

## **NOTA DE PRENSA**

El pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha resuelto una de las cuestiones más discutidas en materia de intervención en el proceso civil de los agentes de la edificación.

Los hechos objeto de enjuiciamiento parten de una demanda interpuesta para resarcir los daños y perjuicios ocasionados por una empresa de arquitectura con la que se había contratado la ejecución de un edificio de viviendas. La empresa asumió la redacción del proyecto de ejecución y la dirección de la obra. Los daños y perjuicios que se reclamaban habían sido ocasionados porque el edificio construido excedió en 3,50 metros la altura permitida, lo que conllevó la demolición parcial de la obra.

Durante el procedimiento, a solicitud de la parte demandada, fue llamado al proceso el arquitecto técnico, pero la parte demandante no dirigió la demanda contra este. La demanda fue desestimada en primera instancia y, pese a declarar que la responsabilidad del daño era del arquitecto técnico, no le condenó por no haberse dirigido la demanda contra él. La Audiencia Provincial revocó esta resolución y condenó a la empresa de arquitectura por los daños ocasionados, al no comprobar esta si el replanteo estaba realizado correctamente.

Esta sentencia ha sido recurrida en casación y por infracción procesal y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado Seijas Quintana, al resolver el recurso por infracción procesal, ha decidido la cuestión, que es frecuente en materia de reclamación de daños contra las constructoras, de la aplicación de la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación cuando un tercero es llamado al proceso y, más concretamente, de si debe tener condición de parte y cuál es su relación con el otro codemandado.

La sentencia expone en primer lugar las dos corrientes jurisprudenciales que existen en la materia: una considera que el tercero llamado al proceso debe ser tenido como parte y otra defiende que el tercero, para poder ser condenado, tiene que haber sido demandado por el demandante o alguno de ellos, en caso de ser varios los reclamantes. La Sala se decanta por esta segunda corriente en atención a los principios dispositivo, de rogación y de

congruencia, y considera que solo se adquiere la condición de demandado si se ejercita frente a él una pretensión por el demandante.

En la sentencia se reconoce que, en todo caso, aunque el tercero no fuera demandado, debe quedar afectado por la sentencia que recaiga en el sentido de no poder discutir lo declarado en ella en otro proceso, al haber defendido sus intereses en el proceso en el que fue llamado.

La sentencia desestima también el recurso de casación y recuerda la doctrina reiterada de la Sala sobre la falta de legitimación de quienes son demandados para interesar la condena de los otros codemandados, sin perjuicio de las reclamaciones que contra ellos puedan formularse en el juicio correspondiente.

**Madrid, octubre de 2012.**  
**Área de Civil del Gabinete Técnico**  
**del Tribunal Supremo.**

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**  
**PLENO**

**Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**SENTENCIA**

**Sentencia N°:** 538/2012

**Fecha Sentencia:** 26/09/2012

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**

**Recurso N°:** 478/2009

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimando

**Votación y Fallo:** 17/07/2012

**Ponente Excmo. Sr. D.:** José Antonio Seijas Quintana

**Procedencia:** AUD.PROVINCIAL DE VALENCIA SECCION N. 8

**Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

**Escrito por:** AAV

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA.RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO. LLAMAMIENTO AL PLEITO DE UN TERCERO, AGENTE DE LA EDIFICACIÓN, A INSTANCIA DEL DEMANDADO .DISPOSICIÓN ADICIONAL 7ª DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN.**

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 478/2009**  
**Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana**  
**Votación y Fallo: 17/07/2012**  
**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega**

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**  
**PLENO**

**SENTENCIA N°: 538/2012**

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Antonio Xiol Ríos**  
**D. Francisco Marín Castán**  
**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**  
**D. José Antonio Seijas Quintana**  
**D. Antonio Salas Carceller**  
**D<sup>a</sup>. Encarnación Roca Trías**  
**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**  
**D. Ignacio Sancho Gargallo**  
**D. Francisco Javier Orduña Moreno**  
**D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos**

