



Roj: **STS 3233/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3233**

Id Cendoj: **28079119912020100021**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **15/10/2020**

Nº de Recurso: **4252/2017**

Nº de Resolución: **529/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 10583/2017,**
STS 3233/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 529/2020

Fecha de sentencia: 15/10/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4252/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/06/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4252/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 529/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 15 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2017, dictada en recurso de apelación 528/2016, de la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario 1768/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. Luis Enrique , representado en las instancias y ante este Tribunal por la procuradora Dña. Ruth Oterino Sánchez, bajo la dirección letrada de D. José Manuel Pablo Blasco y ha visto el recurso de casación contra la misma sentencia interpuesto por la entidad mercantil Ideapsa S.A., representada en las instancias y ante este Tribunal por el procurador D. Manuel Álvarez-Buylla Ballesteros y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ripoll Vermeuzouze, compareciendo ambos procuradores en calidad de recurrentes.

En calidad de recurridos se personan D. Ángel Jesús representado por la procuradora Dña. Gracia López Fernández y bajo la dirección letrada de D. Rafael Delgado Alemany; se persona la entidad mercantil JPL Nazul S.L., representada por el procurador D. José Antonio Pérez Casado, bajo la dirección letrada de D. José Manuel Medrano García; se persona Caja de Seguros Reunidos, Cia. de Seguros y Reaseguros S.A. (Caser) representada por la procuradora Dña. Adela Cano Lantero y bajo la dirección del letrado D. Alberto Sáez López y por último se persona en calidad de recurrido Cotea Obras S.L. representada por la procuradora Dña. María Bellón Marín y bajo la dirección letrada de D. Francisco José Beltrán Zapata.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil JPL Nazul S.L., representada por el procurador D. José Antonio Pérez Casado y dirigido por el letrado D. José Manuel Medrano García, interpuso demanda de juicio ordinario contra Ideapsa S.A. (*Project Manager*), Cotea Obras (constructora) S.L., D. Ángel Jesús en su calidad de arquitecto superior y D. Luis Enrique , en su calidad de arquitecto, técnico y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Condenando a las demandadas a:

"I. A abonar a mi mandante todos ellos solidariamente la cantidad de doscientos noventa y un mil seiscientos diecisiete euros con cuarenta y tres céntimos (291.617,43.-€) correspondientes a la indemnización por daños causados.

"II. Adicionalmente a la mercantil Ideapsa S.A., la cantidad de trescientos noventa y siete mil quinientos veintinueve euros con cincuenta céntimos (397.529,50.-€) en concepto de honorarios percibidos indebidamente, daños, excesos de certificaciones indebidamente facturadas, partidas rehechas así como el lucro cesante, todo ello derivado del incumplimiento total de su responsabilidad como gestor del proyecto.

"III. Subsidiariamente y si se estimase que dicha entidad ha cumplido parcialmente la prestación a que conforme al contrato se hallaba obligada, la cantidad adicional a abonar por Ideapsa será únicamente de cuarenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y cinco euros con treinta y ocho céntimos (41.495,38.-€).

"IV. Y en cualquiera de los dos casos, abonar a mi cliente el interés legal correspondiente a las cantidades anteriormente mencionadas, desde la fecha de interposición de la demanda, que en el caso de Ideapsa, será el establecido por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

"V. Adicionalmente a la mercantil Cotea Obras, S.L., además de la cantidad referida en el primer punto, la cantidad de ciento cinco mil ciento setenta y nueve euros con noventa y ocho céntimos (105.179,98.-€) en concepto de lucro cesante.

"VI. Cualesquiera otros daños que se acrediten necesarios para la finalización de las obras.

"VII. En todo caso, imponga a las codemandadas al pago de las costas causadas, incluso en el supuesto de allanamiento por las opciones extrajudiciales iniciadas por mi principal y desatendidas por aquéllas".

2.- La entidad mercantil demandada Cotea Obras S.L., representada por la procuradora Dña. María Bellón Marín y dirigida por el letrado D. Julio Cesar del Olmo Torrillas, contestó a la demanda y formuló reconvencción contra la mercantil demandante JPL Nazul S.L., y en el suplico de su escrito señaló:

"Que teniendo presentado este escrito se sirva admitirlo, por personado en representación de la mercantil Cotea Obras S.L., ordenando seguir el procedimiento por la diferencia, en su caso, solidaria de lo que se demanda y lo reconvenido por Cotea Obras S.L., (396.797,41-11.000,00=385.797,11.-€; trescientos ochenta y cinco mil setecientos noventa y siete euros con once céntimos), por opuesto a la demanda en el exceso reclamado sobre la cantidad objeto de la demanda, dictando en su día sentencia en la que se acuerde desestimar la demanda, condenando a la mercantil demandante JPL Nazul S.L., al pago de las costas del procedimiento".

3.- El demandado D. Luis Enrique, en su calidad de arquitecto técnico, representado por el procurador D. Pablo Oterino Menéndez y posteriormente por Dña. Ruth Oterino Sánchez y dirigido por el letrado D. José Manuel de Pablo Blasco, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicando al juzgado se dictara sentencia por la que:

"Se desestime la demanda respecto de mi mandante y se condene en costas a la parte actora".

4.- D. Ángel Jesús representado por la procuradora Dña. María Eugenia Fernández Rico Fernández y bajo la dirección letrada de D. Rafael Delgado Alemany, 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 desestime la demanda absolviendo a mi representado con expresa imposición de costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

5.- La entidad demandada Ideapsa S.A., representada por el procurador D. Manuel Álvarez-Buylla y Ballesteros y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ripoll Vermenouze, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando se le tuviera por personado, por contestada la demanda y:

"Admitiendo las excepciones planteadas, sin entrar a conocer del fondo del asunto, y en el improbable caso de no ser así, dictando en su día sentencia en la que se acuerde desestimar la demanda, condenado a la mercantil demandante JPL Nazul S.L. al pago de las costas del procedimiento".

6.- La procuradora Dña. María Bellón Marín solicitó la intervención de la Cia. de seguros Caser al amparo del art. 14 de la LEC.

7.- El procurador D. José Antonio Pérez Casado en nombre del demandante JPL Nazul S.L. contestó a la reconvencción de Cotea Obras S.L. suplicando en su escrito:

"I. Teniendo por desestimada la reconvencción por defecto legal en el modo de proponer la misma.

"II. Por formulada contestación en términos de oposición a la reconvencción formulada por la representación de Cotea Obras S.L., para dictar en su día sentencia íntegramente desestimatoria de las pretensiones de la misma.

"III. Con expresa imposición a la entidad reconviniendo de la totalidad de las costas causadas a mi representada en este procedimiento"

8.- Emplazada la entidad mercantil Caja de Seguros Reunidos S.A. Caser, se personó en las actuaciones al tener conocimiento de ellas, representada por la procuradora Dña. Adela Cano Lantero bajo la dirección del letrado D. Alberto Sáez López, y manifestó en su defensa:

"I. Que mi mandante fue emplazada en el presente procedimiento para contestar a la demandada reconvenccional formulada por Cotea Obras S.L.

"II. Que en el escrito de contestación a la demanda y demanda reconvenccional presentada por Cotea Obras S.L., la demanda reconvenccional formulada por dicha entidad no se dirige frente a mi mandante.

"III. Que esta parte acaba de recibir copia de la demanda rectora del presente procedimiento, dirigida, entre otras, frente a Cotea Obras S.L., reclamándose frente a ésta responsabilidades contractuales, cobros indebidos y daños derivados de incumplimientos de contrato.

