

En la Villa de Madrid, a once de junio 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 y el recurso de casación interpuestos por la compañía mercantil demandante Marina Badalona S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros, contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2009 por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 336/08 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 488/06 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona, sobre reclamación de cantidad por descontaminación. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil demandada Ercros S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. Gustavo Gómez Molero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de mayo de 2006 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil Marina Badalona S.A. contra la compañía mercantil Ercros S.A. solicitando se dictara sentencia por la que se condenara a la demandada a pagar a la demandante la cantidad de veinticinco millones cuatrocientos cuarenta y cuatro mil quinientos treinta euros con diez céntimos (25.444.530'10€) más los intereses legales desde la interposición de la demanda y con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona, dando lugar a las actuaciones núm. 488/06 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación o, subsidiariamente, la apreciación de pluspetición y consiguiente reducción de la cantidad reclamada conforme resultara de la prueba a practicar, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 8 de enero de 2008 con el siguiente fallo: "Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Segura Zariquiey en nombre y representación de Marina Badalona S.A., debo condenar y condeno a Ercros S.A. a que abone a la actora la cantidad de seis millones ochocientos ochenta y tres mil setecientos ocho euros con tres céntimos (6.883.708'3 euros), con los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la demanda, abonando cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

CUARTO.- Interesada por ambas partes la aclaración y complemento de dicha sentencia, se dictó auto el 22 de enero de 2008 con la siguiente parte dispositiva: "Aclarar la Sentencia dictada en fecha 8 de enero de 2008 en este juicio, en el sentido de que en el último párrafo de la página 27 de la Sentencia la suma que deberá abonar la demandada según documento 101 de la demanda, será no la reflejada de 2.690.999,6 euros sino 2.702.945,67 euros, y por otra parte la suma inferior al valor de mercado que se refleja en el párrafo 1º de la página 4 de la Sentencia y en el párrafo 2º de la página 28 de la misma no asciende a la suma allí reflejada de 1.415.130,81 euros, sino a 1.415.125,81

euros; y asimismo los gastos de descontaminación que se reflejan en el Registro Mercantil y que se refieren en las páginas 6 y 28 in fine de la Sentencia ascienden a 3.432.981,14 euros y no a 3.433.104 euros, y el documento 26 de la demanda que en estos párrafos se menciona es en realidad el documento 26 de la contestación, y, además, en los costes por ejecución de los trabajos correspondientes a los documentos 88 a 95 de la demanda hay un error en el subtotal, que importará en realidad la suma de 17.158.598,18 euros, y no la de 17.158.595,2 euros, que se refleja en el párrafo 2º de la página 27 de la sentencia, y asimismo en la suma de los costes de canon por depósitos, según documentos 96 a 103 de la demanda, el subtotal por tal concepto debe ser de 4.523.366,56 euros, y no 2.511.420,4 euros que se reflejan en la página 27 in fine de la sentencia, y, por lo tanto, la suma correspondiente a todos esos subtotales, de elaboración de estudios y proyectos, ejecución de trabajos y canon de depósitos ascenderá a 21.749.373,23 euros y no a 19.737.424,1 euros que se recogen en el párrafo 1º de la página 28 de la sentencia, así como en el último párrafo del fundamento de derecho quinto de la misma, y restando a este importe las sumas de 1.415.125,81 euros, 8.005.481 euros y 3.432.981,14 euros, el importe de la cuantía a satisfacer a la actora será de 8.895.785,28 euros, y no los 6.883.708,3 euros que se recogen en el fundamento de derecho quinto in fine y fallo de la Sentencia, permaneciendo invariables los demás pronunciamientos dictados en la misma; y, póngase en ella una nota de referencia a éste, que se incluirá en el oportuno Libro de Legajos, dejando en las actuaciones certificación de esta resolución.”

QUINTO.- Interpuestos por ambas partes contra dicha sentencia sendos recursos de apelación, que se tramitaron con el núm. 336/08 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó sentencia el 31 de marzo de 2009 con el siguiente fallo: “Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Ercros S.A. y desestimando el recurso interpuesto por Marina Badalona S.A. contra la sentencia de 8 de enero de 2008 y auto de aclaración de 22 del propio mes del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de esta capital, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en consecuencia: Desestimamos la demanda interpuesta por Marina Badalona S.A. absolviendo a Ercros S.A. de las pretensiones contenidas en aquella con imposición de las costas del juicio en su primera instancia a la parte demandante; lo que se acuerda sin hacer especial imposición de las costas del recurso de la parte demandada y con imposición a la demandante de las costas del interpuesto por ella.”

SEXTO.- Anunciados por la parte demandante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal. El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en cinco motivos amparados en el art. 469.1-2 LEC: el primero por infracción de los arts. 218 (adpos. 1 y 2) LEC y 24 CE; el segundo por infracción del art. 222.4 LEC y 9 y 23 CE; el tercero por infracción de los arts. 218 (adpos 1 y 2), 281.3, 319 y 386 LEC y 24 CE; el cuarto por infracción de los arts. 218.1 LEC y 24 CE; y el quinto por infracción de los arts. 218 (apdos. 1 y 2) LEC y 24 CE. Y el recurso de casación se articulaba en otros cinco motivos: el primero y el segundo por infracción de los arts. 1210 y 1158

CC; el tercero por infracción de los arts. 33, 43 y 45 CE y 1902 CC; el cuarto por infracción del art. 1968 CC; y el quinto, dando por reproducidos los motivos primero y tercero del recurso de apelación interpuesto en su día por esta misma parte demandante.

SÉPTIMO.- Tras remitirse las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para ante la cual se habían tenido por preparados e interpuestos los recursos, dicha Sala dictó auto el 29 de octubre de 2009 acordando no considerarse competente para conocer de los recursos y remitir las actuaciones a esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

OCTAVO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento y tras dictaminar el Ministerio Fiscal que la competencia para conocer de los recursos correspondía a esta Sala, se dictó auto el 6 de julio de 2010 admitiendo los recursos, a continuación de lo cual la demandada-recurrida presentó escrito de oposición interesando la desestimación de los recursos con imposición de costas a la parte recurrente.

NOVENO.- Por providencia de 27 de febrero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante de los presentes recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, versa sobre la obligación de la demandada, Ercros S.A. (antes Cros S.A., en adelante Ercros), de pagar a la demandante, Marina Badalona S.A. (en adelante Marina Badalona), la cantidad de 25.444.530'10 euros, por daños y perjuicios derivados de la contaminación producida por la actividad industrial de Ercros en su propia finca, donde tuvo sus instalaciones hasta la segunda mitad de la década de 1980 y que en el momento de interponerse la demanda pertenecía a la demandante Marina Badalona.

