



**Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª).**  
**Sentencia núm. 347/2005 de 13 junio**

[JUR\2005\176541](#)

**CULPA EXTRA CONTRACTUAL:** daños derivados de inmisiones ilícitas: polvos: recalificación de daños y perjuicios por la emisiones de polvo con ocasión de los movimientos de tierra realizados por la demandada: falta de adopción de las medidas de higiene y seguridad necesarias; solidaridad: existencia: empresa contratista.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Apelación núm. 642/2004

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. eduardo navarro peña

**SENTENCIA NUMERO TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE**

Ilmos. Señores:|

Presidente:|

D. José J. Solchaga Loitegui|

Magistrados:|

D. Javier Seoane Prado|

D. Eduardo Navarro Peña|

En la Ciudad de Zaragoza a trece de Junio de dos mil cinco.

En nombre de S.M. el Rey.

-----

VISTOS por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, integrada por los Magistrados del margen, los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia dictada en fecha 15 de Junio de 2.004 por el Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de los de esta Ciudad, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 169/04, sobre reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual, de que dimana el presente rollo de apelación numero 642/04, en el que han sido partes, apelantes y al propio tiempo apeladas, la demandante FRESCO S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Emilia Bosch Iribarren y asistida del Letrado D. Juan-Carlos Garnica Rubio, y las demandadas EPSA INTERNACIONAL, S.A. y MUSINI SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representadas por el Procurador D. José-Ignacio de San Pío Sierra y asistidas del Letrado D. José-Ignacio Sáiz Herrera, así como VALDESPARTERA, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, representada por el Procurador D. Alfredo Gracia Galán y asistida de la Letrada D<sup>a</sup>. Cristina Alcaide Herrero, y apelada la codemandada, BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, que actúa con la misma representación y defensa que su aseguradora, la referida U.T.E., siendo Ponente el Magistrado D. Eduardo Navarro Peña, que expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los correlativos de la sentencia recurrida; y

**PRIMERO**

.- La anterior sentencia contiene la parte dispositiva siguiente: "FALLO: Estimo en parte la demanda

interpuesta por "Frenco, S.A." contra "Valdespartera Unión Temporal de Empresas", "Epsa Internacional, S.A.", Musini, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros", "Banco Vitalicio de España, Cía. Anónima de Seguros y Reaseguros", :

1.- Condeno a las tres primeras demandadas a que solidariamente paguen a la actora la suma de veintiocho mil seiscientos nueve euros y dos céntimos (28.609,02 euros), más el interés legal incrementado en un 50% a cargo de la aseguradora Musini desde el día 12 de diciembre de 2003 hasta su completo pago.

2.- Impongo las costas a los anteriores demandados.

3.- Absuelvo a "Banco Vitalicio de España, Cía. Anónima de Seguros y Reaseguros" de los pedimentos instados en su contra.

4.- Impongo las costas derivadas de la defensa de ésta última a la demandante."

## SEGUNDO

Notificada dicha sentencia a las partes, las representaciones procesales de todas ellas, actora y demandadas, salvo la aseguradora Banco Vitalicio de España, S.A. de Seguros y Reaseguros, prepararon contra la misma sus respectivos recursos de apelación en tiempo y forma hábiles, y emplazadas que fueron para que los interpusieran en legal forma, así lo efectuaron mediante la formulación de los correspondientes escritos, en los que expusieron las alegaciones que tuvieron por conveniente para fundamentarlos, solicitando la actora se dictara sentencia que revocando parcialmente la recurrida declarase no haber lugar a condenar a la misma al pago de las costas causadas en la primera instancia a Banco Vitalicio de España, S.A. de Seguros y Reaseguros; por su parte las demandadas Epsa Internacional, S.A. y Musini S.A. de Seguros y Reaseguros interesaron se dictara sentencia por la Sala, que revocando la recurrida les absolviese a ambas de las pretensiones deducidas en cu contra por la actora, declarando su no responsabilidad en los hechos origen de este procedimiento, con expresa imposición de las costas a la demandante, y, a su vez, la entidad Valdespartera Unión Temporal de Empresas solicitó se dictara sentencia que revocando la recurrida acordase absolverla de la demanda, con imposición de las costas de la primera instancia a la actora.

