

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
SECCIÓN 20ª

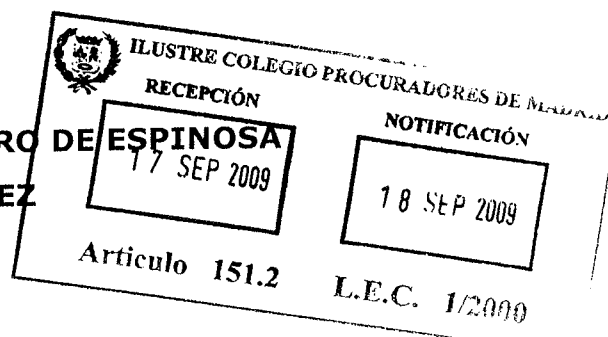
SENTENCIA Nº

ES COPIA

Rollo: RECURSO DE APELACION 392 /2007

Ilmos. Sres. Magistrados:

PURIFICACIÓN MARTÍNEZ MONTERO DE ESPINOSA
JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ
JULIO CARLOS SALAZAR BENÍTEZ



En MADRID, a siete de septiembre de dos mil nueve.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 20 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 101/2004, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 392/2007, en los que aparece como parte apelante BOLIDEN APIRSA, S.L. EN LIQUIDACION, representado por el procurador D. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA, y como apelado GRUPO VITALICIO, impugnante, representado por el procurador D. ARTURO MOLINA SANTIAGO, GEOTECNIA Y CIMENTOS S.A., representado por la procuradora D^a ISABEL JULIA CORUJO; ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A., representado por el procurador D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN; ZURICH ESPAÑA, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representado por la procuradora D^a ADELA CANO LANTERO; INTECSA-INARSA, S.A., representado por el procurador D. PAZ SANTAMARIA ZAPATA; y FLUOR CANADA, LTD., sobre reclamación de cantidad, **siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Julio Carlos Salazar Benítez.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Madrid, en fecha 23 de noviembre de 2.006, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Bolidén



Aprisa S.L. en liquidación contra ACS, Actividades de y Servicios, S.A., contra Intensa. Inarsa, S.A., contra Geotecnia y Cimientos S.A. (Geocisa) y contra Banco Vitalicio Cía Anónima de Seguros y Reaseguros y llamados por intervención Wel y Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros, S.A. debo absolver y absuelvo a todos los demandados y terceros intervinientes de las pretensiones condenatorias solicitadas por la actora, con expresa imposición de las costas causadas a esta última, salvo las causados por los intervinientes absueltos cuyo pago corresponderá a los demandados que los han traído a la litis, conforme se recoge en Fundamento de Derecho decimoquinto.”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, exponiendo las alegaciones en que basa su impugnación; por dicha parte también se interpuso recurso de apelación contra los autos de fecha 30 de junio, 3 de julio y 20 de septiembre de 2.006. Admitido el recurso en ambos efectos, se dio traslado del mismo a las apeladas, que presentaron escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario, y por GRUPO VITALICIO, se presentó escrito impugnando la sentencia.

TERCERO.- La vista pública tuvo lugar con la asistencia de las partes, que expusieron sus respectivas pretensiones, y por la demandante se renunció al recurso interpuesto contra los autos de fecha 30 de junio, 3 de julio y 20 de septiembre de 2.006.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Se aceptan los correlativos contenidos en la sentencia de instancia siempre y cuando no se opongan a estos nuestros.

SEGUNDO: Para dar una correcta respuesta a las cuestiones planteadas, procede partir de las siguientes premisas fácticas, base de hecho de esta nuestra resolución.



A) En fecha 23 de enero de 2004 la representación procesal de la entidad mercantil Boliden Apirsa S.L. en liquidación, presentó escrito formulando demanda de juicio ordinario contra:

1º) ACS Actividades de Construcción y Servicios S.A. (sociedad absorbente de la que en su día fue Grupo Dragados S.A., antes Dragados y Construcciones S.A.);

2º) Intecsa-Inarsa S.A. (antes Internacional de Ingeniería y Estudios Técnicos S.A.);

3º) Geotecnia y Cimientos S.A., Geocisa; y

4º) Banco Vitalicio de España Compañía de Seguros;

ejercitando la acción de responsabilidad contractual establecida en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, contra Intecsa, Dragados y Geocisa, así como la acción del artículo 76 y concordantes de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro respecto a Banco Vitalicio de España Compañía de Seguros, en reclamación de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la rotura del dique de la balsa de estériles de Aznalcóllar el día 25 de abril de 1998, solicitando en el suplico de su escrito ""dictar sentencia por la que:

1.- Se declare que ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A., en tanto sociedad absorbente de GRUPO DRAGADOS, S.A. (antes DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES, S.A.) e INTECSA-INARSA, S.A. (antes INTERNACIONAL DE INGENIERÍA Y ESTUDIOS TÉCNICOS, S.A.) incumplieron el CONTRATO de fecha 1 de enero de 1976, en lo atinente al diseño de la balsa de estériles de la explotación minera de Aznalcóllar, por no haber empleado aquéllas, en el Proyecto para su construcción de 1978, las mejores técnicas aceptadas por el mundo.

