

**COMENTARIO DE LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 28 DE JULIO DE 2020 (459/2020)**

**Legitimación del tercero interviniente
no demandado (intervención provocada)
para interponer recurso de apelación**

Comentario a cargo de:
FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASCÓ
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JULIO DE 2020

RoJ: STS 2498/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:2498

ID CENDOJ: 28079119912020100012

PONENTE: EXCMO. SR. DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

Asunto: La sentencia resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal cuyo objeto es la legitimación de los terceros intervinientes (por la vía de la Disposición Adicional séptima de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación) no demandados para interponer recurso de apelación (en el caso concreto, escrito de impugnación) frente a los pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que, aunque no son condenatorios, les son desfavorables o perjudiciales, mediante un acuerdo transaccional entre las partes demandante y demandada homologado judicialmente.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *La posición jurídica de los recurrentes.* 5.2. *El tercero está legitimado para recurrir la sentencia cuyas declaraciones le resulten perjudiciales.* 5.3. *La impugnación de la*

sentencia recurrida en apelación. 5.4. El perjuicio en la impugnación. 5.5. Particularidades del caso litigioso. 5.6. Decisión del recurso. 5.7. Conclusión. Sobre la intervención provocada: el artículo 14-2 LEC y la Disposición Adicional 7ª LOE. 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

En la sentencia de apelación, y así se recoge también en la del Tribunal Supremo, se consideran probados los siguientes hechos:

1. La Comunidad de Propietarios del conjunto inmobiliario interpuso demanda contra la entidad Espais Diagonal Mar S.L. (posteriormente, Diagonal Mar Inmobles, S.L., DMI) reclamando el abono de una indemnización correspondiente al coste de reparar y subsanar las deficiencias de las instalaciones de climatización del Conjunto Inmobiliario por importe de 2.601.916,45 €.

Subsidiariamente se interesaba la condena a ejecutar las obras necesarias para dicha reparación y la indemnización de las que se hubieren ya ejecutado.

2. A instancia de la demandada, se acordó la intervención provocada de la entidad Consultoría de Projectes Girona S.L. PGI y Artemio, en su condición de Proyectista del sistema de climatización, no siendo aceptada la de la empresa instaladora InstalTermic al hallarse en concurso de acreedores.

3. La sentencia de instancia (de 31 de julio de 2015) estimó plenamente la demanda. Condenó a Espais Diagonal Mar S.L. al pago de la indemnización reclamada y declaró que los terceros intervinientes no demandados debían estar a los pronunciamientos de dicha resolución, sin condenarles en costas. En el Fundamento de Derecho Cuarto de dicha resolución se determina expresamente la responsabilidad de los terceros intervinientes no demandados.

4. Al recibir el traslado del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada (Espais Diagonal Mar S.L. o, posteriormente, Diagonal Mar Inmobles, S.L., o DMI) previsto en el art. 461.1 LEC, los terceros intervinientes presentaron en fecha 2 de noviembre de 2015 (la sentencia era de 31 de julio y les fue notificada el 2 de septiembre) escrito en el que manifestaban oponerse e impugnar la sentencia únicamente en su Fundamento Jurídico Cuarto, del cual se dio traslado a la apelante que se opuso a la impugnación.

5. Estando los autos pendientes de votación en la Sala, se presentó acuerdo transaccional suscrito entre la Comunidad actora y la entidad demandada en virtud del cual ésta le abonaba 500.000 € como indemnización por todos los conceptos, dándose las partes por saldadas y finiquitadas y renunciando a cualquier reclamación que pudiera derivarse de los hechos objeto de la litis, asumiendo cada una las costas y gastos causados a su instancia y quedando a salvo las acciones que pudieran corresponder a DMI (es decir, Espais Diagonal Mar S.L. o, posteriormente, Diagonal Mar Inmobles, S.L.) contra cualesquiera intervinientes en el proceso constructivo.

6. Los intervinientes afirman que, dado el recurso de apelación, se vieron obligados a oponerse e impugnar la sentencia recurrida y, dado que no

intervinieron en la transacción no les vincula la misma, entienden que estamos ante un desistimiento respecto de ellos como apelados, al que se oponen expresamente, por lo que debe condenarles en las costas causadas con ocasión del recurso.