## TERCERO

Dado traslado de los referidos recursos de apelación a las demás partes personadas, emplazándolas para que pudieran alegar lo que a su derecho conviniera en relación con los mismos, tanto la actora como las demandadas dedujeron escritos de oposición a los recursos interpuestos por la contraria, solicitando su desestimación, con imposición de las costas de esta alzada a la correspondiente parte apelante, tras de lo cual se remitieron los autos originales del juicio a esta Audiencia Provincial, Sección Cuarta, previo emplazamiento de las partes.

## CUARTO

Recibidos los autos, formado el correspondiente rollo, y personadas en tiempo y forma hábiles todas las partes, apelantes y apelada, se siguió el trámite legal, señalándose, finalmente, para la discusión y votación de los referidos recursos de apelación el día 7 del corriente mes de Junio, en que tuvo lugar dicho acto.

## QUINTO

En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los correlativos de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los de la presente; y

Recurso de apelación de las codemandadas Epsa Internacional, S.A. y Musini S.A. de Seguros y Reaseguros.

## PRIMERO

.- Alegan dichas codemandadas como primero motivo de su recurso contra la mentada sentencia se primer grado que dicha resolución les está haciendo responsables de unos daños que se iniciaron un mes antes de que Epsa Internacional S.A. comenzara la realización de los trabajos de movimientos de tierra para los que había sido subcontratada por Valdespartera U.T.E., S.A., ya que según la mercantil actora los movimientos de tierras causantes de las inmisiones de grandes cantidades de polvo y arena en

su fábrica se iniciaron en el mes de Junio de 2.003 y Epsa Internacional, S.A. no inició dichos trabajos hasta mediados de Julio de dicho año, tras suscribir en 15 de dicho mes el oportuno contrato de obra con la referida U.T.E.

Se rechaza tal motivo del recurso por resultar carente de todo fundamento, ya que como claramente se desprende del total contenido del escrito de demanda formulado por la mercantil actora, Frenco, S.A., la referencia que en el mismo se hace (hecho 5º) al mes de Junio de 2.003 como fecha inicio de las obras de movimientos de tierra, causantes de los daños y perjuicios por los que reclama la oportuna indemnización, lo es con carácter aproximado y no riguroso y preciso - se dice textualmente "Que, aproximadamente, a mediados de junio de 2003 han sido iniciadas las obras en la referida finca..."- siendo el dato esencial y determinante para dirigir dicha demanda contra las citadas recurrentes que fueron las obras de remoción o movimientos de un elevado volumen de tierras -2.141.000 m3 según el referido contrato- llevadas a cabo por Epsa Internacional, S.A. las que provocaron las inmisiones de polvo y tierra en las instalaciones fabriles de la actora y terrenos de descanso anejos a las mismas mientras dichas obras se llevaban a cabo, siendo dicho dato el que es tomado en consideración por el juzgador de instancia a la hora de resolver acerca de la reclamación indemnizatoria formulada en estos autos.

Es de destacar que en la denuncia que la actora formuló por tales hechos ante la Policía Local de Zaragoza señalaba que las inmisiones de polvo y tierra venían ocurriendo desde mediados del mes de Julio de .2003 (folio 69 de los sutos).

## SEGUNDO

Se alega por dichas recurrentes como otro de los motivos de su apelación que la mercantil Epsa Internacional S.A. actuó en todo momento con la debida diligencia en la realización de las obras encomendadas por la contratista Valdespartera U.T.E., ateniéndose al plan de seguridad establecido por esta última, plan que no contenía previsión alguna en cuanto a afectación de terceros por levantamiento de polvo y tierra, en lo que además incidió, según señala el propio juzgador de instancia, la acción del viento dominante en la zona, que arrastró las nubes de polvo y tierra a cierta distancia del lugar de la remoción de los terrenos hasta llegar a la fábrica de la actora, por todo lo cual no le era exigible a Epsa Internacional S.A. responsabilidad alguna por su actuación con base en el artículo 1.902 del Código Civil, máxime cuando en fecha 7 de Julio de 2.003, en que según la referida sentencia se iniciaron los daños a la actora, todavía no había iniciado su actividad.

