



Roj: **STS 4056/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4056**

Id Cendoj: **28079110012016100521**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2016**

Nº de Recurso: **1165/2014**

Nº de Resolución: **536/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 474/2014,**
STS 4056/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el el recurso de casación, interpuestos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, el 27 de febrero de 2014, en el rollo de apelación 301/2010 , dimanante de los autos de juicio ordinario 301/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Caravaca de la Cruz. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente La Sociedad Cooperativa Agrícola El Picarcho, representada por el procurador don Roberto Sastre Moyano. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la mercantil Aseguradora Caser SA, representada por la procuradora doña Adela Cano Lantero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador don Juan Esmeraldo Navarro López, en nombre y representación de Sociedad Cooperativa Agrícola El Picarcho, formuló demanda de juicio ordinario contra aseguradora Caser S.A y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

«Tenga por presentado este escrito, junto con los documentos que al mismo se acompañan, lo admita, me tenga por personado y parte en la representación que ostento y por formulada demanda de JUICIO ORDINARIO que dirijo contra CASER SEGUROS, en la persona de su legal representante, cuyo domicilio en Murcia ya consta, a fin de que en su día, previos los demás trámites legales, se dicte sentencia por la que:

1º.- Se declare nulo y sin efecto el "acta de tercería" emitida por D. Juan Gámez Rodríguez de fecha 27 de octubre de 2009, por no haberse elaborado de la manera prevista en el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro .

2º.- Para el supuesto de que no se declarase la nulidad, se declare erróneo y equivocado dicho informe.

3º.- Se reconozca que según póliza y suplemento concertados entre las partes número 95040923/00000000, son de aplicación los siguientes aumentos de sumas aseguradas:

3.1.- Por incremento de prima sin modificación del riesgo.



3.2.- Que la ampliación de capitales contratada por suplemento de fecha 12 de mayo de 2008 supone una ampliación en 200.000,00 ? del capital asegurado para mercancías y no solo para deterioro en cámara frigorífica.

3.3.- Por cobertura automática del 10%.

4°.- Se condene a la demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y en consecuencia se condene a Caser Seguros a completar la indemnización debiendo abonar a mi representada la cantidad de 777.405,59 ? más el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda.

5°.- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales.».

2.- La procuradora doña Catalina Abril Ortega, en nombre y representación de aseguradora Caser, S.A. contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado:

«Se desestime la misma con expresa imposición de costas, al no existir defecto alguno en la confección del informe emitido y ser los capitales y valoraciones contenidas en el mismo acordes a la realidad del siniestro».

3.- En el acto del juicio se practicaron las pruebas que se consideraron pertinentes con el resultado obrante en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Caravaca de la Cruz, dictó sentencia el 17 de junio de 2012 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador don Juan Esmeraldo Navarro López, en nombre y representación de Cooperativa Agrícola El Picarcho, condenando a la actora al abono de las costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de Sociedad Cooperativa Agrícola El Picarcho, interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su tramitación a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, que dictó sentencia el 27 de febrero de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación promovido por el Procurador de los Tribunales Sr. Navarro López, en nombre y representación de la Sociedad Agrícola Cooperativa El Picarcho, frente a la sentencia de Junio de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Caravaca de la Cruz en autos de procedimiento ordinario tramitados con el nº 301/10, del que dimana el rollo nº 1.032/12, confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas de la presente alzada a la parte apelante».

TERCERO.- *Interposición y tramitación de los recursos por infracción procesal y de casación.*

1.- El procurador don Juan Esmeraldo Navarro López, en nombre y representación de la Sociedad Cooperativa Agrícola El Picarcho, interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior resolución, con base en los siguientes motivos.