Fundada la demanda tanto en el art. 1902 CC como en haber cumplido Marina Badalona la obligación de descontaminar los terrenos que incumbiría a Ercros, por lo que frente a esta se invocaban la subrogación, el reembolso, la repetición y el enriquecimiento injusto, haciéndose especial hincapié en una sentencia firme de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante TSJ) de 28 de abril de 2004 que en opinión de la demandante había impuesto a Ercros esa obligación de descontaminación, la sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda y auto de aclaración mediante, condenó a Ercros a pagar a Marina Badalona la cantidad de 8.805.785'29 euros.

Fundamentos del fallo fueron en esencia, además de los referidos a justificar el importe de las distintas partidas cuya suma arrojaba ese resultado total, los siguientes:

1) La demandada “explotaba desde el primer tercio del siglo XIX una fábrica sita en un terreno de su propiedad ubicado en la fachada marítima de Badalona, y destinada a la fabricación de productos básicos destinados a la industria química y farmacéutica tales como ácido sulfúrico, ácido nítrico, fosfatos, cloruros, pesticidas..., es decir, de productos químicos y abonos en general, fábrica está en la que se desarrolló la actividad industrial y fabril que le era propia hasta el año 1987, estando la finca inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Badalona con el núm. ...585 (actual núm. ...926), siendo su actividad la de gran industria”;

2) Aprobado el texto definitivo del Plan Especial de la Fachada Marítima de Badalona el 7 de mayo de 1987, indicándose que los terrenos en cuestión eran industria cerrada o con poca actividad, al tiempo que la ubicación del futuro puerto de Badalona se contemplaba no allí sino más al norte y aquellos terrenos se calificaban para pequeña y mediana industria, en su mayor parte, y uso residencial en una pequeña zona, se iniciaron conversaciones entre la demandada, de una parte, y la Corporación Metropolitana de Barcelona y el Ayuntamiento de Badalona, de otra, “a fin de conseguir una transmisión que garantizara ese objetivo de transformación de la fachada marítima sin graves costes ni repercusiones para ninguna de las partes implicadas”;

3) Con este objetivo el 14 de mayo de 1987 se otorgó escritura pública por la que la demandada vendía a la Corporación Metropolitana de Barcelona (luego Consell Comarcal del Barcelonés) una porción de terreno de 71.195'12 m² ubicada en primera línea de mar, pasando a ser la finca registral núm. ...649, segregada de la originaria núm. ...585 (actual núm. ...926);

4) El precio de la compraventa fue de 650 millones de ptas., corriendo por cuenta de la demandada las obras de derribo de las edificaciones y obligándose a cesar gradualmente en su actividad hasta el cese total y definitivo el 31 de julio de 1987;

5) En ese momento el precio de mercado de los terrenos objeto de compraventa era muy superior, 885.457.123 ptas., por lo que había una diferencia de 1.415.125'81 euros;

6) Esta diferencia solo podía deberse “al estado contaminante en el que estuviera el terreno adquirido y su saneamiento futuro de cara al posterior uso a que se destinara el mismo, obligándose la Corporación Metropolitana de Barcelona y el Ayuntamiento de Badalona a la aprobación de un plan especial de reforma interior que necesariamente debía contener la calificación como zona industrial de los terrenos que habían sido de la demandada”;

7) En cuanto al resto de los terrenos de la demandada, esta se los vendió mediante escritura pública de 26 de junio de 1989 a la compañía mercantil Prima Inmobiliaria S.A., esta se los vendió mediante escritura pública de 9 de

mayo de 1990 a la compañía mercantil Inmobiliaria Industrial y Urbana S.A. y esta, a su vez, se los transmitió en 1994 al ICO (Instituto de Crédito Oficial) en pago de deudas;

8) En 1991 el Ayuntamiento de Badalona decidió la ubicación del futuro puerto en los antiguos terrenos de la demandada, pese a ser conocida la degradación de la zona por los estudios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes iniciados en 1990, de modo que los planes para la construcción del puerto se llevaron a cabo “a sabiendas de que el terreno estaba contaminado” y dividiendo la zona en dos polígonos, uno destinado a suelo residencial y el otro a sistema portuario, cuyo aprovechamiento lucrativo revertiría a la empresa concesionaria;

9) Aprobado el anteproyecto del puerto deportivo de Badalona por el Ayuntamiento en abril de 1995, este subrogó a la demandante Marina Badalona en todos los derechos y obligaciones derivados de la situación de promotor petionario de la concesión para la construcción y explotación del puerto;

10) La demandante Marina Badalona “es una sociedad participada al 50% por el Consell Comarcal Barcelonés y el Ayuntamiento de Badalona”;

11) “Por acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya se aprobó definitivamente el proyecto de construcción del Puerto Deportivo de Badalona y se otorgó a Marina Badalona la concesión para la construcción y explotación del puerto, con asunción entre otras obligaciones de las de descontaminar los terrenos que iban a ser ocupados por el citado puerto”;

12) La finca registral núm. ...649, es decir los terrenos vendidos en 1987 por la demandada a la Corporación Metropolitana de Barcelona, luego Consell Comarcal del Barcelonés, fue aportada a la demandante Marina Badalona, como aportación no dineraria, con ocasión de tres sucesivas ampliaciones de capital en 2001, 2002 y 2003;

13) Para dar cumplimiento a la LSA de 1989 se valoraron los terrenos por un experto independiente restando 571.200.000 ptas. (3.432.981'14 euros) como gastos por descontaminación, por lo que al incorporar Marina Badalona, la finca a su patrimonio “ya descontó el citado importe por posibles gastos asociados a la contaminación del suelo”;

14) En cuanto al resto de los terrenos, es decir los adquiridos en su día por el ICO e incluidos en el polígono destinado a sistema portuario, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona incoó expediente de expropiación el 28 de febrero de 2002 designando como beneficiaria a Marina Badalona, pero finalmente se llegó a un acuerdo y mediante escritura pública de 19 de diciembre de 2002 el ICO se los vendió a Marina Badalona haciéndose constar “que la finca había sido antes propiedad de Cros, y había ubicada una fábrica de fertilizantes inorgánicos, por lo cual existía un remanente de contaminación del suelo que requería de un tratamiento de descontaminación, ya que dichos terrenos iban a verse afectados por las obras de construcción del futuro Puerto

Deportivo de Badalona”, de modo que, estimándose el coste de la descontaminación en 8.005.481 euros, el ICO autorizó la venta a Marina Badalona por 11.419.229'98 euros;

15) Los terrenos de la demandada estaban altamente contaminados, con claro riesgo para la salud de las personas por elevados contenidos de plomo y arsénico, si bien después de cesar la demandada en su actividad se habían producido nuevos problemas “al haberse utilizado el lugar en alguna época en régimen de concesión como zona de extracción de arenas y vertido incontrolado de residuos de diferentes procedencias”, detectándose amplias zonas con residuos ajenos a la actividad de la demandada e incluso manchas debidas “a actuaciones desaprensivas que habían llegado a usar el solar como un vertedero”;