Debe rechazarse así mismo este segundo motivo del mentado recurso, ya que ha quedado acreditado que las inmisiones de polvo y tierra en las dependencias de la fábrica de la actora, causantes de los daños y perjuicios por los que aquella reclama la oportuna indemnización, fueron provocadas por los trabajos de movimientos de tierras llevados a cabo por Epsa Internacional, S.A. en terrenos próximos a dicha fábrica, constituyendo la referencia a la fecha 7 de Julio de 2.003, que efectúa la sentencia apelada como uno de los días en que se produjeron dichas inmisiones (f.j. 2º), un mero error, ya que el acta notarial en que se constata la presencia de grandes cantidades de polvo y tierra en dicho centro de trabajo es de fecha 29 de Julio de 2.003.

Que el riego de los terrenos en que trabajaba Epsa Internacional, S.A. constituyó una medida insuficiente para evitar la producción de elevadas cantidades de polvo en suspensión es un hecho reconocido por dicha mercantil, ya que el agua quedaba en superficie y la excavación llegaba a capas de tierra inferiores que permanecían secas.

Es claro que dicha demandada provocó con su actividad industrial la producción de grandes cantidades de polvo y tierra en suspensión que al ser desplazadas por la acción del viento acabaron por invadir el recinto de la fábrica de la actora, con grave afectación a la actividad industrial desarrollada en la misma, perjuicios de los que las ahora recurrentes deben resarcir a la actora en virtud de la responsabilidad extracontractual que alcanza a Epsa Internacional, S.A. conforme a lo preceptuado en el artículos 1.902 y más específicamente en el artículo 1.908.2º, ambos del Código Civil, precepto éste último que establece una responsabilidad de claro matiz objetivo por razón del riesgo creado con ocasión de una actividad industrial de la que se beneficia su propietario -ubi emolumentum ibi onus"-.

El que Epsa Internacional, S.A. se hubiese atendido en el desarrollo de los trabajos, cuya ejecución le fue encomendada por la también demandada Valdespartera U.T.E., al plan de seguridad exigido por ésta y a las instrucciones recibidas de la misma, no le exonera de su responsabilidad para con la actora por cuanto que tales medidas se revelaron inadecuadas de todo punto para evitar daños a terceros a consecuencia de dichos trabajos de movimientos de tierra.

## TERCERO

Impugnan dichas recurrentes, coincidiendo en cuanto a dicho motivo de su recurso con el que también articula en el suyo la codemandada Valdespartera U.T.E., la identificación y cuantificación que de los daños y perjuicios irrogados a Frencó S.A. realiza la sentencia de primer grado, por considerar tal pronunciamiento no ajustado al resultado que arroja la prueba practicada.

No es de acoger tampoco este motivo del recurso, ya que lo que se pretende con el mismo, una vez más, es sustituir el criterio objetivo e imparcial del juzgador de instancia en el desempeño de la facultad que a él sólo le corresponde de valorar la prueba practicada, e imponer la opinión subjetiva, parcial e interesada de la parte apelante en la valoración de aquella, pretensión que resulta improsperable, debiendo mantenerse el criterio del juzgador de instancia al no apreciarse que su valoración de la prueba resulte ilógica o contraria a norma legal al establecer con base en la misma las distintas partidas de daños y perjuicios irrogados a la actora por la inmisión de polvo y tierra en las distintas dependencias de su fábrica, así como la cuantificación de tales partidas.

#### CUARTO

Como último motivo del referido recurso se impugna la condena de la aseguradora Musini al pago de los intereses moratorios del artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro, por considerar las recurrentes que tal pronunciamiento no es acorde con dicho precepto y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, doctrina según la cual se dispensa a las compañías aseguradoras del abono de los intereses moratorios cuando existe controversia sobre la concurrencia misma de la responsabilidad de su asegurado.