Espais Diagonal Mar, S.L. sostiene que, en su recurso no impugnaba el pronunciamiento de la sentencia referido a la responsabilidad de los intervinientes, sino únicamente a la responsabilidad de la promotora, por lo que la actuación de aquellos en el recurso no estaba ligada a la de la demandada. Sostiene que los terceros intervinientes nunca han tenido la condición de apelados (pues no cabe apelación contra los codemandados ni intervinientes), por lo que no pueden interesar una condena en costas que deben ser de su exclusivo cargo. Y concluye que el escrito de los terceros intervinientes no es mera oposición al recurso de la demandada, sino una impugnación *ex novo* del fundamento cuarto de la sentencia, en una parte en que la recurrente no había impugnado, por tanto las costas deben correr a su costa.

Por auto de 26 de octubre se homologó el acuerdo transaccional suscrito entre la Comunidad actora y la entidad demandada, quedando pendiente de votación y fallo lo relativo al escrito de impugnación de los terceros intervinientes.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Barcelona dictó sentencia de fecha 31 de julio de 2015, en la que estimó plenamente la demanda y condenó a Espais Diagonal Mar S.L. a pagar a la Comunidad actora 2.601.916,45 €. Asimismo, declaró que los terceros intervinientes no demandados debían estar a los pronunciamientos de dicha resolución sin condenarles en costas, manifestando expresamente su responsabilidad en el fundamento jurídico cuarto de dicha resolución.

La parte dispositiva establecía:

“Que estimando como estimo la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios del conjunto inmobiliario..., contra la entidad ESPAIS DIAGONAL MAR, S.L., ..., y en el que han tenido intervención como terceros intervinientes no demandados la entidad CONSULTORÍA DE PROJECTES GIRONA, S.L. (PGI) y Don Artemio, ..., debo condenar y condeno a la entidad demandada ESPAIS DIAGONAL MAR, S.L. a satisfacer a la parte actora la cantidad de 2.601.916,45 euros más el interés por mora procesal previsto en el art. 576 LEC a computar desde el dictado de la presente sentencia. Todo ello con expresa condena en costas a la entidad demandada ESPAIS DIAGONAL MAR, S.L. respecto de las causadas a la parte actora.

Y debiendo estar los terceros intervinientes no demandados, la entidad CONSULTORÍA DE PROJECTES GIRONA, S.L. (PGI) y Don Artemio,

a los pronunciamientos existentes en la presente resolución, sin que proceda realizar expreso pronunciamiento en materia de costas respecto a las causadas a los referidos intervinientes”.

El citado Fundamento de Derecho Cuarto decía:

“En estos autos ha tenido intervención la entidad CONSULTORÍA DE PROJECTES GIRONA, S.L. y el ingeniero Don Artemio, ambos son en este procedimiento terceros intervinientes no demandados por lo cual ningún pronunciamiento condenatorio ni absolutorio puede emitirse en cuanto a los mismos en la presente resolución.

Si bien en estos autos se ha constatado la intervención de ambos intervinientes en el proceso de ejecución de las instalaciones de climatización las cuales se han considerado defectuosamente ejecutadas por lo cual ambos intervinientes deberán estar a este pronunciamiento sobre estimación de la existencia de defectos en las instalaciones que comprometen la habitabilidad de las viviendas (art. 17.1 b) LOE) como profesionales especialistas a los cuales según contrato suscrito con la entidad promotora de fecha 16 de mayo de 2001 se encomendó la elaboración del proyecto de instalaciones de las viviendas así como en su fase de ejecución la supervisión técnica y asistencia en la obra así como su puesta a punto final. Por ello atendiendo a su implicación en el desarrollo del proceso constructivo en relación a la instalación de la climatización de las viviendas tanto en fase de proyecto como de ejecución del mismo debiendo supervisar su correcta ejecución, asistiendo a la obra para lo cual se designaba a un ingeniero responsable del cumplimiento de tales misiones, el Sr. Artemio, y efectuar la puesta a punto final asumiendo la dirección técnica de la puesta en marcha de las instalaciones, se estima justificada su llamada al proceso por haber asumido tareas en el proceso constructivo que evidencian su responsabilidad en el resultado final obtenido pues su labor de vigilancia y supervisión de los trabajos de instalación se concluye de sus obligaciones adquiridas, habiéndose entregado finalmente la obra sin que por parte de estos profesionales conste reticencia o inconveniente alguno a ello que se acredite con la documentación aportada a los autos, asumiendo por ello el resultado.