Motivos por infracción procesal: Primero.- Al amparo del artículo 469. 1 LEC (RCL 2000,34,962 Y RCL 2001, 1982). Vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución , por infracción a mi representada de las normas contenidas a la debida tutela judicial efectiva de esta parte consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) en cuanto a deberes de motivación suficiente o existente en la sentencia; y en su consecuencia el deber de resolver por el Tribunal las cuestiones propuestas por las partes. Concretamente se entiende infringido el artículo relativos a la infracción de las normas que han de regir la sentencia, los artículos 216 , 218.1 y 465. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y resaltando el artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469. 1 por defecto de jurisdicción y por infracción concreta del derecho a la tutela efectiva de los tribunales, en relación con el artículo 117 de la Constitución Española y el artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Tercero.- Al amparo del art. 469.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). Vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución , por infracción a mi representada de las normas contenidas a la debida tutela judicial efectiva de esta parte consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) en cuanto a deberes de motivación suficiente o existente en la sentencia; y en su consecuencia el deber de resolver por el Tribunal las cuestiones propuestas por las partes. Concretamente se entienden infringidos los artículos relativos a la infracción de las normas que han de regir la sentencia los artículos 216 , 218.1 y 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dado que las conclusiones sobre la prueba practicada han de considerarse ilógicas y contrarias al sentido literal de lo que consta en el informe emitido, y a la prueba practicada.



Motivos de casación: Primero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 por infracción del artículo 38.7 de la Ley de contratos de seguro y jurisprudencia que lo desarrolla al negarse por los Tribunales de instancia la revisión del contenido de informe pericial fuera de los casos de defectos formales en la forma de emisión. Segundo.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 por infracción del artículo 38.7 y de la Jurisprudencia que lo desarrolla e interpreta por no entrar a conocer la sentencia del *quantum* de la indemnización. Tercero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 por infracción del artículo 38.7 por cuanto los Tribunales de Instancia han de entrar a conocer cuando el dictamen Pericial interpreta el contrato de seguro o sus cláusulas, y esta facultad corresponde privativamente a los Tribunales. El Tribunal Supremo tiene reiteradamente reconocido que no obstante las facultades decisorias de los peritos en el dictamen conjunto del artículo 38 de la LCS la facultad privativa de interpretar los contratos corresponde a los tribunales.

2.- La Sala dictó auto el 4 de marzo de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«1º. Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de la Sociedad Cooperativa Agrícola El Picarcho contra la Sentencia dictada, con fecha 27 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Murcia (sección 1ª) en el rollo de apelación nº 1032/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 301/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Caravaca de la Cruz. 2º. Entregar copia del escrito de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

3.- Dado traslado a las partes, la procuradora doña Adela Cano Lantero, en nombre y representación de Caser, S.A., formuló oposición a los recursos interpuestos de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 19 de julio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Demanda. La Sociedad Cooperativa Agrícola El Picarcho, hoy recurrente, interpuso demanda de juicio ordinario contra la compañía de seguros Caser, SA. Solicitaba que se declarase nula y sin efecto el «acta de tercería» emitida dentro del procedimiento previsto en el art. 38 LCS, por ausencia de debate y no haberse realizado de forma conjunta; con carácter subsidiario, solicitaba que se declarase la nulidad del informe por ser erróneo en cuanto a las valoraciones, aplicación e interpretación de la póliza; e interesaba la condena de la demandada al abono de la diferencia de indemnización existente entre al acta de tercería y el informe pericial presentado con la demanda.

La parte demandada se opuso.

2.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró que el tercer perito no actuó de forma unilateral, puesto que mantuvo contactos y recabó información de ambas partes, que el acta fue aprobada por mayoría, ya que el perito de la demandada mostró su conformidad aunque se firmase por separado. Y que una vez declarada la validez del acta no procedía entrar a conocer del resto de peticiones de la demanda, ya que entre las partes no existía discrepancia sobre si el riesgo estaba o no cubierto, y si se admitiese la posibilidad de entrar a valorar la cuantificación del daño, cuando no existe controversia respecto a la existencia de la cobertura, supondría dejar en manos de una de las partes la eficacia del procedimiento extrajudicial.

