

Comentada en "La nueva regla 5ª del art. 14,2 LEC, la intervención provocada y la exigencia de resolver en sentencia sobre el tercero llamado al litigio"

RESUMEN

Frente a la resolución de instancia que estimó la demanda en parte, la AP estima en parte el recurso de apelación sostenido la demandada y desestima el deducido por la actora, revoca la misma en el sentido de fijar la suma que deberá satisfacer en concepto de indemnización la demandada. Esta Sala, entre otros, declara el incumplimiento de la promotora-vendedora de su obligación de entregar la cosa en las debidas condiciones al haber vendido un inmueble con defectos constructivos y de los que debe responder indemnizando a la actora el valor real acreditado que supone las reparaciones de los defectos.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.14.2 art.18 art.218.1 art.225.3 art.227.1 art.227.2 art.401.2 art.432.3 art.433.2 art.459.1 art.542
Ley 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación
art.3.1 art.17.1 art.17.3 dad.7
RD 515/1989 de 21 abril 1989. Compraventa y Arrendamiento de Viviendas: Protección de Consumidores
art.4
LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
art.238
Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
art.2 art.13.2
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1101

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACCIÓN CIVIL

CLASES DE ACCIONES

Decenal

Legitimación activa

De comunidad de propietarios

Legitimación pasiva

Del promotor

Indemnización

ARRENDAMIENTO DE OBRA

INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

Indemnización de daños y perjuicios

Responsables

Promotor

RESPONSABILIDAD DECENAL

Ruina funcional

Defectos que no constituyen ruina

NULIDAD DE ACTUACIONES

FICHA TÉCNICA

Favorable a: *Comunidad de propietarios, Promotor, Vendedor*; Desfavorable a: *Comunidad de propietarios, Promotor, Vendedor*

Procedimiento: *Apelación, Propiedad horizontal*

Legislación

Aplica art.14.2, art.18, art.218.1, art.225.3, art.227.1, art.227.2, art.401.2, art.432.3, art.433.2, art.459.1, art.542 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.3.1, art.17.1, art.17.3, dad.7 de Ley 38/1999 de 5 noviembre 1999. Ordenación de la Edificación

Aplica art.4 de RD 515/1989 de 21 abril 1989. Compraventa y Arrendamiento de Viviendas: Protección de Consumidores

Aplica art.238 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.2, art.13.2 de Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

Aplica art.1101 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.3 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.523 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido SAP Valladolid de 15 julio 2009 (J2009/177489)

Cita en el mismo sentido SAP Cádiz de 8 febrero 2008 (J2008/119377)

Cita en el mismo sentido SAP Las Palmas de 29 septiembre 2006 (J2006/328653)

Cita en el mismo sentido AAP Cáceres de 11 noviembre 2005 (J2005/208425)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 2 junio 2005 (J2005/83551)

Cita en el mismo sentido SAP Baleares de 19 abril 2005 (J2005/77208)

Cita en el mismo sentido SAP Zaragoza de 1 junio 2004 (J2004/81866)

Cita en el mismo sentido SAP Tarragona de 16 abril 2004 (J2004/77595)

Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 13 enero 2004 (J2004/4270)

Cita en el mismo sentido SAP Burgos de 5 noviembre 2003 (J2003/208298)

Cita en el mismo sentido SAP Valladolid de 18 septiembre 2002 (J2002/60949)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 17 julio 2001 (J2001/15836)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 23 febrero 2001 (J2001/2026)

Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 17 julio 2000 (J2000/23410)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 11 julio 2000 (J2000/15545)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 12 julio 2000 (J2000/15203)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 11 abril 2000 (J2000/5724)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 1 marzo 2000 (J2000/2141)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 4 diciembre 1998 (J1998/27843)

Cita en el mismo sentido sobre ACCIÓN CIVIL - CLASES DE ACCIONES - Decenal - Legitimación pasiva - Del promotor STS Sala 1ª de 4 diciembre 1998 (J1998/26408)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 18 julio 1997 (J1997/6829)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 18 marzo 1997 (J1997/2362)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 28 noviembre 1992 (J1992/11776)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 17 febrero 1986 (J1986/1304)

Bibliografía

Comentada en "La nueva regla 5ª del art. 14,2 LEC, la intervención provocada y la exigencia de resolver en sentencia sobre el tercero llamado al litigio"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Formulado recurso de apelación ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de los de San Fernando por las partes antes citadas contra la sentencia dictada el día 23/enero/2009 por el meritado Juzgado en el procedimiento civil núm. 149/2006, se sustanció en la forma prevista en la Ley. Ambas partes, actora y codemandada, formalizaron sus respectivos recursos en los términos previsto en Ley de Enjuiciamiento Civil ; de igual forma, cada una de las partes se opuso a la estimación deducido por la contraria, remitiéndose seguidamente los autos a esta Audiencia para la resolución de la apelación.

SEGUNDO.- Una vez recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial, se turnaron a esta Sección, acordándose la formación del oportuno Rollo para conocer del recurso y la designación de Ponente. El día 15/septiembre/2009 se celebró la vista del recurso con la asistencia de todas las partes, informando cada uno de los Letrados en defensa de sus respectivas posiciones. Reunida la Sala en el día de hoy para la deliberación y fallo del presente asunto, quedó votada la sentencia acordándose el Fallo que se expresará.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de los recursos y toma de posición. El recurso deducido por la promotora demandada debe ser parcialmente estimado, no así el que intenta la Comunidad de Propietarios actora. Ni las irregularidades procesales eventualmente cometidas, ni la defectuosa consideración de la presencia de terceros intervinientes en el proceso son motivos que alteren la condena de Fuentecanal Promociones S.L. tanto al principal, como a las costas causadas a aquellos, tal y como se declaró en la sentencia recurrida. Otra cosa será que, al no poder compartir los criterios del Juez de 1ª Instancia sobre la valoración de la extensa y compleja prueba pericial practicada en autos, debamos reducir sensiblemente el importe de la indemnización.

Ningún problema habrá en consecuencia para desestimar el recurso de la Comunidad de Propietarios enderezado a poner de manifiesto que su demanda en lo sustancial fue estimada, ya que, siendo ello relativamente cierto desde la perspectiva del recurso, la decisión que ahora se toma convierte sin duda alguna la estimación de su demanda en una estimación parcial.

