

# EDJ 2010/253930

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 25-11-2010, nº 785/2010, rec. 505/2005  
Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio

## Resumen

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada en grado de apelación por la AP, y la confirma. La Sala considera que aunque se prive de eficacia a las conclusiones fácticas de la sentencia impugnada basadas en el examen del informe del perito judicial cuestionado en el recurso que excede del objeto de la prueba pericial declarada pertinente, permanece la valoración de otro medio de prueba que lleva a la sentencia impugnada al convencimiento de que existen los defectos del solado de mármol en la vivienda objeto de compra por los actores alegados en la demanda.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.183 , art.209.2 , art.216 , art.217 , art.218.2 , art.283 , art.347.1 , art.469.1  
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.24

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	6
FALLO .....	8

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### COMPRAVENTA

##### OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Entregar la cosa

Falta de entrega

Defecto de calidad o cantidad

Falta de entrega

Prueba y efectos del incumplimiento

#### PERITOS

LIBRE APRECIACIÓN DEL JUZGADOR

FUERZA PROBATORIA

#### PRINCIPIOS PROCESALES

APORTACIÓN DE PARTE

#### PROCESO CIVIL

##### PRUEBA

Denegación de prueba

Sin generar indefensión

##### RECURSOS

Extraordinario por infracción procesal

Motivos

Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia

Vulneración de derechos fundamentales del artículo 24 CE

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Comprador; Desfavorable a: Vendedor

Procedimiento:Recurso extraordinario por infracción procesal

Legislación

Aplica art.183, art.209.2, art.216, art.217, art.218.2, art.283, art.347, art.469.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita art.1258, art.1445 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Alicante de 8 octubre 2004 (J2004/214034)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 6 mayo 2010 (J2010/62021)  
Cita en el mismo sentido sobre PRINCIPIOS PROCESALES - APORTACIÓN DE PARTE STS Sala 1ª de 25 junio 2009 (J2009/150913)  
Cita en el mismo sentido sobre PRINCIPIOS PROCESALES - APORTACIÓN DE PARTE STS Sala 1ª de 30 marzo 2009 (J2009/42572)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 4 febrero 2009 (J2009/16816)  
Cita en el mismo sentido sobre PRINCIPIOS PROCESALES - APORTACIÓN DE PARTE STS Sala 1ª de 8 abril 2002 (J2002/7595)

ANTONIO SALAS CARCELLER

JESUS CORBAL FERNANDEZ

JOSÉ RAMON FERRANDIZ GABRIEL

JUAN ANTONIO XIOL RIOS

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal que con el número 505/2005 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la entidad Hogares Denia, S.L., aquí representada por el procurador D. Miguel Ángel de Cabo Picazo, contra la sentencia de 8 de octubre de 2004, dictada en grado de apelación, rollo número 119/2004, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª EDJ 2004/214034, dimanante de procedimiento de juicio ordinario número 249/2002, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Denia. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo en nombre y representación de D. Clemente y D.ª Zaida.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Denia dictó sentencia de 3 de octubre de 2003 en el juicio ordinario núm. 249/2002, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente la demanda sostenida por D. Enrique Sastre Botella, procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. Clemente y D.ª Zaida, bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Moncho Pastor, contra Hogares Denia, S. L., y desestimando íntegramente la reconvenición, debo condenar y condeno a Hogares Denia, S. L.:

»A la sustitución de todas las piezas del pavimento de mármol que estén agrietadas y desentonen con la tonalidad lisa y de veta fina predominantes, de modo que el tipo y color de la veta han de ser muy similares y colocados dando la apariencia de un solado continuo.

»A subsanar los defectos constructivos referidos en el fundamento jurídico cuarto, excepto los referidos en los números 1, 3, 5, 7, 8, 10, 14, 15, 17, 21 y 22.

»A otorgar escritura pública de compraventa del inmueble litigioso con sus anejos, previo pago de la parte del precio adeudada, 29 870 000 pesetas.

»No ha lugar a la indemnización de daños y perjuicios interesada por la actora, ni a la resolución del contrato con retención de la cantidad que por cláusula penal se interesa por la reconviniendo.

»En cuanto a las costas de la demanda, que cada parte satisfaga las suyas. Las de la reconvenición serán soportadas por la demandada».