3.- Recurso y sentencia de apelación. Contra la anterior sentencia la demandada interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la AP en sentencia de 27 de febrero de 2014.

Indica la AP, en lo que respecta a la impugnación de acta por la inexistencia del correspondiente debate entre los tres peritos, que la forma en que se confeccionó el acta de tercería no fue contraria a la ley, contó con la opinión de todos los que estaban obligados a suscribirlo y firmarlo.

En lo que respecta a la impugnación del informe pericial por erróneo, al albergar una incorrecta interpretación tanto de la propia ley como de la póliza suscrita entre las partes ahora contendientes, indica la AP que "es impropio un adentramiento en cuestiones que rebasan el espectro del precepto analizado, puesto que la acogida como válida del contenido del dictamen obvia cualquier discusión sobre extremos ajenos a su finalidad.

4.- Recursos extraordinarios. Contra la anterior sentencia, la demandante y apelante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, éste al amparo del ordinal 2º del art. 477.2 LEC.



5.- El recurso extraordinario por infracción procesal contiene tres motivos.

En el motivo primero se denuncia la vulneración del art. 24 CE por falta de motivación (arts. 216 , 218 y 465.4 LEC) en lo que respecta a la desestimación del segundo pedimento de la demanda.

En el motivo segundo se alega la vulneración del art. 24 CE , en relación con el art. 117 CE y con el art. 45 LEC , al haberse impedido a la parte recurrente impugnar el dictamen emitido, y el acceso a su control por los tribunales.

En el motivo tercero se denuncia la vulneración del art. 24 CE por error en la valoración de la prueba. Según la recurrente la prueba practicada demostraría que le dictamen no se elaboró de forma conjunta, sino unilateralmente.

6.- El recurso de casación contiene tres motivos.

En el motivo primero se denuncia la infracción del art. 38.7 LCS , al haberse negado la sentencia recurrida a la revisión del contenido del informe pericial fuera de los casos de defectos formales en forma de emisión.

En el motivo segundo se denuncia la infracción del art. 38.7 LCS , ya que los tribunales de instancia deben entrar a conocer cuando el dictamen pericial interpreta el contrato de seguro y sus cláusulas, facultad que corresponde privativamente a dicho órgano.

En el motivo tercero se denuncia la infracción del art. 38. 7 LCS , ya que los tribunales de instancia deben entrar a conocer cuando el dictamen pericial interpreta el contrato de seguro y sus cláusulas, facultad que corresponde privativamente a dicho órgano.

7.- La Sala dictó auto el 4 de marzo de 2015 admitiendo el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, se opuso a ambos la parte recurrida.

SEGUNDO.- Consideraciones jurisprudenciales sobre el artículo 38 LCS .

Tanto en los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal como en los tres del recurso de casación late una misma cuestión, cuál es el carácter vinculante del acta de tercería que prevé y regula el artículo 38 LCS , si cabe su impugnación judicial y, en su caso, con qué alcance.

De ahí que, por razones de método consideremos oportuno hacer las presentes consideraciones.

1.- Naturaleza y alcance del procedimiento extrajudicial del artículo 38 LCS .

(i) La sentencia de 25 de junio de 2007 expone la finalidad que la Ley atribuye al trámite establecido en el señalado artículo 38 LCS «que no es otra que la de facilitar una liquidación del siniestro lo más rápida posible cuando las partes, asegurada y aseguradora, discrepen en la cuantificación económica de los daños derivados del mismo, articulando, en función de dicha finalidad, un procedimiento imperativo para los litigantes, si bien dicho rasgo de imperatividad desaparece cuando la discrepancia no se centre únicamente en la cuantificación, como sucede en los casos en que el asegurador discrepa respecto del fondo de la reclamación, por cuestionar la existencia misma del siniestro, su cobertura por la póliza de seguro, u otras circunstancias que pudieron influir en su causación o en el resultado.»