2.- Se declare que GEOTECNIA Y CIMIENTOS, S.A. incumplió culposamente las obligaciones contractuales asumidas frente a BOLIDEN APIRSA, S.L., al no haber empleado aquélla las técnicas adecuadas y exigibles en la realización de los trabajos que BOLIDEN APIRSA, S.L. le encargó a partir de 1996, consistentes en el Informe de Estabilidad de la balsa de estériles de Aznalcóllar, su Proyecto de Recrecimiento, y el Programa de Seguimiento y su ejecución.

3.- Se declare el derecho de BOLIDEN APIRSA, S.L. EN LIQUIDACIÓN a ser indemnizada, solidariamente, por ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A., INTECSA-INARSA, S.A., GEOTECNIA Y CIMIENTOS,



S.A. y BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, CÍA. ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS de los daños y perjuicios derivados de los incumplimientos contractuales a que se refieren los anteriores apartados 1) y 2) de este suplico, y, específicamente, de los daños y perjuicios derivados de la rotura de la balsa acaecida con fecha 25 de abril de 1998.

4.- Se condene solidariamente a ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A., INTECSA-INARSA, S.A., GEOTECNIA Y CIMENTOS, S.A. y BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, CÍA. ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, y en cuanto a éste último solamente hasta el límite de cobertura de cada una de las pólizas de seguro por el mismo suscritas, a abonar a BOLIDEN APIRSA, S.L. EN LIQUIDACIÓN:

(i) la cantidad de 115.213.210 euros, en concepto de daños y perjuicios causados a mi principal como consecuencia de la rotura de la balsa de Aznalcóllar; más:

(ii) la cantidad adicional, a determinar en ejecución de sentencia conforme al valor del dinero (IPC acumulado), que resulte necesaria a fin de actualizar los importes desembolsados por BOLIDEN APIRSA, S.L. desde el año 1998, según lo que ha sido expuesto en el apartado III de los Fundamentos de Derecho de este escrito; y subsidiariamente, al pago de los intereses devengados por la cantidad referida en el anterior apartado (i) desde la fecha de reclamación extrajudicial, según lo expuesto en el Hecho Noveno de este escrito.

5.- Se declare el derecho de BOLIDEN APIRSA, S.L. EN LIQUIDACIÓN a repetir, solidariamente, contra ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A., INTECSA-INARSA, S.A., GEOTECNIA Y CIMENTOS, S.A. y BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, CÍA. ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, ésta última hasta el límite de lo que se consigne en las respectivas pólizas, cualesquiera cantidades que se vea obligada a abonar mi principal a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, a la Junta de Andalucía, o a terceros (conforme ha sido expuesto en el Hecho Octavo de este escrito), como consecuencia de los efectos de la rotura de la balsa de Aznalcóllar.

6.- Se condene, en consecuencia a ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A., INTECSA-INARSA, S.A., GEOTECNIA Y CIMENTOS, S.A. y BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, CÍA. ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, ésta última hasta el límite de lo que se



consigne en las respectivas pólizas, a pagar solidariamente a BOLIDEN APIRSA, S.L. EN LIQUIDACIÓN, en ejecución de sentencia, las cantidades que ésta acredite haber pagado a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, a la Junta de Andalucía, o a terceros, según lo declarado en el anterior pedimento 5.

7.- Se condene a las demandadas al pago de las costas procesales." (folios 69 y 70 de los autos)." (folios 69 y 70).

B) Por el Juzgado de instancia se dictó auto en fecha 5 de febrero de 2004 por el que se admitió a trámite la demanda acordando emplazar a los codemandados para que contestaran a la misma en el término de veinte días hábiles.

C) Por la representación procesal de la mercantil ACS Actividades de Construcción y Servicios S.A. se presentó escrito en fecha 19 de febrero de 2004 por el que al amparo del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solicitó que fuera llamado al proceso un tercero, en concreto, la entidad Wright Engineers Limited (actualmente Flúor Canadá Ltd.).

Asimismo la representación procesal de Geotecnia y Cimientos S.A. presentó escrito en fecha 20 de febrero de 2004 por el que al amparo del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solicitó la intervención provocada de Flúor Canadá Ltd. (sucesora de Wright Engineers Limited).

A su vez la representación procesal de la mercantil Intecsa-Inarsa S.A. presentó escrito en fecha 20 de febrero de 2004 por el que al amparo del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solicitó la llamada al pleito de la entidad Wright Engineers Limited (actualmente Flúor Canadá Ltd.).

De igual modo por la misma representación y en la misma fecha, en distintos escritos, se solicitó la llamada al proceso de la entidad Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.

Por la representación procesal de la compañía aseguradora Banco Vitalicio de España Compañía de Seguros en fecha 24 de febrero de 2004 se presentó escrito formulando solicitud de notificación de la demanda a terceras personas conforme a las previsiones del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuales son: 1º) Flúor Canadá Ltd., 2º) Instituto Geológico y Minero de España, 3º) Ministerio de Ciencia y Tecnología y 4º) Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía.