"IV. A la vista de la demanda, y dado que mi mandante tuvo suscrita con Cotea Obras póliza de responsabilidad civil extracontractual, que no incluía responsabilidades contractuales ni, entre otras, la responsabilidad civil



decenal regulada en los artículos 1591 CC y 17 LOE, venimos a aportar la póliza núm. NUM000 suscrita en su día entre Cotea Obras y Caser Seguros.

"En su virtud,

"Suplico al Juzgado: Que, teniendo por presentado este escrito con sus documentos y copias, se sirva admitirlos, y tenga por hechas las manifestaciones que en él se contienen a los efectos legales oportunos".

Se hace constar que la entidad Caja de Seguros Reunidos S.A., Caser, fue declarada por error en rebeldía, dejándose sin efecto la misma posteriormente.

9.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 29 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que desestimando la demanda formulada por D. José Antonio Pérez Casado, procurador de los tribunales en nombre y representación de JPL Nazul contra Ideapsa, S.A. (Proyect Manager), Cotea Obras (constructora) S.L., D. Ángel Jesús (arquitecto superior) y D. Luis Enrique (arquitecto técnico) debo absolver a los demandados de los pedimentos que contra los mismos se contienen en el escrito de demanda, con expresa condena en costas a la parte actora".

Y con fecha 29 de enero de 2016 se dictó Auto de Aclaración cuyos fundamentos de derecho segundo y tercero indican:

"SEGUNDO.- Procede añadir en el fundamento jurídico segundo de la resolución: "Emplazada Caja de Seguros Reunidos S.A. -Caser- para contestar a la demanda reconvenional presentada por Cotea Obras S.L., se presenta escrito por Caser alegando que a la vista de la demanda y no teniendo suscrita con Cotea Obras póliza civil extracontractual, que no incluía responsabilidades contractuales, ni, entre otras, la responsabilidad civil decenal regulada en los artículos 1591 CC y 17 LOE, se aporta la póliza; dictándose diligencia de ordenación teniendo por hechas sus manifestaciones, dejando sin efecto el párrafo primero de la diligencia de ordenación de fecha 6-06-2013 en cuanto a la declaración de rebeldía procesal de la entidad Caser, y teniéndose a la misma en calidad de tercero interviniente".

"TERCERO.- Debe añadirse en el fundamento jurídico cuarto: "Respecto de Caser S.A. traído al proceso por Cotea Obras S.L. por intervención provocada, tercero interviniente al amparo del artículo 14 LEC, la póliza procede su absolución, con imposición de costas a Cotea Obras S.L. (art 14.5 LEC) al ser dicha entidad quien solicitó su intervención".

"Consecuentemente en el fundamento jurídico sexto procede añadir "...Las costas de Caser se imponen a Cotea Obras S.L. (art 14.5 en relación con el art 394 LEC)".

Y en la parte dispositiva del mismo auto se acuerda:

"Se aclara la sentencia en los términos expuestos en relación a las omisiones observadas en la misma respecto de Caser S.A., como tercero interviniente traído al proceso por Cotea Obras S.A."

Y con fecha 23 de febrero de 2016 se dictó un segundo auto de aclaración en cuya parte dispositiva se acuerda:

"Se subsana la omisión advertida en la parte dispositiva del auto de fecha 29 de enero de 2016, en los siguientes términos: "Respecto de Caser S.A. traído al proceso por Cotea Obras S.L. por intervención provocada, tercero interviniente al amparo del artículo 14 LEC, examinada la póliza procede su absolución, con imposición de costas a Cotea Obras S.L. (art. 14.5 LEC) al ser dicha entidad quien solicitó su intervención. Las costas de Caser se imponen a Cotea Obras S.L. (art. 14.5 en relación con el art. 394 LEC)".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante JPL Nazul S.L, la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 26 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Por lo expuesto, la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, resuelve:

"1.º- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandante JPL Nazul S.L., contra la sentencia dictada en fecha 29 de julio de 2015, por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de los de Madrid, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 1768/2011.

"2.º- Se revoca parcialmente la sentencia apelada; y en su lugar:



"Estimando parcialmente la demanda formulada por JPL Nazul S.L. contra Ideapsa S.A., Cotea Obras S.L., D. Ángel Jesús y D. Luis Enrique, debemos absolver y absolvemos a D. Ángel Jesús de la demanda interpuesta en su contra, con todos los pronunciamientos favorables, y declarar y declaramos que:

"La demandada Ideapsa S.A., debe abonar a la actora la cantidad de 15.682,16 euros, en concepto de cantidad pagada como honorarios por las certificaciones en exceso facturadas a la actora, más los intereses legales.

"Asimismo, se condena a Ideapsa S.A., a Cotea Obras S.L. a abonar de forma solidaria y conjunta a la actora la cantidad de 90.127,35 euros, en concepto de excesos de medición certificados, más intereses legales.

"Asimismo, procede condenar de forma solidaria y conjunta a Ideapsa, Cotea Obras S.L. y a D. Luis Enrique, a abonar a la actora en la cantidad de 103.668,71 euros, en concepto de reparación de las deficiencias de ejecución de las que deben responder los tres codemandados.

"Y tanto Ideapsa como Cotea Obras S.L. responden con carácter solidario del pago de 4.072,01 euros, por la deficiente instalación de una de las partidas apreciadas en el informe pericial, relativa a la instalación de la moqueta.

"Imponiendo a cada parte las costas causadas a su instancia, y las comunes por mitad, debiendo abonar la parte demandante las costas causadas a D. Ángel Jesús.

"No se imponen las costas devengadas en la segunda instancia a ninguna de las partes apelante o apelada".

TERCERO.- 1.- Por D. Luis Enrique se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso por infracción procesal basado en el siguiente motivo único: "Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, tal y como se establece en el art. 469.1.2.º LEC, y en concreto violación del art. 218 LEC".

El recurso de casación basado en el siguiente motivo único: "En base al art. 477.3 LEC, por interés casacional en tanto vulnera la doctrina relativa al enriquecimiento injusto o sin causa recogida en las STS, Sala 1.ª 559/2010, de 21 de septiembre, rec. 1834/2006; 148/1976, de 18 de mayo; 529/2010, de 23 de julio, rec. 1926/2006".

Por Ideapsa se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- "Resumen: El promotor (actora/propietario) es responsable solidario con todos los agentes de la edificación según la LOE y la jurisprudencia. ¿Ser además propietario excluye esta responsabilidad solidaria consecuencia de su participación en la edificación? Así parece en este caso, pues no se declara tal responsabilidad solidaria. La figura del *Project Manager* o asesor técnico es una obligación de medios o de resultado al fin de determinar su responsabilidad.

"Se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los arts. 8 y 9 de la misma norma, oponiéndose a la sentencia núm. 761/2015, de 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre otras".

Motivo segundo.- "Resumen: El promotor (actora/propietario) es responsable solidario con todos los agentes de la edificación según la LOE y la jurisprudencia. ¿Su mandatario lo es también, pues contrata a un tercero que si es declarado agente de la edificación? ¿Tiene acción directa el mandante (actora) sobre el tercero contratado por el mandatario? El mandatario no sido demandado.