SEGUNDO.- En los fundamentos jurídicos de la sentencia se contienen, en cuanto interesa para el presente recurso, las siguientes declaraciones:

«Primero. La relación jurídica que liga a las partes es un contrato de compraventa regulado en los artículos 1445 y siguientes CC EDL 1889/1 en general y en la Ley 8/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en particular, por referirse a una vivienda y plaza de garaje de nueva construcción.

»Se ha impugnado el informe emitido por el perito nombrado judicialmente, por haberse excedido del objeto de la pericia, al considerar la demandada que fue designado para medir la superficie del inmueble exclusivamente, habiendo efectuado valoraciones sobre el cumplimiento del contrato y defectos de construcción. Efectivamente, el objeto de la pericia venía establecido por la actora, que interesó su nombramiento, con el fin de efectuar mediciones que no le habían permitido al perito de parte, sin concretar si lo medido habían de ser las superficies, de donde resulta adecuado a su objeto el informe en cuanto mide superficies y alturas, y en cuanto que las compara con el proyecto o con las normas de construcción y extrae conclusiones o valoraciones; no en cambio en la parte en que aprecia defectos de calidad o de construcción arreglo a lo pactado. Ahora bien, en la medida en que el perito ha sido interrogado en juicio los letrados, incluso por el que impugna su informe, sus manifestaciones quedan incorporadas como elementos de prueba validos, al amparo del artículo 347.1.4.º LEC EDL 2000/77463 .

»Tercero. A continuación reclama la sustitución de todas las piezas del pavimento de mármol que estén agrietadas y desentonen con la tonalidad lisa y de veta fina predominantes, pues considera que el mármol ha de ser de primera calidad de modo que el tipo y color de la veta han de ser muy similares colocados dando la apariencia de un solado continuo.

»A preguntas del letrado de la parte actora el perito propuesto por la demandada Sr. Francisco, que se considera de primera calidad el mármol que ha sido desbastado y pulido en fábrica, procedimiento que no se emplea para edificios y que no lo ha sido en la vivienda litigiosa.

»Ahora bien, se plantea si era exigible a la demandada la colocación de un mármol de primera calidad, pues la memoria de calidades que acompaña a la demanda como documento núm. 1 se refiere a pavimento porcelánico, habiéndose colocado el de mármol en virtud de pacta posterior, pacto documentado en el núm. 26 de la contestación, reconocido por el actor, sin referencia alguna a su calidad pues se limita a describir el pavimento como mármol crema marfil coto. El artículo 1258 CC EDL 1889/1 viene a establecer que el contrato obliga al cumplimiento no solo de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Si se integran tales disposiciones con los restantes elementos del propio contrato, como el precio de la vivienda, 41 millones de pesetas, y la publicidad empleada para la captación de compradores, que viene a integrar el clausulado pactado, y que se refleja en la fotografía documento núm. 2 de la contestación a la reconvencción "Edificio Colon. Viviendas de lujo", efectivamente era exigible a la demandada un pavimento de primera calidad.

»En este aspecto, el informe del perito Sr. Miguel está desmentido por las propias fotografías que acompaña, en las que, pese a estar mal enfocadas e impedir el examen de la veta del mármol, se aprecian diferentes tonalidades en las baldosas, que denota no solo baja calidad del material empleado, sino también el empleo de personal inexperto en el solado de este material.

»El informe del Sr. Salvador sostiene, en la misma línea, que la apariencia e continuidad en el mármol es imposible por las diferencias de tonos de este tipo de material, cuando las reglas de la experiencia indican que una correcta colocación por profesional experto pasa por buscar la continuidad de la veta originaria de la piedra, anterior al corte, en la colocación, siempre tratando con material de primera calidad, habiendo incluso sugerido en su informe a los actores que laven el suelo frecuentemente, a ver si se oscurece.

»Por ultimo, el informe D. Francisco defiende tan tímidamente la idoneidad de este suelo, que viene a confirmar la tesis de la actora.

»Se considera probado que el pavimento de mármol no es de la calidad pactada, habiendo de estimarse en este punto la demanda».