Entendiendo con ello justificada la llamada al proceso de los citados intervinientes, en cuanto a los mismos no procede hacer pronunciamiento alguno sobre las costas causadas a ambos terceros intervinientes”.

3. Solución dada en apelación

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Espais Diagonal Mar, S.L. Por la representación de Consultoría de Projectes Girona, S.L. y de D. Artemio se formuló oposición e impugnación al fundamento cuarto de la citada sentencia.

La sección 14^a AP Barcelona, con fecha 26 de octubre de 2016, dictó auto de homologación del acuerdo transaccional con la siguiente parte dispositiva:

“La Sala [...] acuerda:

“Aprobar la transacción a que han llegado los litigantes Comunidad de Propietarios del Conjunto Inmobiliario ... contra Espais Diagonal Mar, S.L. (actualmente Diagonal Mar Inmobles, S.L., en liquidación), en los mismo términos y condiciones acordadas por las partes y que figuran reseñadas en el Antecedente Segundo de esta resolución, sin que proceda hacer imposición de costas a ninguna de las partes.

“Estése a lo acordado en providencia de 17 de octubre de 2016 respecto al impugnante D. Artemio y Consultoría de Projectes Girona, S.L.”.

En fecha de 23 de noviembre de 2017, la citada La sección 14^a AP Barcelona dictó sentencia por la que desestimó la impugnación de los intervinientes Consultoría de Projectes Girona, S.L. y D. Artemio, llamados al proceso por la promotora demandada Espais Diagonal Mar, S.L. por la vía de la Disposición Adicional séptima de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), en atención al argumento de que no estamos ante una verdadera y legítima impugnación de la sentencia, con la finalidad de evitar que su estimación colocase a los impugnantes en una peor situación, toda vez que en el recurso de la promotora ninguna pretensión se formulaba susceptible de causar perjuicio a los impugnantes, por lo que realmente la impugnación formulada constituye un recurso de apelación extemporáneo, y comoquiera que, en trance de resolver, las causas de inadmisión lo son también de desestimación, rechazó el precitado recurso.

En su parte dispositiva establece:

“FALLAMOS: Que DESESTIMAMOS la impugnación al recurso de apelación interpuesto por CONSULTORIA DE PROJECTES GIRONA SL Y Artemio contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm.11 de Barcelona el 31 de julio de 2015 en el seno del Procedimiento ordinario 1088/2012 confirmando el fundamento jurídico Cuarto de dicha resolución en lo que a los intervinientes se refiere.

“Se condena a los terceros intervinientes al pago de las costas ocasionadas con su impugnación”.

4. Los motivos alegados

Contra la sentencia de apelación de 23 de noviembre de 2017 dictada por la sección 14^a AP Barcelona, interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal los terceros intervinientes no demandados (Consultoría Projectes Girona, S.L. y D. Artemio).

El citado recurso se interpone al amparo de los arts. 469.1.3º y 469.1.4º, 477.2.2º LEC, por infracción del art. 461.1 LEC, al no haber resuelto la Audiencia Provincial sobre el escrito de oposición e impugnación al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

El primero de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal se deduce, al amparo del art. 469.1.3º LEC, por vulneración de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, alegándose como concretamente infringido el art. 461.1 de dicha disposición general.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

La sentencia objeto de comentario parte de las siguientes consideraciones:

5.1. *La posición jurídica de los recurrentes*

En el presente caso, los recurrentes fueron llamados al proceso por la vía de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE). Su condición jurídica, toda vez que la comunidad de propietarios demandante no aceptó dirigir la demanda contra ellos, es la de terceros, en virtud de la llamada al litigio, que determinó su participación procesal.

Los intervinientes son terceros no demandados, en tanto en cuanto la demanda no se dirija contra ellos y no sea precisa su interpelación conjunta con las partes demandadas al no darse un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

La problemática que suscita su posición jurídica en los procesos judiciales fue abordada por la sentencia de 20 de diciembre de 2011, del Pleno (recurso 116/2008), que se expresó en los términos siguientes:

“[...] el tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al tercero. Si el demandante no 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”.

La disposición adicional 7ª LOE prevé expresamente que el agente de la edificación demandado pueda solicitar la notificación de la demanda a otro u otros agentes para valorar su participación en la obra litigiosa, normando al respecto:

“Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos”.

