

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2014 (4318/2014)**

**Contrato de ejecución de obra. Solidaridad.
Intervención provocada.
Nulidad del pronunciamiento de condena**

Comentario a cargo de:
Francisco de P. Blasco Gascó
Catedrático de Derecho civil

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2014**

ID CENDOJ: 28079119912014100018

PONENTE: *EXCMO. SR. DON SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL*

Asunto: El TS reitera su doctrina acerca de la intervención provocada ex art. 14 LEC y DA Séptima LOE: el tercero llamado sólo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión por el demandante. En otro caso, no puede ser condenado.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. Previo: Motivos invocados por el recurrente e intervención de oficio del Tribunal Supremo. 5.2. La solidaridad en la LOE. 5.3. La intervención provocada ex art. 14 LEC y DA Séptima LOE. 5.4. Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

Una comunidad de propietarios formuló demanda de juicio ordinario ejercitando las acciones de incumplimiento de contrato y deficiencias en la construcción, frente a la mercantil promotora y vendedora de las viviendas, quien se opuso y negó el incumplimiento contractual. Además, alegó la prescripción de la acción por los defectos constructivos en los elementos privativos.

Asimismo, la demandada solicitó la intervención en el proceso, al amparo del art. 14 LEC, como terceros intervinientes, del arquitecto director de la obra, del aparejador y de la constructora (que es quien, finalmente, recurre en casación). La actora manifestó que no estaba interesada en la intervención de los llamados al proceso por la mercantil demandada, único sujeto contra la que dirige la acción exclusivamente como parte demandada, y que, en el caso de que el Juzgado acordara su emplazamiento y resultaran absueltos, se impusieran las costas soportadas por éstos terceros a la parte que reclamó su intervención.

Acordado el emplazamiento por Auto de 2 de febrero de 2010, comparecieron y contestaron la demanda todos los intervinientes llamados al proceso, que solicitaron su desestimación. Invocaron todos ellos la prescripción de la acción derivada de la LOE, sosteniendo que la solidaridad entre ellos y con la promotora es una solidaridad impropia, por lo que las reclamaciones extrajudiciales efectuadas a la misma no tuvieron el efecto interruptor previsto en el art. 1.974 CC. Todos ellos también negaron la existencia de responsabilidad alguna en los defectos denunciados.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El juzgado de primera instancia, núm. 4 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 14 de febrero de 2011 por la que, tras rechazar la excepción de prescripción invocada por todas las partes, estimó parcialmente la demanda y condenó, solidariamente respecto de determinados defectos constructivos e individualmente respecto de otros, a la demandada y a los terceros intervinientes.

3. Soluciones dadas en apelación

Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación el arquitecto, la promotora y la constructora, y formularon impugnación la parte actora y el aparejador.

En el recurso de apelación la constructora se mantiene que la LOE distingue claramente dos regímenes de responsabilidad para los agentes de la edificación: un régimen de responsabilidad solidaria del promotor, a título perso-

nal, que es una solidaridad “propia”, *ex lege*, por cuanto que nace de la LOE; y, con respecto del resto de los agentes de la edificación, su responsabilidad, de convertirse en solidaria por los supuestos previstos en el art. 17-3 LOE, es una responsabilidad solidaria “impropia”, cuando así se declare en la sentencia condenatoria. Como consecuencia de tal argumentación, la interrupción de la prescripción afecta sólo al promotor, pero no a los demás agentes de la edificación, pues no hay una relación solidaria propia entre ellos.

La Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, dictó sentencia el 29 de julio de 2011 en la que no compartía la anterior argumentación. Entiende que la responsabilidad del promotor, es, en todo caso, solidaria ante los posibles adquirentes con los demás agentes intervinientes por los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. El promotor, en el actual régimen de la Ley de Ordenación de la Edificación, está relacionado, según la sentencia de apelación, con el resto de los agentes por vínculos de solidaridad legal, por lo que se trata de una solidaridad propia de la que resulta la plena aplicación de lo dispuesto en el art. 1.974 CC.

La Audiencia Provincial, por tanto, desestimó los tres recursos de apelación interpuestos, así como la impugnación formulada por el aparejador, y estimó parcialmente la impugnación formulada por la parte actora.

4. Los motivos de casación alegados

Frente a la sentencia de apelación interpusieron sendos recursos de casación las mercantiles promotora y la constructora.

1) Respecto del recurso de casación de la promotora, los motivos invocados fueron los siguientes:

PRIMERO.- Por infracción del artículo 1.281 CC en relación con los artículos 3 y 4 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas, y el art. 1.258 CC.

SEGUNDO.- Por infracción del artículo 348 LEC.