16) Por su parte Marina Badalona requirió a Ercros en 2004 para que participara en los trabajos de descontaminación de la zona, cuyo coste se cifraba entonces en 15 millones de euros, y otra vez en 2006, una vez finalizados ya los trabajos cuyo coste estaría próximo a los 30 millones de euros, para llegar a algún tipo de solución;

17) La sentencia del TSJ de 28 de abril de 2004, que desestimó un recurso contencioso-administrativo de Ercros contra una resolución de 1997 de la Junta de Residuos, debía desplegar eficacia positiva de cosa juzgada en el presente litigio civil, pues dicha resolución judicial constató la realidad de la contaminación y declaró la obligación de Ercros de descontaminar con base en el art. 15 de la Ley Catalana 6/1993 de 15 de julio;

18) Aunque se prescindiera de la sentencia del TSJ, la normativa vigente al tiempo de las transmisiones de los terrenos también imponía a la demandada la obligación de descontaminarlos, en concreto la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos, y la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos;

19) También conforme al art. 1902 CC sería exigible a Ercros el pago de una indemnización, dado el principio “quien contamina paga”, que tiene una doble vertiente, pública y privada, y dado lo resuelto en un caso similar por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia en sentencia de 30 de octubre de 2002;

20) La acción para exigir esta responsabilidad civil extracontractual no había prescrito porque la contaminación había ido agravándose a lo largo del tiempo.

SEGUNDO.- Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por ambas partes litigantes, el tribunal de segunda instancia, estimando el recurso de Ercros y desestimando el de Marina Badalona, revocó la sentencia apelada y, en su lugar, desestimó totalmente la demanda.

Fundamentos de su fallo son, en esencia, los siguientes:

- 1) Se aceptaban los hechos de la sentencia de primera instancia relativos a que el estado de la finca no debió ser ajeno al establecimiento de un precio notoriamente inferior al de mercado en la compraventa de 1987 y a que la compradora, Corporación Metropolitana de Barcelona, no desconocía la situación medioambiental de la finca;
- 2) El coste de la descontaminación de un suelo contaminado debe ponerse en relación con el uso urbanístico de ese suelo;
- 3) Cuando la demandada cesó en su actividad industrial, el suelo estaba calificado como industrial para pequeña y mediana empresa en el plan urbanístico que la obligó a cesar en su actividad;
- 4) No era razonable que los costes de descontaminación cifrados en 85 millones de ptas. en 1995 y en algo menos de 500 millones de ptas. en 1998, subieran hasta más de 25 millones de euros en virtud de decisiones en las que participó la demandante;
- 5) Desde este punto de vista, el art. 15 de la Ley Catalana de residuos de 2003, en la redacción dada en 2008, ha establecido un criterio de equidad y proporcionalidad a tener en cuenta, por más que no sea aplicable al caso por razones temporales, pues solo obliga a los causantes de la contaminación a sanear un emplazamiento en función del uso urbanístico que tenía cuando lo transmitió, no del que pretenda darle el adquirente;
- 6) El emplazamiento del puerto deportivo-pesquero en los antiguos terrenos de Ercros no se decidió hasta 1993, “y al mismo tiempo se cambia el uso del suelo que pasa a ser residencial, en lugar de destinado a pequeña y mediana empresa”;
- 7) Esto suponía, lógicamente, unas necesidades de descontaminación muy superiores;
- 8) Además, “el puerto deportivo-pesquero no se proyectó defendiendo del mar exterior una lámina de agua costera, sino que se optó por proyectarlo y ejecutarlo a modo de marina, es decir, introduciendo el mar en lo que antes era tierra firme”;
- 9) “El coste de la formidable extracción de tierras que ello comportó, al estar estas en parte contaminadas, complicó en gran manera la gestión de los residuos contaminantes, elevando el coste final a cifras de escasa relación racional con lo que se supone debiera haber sido el propio de descontaminación de la finca de uso industrial”;
- 10) El buen resultado final de la remodelación de la fachada marítima de Badalona no autoriza a trasladar a la demandada “las consecuencias de decisiones unilaterales a las que no es ajena la demandante”;

11) Por otra parte, esta “ya parece haber descontado el importe de la descontaminación por vía contractual, lo que explica que asumiera estas obligaciones expresamente en la obtención de la concesión portuaria (f. 5754)”;

12) Igualmente, “sin reserva alguna y de forma absolutamente transparente” en razón del art. 27.4 de la Ley de Residuos de 1998 entonces vigente, “se dejó constancia de la necesidad de descontaminación y su valoración al fijar el precio del resto de la finca originaria (la registral núm. ...926) cuando la demandante la adquirió del ICO en escritura de 19 de diciembre de 2002 y de la misma manera que se descontó semejante previsión del coste de descontaminación en la valoración atribuida a la cesión de derechos del Consell Comarcal del Barcelonés, según se desprende de lo manifestado por su representación a la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en escrito de 14 de noviembre de 2003 (f. 5787) formando parte el Consell de Marina Badalona como titular del 50% de su capital social;

13) La reclamación fundada en el art. 1902 CC producía “una sensación de perplejidad” porque los daños se habrían causado en una finca propia de la demandada cuando ejercía una actividad industrial que cesó en 1987;

14) Descartada cualquier obligación contractual de Ercros para con Marina Badalona, ya que esta no compró directamente los terrenos a aquella ni funda su demanda en acciones derivadas del contrato de compraventa, tampoco cabía la responsabilidad extracontractual por faltar el elemento de la “alteridad”, como consideró la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 rectificando el criterio de la de 29 de octubre del mismo año que había confirmado la de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de octubre de 2002 invocada en su favor por la demandante;

15) La Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental, aun no siendo aplicable, sí pone en evidencia, sobre todo en su art. 5, “la improcedencia de la hipertrofia e hiper-objetivación que se pretende del art. 1902 del Código Civil que, no solo violenta cualquier interpretación razonable del mismo, sino que llegaría a hacer innecesarias Directivas o Leyes nacionales sobre cualquier materia concreta, incluida toda la normativa contractual del propio código”;

16) En último extremo, la acción para exigir responsabilidad civil extracontractual habría prescrito conforme al art. 1968 CC, pues el caso no sería de daños continuados sino permanentes y, además, conocidos desde muchos años antes de la interposición de la demanda, de modo que nada habría impedido, si la demandada hubiera sido titular de un derecho subjetivo como adquirente de los terrenos, reclamar en su momento por los daños, “al margen de una responsabilidad por saneamiento que parece haber sido asumida y resuelta convencionalmente en su momento”;

