun cuando ésta no sea la inicialmente prevista o buscada. Igualmente, la eficacia de los contratos depende de la concurrencia de las condiciones necesarias que para la validez de los mismos establece el artículo 1.261 del Código Civil (STS 26-11-2002) que a su vez dispone que: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes; 2º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3º Causa de la obligación que se establezca”*

Dicho esto y si atendemos a los términos en que se pronuncia la demanda no parece, en principio, que el incumplimiento relativo a la partida de Gastos de Estudio e Implantación y que la parte actora identifica con la ocultación de su destino, tenga fácil encaje en los causas de resolución que parece amparar el artículo 1.124 del Código

Civil pues la resolución que dicho precepto ampara parte de la falta de cumplimiento de una obligación/contrato preexistente y no de la inexistencia del mismo que requiere la ausencia de los requisitos determinados en el artículo 1.261 del Código Civil.

Así, la congruencia de la acción planteada por la parte actora con los hechos que pretende sostengan la misma, en principio, no existe, pues no se puede accionar un incumplimiento de un contrato por la no realización de una obligación contenida en el mismo cuando por otro lado, se dice desconocer el destino de la partida que constituía el objeto de la obligación incumplida, pues si se desconoce cual es el objeto de la misma difícilmente puede sostenerse que el mismo no ha sido satisfecho.

La posible ocultación del destino de una prestación económica en el ámbito de un contrato provocando con ello la desviación de la misma a otros fines o prestaciones que no forman parte de aquél no puede argüirse como causa de resolución contractual sino más bien, de ineficacia de la misma, en los estrictos términos jurídicos anteriormente expuestos, en cuyo caso, efectivamente estaríamos ante un supuesto de abono sin contraprestación alguna de forma tal que sería necesario entender que la voluntad de la parte contratante ha sido viciada de tal manera que ha provocado la previsión en el contrato de una partida que en modo alguno responde al mismo o, dicho de otra manera, que no tiene su recíproca contraprestación. Evidentemente, de ser así hubiera de entenderse que el contrato y por tanto uno de los elementos del mismo, se encontraba viciado determinando la ausencia de uno de los requisitos esenciales para la existencia misma del contrato, necesaria en todo caso para poder ejercitar la acción de resolución al amparo de artículo 1.124 del Código Civil. Por tanto y en consecuencia si entendemos que no existe alguno de los elementos necesarios para la existencia del contrato lo procedente sería instar la nulidad del mismo que no su resolución por incumplimiento de las prestaciones pese a que a la postre la estimación de cualquiera de las dos acciones determine la recíproca restitución de las prestaciones.

Así, la parte actora invoca, erróneamente, como causa de resolución del contrato, la previsión de una abono sin contraprestación alguna que tiene su origen en una actitud ocultacionista de la contraparte contratante y un tercero ajeno a la relación contractual afectando o viciando el contrato cuya resolución quiere sea justificada judicialmente, cuando ello es contrario al contenido del precepto que invoca y sirve de base a la acción ejercitada, pues el artículo 1.124 del Código Civil faculta para la resolución de obligaciones recíprocas y por tanto, de obligaciones que tienen contrapartida o contraprestación, llevándonos las anteriores consideraciones a no tomar en consideración, pues no ha sido invocada la nulidad del CONTRATO, circunstancia alguna que pueda llevar a entender que el contrato ab initio no ha podido desplegar la eficacia propia del mismo toda vez que la misma es presupuesto para la



resolución del contrato que requiere su previa existencia. Aún más y por innecesario que parezca dadas las anteriores consideraciones, si tenemos en cuenta que la parte actora, PMMT, atribuye la condición de sujeto activo de tal maniobra ocultadora no sólo a la propia UTE sino también a varios de los miembros del Consejo de Administración de Tindaya la misma no se explica esta Juzgadora como puede concluirse que PMMT fue engañada, pues tal engaño nació del seno de la misma.

Ello nos lleva al análisis de los hechos que en rigor jurídico, podrían constituir un eventual incumplimiento por la UTE de las prestaciones asumidas en contrapartida al abono de la cantidad de 1.960 millones de pesetas y que por la parte actora, tras los escritos de contestación a la demanda y más concretamente en el de réplica, olvidándose de que primeramente ha mantenido desconocer del destino de dicha partida, se identifican con la prevista en la cláusula 12 del Pliego de Condiciones y que hace referencia a la obtención de datos y estudios previos complementarios, incluyendo estudios geológicos, sondeos y ensayos necesarios, mientras que por la defensa legal de las contratistas codemandadas se sostiene que el destino de esta partida era la adquisición de la reserva de derechos que el ejecutivo había realizado a la anterior concesionaria de los derechos mineros existentes sobre la Montaña de Tindaya relativos a la piedra que en la Obra Monumental se obtuviera en forma de bloques comerciales así como el derecho a recuperar la concesión minera para el caso de que la obra no se llegase a realizar en el plazo máximo del 14 de Marzo de 2.000

Así como requisito previo a la determinación de la existencia/inexistencia de incumplimiento de las obligaciones asumidas por la UTE habrá que determinar cual era el objeto de la partida que con la denominación de “Gastos de Estudio e Implantación” se introdujo en el CONTRATO para lo cual serán precisas numerosas consideraciones previas.

Obra en autos, a los folios 2234-2246, escritura pública de precontrato de compraventa de acciones de 14 de Marzo de 1.996, otorgada ante el Ilustre Notario de esta Ciudad D. Manuel Emilio Romero Fernández al Núm. 789 de su Protocolo, suscrita por D. Rafael Bittini Delgado, en nombre y representación, como Consejero Delgado, de la entidad CANTERAS CABO VERDE y D. Jesús Gómez Rodríguez, en nombre y representación, como Consejero Delegado, de la entidad mercantil SOCIEDAD ANONIMA DE PROMOCION DEL TURISMO, NATURALEZA Y OCIO (SATURNO) y por la que esta última entidad, en cumplimiento de los acuerdos de gobierno de fechas 21 y 22 de Diciembre de 1.995 y 26 de Enero de 1.996, se obliga a adquirir la totalidad de las acciones de PMMT, constituida a su vez esta, por D. Rafael Bittini Delgado, D. Segundo Medina Sosa y la entidad CANTERAS CABO VERDE, mediante escritura pública de la misma

fecha suscrita ante el mismo Notario antes citado, al núm. de Protocolo 788, obrante a los folios 124-136 y con un capital social de 900.000.000 de pesetas al que se aportó la concesión administrativa CHANTAL como pago en especie por el valor de 899.800.000 pesetas.

Este documento, correspondiente al Protocolo Núm. 789 del Notario citado, refleja las condiciones de la transmisión del capital social de PMMT a la entidad SATURNO y que se reducen a la adquisición de las acciones en un primer momento, mediante la suscripción del 50% de las numeradas como 4501 a 8998, 8999 y 9000 y en un segundo momento que tendría lugar a los cuatro años de esta primera adquisición, el segundo 50% que comprende las acciones 0001 a 4500, siempre que se atendiera el calendario de pagos establecido para la adquisición del primer paquete.

A su vez, el mismo es complementado por otra escritura de la misma fecha obrante al Núm. 790 del mismo Notario, y obrante en autos a los folios 2248-2258, en la que se establece que si por cualquier circunstancia sobrevenida, no imputable a CABO VERDE, el proyecto Monumental Montaña de Tindaya, no pudiera finalizar dentro de los cuatro primeros años transcurridos desde la adquisición del primer cincuenta por ciento del capital de la sociedad PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA, S.A., la Administración estaría obligada a devolver a la entidad vendedora la parte del capital social de dicha sociedad adquirido y a indemnizar a la sociedad vendedora con las cantidades entregadas hasta dicha fecha, como consecuencia de los perjuicios causados a CABO VERDE, SA, al variar sustancialmente la actividad de explotación de los yacimientos que ha aportado a la sociedad PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA, S.A. asimismo, y en el supuesto de imposibilidad de ejecución del mentado Proyecto, una vez adquirido por la sociedad CABO VERDE, la totalidad del capital social, se procedería a la disolución de la sociedad PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA y posterior liquidación, retornando la concesión minera a su anterior titular así como todos los derechos que le asistieran a la misma. Además, la sociedad CABO VERDE se reservaba el derecho a obtener en bloques el equivalente de los beneficios líquidos que se obtuviesen anualmente como consecuencia de la explotación de la cantera por la sociedad PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA, S.A.

El examen de estos documentos anteriores (escrituras públicas) en los términos expuestos viene a determinar uno de los hechos que sin duda alguna más influyeron en el desarrollo del CONTRATO pues, como de su lectura se desprende, si transcurridos cuatro años desde la adquisición por SATURNO del primer 50% de PMMT ( lo que se produjo el 14 de

Marzo de 1.996) la Obra Monumental no estaba terminada y CANTERAS CABO VERDE accionaba los derechos que la entidad SATURNO le había reservado, la Administración debería devolver a CANTERAS CABO VERDE el capital social adquirido haciendo, esta última, suyas las cantidades entregadas para su adquisición; si la obra, resultase además, de imposible ejecución, PMMT, que tenía por objeto la realización de la Obra, se disolvería retornando la concesión minera a CABO VERDE quien incluso todo lo anterior, se reservaba el derecho a obtener una parte de los beneficios líquidos que se obtuvieran anualmente como consecuencia de la explotación de la cantera por PMMT. No ha de olvidarse por otro lado que el Informe remitido por la Inspección General de Servicios del Gobierno de Canarias y que obra unido a los folios 4201 y ss de los presentes autos hace referencia a su vez al informe emitido por la Audiencia de Cuentas de Canarias estimando este último, respecto a la compraventa de las acciones de Proyecto Monumental Montaña de Tindaya, S.A. que resulta a todas luces contraproducente otorgar en una relación de derecho privado, entre partes, a la empresa vendedora un conjunto de derechos tales como la devolución a esta del capital social adquirido de indemnizarle con las cantidades entregadas en el supuesto de que no se pudiera ejecutar dentro de los cuatro primeros años el proyecto monumental” calificándose de igual forma el reconocimiento del derecho de retorno de la concesión minera a CABO VERDE, S.A. en caso de inexecución del proyecto. Además dicho informe señala que en la escritura pública SATURNO reconoce a CABO VERDE un derecho preferente de adquisición de bloques comerciales para el supuesto de que una vez finalizado el Proyecto se decidiera explotar la cantera, excediéndose de las facultades otorgadas por el Gobierno.

Las estipulaciones que se contienen en los anteriores documentos determinan, sin duda alguna, que el término convenido por SATURNO con CANTERAS CABO VERDE condicionaba cualquier contrato de ejecución de la Obra que en el futuro se concertase, no por el mero hecho de haberse convenido tal término sino por cuanto no sólo se fijó en el Pliego de Condiciones que la obra debería estar terminada el día 14 de Marzo de 2.000 sino que además este Pliego fue aprobado por el Consejo de Administración de PMMT el día 19 de Diciembre de 1.997 y, por tanto, casi un año y medio después del comienzo del término comprometido por SATURNO. Aún más, debe resaltarse que el CONTRATO que se suscribe por PMMT con la UTE no tiene lugar sino el día 24 de Febrero de 1.999 y, por tanto, tan sólo un año antes del vencimiento del término convenido con CABO VERDE, lo que ya en este momento permite concluir que el término pactado por SATURNO con la entidad CABO VERDE para la realización de la Obra Monumental se preveía de complicado, por no decir, de imposible, cumplimiento máxime cuando en el Pliego de Condiciones se preveían en su punto cuarto que “la totalidad del objeto de la presente

contratación deberá estar realizado, como plazo máximo, el día 14 de Marzo del año 2.000” (folio 5045)

En un contexto como el que se ha explicado, la contratación de la ejecución de la Obra no se produjo sino hasta el día 24 de Febrero de 1.999 y concediéndose al efecto, en principio, a las contratistas, el plazo de 48 meses a partir de la firma del CONTRATO. Se dice en principio porque este plazo se establecía sin perjuicio de lo señalado en la cláusula decimoctava en la que se fijaron determinadas condiciones previas al inicio de las actuaciones, lo que situaba el comienzo de las obras en el día 19 de Abril de 1.999 y su terminación el día 19 de Abril de 2.003 y, ello, en evidente contradicción con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones Jurídicas, contradicción esta a la que a posteriori se dará cumplida explicación.