Ya concretamente, con respecto a la interpretación de la precitada Disposición Adicional, la sentencia 538/2012, de 26 de septiembre, también del Pleno, señaló que la incorporación del tercero, como agente de edificación, se activa procesalmente a través del art. 14; pero únicamente adquiere la condición de parte demandada, si el demandante decide dirigir la demanda contra él, todo ello conforme a lo dispuesto en los artículos 5.2 y 10 LEC, en coherencia con los principios dispositivo y de aportación de parte que rigen el proceso civil, conforme al artículo 216 LEC.

Esta sentencia 538/2012 precisa, además, como debe interpretarse la oponibilidad y ejecutividad del fallo con respecto al tercero, en los términos siguientes:

“[...] 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 lo realizado 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”.

Así las cosas, quedaba pendiente de resolver las consecuencias de dicho llamamiento con respecto a la imposición de costas, lo que se aborda posteriormente en las sentencias 735/2013, de 25 de noviembre y 790/2013, de 27 de diciembre. De manera tal que, si el demandante decide ampliar la demanda contra el tercero, se aplicará el régimen general de vencimiento del art. 394 LEC; mientras que, en caso contrario, y toda vez que la llamada al proceso pudo generar gastos al tercero, cabría condena en costas al demandado si dicho llamamiento no estuviera justificado; ahora bien, si lo estaba, no procedía hacer especial condena en costas.

La segunda de las sentencias citadas explica cuándo dicha llamada estaría justificada, al indicar que:

“De tal forma que si la sentencia, a pesar de no contener un pronunciamiento de condena respecto de él, reconoce que por su actuación en el proceso constructivo hubiera sido responsable respecto de los vicios o defectos en las que se basa la acción ejercitada, en ese caso se entiende justificada su llamada al proceso y no procede hacer ningún pronunciamiento sobre las costas causadas al tercero interviniente. Pero si de la sentencia no se desprende su responsabilidad, en ese caso no estaría justificada su llamada al proceso y tendría sentido que se impusieran las costas al demandado que hubiera interesado su llamada al proceso”.

5.2. *El tercero está legitimado para recurrir la sentencia cuyas declaraciones le resulten perjudiciales*

El art. 448.1 LEC señala que: “Contra las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley”.

Se trata del requisito del gravamen, que actúa como presupuesto del derecho a recurrir, al que se refieren las sentencias 582/2016, de 30 de septiembre y 432/2010, de 29 de julio, entre otras, señalando ésta última que:

“[...] la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupa la posición de parte agraviada o, siendo tercero, le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir”.

En el caso que enjuicamos, los terceros, no constituidos en parte demandada, son titulares de un interés legítimo para recurrir las declaraciones de la sentencia que les sean desfavorables, que valoren su participación en la obra como agentes de la edificación, dadas las consecuencias negativas que una resolución de tal clase puede tener en un ulterior litigio promovido contra ellos, según resulta de la disposición adicional séptima de la LOE y su interpretación jurisprudencial.

Por otra parte, la regulación normativa de la intervención procesal conduce a tal conclusión. Así, de forma expresa, el último párrafo del art. 13 de la LEC, confiere al interviniente voluntario los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta el litisconsorte; y el art. 14 de la LEC, con respecto a la intervención provocada, norma que, una vez admitida la entrada del proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la Ley concede a las partes, y, por ende, también la posibilidad de interponer recursos.

Por consiguiente, es jurídicamente factible que los terceros, condición jurídica que ostentan Consultoría Projectes Girona, S.L., y D. Artemio, hubieran recurrido en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la cual, en su fundamento jurídico cuarto, valora su intervención y responsabilidad en el proceso constructivo litigioso, y en cuyo fallo expresamente establece:

“Y debiendo estar los terceros intervinientes no demandados, la entidad CONSULTORÍA DE PROJECTES GIRONA, S.L. (PGI) y Don Artemio, a los pronunciamientos existentes en la presente resolución, sin que proceda realizar expreso pronunciamiento en materia de costas respecto a las causadas a los referidos intervinientes”.

5.3. *La impugnación de la sentencia recurrida en apelación*

La impugnación de la sentencia recurrida a la que se refiere el art. 461 LEC equivale a una inicial conformidad con la sentencia dictada, que recurri-

da por la otra parte y, en tanto en cuanto el recurso interpuesto cause perjuicio al impugnante, se le abre la oportunidad de convertirse, a su vez, en apelante con relación a aquellos aspectos de la sentencia que, inicialmente consentidos, resulten contrarios a sus intereses.

