

Roj: **STS 104/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:104**Id Cendoj: **28079110012012100005**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/01/2012**Nº de Recurso: **2120/2009**Nº de Resolución: **963/2011**Procedimiento: **Civil**Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 10253/2009,**
STS 104/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Enero de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compañía mercantil demandante BOLIDEN APIRSA S.L. EN LIQUIDACIÓN, representada ante esta Sala por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2009 por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 392/07 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 101/04 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Madrid, sobre reclamación de cantidad por responsabilidad contractual. Han sido partes recurridas las compañías mercantiles ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A. e INTECSA-INARSA S.A., representadas por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, GEOTECNIA Y CIMIENTOS S.A. (GEOCISA), representada por la procuradora Dª Isabel Juliá Corujo, y BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el procurador D. Arturo Molina Santiago. También se personó ante esta Sala la entidad Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., representada por la procuradora Dª Adela Cano Lantero, pero posteriormente se admitió la renuncia de Intecsa-Inarsa S.A. a la intervención provocada de esta compañía de seguros en el proceso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de enero de 2004 la compañía mercantil BOLIDEN APIRSA S.L. EN LIQUIDACIÓN presentó demanda contra las compañías mercantiles ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS S.A. (como absorbente de Grupo Dragados S.A., antes Dragados y Construcciones S.A.), INTECSA-INARSA S.A. (antes Internacional de Ingeniería y Estudios Técnicos S.A.), GEOTECNIA Y CIMIENTOS S.A. (GEOCISA) y BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: "1.- Se declare que ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, 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 CIMENTOS, 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 a 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."

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 101/04 de juicio ordinario, admitida la intervención de las compañías mercantiles Flúor Canadá Ltd (Wel) y Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. a petición de algunas de las codemandadas, no ampliada la demanda contra ellas, comparecida dicha aseguradora pero no Flúor Canadá Ltd. (Wel) y seguido el juicio por sus trámites, con recibimiento a prueba y práctica de prueba, la magistrada-juez titular de dicho Juzgado dictó sentencia el 23 de noviembre de 2006 con el siguiente fallo: "Que desestimando la demanda interpuesta por Boliden Apirsa S.L. en liquidación contra ACS, Actividades de y Servicios S.A., contra Intecsa-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 Cia 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 causadas 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."

TERCERO.- Interpuesto recurso de apelación por la parte actora contra dicha sentencia y contra tres resoluciones de contenido procesal y formulada impugnación añadida *ad cautelam* por la codemandada Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, el conocimiento de la segunda instancia correspondió a la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia al 7 de septiembre de 2009 con el siguiente fallo: "Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Boliden Apirsa, S.A., en liquidación contra la 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 Boliden-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 Boliden-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 de la sentencia interpuesta por la representación procesal de BANCO VITALICIO DE ESPAÑA COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS."

CUARTO.- Anunciado por la parte demandante recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de apelación, acompañando autorización de la administración concursal, el tribunal sentenciador lo tuvo por preparado y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal.

QUINTO.- El recurso se articulaba en tres motivos formulados al amparo del art. 469.1 LEC, ordinal 2º los dos primeros motivos y ordinal 4º el tercero: el motivo primero por infracción de los arts. 222.4 LEC y 116 LECrim, el segundo por infracción de los arts. 120.3 CE y 218.2 LEC en relación con las reglas 2ª y 3ª del art. 209 LEC y el tercero por infracción del art. 24 CE.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, ante la misma se personaron las partes mencionadas en el encabezamiento, alegándose por la codemandada-recurrida BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., que el recurso era inadmisibile por falta de legitimación de la parte recurrente, al carecer de autorización de la administración concursal para su interposición, y por carencia manifiesta de fundamento de sus tres motivos.

SÉPTIMO.- Presentado escrito por la codemandada-recurrida INTECSA-INARSA S.A. renunciando a la intervención provocada de la entidad ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., y oídas tanto esta última como las demás partes personadas, se dictó auto el 13 de abril de 2010 admitiendo la renuncia e imponiendo a la parte renunciante las costas causadas a dicha compañía de seguros.

OCTAVO.- En el tiempo que medió entre la presentación del referido escrito de renuncia y el mencionado auto, la parte recurrente presentó escrito aportando copia de la sentencia del Tribunal Constitucional 208/2009, a lo que se opusieron las demás partes.

NOVENO.- Admitido el recurso por auto de esta Sala de 7 de septiembre de 2010, las partes recurridas, sin comprender ya a la compañía de seguros Zurich, presentaron sus respectivos escritos de oposición.

DÉCIMO.- Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, planteó como cuestión previa que el recurso era inadmisibile por falta de capacidad procesal de la parte recurrente al carecer para su interposición de la preceptiva autorización de la administración concursal, siendo tal defecto insubsanable. A continuación impugnó los tres motivos del recurso, alegando respecto de los dos primeros la falta de denuncia previa de la infracción, y solicitó se dictara sentencia declarando la inadmisibilid del recurso o, subsidiariamente, se declarase no haber lugar al mismo en cualquier caso con imposición de costas a la parte recurrente. Por último formuló alegaciones para el caso de que, por estimación de alguno de los motivos, esta Sala hubiera de dictar nueva sentencia.

UNDÉCIMO.- ACS, Actividades de Construcción y Servicios S.A., impugnó los tres motivos del recurso y pidió su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente. A continuación alegó que "no sería descabellado" apreciar la falta de legitimación activa de la recurrente por carecer de autorización de la administración concursal para la interposición del recurso y, por último, hizo diversas consideraciones sobre lo realmente pretendido por la parte recurrente en cuanto a las consecuencias de una eventual estimación de su recurso.

DUODÉCIMO.- Intecsa-Inarsa S.A. alegó con carácter previo que los tres motivos del recurso planteaban en realidad una misma cuestión, impugnó a continuación sus tres motivos y acabó solicitando se desestimara el recurso y se confirmara la sentencia recurrida con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

DECIMOTERCERO.- Geotecnia y Cimientos S.A. (Geocisa) impugnó los tres motivos del recurso y solicitó su desestimación con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

DECIMOCUARTO.- El 15 de febrero de 2011 los tres administradores concursales de la compañía recurrente Boliden Apirsa S.L. en liquidación presentaron un escrito dirigido a esta Sala y acompañando copia del auto de 10 de febrero de 2005, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla, declarando en concurso a la citada compañía, y copia del auto de 4 de noviembre de 2010, dictado por el mismo Juzgado, declarando concedida por la administración concursal de la misma compañía autorización para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.



DECIMOQUINTO.- Conferido traslado de dicho escrito a las partes recurridas, Geotecnia y Cimientos S.A. (Geocisa) interesó se dictara sentencia resolviendo definitivamente el recurso extraordinario por infracción procesal; ACS, Actividades de Construcción y Servicios S.A. manifestó no tener inconveniente en que se dictara sentencia resolviendo el recurso; y Banco Vitalicio, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, insistió en la ya denunciada falta de capacidad procesal de la parte recurrente por tratarse de un defecto insubsanable.

DECIMOSEXTO.- Por providencia de 12 de julio de 2011 se acordó que la admisión y alcance de los documentos aportados por los administradores concursales se examinara y decidiera en la sentencia a dictar por esta Sala.

DECIMOSÉPTIMO.- Por providencia de 27 de septiembre de 2011 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se señaló la vista del recurso para el 13 de diciembre siguiente.