Si, por tanto, se da por válido y correcto el plazo de ejecución del CONTRATO establecido en este mismo contraviniendo el fijado en el Pliego de Condiciones que, a su vez, se había establecido como fecha de reversión de la concesión minera a la entidad CANTERAS CABO VERDE, ha de entenderse que la cuestión del plazo y por tanto, el hecho de que el mismo superase el previsto para el retorno de la concesión, no fue cuestión baladí entre las partes contratantes, y mucho menos el efecto que podía tener que el plazo previsto para la realización de los trabajos por la UTE expirase el mes de Abril de 2.003 cuando por otro lado la entidad SATURNO, comprometió que la Obra Monumental estaría terminada el día 14 de Marzo de 2.000.

Que la influencia de la fecha de 14 de Marzo de 2.000 en el desarrollo y ejecución del proyecto no era cuestión baladí, se pone de manifiesto con la advertencia realizada al propio Gobierno por el Director General del Servicio Jurídico, D. Martín Orozco Muñoz, quien en su informe de fecha 30 de Junio de 1.998 (un año antes de la firma del CONTRATO), remitido posteriormente al Secretario General de la Presidencia del Gobierno de Canarias, advirtió la incompatibilidad del plazo de ejecución contenido en el Pliego de Condiciones Jurídicas que preveía el máximo del 14 de Marzo de 2.000 con el introducido en el contrato en 48 meses desde su firma.

Incluso, el Sr. Margollés, asesor jurídico de D. Eduardo Chillida, en carta remitida al Sr. Rodríguez Cíe, en fecha 22 de Diciembre de 1.997 a la que acompañaba Pliego de Condiciones puso de manifiesto que el plazo pretendido por PMMT para la finalización de las obras, cual era el 15 de Marzo de 2.000, era considerado inviable por el escultor.

En otro orden de cosas no debe desconocerse el contenido de distintos documentos esenciales cuales son, el Pliego de Condiciones Jurídicas, el Pliego de Prescripciones Técnicas, la oferta presentada por la UTE para

optar a la contratación y por último el CONTRATO.

En **primer lugar**, el ***Pliego de Condiciones Jurídicas*** que obra unido al ramo de prueba de la UTE codemandada como documental pública, a los folios 5043-5067. Este pliego que ha sido remitido por una de las Consejerías del propio Gobierno de Canarias, no se corresponde con el que por otro lado, el mismo adjunta a su escrito de demanda, desconociendo esta Juzgadora cual es la intención de las partes demandantes al aportar un Pliego distinto del que rigió el procedimiento de adjudicación y contratación pues, pese a que ello se ha puesto de manifiesto en los distintos escritos de contestación de los codemandados, la defensa legal de la actora ha omitido cualquier justificación al respecto.

Este Pliego dispone en su cláusula 4ª que: *“La totalidad del objeto de la presente contratación deberá estar finalizado, como plazo máximo, el día 14 de marzo del año 2.000”*; en su cláusula 18.1 dispone que: *“ El contratista queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución de los trabajos en los términos previstos en las cláusulas 4 y 13 del presente pliego ”* siendo que la cláusula 13 ninguna previsión contiene al respecto de los plazos, entendiéndose esta una remisión errónea.

En su cláusula 18 dispone igual y literalmente que: *“2. Si llegado el término del final de los trabajos, el contratista hubiere incurrido en mora por causa imputable al mismo, PMMT, podrá optar indistintamente, por la resolución del contrato con pérdida de garantía o por la imposición de las penalidades que indica la Ley de Contratos de Administraciones Públicas. Cuando las penalidades por demora alcance el 20 por 100 del importe del contrato, PMMT, estará facultada para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades. Esta misma facultad tendrá PMMT respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total; 3.-La imposición de penalidad no excluye la indemnización a que pueda tener derecho PMMT por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso imputable al contratista, daños y perjuicios en los que necesariamente se incluirán los ocasionados a otras entidades como consecuencia del incumplimiento de los plazos fijados en el rescate de la concesión minera anteriormente existente, motivado por el retraso en la ejecución de las obras; 4.- La constitución en mora del contratista no requerirá intimación previa por parte de PMMT; 5.- Si se produjera retraso en el cumplimiento de los plazos por causas no imputables al contratista, PMMT podrá, a petición de éste o de oficio, conceder la prórroga adecuada”*

En su cláusula 20.3 dispone que: *“Será necesario la total conformidad del escultor de la idea respecto al proyecto de ejecución y, en consecuencia, con el resultado final de la obra”*

En **segundo lugar**, el documento público consistente en ***Pliego de Prescripciones Técnicas***, obrante a los folios 5044-5067, dispone en su apartado dedicado “CRITERIOS DEL PROYECTO” establece que: *“La recuperación de la valiosa piedra ornamental excavada en este proyecto cubrirá parte de los costos de la construcción. Las técnicas de excavación que sean empleadas deberán ser aptas para generar bloques de roca de dimensiones aceptables, de acuerdo con el mercado. Como resultado del rescate de la concesión minera preexistente, es imprescindible la obtención de una producción mínima de la excavación, con carácter anual, equivalente a diez mil metros cúbicos de bloques comerciales tipo TR.*

En **tercer lugar**, de la ***oferta presentada por la UTE*** en el procedimiento negociado de adjudicación, a la postre autorizada por el Gobierno y aceptada por PMMT obrante a los folios 4640-4666, es importante destacar el contenido de su preámbulo, en el que se dispone que la contratación objeto del concurso se encuentran condicionada por dos aspectos, cuales son la creación artística de D. Eduardo Chillida y su realización en la Montaña de Tindaya y en concreto respecto a este segundo aspecto, el hecho de reconocer la realidad existente sobre la Montaña de Tindaya cual es la existencia sobre la misma de una concesión minera para la explotación de una cantera con producción de roca denominada CHANTAL teniendo las dimensiones, formas, soluciones técnicas y plazo de ejecución una gran incertidumbre para las entidades licitadoras. Éstas, en su oferta, señalan que el propio Proyecto y sus dimensiones, soluciones técnicas y formales, en último término se escapan de su control por cuanto no sólo su aprobación formal depende del criterio del Sr. Chillida sino por cuanto existe una imposibilidad física de terminar la obra, como exige el pliego de Condiciones del Concurso, en su apartado 4, antes del 14 de Marzo del año 2.000. Las entidades integrantes de la UTE contemplan en su oferta 16 meses para la realización del proyecto, correspondiente 13 a la redacción y 3 a la ejecución de sondeos, y 3 años para la ejecución de la obra, señalando las mismas que la UTE, antes y durante la realización del Proyecto, tendrá numerosos gastos de estudios. Señalan además, este tipo de obras, por su envergadura y singularidad, genera unos gastos de implantación elevados y requiere de inversiones específicas, difícilmente reutilizables. Que toda la génesis del proyecto y su realización, escapa en gran medida a la voluntad y criterios de la UTE e incluso puede ser cancelado por circunstancias azarosas e imponderables, por supuesto no deseables, no obstante lo cual, durante el proceso son ciertas y es razonablemente previsible, que el ofertante haya incurrido en unos gastos, desembolsos y compromisos que, ante eventualidades no deseadas, deben ser asumidos por la Propiedad. Es por ello que en los presupuestos se incluye una cantidad sobre el presupuesto total de las obras por aproximadamente MIL NOVECIENTOS SESENTA MILLONES DE PESETAS,

pagaderas junto a las primeras ocho certificaciones en cantidades iguales, que cubran a la U.T.E. ofertante de eventualidades ajenas a su labor de constructor. Su concepto es gastos de estudio e implantación y figura como un porcentaje sobre la suma parcial del presupuesto de ejecución material, que se indica en los presupuestos correspondientes a las distintas soluciones que se presentan.

En **cuarto lugar**, de la **Propuesta de Adjudicación del Consejo de Administración PMMT** obrante a los folios 4422-4423, ha de estacarse el punto 10.2 de la misma, en la que se dispone que: *“En el importe total estimado para la ejecución de la obra, se entiende incluido el coste que se derive del incumplimiento de aquellas cláusulas del pliego de Condiciones Jurídicas de la licitación, como consecuencia de la propia configuración técnica del proyecto conforme a la solución ofertada y aceptada”* Igualmente, el punto 8.b relativo a los gastos de estudio e implantación dispone que: *“Los gastos de estudio e implantación suponen una cantidad del 23% aproximadamente sobre el presupuesto total de las obras (8.490 millones de pesetas), y será abonado mediante pagos iguales de 245 millones de pesetas y simultáneamente a las (8) primeras certificaciones o en su defecto en las fechas indicadas en el modelo de aval que acompaña la oferta, de acuerdo con la oferta económica presentada por la U.T.E.”*

En **quinto lugar**, el **CONTRATO**, suscrito entre PMMT y UTE de 24 de Febrero de 1.999 (también parcialmente aportado por la actora que olvida los anexos al mismo), obrante a los folios 4602-4620, en el que se prevé, en su cláusula 5.b el abono por PMMT a la UTE de la partida de Gastos de Estudio e Implantación, con carácter indispensable y por importe de 1.960 millones de pesetas, en todo caso y con independencia de las vicisitudes del contrato de obra y aún en el supuesto de resolución del mismo. Asimismo, se reitera en el contrato, en el anteúltimo párrafo de la estipulación décima, la cláusula 18.3 contenida en el Pliego de Condiciones Jurídicas por la que se dispone que : *“La imposición de penalidad no excluye la indemnización a que pueda tener derecho PMMT por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso imputable al contratista. Estos daños y perjuicios necesariamente incluirán los ocasionados a otras entidades como consecuencia del incumplimiento de los plazos fijados en el rescate de la concesión minera anteriormente existente, motivado por el retraso en la ejecución de las obras”*

Todos los datos apuntados anteriormente y en análisis de los documentos expuestos, determinan que si bien expresamente en el CONTRATO no se dispuso una estipulación en orden a explicar el destino o concepto de la partida “Gastos de Estudio e Implantación”, implícitamente, con cláusulas que sin el destino referido por las contratistas no se explican, se dio cabida, por voluntad de las partes contratantes, a una partida cuyo objeto era la adquisición por la UTE de los derechos reservados por

SATURNO a CANTERAS CABO VERDE. Son muchas las conclusiones que pueden hacerse y que justifican el destino de la partida. En primer lugar, el plazo fijado en el CONTRATO contravenía claramente el fijado en el Pliego de Conclusiones, circunstancia esta que determinaba a su vez el incumplimiento del término fijado para el rescate de la concesión minera así como las consecuencias de dicho incumplimiento que ya han sido señaladas. A su vez, el Pliego de Condiciones ya preveía la posibilidad del retraso en la ejecución de las obras estableciéndose que, en su caso, PMMT podría optar por la imposición de penalidades que indica la Ley de Contratos de Administraciones Públicas que no excluía la indemnización a que pudiera tener derecho por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso imputable al contratista y que incluirían los ocasionados a otras entidades como consecuencia del incumplimiento de los plazos fijados en el rescate de la concesión minera anteriormente existente. Es decir, en el Pliego de Condiciones ya se establecía que la UTE tendría que hacer frente económicamente, a los daños y perjuicios que se derivasen como consecuencia del incumplimiento de los plazos fijados en el rescate y por tanto, si nos remitimos al documento en que tal plazo fue fijado, se puede concluir que tales daños y perjuicios se corresponden con los derechos reservados por SATURNO a CABO VERDE. Por otro lado, la Propuesta de Adjudicación que el Consejo de Administración sometió a consideración al Gobierno de Canarias en su sesión de 8 de Octubre de 1.998 determinaba, como ya se ha dicho, que en el importe total estimado par la ejecución de la obra se entendía incluido el coste que se derivase del incumplimiento de aquellas cláusulas del Pliego de Condiciones de la licitación, como consecuencia de la propia configuración técnica del proyecto conforme a la solución ofertada por la UTE y aceptada por PMMT. Y, por último, si acudimos a la oferta, que es la que acompañó a la propuesta de adjudicación sometida a consideración del Gobierno como anexo de la misma, se verá que en ella se dice incluir en el presupuesto una cantidad sobre el presupuesto total de las obras por importe de aproximadamente 1.960 millones de pesetas que cubran a la UTE ofertante de eventualidades ajenas a su labor de constructor; además en esa misma oferta y como condición para su aceptación se establece en el apartado CONDICIONES BASICAS que con carácter indispensable debe quedar recogido en la correspondiente adjudicación que PMMT debe abonar a NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A. y FCC CONSTRUCCION, S.A. la cantidad presupuestada de MIL NOVECIENTOS SESETAN MILLONES DE PESETAS ( 1.960.000.000) que deberá ser satisfecha por PMMT en todo caso y con independencia de las vicisitudes del contrato de obra y aún en el supuesto de suspensión o resolución del mismo.