Con fecha 2 de marzo de 2004 el Juzgado de Instancia dictó providencia dando traslado a la actora de los diversos escritos presentados por los demandados en virtud de los cuales se solicitaba la intervención procesal de terceros en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En fecha 12 de marzo de 2004 la representación procesal de Boliden Apirsa S.L. en liquidación presentó escrito solicitando que "se dicte resolución por la que se declare el rechazo ad limine litis y con fundamento en los artículos 11.2 L.O.P.J. y 247.2º L.E.C. (...)".

Por el Juzgado de instancia se dictó auto con fecha 28 de mayo de 2004 estimando parcialmente la petición de intervención provocada solicitada por los codemandados respecto de Grupo Flúor Canadá Ltd. y la aseguradora Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., auto del que fue solicitada su aclaración por parte de la representación procesal de Banco Vitalicio de España Compañía de Seguros, habiéndose dictado por el Juzgado de instancia providencia con fecha 8 de junio de 2004 no dando lugar a la aclaración.

Por la representación procesal de Boliden Apirsa S.L. en liquidación se presentó escrito interponiendo recurso de reposición contra el auto de fecha 28 de mayo de 2004 y, tras los trámites correspondientes, el Juzgado de instancia dictó auto con fecha 29 de julio de 2004 por el que no dio lugar a reponer el auto de 28 de mayo de 2004.

- D) En fecha 14 de julio de 2004 la representación procesal de Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. presentó escrito contestando a la demanda, oponiéndose a la cuantía reclamada por entender, en esencia, que la póliza suscrita con Intecsa S.A. no amparaba la cobertura a dicha reclamación, así como que la acción ejercitada estaba prescrita y que no estaba acreditada la causa del incidente, solicitando la desestimación íntegra de la demanda.

En fecha 17 de septiembre de 2004 la representación procesal de la codemandada Banco Vitalicio de España Compañía de Seguros presentó escrito contestando y oponiéndose a la demanda por entender, en esencia, que la reclamación es ajena al objeto de las coberturas de las pólizas, solicitando la desestimación íntegra de la demanda frente a su representada.



En fecha 22 de septiembre de 2004 la representación procesal de Geotecnia y Cimientos S.A. presentó escrito contestando y oponiéndose a las pretensiones de la actora por entender que sólo tuvo intervención en el informe geotécnico confeccionado en distintas fechas y que fueron unos trabajos puntuales, los que se ejecutaron correctamente, por lo que solicitó en el suplico de su escrito que se desestime íntegramente la demanda deducida de contrario absolviéndole de la misma y, subsidiariamente y para el caso de que se declare el derecho de cobro de la actora a alguna cantidad, que se declare que no existe responsabilidad solidaria de Geotecnia y Cimientos S.A. con las entidades ACS Actividades de Construcción y Servicios S.A. e Intecsa-Inarsa S.A., y con carácter más subsidiario se dicte sentencia por la que se declare que dicha "responsabilidad está cubierta por las pólizas suscritas por la entidad Banco Vitalicio de España Compañía de Seguros, y se condene a esta entidad a abonar solidariamente con Geotecnia y Cimientos S.A., y hasta el límite de cobertura de las pólizas de seguro, cualquiera cantidades a cuyo pago pudiera ser condenado mi mandante".

En fecha 22 de septiembre de 2004 la representación procesal de Intecsa-Inarsa S.A. presentó escrito contestando y oponiéndose a la demanda por entender, en esencia, que no era autora del proyecto y que tan solo participó en el mismo como entidad consultora, siendo supervisadas todas las actuaciones por Wel y por la propietaria Boliden, solicitando en el suplico del mismo que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a Intecsa-Inarsa S.A. de la misma y, subsidiariamente para el caso de que se declare el derecho de cobrar el actor alguna cantidad, que se declare que no existe responsabilidad solidaria de Intecsa-Inarsa S.A. con las entidades ACS Actividades de Construcción y Servicios S.A. y Geotecnia y Cimientos S.A., y más subsidiariamente que se dicte sentencia por la que se declare que dicha responsabilidad está cubierta por las pólizas suscritas por las entidades Banco Vitalicio de España Compañía de Seguros y Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., y se condene a estas entidades a abonar solidariamente a Intecsa-Inarsa S.A., y hasta el límite de cobertura de las pólizas de seguros, cualesquiera cantidades a cuyo pago pudiera ser condenada mi mandante.

En fecha 23 de septiembre de 2004 la representación procesal de ACS Actividades de Construcción y Servicios S.A. presentó escrito contestando



a la demanda, oponiendo la excepción de falta de legitimación activa "ad procesum" y en cuanto al fondo también se opuso por entender que toda la ejecución fue conforme a proyecto y con la supervisión de Wel y de Boliden, solicitando en el suplico de su escrito se dicte: 1º) Auto poniendo fin a este procedimiento por falta de legitimación activa "ad procesum" con imposición de costas a la actora. 2º) Subsidiariamente, sentencia que desestime íntegramente la demanda en todas cuantas pretensiones contenidas en la misma se refieran a ACS con imposición de costas a la actora. 3º) Subsidiariamente se dicte sentencia que declare: a) que no existe relación de solidaridad entre ACS y las sociedades Intecsa y Geotecnia y Cimientos S.A., y b) que sí existe relación de solidaridad entre ACS y la entidad Banco Vitalicio de España Compañía de Seguros, siempre y cuando sea para el caso de que se estimen, aun parcialmente, algunos de los pedimentos formulados por la actora.