DECIMOCTAVO.- En el acto de la vista los letrados de las partes recurrente y recurridas informaron en apoyo de sus respectivos escritos de interposición del recurso y oposición al mismo.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El litigio causante del presente recurso extraordinario por infracción procesal versa sobre la existencia o no de incumplimiento contractual, frente a la compañía mercantil demandante, de las compañías mercantiles demandadas, todo ello en relación con las consecuencias económicas perjudiciales para la demandante derivadas de la rotura del dique de la balsa de residuos mineros de **Aznalcóllar** el 25 de abril de 1998.

La demanda se interpuso el 23 de enero de 2004 por la compañía mercantil BOLIDEN APIRSA S.L. EN LIQUIDACIÓN (en adelante *Boliden*), concesionaria de la explotación minera al tiempo de la rotura del dique, y se dirigió contra la compañía mercantil INTECSA-INARSA S.A. (antes Internacional de Ingeniería y Estudios Técnicos S.A., en adelante *Intecsa*) como parte en un contrato de 1976 con la demandante para encargarse del diseño e ingeniería de detalle de una planta de concentración de mineral de cobre, plomo y zinc en **Aznalcóllar** y, además, autora en 1978 de un proyecto de balsa de estériles o presa de residuos, es decir de la balsa cuyo dique se rompió en 1998; contra la compañía mercantil ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS S.A. (en adelante ACS, absorbente de Grupo Dragados S.A., antes Dragados y Construcciones S.A.) " como entidad supervisora del referido proyecto de 1978, a la vez que garante en el contrato del cumplimiento por INTECSA de sus obligaciones "; contra la compañía mercantil GEOTECNIA Y CIMIENTOS S.A. (en adelante *Geocisa*) como empresa contratada por la demandante "a partir de 1996 para la realización de diversos trabajos y estudios relacionados con la estabilidad y recrecimiento de la balsa de **Aznalcóllar**" ; y contra BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante *Banco Vitalicio*) como aseguradora de *Geocisa* y ACS.

Cifrada la cuantía de la demanda en un mínimo de 115.213.210 euros, la acción ejercitada en la misma se calificaba como de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual, conforme a los arts. 1101 y siguientes del Código Civil, explicándose muy minuciosamente por qué no se ejercitaba ninguna acción fundada en el art. 1591 del mismo Código.

Los hechos de la demanda se referían extensamente a las diligencias previas tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Sanlúcar la Mayor con ocasión de la rotura del dique, deteniéndose especialmente en el informe de dos peritos designados por el juez y en el contenido del auto de archivo de tales diligencias y del auto que lo confirmó en apelación. También se daba noticia de la pendencia de un proceso contencioso-administrativo promovido por *Boliden* contra la resolución del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002 por la que se le había impuesto una sanción de 601.312'10 euros, la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico en la cantidad de 2.870.181'66 euros y la obligación de reponer las cosas a su estado anterior a la rotura del dique, por un importe de 41.606.316'75 euros. Sin embargo, en los fundamentos de derecho de la demanda no se invocaba la eficacia vinculante de la cosa juzgada derivada de las actuaciones penales y, pese a acompañarse con la misma distintos dictámenes periciales, el informe de peritos presentado en las mencionadas diligencias previas no se acompañaba como dictamen pericial sino como prueba documental.

Lo pedido en la demanda fue lo siguiente: 1) La declaración de que ACS e *Intecsa* habían incumplido el contrato de 1976 por no haber empleado en el proyecto para la construcción de la balsa, de 1978, " las mejores técnicas aceptadas por el mundo ", según se había convenido expresamente; 2) la declaración de que *Geocisa* había incumplido culposamente sus obligaciones para con *Boliden* al no haber empleado las técnicas adecuadas y exigibles en los trabajos que *Boliden* le había encargado a partir de 1996, consistentes en el informe de estabilidad de la balsa, su proyecto de recrecimiento y el programa de seguimiento y su ejecución; 3) la



declaración del derecho de *Boliden* a ser indemnizada solidariamente por *ACS*, *Intecsa*, *Geocisa* y *Banco Vitalicio* por los daños y perjuicios derivados de dichos incumplimientos contractuales y, específicamente, de los derivados de la rotura de la balsa; y 4) la condena solidaria de las cuatro demandadas, limitando la de *Banco Vitalicio* a la cobertura de las correspondientes pólizas, a pagar a *Boliden* la cantidad de 115.213.210 euros, la cantidad necesaria para actualizar los importes desembolsados por *Boliden* desde 1998 y la cantidad que en su caso hubiera de pagar a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, a la Junta de Andalucía o a terceros a consecuencia de la rotura de la balsa.

SEGUNDO .- Seguido el juicio con intervención de terceros y con una muy abundante actividad probatoria, especialmente pericial pero sin que ninguna de las partes interesara la declaración en juicio de los autores del informe presentado en las diligencias previas penales, la magistrada-juez de primera instancia dictó sentencia totalmente desestimatoria de la demanda el 23 de noviembre de 2006.

Fundamentos de este fallo fueron, en esencia, los siguientes: 1) En el contrato de 1976 se pactó que otra compañía a la que *Boliden* no quiso demandar auxiliaría a *Intecsa* como firma especialista en el campo de plantas de concentración de minerales; 2) el contrato con esa otra compañía era al parecer de 24 de noviembre de 1975, pero la demandante no lo había aportado; 3) en el contrato de 1976 *Intecsa* había garantizado realizar los trabajos " *de acuerdo con las mejores técnicas aceptadas actualmente por el mundo* "; 4) en 1996 la Junta de Andalucía, en expediente promovido contra *Boliden* por falta de estabilidad de la presa a causa de sucesivos recrecimientos desde 1989 y por contaminación de los ríos Agrio y Guadiamar debida a filtraciones, había acordado que *Boliden* presentara un proyecto técnico de recrecimiento, de planta depuradora, de recogida perimetral de filtraciones y de canal de agua de balsa a depuradora; 5) en un informe de *Geocisa* de 1998 se hacía constar que faltaba el control de filtraciones pero que en general el dique de contención se estaba comportando de forma correcta y no presentaba ningún indicio de inestabilidad generalizada; 6) en el informe de los peritos designados por el juez de instrucción en las diligencias previas se indicó como causa de la rotura la insuficiente resistencia a lo largo del plano basal por la existencia de altas presiones de agua intersticial dentro de la arcilla azul de cimentación, presiones originadas por los pesos acumulados de los estériles y del propio dique de contención, y, como segunda causa, la acusada fragilidad de la arcilla azul del Guadalquivir, unida a la magnitud de las tensiones transmitidas por el dique de contención, descartando cálculos erróneos porque la fragilidad del terreno no era por entonces de general conocimiento; 7) antes de la rotura del dique se había presentado denuncia por un facultativo de minas ante la Dirección General de Obras Hidráulicas por haber llevado a cabo *Boliden* sucesivos recrecimientos de la presa desde enero de 1989, haber unido en una sola y gran plataforma de agua lo que antes eran dos vasos separados por un espigón central, uno para residuos de pirita y otro para residuos de piroclastos, estar contaminando el río Agrio por filtraciones de aguas sin depurar y, en fin, haber abierto veintiún pozos con bombas para achicar el agua, mandándola otra vez a la balsa; 8) a raíz de la denuncia y de la visita girada por la Junta de Andalucía, *Boliden* encargó en 1998 a *Geocisa* la instalación de inclinómetros y placas de asiento para medir movimientos y de piezómetros para medir el nivel freático, si bien los trabajos no llegaron a finalizar precisamente por la rotura del dique en el mes de abril; 9) según los informes periciales aportados por *Geocisa* y *ACS* el proyecto de 1978 y los trabajos de 1996 se habían ajustado " *al estado de conocimiento más avanzado a nivel mundial de 1978, de 1996 y de 2004* ", siendo muy discutibles algunas de las consideraciones y conclusiones de los peritos judiciales que informaron en las diligencias previas; 10) en uno de aquellos informes se hacía referencia a las filtraciones a través del dique y del cimientado, que se intentaban paliar por *Boliden* mediante pozos, zanjas drenantes y otros medios que devolvieran el agua a la balsa para evitar la contaminación del río Agrio, siendo las filtraciones, de cuyo caudal dio aviso *Geocisa*, una de las hipótesis a considerar como causa de la rotura; 11) un informe emitido por el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas por encargo de la Junta de Andalucía había descartado como causa de la rotura la erosión interna, el desbordamiento por corrosión o la licuefacción; 12) los informes periciales aportados por *Boliden* indicaban ser correcto que la balsa estuviera bajo una capa de agua, o que la causa de la rotura fueran las presiones intersticiales derivadas de la lentitud de la consolidación y el carácter frágil de la resistencia de las margas y que *Intecsa* no utilizó la mejor técnica aceptada por el mundo; 13) según un informe pericial aportado por una compañía de seguros llamada al proceso a petición de una codemandada pero contra la que *Boliden* no había ampliado su demanda, " *hubo una irregular explotación de la balsa durante los 18 años precedentes a la rotura* " y el poder decisorio de *Intecsa* sobre el proyecto de 1978 " *estaba subordinado al ingeniero de minas Sr. Jose Ignacio* , a *Wel* [compañía llamada al proceso pero no demandada] y a *Dragados como constructora* "; 14) en el expediente de suspensión de pagos de la demandante *Boliden*, una de las principales acreedoras era la compañía *Boliden Mineral AB*, fusionada con la compañía *Boliden Treasures*; 15) " *un procedimiento penal que finaliza con Sentencia Absolutoria -asimilable el auto de archivo- no vincula ni crea cosa juzgada al juez civil en ningún extremo y una Sentencia condenatoria en vía penal sólo vincula al juez civil en cuanto al hecho objetivo ocurrido sin ninguna otra* "; 16) el único hecho sí vinculante era el de que la presa se rompió el 25 de abril de 1998 y causó unos importantes daños y perjuicios " *que pudieron llegar a ser uno de los mayores desastres ecológicos* "; 17) los informes de las diligencias