Una única precisión inicial. Podría parecer, y así lo ha mantenido en algún momento la representación letrada de la Comunidad de Propietarios actora -aunque también haya mantenido lo contrario cuando a su Derecho ha podido interesar- que la acción ejercitada contra su vendedora es meramente contractual, esto es, derivada del art. 1101 y concordantes del Código Civil. Dicho de otra manera, que no se habrían ejercitado las acciones que "ex lege" confiere la Ley de Ordenación de la Edificación a los adquirentes frente a los diferentes agentes de la construcción. Que la demanda se dirigiera únicamente contra su vendedora y que luego no se accediera a ampliar la demanda cuando ésta llama a otros intervinientes en el proceso constructivo así lo indicaría, pero basta leer la demanda, y señaladamente el Fundamento de Derecho VI para comprobar que se ejercitaban acumuladamente las dos acciones.

SEGUNDO.- Recurso interpuesto por la parte codemandada, Fuentecanal Promociones S.L. Dividiremos el extenso recurso de la demandada en cuatro apartados para dar respuesta a cada uno de los seis motivos invocados.

1) LA NULIDAD DE ACTUACIONES POR VULNERACION DE LO ESTABLECIDO EN EL ART. 14.2.3º LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Mantiene, no sin razón la dirección letrada de Fuentecanal Promociones S.L., que en el trámite previsto en el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se produjo una grave irregularidad procesal. Efectivamente el inciso 3º de dicho precepto establece que, una vez aceptada por el Juez la llamada al tercero y emplazado éste, el plazo para contestar dispone el demandado original -que queda en suspendo desde que insta la intervención-"se reanuda" (...) con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero".

Pues bien, siendo la Ley clara en éste punto, el Juzgado mediante providencia de 7/abril/2008 acuerda, una vez contestada la demanda por los terceros intervinientes, alzar la suspensión y conferir el plazo que le restaba a la demanda para contestar, pero sin que en ningún momento le dé traslado de las referidas contestaciones ya presentadas. Inmediatamente el hecho fue denunciado por la recurrente al contestar su demanda, instando la nulidad de lo actuado. La respuesta vino de la mano de la providencia de 30/abril/2008: no había lugar a decretar la nulidad interesada, declarando que "las actuaciones estuvieron en Secretaría a disposición de las partes que las necesitaran para instruirse de las mismas". Pero no es exactamente eso lo que ordena la Ley, al ser taxativa respecto al trámite a seguir.

Quizás el incidente de nulidad no era posible ya que la vía adecuada para hacer valer la nulidad era el recurso de reposición frente a la primera de las providencias citadas (art. 227.1 Ley de Enjuiciamiento Civil) pero incluso su tramitación de oficio (art. 227.2 Ley de Enjuiciamiento Civil) en aquél momento hubiera sido útil para solventar el problema.

En cualquier caso la pretensión ahora interesada se antoja desproporcionada. Lo importante será constatar que la irregularidad procesal ciertamente cometida ha provocado la efectiva indefensión material de la parte recurrente; sabido es que sin ella, tal y como disponen los arts. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es imposible decretar la nulidad. Pues bien, un examen más detallado de los autos enseña que la línea de defensa de la entidad Fuentecanal Promociones S.L no parece haberse visto comprometida por no disponer de las contestaciones a la demanda de los terceros intervinientes al tiempo de contestar. La imputación a ellos de las responsabilidades deducidas se efectuó en el escrito promoviendo su llamada, es decir, sin conocer sus planteamientos, y en el particular se abunda al contestar a la demanda. Y se hace en los mismos términos genéricos que ahora se repiten en el escrito de formalización del recurso. La pregunta entonces es, ¿le causado alguna merma en sus derechos de defensa a la recurrente lo sucedido? Por mucho que la respuesta en abstracto pudiera ser positiva, no se ha aportado en concreto en la argumentación de la recurrente razón o motivo alguno que permita dar tal respuesta.

2) AUSENCIA DE PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE OTROS AGENTES DE LA CONSTRUCCIÓN. Intentaremos dar respuesta a las alegaciones 2ª y 3ª del escrito de recurso, unificados bajo el referido epígrafe. Reconozcamos ya que la cuestión no es sencilla por cuanto la interpretación del art. 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación no es fácil y está aún sometida a debate en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales a falta de pronunciamientos explícitos del Tribunal Supremo.

Con todo y para tratar de desbrozar el problema, planteemos la cuestión desde el punto de vista de lo actuado en autos, especialmente desde el punto de vista del debido respeto al principio de congruencia. La parte recurrente reclama algún pronunciamiento sobre la responsabilidad de los terceros intervinientes, que en el Suplico de su escrito de formalización del recurso concreta en los siguientes términos: insta a que "se proceda a rectificar

o aclarar la sentencia (recurrida) en el sentido de proceder a establecer las reglas para determinar la responsabilidad o determinar directamente la responsabilidad del resto de agentes constructivos llamados en causa por intervención provocada para ulterior reclamación". Pues bien, sin perjuicio de analizar posteriormente la bondad material de tal pretensión, encontramos serios obstáculos procesales a ser admitida.

En primer lugar, y desde el punto de vista de la lógica del recurso de apelación, resulta que en al contestar la demanda la única pretensión deducida por la representación letrada de la promotora recurrente fue la desestimación de la demanda deducida por la Comunidad de Propietarios actora con la lógica absolución de su representada. Nada se instó respecto de los terceros intervinientes: no ya su imposible condena, es que ni tan siquiera se dedujo pretensión alguna enderezada a predeterminar responsabilidades de los terceros con vista a acciones de repetición posteriores. Ocurre es que tal modo de proceder no es lícito al estar vedado por el art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Efectivamente, a través del recurso de apelación se persigue, "con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia", que se revoque una resolución perjudicial para el apelante "mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquél tribunal", según dispone literalmente el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Ello quiere decir que a la parte apelante le está vedada la posibilidad de deducir pretensiones diferentes a las ya actuadas e introducir hechos nuevos o razones diversas a las ya alegadas en la instancia. Se podrá decir, no sin alguna razón, que la llamada a los terceros provoca el efecto inmediato de hacer necesario un pronunciamiento sobre su eventual responsabilidad, pero ello parece poco acorde con los rigurosos términos en que está redactado el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Nótese que la parte recurrente no argumenta en concreto bajo qué parámetros debe exigirse la responsabilidad del resto de agentes de la construcción, en qué porcentajes o porqué razones concretas que puedan afectar a cada uno de ellos.