17) Por lo que se refiere a la acción de reembolso o repetición fundada en la ley, la Ley de Residuos de 1975 se refería exclusivamente a los residuos urbanos, no a los tóxicos y peligrosos producidos por actividades industriales, y la Ley de 1986 sobre residuos tóxicos y peligrosos, de carácter claramente

administrativo sancionador, no podía aplicarse exclusivamente en contra de Ercros porque a partir de 1987-89 había dejado de poseer su antigua finca y, además, de la prueba practicada resultaba que una parte de los residuos tóxicos y peligrosos había sido traída por desconocidos “al tolerarse por los adquirentes la utilización del solar como vertedero incontrolado”;

18) La obligación de regenerar “no es un derecho subjetivo ‘popular’ de consecuencias indemnizatorias favorables para quien demanda, sino que se configura en la ley como una obligación de hacer que la administración competente no llegó a definir e imponer en el presente caso”;

19) La obligación legal de pago o recuperación del coste de regeneración de un inmueble está prevista legalmente a favor de la Administración competente que lo realice por cuenta del infractor, y en este caso el infractor nunca llegó a estar definido “porque la Administración competente no llegó a ordenar la regeneración del solar a la demandante ni lo acabó haciendo por cuenta suya”;

20) Lo pretendido por Marina Badalona implica, en el fondo, “que ella habría hecho la regeneración del solar por cuenta de la Administración quien a su vez debería haber efectuado estos trabajos por cuenta de la demandada a través de un expediente que sólo se inició”;

21) Por tanto, “implícitamente habría que entender que la Administración hubiera impuesto una regeneración del solar equivalente a la que la demandante ha llevado a cabo, en lugar de algo mínimamente aproximado al contenido y valoración de los informes que Inypsa y Europrincipia hicieron en los años noventa”;

22) La Ley 10/1998, estatal sobre residuos, tiene como punto de partida una declaración administrativa de suelo contaminado que en el presente caso nunca llegó a producirse;

23) “(d)e lo actuado se desprende más bien que la demandante no hizo propiamente una regeneración de la finca por sustitución de una obligación concreta y exigible a la demandada impuesta por la Administración en interés general, sino que lo que hizo fue urbanizar la zona en propio interés y, ciertamente, ello implicó la descontaminación de la finca”;

24) Esta descontaminación se realizó “en razón de los propios compromisos asumidos ante las instituciones que le vendieron o aportaron el inmueble y ante la Administración para la obtención de la concesión del puerto”;

25) Por tanto, “incluso dejando aparte la cuestión de la cuantificación de las plusvalías y ayudas públicas, tampoco existe propiamente el enriquecimiento injusto a que se hace mención en la demanda”;

26) En cuanto a la cosa juzgada por la STSJ 28-4-04 alegada por Marina Badalona, su parte dispositiva no podía producirla, dado que versaba “sobre una cuestión estrictamente procesal”, cual era la admisibilidad o no del recurso ordinario administrativo interpuesto por Ercros contra un requerimiento de la

Junta de Residuos de 1997; 27) en cuanto a los fundamentos de derecho de esa misma resolución, que ciertamente consideraba aplicable el art. 15 de la Ley Catalana de Residuos de 1993 a dicho requerimiento, dado que la contaminación se había mantenido a lo largo del tiempo, “cualesquiera que fuesen los acuerdos privados o incluso de carácter o alcance urbanístico que pudieran haberse alcanzado al momento de la venta de los terrenos”, sin embargo no generaban tampoco cosa juzgada por no ser los mismos los litigantes, tratarse de un argumento de refuerzo y versar sobre una petición administrativa de actuaciones (presentación de un plan de trabajo) que constituía un primer paso para la declaración administrativa de suelo contaminado, a lo que se unía que la propia sentencia no se pronunciaba sobre los acuerdos privados o urbanísticos concurrentes en los hechos, pues solo abordaba la cuestión desde el punto de vista de la eficacia administrativa y lo que se discutía en el presente litigio era “si la demandante puede repetir o reembolsarse de la demandada las cantidades que reclama”.

TERCERO.- Contra la sentencia de segunda instancia la demandante Marina Badalona preparó e interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que sin embargo dictó auto declarando su falta de competencia para conocer de los recursos por fundarse el de casación en infracción de normas del Código Civil y de la Constitución y, en consecuencia, considerando competente a esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en cinco motivos amparados en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC. Los motivos primero y segundo impugnan la sentencia recurrida por no haber apreciado cosa juzgada, en su efecto positivo, derivada de la referida STSJ 28-4-04, cuestión que en el motivo primero se presenta como incongruencia y falta de motivación de la sentencia impugnada. El motivo tercero impugna materialmente la sentencia de apelación, hasta donde su desarrollo argumental permite comprender, por no haber ni una sola prueba de que el suelo que Ercros transmitió fuera industrial y por haber considerado la sentencia que el incremento de los costes de su descontaminación tuviera su origen en un cambio de planeamiento, constando en autos para la recurrente, según “una valoración conjunta de la prueba practicada”, una explicación racional al incremento del coste por “la diferencia existente entre el alcance de la contaminación que se esperaba haber hallado, y la que efectivamente se halló”.

El motivo cuarto impugna la sentencia recurrida por haber considerado, siempre según la parte recurrente, que la mera constatación de unos vertidos posteriores a la transmisión de la finca por la demandada “elimina por completo toda responsabilidad de Ercros sin mayor consideración”. Y el motivo quinto y último impugna la sentencia, en cuanto a su consideración de que la acción de responsabilidad extracontractual habría prescrito, por no haber tenido en cuenta que el daño continuaba agravándose y propagándose después de cesar la demandada en su actividad industrial y que no fue posible conocer su alcance definitivo hasta que la recurrente acometió la descontaminación de la zona.

El recurso de casación, por su parte, se articula en otros cinco motivos, si bien el quinto y último no es en verdad un motivo de casación porque se limita a proponer la elevación del importe de la condena acordado en primera instancia para el caso de que esta Sala, por estimar alguno de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal o alguno de los precedentes de casación, asumiera la instancia. El motivo primero, fundado en infracción de los arts. 1210 y 1158 CC, tiene como punto de partida el efecto positivo de cosa juzgada de la STSJ 28-4-04, cuya consecuencia sería que la obligación de descontaminar incumbía a Ercros, como contaminadora y no como propietaria, y por tanto, al haber sido Marina Badalona la que efectivamente llevó a cabo la descontaminación, podría reclamar el pago de su coste a Ercros. El motivo segundo, subsidiario del anterior y fundado en infracción de las mismas normas, considera que, aun prescindiendo de la cosa juzgada, la obligación de Ercros de descontaminar le venía impuesta por diversas leyes administrativas al margen de su condición de propietaria. El motivo tercero se funda en infracción de los arts. 33, 43 y 45 de la Constitución y 1902 CC porque, frente a lo razonado por la sentencia impugnada, sí se daba el requisito de la "alteridad", ya que la contaminación causada por la demandada afectaba a "todos", aunque el daño quedara concretado "en un directo perjuicio patrimonial de Marina Badalona". Y el motivo cuarto, último verdadero motivo de casación, se funda en infracción del art. 1968 CC en virtud de lo alegado en el motivo quinto por infracción procesal, es decir, por la consideración de los daños como continuados, cuyo alcance no habría podido conocerse hasta que la hoy recurrente llevó a cabo la descontaminación de la zona.