TERCERO.- Por infracción del último párrafo del artículo 17-1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con el 18.1 de la misma Ley.

2) Respecto del recurso de casación interpuesto por la constructora, los motivos invocados fueron los siguientes:

PRIMERO.- Por infracción de los artículos 17-2 y 17-3 LOE y Jurisprudencia concordante.

SEGUNDO.- Por infracción del artículo 1.974 CC en relación con el artículo 17-1 LOE y Jurisprudencia concordante.

El TS, mediante Auto de fecha 12 de junio de 2012, inadmitió el recurso de casación interpuesto por la mercantil promotora (parte demandada) y admitió el interpuesto por la constructora (sujeto llamado ex art. 14 LEC, contra la voluntad de la parte demandante).

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Previo: Motivos invocados por el recurrente e intervención de oficio del Tribunal Supremo

De la lectura de la sentencia objeto de este comentario se deduce fácilmente que la cuestión litigiosa, tanto en la apelación como en la casación, es la naturaleza de la solidaridad, propia o impropia, que une o puede unir a los agentes de la edificación. No parece que en momento alguno (al menos durante el recurso de casación) se invoque infracción del art. 14 LEC y de la DA Séptima LOE. Sin embargo, la Sala hace caso omiso de los motivos de casación invocados por el recurrente cuyo recurso es admitido (aunque tampoco figura entre los invocados por la recurrente cuyo recurso no fue finalmente admitido) e interviene de oficio para declarar la nulidad de los pronunciamientos de condena de los terceros intervinientes de la sentencia recurrida. La Sala recuerda su doctrina ya asentada: El tercero interviniente ex art. 14 LEC (incluido el llamado en virtud de la DA Séptima LOE) sólo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión por el demandante.

Al dejar, ex oficio, sin efecto el pronunciamiento condenatorio de la sentencia de instancia a los agentes de la construcción llamados ex art. 14 LEC y anulada de oficio la sentencia recurrida en cuanto a los pronunciamientos condenatorios contra los citados intervinientes en la construcción, las declaraciones y razonamientos que sobre la interrupción de la prescripción realiza la sentencia recurrida contra ellos, se dejan también sin efecto, sin que pueda derivarse pronunciamiento alguno sobre esta cuestión con base en esta sentencia.

5.2. La solidaridad en la LOE

Como se sabe, la naturaleza jurídica o la esclavitud de los conceptos de la relación que une a los agentes de la edificación demandados ha sido objeto de larga polémica a partir de la construcción jurisprudencial de la doctrina de la llamada solidaridad impropia (creada para el supuesto de responsabilidad civil por daño imputado por una pluralidad de personas con desconocimiento del autor material del daño) y su aplicación al supuesto de responsabilidad civil derivada por vicios o defectos en la edificación.

Antes de la entrada en vigor de la LOE, la STS (Pleno) de 14 de marzo de 2003, en interpretación del art. 1.591 CC, estableció que junto a la denominada “solidaridad propia”, regulada en el Código Civil (artículos 1.137 y ss.) que viene impuesta, con carácter predeterminado, “*ex voluntate*” o “*ex lege*”, otra modalidad de la solidaridad, llamada “impropia” u obligaciones “*in solidum*” que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. A los supuestos de solidaridad impropia, decía aquella sentencia, no le eran aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia y, en especial, la prevista en el párrafo primero del art. 1.974 CC (supuesto de interrupción de la prescripción previsto para la llamada solidaridad propia o de origen convencional o legal), salvo en aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado. La llamada solidaridad impropia de los agentes de la edificación, por tanto, tenía su origen en la sentencia que la determinaba o establecía, pero no en la voluntad de los sujetos ni en la ley. En otras palabras, no derivaba de una obligación (legal o convencional) solidaria, sino de la determinación de una sentencia condenatoria como consecuencia de la prueba por la indeterminación de la causa y la imputación de los defectos a varios agentes sin posibilidad de determinar la cuota individual de responsabilidad.

Si no queremos ser esclavos de nuestros conceptos, con la entrada en vigor de la LOE se debe superar la polémica solidaridad propia-solidaridad impropia, pues la citada Ley prevé, con mayor o menor fortuna, pero expresamente, un régimen jurídico de responsabilidad de los agentes de la edificación por vicios y defectos en la construcción.