Para complicar aún más las cosas, resulta que la parte actora al evacuar sus conclusiones en el trámite previsto en el art. 433.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil insta, frente a su inicial renuencia a llamar a los autos a los terceros, que éstos sean condenados solidariamente con la promotora. Así puede leerse en el Suplico del escrito de conclusiones escritas evacuado tras la Diligencia de Reconocimiento Judicial llevada a cabo. Nada añade sin embargo al anterior debate, este hecho. En el trámite referido no cabe alterar las pretensiones ya deducidas (lo dice expresamente el art. 432.3: "Expuestas las conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que basen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento") por cuanto habían ya precluido las posibilidades de ampliar subjetivamente la demanda (art. 401.2 Ley de Enjuiciamiento Civil) o de intentarlo por vía de aclaración (art. 426 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así las cosas, lo que debemos hacer es preguntarnos acerca de la naturaleza de la intervención de los agentes de la construcción llamados al proceso por la vía del art. 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por ver si de ello se sigue -al margen de lo expuesto- la necesidad de pronunciarnos sobre sus eventuales responsabilidades. Recordemos que la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación es del siguiente tenor literal: "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 LEC EDL2000/77463 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".

Pues bien, dos son las posturas que en general se mantienen sobre el particular:

A) El tercero llamado al proceso no adquiere la condición de parte. La primera postura es la mayoritaria en la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales, referente obligado a la vista, como quedó dicho, de la falta de pronunciamientos al respecto por parte del Tribunal Supremo. Quienes la defienden, siempre sobre la base de tratarse de un supuesto de intervención provocada, esto es, entendiendo que el supuesto descrito en la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación debe necesariamente integrarse con lo establecido en el art. 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -entre otras cosas, porque allí se carece de una completa regulación procesal que sí ofrece el referido art. 14.2-, consideran que el tercero llamado al proceso dispone de las mismas facultades de actuación que la Ley concede a las partes, pero por ello tendrá la condición de demandado. Es así que el fallo de la sentencia no puede contener ningún pronunciamiento, ni condenatorio ni absolutorio, frente a él.

Los partidarios de esta postura consideran que, así se dice expresamente en el propio precepto, en tanto que dispone que tendrá las mismas facultades de actuación que las partes, pero no que sea parte; no es lícito confundir la condición en cuya virtud el tercero interviene, con las facultades que tiene a su disposición. En definitiva, que disponga de las mismas posibilidades de actuación que las partes, no significa necesariamente que posea tal condición. Ello solo ocurrirá en la hipótesis, poco frecuente en asuntos como el que nos ocupa, en que se produzca una auténtica sustitución procesal en los términos diseñados en el art. 18 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Encuentran así mismo apoyo en la tesis tradicional del Tribunal Supremo acerca de la institución, bien es cierto que anterior a la publicación de las dos normas cuya interpretación nos ocupa. Se suelen citar las sentencias de 11/octubre/1993 y 26/junio/1993 ya que en ellas se explica que, en relación al tercero llamado al proceso por el demandado, la sentencia "no podrá contener ningún pronunciamiento absolutorio o condenatorio para él, aunque quede vinculado a las declaraciones que en ella se hagan que no podrán ser discutidas en un posterior y eventual proceso". Tal es finalmente la virtualidad de la presencia del tercero en el proceso de un tercero en principio ajeno a él: quedar vinculado a sus pronunciamientos en la medida en que le afecten en proceso posterior en la medida prevista en el art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Con todo ello, y esta sería la tercera razón, se da respuesta a la cuestión esencial, es decir, a la imposibilidad de dar lugar a

una condena que no venga precedida por la introducción de una pretensión convenientemente deducida en el proceso por el actor, so pena de alterar principios básicos procesales cuales son el principio dispositivo o el de congruencia. Obviamente queda fuera el caso en que el actor, una vez que se le confiere el traslado de la solicitud del inicialmente demandado (art. 14.2.2º Ley de Enjuiciamiento Civil), muestra su conformidad con la presencia en autos de otros agentes de la construcción, conducta esta equivalente en lo sustancial a la ampliación de la demanda.

En apoyo a esta tesis se pueden citar muchas sentencias de las Audiencias. De entre ellos entendemos adecuada la cita de las que siguen: (1) SAP Zaragoza, Sección 2ª, de 1/junio/2004, según la cual: "En el régimen de la intervención a que se refiere el art. 14.2 LEC, el tercero, por mas que disponga de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes, no ostenta la condición de demandado y, por tanto, no puede ser condenado ni absuelto"; (2) SAP Baleares, Sección 5ª, de 19/abril/2005, para la que: "no estamos ante una intervención litisconsorcial, ni tampoco ante una sucesión procesal del demandado, sino como bien señala el juzgador «a quo», ante la intervención provocada de un tercero, instituto tradicionalmente recogido por nuestra jurisprudencia y actualmente regulado de forma más precisa y completa en el art. 14 de la nueva Ley procesal, en el que el tercero, aunque disponga de las mismas facultades de actuación que la Ley concede a las partes, no ostenta la condición de demandado, y por consiguiente, no cabe que el fallo de la sentencia contenga ningún pronunciamiento, ni condenatorio ni absolutorio frente él, todo ello, lo cual no significa que esta sentencia no pueda tener ninguna consecuencia frente a dicho tercero, pues es obvio que, en virtud de esa intervención procesal que le ha permitido defender sus propios intereses como parte, debe quedar vinculado por las declaraciones que en ella se hagan, y no podrán ser discutidas en un posterior y eventual proceso. Y es precisamente en este sentido en el que -al margen de su vigencia actual- debe ser entendida e interpretada la expresión contenida en la D.A. 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación de que la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a aquellos otros agentes de la construcción, llamados al proceso, en el supuesto que no comparecieren"; (3) SAP Valladolid, Sección 1ª, de 15/julio/2009, que reitera los anteriores planteamientos: "La audiencia Provincial de Valladolid en las sentencias dictadas por la Sección Tercera de fechas 18 de septiembre de 2002 y de 27 de octubre de 2008, que se citan en los recursos, han mantenido la teoría que es la de esta Sala de que en los supuestos de intervención provocada el tercero llamado al proceso no ostenta la condición de demandado y por consiguiente no cabe que el fallo de la sentencia contenga ningún pronunciamiento ni condenatorio ni absolutorio aunque las declaraciones que se hagan en la sentencia dictada en el proceso en el que ha intervenido defendiendo sus intereses le puedan vincular en un posterior proceso dejando establecidas en el presente proceso las responsabilidades de los agentes que intervinieron en el proceso constructivo".

B) El tercero llamado al proceso adquiere la condición de parte al ser ejecutable contra él la sentencia que se dicte. Por el contrario, otro sector doctrinal y otras resoluciones de las Audiencias Provinciales se muestran partidarias de considerar al tercero llamado al procedimiento como parte, es decir codemandado a todos los efectos. Los que así opinan, consideran que la clave se encuentra en la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación; la misma solo admite la interpretación según la cual la sentencia siempre es oponible y ejecutable frente al notificado, haya o no comparecido, interpretación que se ajusta mejor a lo dispuesto en el art. 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de ser evidente que carecería de lógica que la sentencia sólo le fuera oponible a un determinado agente de la construcción si llamado al proceso decide no comparecer y no si lo hace, se defiende y finalmente se declara su responsabilidad. Abunda en esta tesis, el iter procedimental que se establece en ambos preceptos, esto es: a) la notificación se debe hacer conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados; y, b) se incluirá la advertencia expresa a los 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.