previas eran " *solo prueba documental que no ha sido planteada por vía testifical y por tanto no han podido ser sometidos al principio de contradicción e intermediación ante esta juzgadora y las partes aquí demandadas no son coincidentes con los intervinientes en el procedimiento penal y como tal documental debe ser valorada* "; 18) tampoco vinculaba al juez civil la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004 , que había acabado desestimando el ya mencionado recurso de *Boliden* contra el acuerdo del Consejo de Ministros; 19) procedía por tanto valorar las pruebas practicadas en el presente litigio; 20) las deficiencias de los proyectos era una presunción de la demandante que no resultaba del informe pericial presentado en las diligencias previas, " *porque expresamente ante las preguntas escritas que a los peritos judiciales penales se les formulan por las partes personadas en el procedimiento penal indicaban que no hubo 'cálculos erróneos' sino hipótesis de partidas alejadas del comportamiento real de las arcillas* ", reconociendo " *que los métodos de cálculo para estudiar las balsas de estériles siguen siendo los mismos desde los años 70 aunque ahora intervengan los ordenadores y que los análisis numéricos en problemas con materiales frágiles, que dan lugar a fenómenos de rotura progresiva, tienen problemas teóricos de tipo fundamental, no resueltos adecuadamente en el momento presente* ", así como que " *esa fragilidad no era de general conocimiento* ", que en 1978 las cuestiones sobre fragilidad y presiones estaban alejadas de las prácticas habituales, que en 1996 tampoco eran consideradas normalmente y, en fin, que el problema de cimentación no era sencillo, planteaba cuestiones no habituales y se abordó " *con criterios propios de una práctica geotécnica convencional* "; 21) por tanto, no hubo incumplimiento contractual en el proyecto inicial ni en el posterior de recrecimiento; 22) uno de los propios peritos que habían informado en las diligencias previas reconoció cinco años más tarde, en su discurso de la sesión inaugural del año académico de la Real Academia de Ingeniería, aportado como prueba documental, que aún persistían dificultades graves para conocer la reacción de determinados materiales, todo ello en relación con la rotura de la balsa de **Aznalcóllar**; 23) el resultado de los trabajos de *Wel* e *Intecsa* fue asumido por quien firmó el proyecto, el doctor ingeniero de minas D. Jose Ignacio , a quien un testigo de *Boliden* tachó de analfabeto pero que en su día había sido contratado por *Apirsa* , llevaba todo el control económico del proyecto y siguió manteniendo su cargo, que comportaba la representación de la empresa, cuando en la compañía entró *Boliden* , con la que continuó hasta su jubilación dos años antes de la rotura de la balsa; 24) las aclaraciones de los peritos de las partes demandadas en el acto del juicio descartaban la fragilidad de las arcillas como hipótesis a considerar tanto en 1978 como en 1996; 25) los hechos denunciados dos años antes de la rotura (recrecimientos incontrolados desde 1989 no conformes al proyecto de 1978 y eliminación de la separación de la balsa en dos vasos) eran ciertos según las fotografías aportadas como prueba, y se mantuvieron hasta la rotura del dique; 26) el técnico que sustituyó al Sr. Jose Ignacio en *Boliden* reconoció como testigo lo relativo a la modificación de los dos vasos y el ensanchamiento de la zona de coronación del dique por vertidos de los camiones y las máquinas; 27) hubo también filtraciones importantes que dieron lugar a inyecciones de hormigón por *Dragados* y a que " *se realizara una batería de pozos en cantidad muy considerable y penetrando hasta once metros en las margas del suelo* "; 28) concurrieron, pues, circunstancias ajenas a las demandadas que, según los peritos propuestos por ellas, influyeron no solo en la rotura sino también en que, tras esta, la brecha no quedara taponada por los propios residuos contenidos en la balsa; 29) las filtraciones podían considerarse determinantes de que hubiera en las margas agua en cantidades importantes; 30) en definitiva, los peritos de las partes demandadas atribuían la rotura al " *ataque de las aguas ácidas y las filtraciones de la presa* ", y no a una incorrecta evolución de su resistencia; 31) la ya mencionada denuncia de un facultativo de minas dos años antes de la rotura no parecía responder a una venganza personal del denunciante sino a que " *algo estaba ocurriendo* " respecto a la forma de recrecer " *desde la llegada de Boliden Apirsa* "; 32) un perito-testigo declaró que en toda la zona del Guadalquivir se sigue construyendo sobre las margas " *y que solo las circunstancias que rodearon a la explotación y al recrecimiento determinaron que surgiera ese plano débil y esa 'fragilidad' que eran totalmente impensables en 1978 y 1996* "; 33) tampoco hubo incumplimiento contractual de *Geocisa* , ya que esta partió de los mismos valores de resistencia del proyecto de 1978 y la instrumentación que recomendó no fue la de piezómetros en las margas, " *y aun cuando la teoría de la rotura progresiva estaba más avanzada en 1996, lo que se hizo fue mantener ese valor prudente, razonablemente bajo, de la resistencia, que cubriera la posibilidad de representación del fenómeno* "; 34) *Geocisa* no llegó a hacer nada que mereciera la categoría de proyecto, aun cuando así lo titulase, " *siendo un mero informe de estabilidad* ".

TERCERO .- Contra la sentencia de primera instancia recurrió en apelación la demandante *Boliden* , formulándose otras impugnaciones que carecen ahora de interés.