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, dictó sentencia de 8 de octubre de 2004, en el rollo de apelación número 119/2004 EDJ 2004/214034 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Hogares Denia, S. L. y desestimando la impugnación formulada por D. Clemente y D.ª Zaida contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Denia con fecha 3 de octubre de 2003, en autos de juicio ordinario núm. 249/2003, debemos revocar y revocamos parcialmente absolviendo a la demanda de subsanar los defectos constructivos referidos en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de primera instancia, excepto los referidos en los números 2, 6, 9, 12, 13, 16, 18, 19 y 23, manteniendo todos los demás pronunciamientos y sin que proceda la imposición de las costas causadas en esta alzada por el recurso formulado por Hogares Denia, S. L. siendo por cuenta de D. Clemente y D.ª Zaida las causadas con su impugnación».

CUARTO.- En los fundamentos jurídicos de la sentencia se contienen, en cuanto interesa para el presente recurso, las siguientes declaraciones:

«La vendedora se alza contra la condena a la sustitución de todas las piezas del pavimento de mármol que estén agrietadas y desentonen con la tonalidad lisa y de veta fina predominantes, de modo que el tipo y color de la veta han de ser muy similares y colocados dando la apariencia de un solado continuo; pues considera que se aparta de la causa de pedir de la demanda que funda su pretensión en la existencia de defectos de construcción y no en el incumplimiento de las calidades pactadas; que no comparte los criterios por los que se le impone la obligación de colocar en las viviendas mármol de primera calidad sino como pavimento de tipo estándar; y que por su condición de piedra natural siempre presenta vetas y tonalidades y su color no puede ser uniforme.

»No comparte esta Sala la queja del apelante sobre que la sentencia se aparte de la causa de pedir, pues ya en el informe pericial aportado como documento núm. 7 al que se remite el demandante al interesar la subsanación de los defectos constructivos se refiere al mármol de primera calidad.

»Efectivamente, del documento núm. 26 de la contestación de la demanda resulta que los litigantes acordaron (por aceptación del demandante comprador) con fecha 17 de noviembre de 2000 el cambio del suelo de su vivienda colocándose en la totalidad de la misma mármol crema marfil coto en sustitución del porcelánico mencionado en la memoria de calidades, deduciendo el juzgador a quo que deberá entenderse como mármol de primera calidad por el precio de la vivienda (41 000 000 pesetas) y la publicidad empleada por el vendedor que define las viviendas ofertadas como viviendas de lujo. Debe considerarse acreditado con el informe del perito judicial que el suelo de mármol presenta muy distintos tonos de color, sin ningún tipo de selección de material ni siquiera con el juego de colores y vetas que lo hagan agradable, viéndose desportillos en algunos lugares y juntas y/o cejas mal rematadas; y en la colocación del rodapié existe disconformidad con la correlación de juntas con el pavimento dando un aspecto tosco y de mal acabado, no siguiendo el canon de la buena practica constructiva. Desde luego que tal conclusión no parece ajustarse a una vivienda ofertada de lujo; y puesto en relación con los materiales incluidos en la memoria de calidades que acompañaba el contrato de compraventa (pavimento porcelánico y rodapié del mismo material, modelos a elegir según muestras), que el suelo de mármol ha venido a sustituir, sin referencia alguna a la calidad del pavimento.

»Y frente a ello no puede considerarse eficaz la defensa del demandado que alega que las variaciones de tonalidad son las propias de este tipo de material y el rodapié está cortado y empaquetado en fábrica tamaño estándar (D. Miguel, director de la obra f. 245); que ningún mármol, por su condición de piedra natural puede dar la apariencia de un solado continuo, y cuando se busca ésta se usan materiales artificiales que lo garantizan y no se han detectado baldosas agrietadas (D. Salvador f.264 y 265); y que las irregularidades de vetado, color y tono del pavimento de mármol colocado sean las habituales, que el rodapié de medida estándar, aparece en piezas más pequeñas consecuencia del corte para ajustar la longitud total, sin que pueda afirmarse que el pavimento colocado sea de baja calidad, sino que presenta el aspecto normal y característico de un pavimento de mármol crema-marfil (D. Francisco f. 279 y 280), pues ello no desvirtúa la primera calificación pericial comprobada en la fotografías aportadas por la demandada, ya que estando en lo sustancial conforme con que los materiales naturales tienen diferentes tonos de color no lo es menos que unas viviendas que se dicen de lujo deberá cuidar su colocación y la selección de las piezas procurando que el solado dé la sensación de continuidad».