Concluido el plazo para contestar a la demanda, por providencia de 18 de octubre de 2004, se acordó citar a las partes personadas a la audiencia previa y se declaró en situación de rebeldía a la codemandada Flúor Canadá Ltd., señalamiento que fue suspendido habiéndose dictado providencia de fecha 22 de marzo de 2005 acordando nuevo señalamiento para los días 17 y 18 de octubre de 2005.

En fecha 17 de octubre de 2005 se celebró la audiencia previa señalada en la que el Juzgado de instancia consideró subsanada la excepción alegada de falta de legitimación activa "ad procesum".

En fecha 18 de octubre de 2005 se continuó con la celebración de la audiencia previa señalada para el referido día, señalándose para la celebración del juicio los días 6, 8, 13, 15, 16, 20, 22, 27, 29 y 30 de junio de 2006.

Tras practicarse la prueba declarada pertinente el 30 de junio de 2006 y tras evacuarse el trámite de conclusiones por parte del Letrado de la parte actora, así como de Intecsa y de ACS, el Juzgado de Instancia acordó la suspensión del acto señalando su continuación para el día 18 de julio, al ser la primera sesión libre de la Sala.

Por la representación de Boliden Apirsa S.L. en liquidación, en fecha 3 de julio se presentó escrito solicitando la subsanación de la decisión acordada el 30 de junio de 2006 por la que se interrumpió y se acordó la reanudación de la vista para el día 18 de julio de 2006, por haberse

infringido lo dispuesto en los artículos 184.1, 193.1 y 2 y 188.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en el artículo 24 CE, solicitando en el suplico de su escrito que se ordenase la inmediata continuación de la sesión interrumpida.

Por el Juzgado de instancia se dictó providencia con fecha 3 de julio de 2006 no dando lugar a la subsanación solicitada porque "el día 18 de julio es el día más inmediato posible ya que no cabe alterar el orden de los que ya estuviesen señalados", especificándose que lo que había acontecido no se trataba de "una suspensión de vista, sino de continuación del acto del juicio".

Por la representación procesal de Boliden Apirsa S.L. en liquidación con fecha 7 de julio de 2006 se presentó escrito interponiendo recurso de reposición contra la providencia de 3 de julio de 2006 y la diligencia de ordenación de fecha 30 de junio de 2006, solicitando la declaración de nulidad de las referidas decisiones judiciales.

El día 18 de julio de 2006 se continuó con el acto del juicio en donde los Letrados de Geocisa y de Banco Vitalicio evacuaron el trámite de conclusiones.

Por el Juzgado de instancia se dictó auto con fecha 20 de septiembre de 2006 por el que no dio lugar a la reposición solicitada.

Con fecha 23 de noviembre de 2006 el Juzgado de instancia dictó sentencia cuya parte dispositiva se encuentra transcrita en los antecedentes de hecho de esta resolución, a los que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

- E) Por la representación procesal de Boliden Apirsa S.L. en liquidación se presentó escrito interponiendo recurso de apelación contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2006, así como contra las resoluciones de índole procesal de fecha 30 de junio de 2006, 3 de julio de 2006 y 20 de septiembre de 2006, basando su recurso en las siguientes alegaciones:

"Previa: sobre la notoria injusticia y patente arbitrariedad de la sentencia de 23 de noviembre de 2006.

Primera: sobre el tratamiento de las causas de la rotura en la sentencia recurrida.

Segunda: sobre el tratamiento del estado del arte geotécnico en la sentencia recurrida.

Tercera: sobre el incumplimiento contractual del que deriva la responsabilidad de los demandados.

Cuarta: sobre la incongruencia omisiva de la sentencia en cuanto a los daños.

Quinta: sobre la indebida condena en costa a mi mandante.”.

Solicitando en el suplico de su escrito “se sirva estimar el presente recurso de apelación de forma que revoque la sentencia de 23 de noviembre de 2006, dictando en su lugar otra más ajustada a Derecho por la que, revocando en todo caso la condena en costas a esta parte, se estime la demanda interpuesta por mi principal en los términos del suplico contenido en la misma con expresa imposición de costas a las demandadas y fijando la cuantía indemnizatoria que se conceda o las bases para su cálculo”.

Asimismo por “nuevamente suplico a la Ilma. Sala se sirva:

a) Estimar el recurso de apelación respecto de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera instancia nº 9 de Madrid en fechas 30 de junio de 2006, 3 de julio de 2006 y 20 de septiembre de 2006, revocándolas, decretando la nulidad de todo lo actuado desde el momento de emisión de las conclusiones del juicio en fecha 30 de junio de 2006, salvo que se aprecie por esa Ilma. Sala la posibilidad de subsanar la merma al derecho de igualdad de esta parte causada, mediante señalamiento de vista en esta alzada.

b) En cualquier caso, tener por solicitada y acordar, en el momento oportuno, la celebración de la vista prevista en el artículo 464.2 L.E.C.”.

Por la representación procesal de la entidad Intecsa-Inarsa S.A. se presentó escrito oponiéndose al recurso de apelación, haciendo un análisis exhaustivo de cada uno de los concretos motivos en los que Boliden fundamenta su recurso, solicitando en el suplico de su escrito que se dicte una sentencia desestimando íntegramente el recurso de apelación.