Se reitera tal finalidad en sentencias posteriores de 18 de octubre de 2008 y 7 de mayo de 2008 , matizando tales posiciones la sentencia 197/2010 de 5 de abril cuando afirma, con citas jurisprudenciales, que «el procedimiento previsto en el artículo 38 LCS es un procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño encaminado a lograr un acuerdo sobre el importe y la forma de la indemnización y no a resolver cuestiones sobre las causas del siniestro y la interpretación del contrato (SSTS 19 de octubre de 2005, RC n.º 339/99 , 2 de marzo de 2007, RC n.º 629/2000 , 8 de mayo de 2008, RC n.º 1429/01 , 14 de mayo de 2008, RC n.º 788/01).

De esto se infiere, entre otras consecuencias, que (a) resulta innecesario y no está justificado que el asegurador que rechaza la cobertura acuda a este procedimiento, ni que exija hacerlo al asegurado; (b) el efecto vinculante del dictamen del perito único no se extiende a cuestiones ajenas a la cuantificación de la prestación debida por el asegurador y no impide a éste cuestionar la existencia del siniestro, su cobertura por la póliza de seguro, y las circunstancias que pudieron influir en su origen o en el resultado (STS 28 de enero de 2008, RC n.º 5225/2000 , FJ 2).

Añade la sentencia de 25 de junio de 2007 , mencionando la de 17 de julio de 1992 que «este procedimiento extrajudicial tiene carácter negativo»; precisando que, en tal situación de discrepancia meramente cuantitativa, el procedimiento extrajudicial se convierte en un trámite preceptivo e imperativo para las partes, que no son libres «para imponer a la otra una liquidación del daño a través de un procedimiento judicial», impidiendo que el asegurado inicie un procedimiento judicial para fijar el valor del daño en caso de que el dictamen del perito de la aseguradora contradiga las conclusiones valorativas alcanzadas por el perito designado por la parte, ya



que «el párrafo 7º del art. 38 es clarísimo en el sentido que él solo puede conocer de la impugnación judicial del dictamen de los tres peritos, resultado de la unanimidad o de la mayoría, pero no suplirlos...».

De todo ello se deduce, en los términos de la misma sentencia «que la discrepancia de las partes en la valoración del daño convierte en preceptivo el procedimiento extrajudicial, constituyendo objeto exclusivo de la actividad pericial que se desarrolla la función liquidadora del mismo, determinando la fuerza vinculante del dictamen -conjunto siempre- emitido por unanimidad o mayoría, una vez firme, que, en buena lógica, alcanza exclusivamente a lo que es objeto de la actividad pericial, la liquidación del daño para la determinación de la indemnización a pagar por el asegurador».

(ii) Con tal procedimiento se garantizan, según recoge la sentencia 747/2009 de 11 de noviembre, Rc. 864/2005, «unos mínimos de Derecho necesario, de marcado interés público, impuestos por la Ley y sustraídos a la voluntad de las partes, que obligan a la consideración de la función de los intervinientes en el mismo como peritos decisores de acuerdo con criterios que exceden de la misión que éstos, en otros casos, tengan como asesores técnicos de cada parte y la aproximan a la de los árbitros, no obstante las salvedades que se derivan de las diferencias notables entre impugnación del laudo e impugnación del dictamen pericial (SSTS 14 y 17 de julio 1992 ; 20 de enero 2001 ; 9 de diciembre de 2002 ; 2 de febrero 2007 y 28 de enero 2008 , entre otras).

Ahora bien, el hecho de que dictamen pericial en cuestión se puede considerar como una institución "sui generis", en el que los peritos no actúan como asesores sino como decisores, en una actividad próxima a la propia de los árbitros, no permite negar carácter pericial al trabajo que realizan para asimilarla a un arbitraje de equidad, por más que pudiera entenderse que el arbitraje puede ofrecer más ventajas al asegurado en cuanto a rapidez, eficacia, economía y vinculación, en tanto no se modifique la norma de aplicación y se dote al procedimiento del artículo 38 de una mayor eficacia en lo que hace a su ejecutividad. Lo cierto es que una y otra son instituciones jurídicas distintas con régimen jurídico igualmente distinto.»