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de la entidad Hogares Denia, S. L. se formulan los siguientes motivos:

Motivo primero. «(A)l amparo del artículo 469.1.2.º LEC EDL 2000/77463 , la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración de los artículos 216 y 218 LEC EDL 2000/77463 ».

Se fundamenta este motivo en las siguientes alegaciones:

1. La recurrente denunció en la primera instancia, en tiempo y forma, la extralimitación del perito judicial al emitir el informe que le fue encomendado y se impugnó la prueba por ilicitud de la misma.

2. En el acto del juicio la cuestión fue resuelta por el juez acordando que, en la medida en que el informe se hubiera extralimitado, esa parte del informe que constituyera la extralimitación no sería tenida en cuenta para dictar sentencia.

3. En la interposición del recurso de apelación se hicieron constar estas circunstancias por la posible falta de claridad de que pudiera adolecer la sentencia de primera instancia sobre esta cuestión y se expresó la imposibilidad de tomar en cuenta el informe en la parte en la que se extralimitó del objeto de la prueba pericial encomendada.

4. La sentencia de segunda instancia se basa, para declarar la existencia de defectos en el pavimento de mármol, en el dictamen no pertinente, por lo que se vulnera el artículo 218 LEC EDL 2000/77463 que exige que la motivación se base en las pruebas declaradas pertinentes.

Motivo segundo. «Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC EDL 2000/77463 , se denuncia la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, por entender vulnerados los artículos 216 y 217 LEC EDL 2000/77463, en concordancia con el artículo 283 LEC EDL 2000/77463 , produciéndose con dicha infracción indefensión a esta parte».

Se fundamenta este motivo en las siguientes alegaciones:

1. Se vulneran los principios de justicia rogada y aportación de parte, porque la prueba que ha tenido en consideración la sentencia impugnada no fue propuesta ni admitida.

2. Es una prueba ilícita porque no fue solicitada por ninguna de las partes.

3. No se ataca la valoración de la prueba pericial. Se alega la improcedencia de entrar a valorar una prueba no pertinente e ilícita, al haberse incorporado a autos sin haber sido propuesta ni admitida, con vulneración de las garantías procesales de las partes.

Motivo tercero. «(S)e denuncia conforme al artículo 469.1.4.º LEC EDL 2000/77463 , la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE EDL 1978/3879 ».

Se fundamenta este motivo en las siguientes alegaciones:

Se ha vulnerado el derecho de tutela efectiva, con indefensión porque se ha utilizado un medio de prueba no pertinente e ilícito.

Termina la parte recurrente solicitando de la Sala que «dicte sentencia mediante la que, estimando íntegramente el recurso, anule la sentencia recurrida, ordenando se repongan las actuaciones, para que se dicte nueva sentencia de apelación sin consideración del informe del perito judicial, en aquella parte en que se extralimitó del objeto de la pericia o, alternativamente, case y anule la sentencia de apelación, dictando nueva sentencia sobre el fondo del asunto, por la que se desestime íntegramente la demanda inicial de los presentes autos y se estime la demanda reconvenicional formulada por esta parte, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora reconvenida».

SEXTO.- Por auto de 21 de octubre de 2008 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de D. Clemente y D.<sup>a</sup> Zaida se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

1. La sentencia impugnada desestimó el recurso de apelación de la recurrente porque en él no se desvirtuaron los razonamientos de la sentencia de primera instancia, que declaró la existencia de efectos en el solado de mármol tomando en consideración numerosos elementos probatorios.

2. La sentencia impugnada vuelve a recoger los elementos probatorios de la sentencia de primera instancia, por lo que aunque se omitiese la mención a la prueba pericial impugnada por la recurrente, en nada variarían las conclusiones alcanzadas.

3. El perito judicial no fue recusado.

4. En las actuaciones no se ha decretado la inutilidad o impertinencia de la prueba controvertida.

5. Según declaró la sentencia de primera instancia, la totalidad de los extremos de la prueba fueron incorporados mediante la ratificación del perito.