"Se denuncia nuevamente la infracción por aplicación indebida del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, oponiéndose a la sentencia núm. 761/2015 de fecha 16/01/2015 del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y ello por la inaplicación del artículo 1709, en relación con los artículos 1710, 1714 y 1717 del Código Civil, con oposición a las sentencias todas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 8175/1992 de 27 de noviembre de 1992, 18470/1992 de 4 de diciembre, 9252/1992 de 21 de diciembre, 1575/1990 de 21 de febrero de 1990, 2422/1994 de 13 de abril de 1994, 8157/1994 de 13 de diciembre de 1994, 10335/1995 de 21 de marzo de 1995 y 17736/1993 de 5 de noviembre de 1993, entre otras, e inaplicación del art. 1259 del Código Civil y su jurisprudencia representada entre otras por la 17736/1993 de fecha 5 de noviembre de 1993, todo lo anterior en relación con los artículos 10, 416, 3.º y 418, de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de octubre de 2019, se acordó admitir los recursos interpuestos, extraordinario por infracción procesal y de casación de D. Luis Enrique y el recurso de casación de la entidad Ideapsa S.A., y dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.



2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. José Antonio Pérez Casado, en nombre y representación de la entidad JPL Nazul S.L., presentó por separado escrito de oposición a ambos recursos, de infracción procesal y casación, de D. Luis Enrique y al de casación de Ideapsa S.A., no constando más escritos presentados.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 29 de abril de 2020, en cuya deliberación se decidió por los magistrados participantes que se sometiera al pleno de la Sala, procediéndose a su suspensión y citación para el pleno del día 24 de junio de 2020 en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Los presentes recursos se interponen contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, la mercantil JPL Nazul S.L., interpuso demanda frente a la entidad Ideapsa, S.A., Cotea Obras, S.L. D. Ángel Jesús y D. Luis Enrique, en ejercicio de acción basada en el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por cada uno de los demandados en relación con un contrato de arrendamiento de obra para la construcción de una vivienda en Paracuellos de Jarama y en infracción de la LOE, como posteriormente se concretará.

Alegó la demandante en su escrito de demanda, que la mercantil Ideapsa S.A. asumió la promoción y construcción de una vivienda unifamiliar propiedad de la demandante, a partir de un contrato de "Project Management" que tal mercantil firmó con la mercantil Centro Ginecológico Goya, S.L., por el cual Ideapsa S.A. se haría cargo de llevar a buen fin la construcción de la vivienda, para lo cual se encargaba de seleccionar la empresa constructora, que resultó ser Cotea Obras, S.L. y los distintos subcontratistas, así como al arquitecto D. Ángel Jesús, para la redacción del proyecto de ejecución de la vivienda, y a D. Luis Enrique, como arquitecto técnico, para la dirección facultativa de dirección de obras. Una vez transcurrido el plazo de construcción, se alegó que había resultado pericialmente acreditada la existencia de daños, en su mayor parte imputables a la mala ejecución de las obras, y a la falta de control y supervisión de las mismas, que ascienden (los daños) a la cantidad de 159.374,17 euros, a lo que hay que añadir otros 119.575,29 euros, por excesos injustificados en las mediciones de certificaciones, como perjuicio directo que se le ha irrogado por certificaciones que se apartaban de la realidad contrastada, más el 15% de dichas cantidades, indebidamente facturada y cobrada por Ideapsa S.A., lo que arroja un total de 139.020,34 euros. Reclamaba la demandante, como petición principal, a esta mercantil un total de 583.966,95 euros por todos los conceptos y, con carácter subsidiario, para el caso de estimarse cumplida parcialmente la prestación y, de forma solidaria con el resto de demandados, la cantidad de 291.617,42 euros, comprensivos tanto de los daños directamente causados por la falta de supervisión en la dirección técnica de la obra, como de los excesos reflejados en las certificaciones y partidas realizadas por error o rehechas, a lo que hay que añadir otros 41.495,38 euros, que reclama únicamente a Ideapsa por el 15% de las cantidades en exceso facturadas. Todo ello lo hacía al amparo del artículo 1591 y siguientes del Código Civil, y del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Asimismo, reclama a Cotea Obras, S.L. la cantidad de 105.179,98 euros en concepto de lucro cesante.

Frente a tal pretensión cada una de las mercantiles demandadas y los dos arquitectos, superior y técnico, manifestaron su oposición a las cantidades reclamadas por la parte demandante.

Así, por la constructora Cotea Obras, S.L. se alegó la participación de hasta 47 empresas distintas en el proceso constructivo, así como la subsanación de numerosos defectos sin coste, el retraso en la finalización se debió a las continuas modificaciones y ampliaciones requeridas por la propiedad, y reclama con carácter de demanda reconventional el pago de 11.000 euros, que solicita sea objeto de compensación con la cantidad reclamada por la actora.

D. Luis Enrique, arquitecto técnico, puso de manifiesto, tras reconocer la firma de un contrato de prestación de servicios profesionales con la actora, que la asunción por parte de Ideapsa S.A. de las facultades de dirección de ejecución inicialmente atribuidas por la LOE al director técnico, le exime de responsabilidad en tal dirección de ejecución de la obra, tanto por las deficiencias apreciadas en la ejecución como por el concepto de excesos de medición en las certificaciones parciales de obra. Alegó igualmente que se recogieron en el certificado final de obra las deficiencias de ejecución existentes, por las que, por tanto, no puede responder, así como que varias de las deficiencias apreciadas tienen su origen en obras ordenadas por la propiedad tras el CFO (certificado final de obra), para hacer habitable, como buhardilla, el espacio bajo cubierta.

Por parte de Ideapsa S.A. se alegó falta de legitimación pasiva y la falta de litisconsorcio pasivo necesario. Alegó asimismo la mala fe de la parte demandante, cuando con posterioridad a la entrega de la obra pactada



se procede a la realización a instancia de la mercantil demandante de nuevas obras adicionales, en concreto la habilitación del espacio bajo cubierta, a fin de aumentar notablemente la edificabilidad, que la demandada desaconsejaba.

Por parte de la dirección facultativa superior, arquitecto D. Ángel Jesús , se alega falta de legitimación pasiva, tanto respecto de las deficiencias reclamadas por la actora como de los excesos de certificación de obras.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la demandante, JPL Nazul S.L.

Dicho recurso fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de fecha 26 de mayo de 2017, la cual estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de estimar parcialmente la demanda. Absolvió a D. Ángel Jesús de la demanda interpuesta en su contra, con todos los pronunciamientos favorables y declaró que la demandada Ideapsa S.A., debía abonar a la actora la cantidad de 15.682,16 euros, en concepto de cantidad pagada como honorarios por las certificaciones en exceso facturadas a la actora, más los intereses legales; condenó a Ideapsa S.A. y a Cotea Obras S.L. a abonar de forma solidaria y conjunta a la actora la cantidad de 90.127,35 euros, en concepto de excesos de medición certificados, más intereses legales. Asimismo, condenó de forma solidaria y conjunta a Ideapsa S.A., Cotea Obras S.L y D. Luis Enrique a pagar a la actora la cantidad de 103.668,71 euros, en concepto de reparación de las deficiencias de ejecución de las que deben responder los tres codemandados y tanto Ideapsa S.A. como Cotea Obras, S.L. responden con carácter solidario del pago de 4.072,01 euros, por la deficiente instalación de una de las partidas apreciadas en el informe pericial, relativa a la instalación de la moqueta. Impone a cada parte las costas causadas a su instancia, y las comunes por mitad, debiendo abonar la parte demandante las costas causadas a D. Ángel Jesús .

La sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento de derecho sexto se ocupa de la posición jurídica de la demandante-apelante. A tales efectos indica lo siguiente:

"[...] En lo relativo a la posición jurídica que en el contrato de autos ocupaba la ahora apelante, como las diferentes codemandadas, tenemos que señalar que la ahora demandante había decidido constituirse como empresa promotora de la construcción del edificio, para obtener todas las posibles ventajas impositivas. Así, en el presente caso, no existe duda de la posición jurídica de la mercantil ahora apelante, promotora de la construcción de la vivienda objeto de autos, aun cuando en este momento se niega tal condición por su asistencia letrada. Así, la mercantil Centro Ginecológico Goya S.L. y la demandada Ideapsa S.A. firman en fecha 19 de diciembre de 2015 un presupuesto - doc. n.º 2 de los aportados con la demanda - según el cual, esta asume su participación en la construcción de una vivienda familiar en Paracuellos del Jarama, como gestor del proceso constructivo, ya que entre las funciones asumidas por Ideapsa estaba el asesoramiento y supervisión de contratación de arquitecto y aparejador, encargado técnico de obras y subcontratistas, así como el "soporte fiscal para promoción y construcción mediante entidad mercantil creada a tal efecto a fin de lograr las mejores condiciones impositivas". Por esa labor de gestión del proyecto la apelada Ideapsa S.A. obtenía un 15% del importe de cada certificación de obra emitida, contratación y compras contratadas o subcontratadas para la ejecución de la promoción de autos.

"Pero no podemos obviar que la apelante, además de aparecer como promotora de la vivienda en construcción, es su propietaria, y si bien llevó a cabo la contratación de todas las empresas que intervinieron en el proceso constructivo, todo ello fue a propuesta, y bajo supervisión y control, de la demandada Ideapsa; esta, como hemos señalado, fue contratada por otra mercantil distinta de la que ahora es apelante, como *Project Manager*, precisamente para que asesorara a aquella en la creación de una sociedad encargada de la promoción, para obtener así los beneficios impositivos que pudieran darse y, salvo las primeras facturas abonadas por la mercantil con la que firmó el contrato de *Project Management*, el resto de las facturas fueron abonadas por la apelante, por lo que concluimos, como ya hemos afirmado anteriormente, que toda la relación contractual a la que se obligaron todos los demandados lo fue con la ahora apelante. Resulta evidente que la apelante, en cuanto actuó como promotora exclusivamente, y como propietaria del solar que encomienda a terceros la dirección y ejecución de la obra, puede exigir el correcto cumplimiento de lo acordado. Es doctrina jurisprudencial reiterada que para que prospere una acción por culpa " *in vigilando*" o " *in eligendo*", tal y como alegan los demandados, basada en el riesgo que comporta la utilización de la colaboración de otras personas para el ejercicio de una actividad que reporta beneficios, al amparo de lo establecido en el artículo 1903 del Código Civil, se requiere, entre otros presupuestos, que el agente causante del daño, al producirlo, actúe en el ámbito de las funciones correspondientes a esa persona a la que se imputa la responsabilidad, bajo su dirección, vigilancia y control, existiendo una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor del daño y la persona a la que se exige esa responsabilidad (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010, por todas). Consecuencia de lo anterior es que, como norma general, en aquellos supuestos en que el



comitente encarga a una persona o empresa adecuadamente cualificada para ello, la realización de una obra, aquél no responde de los daños causados por la actuación negligente del contratista, "ya que ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona que encomendar una determinada actividad a quien profesionalmente le corresponde realizarla en aplicación de la técnica de que es titular" (STS de 7 de abril de 2004, entre otras muchas). Con respecto a la figura del *Project Manager*, esta no ha sido muy desarrollada aún en nuestro derecho, aunque sí que lo ha sido en el derecho anglosajón. [...]

"[...] Una vez analizada la naturaleza jurídica de la figura de *Project Manager* resulta evidente su principal participación en todo el proceso constructivo, asumiendo la dirección, gestión, control y verificación de cada una de las partidas de la construcción.

"Procede ahora determinar la responsabilidad civil del resto de los intervinientes en el proceso constructivo. [...]"

"En el fundamento de derecho siguiente se procede a examinar la responsabilidad de los diferentes intervinientes en el proceso constructivo, indicando lo siguiente:

"[...] Con respecto a la responsabilidad civil que se reclama respecto del arquitecto superior, Sr. Ángel Jesús , tenemos que desestimar la pretensión de la parte actora. El propio perito de la demandante, D. Porfirio , afirma que la vivienda no presenta graves defectos, sino deficiencias de ejecución, aunque luego afirma que había daños muy graves que hacían imposible el uso de la misma. (Min. 5 grabación acta). Por su parte, el perito propuesto por el arquitecto Sr. Ángel Jesús , D. Romulo , afirma que la vivienda se encuentra en perfecto estado para su uso, encontrándonos, en lo relativo a las deficiencias observadas, que estas son de remates. En igual sentido, el perito judicialmente designado, Sr. Simón (Min. 47:08 grabación acta), quien concluye que la vivienda era perfectamente habitable. Las deficiencias, podemos concluir, afectaban a los acabados - así lo manifiesta el perito judicial (Min. 47:35 grabación acta), por lo que ninguna responsabilidad se puede desprender de la intervención del arquitecto superior. No nos hallamos ante imprecisiones en el proyecto del arquitecto superior, ni tampoco incumplimiento de obligaciones que afecten a la estructura del edificio, o a su seguridad, ni tampoco a la habitabilidad del mismo, ni obedecen a un defecto de estudio en el suelo. Por ello, procede desestimar la demanda con respecto al arquitecto superior, y ello tanto respecto de las deficiencias como de los excesos de certificación emitidos por Cotea Obras S.L. y verificados y gestionados por Ideapsa, máxime cuando la gestión y el control económico de la obra fue contractualmente asumida por esta última mercantil, Ideapsa: era esta la que asumía contractualmente el control económico y de ejecución material de la obra; así viene expresamente especificado en el contrato firmado entre esta mercantil demandada y la mercantil Centro Ginecológico Goya -doc. núm. 2 de los aportados con la demanda- donde se asume la dirección técnica de las obras, y se desprende igualmente de lo contenido en el doc. núm. 14 de los aportados con la demanda, y de toda la documental, donde no aparece ninguno de los certificados de obra firmados por el arquitecto superior, ni por el arquitecto técnico.

"Por esta misma razón, dado que la vivienda es perfectamente habitable, junto con la falta de acreditación de los perjuicios por no probarse su destino al arriendo sino, antes bien, su utilización para fines propios de la mercantil, no procede otorgar indemnización alguna a la actora por lucro cesante, tal y como alega en el último motivo de su recurso de apelación.

"Ello nos lleva a concluir, en este caso, la indiscutible existencia de deficiencias en algunas de las partidas de la obra encargada a las demandadas, lo que se desprende del completo informe emitido por el perito D. Simón , y concluimos la existencia de daños comprobados en su visita a la vivienda, que obedecen a la defectuosa ejecución de las obras, asumidas por la contratista Cotea Obras S.L., bajo la dirección técnica del arquitecto técnico, tal y como este asumía en la relación contractual que le vinculaba con la demandante, ya analizada, y bajo la dirección y supervisión del *Project Manager*, quien aseguraba la correcta ejecución de toda la construcción.

"Tal informe pericial -reiteramos judicialmente acordado- va analizando cada una de las partidas alegadas como defectos por el informe pericial de parte, apreciándose daños en:

"Tarima y rodapiés, con origen en humedades por entrada de agua por las puertas de acceso a las terrazas, así como por el doble solado que ha propiciado tal entrada de agua. Se valora la reparación del daño por el perito en un total de 29.635,03 euros. De ello es responsable tanto el *Project Manager* como el contratista principal, y la dirección técnica.