Pero además, ha de tenerse en cuenta que si bien el Pliego de Condiciones que rigió el procedimiento de adjudicación y contratación



fijaba la terminación de la obra el día 14 de Marzo de 2.000 y preveía la actividad de extracción de piedra de la cantera, la oferta formulada por la UTE y aceptada finalmente tanto por el Gobierno de Canarias como por PMMT no tenía en cuenta tales circunstancias. Es decir, que por el Gobierno de Canarias y por PMMT se aceptó una oferta que ni contemplaba el plazo de finalización de las obras establecido en el Pliego de Condiciones ni preveía actividad extractiva de piedra en la cantera lo que a su vez determinaba el incumplimiento por SATURNO de los compromisos adquiridos con CABO VERDE que, en su caso, suponían incluso la disolución de la entidad contratante PMMT, además de vulnerar el derecho de CABO VERDE a obtener en bloques el equivalente a los beneficios líquidos derivados de la explotación de la cantera y ello pese a que por el Sr. Lazcano, Secretario General de la Presidencia del Gobierno de Canarias se manifestó en su comparecencia ante el Juzgado de Instrucción Num. Cuatro de esta capital que el expediente del caso Tindaya, no era un expediente ordinario, sino atípico, dada su trascendencia política figurando en el índice denominado rojo que recogía los asuntos tratados por el Consejo de Gobierno de marcado cariz político (folio 4698).

No desacredita el destino de esta partida, la postura mantenida por la defensa legal de la parte actora en el sentido de que el Gobierno de Canarias siempre ha sostenido que el derecho a obtener en bloques el equivalente a los beneficios líquidos derivados de la explotación de la cantera que se reservaron a CABO VERDE no tienen contenido económico valiendo cero pesetas, puesto que ello estaba condicionado a que efectivamente se extrajesen bloques de piedra que pudieran ser comercializados. Esta argumentación ha de ser rechazada pues parte de una interpretación muy particular de la escritura en la que se reservaron esos derechos. El artículo 1.281 del Código Civil dispone que *“si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas”* y siguiendo este criterio, con una atenta lectura de la cláusula 4ª del documento en que se reservó tal derecho se comprende, sin ninguna dificultad, que lo que se encontraba condicionado a la obtención de una producción mínima de la explotación, equivalente a veinte mil metros cúbicos de bloques comerciales Tipo Tr, y en el transcurso de tres años computados a partir de la fecha de la compraventa, no era el derecho de CABO VERDE a obtener en bloques el equivalente de los beneficios líquidos que se obtuvieran anualmente como consecuencia de la explotación de la cantera por PMMT sino la valoración de las acciones que en un futuro debía adquirir SATURNO.

Aún lo anterior, la parte actora en un intento de desacreditar lo evidente, a la luz de los escritos de contestación de los demandados y la documentación debidamente aportada por los mismos que no por ella, equipara o identifica los Gastos de Estudio e Implantación con los

trabajos previstos en la cláusula 12 del Pliego de Condiciones Jurídicas y que hace referencia a la obtención de datos y estudios previos complementarios, incluyendo estudios geológicos, sondeos y ensayos necesarios cuando los mismos quedan expresamente excluidos de dicha partida e incluidos en la relativa “Del Proyecto y Dirección Facultativa” contenida en la cláusula quinta del CONTRATO y en la que se establece, respecto al importe de los sondeos geológicos y pruebas o ensayos de laboratorio, que serían abonados por PMMT a la UTE en los términos recogidos en la oferta presentada por el adjudicatario, y respecto a los gastos de ensayo, que los mismos serán de cuenta del contratista en una cuantía máxima equivalente al 1% del presupuesto de ejecución material de la obra. Por ello es claro que tal partida no estaba destinada al objeto determinado por la actora. La lectura del contrato evidencia que los trabajos que la actora dice corresponderse con la partida de Gastos de Estudio e Implantación estaban excluidos de la misma por estar incluidos en la partida denominada “Del Proyecto y Dirección Facultativa”.

Estas conclusiones determinan con una evidencia meridiana no sólo cual era el destino que tenía la partida denominada Gastos de Estudio e Implantación sino además que el mismo fue tenido en cuenta en el proceso de licitación y adjudicación de forma tal que finalmente se aceptó de entre las cuatro soluciones propuestas por la UTE aquella que no preveía ni la extracción de la piedra de la Montaña ni el plazo de finalización de los trabajos el día 14 de Marzo de 2.000, lo que además hacía inevitable la indemnización a CABO VERDE, pues ni se cumplía con el compromiso de obtener ésta, en bloques, el equivalente de los beneficios líquidos que se obtuviesen anualmente como consecuencia de la explotación de la cantera por la sociedad PMMT ni con el de finalización de las obras el día 14 de Marzo de 2.000.

Dicho esto sobraría cualquier consideración más al respecto, no obstante lo cual, no se terminará el estudio de este punto sin hacer una breve referencia a la valoración de los derechos adquiridos por la UTE así como a la diferencia entre el importe de la partida por 1.960 millones de pesetas y el precio por el cual la UTE adquirió los mismos a CABO VERDE, de 1650 millones de pesetas, para zanjar a este respecto cualquier controversia que pudiera quedar pendiente.

Respecto a la primera de las cuestiones, la defensa legal de la actora sostiene que por la UTE y CANTERAS CABO VERDE se valoraron arbitrariamente los derechos reservados por SATURNO a esta última y que fueron adquiridos por la UTE no pudiéndose compartir tal postura pues tal valoración se obtuvo partiendo de la realizada por un tercero independiente designado por el Registro Mercantil, cuyo informe de 26 de Octubre de 1.996 obra a los autos en los folios 2209-2232 y no ha sido controvertido. Este informe otorgó a la concesión un valor de 2.588

millones de pesetas de los que se dedujeron los 898 millones que fue el valor de la aportación para la constitución de PMMT, lo que en todo caso determina los 1.960 millones. Esta es una operación bastante lógica, pues entendiendo que la valoración total de la explotación minera estaba fijada por el experto en 2.588 millones de pesetas, de ella obviamente habría que deducir aquellos derechos (acciones) que en ese momento ya no correspondían a CABO VERDE y de los cuales ya no podría disponer, y ello, por el importe fijado en la escritura de constitución de PMMT que a su vez se correspondía con el capital social de la misma sin que haya de entenderse que existiera razón alguna por la cual la UTE y CABO VERDE debieran ajustarse a la valoración tenida en cuenta y pactada por SATURNO y CABO VERDE toda vez que la UTE en momento alguno se subrogó en los derechos reservados por SATURNO a CABO VERDE sino que los compró, quedando esta actuación sujeta en todo caso a la libre voluntad de los contratantes conforme dispone el artículo 1.255 del Código Civil.

Respecto a la segunda, la parte actora, en su escrito de replica, ante las explicaciones dadas por las codemandadas en relación al destino de la partida de Gastos de Estudio e Implantación, plantea como hecho indiscutible, que para el caso de que la misma no se identificase con el concepto de obtención de datos y estudios previos complementarios, incluyendo estudios geológicos, sondeos y ensayos necesarios, lo cual ya ha quedado claro, y en todo caso, aceptando a efectos dialécticos que ello fuera así, que la UTE se apropió de 310 millones de pesetas, diferencia existente entre los 1.960 millones de pesetas y la de 1.650 millones de pesetas que la UTE abonó a CANTERAS CABO VERDE para la neutralización de sus derechos sobre la Montaña de Tindaya. Tal afirmación, que no deja de sorprender a esta Juzgadora por los términos en que se hace, ha quedado absolutamente desacreditada con las explicaciones dadas por la defensa legal de las codemandadas que se entienden totalmente justificadas, al acreditar que dicha cantidad responde a las previsiones del contrato de litis sujeto al 13% de conformidad con el artículo 68 del Reglamento de Contratos de 1.975, aplicable en aquel momento, de conformidad con el artículo 131 del Reglamento de 2.001 en concepto de gastos generales y al 6% del beneficio industrial aplicado sobre la cantidad que, como Gastos de Estudio e Implantación aparecía en la oferta económica realizada por la UTE y que se cifraba en 1.576.428.137 de pesetas y que a la sazón determinaba la cantidad de 94.585.688 de pesetas que en unión de la relativa a gastos generales determina la de 310 millones de pesetas de diferencia existente entre los 1.650 millones de pesetas, precio nominal de los derechos recomprados a CABO VERDE, y los 1.960 millones de pesetas que en concepto de Gastos de Estudio e Implantación se recogen en el contrato de litis de fecha 24 de Febrero de 1.999.

Por si quedara alguna duda en orden al cumplimiento por la UTE del

objeto de la partida denominada Gastos de Estudio e Implantación, ha de señalarse que no es un hecho discutido además de ser acreditado, que por la UTE se vienen realizando los pagos relativos a la adquisición de los derechos recomprados, como se desprende de la escritura de transmisión de derechos obrante a los folios 2455-2479 y oportunos cheques que obran a los folios 2479 vuelto-2480.

Dicho esto y justificado el destino de la partida no puede hablarse de un abono sin contraprestación para PMMT. Ha de tenerse en cuenta como ya se ha dicho en otros fundamentos de esta resolución que el contrato no puede presentarse como un contrato de obra cualquiera. La simple lectura del mismo advierte ya la extraordinaria complejidad que reviste pues su normal desarrollo se hizo depender de relaciones y compromisos nacidos, incluso, con anterioridad a su perfección. De esta manera del estudio de los autos se desprende que la celeridad con la que la Administración decidió acometer el Proyecto de la Obra Monumental de Tindaya marcó negativamente todo el desarrollo de la misma provocando que en el año 1.996 entre SATURNO, entidad a la que el ejecutivo había encomendado el impulso del Proyecto, y CANTERAS CABO VERDE se suscribieran unos acuerdos que a la postre condicionaron todo el proceso de ejecución. No le consta a esta Juzgadora que en el momento en que se constituye PMMT, a la vez que se reservan a CABO VERDE los derechos referidos, existiera estudio alguno que permitiera concluir que el Proyecto al que se aspiraba iba a poder ser realizado en el plazo de cuatro años desde que se adquiere el 50 % del capital social de PMMT por SATURNO; aún más, la lentitud que imperó en todo el procedimiento de adjudicación determinó que dicho plazo, nacido de la voluntad concurrente de SATURNO (entidad participada por el Gobierno y controlada por este) y la entidad CABO VERDE, estuviera avocado a su incumplimiento con las consecuencias que para la entidad PMMT ello suponía, pues no ha de olvidarse que se preveía incluso la disolución de la misma. Ha de señalarse que con posterioridad a la reserva de derechos a CABO VERDE, concretamente el día 6 de Junio de 1.996, se sometió a consideración del Gobierno de Canarias un Informe Preliminar del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, relativo a las actuaciones realizadas por la Inspección General de Servicios sobre el “Proyecto Monumental en la Montaña de Tindaya”, obrante a los folios 4352-4362, que informaba que se desconocía si existía un proyecto técnico cuantificado sobre el monumento en la Montaña de Tindaya. Igualmente el Informe presentado al Gobierno por la Consejería de Turismo y Transportes, de fecha 23 de Julio de 1.997 y suscrito por D. Lorenzo Olarte Cullén, obrante a los folios 4388-4399, ponía de manifiesto que “la alteración de los presupuestos en que se fundamentó la compensación económica y el riesgo de un posible incumplimiento en cuanto a los plazos para la ejecución del proyecto, con las consecuencias ya expresadas, haría que a

la mitad de la evolución de los acontecimientos, pudiera correrse el riesgo de la adopción por CABO VERDE de las medidas reseñadas en la cláusula tercera de la escritura (número de protocolo 790), respecto a la viabilidad del proyecto”. Con todo esto la neutralización de los derechos de CABO VERDE se hacía más que necesaria así como inminente, debiendo recordar que el informe de la Audiencia de Canarias al que se hace referencia en uno de los Informes de la Inspección General de Servicios del Gobierno (folios 4202-4251) señaló que a todas luces se hacía contraproducente que en la relación de dos entidades privadas, la vendedora reservara unos derechos como los que reservó en su día SATURNO a CABO VERDE. Más concretamente el Informe de la Audiencia de Cuentas de Canarias determinó que desechada la vía de la expropiación forzosa por interés social regulada en la Ley de Expropiación Forzosa de 1.954 resultaba contraproducente que luego se reconocieran a la vendedora derechos de reversión o indemnización, incluso de retorno de la concesión. Con este antecedente entiende esta Juzgadora muy complicada la posibilidad de que, o bien SATURNO o bien PMMT, recompraran directamente unos derechos que previamente habían reservado, pues ello sería llegar a un absurdo como consecuencia únicamente de una falta de previsión. No ha de olvidarse que SATURNO es una entidad enteramente participada por el Gobierno y que PMMT estaba llamada a serlo igualmente, a través de SATURNO, su socio único y no se entiende que lógica pudiera tener que SATURNO, socio de PMMT reservara al otro socio, CABO VERDE, unos derechos para a la postre, en función de las circunstancias concurrentes, readquirirlos, teniendo en cuenta además, que pese a constituirse tanto SATURNO como PMMT en dos entidades con personalidades jurídicas distintas del Gobierno el patrimonio de las mismas procede en principio de las arcas públicas. Por ello para que SATURNO pudiera adquirir el primer 50% del capital social de PMMT, el 30 de Abril de 1.996, el Consejo de Gobierno, autorizó una transferencia de crédito nº 57/1996 a favor de la Consejería de Turismo y Transportes por importe de 200.000.000 de pesetas, para incrementar los recursos financieros propios de SATURNO.