Asimismo se opuso al recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones de 30 de junio, 3 de julio y 20 de septiembre de 2006.

Y, por último, mostró su total disposición a la celebración de la vista en la alzada.

En fecha 23 de febrero de 2007 la representación procesal de Geotecnia y Cimientos S.A. presentó escrito oponiéndose al recurso de apelación, contestando y oponiéndose a todas y cada una de las alegaciones en las

que Boliden fundamenta el recurso, solicitando en el suplico de su escrito la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

De igual modo se opuso al recurso de apelación interpuesto contra las resoluciones de 30 de junio, 3 de julio y 20 de septiembre de 2006.

Mostrando su conformidad a la celebración de la vista en la alzada.

En fecha 23 de febrero de 2007 la representación procesal de Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. presentó escrito de oposición al recurso de apelación solicitando en el suplico de su escrito "dicte sentencia por la que desestimando íntegramente el citado recurso de apelación confirme la sentencia dictada en primera instancia, con imposición a Intecsa S.A. de las costas devengadas por mi representada en la alzada.

Y respecto al recurso interpuesto contra las resoluciones de 30 de junio, 3 de julio y 20 de septiembre de 2006 también se opuso.

Por último, no vio necesaria la celebración de la vista en la medida en que el expediente judicial es suficientemente amplio e ilustrativo para resolver el recurso interpuesto.

En fecha 23 de febrero de 2007 la representación procesal de ACS Actividades de Construcción y Servicios S.A. presentó escrito, oponiéndose también al recurso de apelación, solicitando en el suplico de su escrito "se dicte resolución que desestime íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Boliden Apirsa S.L. en liquidación (...) con imposición de las costas de ambas instancias a la apelante".

Y respecto al recurso interpuesto contra las resoluciones de 30 de junio, 3 de julio y 20 de septiembre de 2006, por medio de otrosí digo, mostró su oposición, sin que se opusiera a la celebración de la vista prevista en el artículo 464.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la misma fecha, el 23 de febrero de 2007, la representación de Banco Vitalicio de España Compañía de Seguros presentó dos escritos, el primero de ellos oponiéndose a los recursos de apelación, solicitando en el suplico del mismo "sirva declarar no haber lugar al recurso de apelación formalizado por Boliden Apirsa, se tenga por opuesta a esta representación respecto de la apelación formulada de contrario contra las resoluciones de 30 de junio, 3 de julio y 20 de septiembre de 2006 (...)".

Y el segundo de los escritos impugnando "ad cautelam" parcialmente la sentencia solicitando "que se sirva estimar la presente impugnación,

revisando la sentencia de 23 de noviembre de 2006 en el sentido de modificar sus antecedentes de hecho conforme a los particulares recogidos en el presente escrito, aceptar la excepción de falta de legitimación alegada y, subsidiariamente, estimar la excepción de prescripción alegada respecto de la reclamación formulada contra ACS Dragados e Intecsa-Inarsa y, en cualquier caso, se declare la aplicabilidad de las exclusiones de cobertura de las pólizas de seguro conforme se solicitó en el escrito de contestación a la demanda”.

En fecha 21 de marzo de 2007 la representación procesal de Boliden Apirsa S.L. en liquidación presentó escrito oponiéndose a la impugnación de la sentencia efectuada por Banco Vitalicio solicitando en el suplico “se sirva desestimar la impugnación formulada por Banco Vitalicio con imposición de costas a la impugnante”.

En la misma fecha, el 21 de marzo de 2007, por la representación procesal de la entidad INTECSA-INARSA, S.A., se presentó escrito oponiéndose a la impugnación formulada por BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, alegando como cuestión previa y general “la impugnación de VITALICIO debe inadmitirse a trámite por la Ilma. Sala por no existir gravamen o perjuicio para Vitalicio en el Fallo o parte dispositiva de la sentencia, que le permita impugnarla” y, en cuanto al fondo de la impugnación, también se opuso solicitando en el suplico de su escrito “que, recibidos los autos, y previos los trámites oportunos inadmita la impugnación de Banco Vitalicio y, subsidiariamente, dicte sentencia por la que desestime la impugnación interpuesta en la que a la alegación de falta de cobertura, y, en todo caso, condene en costas a Banco Vitalicio por las causadas por la impugnación”.

En fecha 20 de marzo de 2007 la representación procesal de Geotecnia y Cimientos, S.A., presentó escrito oponiéndose también a la impugnación de Banco Vitalicio alegando “que la impugnación de Banco Vitalicio debió inadmitirse, la causa de inadmisión debe llevar a su desestimación, solicitando en el suplico del mismo, “se dicte resolución que desestime íntegramente la impugnación formulada por Banco Vitalicio”.

En la misma fecha, el 20 de marzo de 2007, la representación procesal de ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A., presentó escrito oponiéndose a la impugnación parcial interpuesta por Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros,

Administración de Justicia

solicitando en el suplico del mismo "se dicte resolución que desestime íntegramente el escrito de impugnación parcial interpuesto por Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, contra la indicada sentencia de 23 de noviembre de 2.006 y confirme la misma con todos sus extremos, con imposición de costas causadas a la parte impugnante."