No es de acoger tampoco este último motivo del recurso, ya que la relación existente entre la actividad industrial desarrollada por su asegurada, Epsa Internacional, S.A., y la inmisión de polvo y tierra en las dependencias de la fábrica de Frencó S.A. instalada en las cercanías del lugar en que se llevaban a cabo los trabajos de movimientos de tierra por parte de aquella, es un hecho que quedó claramente establecido sin duda alguna, siendo puesto en conocimiento de la asegurada de Musini al menos ya en Octubre de 2.003, con ocasión de la denuncia interpuesta por la actora ante la Policía Local de Zaragoza, denuncia de la que fue informado por los Agentes el responsable de dichas obras, sin que por parte de la referida aseguradora se hubiese procedido a efectuar al menos el pago del importe mínimo de lo que pudiera deber Epsa Internacional, S.A. por su actuación, y ello dentro del plazo establecido en el artículo 18 de la Ley de Contrato de Seguro, incurriendo por ello en mora, con la consecuencia que a ello anuda el apartado 4º del artículo 20 de la citada Ley.

Recurso de apelación de la codemandada UTE Valdespartera.

#### QUINTO

Impugna dicha recurrente, en primer lugar, el pronunciamiento de la sentencia de primer grado, por el que se le condena solidariamente junto con la subcontratista, Epsa Internacional, S.A., a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios irrogados a la misma por las inmisiones de polvo y tierra en dependencias de su fábrica, alegando, de un lado, que no ha quedado acreditado que tales inmisiones ocurrieran fuera de dos fechas puntuales -7 de Julio y 7 de Octubre de 2.003-; de otro, que se emplearon las medidas preventivas para evitar tales inmisiones y, por último, que la única responsable, en todo caso, de dichas inmisiones era sólo la subcontratista, Epsa Internacional, S.A., que ejecutó las obras de movimiento de tierras causantes de tales inmisiones, habiendo asumido contractualmente la obligación de cumplir con los requisitos medioambientales de ejecución relacionados, entre otros extremos, con las emisiones atmosféricas de polvo.

Es de rechazar este primer motivo del recurso, ya que las obras llevadas a cabo por Epsa Internacional, S.A., en cumplimiento del contrato celebrado con la U.T.E. Valdespartera, contratista de las obras de urbanización de dichos terrenos, que subcontrató con aquella la partida de obra consistentes en excavaciones y movimientos de tierras, obras cuyo desarrollo se extendió más allá de los dos momentos puntuales a que se contraen el acta notarial de 29 de Julio de 2.003 (documento nº 9 de la demanda) y acta de la Policía Local de Zaragoza, de fecha 7 de Octubre de 2.003 (documento nº 7 de la demanda), en que se constata la realidad de inmisiones de polvo y tierra en la fábrica de la actora procedentes de dichos trabajos de movimientos de tierra, lo fueron de conformidad con lo estipulado en el meritado contrato, sujetándose al plan de seguridad establecido, que nada preveía sobre inmisiones de polvo y tierra a terceros, por lo que la referida Unión Temporal de Empresas es corresponsable junto con dicha subcontratista por los daños y perjuicios derivados de la ejecución de tales obras llevadas a cabo en el ámbito de su actividad empresarial y en su propio beneficio (art. 1.908.2º del Código Civil), responsabilidad que deriva, en cualquier caso también, de la culpa in eligendo o in vigilando que a la misma le alcanza (art. 1.903 del Código Civil), responsabilidad frente a terceros que ya quedaba prevista incluso en el apartado 9.4 del contrato de ejecución de obra concertado con Epsa Internacional, S.A. (págs. 8 y 9 del mismo, folios 342 y 343 de los autos).

**SEXTO**

Constituye el segundo motivo de dicho recurso de apelación la determinación de las partidas de daños indemnizables y la cuantificación de los mismos que establece la sentencia de primer grado, pronunciamiento que impugna la ahora recurrente, y, en concreto, en lo atinente a las partidas correspondientes a costes adicionales por necesidad de limpieza por parte del personal de la empresa, colocación de burletes, trabajos de subsanación de oxidación de piezas incorrectamente almacenadas y limpieza y desatasco de bajantes pluviales, alegando falta de la debida acreditación de tales supuestos perjuicios.

Se rechaza tal motivo del recurso y ello por la misma razón ya expuesta en el tercero de los fundamentos de derecho de esta resolución, al que se remite la Sala en evitación de reiteraciones innecesarias.