---

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Septiembre de dos mil doce. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Valencia, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don XXX, el procurador don Alejandro González Salinas. No ha comparecido la parte recurrida.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.-** La procuradora doña Alicia Ramirez Gómez, en nombre y representación de la mercantil YYY, interpuso demanda de juicio ordinario, contra la mercantil XXX y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare la responsabilidad profesional de la mercantil XXX, en la fase de ejecución de la obra, por haberse excedido la altura de las construcciones sobre la altura de cornisa por encima de 3,50 metros, siendo ésta la máxima permitida por las normas urbanísticas del Ayuntamiento de Buñol en el momento del otorgamiento de la licencia.

- Se condene a la empresa XXX a pagar a la mercantil YYY la cantidad de doscientos veintisiete mil ochenta y cuatro euros con tres céntimos (227.084, 03 EUROS), siendo éste el importe del daño soportado por la mercantil actora para la demolición parcial de la cubierta del edificio construido en la calle 000, a fin de ajustar la altura de cumbrera a la normativa urbanística y licencia de obras.

- Se condene a la mercantil XXX al pago de los intereses legales desde la interposición de lo demandado, así como al pago de las costas del juicio.

**2.-** El procurador don Francisco Real Marqués, en nombre y representación de don Lorenzo, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la misma absolviendo a mi mandante, con expresa condena en costas a la parte que ha solicitado la intervención provocada de mi mandante y con carácter alternativo a la actora.

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Valencia, dictó sentencia con fecha siete de mayo de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de YYY, contra XXX, con la intervención provocada de Lorenzo, debo absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos obrantes en la demanda, con imposición de las costas causadas al demandado en este procedimiento.*

*Con fecha 16 de mayo de 2008, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva Dice: Se aclara el fallo de la sentencia de fecha 7 de mayo de 2008 en el sentido de que impongan a la parte actora las costas causadas en el procedimiento.*

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de YYY, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha dos de diciembre de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por YYY S.L., contra la sentencia de 7 de mayo de 2008 y auto de aclaración de 16 de mayo de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valencia, en autos de Juicio ordinario seguidos con el nº 1138/06, que se revoca en parte y se estima en parte la demanda formulada por YYY, contra XXX y se condena a dicho demandado a que abone a la demandante la suma de 42.884 euros e intereses legales desde la interposición de demanda confirmandola en el resto de pronunciamientos que no se opongan a la anterior y sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancia tanto de la demanda como de la apelación.*

**TERCERO.- 1.-**Contra la expresada sentencia preparó y después **interpuso recurso de casación** la representación procesal de la entidad XXX con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Infracción del art. 1544 del Código Civil al calificar la relación jurídica que vincula al promotor y arquitecto en fase de dirección, como un arrendamiento de obra. **SEGUNDO.-** Infracción del art. 1.101 del Código Civil en relación con los arts. 12.3. b) 13.2 c) y 17.8 de la Ley de Ordenación de la edificación por inexistencia de responsabilidad del arquitecto superior en la dirección de la obra. **TERCERO.-** Infracción de los artículos 1101, 6.2. y 1156 del Código Civil, en relación con el art 17.8 de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, al concurrir causa de exoneración de la responsabilidad del arquitecto. **CUARTO.-** Infracción del art. 17.2. de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre por condenar al 100% de la indemnización al arquitecto superior, estando probada la responsabilidad relevante y causal de aparejador, quien resultó absuelto por no haberse formulado pretensión condenatoria en su contra. **QUINTO.-** Infracción de los arts. 1103 y 1107 del Código Civil, al no

moderar el "quantun respondatur" como consecuencia del incumplimiento de la actora de su obligación y deber de mitigar el daño. **SEXTO.-** Infracción del art. 1108 del Código Civil en cuanto a que la condena al pago de los intereses desde la interpretación judicial vulnera el brocado "in lliquidis non fit mora".