En fecha 24 de noviembre de 2.008 la Sala dictó providencia señalando para la vista el día 5 de febrero de 2.009 a las 10 horas de su mañana.

En fecha 30 de diciembre de 2.008, la representación procesal de INTECSA-INARSA, S.A., presentó escrito renunciando a la intervención provocada de ZURICH ESPAÑA, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A..

Por la Sala se dictó auto con fecha 9 de febrero de 2.009 rechazando la renuncia instada, mandando seguir adelante el procedimiento.

Auto este el que fue recurrido en reposición por la representación procesal de INTECSA-INARSA, S.A..

En el acto de la vista celebrada el día 25 de febrero de 2.009, la Sala "in voce" acordó desestimar el recurso de reposición, mostrando su conformidad la parte recurrente de que no se transcribiera dicha resolución en un auto concreto.

Asimismo, y en el mismo acto, por el letrado que defiende los intereses de la entidad mercantil BIOLIDEN APIRSA, S.L., en liquidación, se desistió de los recursos de apelación que en su día interpuso contra las resoluciones de índole procesal de fecha 30 de junio de 2.006, 3 de julio de 2.006 y 20 de septiembre de 2.006.

TERCERO.- Partiendo de las anteriores premisas fácticas y teniendo en cuenta que tanto la representación procesal de la entidad INTECSA-INARSA, S.A., como la representación de Geotecnica y Cimientos, S.A., y la de ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS alegaron que debería inadmitirse a trámite la impugnación de la sentencia efectuada por la representación procesal de BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, al ser una sentencia desestimatoria que conllevaba la absolución de la demanda al Banco Vitalicio, y, por tanto no existía perjuicio o gravamen al impugnante, lo que determinaba que careciera de legitimación para la impugnación, al convertirse la causa de inadmisión en causa de desestimación, procedería desestimar la impugnación, por lo que para resolver dicha cuestión, procede partir de las siguientes



circunstancias de hecho, en primer lugar, en el suplico de la demanda iniciadora del presente procedimiento, la actora solicitaba una serie de pronunciamientos, transcritos en la presente resolución, a los que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones; en segundo lugar, en la contestación a la demanda la representación procesal del Banco Vitalicio de España, S.A. hizo una serie de pretensiones concretas; en tercer lugar, porque la sentencia de una manera global desestima las pretensiones de la actora, sin que se determinasen en el fallo de la misma, los concretos puntos objeto de litigio y, en cuarto lugar, la sentencia fue recurrida por la parte actora, lo que podría conllevar una hipotética sentencia desfavorable para la hoy impugnante.

Por lo que, evidentemente, la representación procesal del Banco Vitalicio de España, S.A., está legitimada para impugnar la sentencia de instancia, no siendo ni inadecuado ni contradicho ni incoherente su situación procesal por el hecho de que siendo apelada, pueda convertirse en impugnante de la sentencia, pues así viene recogido en el artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin que podamos olvidar lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 207 del mismo texto legal en cuanto se refiere a los perjuicios que se puedan causar por el hecho de no recurrir una resolución que puede o no ser desfavorable.

Resuelta la referida cuestión en primer lugar se ha de resolver la apelación interpuesta por la representación procesal de BOLIDEN APIRSA, S.L., por razones de sistemática jurídica ya que de desestimarse el mismo, conllevaría necesariamente no hacer declaración alguna sobre la impugnación planteada con carácter "ad cautelam" por la representación procesal del Banco Vitalicio de España, Compañía de Seguros.

CUARTO.- Centrados en las anteriores alegaciones en las que se fundamenta el recurso, y no habiéndose desvirtuado por las mismas, los hechos ni los fundamentos de derecho que el Juzgador de instancia tuvo en consideración al momento de dictar su resolución, hoy apelada, procede su desestimación; así, en lo referente a la alegación previa de la recurrente "la notoria injusticia y patente arbitrariedad de la sentencia de 23 de noviembre de 2.006", procede su total desestimación, pues la sentencia de instancia no es injusta, ni arbitraria, sin que exista error alguno en la valoración de la prueba practicada en autos, estando perfectamente motivada, conteniendo en la misma en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, con claridad y precisión y los fundamentos de derecho, en los que se basa el fallo de la misma;

aunque se haya hecho de una manera global, cumpliendo, por lo tanto, con todos y cada uno de los requisitos establecidos en los artículos 208, 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que procede rechazar la autodenominada alegación previa contenida en el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Bolidén Aprisa, S.A., en liquidación.

QUINTO.- Y en lo concerniente a la primera y segunda alegación "sobre el tratamiento de la causa de la rotura de la sentencia recurrida y sobre el tratamiento del estado del arte geotécnico en la sentencia recurrida" y dada la íntima conexión existente entre las cuestiones tratadas en las referidas alegaciones primera y segunda, por razones de economía procesal, procede el análisis en su conjunto; en primer lugar, debemos puntualizar que las resoluciones judiciales dictadas en las jurisdicciones penal y contencioso-administrativa ni condicionan, ni vinculan a la jurisdicción civil, como bien señala el Juzgador de instancia en su sentencia, pues tan solo puede vincular a la sentencia, las sentencia condenatorias en la vía penal respecto de la civil, en cuanto al hecho objetivamente acaecido; en segundo lugar, debemos puntualizar que en el presente caso, al no haber sido llamado al plenario a aquellos que confeccionaron y emitieron los informes aportados en el procedimiento penal, el valor de los referidos informes, es simplemente de prueba documental, ya que no fueron sometidos al principio de contradicción, inmediación y publicidad; en tercer lugar, tenemos que puntualizar que según se establece en el artículo 217, 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos que se refiere el apartado anterior".