El tribunal de segunda instancia desestimó el recurso, confirmando íntegramente la sentencia apelada, con base, en síntesis, en los siguientes fundamentos: 1) La aceptación de los fundamentos jurídicos de dicha sentencia en cuanto no se opusieran a los de la propia sentencia de apelación; 2) la sentencia apelada no era injusta ni arbitraria, como alegaba la parte apelante, tampoco incurría en error alguno en la valoración de la prueba y, en fin, estaba perfectamente motivada; 3) las resoluciones judiciales del orden penal y del orden contencioso-administrativo no vinculaban al juez civil, salvo en el caso de sentencias penales condenatorias en



cuanto al hecho objetivamente acaecido; 4) el informe pericial de las diligencias previas solo podía valorarse como prueba documental, dado que sus autores no habían sido llamados a juicio y, por ello, no habían sido sometidos " *al principio de contradicción, intermediación y publicidad* "; 5) conforme al art. 217 LEC cada parte debía probar los hechos alegados por ella; 6) de un nuevo estudio de las pruebas practicadas se desprendía que " *el proyecto de balsa se ejecutó por unas terceras personas, ajenas a estos autos, el que fue supervisado por otra tercera persona, de notorio prestigio profesional en el tema, la que tampoco fue demandada* "; 7) los valores de resistencia del proyecto de 1978 eran correctos y los coeficientes de seguridad los aceptados; 8) " *lo que sí 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 pie 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, ajena a los trabajos realizados por Intecsa, 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* "; 9) no había prueba alguna de los hipotéticos incumplimientos de las demandadas, " *habiendo acreditado, por el contrario, que fueron terceras personas las que realizaron el proyecto* ", del mismo modo que había terceras empresas que supervisaban los trabajos de Intecsa y Geodisa .

CUARTO .- El presente recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de apelación se ha interpuesto por la demandante *Boliden* .

Como quiera que una de las partes demandadas-recurridas, *Banco Vitalicio* , planteó en su escrito de oposición, como cuestión previa, la inadmisibilidad del recurso por falta de capacidad procesal de la recurrente, según el art. 54 de la Ley Concursal en relación con los arts. 7 LEC y 8 de la propia Ley Concursal, y la misma parte recurrida ha mantenido esa cuestión previa en el acto de la vista, necesariamente habrá de resolverse antes de examinar los motivos del recurso.

Fundada la alegada falta de capacidad procesal de la recurrente en su situación de concurso de acreedores y en que la administración concursal autorizó la preparación del presente recurso pero no su interposición, lo que habría dado lugar a un defecto insubsanable, este óbice de admisibilidad ha de ser rechazado por las siguientes razones:

1ª) Es cierto que la autorización de la administración concursal para la preparación del presente recurso expresaba literalmente que " *[e]sta autorización se encuentra limitada exclusivamente a este trámite procesal de preparación del recurso* " , pero también lo es que en el escrito de interposición se manifestó haber interesado del Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso se requiriera a la administración concursal para que autorizara la interposición del recurso o, en su caso, la autorizara el propio Juzgado. A la voluntad de recurrir para ante esta Sala, manifestada por la recurrente con plena capacidad procesal, se unió una reiteración de esa voluntad en el escrito de interposición, es decir después de iniciado válidamente el trámite del recurso extraordinario por infracción procesal, y si bien tal reiteración carecía en ese momento de autorización específica por parte de la administración concursal, ya se anunciaba, no obstante, estar en trance de obtenerla, como efectivamente así sucedió en 4 de noviembre de 2010 según el auto del referido Juzgado de lo Mercantil cuya copia se incorporó a las presentes actuaciones junto con el escrito dirigido a esta Sala por los propios administradores concursales.

2ª) Dadas las anteriores circunstancias, las dudas que pudieran plantearse en torno a la interpretación del art. 54 de la Ley Concursal deben resolverse, como resulta del art. 11.3 LOPJ , "de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución " , que en casos como el presente, de preparación del recurso concurriendo todos los requisitos y manifestación de la voluntad de cumplirlos en el escrito de interposición, determina que deba considerarse válidamente subsanado el defecto de que se trata antes de la decisión del recurso.

Ahora bien, el rechazo del óbice de admisibilidad planteado por *Banco Vitalicio* tiene, como lógica contrapartida, el que la administración concursal de *Boliden* deba asumir por completo y sin reserva alguna cualesquiera consecuencias derivadas de la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y de la presente sentencia o, lo que es lo mismo, que no pueda ampararse, para eludir o evitar esas consecuencias, en que la interposición del recurso carecía inicialmente de su autorización.

QUINTO .- También debe despejarse cualquier duda acerca de otra cuestión no resuelta aún expresamente, sobre la que las partes discreparon en su momento y de la que todas ellas prescindieron en el acto de la vista.

Se trata de la aportación por la parte recurrente, durante el trámite ante esta Sala, de la sentencia del Tribunal Constitucional 208/2009, de 26 de noviembre , que en opinión de dicha parte venía a apoyar la tesis del primer motivo de su recurso y a cuya aportación se opusieron las demás partes.



Pues bien, la cuestión es en sí misma irrelevante, porque esta Sala debe resolver el recurso teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional que sea aplicable en función de los motivos del propio recurso y, por tanto, en nada favorece ni perjudica a ninguna de las partes el que la copia de la referida sentencia permanezca unida a las actuaciones, y menos todavía habiendo mediado vista antes de la presente sentencia, es decir, habiendo podido manifestar las partes ante esta Sala todo lo que tuvieran por conveniente sobre si la doctrina del Tribunal Constitucional en aquella sentencia favorecía o no la tesis de la parte recurrente.

SEXTO .- Entrando a conocer, por tanto, del recurso, este se articula en tres motivos formulados al amparo del art. 469.1 LEC , ordinal 2º los motivos primero y segundo y ordinal 3º el motivo tercero.

El motivo primero se funda en infracción de los arts. 222.4 LEC y 116 LECrim . *"en la medida en que la Sentencia recurrida ignora los efectos vinculantes que se derivan de lo resuelto de manera firme por otros órganos jurisdiccionales"* , y se divide en cuatro apartados: el primero se titula *"[i]a sentencia de segunda instancia se aparta de lo resuelto en otros órdenes jurisdiccionales de manera firme y llega a conclusiones absolutamente contradictorias con ello"* ; el segundo, *"[i]nfracción de los efectos vinculantes para los tribunales que se derivan de lo resuelto de manera firme por otros órganos jurisdiccionales (art. 222.4 LEC y 116 LECrim)"* ; el tercero, *"[i]nfracción, en particular, de la doctrina jurisprudencial sobre el carácter de prueba cualificada que es propio de toda resolución firme"* ; y el cuarto, *"[i]nfracción, en particular, también de la doctrina jurisprudencial sobre la necesaria coherencia entre los pronunciamientos de los distritos órganos judiciales. Indefensión para BOLIDEN-APIRSA"* .

El motivo segundo se funda en infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto de los arts. 120.3 de la Constitución y 218.2 LEC en relación con las reglas 2ª y 3ª del art. 209 LEC , y se divide en dos apartados: el primero se titula *"[i]a sentencia de segunda instancia se encuentra, a juicio de esta parte, pobremente fundamentada en cuanto al fondo"* ; y el segundo, *"[i]nfracción de los preceptos que regulan la necesidad de motivación de las sentencias y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre necesidad de justificar debidamente la distinta apreciación que se haga respecto de los hechos declarados tales en resoluciones firmes anteriores"*.

Por último, el motivo tercero se funda en infracción del art. 24 de la Constitución y se divide en dos apartados: el primero se titula *"[v]ulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por ser la sentencia recurrida radicalmente contradictoria con otras resoluciones firmes anteriores dictadas por otros órdenes jurisdiccionales sobre los mismos hechos"* ; y el segundo, *"[v]ulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia recurrida"*.