De lo dicho se sigue que los llamados al proceso deben ser tenidos como parte demandada y, por tanto, deben figurar en la parte dispositiva de la sentencia y deben ser alcanzados por todos sus pronunciamientos, incluido el que verse sobre las costas.

Tal opinión está sustentada por las siguientes resoluciones: (1) SAP Valencia, Sección 7ª, de 6/octubre/2006: "admitida la intervención de un tercero, ya en su condición de voluntaria, ya de provocada, ya de litisconsorte, ha de ser considerado como parte demandada a todos los efectos pertinentes"; (2) AAP Cáceres, Sección 1ª, 11/noviembre/2005, a cuyo tenor: "Cuando la demandada fue emplazada y antes de la contestación presentó escrito solicitando la llamada al proceso del tercero autor del proyecto, concurriendo todos los requisitos de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, por cuanto se ejercita contra la demandada acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación, la solicitud se ha realizado dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, y la notificación se dirige contra la entidad autora del proyecto, que también intervino en el proceso de construcción. En estos supuestos, de la "llamada en garantía" analizado en el presente procedimiento, la solución debe buscarse en la norma sustantiva que justifica la llamada al tercero, pues la finalidad y la significación legal de la intervención puede justificar una u otra solución, es decir, la posibilidad de condena en determinados casos, o bien la sola notificación de la pendencia del proceso con el único fin de que no pueda alegarse en otro futuro el desconocimiento del mismo, en los que si bien no procede la condena, no puede desvincularse la llamada al proceso de la adquisición de la condición de parte. En estos casos, a diferencia de la llamada al proceso regulada en el art. 14 LEC, cabe que la sentencia se ejecute frente al tercero llamado y emplazado (aunque no haya comparecido), lo que materialmente equivale a su condena, como expresamente se dice en la norma que regula un supuesto de llamada en garantía simple, pues como hemos visto, el del demandado en un proceso de responsabilidad civil derivada de la construcción que puede llamar a otro u otros agentes que hayan participado en la edificación".

Nuestro punto de vista se acerca más a la primera de las alternativas propuestas, siendo así que en estos supuestos de intervención provocada, la sentencia que se dicte no podrá contener pronunciamiento condenatorio o absolutorio contra el tercero interviniente, por no ser demandado en sentido propio, aunque que quede vinculado a las declaraciones que se hagan en la sentencia, en el sentido de que luego no podrá alegar que lo decidido es res inter alios iudicata. La referida Disposición Adicional no constituye en este sentido una norma procesal autónoma, aislada o desconectada del sistema procesal en su conjunto. Adviértase que, además, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 es norma posterior a la Ley de Ordenación de la Edificación y que en esa medida pudiera haber alterado la regulación en ella contenida.

En todo caso y si atendemos a la literalidad de la norma, a lo sumo podía admitirse que los efectos de oponibilidad y ejecutabilidad se prediquen solo respecto del rebelde; lo que la ley dice es que "en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos". Podría tener sentido esta interpretación, que mayoritariamente se rechaza por absurda, al extenderse en su caso tales efectos a los terceros que sí hayan comparecido, desde la perspectiva de la sanción que se impone a aquél agente de la construcción que llamado para hacer frente a sus responsabilidades conforme al art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, abandona a su suerte al resto de agentes que participaron en la obra litigiosa impidiendo en alguna manera que se individualicen las responsabilidades de cada cual, siendo éste uno de los propósitos básicos de la Ley (art. 17.2 Ley de Ordenación de la Edificación). Con todo, esa eventual ejecutabilidad directa contra el interviniente rebelde -que, insistimos en ello, no resulta condenado sino afectado en la sentencia que se dicte- encuentra un nuevo obstáculo procesal en el art. 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al resultar imposible despachar ejecución frente a deudores solidarios que no aparezcan como ejecutados en el título de ejecución.

A la vista de la pluralidad de soluciones al respecto, resulta difícil dar concreta salida al supuesto litigioso. Sin embargo las concretas circunstancias que lo rodean sí servirán para afirmar lo que sigue: de una parte la completa irresponsabilidad de los técnicos intervinientes; de otra la responsabilidad de la constructora rebelde APROIM BAHIA DE CADIZ S.L. en relación a los vicios denunciados. Y en todo caso no habrá duda alguna de que la promotora demandada, haciendo frente a su responsabilidad solidaria con el resto de agentes de la construcción (art. 17.3, inciso 2º Ley de Ordenación de la Edificación), deberá también considerarse responsable.

Sin perjuicio de analizar en extenso las deficiencias alegadas, con carácter general se puede decir que ninguna de ellas compromete la funcionalidad del inmueble y/o su habitabilidad a los efectos de los arts. 3.1,c y 17.1,b de la Ley de Ordenación de la Edificación. Ni tan siquiera el puntual desprendimiento de parte del material que conforma las bovedillas del techo -en tanto que las mismas no son material portante y no conforman la estructura esencial del correspondiente forjado, tal como explicó el perito Sr. Anton - puede tener tal carácter. Más bien se trata de defectos de acabado que comprometen eso sí la estética del conjunto. Reiteradamente el perito de la parte actora. Sr. Cipriano, alude a defectos fundamentados en la falta de atención a la "buena técnica constructiva", pero sin que finalmente llegue a explicar cómo afectan al inmueble. Es constante en su informe la alusión a terminaciones defectuosas más que a defectos derivados del incumplimiento de previsiones de las Normas Técnicas de la Edificación. A pesar de ello incrimina tanto a la constructora como a los técnicos intervinientes, sin dar, sin embargo, explicación suficiente de tal juicio.

Que la constructora resulta en autos responsable parece que está fuera de toda duda. Es ella la legalmente responsable de los "vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado" (art. 17.1 in fine Ley de Ordenación de la Edificación) y sabemos que de hecho hubo problemas y conflictos con su forma de proceder que determinaron, según el arquitecto director de la obra, Sr. Leandro, la imposibilidad de dar ritmo normal a la obra, hasta el punto que el contrato de obra hubo de ser resuelto anticipadamente tal y como explicó el representante legal de la promotora en el Juicio.