La contraprestación que obtenía PMMT era justamente la de evitar que un tercero ajeno al CONTRATO frustrara no sólo la finalidad del mismo sino el objeto social de dicha entidad evitando, lo que no es poco, que PMMT, en el año 2.000 se viera avocada a su disolución. Aún más, dicha operación de recompra de los derechos reservados ninguna repercusión económica tendría a la postre para PMMT pues esa partida de 1.960 millones de pesetas sería recuperada por la misma a través de la explotación del Proyecto de la Obra Monumental, toda vez que la complejidad del CONTRATO que venía entre otras causas determinada por la previsión de constitución de una sociedad explotadora permitía a PMMT recuperar todo el dinero empeñado en la realización del Proyecto. Este dato fue corroborado por el Sr. Lazcano, en su

comparecencia ante el Juzgado de Instrucción Núm. Cuatro de esta Capital cuando manifestó que el riesgo financiero de la operación lo asumía la UTE adjudicataria en base al sistema de financiación establecido a través de una sociedad de explotación del monumento, llegándose incluso a hablar de una operación de coste cero (folio 4702). Así, como se desprende del CONTRATO, la ejecución de las obras llevaba aparejada la explotación de la misma, con fines culturales, artísticos y turísticos corriendo dicha explotación a cargo de la denominada sociedad explotadora en la que la mayor parte del capital social era asumido por la UTE. El precio del CONTRATO que PMMT debía abonar a la UTE era de 8.490.664.415 de pesetas. A su vez el precio de la explotación que debía recibir PMMT era de 5.490.000.000 de pesetas así como también debía de recibir de la sociedad en el mismo concepto las cantidades precisas para que PMMT pudiera devolver el crédito garantizado mediante el aval que le concediese la Comunidad Autónoma de Canarias por importe de 3.000.000.000 de pesetas. Por tanto la suma de ambas cantidades arroja apenas un saldo de diferencia de 664.415 pesetas cubriéndose con el precio de la explotación de las obras todo el precio de CONTRATO.

Con todo lo anteriormente expuesto puede concluirse, por lo que a la partida de Gastos de Estudio e Implantación se refiere, no sólo que la actora PMMT no ha acreditado el incumplimiento del objeto de la misma sino que por otro lado la UTE ha acreditado cumplidamente tanto el destino de la partida como el cumplimiento de sus obligaciones en relación a la misma.

**UNDÉCIMO.-** El segundo de los incumplimientos que se achacan a la UTE es la omisión de toda actuación tendente a la redacción del proyecto de obra que debió concluirse en el mes de Agosto de 2.000, sin que por ésta se haya procedido al abono a la entidad ESTUDIOS GUADIANA, S.A. de la cantidad de 67.500.000 de pesetas, al que a su vez, estaba supeditado el inicio por esta entidad de las labores de redacción del proyecto de obra y ello, amén de que por la parte actora además, se pone en tela de juicio la eficacia o vigencia del contrato suscrito entre la UTE y la entidad ESTUDIO GUADIANA. A su vez, ello es rechazado por la defensa legal de las contratistas codemandadas quienes sostienen que habiéndose encomendado a la entidad ESTUDIO GUADIANA la materialización de la idea de un artista que en aquélla depositaba su confianza, por esta entidad, y más concretamente, por el hombre que representa la misma, el Sr. Rodríguez-Ordóñez, hombre de confianza de D. Eduardo Chillida, se rehusó aceptar pago alguno por la redacción del proyecto en tanto en cuanto no se cumplieran por parte de la contratante y por el Gobierno de Canarias, determinadas condiciones que por este último habían sido comprometidas con el Sr. Chillida, pues del hecho de aceptar el pago hubiera surgido la obligación, por parte de la entidad ESTUDIO GUADIANA, de dar comienzo al Proyecto, siendo

indispensable que las condiciones comprometidas se cumplieran previamente a ello. En apoyo de esta postura, sostiene la defensa legal de las contratistas que ante la polémica surgida en el verano de 1.998 por distintas noticias aparecidas en la prensa local que se pronunciaban sobre la especulación alrededor de la Obra Monumental, el autor exigió al Gobierno de Canarias, en fechas previas a la suscripción del CONTRATO, el cumplimiento de dos condiciones fundamentales que han determinado la no redacción del proyecto, cuales son, la contratación de un Gabinete de Imagen y la redacción de un Plan Especial de Protección de la Montaña con la incorporación de D. Lorenzo Fernández-Ordóñez (hijo de D. José Antonio Fernández-Ordóñez) al equipo del arquitecto D. Luís Moya, del Cabildo de Fuerteventura, que habría de encargarse de la redacción de dicho Plan, condiciones de carácter indispensable para la redacción del Proyecto que fueron comprometidas con el artista directamente por la entidad contratante, PMMT, S.A., y el Gobierno de Canarias el día antes de la firma del CONTRATO. En relación a este último punto por la parte actora en su escrito de replica se esgrime que, en todo caso, PMMT no se obligó al cumplimiento de tales condiciones.

Con carácter previo al análisis de este incumplimiento, ha de despejarse cualquier duda que por mera voluntad de la parte actora pudiera pesar sobre la vigencia del contrato suscrito entre la entidad ESTUDIO GUADIANA y la UTE y que dicha parte hace recaer en el hecho de que las entidades integrantes de la UTE resultaron adjudicatarias con posterioridad al 5 de Agosto de 1.998 y por tanto contraviniendo lo dispuesto en la estipulación novena de dicho contrato. Pues bien, al margen de no constar a esta Juzgadora que el contrato a que ahora se hace referencia se diera por resuelto o se dejare sin efecto al vencimiento del término referido en la estipulación novena del mismo existe una razón de peso que lleva a no tomar en consideración tal duda, cual es la incongruencia jurídica de los términos en que se plantea la cuestión, pues la actora por un lado atribuye a las codemandadas el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el CONTRATO del que a su vez forma parte el concluido por la UTE con ESTUDIO GUADIANA y que en todo caso tiene por objeto las obligaciones cuyo incumplimiento se denuncia, por resultar la UTE adjudicataria del CONTRATO en fecha posterior a la señalada en la condición suspensiva, cual era el 5 de Agosto de 1.998. Y en este punto, cabe hacernos una pregunta, ¿Cómo puede considerarse dudosa la vigencia del contrato suscrito por la UTE y ESTUDIO GUADIANA y a su vez invocar como causa de resolución el incumplimiento de obligaciones que se encuentran recogidas en el mismo y que han de presuponerse vigentes? ¿Cómo puede alegarse por la actora el incumplimiento de una obligación contractual que tiene por base y fundamento un contrato en que tal obligación se contiene? ¿Cabría exigir obligación alguna en dicho sentido a la UTE si el contrato que da cobertura a la misma nunca

desplegó sus efectos, máxime cuando la adjudicación del CONTRATO se realizó posteriormente a la fecha prevista en la estipulación y por la entidad que ahora pretende la resolución contractual? Las respuestas a estas preguntas, obviamente, han de ser desfavorables a las pretensiones de la parte actora pues no alcanza esta Juzgadora a comprender que incumplimiento podría derivarse de un contrato que nunca, según la actora, ha tenido lugar, no mereciendo por ello, tal cuestión, mayor consideración.

Analizado este punto, el cual, como se ha dicho, no merece mayor consideración, debe abordarse la controversia mantenida en esta cuestión por las partes, debiendo para ello, primeramente, retomar algunas de las consideraciones hechas en relación al contenido de los documentos que sirvieron de base y permitieron la conclusión del CONTRATO cuya resolución se pretende, debiendo además señalarse que las relaciones entre la entidad ESTUDIO GUADIANA, S.A. y la UTE demandada fueron objeto de un contrato anexo al de litis de fecha 11 de Febrero de 1.998 y que ha de decirse, no ha sido aportado por la actora a pesar de ser parte integrante del CONTRATO, obrando unido a las presentes actuaciones a los folios 2514-2547.

En la estipulación primera del CONTRATO se dispuso que la concreción definitiva de las obras a realizar y, en particular las dimensiones del cubo, resultaría de la redacción del proyecto de ejecución a elaborar por la entidad ESTUDIO GUADIANA, S.L. siendo este el equipo facultativo designado por D. Eduardo Chillida, quien debería autorizarla, señalándose más precisamente, en la cláusula sexta del mismo, que <<el proyecto de ejecución de las obras sería elaborado por el estudio referido por designación expresa y previa del autor de la idea D. Eduardo Chillida Juantegui, en los términos y condiciones previstas en el contrato suscrito al efecto en fecha 11 de Febrero de 1.998 y sus anejos>> contrato que como se dispone, se acompañaba al de litis como anexo nº 2.

Por su parte, la cláusula 13 del Pliego de Condiciones Jurídicas disponía que el adjudicatario redactaría el proyecto que debería contar con el VºBº de Eduardo Chillida.

Además, el contrato suscrito por la UTE con ESTUDIO GUADIANA estaba condicionado, estipulación novena, al hecho de que *“antes de las veinticuatro horas del día 5 de Agosto de mil novecientos noventa y ocho, NECSO y FCC resultaren adjudicatarios del contrato relativo a la licitación pública del concurso para la contratación conjunta, mediante el procedimiento negociado, de la redacción del proyecto, ejecución y dirección facultativa de las obras convocado por Proyecto Monumental Montaña de Tindaya, S.A., condición esta que no se entenderá cumplida si el contenido o clausulado del expresado contrato no se acomodase*



*esencialmente al pliego de Condiciones y al Pliego de Prescripciones Técnicas que se acompañan al presente contrato como parte integrante del mismo y que son los únicos que han obtenido la conformidad de D. Eduardo Chillida Juantegui”*

Hechas las anteriores referencias puede concluirse, en primer lugar, que el hecho de que la Dirección Facultativa de la Obra así como la redacción del Proyecto recayese no ya en la entidad ESTUDIO GUADIANA sino en la persona que encarnaba los intereses de la misma, el Sr. D. José Antonio Fernández-Ordóñez se identificaba con uno de los elementos esenciales del contrato por cuanto sólo esta entidad podía acometer tales labores. De esta manera, se encomendaba a D. José Antonio Fernández-Ordóñez, por designación expresa de Chillida, la dirección del proyecto a ejecutar con todas las consecuencias que ello conllevara, convirtiéndose el referido en el portavoz del artista en todas y cada una de las cuestiones que tuvieran que ver con el Proyecto y en el máximo exponente de la voluntad de aquél que, como se verá, condicionó absolutamente la ejecución de la Obra.