Del propio contenido de los tres motivos se desprende que la cuestión principal planteada en el recurso, presente en sus tres motivos, es la del efecto vinculante para el juez civil de unas resoluciones firmes anteriores dictadas por jueces o tribunales de otro orden jurisdiccional. Así lo vino a confirmar el acto de la vista, en el que el letrado de la parte recurrente centró su informe, casi por completo, en el efecto vinculante sobre este litigio del auto de archivo dictado en unas diligencias previas tramitadas por un Juzgado de Instrucción, prescindiendo ya de la falta de motivación de la sentencia recurrida, salvo en lo relativo precisamente en ese efecto vinculante, y dedicando incluso poca atención al efecto vinculante de este litigio de una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo.

En consecuencia, se examinará en primer lugar la cuestión del alegado efecto vinculante de lo resuelto en su día por la jurisdicción penal, debiendo quedar claro que, como en el recurso no se articula ningún motivo fundado en error patente en la valoración de la prueba, esta Sala se abstendrá de pronunciarse sobre el resultado de las pruebas y limitará su análisis al referido efecto vinculante de las resoluciones anteriores, no de las pruebas en que se fundaron, y a la motivación de la sentencia recurrida en relación con ese mismo efecto vinculante y, ahora sí, con la valoración de la prueba.

SÉPTIMO .- La tesis del efecto vinculante que sostiene la parte recurrente, cuyo letrado admitió en el acto de la vista estar proponiendo a esta Sala una matización de su jurisprudencia interpretativa del art. 116 LECrim , tiene como punto de partida la asimilación de un auto firme de archivo de diligencias previas penales a una sentencia penal absolutoria firme. Asimiladas así una y otra resolución, el segundo paso sería una interpretación del art. 116 LECrim , autorizada según la parte recurrente por un insigne procesalista, conforme a la cual la sentencia penal absolutoria resulta vinculante en un ulterior proceso civil no solo en cuanto declare la inexistencia de un hecho sino también cuando declara existente un hecho. Finalmente, producida aquella asimilación y aceptada esta interpretación, el tercer y definitivo paso sería que la inexistencia de hechos inculpatórios para una parte suponga, para otra u otras, la existencia de hechos que, declarada por la jurisdicción penal, resulte vinculante en un posterior proceso civil dirigido contra esas otras partes. En síntesis, y aplicando todo lo anterior al caso enjuiciado, el auto de archivo de las diligencias previas, al exculpar a los directivos o empleados de *Boliden* por no resultar contra ellos indicios de delito según el informe de los peritos nombrados por el juez de instrucción,



habría determinado indefectiblemente la responsabilidad civil, frente a la propia *Boliden* y por incumplimiento contractual, de las empresas que, según el mismo informe y al margen de cualquier prueba practicada en un ulterior proceso civil dirigido contra ellas, hubieran descuidado atender a determinados factores al proyectar la balsa o al estudiar su estabilidad y recrecimiento; más resumidamente todavía, el auto de archivo habría declarado con fuerza de cosa juzgada no el incumplimiento contractual de las aquí demandadas frente a *Boliden* pero sí los hechos que, según la demanda, constituyen dicho incumplimiento contractual.

Pues bien, debe adelantarse desde ahora mismo que esta Sala no acepta el planteamiento de la parte recurrente y, por tanto, el motivo primero de su recurso, en cuanto pretende el efecto vinculante del auto de archivo de las diligencias previas, ha de ser desestimado.

La primera razón fundamental es que no hay norma, doctrina del Tribunal Constitucional, jurisprudencia del Tribunal Supremo ni autor de la doctrina científica que sostenga la asimilación del auto de archivo de unas diligencias previas a una sentencia penal absolutoria a los efectos que aquí interesan, es decir, no a los de impedir que un mismo sujeto sea sometido a sucesivas investigaciones judiciales por un mismo hecho sino a los de vincular al juez de un ulterior proceso civil.

La segunda razón fundamental es que, al no haber mayor indefensión que la de privar a una persona natural o jurídica de toda oportunidad de defenderse oponiéndose a los hechos que se le imputen y proponiendo prueba al respecto, ninguna sentencia penal firme, ni absolutoria ni condenatoria, podrá determinar por sí sola la condena civil de quien no haya sido parte en el proceso penal, salvo en el caso de que la condena civil sea una consecuencia necesaria de los hechos declarados probados y de la probada participación en ellos del acusado, como puede suceder respecto de su asegurador, que en caso de sentencia penal firme condenando al asegurado como autor de los hechos no podrá discutir en un ulterior proceso civil la participación ni responsabilidad del mismo aunque sí, de no haber sido parte el asegurador en el proceso penal, la existencia del seguro o las condiciones de la póliza.

En suma, como explicaba el mismo autor de la doctrina científica citado por la parte recurrente, la cosa juzgada penal se identifica por la conjunción de dos elementos: el hecho y la persona a quien se imputa, y del mismo modo que contra el acusado absuelto no puede seguirse un nuevo proceso penal por el mismo hecho variando su calificación, tampoco puede tenerse por penalmente responsable de un hecho a quien no hubiera sido acusado del mismo, por más que una sentencia penal condenatoria se aventure a afirmar su participación en ese hecho al juzgar a otro acusado distinto.

A las anteriores razones, y toda vez que las partes han citado en apoyo de sus respectivas pretensiones numerosas sentencias del Tribunal Constitucional y de esta y otras Salas del Tribunal Supremo, deben añadirse las siguientes, fundadas en una selección de las sentencias más pertinentes al caso, sean o no de las citadas por las partes:

1ª) Como declaró la STC 133/1988, las diligencias previas del por entonces art. 789 LECrim. constituyen *"una instrucción inicial indiferenciada, solo para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable conducente a las salidas que el propio artículo señala en sus reglas primera a quinta. Por definición, tales diligencias son, según la ley, sólo las 'esenciales', y no pueden utilizarse para otros fines que los señalados en el precepto, ni por más tiempo del que se precise para ello ('sin demora'), so pena de convertirse, por una inaceptable corruptela, en un nuevo procedimiento, desvirtuando su naturaleza"*.

2ª) Según la STC 15/2002, *"cuando la Sentencia penal, por haber sido absolutoria, no haya entrado a examinar ni se haya pronunciado sobre las acciones civiles derivadas del hecho enjuiciado en el ámbito criminal, nunca podrá producir efectos de cosa juzgada en el posterior proceso civil, por la sencilla razón de que las acciones civiles quedaron imprejuzgadas. La citada regla sólo sufre una excepción en virtud de lo dispuesto en el art. 116 LECrim, según el cual si la Sentencia penal resultó absolutoria precisamente por declarar que no existió el hecho que fue objeto de enjuiciamiento en el ámbito criminal, este pronunciamiento vinculará positivamente al juez civil que no podrá ya fundar ninguna responsabilidad civil en la existencia del hecho que fue declarado inexistente por la jurisdicción penal"*. De esto se seguiría, a su vez, que la absolución fundada en no haberse probado que el acusado fuera autor de los hechos no impide que en un ulterior proceso civil se puedan *"valorar las pruebas y apreciar los hechos nuevamente en el plano de la responsabilidad civil, en el que, junto al criterio estricto de la autoría material, pueden utilizarse otros elementos y criterios de imputación (teoría del riesgo, propiedad de las cosas, culpa in vigilando o in eligendo, etc.)"*. Y esta doctrina se reitera en la STC 17/2008 para no apreciar cosa juzgada, derivada de una sentencia penal absolutoria, en un ulterior proceso civil sobre reclamación de cantidad, razonándose que si bien la sentencia penal absolvió a la acusada por concurrir la excusa absolutoria de parentesco, condenándola no obstante como responsable civil de una parte de los hechos objeto de acusación, sin embargo había sido absuelta de otros hechos objeto también de acusación,



aquellos en lo que se sustentaba la posterior demanda civil, y de tales hechos había sido absuelta por la sentencia penal no con base en su inexistencia sino por no ser constitutivos de ilícito penal.