Por el contrario, nada sugiere que los técnicos deban responder en el concreto caso de autos de los defectos que se citan. Ni tan siquiera la falta de adecuación de determinados elementos constructivos a las previsiones del proyecto, conociendo dicha circunstancia los técnicos al tiempo de suscribir el certificado final de obra -como todos ellos admitieron al ser interrogados-, legitima la derivación hacia ellos de la responsabilidad debatida en autos. Al respecto, lo que hemos de plantearnos es si el proyecto tiene algún valor normativo. Lo haremos de la mano de las sentencias dictadas por esta Sección de fechas 5/mayo/2000 y 8/febrero/2008. Se trata de saber si el contenido del Proyecto se integra en la regla negocial. Mucho se ha discutido al respecto. La cuestión de derecho subyacente puede ser abordada desde dos posiciones extremas, susceptibles de ser matizadas en razón de su aplicación al caso concreto. Una primera sería considerar que las calidades exigibles y las obras a ejecutar serían exclusivamente las que expresamente se detallan en los contratos de compraventa y en sus anexos, es decir, en los planos y en la Memoria de Calidades. La regla negocial queda contenida exclusivamente en tales documentos y el contenido contractual obligatorio se resume en los pactos allí reflejados. Quedarían excluidas de la citada regla negocial vinculante aquellas precisiones sobre calidades o detalle de las obras a ejecutar contenidas en el Proyecto de Obra o en el Proyecto de Ejecución. Frente a ello, y en segundo lugar, se ha mantenido, con razón, que así como los planos sí tienen ese carácter normativo y de hecho se integran de ordinario como anexo en los contratos de compraventa de viviendas, al modo en que lo hace la Memoria de Calidades para detallar y especificar el contenido contractual, no hay razón para negar tal valor a los proyectos. Aunque sea como documentos de referencia, ese carácter será indispensable para solventar controversias cuando los detalles y especificaciones que aparezcan expresados en el propio clausulado del contrato, en el plano o en la tan citada Memoria sean insuficientes. Es por ello que el Tribunal Supremo en sentencia de 4/diciembre/98 indicara que "el constructor- promotor debe terminar la obra y entregar los elementos particulares y comunes de la misma conforme a lo ofertado, que resulta coincidente en la mayoría de

los casos, salvo estipulación en contra, con el Proyecto de Ejecución"; en el mismo sentido de atribuir valor contractual a los proyectos puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 11/junio/98.

Insistimos que la fuerza obligatoria del proyecto se predica desde su consideración como documento subsidiario y de referencia, no porque, en general, quepa atribuirle en sí mismo contenido propiamente negocial. Quizás debamos concluir en que, en función de los casos, ni el contenido del proyecto debe necesariamente integrarse en la regla negocial, ni tampoco cabe su exclusión indiscriminada. Pero es obvio que si se están vendiendo unidades de una promoción ya en curso, esto es, una vez que la promotora ha contratado la obra sobre un concreto proyecto, lo que se adquiere es precisamente el desarrollo del proyecto que se está ejecutando. Así se deriva de lo establecido en los arts. 2 y 13.2 de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 y en el art. 4 del citado Real Decreto de 21 de abril de 1989.

Pues bien, resulta que en autos desconocemos cómo fue vendida la promoción sobre la que luego se asentó la Comunidad de Propietarios actora, es decir, si mediaron -como es lo corriente- contratos privados de compraventa sobre el inmueble en construcción y si en ellos se dotó de fuerza normativa al Proyecto integrándolo en la regla negocial. Lo que sí conocemos es la Memoria de Calidades. Y resulta que las previsiones allí contenidas respecto del garaje parecen haberse cumplido y, por tanto, son ajenas a los vicios detectados: el garaje dispone de acceso común con puerta automática con mando a distancia, se cumple la normativa contraincendios, la solera es de hormigón con tratamiento superficial de cuarzo, existen puertas privadas de acceso basculante para el acceso a cada box de garaje y, finalmente, también cada vivienda dispone de una escalera interior de acceso. De lo dicho se sigue que las faltas imputables a los técnicos por falta de desarrollo del Proyecto no son imputables a ellos, ni desde el punto de vista de su deber de llevar a cabo todas y cada una de sus previsiones -al carecer éstas de carácter contractual por no acreditarse en autos que así fuera-, ni desde el punto de vista del cumplimiento de sus obligaciones profesionales, si es cierto -y no hay razón para dudar del testimonio coincidente de todos ellos al respecto- que la falta de dotación para concluir la obra conforme al Proyecto se debió a razones meramente empresariales de la entidad promotora. Debe, por último, también resaltarse que los vicios que afectan a la infraestructura común de telecomunicaciones son ajenos a los técnicos llamados al procedimiento solo responsable de la obra civil.

3) LA DEFECTUOSA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA: FIJACION DE LA INDEMNIZACIÓN. Entramos con ello en la parte esencial del litigio: se trata de valorar la realidad y entidad de los vicios y defectos denunciados. Debemos descartar de entrada el método del Juez a quo. Asume acríticamente y como un todo el conjunto de apreciaciones del perito de la parte actora, D. Cipriano. No solo de lo contenido en su informe inicial, sino también en la adición que da lugar a la ampliación de la demanda de la actora. Resaltemos ya que es curioso que el perito valore la partida más importante de su informe, esto es, el tratamiento de la solera del garaje, en 15.000 euros en diciembre de 2005 y resulte que al solicitar presupuesto para tal obra la suma ascienda en septiembre de 2006 a 23.450 euros, lo cual ya habla de la falta de consistencia de su informe como para ser aceptado en su totalidad.

En general es doctrina generalmente aceptada y constantemente reiterada por el Tribunal Supremo (recogida por las sentencias 17/febrero/86 y 28/noviembre/92), la que entiende que "la prueba pericial debe ser valorada libremente por el Juzgador de acuerdo con la sana crítica, por lo que no puede ser atacada en casación, puesto que no constan en norma legal alguna concreta que pueda ser invocada en este recurso extraordinario las reglas a que deba sujetarse, salvo que esa valoración conduzca a una situación de hecho absurda, ilógica o contradictoria en sí misma", de modo que lo importante será calibrar la calidad probatoria intrínseca de la pericia. En tal sentido, "la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en la mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener, por tanto, como prevalentes en principio a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional, sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes" (STS 11/mayo/81).

Pues bien, el Juez a quo, sin más precisión y pese a reconocer la competencia y probidad de los tres peritos intervinientes, considera que el informe D. Cipriano ofrece "una explicación lógica, razonada, plausible y coherente". No es esa la impresión que recibe tras el estudio comparativo de los tres informes y sobre todo tras escuchar la ratificación de cada uno de ellos en el juicio, donde quedó claro que el perito que ofrecía explicaciones más coherentes, lógicas y en cierta medida desinteresadas fue D. Anton. En cualquier caso el análisis detallado de cada partida, que es lo que el Juez a quo debió intentar, muestra un resultado diferente al obtenido en la sentencia recurrida.