Igualmente se interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** por la representación procesal de la entidad XXX con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los arts. 218 y 405 del mismo cuerpo legal, así como con la aplicación y efectos de la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, que entiende debe ser resuelta por el Tribunal Supremo a fin de evitar su aplicación dispar y situaciones de inseguridad jurídica.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha dos de marzo de 2010 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló pleno para votación y fallo el día 17 de julio del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA,**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** YYY, contrató los servicios de la empresa de arquitectura, XXX, para proceder a la ejecución de un edificio de viviendas con locales y apartamentos en la calle 000de la población de Buñol. En cumplimiento de esta relación contractual, redactó el proyecto de ejecución de obra y asumió la dirección durante la fase de ejecución, en la que se detectó un exceso en la altura de las construcciones sobre la altura de la cornisa por encima de 3,50 metros, siendo esta la máxima permitida por las normas urbanísticas del Ayuntamiento de Buñol en el momento del otorgamiento de la licencia.

Esta actuación causó un daño a la entidad promotora derivado de la demolición parcial de la cubierta para ajustar la cumbreira a la normativa urbanística y licencia de obras, que valoró en 227.084,03 euros.

En lo que aquí interesa, intervino también en la obra el arquitecto técnico don Lorenzo a quien la demandada solicitó se le notificase la pendencia del proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a partir de lo cual el curso procesal hasta el presente recurso es el siguiente:

1.- El auto de 2 de febrero de 2007, declaró haber lugar a la intervención provocada solicitada por la demandante y se emplazó a don Lorenzo para que contestara la demanda con la advertencia de que de no comparecer la sentencia sería oponible y ejecutable frente a él. En la misma resolución se acordó requerir a la actora para que en término de cinco días aportara copia del escrito de demanda y documentos que la acompañan.

2.- Cuando se dio traslado de tal petición a la demandante manifestó que no se oponía pero que era el demandado quien lo llamaba. Lo que no hizo fue ampliar la demanda ni solicitar la condena del llamado.

3.- Don Lorenzo contestó cautelarmente la demanda y se opuso a la misma porque se había formulado únicamente contra XXX, y no tenía la condición de demandado por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 216 LEC, y en atención al principio dispositivo que rige el proceso civil, no podía ser condenado por la sentencia que pusiera fin al proceso, y, en cualquier caso, porque no era responsable del incumplimiento de infracciones urbanísticas.

4.-La sentencia del Juzgado responsabilizó al aparejador del daño *“por error en el planteo, más en concreto, por falta de una verdadera comprobación del mismo o por la omisión de la subsanación de haberse realmente comprobado”*. Sin embargo, desestimó la demanda puesto que no *“contiene la menor alusión a que el problema de altura de la cubierta fuera debida a un incumplimiento contractual del arquitecto técnico; donde no se ha producido una ampliación*



*subjetiva de la demanda, ni una petición de condena ni en el escrito de alegaciones sobre la intervención planteada”.*

5.-YYY formuló recurso de apelación. El recurso fue estimado en parte y la sentencia de la Audiencia condenó a la inicial demandada a abonar a la demandante la suma de 42.884 euros e intereses legales desde la interposición de la demanda. Por un lado, califica la relación existente con la actora de contrato de arrendamiento de obra y le considera responsable exclusivo del daño puesto que no verificó ni comprobó que el replanteo estaba realizado correctamente cuando era su obligación. Por otro, entiende que no existe pretensión de la demandante contra el arquitecto técnico y que la demanda atribuyó toda la responsabilidad a la demandada por lo que no puede *“en vía de recurso formular una petición de condena frente a persona no demandada en su día”*.

6.- XXX, formuló un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

**SEGUNDO.-**Se circunscribe a delimitar dos cuestiones fundamentales: 1ª.- Si el tercero llamado al proceso conforme a la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, tiene o no la condición de parte y puede ser condenado o absuelto en la sentencia 2ª.- Efectos de ello con relación al otro codemandado.