**SÉPTIMO**

Impugna, por último, dicha codemandada el pronunciamiento de la sentencia de primer grado por el que se le condena al pago de las costas de la primera instancia, alegando su disconformidad a derecho dado que habiéndose acogido sólo en parte la reclamación indemnizatoria formulada de contrario no procedía tal condena, en recta aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.2 de la L.E.C.

Procede acoger este último motivo del recurso, ya que siendo parcial la estimación de la demanda rectora de este proceso, al reducirse el montante de la indemnización reclamada por la actora a la suma de 28.609,02 euros, y no apreciarse temeridad en la recurrente, resulta de aplicación el inciso primero del apartado nº 2 del citado artículo 394 de la L.E.C., que establece que en tal supuesto cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, como así tiene establecido la doctrina jurisprudencial, recogida entre otras, en las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 2.003 (RAJ 2.004, 99), 6 de Julio de 2.004 (RAJ 2.004, 5.267) y la nº 1.164/2.004, de 2 de Diciembre.

Recurso de apelación que formula la actora, Frengo, S.A.

**OCTAVO**

Dicha mercantil limita su recurso contra la sentencia de primer grado al pronunciamiento de la misma por el que se le condena al pago de las costas causadas a la aseguradora Banco Vitalicio de España, S.A., al resultar desestimada la acción contra ella deducida por existir en la póliza de seguro concertada con la U.T.E. Valdespartera una franquicia en cuantía superior al importe de la indemnización a abonar por su asegurada, pronunciamiento que impugna por considerarlo no acorde con la previsión normativa contenida en el artículo 394.1, inciso final, de la L.E.C.

No es acogible dicho recurso, toda vez que el alcance obligacional de la citada aseguradora en virtud del contenido de la póliza suscrita por ella con la U.T.E. Valdespartera no ofrece duda alguna de hecho o de derecho, ya que basta con la lectura de su clausulado, al que bien pudo acceder la actora con carácter previo a deducir su demanda contra Banco Vitalicio de España, S.A. interesando su exhibición mediante las oportunas diligencias preliminares, o, al menos, dirigiendo reclamación extrajudicial previa a dicha aseguradora para dar oportunidad a la misma para hacerle saber la cobertura de dicha póliza y así poder comprobar la realidad de la existencia de franquicia por importe de 30.000 euros.

**NOVENO**

Por aplicación de lo preceptuado en el artículo 398.1 de la L.E.C. procede imponer las costas de esta alzada a la parte actora, así como a las codemandadas Epsa Internacional, S.A. y Musini S.A de Seguros y Reaseguros, respecto de las causadas por sus respectivos recursos de apelación ante el decaimiento de los mismos, no habiendo lugar, por el contrario, a hacer especial pronunciamiento respecto de las derivadas del recurso formulado por la U.T.E. Valdespartera ante su estimación, siquiera parcial, y ello de conformidad con el artículo 398.2 de la L.E.C.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación,

**F A L L A M O S**

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la codemandada, Valdespartera Unión Temporal de Empresas, contra la sentencia de fecha 15 de Junio de 2.004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de los de esta Ciudad en los referidos autos de juicio ordinario núm.169/04, y desestimando al propio tiempo los recursos de igual clase formulados contra la misma por

la parte actora, Frengo, S.A., y por las codemandadas Epsa Internacional, S.A. y Musini Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, revocamos parcialmente dicha sentencia de primer grado en el sentido único de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a las costas que se contiene en el apartado número 2 de su fallo, declarando en su lugar no haber lugar a efectuar expresa imposición de las mismas, debiendo cada parte satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por iguales partes.

Respecto de las costas de esta alzada se imponen a la actora, Frengo, S.A., así como a las codemandadas, Epsa Internacional, S.A. y Musini S.A. de Seguros y Reaseguros, las causadas por sus respectivos recursos, no haciendo expresa imposición a ninguna de las partes de las derivadas del recurso formulado por Valdespartera, Unión Temporal de Empresas, debiendo satisfacer cada una las causadas a su instancia y las comunes por iguales partes entre todas ellas.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se unirá testimonio al rollo y proceso original, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

---

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.