6. No hay indefensión porque la sentencia impugnada no se sustenta en el elemento probatorio controvertido.

7. En la sentencia impugnada no hay incongruencia ni falta de motivación.

8. No procede estimar cualquier irregularidad procesal si no hay indefensión.

Termina la parte recurrida solicitando a la Sala que «dicte sentencia desestimando íntegramente el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente».

OCTAVO.- La prueba pericial judicial propuesta por la parte actora en la audiencia previa y declarada pertinente fue la siguiente:

«(S)e solicita la designación judicial de perito al objeto de que por parte de arquitecto técnico (que por turno corresponda de los existentes en listado) se emita informe comprensivo de mediciones en el inmueble adquirido (descripción del inmueble).

»A tal efecto se incluya en dicho informe:

»Superficie construida del inmueble.

»Superficie útil del mismo, tanto la correspondiente a la planta 5.<sup>a</sup> como altillo en su conjunto, así como las distintas dependencias que lo componen.

»Igualmente se solicita que el perito autor del informe, comparezca a la vista del juicio ordinario a los efectos de ratificar el informe emitido, con las explicaciones y las respuestas oportunas.

»De conformidad, con el artículo 345 2 LEC EDL 2000/77463 , se solicita por esta parte la posibilidad de estar presente en las operaciones periciales de medición descritas, a cuyo efecto se ordene al perito que se designe que dé aviso directamente a esta parte con antelación de al menos cuarenta y ocho horas, del día lugar y hora en que las operaciones se llevarán a cabo».

NOVENO.- El perito judicial emitió el siguiente dictamen:

«D. Abilio, arquitecto técnico y habiendo sido designado perito en el procedimiento ordinario núm. 249/2002 y tras visitar el objeto del procedimiento.

»Expongo:

»(Siguen las mediciones de distintas superficies del inmueble).

»Voy a analizar los defectos visibles que he llegado observar y que a juicio del técnico que suscribe deberían ser reparados.

»Como defectos tenemos:

»A) El pavimento era en el contrato de compraventa un gres porcelánico, cambiándose por un mármol de 1.<sup>a</sup> calidad según cambio acordado, colocando un mármol pero de muy distintos tonos, sin ningún tipo de selección de material ni siquiera con el juego de colores y vetas que lo hagan agradable, viéndose desportillos en algunos lugares y juntas y/o cejas mal rematadas. Así mismo en la colocación del rodapié existe disconformidad con la correlación de juntas con el pavimento dando un aspecto tosco y de mal acabado, no siguiendo el canon de una buena práctica constructiva.

»(Sigue la descripción de otros defectos).

»Con todo lo expuesto, llego a la conclusión que se trata de una vivienda convencional, sin ningún elemento que la diferencie y que desvirtúa muy mucho sobre la memoria de calidades. Contrato de compraventa, analizando los elementos que se observan a simple vista sin entrar a analizar los elementos constructivos internos como aislantes, estructuras, pruebas de instalaciones, etc».

DÉCIMO.- Esta Sala ha procedido al visionado del soporte videográfico del acto del juicio celebrado en el juicio ordinario del que dimana el recurso.

UNDÉCIMO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 16 de noviembre de 2010, en que tuvo lugar.

DECIMOSEGUNDO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CE, Constitución Española EDL 1978/3879 .

LEC EDL 2000/77463 , Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

RC, recurso de casación.

SSTS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. Los demandantes, compradores de una vivienda, interpusieron demanda frente a la entidad vendedora instando el cumplimiento del contrato de compraventa. En lo que ahora interesa, solicitaron la condena de la entidad demandada a subsanar los defectos de construcción del inmueble y, entre ellos, el relativo a la colocación y calidad del solado de mármol de la vivienda.

2. En la demanda se solicitó la designación de un perito judicial para que procediera a efectuar mediciones en la vivienda. En la audiencia previa se reiteró esta solicitud de prueba y se propuso la prueba pericial para que por el perito que se designara se efectuaran ciertas mediciones en la vivienda. Esta prueba fue declarada pertinente en los términos propuestos.

3. El perito judicial emitió informe sobre las mediciones y añadió un apartado en el que procedió a analizar los defectos de construcción visibles existentes en la vivienda, entre ellos el relativo a la calidad y colocación del solado de mármol.