Se desestima.

La llamada al tercero a instancia de la parte demandada tiene su fundamento legal en la Disposición Adicional 7ª LOE, que establece lo siguiente: “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 comparecieran, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos”

La aplicación de esta Disposición Adicional ha dividido tanto a las Audiencias Provinciales como a la doctrina en lo relativo a la incorporación de terceros al proceso a su condición de parte en el mismo:

a) Para algunas Audiencias el tercero debe ser tenido como parte demandada y, por tanto, debe figurar en la parte dispositiva de la sentencia, y debe ser alcanzado por todos sus pronunciamientos incluido el que verse sobre las costas (SSAP de Baleares -Sección 3ª- de 2 de mayo de 2003 y -Sección 5ª- de 20 de julio 2011; de Albacete -Sección 2ª- de 6 de octubre de 2008, recogiendo el acuerdo en Pleno del mismo Tribunal de fecha 6 de octubre de 2008; de Asturias -Sección 1ª- de 1 de julio de 2010.

b) Según otras, para poder condenar a alguno de los intervinientes en el proceso constructivo "llamado en garantía" de forma provocada por algún codemandado, es precisa la solicitud de condena expresa por parte de alguno de los demandantes por un elemental y obligado respeto a los principios dispositivos, rogación y congruencia, lo cual no significa que la sentencia no pueda tener consecuencias frente a dicho tercero pues en virtud de esa intervención procesal, que le ha permitido defender sus propios intereses, debe quedar afectado por las declaraciones que en ella se hagan, las cuales no podrán ser discutidos en un posterior y eventual proceso (SSAP de Burgos -Sección 3ª- de 6 de febrero de 2010, recogiendo el acuerdo del Pleno de esta Audiencia Provincial, de fecha 15 de noviembre de 2011; de Málaga -Sección 4ª- de 13 de septiembre de 2011).

La Sala acepta este segundo planteamiento.

La incorporación al proceso de quien no ha sido demandado en su condición de agente de la construcción se autoriza en la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación exclusivamente para las acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la citada Ley, y se activa procesalmente a través del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El tercero cuya

intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo.

En el proceso civil, dice la sentencia de Pleno de 20 de diciembre de 2011, al abordar la naturaleza del tercer interviniente en un supuesto no regulado por la Disposición Adicional 7ª de la LOE, *“la cualidad de parte demandada corresponde al sujeto frente al que el demandante pretende la tutela ante los tribunales. Es el sujeto al que ha de afectar - por la situación que ocupa en una relación jurídica- la decisión solicitada en la demanda, y es esa situación en la relación jurídica lo que le legitima pasivamente para ser demandado. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 5.2 y 10 LEC, en coherencia con el principio dispositivo y de aportación de parte que rige el proceso civil, al que se refiere el artículo 216 LEC. El sujeto solo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión. En consecuencia, 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 se 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.*

*Que el tercero pueda actuar como parte demandada significa que su posición formal es la de una parte -aunque no desde el punto de vista material porque no ha sido demandado- por lo que tendrá las oportunidades de alegación y defensa que la tramitación del concreto proceso permita a las partes. La situación del tercero que no ha sido demandado es la posición de quien está al cuidado del litigio, como sujeto interesado al que, sin soportar la acción, la LEC le permite una actividad en el proceso dirigida a conseguir que este tenga un resultado lo menos adverso posible para los intereses del tercero que puedan verse afectados de forma refleja, con la función de precaverse de la gestión procesal de la parte correspondiente”.*

El principio dispositivo del proceso civil tiene la importancia y significación de atribuir a las partes el poder de dirigir el proceso de

forma material, hasta el punto de que el órgano judicial no puede obligar a demandante y demandado a mantener determinadas posiciones, de tal forma que el emplazamiento del llamado como demandado no aceptado por el actor, no equivale a una ampliación forzosa de la demanda que permita su absolución o condena, mientras que la oponibilidad y ejecutividad del fallo de la sentencia, a que se refiere la disposición transcrita, supone, de un lado, que quedará vinculado por las declaraciones que se hagan en la sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrá alegar que resulta ajeno a 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 fué llamado al proceso y como tal no puede figurar como condenado ni como absuelto en la parte dispositiva de la sentencia.