A. TECHO DEL SOTANO. Se denuncia por D. Cipriano que esté sin revestir -aunque el mismo admitió que desconocía si en el Proyecto se había previsto algo al respecto-, pero en realidad el problema no era éste. Como zona no vividera D. Anton entiende que el acabado que presenta los citados techos es admisible en tanto que espacio "no estancial". Es más su enfoscado en la situación actual es alternativa inconveniente por cuanto supone alterar toda la estructura de conducciones y bandejas que cuelga sobre el techo que es, por lo demás, la solución dada en la mayoría de garajes y permite el acceso directo a las mismas de ser necesaria su reparación.

Cuestión distinta es la fisuración y desprendimiento de parte de las bovedillas. Siendo, como efectivamente lo es, un problema constructivo, no parece que afecte a la funcionalidad del techo como antes ya se indicó; por otra parte no es un vicio tan generalizado como sugiere D. Cipriano ya que en la Diligencia de Reconocimiento Judicial se constató que los desprendimientos eran escasos y aislados y, según los peritos de los demandados, se trataría de un vicio ya estabilizado después de cinco años desde que se concluyó la construcción. Tampoco es cierta la etiología del vicio; no se trata

como afirmó Cipriano de una mala resolución de los encuentros de las bovedillas con las paredes laterales, sino que al localizarse los desprendimientos en lugares diferentes, D. Anton explica que más ha podido deberse a un defecto de manipulación o colocación. Resulta finalmente inaceptable que D. Cipriano prevea que cualquier vibración externa, hasta un simple portazo, pueda afectarlas.

Con todo, los desprendimientos existen y deben ser reparados. El Sr. Mario incorpora una partida de 300 euros para tomar con los morteros adecuados las partes desprendidas. Consideramos que la partida debe incrementarse hasta los 3.000 euros para hacer frente a eventuales desprendimientos futuros, una vez admitida la posibilidad de una defectuosa manipulación al ser originariamente colocados.

B. PAVIMENTACIÓN. Es la partida más importante desde el punto de vista cuantitativo y comprende varios defectos: acabado, rampas, desniveles y fisuraciones. Ninguna de ellas debería dar lugar a indemnización específica, sin perjuicio, como en el caso de anterior de dotar de alguna cantidad a la Comunidad de Propietarios para hacer frente a los problemas que, con toda probabilidad, surjan en el futuro.

El acabado, es decir, el fratasado del pavimento de hormigón, es correcto. D. Cipriano cree lo contrario pero sin explicar porqué. Ante la falta de normativa que se hubiera eventualmente incumplido, termina por explicar que está mal acabado porque "se ve", esto es, lo ve él, no así el resto de peritos ni es posible apreciarlo en las fotografías aportadas. La rampa intermedia está bien construida al disponer de un hormigón arañado para evitar deslizamientos, amén de no tratarse de una zona de paso de peatones. Los desniveles no han sido acreditados; frente a lo que se dice al respecto en la sentencia recurrida, es lo cierto que en el Reconocimiento se hizo constar que ello "no era algo apreciable a la vista". En todo caso, resulta incomprensible que, dado que el agua exterior se filtra por la rejilla ubicada en la puerta de acceso de vehículos, y que el grifo instalado en el garaje solo debe servir para la limpieza del mismo, un simple baldeo de su superficie llegue a provocar inundaciones en los espacios privativos de cada garaje, cuando cada uno de ellos, y esto sí está comprobado, disponen de cotas superiores o elementos de protección.

Mayor interés tiene a nuestro juicio el problema de las fisuras aparecidas en el pavimento. Pese a haber sido reparadas las preexistentes con las correspondientes resinas, subyace un problema de fondo cual es la extensión de cada uno de los paños. Tienen una extensión varias veces superior a la prevista en el Proyecto y pueden ser fuente de problemas en el futuro. Consideramos que debe dotarse a la Comunidad de Propietarios con la suma de 3.000 euros para hacer frente a contingencias futuras.

C. PUERTAS DE ACCESO. Parece que el problema ya ha sido resuelto según se desprende la Diligencia de Reconocimiento. Pese a ello, D. Mario admite que se proceda a su arreglo con partida de 50 euros. Parece que debe añadirse una suma suplementaria que permita dar un arreglo completo a sistema de acceso, que calculamos en 200 euros

D. SEÑALIZACIÓN DEL GARAJE. Se entiende que se trata del pintado de un zócalo de 50 centímetros de altura, con cenefa también de color, según las mediciones contempladas en el informe D. Cipriano. No es preciso según D. Anton dada la estructura lineal del garaje. Pese a ello, el perito propuesto por la promotora asume como mejora correspondiente a previsión contenida en el proyecto dicho pintado que valora en 250 euros, cifra que estimamos adecuada para hacer frente a la partida.

E. PINTURA DE TUBERÍAS DE SUMINISTROS. Es actuación innecesaria ya que cualquier técnico es capaz de distinguir el uso de cada conducción y nada añade a la funcionalidad del techo. Cipriano solo lo considera "aconsejable".

F. INFRAESTRUCTRA COMUN DE TELECOMUNICACIONES. Las deficiencias en éste punto son admitidas por D. Mario, asumiendo que su principal deberá solventar los problemas observados tanto en el mástil de la antena colectiva, que es corto y precisa de alguna ampliación, como en los mecanismos de toma de televisión por satélite de cada vivienda. Asume el coste de la segunda partida, 720 euros, pero rebaja el de la primera a 500 euros, que entendemos debe quedar fijado en 700 euros.

G. SIFONES DE PATIOS EXTERIORES. Dados los problemas de olores que padecen los propietarios a través de las arquetas de saneamiento de los patios exteriores, se propone la sustitución indiscriminada de los correspondientes sifones, que se dicen mal ejecutados por D. Cipriano. Con mejor explicación y con mayor razón aparente, tanto el arquitecto director de la obra, Sr. Leandro, explicó que a instancias del Ayuntamiento hubo de realizar dos redes de saneamiento, una para aguas fecales y otro para las pluviales, pero luego el propio Consistorio decidió unirlos en su encuentro con la red general, de ahí que los problemas sean ajenos al propio proceso constructivo. Con todo, D. Anton observó que los sifones estaban mal acabados, faltando alguna pieza del sistema en el que pudo inspeccionar. De ahí que sin necesidad de reparar todo y por completo, se estime la partida de 2.000 euros para dar respuesta a los problemas aparecidos.