4. En el acto del juicio: a) la entidad demandada denunció que el perito se había excedido en el objeto del informe, emitiendo dictamen sobre una cuestión -la relativa a los defectos en el solado de mármol- que no había sido propuesta ni declarada pertinente y quiso aportar documentos para contrarrestar las conclusiones del perito, b) se denegó la aportación de la prueba documental, c) se decidió que se resolvería sobre si el perito judicial se había extralimitado o no del objeto de la pericia al valorar la prueba en sentencia, y d) se apercibió a la demandada de que si pedía aclaraciones al perito sobre la cuestión respecto a la que se denunciaba el exceso de la prueba, se incorporarían a las actuaciones.

5. En el acto del juicio el perito judicial se ratificó en el informe y la parte demandada preguntó al perito por las razones por las que había informado sobre una cuestión que no era objeto de la prueba pericial. Pidió aclaraciones al perito judicial exclusivamente sobre la parte del informe relativo a las mediciones de la vivienda y no sobre los defectos de construcción expuestos en el informe.

6. Obran en las actuaciones dictámenes periciales de parte relativos a los defectos denunciados en la demanda sobre el solado del mármol.

7 La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En lo que ahora interesa condenó a la demandada a la reparación del solado de mármol. La sentencia se basó en unas fotografías incorporadas a las actuaciones de las que deduce que el mármol no es de la calidad pactada ni está bien colocado y rechazó los informes periciales de parte relativos al estado del solado de mármol, a los que no atribuyó eficacia frente a lo que se podía advertir del examen de las fotografías. No se tuvo en cuenta la parte del informe del perito judicial relativa al estado del solado de mármol.

En esta sentencia se declaró que el objeto de la prueba pericial encomendada al perito judicial solo eran las mediciones de la vivienda pero que, en la medida en que el perito había sido interrogado incluso por la parte que había denunciado la irregularidad en el informe, las manifestaciones del perito quedaban incorporadas válidamente a las actuaciones en virtud del artículo 347.1 LEC EDL 2000/77463 .

8. La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia en el que alegó que no debía tenerse en cuenta, para la resolución del recurso de apelación, la parte del informe del perito judicial que excedía del objeto de la pericial y denunció la falta de claridad de lo dicho sobre esta cuestión en la sentencia de primera instancia.

9. La sentencia de segunda instancia estimó en parte el recurso de apelación y estimó en parte la demanda. En cuanto ahora interesa declaró: a) los defectos de construcción en el solado de mármol están acreditados por el informe del perito judicial y b) las conclusiones de los informes periciales de parte no son eficaces pues no desvirtúan la conclusión del informe del perito judicial comprobada en las fotografías aportadas.

10. Contra la sentencia dictada en segunda instancia se ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal por la representación procesal de la entidad demandada, que ha sido admitido.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos primero, segundo y tercero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«(A)l amparo del artículo 469.1.2.º LEC EDL 2000/77463 , la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración de los artículos 216 y 218 LEC EDL 2000/77463 ».

En el motivo se alega, en síntesis, que, la sentencia de segunda instancia se basa, para declarar la existencia de defectos en el pavimento de mármol, en un dictamen no pertinente, aunque la recurrente denunció en la primera instancia y en el recurso de apelación la extralimitación del perito judicial, por lo que se vulnera el artículo 218 LEC EDL 2000/77463 , que exige que la motivación se base en las pruebas declaradas pertinentes.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 469.1.3.º LEC EDL 2000/77463 , se denuncia la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, por entender vulnerados los artículos 216 y 217 LEC EDL 2000/77463, en concordancia con el artículo 283 LEC EDL 2000/77463 , produciéndose con dicha infracción indefensión a esta parte».

En el motivo se alega, en síntesis, que en la sentencia impugnada se vulneran los principios de justicia rogada y aportación de parte porque la prueba que se ha tenido en consideración no fue propuesta ni admitida. Es una prueba ilícita porque no fue solicitada por ninguna de las partes.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«(S)e denuncia conforme al artículo 469.1.4.º LEC EDL 2000/77463 , la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE EDL 1978/3879 ».

En el motivo se alega, en síntesis, que se ha vulnerado el derecho de tutela efectiva, con indefensión porque se ha utilizado un medio de prueba no pertinente e ilícita.