Hechas las anteriores puntualizaciones y haciendo un nuevo estudio de las pruebas practicadas en la primera instancia, apreciadas en su conjunto, y en concreto, de la prueba documental, interrogatorio de partes, testificales y de peritos-testigos, tan solo se acredita que la presa de Aznalcollar se fracturó en fecha 25 de abril de 1.998 causando unos importantes daños y perjuicios; asimismo se acreditó que el proyecto de la balsa se ejecuto por unas terceras

personas, ajenas a estos autos, el que fue supervisado por otra tercera persona jurídica, de notorio prestigio profesional en el tema, la que tampoco fue demandada, aunque sí fue llamada al pleito por las codemandadas, igualmente se acredita que los valores de resistencia del proyecto de 1.978 son correctos y los coeficientes de seguridad son aceptados, también se acredita que en su día APIRSA, hoy Bolidén, aceptó a plena satisfacción los trabajos encomendados a ATELSA, sin que, en ningún momento formulara reclamación alguna a la demanda INTECSA, durante más de 20 años y, por último, lo que queda palmariamente acreditado es que la actora hoy apelante, gestionó los vertidos de residuos de la balsa, apartándose de los proyectos, mezclando vertidos de residuos en vez de separarlos, inyectando en la balsa líquidos para los que no estaba proyectada, construyendo a pié del dique una batería de pozos de drenaje, lo que comporta la disminución de la estabilidad del dique, habiendo hecho la actora un incorrecto recrecimiento del mismo, que conlleva necesariamente el incremento de las presiones intersticiales, siendo la causa directa de la rotura del dique, ajeno a los trabajos realizados por Intensa, Geocisa o por A.C.S., Actividades de Construcción y Servicios, S.A., por lo que no es correcto responsabilizarlas de la rotura de la balsa y menos aún de los daños causados; procediendo, por lo tanto, ratificar la sentencia de instancia al respecto.

SEXTO.- Pasando al análisis de la tercera alegación en la que se basa el recurso "sobre el incumplimiento contractual del que deriva la responsabilidad de las demandadas", ya que según el criterio de la apelante la sentencia de instancia al resolver dicha cuestión la resolvió con una absoluta "parquedad", procede recordar que corresponde al actor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditar y probar los supuestos incumplimientos contractuales, sin que exista prueba alguna en los autos de cuáles son los hipotéticos incumplimientos de los demandados, habiendo acreditado, por el contrario, que fueron terceras personas las que realizaron el proyecto; que tanto Intensa como Geocisa realizaron sus trabajos con la diligencia exigible por la lex artis, trabajos estos los que eran supervisados por terceras empresas, por lo que al incumbir a la demandante, la carga de la prueba de las hipotéticas negligencias, así como de los incumplimientos contractuales, y no existiendo prueba alguna de todos ellos, procede desestimar la tercera alegación, lo que conlleva la ratificación de la sentencia al respecto.



SÉPTIMO.- Respecto a la cuarta alegación "sobre la incongruencia omisiva de la sentencia en cuanto a los daños", procede su desestimación, pues la sentencia desestimatoria de la demanda, como lo es la recurrida, no puede incurrir en incongruencia omisiva, ya que al ser absoluta se entiende que resuelve todas las cuestiones debatidas, pues es jurisprudencia constante y pacífica la que establece que cuando las distintas cuestiones litigiosas se encuentran entrelazadas entre sí por una relación de dependencia, el rechazo de la cuestión principal hace innecesario el examen y estudio de otras cuestiones dependientes, pues habiendo ejercitado por la parte actora la acción por un hipotético incumplimiento contractual y habiéndose declarado la inexistencia del mismo, es inoperante el análisis y estudio de los daños, por lo que, evidentemente, al ser confirmatoria la sentencia de la Sala, por los motivos anteriormente expuestos, la Sala ve innecesario e intrascendente pronunciarse sobre unos pretendidos daños, de los que directa e indirectamente se pueda responsabilizar a las codemandadas; consideraciones éstas las que no quedan desvirtuadas por el hecho de que la sentencia de instancia se pronuncie sobre la cobertura de las pólizas de seguro, ya que dicha cuestión sí fue planteada por la parte demandada, quien tiene derecho a tener una respuesta de su pretensión, por lo que procede, por lo tanto, ratificar al respecto la sentencia de instancia.