En definitiva la suma a indemnizar alcanzará los 9.870 euros

4) LAS COSTAS OCASIONADAS A LOS TERCERO LLAMADOS AL PROCESO POR LA CODEMANDADA FUENTECANAL PROMOCIONES S.L.

Cuestión relacionada con la condición procesal del tercero interviniente es la de determinar quien debe hacer frente a las costas generadas por su defensa. En éste punto las cosas parecen más claras que en el atinente a la referida naturaleza procesal de la intervención.

Partimos de la base de que el tercero debe ser absuelto, esto es, si asumimos la tesis antes expuesta es que respecto de él no cabe hacer pronunciamiento alguno ni condenatorio, ni absolutorio. Y es obvio que los criterios establecidos en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no disciplinan de forma directa el supuesto que nos ocupa.

Una primera aproximación al problema nos lleva a distinguir entre los siguientes casos: (1) Si el demandante se mostró conforme con el llamamiento del tercero al proceso al evacuar el trámite previsto en el art. 14.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, correspondería a éste correr con dichos gastos, dada la desestimación de sus pretensiones (art. 394.1 Ley de Enjuiciamiento Civil). Recordemos que entonces sí se adquiere la condición de parte, al haber ampliado la actora su demanda. La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, de 16/abril/2004 ilustra tal solución: "de lo anterior se sigue que la parte actora, que en todo momento consintió estas actuaciones procesales, sin formular recurso, protesta o reserva alguna a la calificación de la entidad (...) como parte demandada, asumió que la misma ostentaba tal condición en el juicio, y que se había ampliado así el ámbito subjetivo del proceso, de modo que su pretensión quedaba también dirigida contra dicho nuevo demandado", por lo que termina concluyendo que: "su absolución no puede sino implicar la obligación de la actora de abonar las costas causadas a dicha sociedad". Queda a salvo el caso en el que pueda apreciarse la presencia de serias dudas de hecho o de derecho a solucionar conforma a las normas generales; (2) Si el demandante se opuso al llamamiento del tercero al proceso parece lo lógico que corresponde la imposición de costas a la parte quien indebidamente llamó al proceso al tercero absuelto. En tal sentido se pronuncia, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 10/abril/2006: "en consecuencia, procede la absolución de todos los terceros intervinientes llamados por el demandado, condenando únicamente a la demandada a abonar a la entidad actora la cantidad en que ha sido presupuestada la reparación de los defectos existentes en el edificio, condenándole igualmente al pago de las costas procesales causadas a la actora, en virtud de lo dispuesto en el art. 394,1 LEC, al haber sido acogidas de una forma sustancial las pretensiones actoras. Hubiese procedido igualmente la condena a la demandada al abono de las costas causadas a los terceros intervinientes en primera instancia, pero como quiera que la sentencia sólo fue recurrida por la parte demandante, sin que lo fuera por los terceros intervinientes, el único pronunciamiento que cabe al respecto es no hacer pronunciamiento alguno respecto al pago de las costas causadas a los mismos". De la misma opinión es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 6/octubre/2006: "admitida la intervención de un tercero, ya en su condición de voluntaria, ya de provocada, ya de litisconsorte, ha de ser considerado como parte demandada a todos los efectos pertinentes, lo que incluye el pronunciamiento relativo a las costas, tanto a satisfacerlas si fuere condenado a ello, como a su reembolso de ser absuelto".

Con todo, la cuestión es especialmente problemática y así se pone de manifiesto en la jurisprudencia. Así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, de 13/enero/2004 se inclina por no hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia con relación a los codemandados llevados al proceso y absueltos en la instancia, dadas las dudas jurídicas que suscita la interpretación jurídica del art. 14 LEC, vista la laguna legal existente en el texto relativo a las costas procesales. A su vez, pueden encontrarse resoluciones que resuelven ésta última cuestión de manera diferente -respecto de la primera hipótesis las dudas son menores- apreciando soluciones intermedias, opción a la que debemos adherirnos.

Y es que, en puridad, el problema no es que el tercero interviniente haya sido absuelto y por ello deba satisfacer sus costas quien lo llamó al procedimiento, sino que la razón última de condenar al demandado que ha promovido la llamada viene del hecho de no aparecer razones suficientes en autos como para considerar al interviniente responsable de la pretensión deducida en la demanda. Ello nos lleva a concluir que en éstos casos, sobre la imposibilidad de condenar a la parte actora, solo será procedente la condena del demandado que ha promovido la llamada cuando no existan dudas de hecho o de derecho sobre la irresponsabilidad del interviniente. En el fondo tal solución lo que hace es aplicar los principios generales de vencimiento -aunque solo sea aparente y virtual cara aun proceso posterior- indemnidad y teneridad, que es criterio usualmente también barajado para dar solución al problema (así sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, de 29/septiembre/2006 que considera que la llamada a juicio de esos agentes de la construcción no cabe considerarla artificiosa y su responsabilidad estará en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, que han de ser analizadas dentro del proceso).

Como razón adicional a la solución que proponemos se encuentra su adecuación con los criterios ya acuñados por el Tribunal Supremo sobre condena excepcional al pago de las costas del codemandado absuelto por el que fue condenado. Lo explicábamos en la sentencia de esta Sección de 25/mayo/2009: "Por lo que se refiere a este particular, la doctrina jurisprudencial señala reiterada y constantemente que no es procedente imponer las costas causadas por el codemandado absuelto al que sí ha sido condenado. Así lo ha establecido con claridad, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 17/julio/2001, cuando afirma que "según el principio del vencimiento que proclama el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 (y en el mismo sentido el artículo 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil) no cabe imponer al codemandado condenado las costas producidas por los codemandados que han sido absueltos. Cuando los terceros han sido traídos al proceso por decisión del demandante, éste deberá satisfacer las costas". Más cercana es la STS de 2/Junio/2005, que declara que la jurisprudencia "establece que las costas derivadas de su intervención de un codemandado absuelto han de ser pagadas por el actor que indebidamente lo trajo al pleito, salvándose con ello el principio de la tutela judicial efectiva". Y es que, como razona la sentencia de 11/abril/2000, "la motivación por razones procesales o materiales de demandar a una persona siempre existe; pero, si resulta no ser ajustada a derecho y se desestima la demanda, aquella motivación no puede tenerse como justificación para no imponer las costas a la parte demandante. Desde el punto de vista del demandado absuelto no tiene por qué soportar la carga de ser demandado de forma infundada, ya que la demanda es desestimada".