"Humedades en paños interiores de las fachadas, por filtraciones de agua a través del recibido de ventanas. Se valora la reparación del daño en un total de 2.231,69 euros. De ello es responsable tanto el *Project Manager* como el contratista principal, y la dirección técnica, al tratarse de humedades que tienen su origen en el recibido de ventanas en diversas partes de la vivienda, en las fachadas y en las ventanas del hueco escalera, y todo

ello se debe a fallos de ejecución, de los que debe responder tanto el *Project Manager*, como la contratista que efectuó tales obras y la dirección técnica que supervisó su ejecución. Así, aun cuando se niega por la asistencia letrada del arquitecto técnico toda responsabilidad de su cliente en lo relativo a la habilitación de la planta bajo cubierta, por tratarse de obras posteriores contratadas con la constructora tras el CFO, lo cierto es que la preparación de esa planta bajo cubierta aparece certificada en la 17 certificación de las emitidas por Cotea en fecha 30 de mayo de 2008, anterior al CFO.

"Cubiertas, por fallos de ejecución en la colocación de las piezas de pizarra, o en el encuentro de las chimeneas con los "shunts" de ventilación. Se valora la reparación del daño en un total de 18.938,08 euros. Todas las cubiertas, aun las que responden a modificaciones del proyecto original, fueron realizadas con anterioridad al CFO, y por ello responden de tales deficiencias tanto el *Project Manager* como el contratista principal, y la dirección técnica, al tratarse de fallos de ejecución.

"Zócalo perimetral y porche trasero, con hundimiento del primero y desnivel en el segundo. Se valora la reparación del daño por el perito en un total de 12.499,22 euros. Consideramos incluida su ejecución en los certificados aportados por la actora.

"Piscina. Se valora la reparación en 4.448,42 euros. De ello responden tanto el *Project Manager* como la contratista y la dirección técnica, al tratarse de una partida incluida en la 16.ª certificación, de 30 de abril de 2008, anterior al CFO.

"Porche de acceso y terrazas, con impermeabilizaciones deficientes, y que, aun habiéndose procedido a su reparación, se han vuelto a cometer fallos de ejecución. Se valora la reparación en 5.420,97 euros. De ello es responsable tanto el *Project Manager* como el contratista principal, y la dirección técnica. En este sentido, en el proyecto original y en los certificados de obra se recoge el solado de baldosas en piedra natural en terrazas y exteriores.

"Baños, con humedades provenientes de fugas de agua del baño bajo cubierta, o con fuertes olores a humedad. Asimismo, tales humedades han provocado daños en un 20% del alicatado. Se valora el importe de la reparación en 3.936,18 euros, a lo que hay que sumar 6.102,06 euros del importe de la sustitución del mármol dañado, de los que responden los tres demandados.

"Revestimiento de los aleros, con deficiencias en la ejecución. El importe de la reparación, aún no efectuada, asciende a 3.352,12 euros. Igualmente responden los tres demandados, por estar incluida su ejecución en los certificados aportados.

"Garaje y portón del garaje, con humedades, y que por mala ejecución permite la entrada de suciedad. El importe total de reparación de la puerta del garaje y las deficiencias observadas en su interior asciende a 1.796,63 euros. Responden de ello los 3 demandados, Ideapsa, Coted y D. Luis Enrique .

"Tabiquerías interiores con planos desviados, valorada en un 30% la actuación necesaria para su reparación, con un total de 688,24 euros. Responden los 3 demandados citados.

"Moqueta, con una incorrecta ejecución de su instalación, por importe de 4.072,01 euros. De esta partida responden solidariamente el *Project Manager* y la constructora, al haber asumido ambas la habilitación de la planta bajo cubierta, no así el arquitecto técnico, al tratarse de una intervención posterior al CFO y no resultar acreditada su participación en tal habilitación.

"Cuarto de caldera, con manchas con origen en el incorrecto sellado de los conductos de la caldera y en su tubo de ventilación, lo que motiva la necesidad de proceder al sellado de conductos de conexión, y picado y repintado de paramentos interiores, con nuevo solado de baldosa de gres tras la elaboración de una bancada para la caldera. El importe total de la reparación asciende a 939,53 euros. De ello es responsable tanto el *Project Manager* como el contratista principal, y la dirección técnica, al tratarse de fallos de ejecución.

"Puerta de acceso a la parcela, en algunas puertas interiores y en puerta blindada de entrada, con daños cuya reparación se valora en un 50% de la actuación necesaria. El importe total de la reparación de las puertas asciende a 3.691,32 euros, de lo que deben responder tanto el *Project Manager* como el contratista principal, y la dirección técnica.

"Pintura, con mala ejecución en los planos de pintura lisa, o con retoques muy diferentes al color del paño, o con fisuras en la fachada. El importe de la reparación asciende a 6.264,75 euros. De ello es responsable tanto el *Project Manager* como el contratista principal, y la dirección técnica, al tratarse de fallos de ejecución.

"Instalación del depósito de gasoil, con tapas de registros y arquetas oxidadas y descuadradas. La reparación de las deficiencias apreciadas asciende a 944,98 euros, tanto el *Project Manager* como el contratista principal, y la dirección técnica responden de su reparación, al tratarse de deficiencias de ejecución.



"Falsos techos, con huecos que no han sido cerrados, con importe de reparación que asciende a 1023,15 euros, de la que responden tanto el *Project Manager* como el contratista principal, y la dirección técnica.

"Paramentos de la escalera interior, con humedades con origen en aislamiento insuficiente de los paños del hueco de la escalera que quedan en contacto con el exterior. La reparación tiene un coste de 436,01 euros, de la que responden tanto el *Project Manager* como el contratista principal y la dirección técnica.

"Mala colocación de interruptores o de un aspersor, junto a la escalera de baja al acceso de servicio. Su reparación total asciende a 340,32 euros. de la que responden tanto el *Project Manager* como el contratista principal y la dirección técnica.

"Tal perito judicial valora todos los costes de las reparaciones, bien ya efectuadas (min. 54 grabación acta) o que deberían efectuarse, con una cuantificación de la reparación, por valor de 111.508,33 euros, IVA incluido, de los que nosotros consideramos que se debe excluir la partida -que asciende a un total de 3.767,61 euros IVA incluido- relativa a gastos de reparación de las deficiencias apreciadas en la escalera interior, por tratarse de daños que no se han podido corroborar, y estimar que se ha procedido a la reparación completa de la escalera, que entendemos lo fue por la contratista principal. Esto arroja un resultado de 107.740,72 euros, S.E.U.O.

"No existe duda alguna de la responsabilidad de la demandada Ideapsa S.A. del buen resultado de la obra contratada, obligación asumida contractualmente, como hemos visto; esta mercantil debe responder de los defectos de ejecución en la obra de cuyo buen resultado se obligaba a partir del contrato firmado en fecha 19 de diciembre de 2005, y esta responsabilidad, de carácter solidario, debe hacerse extensiva tanto al contratista principal, Cotea Obras S.L. como a la dirección técnica de la ejecución de las obras, asumidas por el arquitecto técnico, D. Luis Enrique, por lo ya argumentado. Toda vez que de la partida relativa a instalación de moqueta consideramos que no es responsable el arquitecto técnico, como hemos analizado, este no debe responder con carácter solidario de tal importe.

"Es por todo ello que tanto Ideapsa, como Cotea Obras S.L. y D. Luis Enrique responden con carácter solidario del pago de 103.668,71 euros, y tanto Ideapsa como Cotea Obras S.L. responden con carácter solidario del pago de 4.072,01 euros, correspondientes a los gastos de sustitución de la moqueta, no imputables a la dirección técnica, por lo ya fundamentado.