OCTAVO.- En lo referente a la quinta alegación "sobre la indebida condena en costas a mi mandante", alegación esta la que, por otro lado no fue reproducida en el acto de la vista de esta alzada, necesariamente tiene que correr la misma suerte que las anteriores, su desestimación, pues la excepción a la condena en costas, consagrada en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, tiene un carácter absolutamente restringido y sólo cuando concurren circunstancias de extraordinaria importancia de la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, podría aplicarse la excepción a la imposición de costas a aquel que vio rechazadas sus pretensiones. En el presente caso no existe duda alguna de hechos, ni de derecho, sin que se pueda decir que existan serias dudas de hecho o derecho por la circunstancia de que en otras jurisdicciones no vinculantes a la civil, en el sentido pretendido por la recurrente, hayan recaído resoluciones interpretadas de una manera partidista y subjetiva por la recurrente, llegue a la

conclusión del por qué de la rotura de la balsa, pues como ya dijéramos, el Juzgador civil tan solo se encuentra vinculado a la sentencia de otras jurisdicciones en lo referente al hecho objetivo y contrastado de existencia real y fecha en que se produjo la rotura de la balsa.

Criterios estos los que indirectamente son compartidos por la propia demandante, ya que en su demanda al solicitar la imposición de costas a la contraparte, la solicita en base al principio de vencimiento. Es más, no lo hace en base a una hipotética existencia de duda de hecho o de derecho, o una acusada complejidad jurídica, por lo que es evidente que no se ha compelido al órgano jurisdiccional para resolver dicha cuestión y al no apreciar la juzgadora de instancia la existencia de duda alguna de hecho o de derecho, procede ratificar al respecto la sentencia de instancia, pues no resulta admisible que una vez dictada la resolución definitiva se invoque por la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, la existencia de la referida duda, cuando en la primera instancia dicha cuestión no se planteó, pues, en definitiva, lo que pretende la parte recurrente, es imponer, sin justificación alguna, mas que el hecho de que le es adversa, un pronunciamiento judicial absolutamente procedente.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto por la representación procesal de Bolidén Apirsa, S.L., en liquidación, contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2.006, dictada por al Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Madrid, lo que conlleva, como ya anunciamos con anterioridad en esta resolución, no hacer declaración alguna sobre la impugnación planteada, con carácter "ad cautelam" por la representación procesal de BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, CIA DE SEGUROS.

NOVENO.- En el acto de la vista del presente recurso, celebrada a tenor de lo dispuesto en el número 2 del artículo 464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Sr. Letrado que defiende los intereses de Bolidén Apirsa S.L. desistió "in voce" de los recursos interpuestos contra las resoluciones de índole procesal de fechas 30 de junio de 2.006, 3 de julio de 2.006 y 20 de septiembre de 2.006 y teniendo en cuenta que en dicho acto se encontraba presente el Procurador de la apelante con facultades al respecto, así como lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede acceder a dicha pretensión al no existir defecto procesal alguno.

DÉCIMO.- Dado el carácter de esta resolución y al haberse desestimado el recurso contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2.006 y habiéndose accedido al desistimiento contra las resoluciones de índole procesal de fechas 30 de junio de 2.006, 3 de julio de 2.006 y 20 de septiembre de 2.006, procede imponer el pago de las costas devengadas en la alzada por dichos recursos a la recurrente Bolidén Apirsa, S.L., en liquidación, exceptuando las de ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 398 nº 1 en relación con el artículo 394 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y en cuanto se refiere a las costas devengadas por la impugnación parcial de la sentencia "ad cautelam" interpuesta por la representación procesal de BANCO VITALICIO DE ESPAÑA COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, procede no hacer declaración alguna al respecto, al existir serias dudas de derecho en cuanto a la interpretación y alcance del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, existiendo jurisprudencia contraria a la nuestra entre otras la sentencia nº 58/2000 de 2 de febrero de 2.000 y 1 de febrero de 1.990, todas ellas del Tribunal Supremo.

Por último, en lo concerniente a las costas devengadas en la alzada por ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, se imponen a INTECSA-INARSA, S.A., ya que fue la que llamó al procedimiento al amparo del artículo 14 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de lo contrario iríamos contra los propios actos de INTECSA, quien se aquietó al pronunciamiento contenido en la sentencia respecto a las costas de la primera instancia, ya que se le impuso eran las causadas a Zurich, pues en definitiva, Zurich se enfrentó a la necesidad de defender a INTECSA tanto en la primera instancia como en la alzada.

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

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bolidén Apirsa, S.A., en liquidación, contra al sentencia de fecha veintitrés de noviembre de dos mil seis, recaída en los autos de procedimiento ordinario seguidos con el nº 101/2004, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Madrid, confirmamos dicha resolución en todos sus pronunciamientos.

Asimismo, se accede a la petición de desistimiento contra las resoluciones de índole procesal de fechas 30 de junio de 2.006, 3 de julio de 2.006 y 20 de septiembre de 2.006, solicitado en el acto de la vista por el Sr. Letrado que defiende los intereses de Bolidén-Apirsa, S.L. en liquidación.

No entramos al estudio de la impugnación parcial y "ad cautelam" planteada por la representación procesal de BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

Se impone el pago de las costas devengadas en la alzada por dichos recursos a la recurrente Bolidén-Apirsa, S.L. en liquidación, exceptuando las devengadas por ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A. las que se imponen a INTECSA-INARSA, S.A.

No se hace declaración alguna sobre el pago de las costas devengadas por la impugnación parcial de la sentencia interpuesta por la representación procesal de BANCO VITALICIO DE ESPAÑA COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