Efectivamente, tras la entrada en vigor de la LOE la responsabilidad solidaria entre los agentes de la edificación ya no es una solidaridad impropia, sino legal, subsidiaria y *ex post facto*. El art. 17 LOE asume la doctrina jurisprudencial que desarrolló el art. 1.591 CC la cual establecía, como acabamos de ver, la posibilidad de que la sentencia condenatoria estableciera el carácter solidario de las responsabilidades de los agentes de la edificación de manera excepcional: si no era posible la identificación de la causa origen de la ruina ni, por tanto, determinar cuál de los diferentes agentes intervinientes en el proceso constructivo era responsable, o si no era posible concretar la cuota de participación de cada uno de ellos en la causación del resultado dañoso. Su fundamento no era otro que la protección del perjudicado mediante la exigencia de un mayor rigor en la responsabilidad de los profesionales de la construcción para conseguir la adecuada reparación.

Ahora es la Ley, la LOE, quien determina dicho carácter solidario, de manera que se trata de una solidaridad de origen legal, pero de carácter subsidiario pues la norma básica es la responsabilidad personal e individual.

De esta manera, el tribunal sólo puede unir con vínculos de solidaridad a los agentes de la edificación demandados si:

1. No pudiera individualizar la causa de los daños materiales.
2. Quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pudiera precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido.

De este modo, el carácter legal de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación se manifiesta en un doble ámbito: la responsabilidad, en los supuestos antes indicados, es solidariamente legal y subsidiariamente legal.

La naturaleza individual de la responsabilidad por los daños o, si se prefiere, el carácter subsidiario (y legal) de la solidaridad de los agentes de la edificación se manifiesta claramente en el caso de interrupción de la prescripción al hacer inaplicable la norma del art. 1.974 CC. Así, la interrupción de la prescripción, judicial o extrajudicial, realizada frente a uno de los agentes, no afecta a la prescripción frente a los demás. La STS 27 de marzo de 2013 niega legitimación al promotor condenado para pedir la condena de los codemandados absueltos, respecto de los cuales se entendió prescrita la acción, al no considerar que la reclamación extrajudicial enviada al promotor interrumpiese la prescripción de la acción entablada con respecto al resto de los agentes de la edificación.

En este sentido, es fundamental la STS 761/2015, de 16 de enero (ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), la cual distingue acertadamente entre obligación solidaria y responsabilidad solidaria. La doctrina que asiente es la siguiente:

“En la actualidad, la confusión viene determinada por la inclusión de este criterio en la Ley de Ordenación de la Edificación y que ha propiciado soluciones distintas en el ámbito de las Audiencias Provinciales. Es cierto que la responsabilidad de carácter solidario está expresamente prevista en la Ley, pero solo en los supuestos que impone en el artículo 17 de la LOE, es decir, cuando no pudiera llevarse a cabo tal individualización o llegara a probarse que en los defectos aparecidos existe una concurrencia de culpas de varios de los agentes que intervinieron en la edificación; sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de los contratos suscritos. Lo único que ha hecho LOE, como en otros casos, es incorporar a la norma los criterios que ya venían expresados en la jurisprudencia, con lo que el efecto sigue siendo el mismo respecto de la interrupción de la prescripción entre los agentes que participan en la construcción puesto que, a excepción de los casos expresamente mencionados en la Ley, tienen funciones distintas y actúan con distintos títulos y como tal responden individualmente, siendo sus obligaciones resarcitorias parciales o mancomunadas simples, sin relación entre ellas, según el artículo 1.137 C.C., salvo que concurran a la producción del daño en la forma expresada en el artículo 17.”

La responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo por vicios y defectos de la construcción –STS 17 de mayo 2007– es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, o lo que es igual, determinada en función de la distinta actividad de cada uno de los agentes en el resultado final de la obra, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen en el mismo. Cada uno asume el cumplimiento de sus funciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, y solo cuando aquella no puede ser concretada individualmente procede la condena solidaria, por su carácter de sanción y de ventaja para el perjudicado por la posibilidad de dirigirse contra el deudor más solvente entre los responsables del daño, tal y como estableció reiterada jurisprudencia (SSTS 22 de marzo de 1.997; 21 de mayo de 1999; 16 de diciembre 2000; 17 de julio 2006).

*En definitiva, se podrá sostener que la solidaridad ya no puede calificarse en estos casos de impropia puesto que con la Ley de Ordenación de la Edificación no tiene su origen en la sentencia, como decía la jurisprudencia, sino en la Ley. Lo que no es cuestionable es que se trata de una **responsabilidad solidaria**, no de una **obligación solidaria** en los términos del artículo 1137 del Código Civil (“cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaridad”), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción...*

...con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos “en todo caso” (artículo 17.3.) aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007; 13 de Marzo de 2008; 19 de julio de 2010; 11 de abril de 2012)”.

Efectivamente, la misma Ley establece determinados supuestos de responsabilidad solidaria de origen legal y de carácter principal, y no subsidiario: por un lado, la del promotor con cualquiera de los otros agentes de la edificación; por otro lado, la de los proyectistas contratados conjuntamente y la de los directores de obra contratados también conjuntamente.