"El segundo de los apartados fundamentales que es valorado por la pericial judicial, como hace igualmente la pericial de la actora, es en lo relativo a los excesos de medición: resultan acreditadas también las partidas en las que ha existido tales excesos, comprobadas las certificaciones a partir de toda la documentación de la obra, tal y como se concluye del citado informe del perito judicial: tales certificaciones fueron emitidas por la constructora hoy demandada, y eran verificadas, de la que también se obtenía un beneficio de un 15% añadido a tal certificación por parte de la demandada Ideapsa.

"Para llegar a la valoración de tales deficiencias y excesos de medición, el perito judicial comparó las certificaciones presentadas con las mediciones efectuadas a partir de su visita a la vivienda y de todo ello se llega a la conclusión de que del exceso de medición, comprobadas pericialmente, se benefició tanto la constructora, como la *Project Manager* y ello en un importe pericialmente acreditado de 90.127,35 euros. [...]".

Contra dicha resolución se ha interpuesto recurso de casación por Ideapsa S.A. y por D. Luis Enrique los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

El procedimiento fue tramitado en atención a una cuantía inferior a los 600.000 euros por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación, de Ideapsa, S.A., se articula en dos motivos.

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuesta a la recurrida la sentencia núm. 761/2015, de fecha 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

A lo largo del motivo aduce, en su condición de *Project Manager* (gestor de proyectos), su falta de legitimación pasiva, para lo cual señala lo siguiente:

1.- La demandante es la promotora y propietaria y por tanto debía haber sido condenada solidariamente en todo caso con los demás agentes de la edificación, pues según la norma (LOE y la jurisprudencia) ella también lo es, y por tanto como promotor responde solidariamente con todos los demás agentes de la edificación.

2.- Ideapsa S.L. es contratada para el "asesoramiento técnico" de la edificación por Centro Ginecológico Goya S.L., luego esta segunda debería ser también un agente de la edificación (o tal vez un mandatario de la propiedad o/y del promotor), pues lo son todos los que actúan en la edificación (LOE y jurisprudencia), y



si Ideapsa S.A. interviene, necesariamente debe hacerlo a través de Centro Ginecológico Goya S.L., que la contrata (relación jurídica), luego si se condena solidariamente a Ideapsa S.L., necesariamente debe serlo también Centro Ginecológico Goya S.L.

3.- No se ha definido la responsabilidad y participación de Centro Ginecológico Goya S.L. en la edificación, ni siquiera ha sido demandada, difícilmente, pues, puede definirse la de Ideapsa SA, que es contratada por la anterior.

4.- Ideapsa S.A., como asesor técnico de Centro Ginecológico Goya S.L. primero y si acaso de JPL Nazul S.L. después (demandante/promotora), no puede ser condenada por las funciones que la LOE y la jurisprudencia tienen definidas para el resto de los agentes de la edificación, ni siquiera de forma solidaria, pues su obligación no es de resultado sino de medios, y por tanto debe acreditarse su falta de diligencia o su negligencia en el ejercicio de su encomienda (asesoramiento técnico), que no es la ejecución de la obra. Nos encontramos ante un contrato que impone una obligación de medios y no de resultado, se trata de un arrendamiento de servicios y no de un contrato de ejecución de obra. Además, y conforme a las definiciones de los agentes que intervienen en la edificación según la ley (LOE), su función no sustituye ni se solapa con las del arquitecto, aparejador, constructor, promotor, etc. Como asesor, su función se realiza fuera de la cadena de mando o producción, luego no está compartiendo el resultado de las funciones del resto de intervinientes y lo anterior independientemente de la diligencia desplegada en su trabajo como asesor del promotor o su mandatario, que podrá ser objeto de cuestión pero no en este procedimiento.

5.- De hecho, Ideapsa S.L. no firma ninguna certificación de obra, ni las hace (las certificaciones), ni mide la obra, así como tampoco participa en el certificado final de obra, por tanto los posibles desperfectos o vicios que puedan ocurrir o aparecer en la edificación no son de su responsabilidad, y sí de la del promotor y resto de agentes Intervinientes en la edificación. En resumen Ideapsa es un mero asesor de Centro Ginecológico Goya y/o de JPL Nazul.

Por último, en el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida la sentencia núm. 761/2015, de fecha 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y ello por la inaplicación del artículo 1709, en relación con los artículos 1710, 1714 y 1717 del Código Civil, con oposición a las sentencias todas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 8175/1992, de 27 de noviembre, 18470/1992, de 4 de diciembre, 9252/1992, de 21 de diciembre, 1575/1990, de 21 de febrero, 2422/1994, de 13 de abril, 8157/1994, de 13 de diciembre, 10335/1995, de 21 de marzo, y 17736/1993, de 5 de noviembre, entre otras, denunciando también por inaplicación el art. 1259 del Código Civil y su jurisprudencia representada entre otras por la 17736/1993, de fecha 5 de noviembre.

A lo largo del motivo se vuelve a plantear la falta de legitimación pasiva de Ideapsa, indicando a tales efectos lo siguiente:

1.- La demandante JPL Nazul S.L. carece de acción directa contra Ideapsa S.A., sí la tiene en cambio contra Centro Ginecológico Goya, S.L., pues parece que son mandante y mandatario.

2.- Se debió apreciar la falta de legitimación pasiva de Ideapsa S.A., pues su relación jurídica no lo es con la demandante JPL Nazul S.L., sino con el Centro Ginecológico Goya S.L., y de estas dos últimas entre sí.

3.- Si a Ideapsa S.A. se la considera responsable como agente de la edificación, lo debe ser necesariamente también su contratista Centro Ginecológico Goya S.L.

4.- Centro Ginecológico Goya S.L. debería de haber sido demandada en este procedimiento.

5.- En cualquier caso se debería declarar la responsabilidad solidaria tanto de la actora/promotora JPL Nazul S.L., como de su mandatario Centro Ginecológico Goya S.L.

6.- Centro Ginecológico Goya S.L. no ha podido ejercitar su derecho a defenderse, luego el procedimiento ordinario 1768/2011 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid en el que se dictó la sentencia núm. 184/2015, de fecha 29 de julio, origen de este recurso adolece de un vicio de nulidad en sus actuaciones a partir del momento de la audiencia previa, como consecuencia de la falta de concurrencia como demandado de Centro Ginecológico Goya S.L.

El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación interpuesto por D. Luis Enrique , se articula en un único motivo de casación. En dicho motivo se denuncia la infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala núm. 559/2010, de 21 de septiembre, rec. 1834/2006; núm. 148/1976, de 18 de mayo, y la núm. 529/2010, de veintitrés de julio, rec. 1926/2006.