En relación a la voluntad del artista, no puede dejar de otorgarse importancia, pues la tiene en gran medida, al hecho de que desde la propia Presidencia del Gobierno de Canarias se adoptaran distintos compromisos con tintes de una pasión incondicional al proyecto que para el pueblo canario se ansiaba y que era obra de Chillida, importancia que se desprende de la carta de 6 de Febrero de 1.998, remitida por el Presidente del Gobierno Canario, D. Manuel Hermoso Rojas, al escultor, que obra a los folios 2404-2405, en la que aquel manifiesta la intención de respetar en su totalidad la idea artística de éste, significándole, literalmente: <<quiero que sepas que el Gobierno que presido y yo personalmente ansiamos, en cualquier caso, que esta extraordinaria y singular obra escultórica ideada por ti se plasme en una brillante realidad, para que quede siempre en Canarias la impronta de tu genio artístico, lo que puede garantizarse con la aprobación tuya del proyecto y presencia del director facultativo de tu confianza, que avalaría la imposibilidad de modificar el proyecto durante su ejecución>> compromiso este que, además, tuvo oportuno reflejo en la cláusula 13 del Pliego de Condiciones Jurídicas en la que se dispuso que el proyecto debía contar con el visto bueno del escultor, que, sin duda, requería, como así se estipuló en el CONTRATO, que la Dirección Facultativa de la Obra así como la redacción del Proyecto se llevara a cabo por la entidad ESTUDIO GUADIANA, y en consecuencia, por su titular, D. José Antonio Fernández-Ordóñez. Además y por otro lado, la importancia de la voluntad del autor se vio incluso reflejada en las conversaciones previas habidas a la carta antes citada y que reflejan que la voluntad del artista pudo incluso llegar a condicionar la forma de contratación de la redacción del Proyecto Básico, que si bien fue sometido finalmente al sistema de libre concurrencia, pudo y así se

intentó, ser contratado directamente con la entidad ESTUDIO GUADIANA, a través de la cual prestaba sus servicios el Sr. Fernández-Ordóñez, corroborando este dato el documento número 14 de la contestación a la demanda de la UTE, de fecha 3 de Octubre de 1.997, obrante a los folios 2395-2396, en el que el Sr. Fernández-Ordóñez, pone de manifiesto al Sr. Jaime Rodríguez Cíe su descontento ante la intención de la entidad SATURNO de convocar un Concurso de Proyecto y Obra, en el que a su juicio, y muy probablemente augurando problemas como los que a la postre se han planteado, se encontraban conceptos equivocados sustanciales. Aún más, en dicha carta, el Sr. Fernández-Ordóñez le transmite al Sr. Rodríguez Cíe, que para el caso de convocarse el concurso, el mismo se considera totalmente libre de decidir si su participación es de su interés. Por otro lado, en carta de fecha 22 de Diciembre del mismo año obrante a los folios 2398-2399, dirigida al Sr. Rodríguez Cíe, el asesor jurídico del autor, le manifiesta que aún cuando la costumbre del escultor ha sido siempre no participar en concursos públicos sino la aceptación de los encargos en firme que artísticamente le satisfacen, para el caso de que, persistieran en la idea de convocar un concurso bajo cualquier modalidad administrativa, el escultor accede a sus deseos, acompañando en esa misma carta, pliego de condiciones para el concurso, modificado de acuerdo con las sugerencias de D. Eduardo Chillida. En esta carta, de forma importante, por el asesor jurídico se señala que en el pliego de condiciones se ha dejado en blanco la fecha correspondiente al plazo de finalización de las obras, ya que el autor considera que el pretendido, el 15 de Marzo de 2000, es inviable. En último término, mediante carta remitida por el asesor jurídico al Sr. Rodríguez Cíe, en fecha 22 de Enero de 1.998 obrante a los folios 2401-2402, se manifiesta que D. Eduardo Chillida está dispuesto a acometer la ejecución de la escultura, siempre que el proyecto básico técnico satisfaga sus exigencias artísticas y sea dirigido por D. José A. Fernández Ordóñez o persona de su confianza, reservándose el Sr. Chillida la facultad de desistir de la ejecución de la escultura si no encuentra satisfactoria ninguna de las ofertas que se presenten al concurso o si, antes de que se ultime la redacción del proyecto por el adjudicatario del concurso, el Sr. Chillida no estuviera en condiciones de ejecutar la escultura a causa de fallecimiento, incapacidad o bien porque considere que la solución técnica prevista en el proyecto no se acomode a su concepción artística. Este deseo fue expresamente introducido en el contrato suscrito entre la UTE y ESTUDIO GUADIANA como causa de resolución del mismo, que no tenía mas precedente que la advertencia realizada por Chillida en la carta de 22 de Enero de 1.998 en la que se señalaba se tomase muy en cuenta su postura haciendo todo lo posible para evitar que se frustrara el proyecto.

Pasando a analizar el contrato suscrito por la UTE con la entidad ESTUDIO GUADIANA y como notas más importantes del mismo cabe

destacar: a) la estipulación primera en donde se dispone que la redacción del proyecto se llevaría a cabo de acuerdo con el contenido del documento que se adjunta como anexo 1º y obra a los folios 2524-2539, tratando de la Definición de los Trabajos del Proyecto para el Espacio Chillida en Tindaya. En este anexo, en su punto 1.1 (Criterios del Proyecto) se establece que tanto el mismo como la construcción tendrían que contemplar algunas consideraciones específicas que usualmente no forman parte de proyectos subterráneos, entre otras, el hecho de que la montaña presentase huellas humanas de tiempos remotos que debían ser respetadas. Igualmente, su punto tercero establecía que el proyecto debería contar con la aprobación de Chillida y que para el caso de que este no considerara artística o técnicamente viable el mismo, se resolvería el contrato de adjudicación sin culpa ninguna de las partes. Igualmente se resolvería el contrato de adjudicación en el caso de que, antes de que se finalizara la redacción del proyecto y obtuviese la aprobación de Chillida, el mismo desistiere de realizarlo, o por causa de su incapacidad física, muerte o cualquier otro motivo no estuviere en condiciones de ejecutarlo. Por último, en el apartado 20.3 del anexo se disponía que, sería necesaria la total conformidad del escultor autor de la idea, D. Eduardo Chillida, con el proyecto de ejecución y en consecuencia con el resultado final de la obra; b) el apartado segundo de la estipulación primera, dispone que la UTE encarga a ESTUDIO GUADIANA la realización de las actuaciones ecológicas contenidas en el documento que también se adjunta al contrato como anexo nº 2 obrante a los folios 2540-2546, el cual contempla que el origen artístico de la obra, obliga a que la empresa que resulte adjudicataria, esté asesorada en todo el desarrollo del proyecto por el propio escultor, quien ha condicionado la realización de la obra a que la redacción del proyecto y la dirección facultativa de la misma sean realizadas por un equipo técnico de su confianza. Este mismo anexo contempla que, en previsión de que se opte por el abono parcial del precio del contrato mediante la concesión al adjudicatario del derecho de explotación comercial turística de la obra, se incluirá un “Plan de Control sobre el impacto de la Explotación Comercial Turística”, conforme a lo señalado en la cláusula 8.B del Pliego de Condiciones que contendría, entre otros puntos, el hecho de que cualquier explotación turístico comercial que se pretendiese realizar debería contar con el visto bueno previo y escrito del autor de la idea con el fin de preservar la integridad de la misma.

Con todo esto no puede considerarse la relación contractual existente entre ESTUDIO GUADIANA y la UTE como ajena al CONTRATO cuya resolución se insta, sobremanera, cuando dicha relación forma a su vez parte de este último, de forma expresamente impuesta por el autor. No puede igualmente considerarse que la voluntad del autor no tuviera relevancia alguna en el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la UTE no sólo por su condición de artista de renombre internacional al que le correspondía la propiedad de la idea que para si

asumió el Gobierno de Canarias sino por cuanto, como ya se ha dicho, no sólo la redacción del Proyecto sino el resultado final de la obra se encontraba sujeto al visto bueno del mismo como se desprende de la cláusula 20.3 del anexo primero al contrato suscrito con ESTUDIO GUADIANA y que por motivos obvios había de conocer tanto la entidad contratante PMMT como el propio Gobierno de Canarias. Es más en el punto 3 del anexo al contrato suscrito con ESTUDIO GUADIANA por la UTE y que a su vez formaba parte del CONTRATO, se preveía incluso la posibilidad de la resolución de este último para el caso de que este no considerara artística o técnicamente viable el mismo sometiendo al CONTRATO a modo de condición a la voluntad del escultor.

De estos antecedentes se desprende que el cumplimiento del CONTRATO de litis se hacía depender de la voluntad de un tercero que sin duda era la más importante en el entramado negocial quedando en todo caso sujeto el referido CONTRATO a una condición esencial, cual era el visto bueno del escultor a la totalidad de la Obra y que en todo caso, se entiende, vendría supeditado al cumplimiento de todos y cada uno de sus deseos pues es lógico que el artista no permitiese que el éxito de su proyecto se viera mermado por cualquier circunstancia ajena al mismo exigiendo para su realización que toda la Obra en general estuviera supeditada a su visto bueno.

En esta última circunstancia se apoya la defensa legal de las contratistas quienes denuncian el incumplimiento previo por la entidad contratante de determinadas condiciones impuestas por el autor y cuyo incumplimiento, como hecho impeditivo, frustró el inicio de la redacción del proyecto y previamente la aceptación del pago por parte de la Dirección Facultativa. Contrariamente a lo anterior, la defensa legal de la parte actora sostiene que el incumplimiento de dichas condiciones en modo alguno sería achacable a la entidad contratante PMMT quien no asumió su cumplimiento, sino en todo caso, por sorprendente que parezca, su cumplimiento incumbía al Gobierno de Canarias en cuanto a la contratación del Gabinete de Imagen y al Cabildo de Fuerteventura, en cuanto a la redacción del Plan especial de Protección de la Montaña de Tindaya.

Pues bien, que al menos una de las condiciones citadas fueron asumidas directamente por la entidad PMMT queda acreditado con los documentos obrantes en los folios 2870 y 2873, consistentes en sendas cartas remitidas por el Presidente de Proyecto Monumental Montaña de Tindaya, Sr. Rodríguez Cie, a los representantes legales de la UTE, D. Enrique Pérez Galdós y D. Jesús María Calvo Iñarra, el día 23 de Febrero de 1.999, y por tanto, un día antes de la firma del CONTRATO, y en las que el Sr. Rodríguez Cie transmite a dichos representantes que << siguiendo los deseos del artista, se adquiere el compromiso de suscribir un contrato con un gabinete de comunicación, con la finalidad

principal, de que Chillida no se vea perturbado en su labor creadora por acciones malintencionadas de determinados grupos>> así como <<se ha solicitado al Viceconsejero de Turismo que dirija una carta a D. Eduardo Chillida, en la que se comuniquen los trámites que se vienen realizando para incorporar como colaborador del arquitecto Luís Moya (del Cabildo Insular de Fuerteventura) al arquitecto Lorenzo Fernández Ordóñez, en la redacción del Plan Especial de Protección de la Montaña de Tindaya>> comunicación en la que además se pone en conocimiento de las partes que siguiendo los deseos el artista se ha procedido a incorporar en la Cláusula Primera del CONTRATO, en lo referente a las dimensiones de la caverna la expresión “del orden de 50 m. de lado”. Estos compromisos adquiridos por el máximo representante de la contratante, el Sr. Rodríguez Cie, y de los cuales este mismo dio cuenta al Consejo de Administración de la entidad que presidía en su sesión de fecha 8 de Marzo de 1.999 ( folios 3068-3070) no sólo demuestran que las condiciones impuestas por Chillida fueron asumidas como un elemento más del CONTRATO sino que por otro lado fueron el reflejo de los deseos del escultor manifestados por su mano derecha, el Sr. Fernández Ordóñez, quien el día 19 de Febrero de 1.999, y por tanto cuatro días antes de la suscripción del CONTRATO por PMMT con la UTE recibió el compromiso por escrito de su cumplimiento por carta remitida por D. Antonio Lazcano Acedo, que obra unida al folio 2868 y que dice << De acuerdo con nuestra conversación telefónica de la mañana de hoy le he dado traslado a Jaime Celso Rodríguez Cíe de los deseos de Eduardo Chillida manifestados por ti, en orden a culminar el proceso de suscripción del contrato con la UTE FCC CO-NECSO para la redacción del proyecto, ejecución de las obras y dirección facultativa en Montaña de Tindaya, que en síntesis son las siguientes: 1.- En la Cláusula Primera. Objeto del Contrato, definir las dimensiones de la caverna con la expresión “del orden de 50 m. de lado”, congruente con el párrafo tercero de la misma cláusula; 2.- Por PMMT, S.A. se puede suscribir un precontrato, o contrato condicionado a la firma del que nos ocupa, con un gabinete de comunicación al objeto de que Chillida en su labor creadora no se vea perturbado por acciones malintencionadas de determinados grupos; 3.- Por el Viceconsejero de Turismo se dirigirá una carta a Don Eduardo Chillida, por intermediación tuya, en la que se le comuniquen los trámites que se vienen realizando para incorporar como colaborador del arquitecto Luís Moya (del Cabildo) al arquitecto Lorenzo Fernández Ordóñez, de la confianza de Eduardo Chillida, en la redacción del Plan Especial de protección de la Montaña de Tindaya>>. Estos compromisos quedaron igualmente puestos de manifiesto en la comparecencia realizada por D. Antonio Lazcano Acedo, Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno durante los años 1.993 a 1.999 y Secretario General Técnico de la Consejería de la Presidencia del Gobierno, desde el año 1.999 en adelante, en su declaración prestada ante el Juzgado de Instrucción Número Cuatro de esta Ciudad, cuando a preguntas respondió <<en febrero de 1999, recibió una llamada del Sr.