2.- Impugnación del dictamen pericial establecido en el artículo 38 LCS .

El dictamen por unanimidad o por mayoría es vinculante para las partes, salvo que se impugne judicialmente dentro de los plazos que se establecen. Tal impugnación ha de ser expresa y si no se lleva a cabo el dictamen pericial deviene en inatacable (STS 10 de diciembre de 1988).

Se colige su impugnabilidad, dentro de los plazos legales, de la sentencia 231/2007 de 2 de marzo, RC. 629/2000 y de la 231/2007 de 25 de junio, RC. 5053/2000 .

3.- Alcance de la impugnación.

El legislador español guarda silencio sobre las causas de impugnación, por lo que ha tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia las que se han enfrentado al problema.

Según autorizada doctrina, en cuanto que el dictamen pericial es negocio jurídico, puede ser impugnado por las causas generales de nulidad contenidas en los artículos 1265 y siguientes del Código Civil . También se puede impugnar el procedimiento en sentido estricto y, en último caso el dictamen pericial.

La sentencia 231/2007 de 2 de marzo , ya citada, afirma que «el informe emitido puede ser impugnado, aparte de por las causas generales nacidas del artículo 1265 del Código Civil (error, violencia, intimidación o dolo) y de las que se refieren al procedimiento estricto, por las que afectan al dictamen pericial, discrepancias sobre las causas del siniestro o el momento, como es el caso, de su acaecimiento».

Por tanto entre las causas posibles de impugnación se pueden clasificar entre las que son causas de forma y causas de fondo (STS de 12 de noviembre de 2003).

Y es que como afirma la sentencia 747/2009 de 11 de noviembre, RC. 864/2005 , existen diferencias notables entre la impugnación de un laudo y la impugnación del dictamen pericial establecido en el artículo 38 LCS .

En concreto «a diferencia del arbitraje, que solo podrá anularse por motivos tasados, no se impide a los Jueces y Tribunales conocer con plenitud la impugnación de un peritaje. Además, mientras los árbitros deciden motivadamente, en derecho o en equidad, la total controversia existente entre las partes, el procedimiento de peritos queda circunscrito a la evaluación y valoración de los daños a abonar por el asegurador producidos por un siniestro, y su informe resulta inatacable transcurridos los plazos de impugnación judicial; diferencias que se hacen más llamativas si cabe a partir de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil hecha por Ley 60/2003, de Arbitraje, que cambia el sistema de ejecución del laudo para atribuir fuerza ejecutiva a «los laudos o resoluciones arbitrales», sin hacer mención alguna al dictamen que resulta del artículo 38 LCS , de tal forma que el procedimiento de impugnación no se hace a través de los artículos 1 y 46 de la Ley de Arbitraje , sino en la forma prevista en la citada norma»

TERCERO.- Aplicación de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado.



1.- Ante todo se ha de tener en cuenta que, según doctrina constante de la Sala, lo que se recurre es la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y no la del Juzgado de Primera Instancia. Ahora bien, la referencia a esta última deviene imprescindible porque el Tribunal de apelación remite a su motivación a la hora de sustentar la propia, esto es acude a la técnica de motivación por remisión.

2.- La sentencia de la Primera Instancia niega que el acta de tercería o dictamen de peritos llevado a cabo conforme a las previsiones del artículo 38 LCS sea susceptible de impugnación por razones de fondo.

Afirma que «si se admite la posibilidad de entrar a valorar la cuantificación del daño, cuando no existe controversia respecto a la existencia de la cobertura, una vez declarada válida el acta, supondría dejar en manos de una de las partes la eficacia del procedimiento extrajudicial..., torciéndose de este modo el espíritu del artículo 38 LCS ».