No quiere ello decir que no se hayan contemplado excepciones a este criterio del vencimiento. Éstas las resumen con detalle las sentencias del Tribunal Supremo de 23/febrero/2001 y 6/julio/2001, que reiteran sin embargo el principio general: "Con algunas excepciones, como las representadas por las sentencias de 18 de julio de 1997 y 4 de diciembre de 1998, que no consideraron a cargo de la parte actora las costas causadas por la intervención de un codemandado absuelto, si bien en la primera de ellas tal declaración se justificaba por la estrecha relación entre el codemandado absuelto y codemandado condenado, la doctrina de esta Sala al respecto es que las costas debidas a la intervención de un codemandado absuelto no pueden imponerse al codemandado condenado (SSTS de 1 de marzo y 12 de julio de 2000), y además que, salvo supuestos excepcionales de confusión imputable a los propios codemandados (STS de 21 de junio de 1999), las costas causadas por la intervención de un codemandado absuelto que hubiera sido llamado al proceso a instancia del actor para evitar una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario deben ser impuestas al demandante (SSTS de 18 de marzo y 22 de abril de 1997, 17 de abril de 1998, 23 de marzo de 1999, y 11 de julio de 2000)".

Sea como fuere, en el caso de autos no parece que haya duda sobre la condena a la promotora codemandada al pago de las costas ocasionadas a los técnicos que, llamados al procedimiento, han comparecido para defenderse de la imputación de responsabilidad que se les hacía.

Creemos que las razones dadas al efecto por la parte apelante no pueden ser tomadas en consideración. Que el Juzgado hubiera admitido el llamamiento, pese a la oposición de la Comunidad de Propietarios actora, no es patente de curso para hacer irresponsable a la recurrente. Tal posibilidad, además de integrarse en el mecanismo procesal correspondiente, nada tiene que ver con la responsabilidad en la toma de la iniciativa por Fuentecanal Promociones S.L. La mejor doctrina considera que, para dar protección al principio de máxima defensa, el Juez no debe ser restrictivo siempre que conste por la verosimilitud del relato la vinculación del agente de la construcción tercero con los hechos de la demanda. Del mismo modo que los citados terceros intervinientes se aquietaran a la decisión judicial ("aceptaron dicha llamada, comparecieron, contestaron a la demanda...") y no se opusieran a su presencia en el proceso, ni es cierto -y basta dar lectura a sus respectivos escritos de contestación para comprobarlo- ni es conducta que pudiera comprometerles dado que su presencia en el proceso, una vez que son emplazados, es procesalmente obligatoria al adquirir la carga correspondiente.

Seguidamente la dirección letrada de la recurrente pasa a razonar sobre extremos ajenos al problema que nos interesa. Es irrelevante para resolverlo que ciertamente los terceros intervinientes, en tanto que no son parte en el procedimiento, no pueden ser condenados en costas. Pero la cuestión es otra: es saber quién debe pechar con las suyas. Por lo demás la cita de las sentencias de la Audiencias Provinciales de Burgos (5/noviembre/2003) y Castellón (11/febrero/2004) solo abundan en la imposibilidad de condenar en costas al actor que no ha consentido en el llamamiento, que es también supuesto diferente al de autos, conteniendo doctrina justamente contraria a los intereses de quien efectúa la cita jurisprudencial.

Finalmente, si asumimos que la razón última de condenar al demandado que ha promovido la llamada viene del hecho de no aparecer razones suficientes en autos como para considerar a los intervinientes responsables, o corresponsables, de la pretensión deducida en la demanda, entonces deberemos concluir, conforme a lo antes expuesto, que si los arquitectos superiores o los arquitectos técnicos llamados al proceso tienen responsabilidad alguna en los pedimentos introducidos en la demanda, su llamada fue indebida y los gastos a ellos generados deben ser satisfechos por Fuentecanal Promociones S.L.

TERCERO.- Recurso interpuesto por la parte actora, Comunidad de Propietarios " DIRECCION000". Es más que discutible que el recurso interpuesto por la Comunidad de Propietarios actora esté fundamentado. Lo cierto es que, versando el mismo sobre la ausencia de condena en costas en la 1ª Instancia por estimación solo parcial de su demanda, se puede mantener con el Juez a quo que la pretensión contenida en el apartado 3º del duplico de su demanda (condena "al pago de la cantidad que corresponda al incremento de los daños sufridos en las viviendas desde hoy hasta la fecha en que se proceda a su efectiva reparación") fue desestimada. Y lo fue porque fue incorrectamente deducida, no ya, que también, porque se refiera a "viviendas" ajenas al garaje litigioso, sino por que su falta de especificación encuentra difícil acomodo en lo dispuesto en los arts. 219 y 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Por el contrario, entender que la ampliación de la demanda cursada a lo largo del procedimiento llenaba la referida pretensión pugna con el sentido literal de la misma, pero también puede resultar admisible desde el punto de vista de la lógica procesal aunque el modo de hacer valer la pretensión indeterminada al inicio del proceso no fuera del todo correcta.

Sea de una u otra forma, el debate es estéril. Desde el punto y hora que estimamos solo parcialmente la demanda deducida por la Comunidad de Propietarios actora con la lógica consecuencia de no poder haber expresa condena en costas respecto de las causadas en la 1ª Instancia. Y ello sin perjuicio de lo ya dicho respecto de los terceros intervinientes.

CUARTO.- Costas. Al estimarse parcialmente el recurso interpuesto por la promotora demandada, tampoco será preciso un pronunciamiento respecto de las costas causadas en la tramitación de su recurso de apelación (art. 398.2 Ley de Enjuiciamiento Civil). Por su parte, y en lo que hace al recurso de la Comunidad de Propietarios actora, en el caso de dictarse fallo confirmatorio de la resolución apelada, se deberían imponer las costas al apelante según dispone el art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , salvo que la Sala observe dudas de hecho o de derecho que, conforme a lo dispuesto en los arts. 398.1 y 394.1 de la Ley procesal, justifiquen la adopción de otra decisión. Y es éste el caso de autos a la vista de lo ya explicado en el Fundamento Jurídico 3º de la presente resolución.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, y en razón a lo expuesto,

FALLO

PRIMERO.- Que estimando parcialmente el recurso de apelación sostenido en esta instancia por FUENTECANAL PROMOCIONES S.L. y desestimando el deducido por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS" DIRECCION000" contra la sentencia de fecha 23/enero/2009 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de San Fernando en la causa ya citada, revocamos la misma en el sentido de fijar la suma que deberá satisfacer en concepto de indemnización FUENTECANAL PROMOCIONES S.L. a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS" DIRECCION000" en la de 9.870 euros.

SEGUNDO.- No hacemos especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio literal al Rollo de Sala, y se notificará a las partes con expresión de los recursos que contra la misma puedan haber, juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Número CENDOJ:11012370022009100362