A diferencia del supuesto general en que la responsabilidad es personal e individualizada, y sólo subsidiariamente solidaria, en los supuestos ahora citados la responsabilidad es solidaria *ab initio*: del promotor con quien concurra; de los contratados conjuntamente entre ellos.

Por tanto, ya no se debe hablar de solidaridad propia y solidaridad impropia en el régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación, sino que, de acuerdo con la actual previsión del art. 17 LOE, se debe distinguir el siguiente régimen de responsabilidad:

1. La norma básica o primaria es la responsabilidad personal e individualizada de cada uno de los agentes de la edificación frente a los propietarios de los edificios (art. 17-2 LOE).
2. En segundo lugar, se halla la responsabilidad del garante incondicional frente a los propietarios, como el mero promotor (o, en el ámbito del contrato de seguro la compañía de seguros). La responsabilidad solidaria propia o principal del promotor con el resto de agentes le hace responsable en la relación externa, pero no necesariamente responsable en la relación *ad intra* en la que normalmente, pero no en todo caso, podrá regresar por el todo.

Se debe recordar que la responsabilidad solidaria del promotor frente a los terceros es incondicional, es decir, que responde (frente a terceros) incluso en el supuesto en que la responsabilidad por los daños se halle perfectamente determinada e individualizada respecto de los demás agentes de la edificación (SSTS 13 de mayo de 2002 y 2 de marzo de 2012). El promotor, dice el artículo 17-3 LOE, responde solidariamente, “en todo caso” con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Esto significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras “en todo caso” con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma.

3. Los agentes contratados conjuntamente –aunque la LOE habla sólo de proyectistas y/o directores de obra– responden solidariamente entre ellos (art. 17-3, 5 y 7 LOE).
4. Finalmente, se halla la responsabilidad solidaria con carácter subsidiario en los supuestos del art. 17-3 LOE, la cual es ahora un supuesto de responsabilidad legal.

A todo ello, se debe sumar los regímenes de responsabilidad por hecho ajeno de proyectistas, constructores y directores de obra en los términos de apartados 5, 6 y 7 del art. 17 LOE.

5.3. *La intervención provocada ex art. 14 LEC y DA Séptima LOE*

La STS de 9 de septiembre de 2014 objeto de este comentario analiza de oficio los efectos de la llamada intervención provocada ex art. 14 LEC y DA Séptima LOE. Se trata de una de las cuestiones de la LOE que más literatura jurídica ha producido, si no la que más, y mayor grado de inseguridad manifestada en la sentencias contradictorias de las distintas Audiencias Provinciales y de los Juzgados de Primera Instancia (Sánchez del Castillo, págs. 148 y sigs.). La relación entre ambos preceptos se ha limitado esencialmente a la discusión acerca de si el llamado ex DA 7ª LOE debe ser considerado parte o no, y todo lo que lleva aparejado el ser o no parte: poder ser condenado o absuelto, poder ser sujeto pasivo de la ejecución de la sentencia, poderlo condenar en costas, poder recurrir la sentencia, etc.

La mayoría de las Audiencias Provinciales consideraron que el llamado ex DA 7ª LOE no tenía la consideración de parte si el demandante no modificaba y ampliaba la demanda. Así, las AAPP de Málaga, A Coruña, Alicante, Guadalajara, Valencia, Girona, Navarra o Burgos (para ésta, Acuerdo de 15 de noviembre de 2011). Básicamente, el fundamento residía en el respeto a los principios dispositivo y de congruencia. Otras AAPP, como las de Vizcaya, Asturias, Álava, Almería, Baleares, Barcelona, o Albacete (para ésta, Acuerdo de 6 de octubre de 2008) entendían que el llamado era parte y, por tanto, se le podía condenar o absolver. Finalmente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la primera posición al considerar que el tercero llamado ex DA 7ª LOE no tiene la consideración de parte (por último, STS 26 de septiembre de 2012).

Actualmente, a partir del Auto TS de 13 de abril de 2010 y, fundamentalmente, de las SSTS 20 de diciembre de 2011, 25 de enero de 2012 y 26 de septiembre de 2012 la cuestión es, si no pacífica doctrinalmente, sí al menos segura jurisprudencialmente, aunque la doctrina asentada en las citadas sentencias no sea, en mi opinión, la más acertada (al menos, respecto de la DA 7ª LOE).