La sentencia del Tribunal de apelación considera correcta tal interpretación y añade que es improcedente un adentramiento en cuestiones que rebasan el espectro del precepto, puesto que la acogida como válida del contenido del dictamen obvia cualquier discusión sobre extremos ajenos a su finalidad.

3.- Si se atiende a la doctrina jurisprudencial que se ha recogido en el anterior fundamento de derecho se ha de convenir que las sentencias de las instancias yerran al interpretar el artículo 38 LCS .

El dictamen de peritos, que constituye el acta de tercería prevista y regulada en el anterior precepto, será vinculante cuando adquiera firmeza por no haber sido impugnado expresamente en los plazos que establece el artículo 38 LCS , pero, sin embargo, en el presente supuesto se ha impugnado de modo expreso, detallándose minuciosamente las causas de impugnación, por lo que procede decidir sobre ella. Sobre todo si se tiene en cuenta que la valoración de los daños, finalidad exclusiva del dictamen, se encuentra en estrecha relación con la interpretación de la ley y del contrato, según se razona, de modo extenso, tanto en la demanda como en el recurso de apelación; de forma que, sin discrepancia en las valoraciones, pueden fijarse indemnizaciones diversas según la interpretación contractual que se haga. Y como recogíamos (STS 5 de abril de 2010) el procedimiento previsto en el artículo 38 LCS no tiene por objeto resolver cuestiones sobre la interpretación del contrato.

Por tanto, al encontrarse impugnado el dictamen de peritos, el tribunal debe pronunciarse sobre tal impugnación con libertad de criterio y sujetándose a los términos del debate planteados por las partes.

4.- Partiendo de la anterior decisión de la Sala, procede conocer y dar respuesta a los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y a los del recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

CUARTO.- *Los dos primeros motivos del recurso deben desestimarse.*

La propia parte recurrente, al articular y formalizar el recurso de apelación, reconoce que cuando el juez a quo decidió que, al no ser nula el acta de tercería, «no procede entrar a conocer sobre el resto de las peticiones de la demanda», estaba haciendo una interpretación errónea del artículo 38 LCS . Esto es, no se trata de vulneraciones del proceso civil cuanto de interpretación de una norma jurídica sustantiva sobre el fondo de la cuestión.

La sentencia recurrida no es incongruente, por cuanto decide sobre la petición subsidiaria de la demanda, sin eludir un pronunciamiento sobre ella, y, además, motiva suficientemente por qué no entra a conocer de la impugnación del dictamen de peritos, con independencia de que se comparta o no su razón de decidir. Y por supuesto no niega tener competencia jurisdiccional para resolver sobre la pretensión en cuestión, sino que entiende como vinculante y no impugnable el dictamen de peritos, cuestión propia del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal.

QUINTO.- El tercer motivo también debe desestimarse por incurrir en primer lugar, en una defectuosa técnica casacional al mezclar, con evidente confusión para la Sala y para la parte recurrida, infracción de deberes de motivación con errores en la valoración de la prueba. Pero es que, en segundo lugar, «la posibilidad de denunciar error patente en la valoración de la prueba por la vía del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y citando como infringido el art. 24 de la Constitución , ciertamente reconocida por la doctrina de esta Sala, no autoriza sin embargo que mediante un motivo por infracción procesal que formalmente cumpla dichos requisitos quepa proponer una nueva valoración conjunta de toda la prueba practicada (SSTS 30-6-11 , 11-4-11 , 7-4-11 , 29-9-09 y 30-6-09 entre otras muchas), finalidad última de este motivo como resulta de su desarrollo argumental con numerosas referencias a pruebas de todo tipo y a la valoración conjunta de la prueba.»