### **RECURSO DE CASACIÓN.**

**TERCERO.-** Se formulan seis motivos. El primero se funda en la vulneración del artículo 1544 CC. Considera la parte recurrente que la Audiencia Provincial se equivoca al calificar la relación jurídica que vincula a demandante y demandado como de arrendamiento de obra. Tal calificación le permite imputar cualquier resultado defectuoso al director de la obra. Sin embargo la calificación correcta es la de un arrendamiento de servicios, por lo que no todo defecto puede ser achacado a la actividad profesional del director superior de la obra.

Se desestima.

El artículo 1544 CC contiene la definición del contrato de arrendamiento de obras o servicios (ejecución de obra o empresa, y de prestación de servicios), y se puede denunciar su infracción cuando se discute la calificación, o en que consisten las prestaciones de las partes. Pero en modo alguno cabe tomar dicho precepto como enunciado de infracción legal que permita reproducir todas las discrepancias de las partes sobre el ámbito del contrato en concreto, cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones, o su extinción o modificación (STS 7 de octubre 2011). Bajo la denuncia genérica lo

que la parte recurrente pretende es que se le exonere de responsabilidad por imputarle un defecto originado en la fase de la dirección de la obra ajena a su obligación como arquitecto, y ello supondría convertir a la casación en una tercera instancia, lo que la ley no permite, ni la jurisprudencia consiente.

Pero es que, además, el encargo realizado por el dueño de la obra, aceptado por el arquitecto, determina el nacimiento del contrato de arrendamiento de obra, previsto en el artículo 1544 del CC del que surge la obligación del arquitecto no solo de redactar un proyecto técnicamente viable, sino de asumir la dirección de la obra durante la ejecución, de manera tal que esta pueda ser llevada a su práctica material de acuerdo con lo proyectado, lo que no se produjo al no haberse obtenido el resultado pretendido por la actividad profesional contratada como consecuencia de no haber verificado el replanteo que entendía se había hecho correctamente. Con esta mala praxis se produjo un exceso de altura en la cumbre del edificio que determinó la suspensión, la sanción y la orden de demolición por el Ayuntamiento.

**CUARTO.-** En el motivo segundo se denuncia la vulneración del artículo 1101 CC, en relación con los artículos 12-3-B, 12-3-c y 17-8 LOE, por inexistencia de responsabilidad del arquitecto en la dirección de la obra. Valora que la deficiencia constructiva cuya existencia ha quedado probada, constituye un defecto de ejecución material de la obra, del que no debe responder el arquitecto.

El motivo hace supuesto de la cuestión pues al arquitecto se le imputa el daño originado en las funciones propias de su actividad, como se dijo en el anterior fundamento jurídico y, además, no ha podido infringirse una normativa propia de la LOE puesto que no se aplica en la sentencia.

**QUINTO.-** El motivo tercero se funda en la vulneración de los artículos 1101, 6.2 y 1156 CC, en relación con el artículo 17.8 LOE. Entiende la parte recurrente que concurre una causa de exoneración de la responsabilidad del arquitecto pues la parte actora, pese a tener pleno conocimiento del defecto constructivo decidió continuar adelante

con la edificación, solicitando a través de recurso administrativo la no demolición del exceso de altura y su conmutación por una multa pecuniaria. Esta conducta va en contra de sus propios actos, pues cuando se produjo el supuesto incumplimiento en virtud del que derivó su reclamación, no existió una indemnización para deshacer lo mal ejecutado, sino que, por su exclusivo interés, decidió continuar adelante con las obras.