La demanda de indemnización de daños y perjuicios parte de la necesidad de acreditar la existencia de tales daños, así como que la exigencia de la pretendida reparación es legítima. Los documentos aportados por la demandante demuestran que la misma pagó por la obra 762.097,30.-€. Asimismo los propios documentos aportados por la demandante demuestran que el valor certificado de esa misma obra es de 1.068.276,78.-€. Es decir, la demandante es poseedora de una obra que vale 1.068.276,78.-€, pero sólo ha pagado por ella 762.097,30.-€. Sin embargo, se condena al hoy recurrente a que pague a la demandante la cantidad de 103.668,71.-€, con lo cual la misma obtendrá un enriquecimiento todavía mayor. Obtiene una vivienda valorada en 1.068.276,78.-€ y pagará por ella sólo 103.668,71.-€. Es cierto, y esta parte admite que la falta de pago de las referidas cantidades debería haber sido denunciada y reclamada por Cotea Obras, pero la realidad es que dicha parte no lo hizo. Mas tal circunstancia no puede afectar a la situación del hoy recurrente ni a que con relación a él concurran todas las causas para determinar que, de producirse una condena, se incurriría en un supuesto de enriquecimiento injusto ya que de sostenerse la condena a la hoy recurrente se produciría el empobrecimiento del mismo que carecería de causa en tanto en cuanto se produciría como consecuencia de una realidad que le resulta completamente ajena; a saber, las cantidades que haya pagado el cliente a la contratista.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un único motivo en el que al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 de la LEC, denuncia la infracción del artículo 218 LEC. Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida es incongruente. A tales efectos señala que argumentó como motivo de oposición el hecho de que la parte demandante/apelante no había probado la existencia de daño, en tanto había demostrado que la vivienda valía 1.068.276,78.-€, de los que sólo acredita haber pagado 762.097,30.-€, cuestión no resuelta por la sentencia recurrida.

Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Luis Enrique .

SEGUNDO.- Motivo único.- "Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, tal y como se establece en el art. 469.1.2.º LEC, y en concreto violación del art. 218 LEC".

Se desestima el motivo.

Se alega incongruencia omisiva (art. 218 LEC) en la sentencia de apelación, al no resolver sobre la alegación planteada por el Sr. Luis Enrique sobre enriquecimiento injusto, cuestión que se planteó en la oposición a la apelación.

Debe rechazarse el motivo, dado que la alegación sobre enriquecimiento injusto en la oposición a la apelación, en tanto se estimaron la mayor parte de las peticiones del demandante, fue tácitamente rechazada.

Recurso de casación interpuesto por D. Luis Enrique .

TERCERO.- Motivo único. "En base al art. 477.3 LEC, por interés casacional en tanto vulnera la doctrina relativa al enriquecimiento injusto o sin causa recogida en las STS, Sala 1.ª 559/2010, de 21 de septiembre, rec. 1834/2006; 148/1976, de 18 de mayo; 529/2010, de 23 de julio, rec. 1926/2006".

Se desestima el motivo.

Se alega por el recurrente que el promotor (JPL Nazul S.L.) no había desembolsado la totalidad del precio de la obra encargada, con lo que si percibe la indemnización de daños y perjuicios concedida, se provocaría un enriquecimiento injusto.

Tal planteamiento debe rechazarse dado que:

1. El arquitecto técnico no es acreedor del promotor, dado que percibió todos sus honorarios.
2. De existir un acreedor sería el contratista y este se limitó a reclamar 11.000 euros en reconvencción, que fue estimada en ese sentido.
3. No consta la existencia de la astronómica deuda que alega el recurrente entre promotor y contratista, dado que este solo reclama y obtuvo 11.000 euros.
4. Por tanto, no cabe enriquecimiento injusto, dado que no hubo empobrecimiento del ahora recurrente.

En este sentido declaró la sentencia núm. 261/2015, de 13 de enero:

"Como principio general del derecho, cuya formulación sería "nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro", se aplica de forma subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre, y también informa el derecho patrimonial, para evitar que puedan producirse enriquecimientos injustos, y contribuye a su interpretación en tal sentido. Como institución jurídica autónoma (enriquecimiento sin causa), y sin perjuicio de las eventuales previsiones legales, su aplicación descansa sobre la concurrencia de un elemento económico (la ganancia de



uno, correlativa al empobrecimiento de otro, mediando un nexo de causalidad entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa)".

Recurso de casación interpuesto por Ideapsa.

CUARTO.- *Motivo primero. "El promotor (actora/propietario) es responsable solidario con todos los agentes de la edificación según la LOE y la jurisprudencia. ¿Ser además propietario excluye esta responsabilidad solidaria consecuencia de su participación en la edificación? Así parece en este caso, pues no se declara tal responsabilidad solidaria. La figura del Project Manager o asesor técnico es una obligación de medios o de resultado al fin de determinar su responsabilidad.*

"Se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los arts. 8 y 9 de la misma norma, oponiéndose a la sentencia núm. 761/2015, de 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre otras".

QUINTO.- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

Se pretende por el recurrente que debería haberse declarado la responsabilidad solidaria del promotor.

Se ha declarado probado en la sentencia recurrida que JPL Nazul S.L. es propietaria de la parcela y promotora de la obra acometida, al haberse iniciado la edificación en régimen de autopromoción, por lo que el demandante, aun no pudiendo considerarse un tercer adquirente, sí es el beneficiario directo de la obra y le quedan a salvo las acciones que ejercita contra los que considera agentes de la edificación, responsables de la deficiente ejecución (art. 17 LOE).

SEXTO.- *Motivo segundo. "El promotor (actora/propietario) es responsable solidario con todos los agentes de la edificación según la LOE y la jurisprudencia. ¿Su mandatario lo es también, pues contrata a un tercero que sí es declarado agente de la edificación? ¿Tiene acción directa el mandante (actora) sobre el tercero contratado por el mandatario? El mandatario no ha sido demandado.*

"Se denuncia nuevamente la infracción por aplicación indebida del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, oponiéndose a la sentencia núm. 761/2015 de fecha 16/01/2015 del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y ello por la inaplicación del artículo 1709, en relación con los artículos 1710, 1714 y 1717 del Código Civil, con oposición a las sentencias todas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 8175/1992 de 27 de noviembre de 1992, 18470/1992 de 4 de diciembre, 9252/1992 de 21 de diciembre, 1575/1990 de 21 de febrero de 1990, 2422/1994 de 13 de abril de 1994, 8157/1994 de 13 de diciembre de 1994, 10335/1995 de 21 de marzo de 1995 y 17736/1993 de 5 de noviembre de 1993, entre otras, e inaplicación del art. 1259 del Código Civil y su jurisprudencia representada entre otras por la 17736/1993 de fecha 5 de noviembre de 1993, todo lo anterior en relación con los artículos 10, 416, 3.º y 418, de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala.Legitimación.*

Se desestima el motivo.

Son muchas las cuestiones que incluye el recurrente en este motivo, por lo que dejaremos para un posterior análisis la figura del "Project Manager".

Ante todo, esta sala debe partir de que el marco jurídico que la parte demandante fija es el de la LOE, de forma que ya en segunda instancia no funda sus pretensiones en la responsabilidad contractual, por lo que las acciones que le pudieran competir al demandante en cumplimiento del contrato firmado no obtendrán respuesta de esta sala, al no haberse esgrimido en fase de apelación.

Empieza el recurrente por alegar que debería haber sido llamado al procedimiento el Centro Ginecológico, que debió ser condenado solidariamente con el promotor.

Clarificando la presente cuestión esta sala debe declarar que fue Centro Ginecológico quien firmó el contrato de " Project Management" de 19 de diciembre de 2005 con Ideapsa.

Sobre ello se declaró en segunda instancia:

"En lo relativo a la posición jurídica que en el contrato de autos ocupaba la ahora apelante, como las diferentes codemandadas, tenemos que señalar que la ahora demandante había decidido constituirse como empresa promotora de la construcción del edificio, para obtener todas las posibles ventajas impositivas. Así, en el presente caso, no existe duda de la posición jurídica de la mercantil ahora apelante, promotora de la construcción de la vivienda objeto de autos [...].