CUARTO.- La anterior exposición conjunta de los motivos de ambos recursos obedece a que, pese al extraordinario volumen de las actuaciones y la considerable extensión de las sentencias de ambas instancias y del propio escrito de interposición de los recursos, el problema jurídico del litigio es uno solo y de planteamiento relativamente sencillo. Se trata de decidir si una sociedad mercantil constituida por entes públicos para la regeneración y consiguiente explotación de un puerto deportivo-pesquero y su zona residencial contigua puede repercutir retrospectivamente los costes de la descontaminación a la sociedad mercantil que en tiempos contaminó la zona, y ello pese a haber tenido que cesar está en su actividad industrial y haber vendido en su día los terrenos a bajo precio debido precisamente a su contaminación, conocida por todas las entidades que sucesivamente fueron adquiriendo derechos sobre dichos terrenos. Y esta decisión se somete por la actora-recurrente a la jurisdicción civil con base en el Código Civil pero invocando el principio "quien contamina paga", presente en diversas normas administrativas de protección medioambiental que se consideran aplicables al caso.

Pues bien, para evitar reiteraciones que serían inevitables en un examen pormenorizado de los motivos, cabe adelantar desde ahora mismo que esa repercusión retrospectiva no tiene amparo legal ni en los arts. 33, 43 y 45 de la Constitución ni en el art. 1902 CC ni en los arts. 1210 y 1158 del mismo Cuerpo legal, ya que el principio "quien contamina paga", por una parte, no deja de ser una manifestación concreta en materia medioambiental del principio de que cada uno debe responder de sus propios actos, y, por otra, ha de ser

conciliado, cuando los terrenos contaminados hayan sido objeto de sucesivos contratos privados, con el principio de que los contratos deben ser cumplidos (art. 1258 CC).

Esta Sala se ha pronunciado sobre dos casos de gran similitud con el presente, ya que en ambos la demandada era también Ercros y esta había vendido los terrenos contaminados en los que había desarrollado su actividad industrial.

En la sentencia de 29 de octubre de 2008 (rec. 942/03), sobre un recurso de Ercros contra la sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de octubre de 2003 que la había condenado a indemnizar a Inmobiliaria Colonial S.A., adquirente en subasta pública de los terrenos vendidos por Ercros, como en el presente caso, a la compañía mercantil Prima Inmobiliaria S.A., esta Sala resolvió, en líneas generales, de acuerdo con la tesis de la hoy actora-recurrente, es decir responsabilidad extracontractual de Ercros e improcedencia de apreciar prescripción de la acción por considerar que los daños eran continuados.

Sin embargo en la sentencia de 22 de diciembre del mismo año 2008 (rec. 3992/01), sobre un recurso igualmente de Ercros contra la sentencia que la había condenado a retirar los residuos enterrados en un solar que había sido de su propiedad, estimando así la demanda de Resinar S.L., última propietaria después de una cadena de transmisiones, casó la sentencia impugnada y desestimó la demanda.

Elemento básico de esta sentencia de diciembre de 2008 es la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual como fundamento para la responsabilidad por daños en la cosa vendida, “pues cuando los daños por los que reclama el comprador afectan a la cosa vendida, la reclamación sólo es admisible, en el marco de la responsabilidad contractual, cuando lo permite la reglamentación del contrato de compraventa, pero no puede ampliarse arbitrariamente el alcance de la responsabilidad nacida del contrato apelando a la existencia de daños de naturaleza extracontractual, salvo cuando su alcance resulte ajeno a la órbita del contrato.”

“Cuando se trata de daños originados en la cosa vendida”, sigue razonando la sentencia, “el daño sufrido por el comprador resulta, en principio, del deficiente cumplimiento o del incumplimiento del contrato de compraventa; la relación de responsabilidad que resulta del cumplimiento o deficiente incumplimiento tiene el mismo alcance subjetivo que el que media, dentro de la órbita contractual, entre el que causa el daño (vendedor) y el que lo recibe (comprador); el ordenamiento jurídico prevé consecuencias específicas para los casos de defectos en la cosa vendida; y, finalmente, los bienes afectados son de carácter patrimonial, en tanto no se demuestre la afectación de bienes o derechos de mayor trascendencia. En suma, los daños originados en la cosa vendida que suponen un menoscabo de su valor o una imposibilidad de dedicarla al uso al que está destinada deben ser reclamados mediante el ejercicio de las acciones contractuales que correspondan, entre las cuales figuran las acciones para pedir el saneamiento de la cosa por vicios o defectos ocultos (acción redhibitoria y quanti minoris (de disminución del precio 'en cuanto menos')) o la acción resolutoria dimanante del incumplimiento del

contrato cuando la cosa entregada es sustancialmente distinta de aquélla que se pactó como objeto de la compraventa o inhábil para el uso a que se destina (una cosa por otra, o aliud pro alio).

Esta reclamación debe ir dirigida contra el vendedor mediante, si procede, la subrogación que a tenor del artículo 1511 CC se opera en favor del comprador respecto de las acciones que corresponden al primero contra los transmisores anteriores. El hecho de que el comprador no sea el primer adquirente no lo autoriza por sí mismo para el ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual contra los anteriores propietarios por los daños que haya sufrido la cosa vendida. Por ello no es aceptable el argumento de que Gesinar, S.L. no fue parte en el contrato de compraventa de 22 de junio de 1989, suscrito por Unión Explosivos Río Tinto, S.A., y Prima Inmobiliaria, S.A., pues, si fuera cierto que Gesinar, S.L. no puede exigir responsabilidad a los anteriores transmisores de la cosa directamente o por medio de subrogación, esta circunstancia sería hipotéticamente la consecuencia de que en el contrato de compraventa celebrado el objeto pactado correspondía sustancialmente en cuanto a su naturaleza y destino al solar entregado en las condiciones en que lo fue, o de que habían transcurrido los plazos establecidos para la prescripción o la caducidad de la acción respectiva.”