3ª) Según la jurisprudencia de la Sala 2ª de la este Tribunal Supremo, el auto de archivo previsto en el apdo. 5 del art. 789.5.1ª LECrim , en su redacción vigente al tiempo de dictarse el auto de archivo invocado por la parte recurrente, es decir antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, en cuya virtud la materia pasó a regularse en el art. 779 , no produce efecto de cosa juzgada material (SSTS 23-1-08 en rec. 1212/07 , 23-5-05 en rec. 2428/03 y 8-5-02 en rec. 2657/00 , con cita en todas ellas, a su vez, de otras muchas).

4ª) En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia de esta Sala de lo Civil en sentencias de 28 de abril de 1999 (rec. 2660/94) y 29 de mayo de 2001 (rec. 1385/96), considerando la primera de ellas una "falta de exactitud jurídica" la atribución de "cualquier efecto de cosa juzgada" a un auto de sobreseimiento provisional dictado en diligencias previas. Incluso respecto del auto que declara extinguida la responsabilidad penal por muerte del imputado antes del juicio, la sentencia de esta Sala de 12 de abril de 2002 (rec. 3207/96) descartó su equiparación, a los efectos que aquí interesan, a una sentencia penal condenatoria firme.

5ª) La jurisprudencia de esta Sala sobre el grado de vinculación del juez civil a una precedente sentencia penal absolutoria firme es clara en el sentido de que tal vinculación solo se da cuando la absolución se funde en la inexistencia del hecho o en la declaración de no haber sido el acusado autor del mismo. Así, la sentencia de 30 de marzo de 2005 (rec. 4006/98) resume tal jurisprudencia del siguiente modo: "*La doctrina jurisprudencial viene declarando que la sentencia penal absolutoria no produce el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer (Sentencias, entre otras, 4 de noviembre de 1.996 , 23 de marzo y 24 de octubre de 1.998 ; 16 de octubre de 2.000 ; 15 de septiembre de 2.003); o cuando se declare probado que una persona no fue autor del hecho (SS. 28 noviembre 1.992 y 12 abril y 16 octubre 2.000), porque repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurídicas en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue (STC 62 de 1.984, de 21 de mayo ; STS 12 abril 2.000). Asimismo tiene dicho que no prejuzga la valoración de los hechos que puede hacerse en el proceso civil (SS. 26 mayo y 1 diciembre 1.994 , 16 noviembre 1.995 , 14 abril 1.998 y 29 mayo 2.001), y que no impide apreciar imprudencia civil (SS. 18 octubre de 1.999 y 16 octubre de 2.000 -no empece a que se pueda entablar la acción civil por culpa extracontractual-), pues no significa más que la conducta no es sancionable de acuerdo con la ley penal, no que la misma no pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la ley civil, en su caso (S. 31 enero 2.000).*" Por su parte la sentencia de 20 de febrero de 2008 (rec. 5274/00) se centra en la diferencia entre el juicio de hecho y el de derecho de una precedente sentencia penal absolutoria razonando lo siguiente: "*Esa misma cuestión se plantea, ahora correctamente, en el segundo motivo del mismo recurso, formulado al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC de 1881 y fundado en infracción del hoy derogado art. 1252 CC y del art. 116 LECrim . para impugnar la sentencia recurrida por no haber apreciado la excepción de cosa juzgada producida por la sentencia penal firme absolutoria del juicio de faltas precedente, la cual consideró que el hecho dañoso se había debido a la culpa exclusiva de la víctima. Para la parte recurrente, si lo sucedido 'se produjo por culpa exclusiva de la víctima, es lo mismo que decir que nadie pudo por acción u omisión provocar ese daño'. Sin embargo tampoco este motivo puede ser estimado, hasta el punto de que la cita doctrinal más específica sobre la cosa juzgada que se hace en el motivo conduce a todo lo contrario de lo que la recurrente pretende, ya que muy claramente el autor citado atribuye los efectos de la cosa juzgada en materia de responsabilidad civil a la sentencia penal condenatoria, no a la absolutoria, que tan sólo vinculará a la jurisdicción civil, como por demás dispone el art. 116 LECrim . y constantemente viene declarando la jurisprudencia de esta Sala citada por el mismo autor y ratificada por otras muchas sentencias posteriores, cuando declare la inexistencia del hecho del que la acción civil hubiera podido nacer. Y aunque sea cierto que, como se sostiene en la otra cita doctrinal del motivo, para identificar el hecho punible como objeto del proceso penal no sea adecuado seguir la teoría estrictamente naturalista, que frente a la normativa lo despoja de toda valoración jurídica, no lo es menos que en el caso examinado la cuestión no plantea grandes dificultades y ha sido acertadamente resuelta por el tribunal sentenciador, ya que según la precedente sentencia penal absolutoria los hechos existieron pero el daño se debió a culpa exclusiva de la víctima; en definitiva un juicio de valor, no una declaración puramente fáctica, que determinó la absolución de los imputados y del citado como responsable civil subsidiario, el Banco ahora recurrente, por no haber contribuido con su negligencia a la causación del daño. Buena prueba de todo ello es que al delimitar el ámbito del recurso de casación en materia de responsabilidad civil contractual la jurisprudencia de esta Sala considera cuestiones de hecho las relativas a la acción u omisión y sus circunstancias, o a la existencia o inexistencia del daño, y cuestiones de derecho, en cambio, el juicio sobre la culpa o negligencia y el relativo a la relación de causalidad (SSTS 31-1-97 , 29-5-98 , 4-6-01 , 7-6-02 , 4-11-04 y 31-10-06 entre otras muchas) .*"

6ª) También es jurisprudencia reiterada de esta Sala, a partir de lo anterior, que el juez civil gozará de libertad para valorar todas las pruebas que se practiquen en el proceso subsiguiente a la sentencia penal absolutoria, incluido el testimonio de las correspondientes actuaciones penales. Así lo declara la sentencia de 12 de abril



de 2002 (rec. 3207/96) y así lo declara también la sentencia de 22 de diciembre de 1999 (rec. 2121/97) al afirmar, con base en los arts. 116 LECrim . y 596-7º de la por entonces vigente LEC de 1881 y en diecinueve sentencias anteriores de esta Sala, que el juez civil *"goza de total soberanía no solo ya para valorar el material probatorio practicado en los autos, sino incluso los datos de hecho que obren en el testimonio del proceso penal incorporado a aquellos."*

7ª) Incluso tratándose de sentencias penales condenatorias firmes, su efecto vinculante no puede ser tan enérgico como para quebrantar la proscripción de indefensión establecida en el art. 24 de la Constitución . Por eso la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 2003 (rec. 4145/97) declara que el principio de identidad entre los litigantes, propio de la cosa juzgada, impide extender el efecto vinculante de la sentencia penal condenatoria a quienes no hubieran sido partes en el proceso penal.

De todas estas razones resultan a su vez otras que igualmente determinan la desestimación del primer motivo en cuanto al efecto vinculante del auto de archivo de las diligencias previas:

1ª) La sentencia recurrida no vulnera la doctrina del Tribunal Constitucional ni la doctrina jurisprudencial sino que, por el contrario, las respeta escrupulosamente. En realidad, la propuesta de la propia parte recurrente, en la vista del recurso, de que esta Sala matice su jurisprudencia, no deja de ser un reconocimiento implícito de que la sentencia recurrida no la infringe.