"Pero no podemos obviar que la apelante, además de aparecer como promotora de la vivienda en construcción, es su propietaria, y si bien llevó a cabo la contratación de todas las empresas que intervinieron en el proceso constructivo, todo ello fue a propuesta, y bajo supervisión y control, de la demandada Ideapsa; esta, como hemos señalado, fue contratada por otra mercantil distinta de la que ahora es apelante, como *Project Manager*, precisamente para que asesorara a aquella en la creación de una sociedad encargada de la promoción, para obtener así los beneficios impositivos que pudieran darse y, salvo las primeras facturas abonadas por la mercantil con la que firmó el contrato de *Project Management*, el resto de las facturas fueron abonadas por la apelante, por lo que concluimos, como ya hemos afirmado anteriormente, que toda la relación contractual a la que se obligaron todos los demandados lo fue con la ahora apelante. Resulta evidente que la apelante, en cuanto actuó como promotora exclusivamente, y como propietaria del solar que encomienda a terceros la dirección y ejecución de la obra, puede exigir el correcto cumplimiento de lo acordado".

En suma, en la sentencia recurrida se declara, con acierto, que JPL Nazul S.L. está legitimada por las siguientes razones:

1. Por ser la promotora y propietaria de la obra y solar.
2. Porque la mayor parte de los honorarios de Ideapsa S.A. los pagó JPL Nazul S.L.
3. JPL Nazul S.L. fue la que contrató a los arquitectos y constructora que le propuso Ideapsa S.A.
4. Pese a que el contrato lo firmo Centro Ginecológico Goya S.L., la relación contractual de Ideapsa S.A. fue con JPL Nazul S.L., pues Centro Ginecológico Goya S.L. suscribió el contrato para que Ideapsa S.A. asesorara a JPL Nazul S.L. (promotora y propietaria).
5. JPL Nazul S.L. y Centro Ginecológico Goya S.L. comparten el mismo administrador (fundamento de derecho cuarto de la sentencia del juzgado, hecho no controvertido).

Por ello no se aprecia infracción de los arts. 8 y 17 de la LOE.

Por otro lado no puede exigirse a JPL Nazul S.L. que demandase a Centro Ginecológico Goya S.L., dado que actuaba por cuenta de JPL Nazul S.L. con identidad de objetivos y sin extralimitación en el mandato, por lo que ningún sentido tenía la llamada al procedimiento de Centro Ginecológico, al no intervenir autónomamente en el proceso constructivo.

Por tanto, debemos declarar que JPL Nazul S.L. no tenía obligación legal de demandar a Centro Ginecológico Goya S.L.

OCTAVO.- *La figura del "Project Manager" (gestor de proyectos) como agente de la edificación.*

La doctrina más autorizada entiende que el despliegue de las distintas actividades a las que ordinariamente se obliga el gestor de proyectos le hace participar y coincidir en obligaciones que tradicionalmente, y según la legislación vigente, han sido adjudicadas a otros agentes de la edificación.

Al no tratarse de una profesión reglada, carecemos de una definición o concepto. Lo que refuerza la idea de que las competencias asumidas dependerán en cada caso del propio contrato de *Project management*. Lo anterior no excluye que en la práctica estos contratos suelen atribuir al gestor de proyectos la dirección y coordinación de los recursos humanos y materiales, a lo largo de todo el ciclo de vida del proyecto, mediante el uso de las más modernas técnicas de dirección para conseguir los objetivos prefijados de configuración, alcance, coste, plazo y calidad, y la satisfacción de las partes interesadas en el proyecto. El *Project Manager* suele caracterizarse por asumir la gestión única de todas las fases del proyecto, la coordinación de todos los agentes intervinientes, la participación en el estudio de viabilidad, y la vigilancia del proceso constructivo.

Pero conviene insistir en que hay que acudir a cada contrato para precisar las competencias atribuidas al gestor de proyectos.

En ciertos casos se asimila a la figura del promotor al extender la LOE la responsabilidad del promotor a los que actúen como gestor de cooperativas o de comunidad de propietarios, encontrando el fundamento en su intervención decisoria en la promoción. No obstante, ello no es del todo acertado puesto que la intervención del gestor, ciertamente decisoria, sin embargo se produce en el marco de la edificación y no en el de la promoción o venta.

Más que sustitución de la función del arquitecto, el promotor pretende, a través de la figura del gestor, sustituir su propio papel en el proceso edificatorio, en cuanto toma de decisiones o contratación, control o vigilancia.

Así configurado el gestor de proyecto se sitúa en una posición intermedia entre el promotor y la dirección facultativa.



NOVENO.- Ideapsa S.A. como "Project Manager" o gestor de proyectos.

La parte recurrente entiende que el " *Project Manager*" no es un agente de edificación, en la forma prevista en la LOE.

Esta sala debe declarar que lo que le atribuye la condición de agente de la edificación es su encaje dentro del genérico concepto que se establece en el art. 8 LOE:

"Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención".

En este caso, para determinar el papel que Ideapsa S.A. ocupó en el proceso de edificación y, en consecuencia, su responsabilidad, deberá atenderse al contrato que suscribió y las funciones que en él se le asignaron. Responderá del incumplimiento de sus obligaciones respecto de la ejecución del edificio, es decir, la responsabilidad del art. 17 LOE, en la medida en que tales defectos le son imputables, atendidas las funciones que tenía encomendadas.

En el presente procedimiento Ideapsa S.A. como " *Project Manager*" o gestor de proyectos se comprometió en el contrato mencionado a:

- a) La "dirección técnica de las obras".
- b) La dirección del proyecto.
- c) Asesoramiento en contratación de arquitecto, aparejador, encargado técnico de obra, subcontratistas, cálculo de estructuras.
- d) Soporte técnico, jurídico y fiscal.
- e) Gestiones con proveedores.
- f) Obtención de licencias.

Y por estas funciones percibía los correspondientes honorarios.

Junto con ello, resulta de los hechos declarados probados que Ideapsa S.A. verificaba las certificaciones de obras, las cuales no estaban firmadas por los arquitectos.

De todo ello se deduce que Ideapsa S.A. no era un mero gestor de documentación, sino que gozaba de poder decisorio delegado por el promotor, controlando la dirección técnica de la obra, y verificaba las certificaciones de obra.

Como tal gestor de proyectos participaba de funciones propias del promotor, dirección económica, dirección de ejecución y del control de calidad, pero con tal autonomía y sustantividad que podemos concluir que como gestor de proyectos, dados los compromisos adquiridos, reunía, en este caso, las características de un agente de la edificación con entidad propia (art. 8 LOE).

Por su parte el art. 17 de la LOE establece:

"1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas: [...]

"2. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder. [...]

"4. Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas".

En el presente procedimiento resulta que Ideapsa S.A. interviene activa y decisoriamente en el proceso de edificación, por lo que como agente de la edificación responde ante el propietario de la edificación, que a su vez era promotor, por la falta de control sobre los que debería supervisar en el proceso de ejecución de la obra.

Esas obligaciones de Ideapsa S.A. eran sin duda un compromiso contractualmente asumido, pues como el propio contrato establecía se obligaba a velar por la "ejecución completa del presente proyecto".



Por tanto, la Audiencia Provincial no infringió las normas invocadas.

DÉCIMO.- *Costas y depósito.*

Desestimados todos los recursos se imponen las costas derivadas de cada recurso a cada recurrente (arts. 394 y 398 LEC), con pérdida de los depósitos constituidos para cada recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Luis Enrique , desestimar el recurso de casación interpuesto por Ideapsa S.A., todos ellos contra sentencia de fecha 26 de mayo de 2017 de la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 528/2016).

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición de las costas causadas por sus recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente D. Luis Enrique , con pérdida de los depósitos constituidos para ambos recursos y procede imposición de las costas causadas por su recurso de casación a Ideapsa S.A., con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.