Sobre la posible incidencia de normas administrativas medioambientales y la circunstancia de que los daños se extendieran más allá de la finca vendida, afectando a otras colindantes e incluso a bienes colectivos, la sentencia declara lo siguiente: “El vertido continuado en la finca de propiedad de la recurrente de sustancias gravemente tóxicas y peligrosas puede no afectar únicamente al solar que se utiliza ilícitamente como vertedero, pues los daños causados pueden revestir un alcance superior a la existencia y subsistencia del inmueble que constituye el sustento de los expresados vertidos. No puede rechazarse de manera absoluta que puedan resultar afectados no solamente aquellas terceras personas que por razón de la titularidad de fincas próximas al lugar del vertido o por hallarse físicamente en situación de ser contaminados por ellos puedan sufrir perjuicios, sino también los sucesivos propietarios que se encuentren en la misma situación. Pero la consideración como terceros perjudicados de estos sucesivos titulares exige demostrar que han sido víctima de daños distintos de los consistentes en perjuicios económicos dimanantes de los defectos sufridos por la cosa vendida, pues, en caso de no ser así, sólo las acciones relacionadas con el incumplimiento del contrato o con el saneamiento de la cosa vendida pueden ser utilizadas para el resarcimiento, en el marco de las acciones contractuales.

Las normas administrativas que prohíben la realización de actividades de vertido gravemente perjudiciales para la comunidad imponen a las Administraciones públicas la obligación de impedir y de sancionar esas conductas, en el caso de que se produzcan, y de exigir las consiguientes responsabilidades por los daños causados a los intereses públicos, generales o colectivos; pero el instituto de la responsabilidad civil extracontractual no puede ser utilizado para transformar la obligación de indemnizar a la comunidad por daños originados en general a los bienes colectivos en una obligación de reparación concebida particularmente en beneficio del comprador de un

inmueble que pudo haber tenido en cuenta, al pactar las condiciones de la compraventa, el deficiente estado del solar y en ese caso resultaría después beneficiado de manera injusta por la reparación de unos daños cuyo sujeto pasivo es la comunidad.

La nueva Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, en el art. 5.1, acepta estos principios para la delimitación entre los daños medioambientales y los daños de naturaleza civil producidos por los mismos hechos que causan aquellos, estableciendo que “(e)sta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación.”

La trascendencia del daño desde el punto de vista de los intereses de la comunidad sólo puede, en suma, ser tenida en cuenta desde el punto de vista del deber de los poderes públicos de evitarlo y exigir su reparación, más allá del alcance de los derechos que permiten al afectado el uso o disfrute del inmueble concreto, los cuales solamente pueden ser ejercitados en el marco de la responsabilidad contractual.

III. En el caso examinado, el solar sobre el que se produjeron los vertidos llevados a cabo por la demandada, como propietaria de la que trae causa la última transmisión, es el mismo sobre el que funda su reclamación la demandante como última adquirente en virtud de un contrato de compraventa. No habiéndose declarado probado por la sentencia recurrida que concurren daños distintos de aquellos que comportan los vertidos ilegales, que pueden afectar a la funcionalidad y valor de la cosa vendida, no se cumple el requisito de la alteridad que exige el artículo 1902 CC como característico de la responsabilidad extracontractual, según reiterada jurisprudencia que cita la parte recurrente, pues el daño se ha producido sobre cosa propia del vendedor contra el que se reclama, y resulta forzoso apreciar, por ende, la infracción que se imputa a la sentencia recurrida.”

Pues bien, entre los dos referidos criterios opuestos de decisión, esta Sala considera que debe reiterar el de la sentencia de 22 de diciembre de 2008 por corresponderse con el dato de que la conocida contaminación de los terrenos ocupados por la demandada desde el primer tercio del siglo XIX y en los que desarrolló una actividad industrial de fabricación de productos químicos, hasta verse obligada a cesar en la misma por decisión de la Administración, se computó no solo en el precio por el que en 1987 vendió la mayor parte de los terrenos a la Corporación Metropolitana de Barcelona sino también en la aportación que esta, ya como Consell Comarcal del Barcelonés, hizo a la demandante Marina Badalona, del mismo modo que asimismo se computó en la venta del resto de los terrenos que el ICO hizo en 2002 a la propia Marina Badalona.

Así las cosas, no cabe indemnización alguna con base en el art. 1902 CC, por las razones expresadas en la sentencia de 22 de diciembre de 2008, cuyo criterio de decisión se reitera aquí plenamente, ni en su caso cabría considerar no prescrita la acción, pues no solo la calificación de los daños como permanentes y no continuados por la sentencia impugnada se ajusta por completo a lo resuelto por esta Sala en su sentencia de 28 de octubre de 2009 (rec. 170/05), sobre contaminación de un acuífero, sino que además los hechos probados demuestran tanto la notoriedad de la contaminación como la probabilidad más que alta, conocida por todos los interesados e igualmente notoria a la vista de los productos que fabricaba la demandada, de que se extendiera más allá de lo que podía manifestarse en superficie.

En consecuencia procede desestimar, sin necesidad de mayores consideraciones, el motivo quinto por infracción procesal y los motivos tercero y cuarto de casación, todos ellos orientados, desde una u otra perspectiva, a que se declare la responsabilidad civil extracontractual de Ercros y no prescrita la acción, debiendo no obstante puntualizarse que lo denunciado como infracción procesal es formalmente la incongruencia y falta de motivación de la sentencia recurrida, con vulneración de los arts. 218 LEC y 24 de la Constitución, pero lo materialmente planteado no tiene nada que ver con la incongruencia ni con la falta de motivación, pues consiste en la disconformidad de la recurrente con la calificación del daño como permanente y no como continuado, alegando dicha parte que por los fenómenos atmosféricos los residuos y sus elementos contaminantes se extendían por el subsuelo y hasta el acuífero, algo que tanto al transmitirse los terrenos por Ercros como al decidirse dedicar la zona a puerto y uso residencial tenía que resultar más que sabido dado el tipo de industria a que se había dedicado la demandada.

QUINTO.- Tampoco pueden ser estimados los recursos desde su otra perspectiva, la de las acciones de subrogación, repetición o reembolso fundadas en que la demandante Marina Badalona cumplió frente la Administración una obligación que incumbía a Ercros.

Aparte de ser el presente caso una clara manifestación de huida del Derecho administrativo mediante la constitución de una compañía mercantil por entidades públicas para invocar, según convenga, el Derecho privado o el Derecho público, fenómeno sobre el que esta Sala ha llamado la atención en sentencias como la de 10 de junio de 2011 (rec. 1026/08), lo cierto es que ni la STSJ 28-4-04 produjo efecto positivo de cosa juzgada en el presente litigio civil ni los gastos de descontaminación soportados por Marina Badalona para destinar la zona contaminada al uso decidido por la Administración y cuyos beneficios iban a aprovechar a la propia Marina Badalona pueden considerarse una obligación civil de Ercros íntegramente cumplida por Marina Badalona, porque desde la perspectiva del Derecho privado esos gastos ya se computaron tanto en el precio de la venta de los terrenos como en la aportación de estos por la Corporación Metropolitana de Barcelona a la propia Marina Badalona. Bien puede considerarse, por tanto, que el principio "quien contamina paga", en el que tanto hincapié hace la parte recurrente invocando todas las normas administrativas que sucesivamente lo han ido incorporando, se cumplió en el presente caso, pues Ercros no solo se vio obligada a cesar en

su actividad de gran industria sino que además recibió por sus terrenos un precio muy inferior al de mercado.