En este sentido, se expresa la sentencia 548/2019, de 16 de octubre, cuando señala:

“En efecto, cuando una sentencia o auto definitivo (art. 455 LEC) no ha satisfecho plenamente las pretensiones o resistencias de las partes litigantes, causándoles un gravamen en sus intereses (art. 448.1 LEC), pueden apelarla separadamente interponiendo el correspondiente recurso de apelación; pero la ley igualmente admite que, cuando una de ellas ha tomado la iniciativa recurriéndola, la parte que ha dejado discurrir el plazo para hacerlo, consintiendo inicialmente la resolución, que afecta desfavorablemente a sus intereses, pueda aprovechar la oportunidad que le brinda la ley para impugnarla también en el trámite de oposición al recurso de apelación de la contraparte (art. 461.1 LEC). En definitiva, quien estaría dispuesto a aceptar una resolución desfavorable, condicionado a que la parte contraria también la consintiese, si esta última rompe el consenso tácito de acatamiento a la resolución judicial dictada, puede recurrirla, en el trámite de oposición al recurso, convirtiéndose a su vez en apelante, y determinando, con ello, que el Tribunal ad quem deba pronunciarse sobre ambos recursos. La impugnación supone pues que se permita a una de las partes salir de su inicial estado de pasividad, al conocer el recurso de apelación interpuesto por la contraparte para convertirse también en recurrente”.

En definitiva, la finalidad a la que responde la impugnación es conciliar, de un lado, la posibilidad de que quien resulta parcialmente perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer el correspondiente recurso de apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si la contraparte, en definitiva, interpone recurso de apelación (sentencia 865/2009, de 13 de enero de 2010).

Como dicen las sentencias 27/2014, de 6 de marzo, 257/2017, de 26 de abril y 548/2019, de 16 de octubre, son dos los requisitos que se exigen para que sea admisible la impugnación de la sentencia, que resultan de la consideración conjunta de los apartados 1 y 4 del art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

“(i) El primero consiste en que el impugnante no haya apelado inicialmente la sentencia. La impugnación no puede utilizarse para ampliar los pronunciamientos sobre los que el apelante ha formulado su recurso aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado (sentencia de esta sala núm. 869/2009, de 18 enero de 2010). [...]

“(ii) El segundo requisito es que la impugnación vaya dirigida contra el apelante. Las pretensiones formuladas en el escrito de impugnación no pueden ir dirigidas contra las partes que no hayan apelado. La sentencia núm.

865/2009, de 13 de enero de 2010, declara sobre este particular que el artículo 461.4 LEC, al ordenar que del escrito de impugnación se dé traslado únicamente al apelante principal, revela que el escrito de impugnación no puede ir dirigido contra las partes que no han apelado”. Los procesos con pluralidad de partes presentan peculiaridades con respecto al primero de los indicados requisitos. Y así, cuando se trata de un proceso con varios litigantes, porque se ha producido una acumulación subjetiva de acciones (normalmente de un demandante contra varios demandados, pero no necesariamente), se ha venido entendiendo que la regla del art. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de aplicarse independientemente en cada relación actor-codemandado, de tal modo que el recurso de apelación que el demandante interponga respecto de uno de los codemandados no le impide impugnar la sentencia con motivo del recurso de apelación interpuesto por otro de los codemandados respecto del que inicialmente el demandante no hubiera recurrido, por aplicación del brocardo *tot capita, tot sententiae* [tantas sentencias cuantas personas]. Así se ha declarado en las sentencias 865/2009, de 13 de enero de 2010 y 127/2014, de 6 de marzo entre otras.

Lo dicho hasta ahora no puede interpretarse en el sentido de que la impugnación de la sentencia no pueda ser un instrumento para recurrir pronunciamientos distintos a los cuestionados por el apelante principal; toda vez que, una vez interpuesta la impugnación, se convierte en un recurso autónomo, de manera tal que es factible que el apelado impugne los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que le sean desfavorables, sin necesidad de que los mismos estén relacionados con los que son objeto de la apelación principal (sentencias 905/2011, de 30 de noviembre; 257/2017; de 26 de abril y 548/2019, de 16 de octubre entre otras).