Fernández Ordóñez en la que le pedía que se pusiera en contacto con D. Jaime C. Rodríguez Cíe, planteándole una serie de cuestiones relativas al proyecto, como que las dimensiones del cubo fueran del orden de cincuenta metros, que PMMT, S.A., firmara un contrato con un gabinete de comunicación y que se aceleraran las gestiones necesarias para la contratación del hijo del Sr. Fernández Ordóñez, como uno de los autores del proyecto del plan de protección de la Montaña de Tindaya>> Estos testimonios, unidos a la prueba documental que se ha referido acreditan sin lugar a dudas que no ya por el propio Gobierno de Canarias sino por la propia entidad contratante, se asumió el compromiso de suscribir un contrato con un gabinete de comunicación así como de realizar todas las gestiones tendentes a la incorporación de D. Lorenzo Fernández-Ordóñez al equipo técnico del arquitecto Luís Moya, del Cabildo de Fuerteventura, en la redacción del Plan Especial de Protección de la Montaña y ello, como se ha señalado, en orden a culminar el proceso de suscripción del contrato con la UTE. Pero aún más, es este último, D. Lorenzo Fernández Ordóñez, quien mediante carta remitida a la UTE en fecha 23 de Octubre de 2.001 y que obra unida en original al folio 2672, manifiesta que el incumplimiento del Gobierno Canario en relación a la contratación de un gabinete de relaciones públicas que fuera capaz de transmitir objetivamente a la opinión pública la seriedad y bondad del Proyecto así como la contratación de técnicos de su confianza para la redacción de los instrumentos de planeamiento urbanístico (Plan Especial) que se consideraba necesario para proteger adecuadamente el entorno de la montaña, ha frustrado el Proyecto. El contenido de dicho documento, que por otro lado se aporta en original, ha sido ratificado íntegramente ante este órgano jurisdiccional por el testigo y autor de la carta, D. Lorenzo Fernández-Ordóñez.

Por ello, por mucho que la defensa legal de la parte actora, en los escritos posteriores a la demanda, pretenda culpar de tales incumplimientos tanto al Cabildo de Fuerteventura como al Gobierno de Canarias, por sorprendente que ello parezca, en tanto en cuanto asume también la defensa de este último, ha quedado de sobra acreditado que la entidad PMMT a través de su Presidente, a su vez nombrado Consejero Delegado por expresa designación del Gobierno de Canarias y atendiendo este los compromisos adquiridos por D. Antonio Lazcano Acedo con D. José Antonio Fernández Ordóñez, asumió el cumplimiento de al menos una de las condiciones cuya existencia, como se deduce de las comunicaciones citadas, quedaba, por cuanto se refiere a la contratación de un gabinete de imagen, condicionada a la firma del CONTRATO de litis y por tanto, al menos esta última condición, debía cumplirse una vez suscrito aquel.

Por otro lado y en cuanto respecta a la redacción del Plan Especial de Protección de la Montaña de Tindaya. En principio parece desprenderse

de los documentos citados que el único compromiso adquirido por PMMT en relación al Plan Especial de Protección de la Montaña fue el de realizar las gestiones oportunas a fin de que se diera cuenta a D. Eduardo Chillida de los trámites que se estaban realizando para la incorporación de D. Lorenzo Fernández-Ordóñez al equipo encargado de la redacción del Plan. Pero existen numerosas razones para considerar que la redacción del Plan Especial de Protección era necesaria para la realización de cualquier tipo de obra y sin perjuicio de que la redacción del Plan no le correspondiese, como no podía ser de otra manera, a la entidad PMMT. Tal y como se contiene en el Informe solicitado por la Inspección General de la CCAA al Servicio de Estudios Jurídicos del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la U.L.P.G.C. (folios 4288-4309) la Ley 12/1987, de 19 de Junio, de Declaración de Espacios Naturales Protegidos, a través de su Anexo dedicado a la Isla de Fuerteventura reclasificó a la Montaña de Tindaya como Monumento Natural definiéndola como un espacio o elemento de la naturaleza, de dimensión reducida, constituido básicamente por formaciones de notoria singularidad, rareza o belleza, que son objeto de protección especial. En especial, se declaran Monumentos Naturales, las formaciones geológicas, los yacimientos paleontológicos y demás elementos de la gea que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, culturales o paisajísticos. Así la declaración de interés cultural del espacio protegido de Tindaya como Monumento Natural y como Bien de Interés Cultural determinaba la obligación para el municipio de La Oliva de redactar un Plan Especial de protección del área afectada, tal y como dispone el artículo 20 de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 25 de Junio de 1.985. Del Informe de la Inspección General de Servicios, obrante a los folios 4202 y ss de los presentes autos, se desprende que dicho Plan no se ha realizado (folio 4231). Por otro lado, el Gobierno de Canarias en su sesión celebrada el día 24 de Mayo de 1.995 (folios 4313-4317) valoró que la irrepetible oportunidad que representaba para el patrimonio arqueológico y natural de Tindaya, para Fuerteventura y para Canarias, la posibilidad de acoger la obra artística de Don Eduardo Chillida, en total sintonía con los fines y objetivos formulados por las Administraciones Públicas, hacía necesario que el Gobierno de Canarias garantizase la preservación de la Montaña de Tindaya y su entorno, adoptándose para ello cuantas medidas administrativas fueran precisas para la efectividad del especial proyecto que se proponía. En dicha sesión se acordó que por las consejerías competentes en razón de la materia, se procediera a analizar la viabilidad del proyecto y a la adopción de las medidas administrativas conducentes a la gestión, promoción e impulso de cuantos planes, normas y actuaciones fueran necesarias para lograr la preservación integral y conjunta de los valores culturales y naturales del Monumento Natural y Bien de Interés Cultural “Montaña de Tindaya”. Por último en el Informe del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales sometido a consideración del Gobierno de Canarias con fecha 6 de Junio

de 1996 (folios 4352-4362) se recoge que la Viceconsejería de Cultura y Deportes adoptó la iniciativa, en el año 1.993, de elaborar un Plan Especial de protección de la zona arqueológica, enviándose un proyecto a las autoridades de la Isla de Fuerteventura competentes para iniciarlo y tramitarlo, toda vez que el Gobierno de Canarias carece de competencias en este supuesto, siendo que el Cabildo insular de Fuerteventura, devolvió el proyecto, en sesión plenaria celebrada el 15 de Febrero de 1996, a la Dirección General de Patrimonio histórico, a fin de corregir determinadas deficiencias que manifestaba el Proyecto sin que hasta la fecha conste que las mismas hayan sido subsanadas. Con estos antecedentes la posibilidad de concluir que la no redacción del Plan Especial es imputable al Ayuntamiento de La Oliva no puede aceptarse y si bien es cierto que la redacción de dicho proyecto no le incumbía a la parte contratante, PMMT, no es menos cierto también que la redacción del mismo era requisito indispensable para la realización de las obras por parte de la UTE.

Por tanto, el compromiso por parte de la entidad PMMT en orden al cumplimiento de, al menos, una de las condiciones impuestas por Chillida ha quedado de sobra acreditado sin que sea necesario entrar en un absurdo análisis de si estas, además, fueron o no comprometidas por el propio Gobierno de Canarias, y en su caso que efecto pudiera tener ello en el CONTRATO, pues aún y en el más vano intento de la defensa legal de la parte actora de sostener que PMMT no era un ente instrumental de la Administración de esta CCAA, tanto los hechos consignados por la propia parte en su escrito de demanda como la prueba practicada en el procedimiento, evidencian justamente lo contrario. Las pruebas que evidencian esta circunstancia son entre otras muchas: 1.- La comparecencia ante el Parlamento de Canarias, del Sr. Vicepresidente del Gobierno y Consejero de Turismo y Transportes, D. Lorenzo Olarte Cullén, máximo exponente de la Consejería que tutelaba el proyecto de la Obra Monumental, el día 21 de Octubre de 1.998, que obra unida al folio 2862, y en la que por el referido se expresa que << PMMT, que puede hacer uso de su soberanía tomando las decisiones correspondientes, sin embargo, en todo momento siempre ha consultado con el Gobierno sus decisiones>>; 2.- El carácter de los compromisos asumidos por D. Antonio Lazcano Acedo con el Sr. Fernández-Ordóñez, que por más que por este pueda considerar su intervención de puntual, demuestra que el Gobierno dirigía totalmente la actividad de PMMT, llegando incluso a comprometer al Sr. Juan Carlos Becerra Robayna, Viceconsejero de Turismo, a comunicar trámites para incorporar a un colaborador de Chillida en la redacción del Plan Especial de Protección de la Montaña; 3.- El hecho de que el Consejo de Administración de PMMT estuviera integrado por tres miembros designados por el propio Gobierno que además se aseguraba su primacía otorgando la condición de Presidente del mismo al Sr. Rodríguez Cíe, que en caso de discordia resolvería a favor del Gobierno en orden a su voto de calidad; 4.- Que



PMMT era una sociedad participada por el Gobierno de Canarias a través de la entidad SATURNO de capital íntegramente público lo que en todo caso determinaba, como ya apuntó el Sr. Rodríguez Cíe, en su escrito de contestación a la demanda, que los órganos de tal sociedad así como los representantes del Gobierno en esta, habían de cumplimentar los acuerdos del Gobierno, en cuanto al mismo correspondía la titularidad del capital social, conforme establece tanto la Ley de Patrimonio de la CCAA como la de su Hacienda Pública, 5.- Las declaraciones hechas por D. Lorenzo Olarte Cullén, en el procedimiento de diligencias penales seguidas ante el Juzgado de Instrucción Núm. Cuatro de esta Ciudad, que en los momentos de las negociaciones tenía la condición de Vicepresidente del Gobierno y que a preguntas manifestó que las entidades SATURNO y PMMT siempre actuaban siguiendo el dictado del Gobierno.

Dicho todo esto, no puede considerarse que la falta de redacción del proyecto por la entidad ESTUDIO GUADIANA venga motivada por la falta de abono a esta por la UTE de la cantidad de 67.500.000 de pesetas, pues no sólo se ha confirmado por el máximo representante de esta entidad, D. Lorenzo Fernández Ordóñez, que el incumplimiento de las condiciones Chillida por el Gobierno de Canarias es lo que había determinado la frustración del Proyecto sino por cuanto, el cumplimiento de al menos una de ellas fue asumido por la propia PMMT a través de su Presidente, quien a su vez comunicó tales compromisos a los representantes legales de la UTE un día antes de la firma del CONTRATO, y ello, con toda seguridad, en orden a culminar, como se dijo, la suscripción del mismo, lo que hace prever que sin la asunción de tales compromisos por parte de PMMT el CONTRATO no se hubiera suscrito máxime cuando al Sr. Chillida se le reservó la facultad de dar el visto bueno a la totalidad de la obra asesorando para ello durante todo el desarrollo de la misma a la UTE adjudicataria, en consideración al origen artístico de la obra, tal y como se desprende del apartado segundo de la estipulación primera del contrato suscrito con ESTUDIO GUADIANA (folios 2540-2546).

Así puede concluirse que los compromisos asumidos en su día por el Presidente de PMMT con el escultor D. Eduardo Chillida, si bien no se encuentran contenidos en el CONTRATO, si son parte integrante de la relación contractual existente entre los contratantes, pues el cumplimiento por parte de PMMT de los compromisos adquiridos con el autor eran condición previa a la iniciación de cualquier actuación sobre la Montaña de Tindaya y por tanto sólo una vez que las mismas fueran cumplidas, la UTE podría realizar el pago, e incluso exigir la recepción, de la primera de las partidas destinadas al abono de los gastos de redacción del Proyecto y, a sensu contrario, si estos compromisos no eran cumplidos por PMMT en modo alguno por la UTE se podía realizar el pago a quien lo rehusaba por el incumplimiento de quien los

comprometió, que no es ni más ni menos que PMMT.

Con todo ello puede concluirse que claramente el CONTRATO es un contrato sujeto a una condición potestativa no invalidante, cual es que sucesivamente en el tiempo se vaya cumplimiento la voluntad del escultor dueño de la idea que en tal contrato se desarrolla, condición esta que se proyecta sobre la totalidad de la relación contractual, no debiendo olvidarse que como ya se expuso anteriormente, en atención al origen eminentemente artístico de la Obra las adjudicatarias debían estar en todo momento asesoradas por el artista lo que suponía que cada uno de los pasos que las mismas dieran en orden a la Ejecución de la Obra comprometida con PMMT debían estar avalados por la voluntad del autor. De esta manera la ejecución de la Obra por la UTE así como el pago de la primera partida a ESTUDIO GUADIANA para la redacción del proyecto no dependía de su exclusiva voluntad sino también de un conjunto de motivaciones e intereses que actuando sobre el contrato, influyen en su determinación y que en suma se identifican, con la voluntad de un tercero, cual es el autor. Así la condición, como causa a la que se subordina o de la que se hace depender la eficacia del contrato hay que aplicarla a todo el ámbito contractual y la realización del evento estipulado como tal constituye un requisito necesario para la plena efectividad de la relación sin que la obligación sea exigible durante la fase de pendencia (STS 18-05-63). Si bien la obligación potestativa pura hace nula la obligación que de ella depende de acuerdo con el primer apartado del artículo 1115 del Código Civil, en relación con el 1256, del que constituye una mera especificidad, ello no ocurre con las condiciones simplemente potestativas, como la que nos ocupa, en la que la obligación, si depende en parte de la voluntad, depende también de otros hechos externos haciendo que la condición sea válida (SS. 29-11-1919, 4-3-1926, 22-11-1927, 6-2-1954 y 10-12-1960) interpretando a sensu contrario el expresado artículo 1115 del C.C.