En cuanto a la polémica entre ambas partes litigantes sobre el efecto de la STSJ 28-4-04 en este litigio, tiene razón la demandada-recurrida cuando se centra en que el objeto del recurso contencioso-administrativo era únicamente la inadmisión a trámite del recurso ordinario administrativo contra los requerimientos de la Administración, pero también la tiene la parte actora-recurrente cuando se centra en que dicha sentencia sí llegó a pronunciarse sobre la legalidad de los requerimientos. Sin embargo la polémica resulta en sí misma estéril porque lo decisivo es, como destaca la sentencia aquí impugnada, que el TSJ no se pronunció sobre los acuerdos privados o de alcance urbanístico que acompañaron a la transmisión de los terrenos (“... cualquiera que fuesen los acuerdos, privados o incluso de carácter o alcance urbanístico, que pudieran haberse alcanzado al momento de la venta de los terrenos”, apdo. b. del FJ 5º; “resultan, a los efectos que nos ocupan, absolutamente intrascendentes los mecanismos o subvenciones que puedan haberse previsto en el Plan Nacional de recuperación de suelos contaminados o de residuos peligrosos, las tesis más o menos acertadas que pudieran haberse acogido en un Libro Verde o los acuerdos que pudieran haberse alcanzado en cualesquiera convenios públicos o privados sobre el particular”, apdo. c. también del FJ 5º, todo ello tras admitir el tribunal que la contaminación “sí pudiera considerarse como crónica e histórica”), siendo así que en un litigio civil, por las razones expuestas en la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2008, lo decisivo serían precisamente esos acuerdos privados.

En suma, lo único sobre lo que el TSJ se pronunció más allá de si era o no admisible el recurso administrativo ordinario fue la legalidad, conforme al art. 15. c) de la Ley catalana de Residuos de 1993, del acuerdo de la Junta de Residuos de 28 de noviembre de 1997 reiterando un requerimiento del anterior 3 de junio a Ercros para que presentara un plan de trabajo “especificando el derribo de los edificios subsistentes, la retirada de los residuos y terrenos por ellos afectados y un estudio detallado sobre el alcance de su posible contaminación, al objeto de elaborar posteriormente una propuesta de programa de trabajo con la finalidad de tomar las medidas correctoras más idóneas para el restablecimiento de los usos en los terrenos” (párrafo último del FJ 3º en relación con el párrafo segundo del FJ 2º). No hubo, pues, ninguna declaración de que Ercros estuviera obligada frente a la Administración a descontaminar sus antiguos terrenos para dejarlos en condiciones aptas para un uso portuario-residencial, y de haberse producido un fallo de la jurisdicción contencioso-administrativa en este sentido tampoco habría podido impedir que en un ulterior litigio civil se atendiera a la relevancia de los acuerdos privados no valorados por dicha jurisdicción.

Descartada la cosa juzgada, tampoco puede acogerse el planteamiento subsidiario de la parte recurrente fundado en la obligación legal de descontaminar que, según la parte recurrente, imponían a Ercros la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos, la Ley 20/1986, de 19 de noviembre, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, o

la Ley catalana 6/1993, de 15 de julio, reguladora de los Residuos, porque sobre la polémica entre las partes acerca de su ámbito temporal y material de aplicación debe prevalecer el hecho de que, desde el punto de vista civil, Ercros soportó su obligación de descontaminar por vía contractual, mediante una muy notable disminución del precio cuando vendió los terrenos, al tiempo que la hoy recurrente compensaba el coste de la descontaminación realizada por ella al comprar a bajo precio la otra parte de los terrenos al ICO y al computar ese coste en la valoración de la aportación no dineraria hecha por el Consell Comarcal del Barcelonés.

De ahí que la sentencia recurrida, acertadamente, resolviera el litigio desde el punto de vista contractual de las sucesivas transmisiones y de las aportaciones a la sociedad anónima hoy recurrente, punto de vista que, en definitiva, coincide con el de la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2008 y que la parte recurrente elude prácticamente por completo. La realidad es que, habiéndose producido diversas transmisiones de unos terrenos altamente contaminados por una actividad industrial centenaria, y conocida esa alta contaminación, aunque no su alcance exacto, por los sucesivos adquirentes, incluida la sociedad anónima hoy recurrente, la repercusión a la demandada de los costes de descontaminar aquellos mismos terrenos para adecuarlos a un uso portuario y residencial solo podía intentarse ante la jurisdicción civil con fundamento en los propios contratos privados determinantes de las sucesivas transmisiones o aportaciones sociales, no con base en el art. 1902 CC ni con base en el cumplimiento por la hoy recurrente de una obligación que las leyes administrativas medioambientales pudieran imponer a Ercros. En suma, el cómputo de la gran contaminación de la zona en el precio de las compraventas y en la valoración de la aportación a la sociedad recurrente implicaba que los contratos asignaban al contratante adquirente el riesgo que la contaminación pudiera suponer para los futuros usos de la zona, esto es, el coste de la descontaminación necesaria para esos usos.

Consecuencia de lo hasta ahora razonado en este fundamento de derecho es la desestimación de los restantes motivos de ambos recursos.

El motivo primero por infracción procesal, que como normas infringidas cita los apdos. 1 y 2 del art. 218 LEC y el art. 24 de la Constitución, debe ser desestimado porque plantea formalmente como incongruencia de la sentencia recurrida lo que, materialmente, la parte recurrente considera un defectuoso entendimiento de la STSJ que habría determinado la no apreciación de cosa juzgada. La cuestión, por tanto, hay que reconducirla a si efectivamente concurría o no cosa juzgada, en su dimensión positiva o prejudicial, en función de una sentencia anterior que, como la del TSJ, presentaba un contenido complejo, y en consecuencia necesitado de interpretación, porque “por razones de economía procesal” optó por resolver sobre el fondo del recurso ordinario administrativo después de considerar que su inadmisión por la Administración no había sido ajustada a Derecho, cuestión esta última a la que se ceñía el recurso jurisdiccional, y pese a esa opción por decidir sobre el fondo se prescindió de cualesquiera acuerdos privados o de alcance urbanístico que, sin embargo, no cabe desconocer en este litigio civil.