2ª) La demanda de la parte hoy recurrente no se fundaba en el efecto vinculante del auto de archivo de las diligencias previas ni, por tanto, en los arts. 116 LECrim. y 222.4 LEC que ahora se citan como infringidos, sino en la fuerza probatoria de lo actuado en aquellas que, a su vez, habría servido de fundamento a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo. Por eso la proposición de prueba por la misma parte, a practicar en el proceso civil, no puede interpretarse ahora como una elemental cautela frente a una eventual desestimación de la cosa juzgada, según alegó su letrado en el acto de la vista ante esta Sala, sino como un planteamiento obligado por ser dicha parte cabal concedora de la jurisprudencia.

3ª) Como las actuaciones penales no habían llegado a la fase de juicio oral, y ni tan siquiera se había producido la imputación formal propia de la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, no se había dado la contradicción entre partes determinadas imprescindible para llegar a plantearse un eventual efecto vinculante conforme al apdo. 3 del art. 222 LEC .

4ª) La parte recurrente no propuso en su día el informe de los peritos nombrados en las diligencias previas como prueba pericial del proceso civil sino, única y exclusivamente, como prueba documental, omitiendo cualquier petición sobre ratificación de dicho informe en el proceso civil. De esto se sigue que, cuando menos, la recurrente no pueda pretender que el informe de esos mismos peritos, no sometido tampoco a contradicción en presencia de las partes en las diligencias previas, excluya totalmente, pues no otra cosa subyace en su pretensión de atribuir efecto vinculante al auto de archivo, la valoración por el juez civil de la diversas pruebas periciales practicadas en el presente litigio conforme a las reglas de la LEC sobre la prueba pericial. A propósito de esta cuestión la sentencia de 17 de diciembre de 1985 expuso la doctrina de esta Sala del siguiente modo: *"...el testimonio de las actuaciones sumariales no constituye prueba pericial siquiera se refiera a la de esa clase practicada en dicha fase de la causa penal, pues, según reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 15 de enero de 1982, citada por el recurso y por la de 31 de octubre de 1983, entre otras) ha de practicarse ajustándose a lo dispuesto en los artículos 610 a 618 y 626 a 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ofreciéndose a la parte opuesta a la que la propone, la posibilidad de ampliarla a otros extremos de su interés, designándose a los peritos por acuerdo de las partes o por la suerte, pudiendo concurrir ambas partes al acto del reconocimiento pericial y hacer en el mismo a los peritos las observaciones que estimen oportunas y solicitar en el acto de la declaración o ratificación, a través del juez, explicaciones para el esclarecimiento de los hechos; y nada de ello es viable si la intervención de los peritos tuvo lugar, con anterioridad al juicio civil, dentro de la fase sumarial de la causa penal antecedente; pero, todo esto firme así como que la apreciación crítica de la prueba de esta clase (a la que, por lo demás, no quedan sujetos los Tribunales en términos que les obliguen a sujetarse al dictamen de los peritos) hayan de tomar en consideración la observancia del régimen procesal que le es propio, con todo no puede alcanzarse el efecto pretendido de casar y anular la sentencia para que dentro del juicio se proceda a la práctica de prueba pericial atendida a ese régimen procesal; estando el Juzgado y la Audiencia facultados para alcanzar su convicción sobre el tema objeto de la misma o sea el valor de las acciones sociales, ya a través de un inexistente dictamen pericial, ya como lo han hecho con la base suministrada por el testimonio de las actuaciones sumariales en conjunción con las otras probanzas".* Y la STC 139/2009 declara lo siguiente: *"...el respeto a las declaraciones contenidas en un previo pronunciamiento judicial, dictado en otro proceso distinto y por un órgano de otro orden jurisdiccional, como es el caso, no es siempre una consecuencia jurídicamente obligada ni, por tanto, que impida a todo trance que otro órgano judicial, aunque sea con ocasión de enjuiciar los mismos hechos, pueda apartarse de lo decidido previamente, siempre y cuando, como es natural, justifique motivadamente las razones de su decisión divergente. Pues, además de que, como antes se ha señalado, los criterios legales que*



determinan la responsabilidad civil que se ventila en el proceso penal no coinciden con los que ordenan la responsabilidad patrimonial de la Administración, sucede también que, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en otras ocasiones semejantes, el que ciertamente unos hechos no puedan existir y dejar de existir para los órganos del Estado, sin vulnerar al mismo tiempo el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y, al cabo también, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, no significa que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción. Obliga a que la diferente apreciación de los hechos debe ser motivada, de modo que "cuando un órgano judicial dicte una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio" (STC 34/2003, de 25 de febrero, FJ 4; últimamente en el mismo sentido, SSTC 216/2006, de 17 de julio, FJ 3; y 16/2008, de 31 de enero, FJ 3). Por consiguiente, con la perspectiva del art. 24.1 CE considerada, ningún obstáculo existía en rigor a que en el presente asunto la Sala de la Audiencia Nacional, a la vista de las pruebas periciales practicadas, hubiera determinado la existencia del citado nexo de causalidad y, en su virtud, estimado la pretensión indemnizatoria del recurrente. Menos aún si, como también es el caso, esas pruebas periciales eran distintas y posteriores a las tenidas en cuenta por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que, por otra parte, no constituye ninguna prueba. En consecuencia esa supuesta explicación no sirve tampoco para suplir el déficit de motivación advertido en la Sentencia impugnada. En suma, y al igual que en el supuesto resuelto por la STC 189/1996, de 25 de noviembre, invocada por el Fiscal, debemos concluir también ahora que la ausencia total de valoración de la prueba pericial admitida y practicada en el proceso a quo supone una falta de respuesta judicial, incluso tácita, a la pretensión indemnizatoria planteada por el recurrente y, por tanto, que la Sentencia impugnada vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho."

5ª) Carecería de sentido, realmente, que un litigio de la importancia económica del presente, cuyas actuaciones ocupan siete baúles y veinticinco cajas y en el que se ha practicado una muy abundante prueba sobre cuáles pudieron ser las causas de la rotura de la balsa de **Aznalcóllar**, se resolviera, única y exclusivamente, con base en un auto de archivo de diligencias previas centrado, por su propia naturaleza, en si de las actuaciones resultaban o no elementos bastantes para imputar formalmente a persona o personas determinadas y tener por parte a otras personas naturales o jurídicas como responsables civiles subsidiarios o terceros civilmente responsables.

6ª) El auto de archivo de las diligencias previas, leído en su integridad, tampoco declara lo que la recurrente le atribuye, pues se remite al informe de los peritos para destacar, como idea fundamental del mismo, que toda actuación sobre la presa se atuvo a la práctica habitual o convencional. Y el auto de apelación confirmando el archivo tampoco se limita a descartar la imputación de culpa grave a personas dependientes de Geocisa sino que, muy claramente, excluye cualquier tipo de culpa penalmente relevante ("es claro que la conducta de los autores del estudio no puede ser inculpada como culpable de los daños acaecidos, y menos a título de imprudencia grave o profesional", FJ 7º in fine). Por otra parte, en cuanto a la adopción o no, en el proyecto de 1996, de la técnica más avanzada, lo que en realidad declara el mismo auto de apelación es que del informe pericial "parece desprenderse" que dicha técnica no se adoptó (FJ 9º, párrafo segundo), expresión dubitativa que sin embargo no se da al afirmar que "[p]or Boliden Apirsa S.L. no se instalaron los aforadores aconsejados por los técnicos de Geocisa" (FJ 10º, párrafo cuarto).