5.4. *El perjuicio en la impugnación*

La configuración legal de la impugnación exige que el recurso de apelación interpuesto pueda perjudicar a la parte apelada. De manera tal que, si una parte formula recurso de apelación y la situación del litigante, que inicialmente no apeló, puede verse agravada, cabe que, al oponerse al recurso, se formule impugnación sobre los aspectos perjudiciales de la resolución recurrida (sentencia 615/2016, de 10 de octubre). En este sentido, la sentencia 869/2009, de 18 de enero, señala que:

“La impugnación a que se refiere el artículo 461 es por tanto un instrumento procesal que la Ley pone al alcance de la parte que se aquieta con el fallo de primera instancia que no le resulta totalmente favorable y que es apelado por la contraria, para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal, evitando el riesgo de que a través del recurso se agrave en su contra ese pronunciamiento”.

De la misma manera, la sentencia 127/2014, de 6 de marzo, señala que:

“[...] la impugnación de la sentencia a que hace referencia el art. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una oportunidad que se brinda a quien inicialmente presta conformidad con el gravamen que la sentencia le supone, para que el mismo no se vea agravado por el resultado eventual del recurso que interponga la contraparte” de manera que “solo si la parte contraria la recurre y su situación puede agravarse respecto de la que resulta de la sentencia, el litigante que inicialmente no apeló pueda también formular su impugnación”.

5.5. Particularidades del caso litigioso

En el presente caso, la única parte apelante fue la promotora Espais Diagonal Mar, S.L., y sólo cuando se les dio traslado del recurso interpuesto, es cuando los terceros intervinientes impugnan la sentencia por la vía del art. 461.1 LEC, lo que les niega la Audiencia, toda vez que el recurso interpuesto por la promotora no era susceptible de agravar la posición jurídica de los intervinientes, pues únicamente se dirigía frente a la comunidad de propietarios demandante, interesando la desestimación de la demanda o la reducción del importe indemnizatorio.

5.6. Decisión del recurso

En este caso, al tratarse de la aplicación de la Disposición Adicional 7.^a de la LOE, sin que los terceros impugnantes se hayan constituido formalmente en parte demandada, al no postular la comunidad de propietarios actora que la demanda se dirija contra ellos, y, por lo tanto, no ser factible su absolución o condena; el concepto de perjuicio para impugnar la sentencia adquiere unas connotaciones específicas, derivadas del hecho de que, conforme a la jurisprudencia de esta sala, los referidos terceros quedarán vinculados por las declaraciones que se hagan en la sentencia de apelación a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrán alegar que resultan ajenos a lo ejecutado.

Es por ello que, al contener el recurso de apelación, una serie de valoraciones sobre la intervención profesional de los terceros impugnantes en la obra litigiosa, con la finalidad de verse la promotora exenta de responsabilidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 17.3 II LOE, no limitándose pues la apelante a valorar su propia actuación; las imputaciones realizadas con respecto a dichos terceros, que agravaban su participación en las obras de climatización, en tanto en cuanto podrían afectarles peyorativamente cara a un ulterior proceso en que fueran efectivamente demandados, determinan que consideramos, en un interpretación no restrictiva del acceso a los recursos, que no cabe privarles de la posibilidad de impugnar.

En definitiva, el resultado del recurso de apelación, tal y como fue formulado, no les resultaba indiferente e incluso podría ser perjudicial a sus intereses.

5.7. *Conclusión. Sobre la intervención provocada: el artículo 14-2 LEC y la Disposición Adicional 7ª LOE*

Con acertado criterio, el Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Consultoría de Projectes Girona, S.L., (PGI) y D. Artemio, contra la sentencia de 23 de noviembre de 2017, dictada por la sección 14.ª AP Barcelona, la cual desestimó la impugnación al recurso de apelación interpuesto por Consultoría de Projectes Girona SL y Artemio contra la Sentencia dictada por Juzgado de Primera Instancia núm.11 de Barcelona el 31 de julio de 2015, confirmando el fundamento jurídico Cuarto de dicha resolución en lo que a los intervinientes se refiere.

Como se sabe, una de las cuestiones de la LOE que más literatura jurídica ha producido, si no la que más, si incluimos en dicha literatura a las sentencias de instancia y apelación, es el alcance de la relación entre la intervención provocada a que se refiere el art. 14 LEC y la Disposición Adicional 7ª LOE, la cual prevé expresamente la oponibilidad y ejecutabilidad de la sentencia frente al llamado a la litis que no comparece.

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.