Se aprecia que en el desarrollo argumental del motivo la recurrente confunde y entremezcla lo que es la valoración del dictamen pericial, en cuanto a su contenido, con lo que es la valoración del procedimiento,



negando la existencia de una elaboración conjunta. A esto último ofreció detallada respuesta el Juzgado de Primera Instancia, valorando las pruebas practicadas, para alcanzar la conclusión, aceptada por el Tribunal de apelación, que «no puede considerarse que el tercer perito actuara de forma unilateral, puesto que mantuvo contactos y recabó información de ambas partes, presentando el borrador del acta con voluntad de que fuera modificada y renegociada, no con la intención de que el acta presentada fuese la que finalmente se presentase». La valoración de las pruebas, que detalla en su motivación, y las conclusiones que extrae no pueden tacharse de ilógicas, absurdas o arbitrarias, y, de ahí, que si ese era el auténtico motivo articulado, deba ser desestimado, según se anunció.

Recurso de casación.

SEXTO.- Los tres motivos del recurso de casación merecen una decisión conjunta, según autoriza la doctrina de la Sala, por la estrecha relación que guardan entre sí, ya que se trata de resolver si la tesis del Tribunal de apelación contradice la interpretación que merece el artículo 38.7 LCS .

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado la Sala en el fundamento de derecho tercero, al que nos remitimos, y, por ende, procede estimar el recurso de casación.

SÉPTIMO.- Teniendo en cuenta que la consecuencia de la estimación del recurso de casación es dar respuesta a la cuestión de fondo, siendo relevante a tal fin la interpretación de la póliza de seguro y de la ley, no procede que esta Sala ofrezca respuesta al mismo, por cuanto dicha interpretación es propia de la instancia y en ella no se ha llevado a cabo por los motivos que constan (STS 721/2014 de 17 de diciembre, RC. 2592/2012).

Corolario de lo anterior, como efecto de la estimación del recurso de casación, es la remisión de las actuaciones al Tribunal de la Audiencia, cuya sentencia se casa, a fin de que con libertad de criterio decida sobre la impugnación del acta de tercería, con estricto respeto a los términos del debate planteado por las partes.

La Sala en supuestos extraordinarios ha declarado que no procede asumir la instancia, y sí devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en relación con las pretensiones objeto de debate, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, «pues esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos de casación fundados en el artículo 477.2.2.0 LEC , y, se estima en este caso necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia» (SSTS de 10/9/2012 , rec. 1740/2009, de 3 de marzo cte 2011 , Rec. 2180/2006, de 18 de julio de 2011 , Rec. 2103/2007, de 25 de mayo de 2010 , Rec. 1020/2005 , y las que en ella se citan), como así lo denuncian los recurrentes...»

Normalmente se ha pronunciado la Sala en tal sentido en supuestos de desestimación de la prescripción o caducidad acogidas en las instancias, de forma que en éstas no se había valorado la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco se habría enjuiciado en derecho (STS 899/2011 de 30 noviembre). Falta por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta Sala deba limitarse, como autoriza el artículo 487.2 LEC , a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia.

Recientemente, en un supuesto de estimación del recurso de casación, se tomó esta decisión para evitar que a la parte desfavorecida sobre el pronunciamiento relativo al fondo de la cuestión, se le privase de poder instar la revisión del mismo, sobre el que con anterioridad no había recaído ninguna valoración fáctica ni jurídica (STS 400/2016 de 15 de junio, RC. 1698/2015).

OCTAVO.- En aplicación de lo dispuesto en los artículos 394. 1 y 398. 1 LEC , se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, sin imponerle las costas del recurso de casación.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, el 27 de febrero de 2014, en el rollo de apelación 301/2010 , dimanante de los autos de juicio ordinario 301/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Caravaca de la Cruz, por La Sociedad Cooperativa Agrícola El Picarcho, representada por el procurador don Roberto Sastre Moyano. **2º.-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma parte contra la mencionada sentencia. **3º.-** Casar la sentencia recurrida, ordenando, a causa de ello, que el Tribunal de apelación, con libertad de criterio y respeto a los términos del debate planteados por las partes, resuelva sobre la impugnación del acta de tercería o dictamen de peritos planteada con carácter subsidiario en la demanda.



4º.- Se impone a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito. 5º.- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación, con devolución del depósito. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