Ahora, la STS de 9 de septiembre de 2014 reitera, de oficio, la doctrina asentada en las citadas sentencias:

“para poder condenar al tercero que es llamado, de forma provocada por algún codemandado, es precisa la solicitud de condena expresa por parte de alguno de los demandantes, que se activa procesalmente a través del art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia el tercero (en el presente supuesto, los terceros llamados por la parte demandada) sólo adquieren la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al tercero. Si el demandante no le dirige expresamente una pretensión frente al tercero, la intervención del tercero no supone la ampliación del elemento pasivo del proceso. El tercero no será parte demandada y la sentencia que se dicte no podrá contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del

tercero, por el más elemental respecto a los principios dispositivos, de rogación y congruencia, y de aportación de parte que rige el proceso civil al que se refiere el art. 216 LEC”.

Los terceros, que no tienen carácter de parte demandada desde un punto de vista material pero si procesal, ocupan la posición de quien está al cuidado del litigio, como sujeto interesado al que, sin soportar la acción, la LEC le permite una actividad en el proceso dirigida a conseguir que este tenga un resultado lo menos adverso posible para los intereses del tercero que pueden verse afectados de forma refleja...” (STS núm. 623/2011, de 20 de diciembre). Situación procesal que “le ha permitido defender sus propios intereses... pues las declaraciones que en ella se hagan... no podrán ser discutidas en un posterior y eventual proceso (STS núm. 538/2012, de 26 de septiembre, citada, haciéndose eco de sentencias de Audiencias Provinciales).

...como señala la STS núm. 538/2012, de 26 de septiembre “la oponibilidad y ejecutividad del fallo de la sentencia, a que se refiere la disposición transcrita, supone, de un lado que quedará vinculado por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que, en un juicio posterior, no podrá alegar que resulta ajeno a los realizados y, de otro, que únicamente podrá ejecutarse la sentencia cuando se den los presupuestos procesales para ello, lo que no es posible cuando ninguna acción se dirige frente a quien fue llamado al proceso y como tal no puede figurar como condenado ni como absuelto en la parte dispositiva de la sentencia”.

La STS 26 de septiembre de 2012, la cual es dictada por el Pleno, de manera que, de conformidad con el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo, vale, por sí sola, para sostener un recurso de casación en interés casacional (aunque aquí, al discutirse la condición de parte del llamado, sería por infracción procesal). En esta sentencia, el Tribunal Supremo entiende que el tercero llamado *ex* DA 7ª LOE no tiene la consideración de parte.

Como precedente de la citada sentencia, se cita el Auto TS de 13 de abril de 2010 y las SSTS 20 de diciembre de 2011 y 25 de enero de 2012. Pero tales invocaciones no son correctas porque el supuesto de hecho de las mismas es diferente: no se trataba de llamadas *ex* DA 7ª LOE, sino directamente *ex* art. 14 LEC, sin la cobertura legal que exige el apartado segundo de este precepto, pues se trataba de responsabilidad contractual. En la sentencia de 20 de diciembre de 2011, por ejemplo, el problema debió ser la legalidad de la llamada al tercero en virtud del art. 14 LEC a ese litigio porque dicha llamada se efectuó sin la cobertura legal que exige el propio art. 14-2 LEC. Es decir, se llamó a la compañía de seguros cuando la Ley de Contratos de Seguros no prevé ni habilita dicha llamada. Por tanto, el problema que se debió discutir no es si el llamado era parte o no, sino si se le podía haber llamado. Y la respuesta, *ex* art. 14-2 LEC, es claramente negativa.

Tampoco debería haberse planteado la cuestión en la STS 26 de septiembre de 2012 porque el origen del pleito, es decir, la pretensión ejercitada por el demandante es de base contractual. En otras palabras, en el pleito que aboca en la STS 26 de septiembre de 2012, el demandante ejercita la acción contractual y, por tanto, de acuerdo con el apartado segundo del art. 14 LEC, no cabría la intervención provocada, ni por esta vía (pues carece de cobertura legal) ni por la de la DA 7ª LOE (pues no cabe para reclamaciones contractuales, sino solamente las que se basan en la LOE).

La sentencia objeto de este comentario, en cambio, sí resuelve una cuestión propia de LOE.

Parecía más fácil o menos problemático (al menos para los casos de intervención provocada en virtud de la DA 7ª LOE) que el Tribunal Supremo hubiera decidido que el tercero llamado en virtud de la DA 7ª LOE fuera considerado como parte. Sin embargo, esta opción no está exenta de problemas, sobre todo si la admisión del tercero como parte se produce sin modificación de la demanda y de su suplico. Ya no se trata sólo de una cuestión de respeto al principio dispositivo o al principio de congruencia (que también pueden conocer excepciones), sino de una cuestión de técnica jurídica: ¿cómo responde el tercero llamado a una demanda pensada y escrita para otro, al cual necesariamente se le imputa la responsabilidad por los daños? Si nadie le imputa responsabilidad al tercero, ¿de qué se defiende? Si nadie pide que se le condene, ¿a qué se le puede condenar? ¿Cómo (y por qué) pide el tercero que se le absuelva de las pretensiones de la demanda sin la demanda no contiene pretensión condenatoria alguna contra él? Además, esta posición impediría determinar *ab initio*, es decir, en la propia demanda, la cuota de responsabilidad de los que finalmente comparecieran en el pleito como partes demandadas.