A tenor de estas consideraciones y en tanto en cuanto por la entidad contratante, PMMT, no se cumplan las condiciones impuestas por el autor del proyecto, no puede considerarse que surja la obligación por la UTE de abonar cantidad alguna siendo la obligación de esta atender a las pautas que tanto el aquel como su entorno impongan en la realización y ejecución del Proyecto. Y siendo ello así el artículo 1.124 del Código civil exige como premisa, ya definida, el cumplimiento previo de las obligaciones como manifestación de la unánime doctrina jurisprudencial que señala que quien incumple primero no puede exigir la resolución del contrato frente al incumplimiento contrario que ha provocado (de semejante tenor, la STS 3-7-1995 reitera que en las obligaciones recíprocas existe un sinalagma doble, cuya primera condición es que cada una de las atribuciones patrimoniales debe su existencia a la otra, de tal forma que el reclamante tiene que demostrar que ha cumplido lo que le incumbía para poder pedir el cumplimiento de la contraria; en

iguales términos STS 1040/1994 de 19 Noviembre)

En tercer lugar, se invoca como incumplimiento y causa de resolución contractual la imposibilidad manifiesta de cumplimiento de los plazos parciales y totales señalados en la cláusula segunda del CONTRATO como consecuencia del retraso manifiesto del inicio de las obras previstas. En cuanto a los plazos, los mismos vienen establecidos en la cláusula segunda del CONTRATO en donde se establece un plazo total para la ejecución de los trabajos de 48 meses a contar desde el día siguiente a la suscripción del CONTRATO y ello sin perjuicio de lo establecido en la cláusula decimoctava del mismo que a su vez establece, supeditando a ello la eficacia del contrato, determinadas obligaciones a cumplir en un plazo de un mes a contar desde la firma del contrato. En otro orden, el cómputo del plazo de los 48 meses se supeditaba a la suscripción de acta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en la condición primera de la cláusula decimoctava, y que se extendió, como no ha sido discutido, el día 19 de Abril de 1.999, por lo que el referido plazo para la ejecución de los trabajos tuvo comienzo este mismo día que determina como término final el día 18 de Abril de 2.003. Pues bien, habiendo manifestado la parte actora en el último punto de los hechos de la demanda que con fecha 11 de Septiembre de 2000, el Consejo de Administración de PMMT, previa autorización del Gobierno de Canarias, adoptada el día 24 de Julio de 2.000, acordó la resolución unilateral del CONTRATO de litis concertado con la UTE y teniendo en cuenta que el plazo parcial para la realización de campaña de geotecnia-sondeos y redacción del proyecto de ejecución terminaba 19 meses después del acta de cumplimiento suscrita el día 19 de Abril de 1.999, puede obtenerse una primera conclusión, cual es que el primer plazo parcial cumplió el 19 de Noviembre de 2.000 y por tanto dos meses antes del vencimiento de este plazo se acordó la resolución del CONTRATO de litis, aún cuando no había transcurrido el primero de los plazos parciales establecidos. Dicho esto y considerándose que pudiera entenderse manifiesto un futuro incumplimiento de los plazos previstos para la ejecución de las obras no puede tomarse en consideración este incumplimiento como independiente del anterior, cuyo origen se ha situado en el incumplimiento previo de la parte actora, pues si la campaña de geotecnia y sondeos debía igualmente ser dirigida por la Dirección Facultativa y esta a su vez, se negó a la realización de cualquier trabajo en tanto en cuanto no se cumplieran las condiciones exigidas por Chillida y comprometidas por la contratante, obvio es que este retraso en el cumplimiento de la realización de las obras no es más que una consecuencia de la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por la contratante que deslegitiman a la misma para fundar la acción de resolución, debiendo aplicarse a este incumplimiento las mismas consecuencias jurídicas determinadas para el anterior.

**DUODÉCIMO.-** El cuarto de los incumplimientos denunciados hace

referencia a la omisión de la obligación asumida en la cláusula 8ª, último párrafo, del contrato, relativa a la constitución y aportación ante PMMT de una póliza de seguro que cubriese la realización de todas las actuaciones objeto del contrato por valor equivalente al presupuesto de adjudicación del mismo y que las codemandadas rechazan expresamente por entender que la misma fue cumplida a través de la contratación por la entidad FCC CONSTRUCCIÓN de una póliza de seguro con la entidad ALLIANZ y por la entidad NECSO con las compañías ROYAL & SUNALLIANCE Y HANOVER INTERNACIONAL ESPAÑA .

Esta obligación venía determinada en el último párrafo de la cláusula octava del contrato estableciéndose al efecto que: *“ El adjudicatario presentará, en el plazo de treinta días a partir de la firma del acta de cumplimiento de la condición primera de la cláusula decimoctava del presente contrato, una póliza de seguro designando beneficiaria de la misma a PMMT que cubra la realización de todas las actuaciones objeto del contrato, incluida la responsabilidad civil por daños a terceros, por valor equivalente al presupuesto de adjudicación del contrato ”*.

A su vez, la condición primera de la cláusula decimoctava del CONTRATO determinaba que el mismo, en lo que respecta a la realización de la campaña de geotecnia-sondeos y redacción del Proyecto de ejecución, así como la forma de pago de estos y de los Gastos de Estudio e Implantación, quedaba sujeto al cumplimiento, en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la firma del contrato, por PMMT de acreditación de disponibilidad del crédito garantizado mediante aval del Gobierno Canario por importe de TRES MIL MILLONES DE PESETAS así como que por la misma entidad se obtuviese y entregase el aval de entidad bancaria de primer orden por importe de hasta MIL SETECIENTOS QUINCE MILLONES DE PESETAS. El cumplimiento de dichas condiciones, como no ha sido discutido por la actora, se materializó mediante acta de fecha 19 de Abril de 1.999 y por tanto, con fecha 19 de Mayo de 1.999 vencía el plazo establecido para la presentación de la póliza de seguro.

Resulta sorprendente en este punto advertir que no haya ni la más mínima constancia de que en momento alguno bien por la parte contratante, bien por el propio Gobierno, con quien se mantuvieron las negociaciones por parte de la UTE, se haya requerido a esta última para la aportación de tal póliza, máxime cuando el cumplimiento de la obligación debió tener lugar en el mes de Marzo de 2.000 y la resolución extrajudicial del contrato, sin previo requerimiento alguno, se ha producido en el año 2.000. Esta situación, sin duda, ha de ponerse en relación con la reiterada doctrina jurisprudencial sobre los actos propios que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil y que significa en definitiva que quien crea en una persona una confianza en

una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real. Como recuerdan las sentencias del TS de 10 de Mayo y 15 de diciembre de 2004, la regla que prohíbe ir contra los propios actos, emanada de la cláusula general de buena fe, sirve para impedir que se atribuya el valor jurídico que, en caso distinto tendría, a un comportamiento contradictorio con el anterior del mismo sujeto. Se trata de proteger la confianza que la conducta previa generó fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la conducta futura. Aplicando dicha teoría al el caso concreto, no puede pretender la actora contratante que aquello que ahora considera como una obligación principal y fundamental y cuyo hipotético incumplimiento consintió en el momento en que este hubo de darse, creando en su caso una confianza en la contraparte contratante en la adecuación de su conducta a las pautas del contrato pactadas, sirva ahora para dar, sin más, por concluida la relación contractual, que como cualquier otra, ha de estar presidida por el principio de buena fe.

Por si esto no fuera suficiente, la invocación de dicha causa en orden a la resolución del contrato ha de fenecer no sólo por ser contraria a la regla general de que nadie puede ir en contra de sus propios actos sino en atención a su función exegética del contrato, le corresponde simplemente la conceptualización de una obligación accesoria o complementaria, siendo conocida la reiterada y uniforme doctrina de Sala Primera del Tribunal Supremo que proclama que para que el incumplimiento de un contrato pueda determinar su resolución ha de versar tal incumplimiento sobre prestaciones principales, que determinen la frustración de la finalidad del mismo, pero no sobre prestaciones meramente accesorias, secundarias o complementarias (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 octubre 1983 y 31 diciembre 1992 entre otras), carácter este último, volvemos a decir, que es el que corresponde a la obligación de la UTE de concertar el seguro a que se refiere la cláusula 8ª del contrato. La cuestión estriba en determinar, también aquí, cuándo la prestación inejecutada es principal o accesoria. Para precisarlo puede seguirse un doble criterio: el objetivo, constituido por la función que la prestación, abstractamente considerada, cumple en la estructura típica del contrato y, el subjetivo, determinado por la voluntad de las partes y la finalidad perseguida con el contrato. Sin perjuicio de conjugar en la calificación los dos criterios, parece conveniente atender prioritariamente al segundo, ya que, como se ha advertido, "hay prestaciones accesorias que son necesarias, a modo de condiciones sine quibus non de la satisfacción del acreedor" y "prestaciones accesorias sin las cuales carece de sentido el objetivo que se han propuesto las partes en el contrato". De ahí que la determinada prestación no puede merecer más calificativo que la de accesoria y por tanto no legitimadora de la acción de resolución contractual.

**DECIMOTERCERO.-** En cuarto y último lugar se invoca el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula 18.2ª, apartados primero y segundo, relativas a la constitución de la sociedad explotadora así como la obtención y acreditación ante PMMT por la sociedad explotadora, en los plazos previstos, de la financiación prevista en la estipulación 15ª del contrato.

En relación a la constitución de la sociedad actora, la controversia de las partes se centra en determinar a quien correspondía la obligación de constitución de la misma y en el caso de que resultase ser obligación de las codemandadas, si así se hizo. La interpretación realizada por la parte actora de esta obligación así como el alcance de la misma, no puede ser compartida por esta Juzgadora pues si bien se observa una disparidad entre lo recogido en el Pliego de Condiciones Jurídicas y en el CONTRATO, lo cierto es que ha de estarse a lo establecido por este último, como instrumento en el que se plasma la voluntad de las partes. La obligación de sujetarse a las previsiones contractuales al respecto viene del hecho de ser las mismas las que regulan las obligaciones de las partes debiendo tenerse en cuenta además que hasta el día antes de la firma del CONTRATO se hicieron, con la conformidad de las contratantes distintas modificaciones a la Propuesta de Adjudicación del mismo. Incluso en la testifical obrante al folio 4697 de los presentes autos, prestada por D. Antonio Lazcano, explicando el material que se incorporó a las carpetas de cada uno de los miembros del Consejo de Gobierno en la sesión celebrada el 8 de octubre de 1.998 se refieren unas modificaciones a la propuesta presentada por el Consejo de Administración de PMMT.