OCTAVO .- Desestimado el motivo primero del recurso en cuanto al efecto vinculante del auto de archivo de las diligencias previas, también ha de serlo, con más claridad si cabe, en cuanto al efecto vinculante de la sentencia de 22 de noviembre de 2004 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo en el recurso ordinario nº 174/02.

Dicho recurso ordinario se interpuso por *Boliden*, es decir la propia compañía mercantil hoy recurrente, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002 que le había impuesto una sanción de 601.012'10 euro, la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico, valorados en 2.810.181'86 euros, y la obligación de abonar 41.606.316'75 euros por la reposición del terreno a su estado anterior a la rotura de la balsa.

En el proceso contencioso-administrativo no fue parte ninguna de las luego codemandadas y se practicó toda la prueba solicitada por *Boliden*, pese a lo cual la sentencia estimó el recurso únicamente en el aspecto de deducir 1.352.772'17 euros de la referida cantidad de 41.606.316'75 euros, pues en definitiva se apreció una omisión culposa de *Boliden* consistente en no haber cumplido el deber de vigilancia que le correspondía como titular de la explotación (FJ 13º).

Es cierto que en algunos pasajes de la sentencia, muy especialmente fundada en cuanto a los hechos en el informe de los peritos incorporados a las diligencias previas penales y en otro informe técnico encargado por la propia *Boliden* (FJ 6º), se razona que la responsabilidad de esta "no queda exonerada porque la rotura de la



balsa se produjera por los defectos en el diseño de la presa según unos proyectos que no fueron elaborados por ella", así como que a *Boliden* le era imputable la elección de *Geocisa* (FJ 11º), pero no lo es menos que la única consecuencia de esta y otras consideraciones era que *Boliden* debía responder frente a terceros de los daños causados independientemente de las acciones que creyera oportuno ejercitar contra quienes construyeron la balsa (FJ 13º).

No se está, pues, ante un caso en el que sea posible aplicar la conocida doctrina del Tribunal Constitucional de que "afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse luego de ellos, sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento, porque en la realidad jurídica no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron [STC 24/1984, de 23 de febrero, FJ 3], cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversa [STC 390/1996, de 26 de febrero, FJ 5], ya que es claro que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" (STC 231/2006); ni tampoco ante un caso similar al de la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2003 (rec. 1835/97), que declaró la vinculación del juez civil a la declaración de nulidad de un embargo por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues se trataba de un embargo acordado en expediente de apremio precisamente administrativo.

Sí se está, en cambio, ante un caso en el que las alusiones a determinadas causas de la rotura de la balsa no consistentes en conductas activas de *Boliden* se hacían únicamente para, pese a la posibilidad de la existencia de aquellas, mantener la responsabilidad de la misma *Boliden* por sus propias omisiones como titular de la explotación minera y dejar a salvo las acciones que considerase oportunas contra quienes construyeron la balsa.

Por tanto, ni siquiera es preciso aplicar, aunque en último extremo despejaría cualquier duda acerca de la inexistencia del pretendido efecto vinculante, el art. 4.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que incluso para los casos en que tal jurisdicción haya de resolver cuestiones prejudiciales civiles "directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo", dispone que "[l]a decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional competente"

Finalmente, nada distinto de lo razonado hasta ahora se desprende de la STC 208/2009 tan especialmente invocada por la parte recurrente, pues lo que esta afirma es la vinculación de la jurisdicción contencioso-administrativa a la calificación jurídico-privada de un contrato, a la declaración de existencia de contrato y a la inexistencia de deuda afirmadas por una sentencia anterior del orden jurisdiccional civil habiendo sido idénticas las partes de ambos procesos. En consecuencia la doctrina de esta misma sentencia del Tribunal Constitucional, rectamente aplicada al caso examinado, solo permite concluir que la sentencia contencioso-administrativa confirmatoria de una sanción a *Boliden* por su propia responsabilidad en la rotura de la presa, sentencia dictada en un proceso en el que solo fueron partes la propia *Boliden* y la Administración General del Estado, no puede vincular al juez civil a los efectos de tener que declarar un incumplimiento contractual frente a *Boliden* de quienes no fueron parte en el proceso contencioso-administrativo.

NOVENO.- También ha de ser desestimado el *motivo segundo* del recurso, fundado en la deficiente o pobre motivación de la sentencia recurrida, si bien su apartado segundo enlaza con el motivo primero al insistir en la necesidad de justificar debidamente una distinta apreciación de los hechos, del mismo modo que el apartado tercero del motivo primero enlaza a su vez con este motivo segundo al invocar el carácter de prueba cualificada del auto de archivo de las diligencias previas y de la sentencia de lo contencioso-administrativo.

Si la motivación por remisión está admitida por una doctrina del Tribunal Constitucional y una jurisprudencia de esta Sala tan conocidas y reiteradas que huelga la cita de sentencias concretas, y si la sentencia recurrida comienza por aceptar expresamente la fundamentación de la sentencia de primera instancia, basta con recordar ahora los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la presente sentencia para desvirtuar los reproches que en este motivo se hacen a la sentencia impugnada, especialmente infundados porque la de primera instancia tuvo muy en cuenta el informe de los peritos presentado en las diligencias previas penales, si bien interpretándolo en un sentido no totalmente coincidente con el propuesto por la demandante hoy recurrente y, desde luego, poniéndolo en relación, mediante una muy meritoria labor de la magistrada-juez, con todas las demás pruebas practicadas en el proceso civil, llegando así a la conclusión de que no hubo incumplimiento contractual de las demandadas y sí, en cambio, participación relevante de la propia *Boliden*, por medio de un representante suyo técnicamente cualificado, en el proyecto que ella misma considera defectuoso, así como actuaciones propias de *Boliden* en la balsa que pudieron contribuir a la rotura más relevantemente que cualesquiera cálculos erróneos sobre el comportamiento de las llamadas margas azules del Guadalquivir.

Así las cosas, el relativo laconismo de la sentencia de apelación no equivale a una falta de motivación ni a una motivación pobre o defectuosa que infrinja los arts. 120 de la Constitución o 218.2 en relación con las reglas



2ª y 3ª del art. 209, ambos de la LEC, sino que en realidad viene a revelar un alto grado de prudencia para evitar declaraciones que puedan comportar algún tipo de perjuicio anticipado sobre la responsabilidad en los hechos de personas que no son parte en el presente litigio.

DÉCIMO.- La desestimación de los motivos primero y segundo del recurso determina por sí sola la del *tercero* y *último*, pues la infracción del art. 24 de la Constitución en que se funda este motivo no es otra que la que se derivaría de las infracciones en que se fundan aquellos dos, cuya desestimación ya se ha justificado.

En realidad, la verdadera indefensión no es la que la parte recurrente alega haber sufrido, sino la que se causaría a las partes demandadas si, aceptando la tesis de la parte recurrente, se las condenara, por incumplimiento contractual, a soportar todas las consecuencias económicas de la rotura de la balsa perjudicales para *Boliden* sin más fundamento que el auto de archivo de diligencias previas y la sentencia contencioso-administrativa ya referidos y, por ende, prescindiendo de toda la prueba practicada en el presente litigio.

UNDÉCIMO.- Conforme a los arts. 476.3 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede desestimar el recurso e imponer las costas a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL** interpuesto por la compañía mercantil demandante BOLIDEN APIRSA S.L. EN LIQUIDACIÓN contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2009 por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 392/07.

2º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - **Juan Antonio Xiol Rios.**-**Francisco Marin Castan.**-**Jose Antonio Seijas Quintana.** - **FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.