Por otro lado, la no consideración como parte del tercero llamado plantea problemas en el propio art. 14 LEC. A título de ejemplo se pueden citar los siguientes:

A) No se concilia que no sea parte y, sin embargo, pueda ser absuelto (art. 14-2-5ª LEC), aunque según la doctrina jurisprudencial no pueda ser condenado y se puedan imponer costas. Efectivamente, el citado art. 14-2-5ª LEC establece que caso de que en la sentencia resultase absuelto el tercero, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del artículo 394 de esta Ley.

De este precepto, se podría derivar: 1. Si el tercero puede ser absuelto, también podrá ser condenado. Y, ni lo uno ni lo otro, puede hacerse sin la consideración de parte. 2. Si no se considera parte, ¿cómo se pueden reclamar las costas, a través del art. 394 LEC, como dice el precepto, o del 1.902 CC?

B) Si el llamado no se considera parte, cabe cuestionarse si puede oponer excepciones y, en caso afirmativo, qué excepciones que puede alegar: pro-

cesales, personales, materiales. La respuesta parece ser positiva, pues el TS sostiene que no es parte material, pero sí parte procesal.

C) En tercer lugar, cabe plantearse si el llamado en virtud de la DA 7ª LOE en relación con el art. 14 LEC puede, a su vez, llamar a otro agente del proceso constructivo. Esta posibilidad el art. 14-2 LEC la reserva expresamente al demandado: cuando la Ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso.

Si el llamado no tiene la consideración de parte, es claro que no es demandado. Entonces, habrá que concluir que no puede llamar, a su vez, a otros agentes del proceso edificativo, con lo cual tampoco se cumple la finalidad de la DA 7ª LOE de ventilar todas las posibles responsabilidades derivadas de los vicios y defectos constructivos en un mismo y solo proceso.

D) Por otro lado, la no consideración como demandado del tercero parece impedirle a éste la posibilidad de reconvencción, la cual también está reservada al demandado.

E) En quinto lugar, también cabe plantearse si la llamada del demandado al tercero interrumpe la prescripción de la acción del demandante que no ha modificado la demanda ni admitido la llamada contra el tercero llamado.

La cuestión es complicada porque, por un lado, el tercero no ha sido demandando y, por tanto, la demanda no puede ser considerada como requerimiento; pero por otro lado, no cabe duda de que llega a su conocimiento. Así, la STS 14 de marzo de 2003, y el acuerdo de 27 de marzo de 2003, determinan que

“el párrafo primero del artículo 1974 del Código civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente”. Entendemos que este acuerdo, se considera sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexión o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado”.

Por otro lado, la negativa del demandante a no ampliar y modificar la demanda podría considerarse como un acto propio que le impidiera, posteriormente, presentar nueva demanda esta vez contra el llamado. En este caso, el límite al ejercicio del derecho no vendría dado tanto por la prescripción de la acción cuanto por su ejercicio contrario a las exigencias de la buena fe, concretada en este caso en la prohibición del *venire contra proprium factum*.

F) Finalmente, aún cabría cuestionarse si el tercero llamado, no considerado parte, puede apelar la sentencia que recaiga en la primera instancia.

Es cierto que el objeto del recurso de apelación es el fallo de la sentencia de instancia, en concreto, el pronunciamiento desfavorable que perjudique el interés del apelante. Sin embargo, la sentencia de primera instancia puede tener manifestaciones en los fundamentos de derecho que perjudiquen la posición del tercero y que, de no impugnarlas convenientemente, pueden devenir firmes y provocar los efectos positivos de cosa juzgada.

La SAP de Vizcaya 4 de marzo de 2011, aunque entendía que el tercero llamado debe ser considerado parte, al no hacerlo así la sentencia de instancia y no pronunciarse en el fallo acerca de su responsabilidad (ni lo condena ni lo absuelve), no permite al llamado recurrir, le niega la legitimación para recurrir a pesar de que en los fundamentos jurídicos de la sentencia de apelación se contenían pronunciamientos en los que se declaraba la responsabilidad del tercero llamado.