Dicho esto, atendiendo al CONTRATO, a la sociedad explotadora se hace referencia en la cláusula decimocuarta del mismo configurándose como obligaciones de la UTE las de formar parte y colaborar en la constitución de la misma en los términos recogidos en la oferta presentada sin que de dicha estipulación se derive la obligación de la UTE de constituir la sociedad. No es necesaria una especial labor interpretativa para concluir lo anterior máxime cuando el artículo 1.281 del Código Civil establece que *si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas*. Por tanto no se deduce del CONTRATO que la UTE tuviera la obligación de constituir la sociedad explotadora no pudiendo esgrimirse dicha circunstancia como causa de resolución del contrato. Aún más, los términos del contrato si bien dejan claro que la obligación de la UTE, en relación a la sociedad explotadora, se ciñe al compromiso de formar parte de la misma y colaborar en su constitución por el contrario demuestran bastante oscuridad respecto a quien corresponde su constitución obteniéndose por esta Juzgadora como conclusión que la constitución de la misma sería el fruto de la concurrencia de la buena voluntad de todas aquellas entidades que

estaban abocadas a formar parte de la misma, quienes eran, fundamentalmente, las entidades integrantes de la UTE y la entidad pública que en su momento se determinara por PMMT a propuesta del Gobierno de Canarias, tal y como se establece en el punto cuarto de la cláusula decimocuarta del CONTRATO. No obstante lo anterior si bien es evidente que el mayor impulso para la constitución de esta sociedad explotadora le correspondía a la UTE quien debería ostentar una mayor participación en la misma con un 40% del capital social de la sociedad explotadora, de conformidad con la oferta y la cláusula 14.5 del CONTRATO, no es menos evidente que la constitución de la sociedad no podía realizarse por la UTE sola. Por otro lado el deber de colaboración que no de constitución, que le correspondía a la UTE ha de entenderse debidamente cumplido pues consta debidamente acreditado que la UTE mantuvo negociaciones con distintas entidades financieras al efecto de que las mismas contribuyeran a la financiación de la sociedad (folios 2737-2770). Por otro lado, obra unida a los folios 2704-2707 carta remitida por el Presidente de PMMT, Sr. Rodríguez Cie, a la entidad SODECAN, designada por el Gobierno de Canarias mediante acuerdo de 21 de Enero de 1.999, para su participación en la sociedad explotadora. En dicha carta, el Sr. Rodríguez Cie, comunica a SODECAN que una vez suscrito el contrato entre PMMT y la UTE se encuentra prácticamente ultimada la composición de la sociedad explotadora en la que, además de las constructoras FCC y NECSO, participan dos entidades financieras del país, resultando en consecuencia necesario que por SODECAN se lleven a cabo los acuerdos correspondientes para la formalización y suscripción del porcentaje del capital social acordado por el Gobierno además de la designación de un representante de SODECAN en este proceso. Tras esta comunicación que realiza el Presidente de PMMT, no consta ni que por SODECAN se procediese a la designación de persona alguna que la representase en la sociedad explotadora ni que por la entidad PMMT se requiriese a aquella para su designación no pudiendo considerarse que tal estado de cosas pueda llevar a determinar que la UTE incumplió las obligaciones que tenía al respecto de la sociedad explotadora.

Todas las consideraciones anteriores llevan a entender que no sólo no se observa en la actuación de la UTE-FCC-NECSO una conducta obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, sino que por el contrario la misma ha venido dando fiel cumplimiento a las obligaciones que se derivan del mismo siendo que el hecho de que por PMMT se haya procedido al abono a la UTE de las cantidades que ahora reclama no justifica por si mismo la resolución del contrato toda vez que el inicio de las obras por la UTE no sólo venía determinado por este pago sino por el cumplimiento de unos compromisos adquiridos por la UTE con el autor de la idea quien, por supuesto, no estaba dispuesto a dar comienzo a su proyecto de cualquier manera. Por otro lado ha sido la propia parte actora quien no ha conseguido, como así le imponen las

reglas de la carga de la prueba, acreditar el fiel cumplimiento de las obligaciones que le incumbían lo que impide apreciar que se ha producido la frustración del CONTRATO máxime cuando es un hecho no discutido que en la actualidad la parte contratante sigue mostrando su interés en acometer el proyecto. Para ello, como se desprende de la documental pública obrante a los folios 4790-4795, la entidad SATURNO, única accionista en la actualidad de la contratante PMMT, ha suscrito con D. Lorenzo Fernández-Ordóñez Hernández, con fecha 19 de Febrero de 2.003, contrato para la realización de estudios técnicos tendentes a determinar la viabilidad y ejecución material de la obra monumental diseñada por D. Eduardo Chillida Juantegüi para la Montaña de Tindaya entre las que se comprende la redacción del proyecto que también tenía por objeto el CONTRATO, si bien esta vez, dejando fuera a las contratistas UTE-FCC-NECSO, lo que demuestra que el objeto e interés en la realización de aquél sigue vivo. Aún más, no deja de ser curioso que en el Acta del Consejo de Administración de SATURNO de fecha 16 de Diciembre de 2.002 se informe que “de forma simultánea a la formalización de este contrato (en referencia al que en 2.003 se suscribe con D. Lorenzo Fernández-Ordóñez ) se debe contratar un gabinete de comunicación por expreso deseo del artista, con la finalidad de dar a conocer a la opinión pública el desarrollo del proyecto, la magnanimidad de la obra hasta su conclusión, y se transmita con fidelidad la idea concebida por el artista” (folio 4832)

Así, todo lo hasta ahora expuesto deslegitima a la parte actora, PMMT, para resolver el contrato suscrito con la UTE-FCC-NECSO de fecha 24 de Febrero de 1.999, debiendo en consecuencia desestimarse íntegramente la acción de resolución contractual articulada por aquella lo que en consecuencia impide entrar a conocer la pretensión subsidiaria de responsabilidad contra sus antiguos administradores toda vez que la misma ha sido accionada como subsidiaria para el supuesto de que se determinase que aún habiendo incumplido el contrato la UTE-FCC-NECSO la misma, en virtud de la cláusula 5ª b) del CONTRATO tenía derecho a percibir la cantidad de 1.960 millones de pesetas a que corresponde la partida denominada Gastos de Estudio e Implantación (folio 43 y suplico de la demanda), lo que no se ha dado al considerarse que por la UTE-FCC-NECSO no se ha incumplido el contrato de litis, lo que en consecuencia conlleva igualmente la desestimación de dicha acción subsidiaria.

**DECIMOCUARTO.-** También ha de ser objeto de estudio de la presente resolución la reconvenición implícita planteada en el suplico de la contestación de la demanda de las entidades **FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, FCC. CONSTRUCCION, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.,** debiendo dejarse



sentado con carácter previo que es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que toda pretensión del demandado que no se reduzca a pedir la absolución de la demanda constituye una reconvencción, siquiera sea implícita con tal de que, como sucede con la expresa, (Art. 542 y 543 LEC), contenga una verdadera pretensión hecha en tiempo oportuno y, desde el punto de vista procesal, subjetiva y objetivamente posible (SS TS de 1 de julio y 1 de diciembre de 1983, 6 de febrero de 1985, 5 de febrero de 1990 y 14 de octubre de 1991, entre otras). Ciertamente esta definición corresponde a lo que constituye la reconvencción implícita a la que ha de darse debida respuesta. A través de dicha reconvencción y previamente a denegar la resolución del contrato formalizado el 24 de Febrero de 1999 para la redacción del Proyecto y Ejecución de la Obra Monumental Montaña de Tindaya se interesa, por las entidades reconvincentes, se ordene la devolución de la garantía hecha efectiva por la contratante, mediante la ejecución de los avales acompañados al acta de efectividad del contrato de 19 de Abril de 1.999 por importe de **TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTAS OCHENTA Y DOS MIL PESETAS (354.882.000)**, con los intereses legales devengados.

Respecto a esta pretensión, la parte actora, en su escrito de replica y tras explicar el concepto de reconvencción implícita y señalar la falta de convicción de la parte contraria al formular esta pretensión, sostiene que la misma carece de sentido alguno contrariando el principio de los actos propios si se atiende al hecho de que esta garantía se constituyó, tal como consta en la Cláusula Tercera del contrato de ejecución de obra para responder de las obligaciones derivadas del presente contrato por lo que entiende que si dicha contratista demanda, a pesar de cobrar parte del precio del contrato siquiera ha dado comienzo a su ejecución, resulta obvio que incurrió en mora y por lo tanto, resulta injustificado y temerario, que pretenda ahora la devolución del aval.

A la referida garantía se hace referencia en la cláusula tercera del CONTRATO en donde se establece que: “ *Para responder de las obligaciones derivadas del presente contrato, el Contratista entregará en el acto de la firma del acta de cumplimiento del punto primero de la cláusula decimotava, a favor de La Propiedad una GARANTIA DEFINITIVA por importe de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTAS OCHENTA Y DOS MIL PESETAS (354.882.000) de conformidad con lo establecido al efecto en el Pliego de Condiciones que rigió la licitación, manteniéndose hasta dicho momento vigente la garantía provisional entregada por el Contratista*”. Si acudimos a la cláusula 18 del Pliego de Condiciones en la que se refleja que el contratista queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución de los trabajos en los términos previstos en las cláusulas 4 y 13 del mismo pliego, igualmente se dispone que “*Si llegado el término del final de los trabajos, el contratista hubiere*

*incurrido en mora, por causa imputable al mismo, PMMT podrá optar indistintamente, por la resolución del contrato con pérdida de garantía o por la imposición de penalidades que indica la Ley de Contratos de las Administraciones” con lo que queda claro que la posibilidad de ejecutar tal aval para la contratante deriva del hecho de la mora y no del incumplimiento de la parte contratista.*

Concluido esto, ha de decirse que si bien en la misma cláusula se establece la facultad de resolución o la imposición de nuevas penalidades para el caso de incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales o cuando la demora de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total, lo cierto es que la pérdida de garantía no se liga al supuesto de incumplimiento sino tan sólo al hecho de incurrir en mora siendo que por otro lado y como motivo más importante para obligar a la entidad PMMT a la devolución del aval, la cláusula establece que la pérdida de este (del aval) únicamente tendría lugar en el supuesto del punto segundo de la meritada cláusula decimoctava, que es el caso de que el contratista haya incurrido en mora por causa imputable al mismo. Así dispone el artículo 1.100 del Código Civil que *“Incurrir en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será sin embargo, necesaria la intimación del deudor para que la mora exista: 1ª cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente; 2ª cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que habría de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”*. Señalado esto y toda vez que no puede declararse que por la parte demandada contratista se haya incurrido en mora, cuestión distinta del incumplimiento que en su caso facultaría para la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que por el contrario, el retraso en el comienzo de la ejecución del contrato de obra se debe a la única y exclusiva voluntad de PMMT de no cumplir con las exigencias que han sido debidamente analizadas anteriormente, debe la entidad contratante, PMMT, devolver la garantía acompañada al acta de cumplimiento de 19 de Abril de 1.999 hecha efectiva por la misma por importe de 354.882.000 pesetas, con los intereses legales devengados, desde la fecha de la reconvención, momento en que se produce su reclamación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil.

**DECIMOQUINTO.-** Respecto a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose desestimado la demanda principal de este procedimiento,

serán abonadas por los actores **PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA (PMMT, S.A.), SOCIEDAD ANONIMA DE PROMOCION DEL TURISMO, NATURALEZA Y OCIO (SATURNO)** y el **GOBIERNO DE CANARIAS**; respecto a las costas de la demanda reconvenicional, habiéndose estimado íntegramente la misma, serán abonadas por la entidad **PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA (PMMT, S.A.)**.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

Que desestimando como desestimo íntegramente la demanda formulada por el Sr. Procurador D. Alfredo Crespo Sánchez, en nombre y representación de la entidad **PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA, S.A.), SOCIEDAD ANONIMA DE PROMOCION DEL TURISMO, NATURALEZA Y OCIO (SATURNO)** y el **GOBIERNO DE CANARIAS** frente a **FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, FCC. CONSTRUCCION, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.** y D. Rafael Bittini Delgado, D. Luís Bittini Delgado, D. Segundo Medina Sosa, D. Jaime Celso Rodríguez Cie, D. Pablo Rivas Vidal, y D. Eugenio Cabrera Montelongo **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO** a los demandados de todas las pretensiones ejercitadas en su contra con expresa condena de las costas causadas a la parte actora; y estimando como estimo íntegramente la demanda reconvenicional formulada por el Sr. Procurador D. Oscar Muñoz Correa, en nombre y representación de **FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A., UNION TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, DE 26 DE MAYO, FCC. CONSTRUCCION, S.A. Y NECSO ENTRECANALES CUBIERTAS, S.A.** frente a **PROYECTO MONUMENTAL MONTAÑA DE TINDAYA (PMMT, S.A.), DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la demandada reconvenicional a devolver a las actoras reconvenicionales la garantía acompañada al acta de cumplimiento de 19 de Abril de 1.999 por importe de **TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTAS OCHENTA Y DOS MIL PESETAS (354.882.000 pesetas)**, en su caso **DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIECISIETE EUROS CON DOCE CENTIMOS (2.133.217,12 euros)** más los intereses legales de dicha cantidad desde el momento de su reclamación de conformidad con lo establecido en el fundamento jurídico decimoquinto de la presente resolución así como a las costas de la demanda reconvenicional.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer **RECURSO DE APELACION**, que deberá prepararse en el plazo de **CINCO DIAS** contados desde el siguiente a la notificación de la presente, sustanciándose en consecencial conforme a la Ley 1/2000de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la Disposición Transitoria Segunda.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN:** La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada en el día de la fecha por la Sra. Magistrada Juez Sustituta que la suscribe, estando celebrando audiencia pública; de lo que doy fe.-