El motivo no solo trae a este recurso cuestiones ajenas a la resolución recurrida, como la del conocimiento por la promotora del defecto constructivo, sino que relaciona los artículos que cita con el 17.8 de la LOE, que no ha sido tenido en cuenta en la sentencia. Desconoce, además, que la solución adoptada en la obra debió acomodarse a la normativa aplicable, garantizando el debido cumplimiento de las exigencias urbanísticas que hicieran viable la construcción.

**SEXTO.-** En el motivo cuarto vuelve a citar el artículo 17.2 LOE, al condenar al demandado en exclusiva, cuando existe responsabilidad del tercer interviniente, que resulta absuelto por no haberse formulado contra él pretensión de condena. Por lo demás, y pese a que es jurisprudencia reiterada que quienes en un litigio ostentan la posición de demandados carecen de legitimación para interesar la condena de sus codemandados, sin perjuicio de las reclamaciones que contra aquellos pueda formular en el juicio correspondiente, si estimaren asistirles algún derecho para ello (SSTS de 1 de marzo y 12 de junio, de 15 de julio de 2009, de 4 y 21 de octubre 2011), habrá de estarse a lo resulto en el recurso por infracción procesal.

**SÉPTIMO.-** El motivo quinto denuncia la infracción de los artículos 1103 y 1107 CC, al no moderar la cuantía por la que debe responder el demandado, como consecuencia de no haber cumplido la parte actora con su obligación de actuar a fin de mitigar el daño causado.

Se desestima.

El artículo 1107 se refiere a la responsabilidad del deudor de buena fe y el artículo 1103 a la moderación de la indemnización por incumplimiento con culpa del deudor, que no se ha producido, siendo doctrina reiterada de esta Sala –STS 20 de julio 2011, entre otras- que la moderación de la responsabilidad por culpa "constituye una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, por lo que, en principio, está vedado su acceso casacional", como dicen las sentencias de 17 de noviembre de 1995 y 20 de mayo de 2004, " facultad discrecional, exclusiva de la instancia excediendo del ámbito propio de la casación", reitera la de 29 de septiembre de 2005 con cita numerosas sentencias anteriores y que reiteran de nuevo las de 11 de octubre de 2005, 22 de enero de 2007, 19 de julio de 2007 y 10 de octubre de 2007 si bien estas últimas advierten que cabe la revisión en casación, cuando se ha dado una "desproporción notoria" o una aplicación con criterio contrario al "ponderado, racional y lógico", que no es, desde luego, el caso presente.

**OCTAVO.-** Finalmente, el motivo sexto se funda en la infracción del artículo 1108 CC, en cuanto a que la condena al pago de intereses contemplada en la sentencia que los impone desde el momento de la interpelación judicial, cuando ha sido preciso dos instancias judiciales para su fijación, por lo que deben imponerse desde el momento en el que se dictó la sentencia de segunda instancia.

Se desestima.

Esta Sala ha seguido el criterio con arreglo al cual, prescindiendo del alcance dado a la regla "in illiquidis non fit mora", atiende al canon de razonabilidad en la oposición a la reclamación del actor para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del "dies a quo" del devengo. Este moderno criterio, según precisan las Sentencias de 16 de noviembre de 2007 -que cita las de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007 - y de 19 de mayo de 2008, entre las más recientes, da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela

judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es, pues -como precisa la Sentencia de 20 de febrero de 2008 -, la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía", siendo procedentes desde la fecha de la intimación judicial que constituye en mora al deudor y que se produce en este caso por la interposición de la demanda.

**NOVENO.-** Se desestiman ambos recursos y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

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

Desestimar los recursos formulados por la procuradora d<sup>a</sup> María Luisa Sempere Martínez, en la representación que acredita de XXX, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia 2 de diciembre de 2008, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Ríos.**



**Francisco Marín Castán. José Ramón Ferrándiz Gabriel. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Encarnación Roca Trías. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Firmado y Rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.