En cambio, la SAP de Guadalajara de 9 de febrero de 2012 entiende que el tercero llamado, aun no siendo parte, está legitimado para apelar la sentencia de instancia que ni lo condena ni lo absuelve, si contiene pronunciamientos en que se declare su responsabilidad. Así, establece que:

1. Aunque el llamado no sea parte, se le trata como tal y como tal se comporta en el proceso. De este modo, sería incongruente no permitirle la revisión de la sentencia en grado de apelación en lo que le afecte. De lo contrario, quedaría vinculado por tales pronunciamientos en un nuevo y posterior proceso.
2. El derecho al ejercicio de la acción, en nuestro caso, el acceso al recurso no debe ser interpretado restrictivamente.
3. Permitir el recurso de apelación puede evitar un litigio posterior.

5.4. *Conclusión*

El art. 14 LEC hubiera debido prever, para el caso de la DA 7ª LOE, o la necesidad de que el demandante modificara la demanda, ampliándola a los llamados, o que, con la oposición del demandante, no cupiera la llamada a terceros o, finalmente, configurar la responsabilidad por LOE como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario (posibilidad ésta negada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo).

En mi opinión, se debe tomar como punto de partida que la norma del art. 14-2 LEC es una norma marco. Es decir, una norma que subordina la llamada al tercero mediante intervención provocada a dos elementos:

- i) A una norma de cobertura: “Cuando la Ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso” (art. 14-2 LEC);

ii) A la relación jurídico material que une al demandado llamante con el tercero llamado. De ahí que la intervención provocada no pueda realizarse sin una norma de cobertura; y de ahí también que la posición jurídico-procesal del llamado se deba ahormar sobre su posición jurídico-material.

De este modo, nunca puede ser la misma posición jurídico-procesal la del vendedor llamado por el comprador en un juicio de evicción (que es una llamado en garantía ex art. 1.482 CC), que la del agente de la construcción en un juicio de responsabilidad por vicios o defectos constructivos. En el primer caso, el vendedor llamado al juicio por su comprador demandado por un tercero de evicción, no puede ser condenado a la restitución de la cosa (que vendió al comprador demandado), sino que su función es otra: defender la legalidad de la adquisición del comprador, es decir, la superioridad de su título frente al título sobre el que el tercero basa su propiedad. En cambio, en el proceso por defectos en la construcción nada impide que se ventilen en un solo y único litigio la responsabilidad de los agentes, de todos los agentes, distribuyéndola entre ellos o, en su caso, condenando a los demandados a responder solidariamente frente al demandante perjudicado.

La norma de la DA 7ª LOE tiene un claro fundamento y una clara finalidad: por cuanto el promotor es responsable, en todo caso, frente al perjudicado y, también en todo caso, con carácter solidario (art. 17 LOE), la DA 7ª LOE le permite (aunque no sólo a él) llamar al proceso a los demás agentes para que la responsabilidad se dirima en un solo proceso. Hay, por tanto, una derogación del principio dispositivo del proceso y del principio de congruencia en favor del principio de economía procesal. En otras palabras, o la DA 7ª LOE sirve para dirimir en un solo proceso cuantas responsabilidades sean precisas (a través de la demanda o de la intervención provocada del tercero por llamada del demandado) o no sirve para nada.

Hay que tener en cuenta que, como ha dicho el propio Tribunal Supremo, el objeto en los procesos por defectos constructivos es determinar a quién, de entre los agentes demandados, le es imputable el daño. Por eso, es fundamental que estén en el proceso, bien porque la demanda se dirige contra ello, bien porque los llama al mismo el propio demandado que, en otro caso, si es condenado deberá iniciar un nuevo proceso contra ellos.

Sin embargo, tampoco así las cosas quedan claras. En primer lugar, por la propia estructura del art. 14 LEC que hace que responda a la demanda primero el llamado y después el demandado, que es como contestar una carta escrita y dirigida a otro antes de que éste la conteste. En segundo lugar, por el propio contenido del art. 14 LEC, el cual permite que se admita la llamada al tercero sin modificación de la demanda ni obviamente de su suplico. Si se quería resolver todas las cuestiones en un mismo pleito o se devuelve la demanda al demandante para que la modifique o se determina expresamente el carácter necesario del litisconsorcio pasivo. Pero ni una cosa ni la otra: respecto de la

primera, se hace primar el principio dispositivo; respecto de la segunda, el Tribunal Supremo ha reiterado que no hay litisconsorcio pasivo necesario.

Las posibilidades del proceso parecen ser las siguientes:

Si el primer proceso concluye con sentencia en la que se contiene pronunciamientos de determinación de responsabilidad del llamado, pero sin condenarle ni absolverle. Parece claro que tales pronunciamientos vincularán en un segundo proceso. ¿Quién puede, entonces, presentar nueva demanda contra el tercero? Si el demandado es condenado por el todo, solo él, pues el demandante ya habrá sido resarcido; en cambio, si es condenado sólo por su cuota, cabría nueva demanda del demandante. Pero éste se negó a modificar su demanda, ¿hay acto propio?