Las sentencias de instancia y de apelación se manifestaron dispersas hasta los conocidos pronunciamientos del Tribunal Supremo, fundamentalmente los siguientes:

- 1) SSTS (Pleno) de 20 de diciembre de 2011 y 25 de enero de 2012.

Curiosamente, tales invocaciones no son correctas porque el supuesto de hecho de las citadas sentencias 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 supuestos 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 citada 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).

2) Respecto de la interpretación de la Disposición Adicional 7ª LOE, STS (Pleno) 538/2012, de 26 de septiembre.

3) En relación con la imposición de costas, STS 735/2013, de 25 de noviembre y 790/2013, de 27 de diciembre.

4) Respecto del requisito del gravamen como presupuesto del derecho a recurrir, SSTs 582/2016, de 30 de septiembre y 432/2010, de 29 de julio, entre otras.

De dichas sentencias deriva la doctrina del Tribunal Supremo en cuya virtud:

a) Se entiende que el tercero llamado (intervención provocada) *ex* DA 7ª LOE y art.14 LEC no es parte, salvo que el demandante amplíe la demanda.

b) Si no se amplía la demanda al tercero llamado, la sentencia no puede tener pronunciamientos de absolución o condena respecto de él, aunque sí otros pronunciamientos o afirmaciones que le afecten.

c) Igualmente, el tercero llamado tampoco puede ser condenado en costas.

d) Si la sentencia contiene afirmaciones desfavorables o perjudiciales para el tercero llamado, éste puede interponer recurso de apelación, tanto directamente cuanto mediante escrito de impugnación del recurso de apelación de alguna de las partes. En todo caso, mediando el requisito de gravamen.

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. En realidad, la DA 7ª LOE supone una derogación del principio dispositivo del proceso y del principio de congruencia (lo cual niega la doctrina jurisprudencial citada) 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 sirve para reiterar, inútilmente, el proceso.

Hay que tener en cuenta que, como ha dicho el propio Tribunal Supremo, el objeto en los procesos por defectos constructivos no es determinar quién de los agentes es el responsable del daño, sino 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. Aunque tampoco así las cosas quedan absolutamente 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. En segundo lugar, por el propio contenido del art. 14 LEC, el cual permite admitir 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, como hemos visto, el Tribunal Supremo ha reiterado que no hay litisconsorcio pasivo necesario.

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, comprende los siguientes casos especiales: la llamada en garantía (como la que realiza a su vendedor el comprador demandado de evicción por un tercero (art. 1.475 CC) y sin la cual aquél no responderá por el saneamiento (por evicción) o 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); la *nominatio auctoris* o *laudatio* (o sea, los supuestos de los arts. 512 y 1559 CC) y la llamada en causa del tercero pretendiente.

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 con el demandado y, en su caso, los otros llamados.

6. Bibliografía

- ALMAGRO NOSETE, J., “Sobre la intervención provocada que admite la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Diario La Ley*, núm. 7982, 2012.
- BLASCO GASCÓ, F. *Cuestiones de responsabilidad civil de los agentes de la edificación*, Valencia, 2013.
- CARRASCO PERERA, Á., E. CORDERO LOBATO Y C. GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación*, 5ª ed., Cizur Menor, 2011.

- DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLES, M., *Comentarios Prácticos a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Granada, 2004.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4ª ed., Cizur enor, 2011.
- GARCÍA SEDANO, T., “La intervención provocada, una visión jurisprudencial”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 113, 2015.
- 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, parágr. 17, págs.160 y sigs.; en concreto, págs. 168 y sigs.
- LARROSA AMANTE, M. Á., “Problemas específicos de la intervención provocada del art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento civil”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 83, 2011.
- MILÀ RAFEL, R., “Intervención provocada, costas y relevancia de la actitud procesal de la parte actora en los procesos sobre responsabilidad por vicios constructivos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 10/2014. <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> I. Estudios y Consultas
- SÁNCHEZ DEL CASTILLO, J. A., *La intervención provocada de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación*, (tesis doctoral), Huelva, 2012, págs. 129 y sigs.; en concreto, págs. 148 y sigs. También, *La intervención provocada de la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la edificación*, Huelva, 2013.
- VICENTE TORRES, M., *La distribución de la responsabilidad civil entre el promotor, los agentes técnicos y el constructor*, Cizur Menor, 2019.
- VILLARIN VINENT, R., A. TORRERO RUBIO, “La intervención provocada en los procesos de vicios constructivos”, en *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 137, 2013.