El motivo segundo por infracción procesal, que como normas infringidas cita los arts. 222. 4 LEC y 9.3 y 24 de la Constitución, ha de ser desestimado por lo ya razonado en el presente fundamento de derecho sobre el grado de vinculación que la sentencia del TSJ podía tener para el juez civil del litigio posterior.

El motivo tercero por infracción procesal, que como normas infringidas cita los arts. 218 (apdos. 1 y 2), 281.3, 319 y 386 LEC y 24 de la Constitución, debe ser desestimado porque, pese a omitir ciertamente la sentencia impugnada que una pequeña parte de los terrenos de la demandada se calificaron para uso residencial, mientras que la mayor parte lo fueron para pequeña y mediana industria, lo relevante es que antes de estas calificaciones, resultado de un expediente iniciado un año antes de la venta de 1987 y finalizado solo unos días antes de la venta, la demandada venía desarrollando su actividad de gran industria química sin ningún obstáculo legal de orden urbanístico. Por tanto fue la decisión de los dos socios de la compañía mercantil hoy recurrente (Ayuntamiento de Badalona y Compañía Metropolitana de Barcelona, luego Consell Comarcal del Barcelonés) la que determinó que la demandada hubiera de cesar en su actividad y acabar vendiendo sus terrenos a bajo precio, y no la hipótesis inversa de que la demandada hubiera explotado su gran industria química durante más de un siglo en zona residencial o de pequeña y mediana industria,. A todo esto se une que, como revela la última parte del desarrollo argumental del motivo, se pretende “una valoración conjunta de la prueba practicada”, improcedente en este recurso extraordinario (SSTS 18-11-11, 7-4-11, 3-1-11 y 17-5-10 entre otras muchas), para que se tenga por probada “la diferencia existente entre el alcance de la contaminación que se esperaba haber hallado, y la que efectivamente se halló”, alegación que viene a corroborar la esencia contractual privada del conflicto, que la recurrente quiere derivar hacia lo medioambiental administrativo, porque lo que materialmente se está planteando así es un error de cálculo en el precio de las compraventas o en la valoración de las aportaciones, que en opinión de la hoy recurrente tendrían que haber sido aún más bajos dado el alcance real de la contaminación.

El motivo cuarto por infracción procesal, que como normas infringidas cita los arts. 218.1 LEC y 24 de la Constitución, carece de consistencia alguna porque reprocha a la sentencia recurrida falta de motivación al eliminar la responsabilidad de Ercros por la mera constatación de unos vertidos posteriores a haber vendido la finca cuando, en realidad, basta con leer la sentencia impugnada para comprobar que no es así porque lo que hace es tomar en consideración, como uno de los muchos argumentos de su decisión, el hecho comprobado hasta la saciedad de que a los residuos tóxicos y peligrosos debidos a la actividad industrial de la demandada se acumularon, tras cesar esa actividad y transmitir los terrenos, los “traídos por desconocidos al tolerarse por los adquirentes la utilización del solar como vertedero incontrolado”.

Este hecho se relata de forma aún más expresiva en la sentencia de primera instancia cuando, con fundamento en los mismos informes que la de apelación, encargados por la Junta de Residuos del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña, declara que a los problemas derivados de la antigua

actividad industrial de la demandada se unieron “otros nuevos, al haberse utilizado el lugar en alguna época en régimen de concesión como zona de extracción de arenas y vertido incontrolado de residuos de diferentes procedencias, principalmente inertes, reflejándose también que había amplias zonas con residuos que de ninguna forma era posible que provinieran de las antiguas actividades industriales, e incluso al apreciar las concentraciones de hidrocarburos se reflejó una mancha, que como otras muchas del emplazamiento se debía a actuaciones desaprensivas que habían llegado a usar el solar como un vertedero”. En definitiva, si la sentencia recurrida se considera como un todo, sin fragmentarla como se hace en los recursos, se comprueba en seguida que mediante este motivo se está impugnando la correcta aplicación de un principio tan elemental, presente en el art. 1902 CC, como es el de que cada uno debe responder de sus propios actos u omisiones, sin trasladar retrospectivamente el coste de reparar los daños que cause a quien desde mucho tiempo atrás dejó de tener el control sobre la cosa dañada, precisamente porque así lo quisieron quienes a partir de entonces pasaban a ejercer ese control.

Los motivos primero y segundo de casación, fundados en infracción de los arts. 1210 y 1158 CC, deben ser desestimados por hacer supuesto de la cuestión al dar por sentado que la hoy recurrente ha cumplido una obligación de la demandada, siendo así que, como se viene razonando desde un principio, tal obligación no puede considerarse existente en el ámbito civil, y menos aún si se considera, como recalca la sentencia recurrida, que la decisión de construir el puerto en forma de marina, esto es introduciendo el mar en lo que antes era tierra en lugar de ganándole terreno al mar, fue una decisión de las administraciones públicas integradas en la sociedad anónima hoy recurrente que vuelve a demostrar la importancia crucial, perfectamente captada por la sentencia recurrida, de la asignación de riesgos, implícita en los precios y valoraciones de los negocios jurídicos de transmisión de los terrenos, que no permite trasladar retrospectivamente al transmitente los gastos derivados del uso absolutamente diferente, e incluso esencialmente incompatible con el anterior, que el adquirente decida dar a la cosa vendida, so pretexto de una normativa medioambiental que, al tener como principal finalidad la protección de bienes colectivos, dedica su contenido, como atinadamente puntualiza la sentencia recurrida, a tipificar infracciones y determinar las correspondientes sanciones “para industrias en situación de actividad”, no a contemplar discrepancias sobre precios, vicios ocultos o valoración de aportaciones sociales entre quienes celebren negocios jurídicos privados. En último extremo, aunque se admitiera una obligación ex lege de Ercros, resultaría que esta ya se habría cumplido frente a la demandante, como razona la sentencia impugnada, mediante los sucesivos descuentos del coste de la descontaminación en los negocios jurídicos privados de transmisión de los terrenos.

Finalmente, el motivo quinto y último de casación, que no cita norma alguna como infringido, ha de ser desestimado por no ser un verdadero motivo de casación sino una remisión a determinados fundamentos del recurso de apelación interpuesto en su día por Marina Badalona para el caso de que esta Sala, por estimación de alguno o algunos de los demás motivos de ambos recursos, asumiera la instancia y tuviera que entrar a conocer de las

pretensiones de dicha parte litigante orientadas a un aumento del importe de la condena acordado por la sentencia de primera instancia.

SEXTO.- Conforme a los arts. 476.3, 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida 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 y el recurso de casación interpuestos por la compañía mercantil demandante Marina Badalona S.A. contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2009 por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 336/08.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- 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. Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Román García Varela.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, 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.