Si el primer proceso concluye con sentencia que contiene pronunciamiento de no responsabilidad del tercero llamado. ¿Cabe un segundo proceso o habrá cosa juzgada? ¿Quién estaría, en su caso, legitimado, el demandante que se negó a modificar su demanda; el demandado condenado a todo, no a su cuota de responsabilidad?

Finalmente, si el primer proceso concluye con sentencia que no contiene pronunciamiento alguno respecto del tercero llamado, entonces, parece que tanto el demandante como el demandado que haya sido condenado a indemnizar todos los daños, podrán demandar al tercero. En el segundo proceso se deberán mantener los hechos declarados probados en la primera sentencia.

Posiblemente la cuestión estriba en el hecho de que la expresión literal de la DA 7ª LOE impide subsumir el supuesto de hecho en alguno de los que tradicionalmente conforman la llamada intervención procesal obligada o coactiva. Esta, dice Gómez Orbaneja (págs. 168 y sigs.), comprende los siguientes casos especiales: la llamada en garantía, la *nominatio auctoris* o *laudatio* y la llamada en causa del tercero pretendiente.

La llamada en garantía es la que realiza a su vendedor del comprador demandado de evicción por un tercero (art. 1.475 CC), sin la cual aquél no responderá por el saneamiento (por evicción). Por tanto, el comprador demandado llama a su comprador por dos razones: para que lo defienda de la pretensión del demandante y para, en su caso, poder exigirle responsabilidad por la evicción, total o parcial, de la cosa comprada (arts. 1.481 y 1.482 CC). También es el supuesto, en sede de arrendamiento, del art. 1.553 CC (arrendatario perturbado por una acción dominical), o de los coherederos (art. 1.084 CC) o de las relaciones entre el fiador y el deudor o entre los cofiadores (arts. 1.830 y sigs. CC).

El supuesto de la DA 7ª LOE tampoco es subsumible en los supuestos de *laudatio* o *nominatio auctoris* (supuestos de los arts. 512 y 1559 CC) en los que el poseedor inmediato demandado llama y cede su lugar al poseedor mediato del que trae causa su posesión y cuya titularidad propietaria se discute; ni en

los supuesto de llamada en causa del tercero pretendiente en los que el demandado llama a un tercero que también le reclama (o le puede reclamar) la misma cosa que el demandante.

En ninguno de tales supuestos encaja la llamada que se realiza al amparo de la DA 7ª LOE porque aquí no se llama a nadie en garantía ni en defensa de la posición del demandado, sino que el agente de la edificación es llamado por otro agente para que se le declare responsable o, al menos, corresponsable junto con el demandado y, en su caso, los otros llamados.

La posición del Tribunal Supremo condena al demandante o al demandado (o a ambos) a un segundo e inútil pleito, pues, aunque el tercero llamado no sea considerado parte (sí procesal, pero no material) lo resuelto en el primer litigio pasará con autoridad de cosa juzgada en el segundo.

6. Bibliografía utilizada

- BLASCO GASCÓ, F., *Cuestiones de responsabilidad civil en la edificación*, Valencia, 2014.
- CARRASCO PEREA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y de la vivienda*, 3ª ed., Paracuellos del Jarama (Madrid), 2000.
- CORDERO LOBATO, E., “Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación”, en *Régimen jurídico de la edificación* (Carrasco-Cordero-González), Cízur Menor, 2007.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, 2005.
- GÁLVEZ CRIADO, A., “La responsabilidad por vicios o defectos constructivos en la LOE: sus caracteres básicos”, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, (Ruiz-Rico Ruiz y Moreno-Torres Herrera), Granada, 2002.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, vol. I. *Parte General. El proceso declarativo ordinario*, (Gómez Orbaneja, E., Herce Quemada V., *Derecho procesal civil*), Madrid, 1979.
- GONZÁLEZ POVEDA, P., “La responsabilidad civil de los agentes que intervienen en la edificación”, en *Derecho de la Edificación* (coord. Pascual Sala Sánchez) 2º ed., Barcelona, 2001, págs. 236 y sigs.; y 3ª ed. (corr. Román García Varela), Barcelona, 2007.
- SÁNCHEZ DEL CASTILLO, J. A., *La intervención provocada de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación*, (tesis doctoral inédita), Huelva, 2012.
- SEIJAS QUINTANA, J. A., “La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación”, en *Estudios de Derecho judicial*, 2000, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.