Los motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- El principio de aportación de parte.

A) El principio de aportación de parte -introducido en el artículo 216 LEC EDL 2000/77463 al hilo de la proclamación del principio de justicia rogada, al que se refiere la rúbrica del precepto- establece a quién corresponde la tarea de presentar los hechos al juicio, para delimitar el objeto del mismo, y la de procurar su acreditación a través de la actividad probatoria que, según la norma, es una actividad que han de asumir las partes litigantes, salvo que la ley específicamente disponga otra cosa ( STS de 25 de junio de 2009, RC núm. 978/2004 EDJ 2009/150913 ).

Este principio exige que la resolución de un asunto -cuya incoación ha sido a iniciativa de parte-, se efectúe dentro del ámbito fáctico y jurídico en que le fue planteado, con respeto a la causa petendi (causa de pedir), a la sustancia de lo interesado y sobre los elementos probatorios aportados por las partes. ( SSTS de 30 de marzo de 2009, RC núm. 1436/2004 EDJ 2009/42572 , y 8 de abril de 2002, RC núm. 3400/1996 EDJ 2002/7595 ).

Aunque no se enuncie expresamente, la referencia contenida en el artículo 218.2 LEC EDL 2000/77463 a «la apreciación y valoración de las pruebas» ha de entenderse implícitamente hecha a las pruebas incorporadas válidamente al proceso, lo que presupone su proposición en tiempo y forma por las partes -a salvo supuestos de actuación de oficio expresamente previstos- y su práctica adecuada a las disposiciones legales que resulten de aplicación. A esta conclusión conduce también la dicción del artículo 209.2 LEC EDL 2000/77463 , en el que se hace referencia a «las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado», y es consecuencia lógica derivada sistema de proposición y práctica de la prueba en el proceso civil establecido en la LEC. EDL 2000/77463

El órgano judicial, en su función de fijar los hechos, puede tomar en consideración cualesquiera elementos probatorios aportados al proceso, con independencia de la parte que los haya aportado en virtud del principio de adquisición procesal ( SSTS de 4 de febrero de 2009, RC núm. 462/2003 EDJ 2009/16816 , 6 de mayo de 2010, RC núm. 142/2006 EDJ 2010/62021 ), pero esto no legitima para resolver la controversia con fundamento en una prueba incorporada de manera irregular al proceso, cuya práctica no ha sido acordada porque no fue solicitada por las partes.

B) En el caso el perito judicial se excedió en el informe realizado porque la prueba pericial judicial fue propuesta por la parte actora con el contenido que ha quedado expuesto en el antecedente de hecho octavo de esta sentencia y así fue declarada pertinente en la audiencia previa, y el perito judicial emitió el informe en el que, además de dictaminar sobre la prueba pericial declarada pertinente -relativa a las mediciones de la vivienda-, examinó los defectos de construcción que advirtió en su visita a la vivienda de los actores, actuación que no le había sido encomendada.

C) La parte del informe pericial que se extralimitó del objeto de la prueba pericial declarada pertinente no puede ser tomada en consideración para la resolución del proceso porque: a) el exceso de la prueba pericial no se transformó en el acto del juicio en una ampliación de la prueba pericial -en los términos que contempla el artículo 347.1.4.º LEC EDL 2000/77463 - ya que no se solicitó por las partes ampliación del informe pericial ni le fueron formuladas al perito preguntas relativas a la parte del informe pericial sobre la que

se denunció el exceso, y b) la ratificación del perito en su informe, al inicio de su declaración en el juicio, no tiene la trascendencia de incorporar como ampliación del informe las conclusiones del perito que excedieron de la prueba declarada pertinente, pues la ratificación no es más que una fórmula de reconocimiento del informe que no afecta al resultado de las aclaraciones posteriores del perito.

CUARTO. - Falta de efecto útil del recurso.

La sentencia impugnada no ha resuelto la cuestión relativa a la existencia de defectos de calidad y de colocación del pavimento de mármol exclusivamente sobre la valoración del informe del perito judicial, sino que ha valorado otros informes periciales incorporados a las actuaciones y ha tenido en consideración las conclusiones a las que conduce la apreciación directa de las fotografías del solado de mármol incorporadas a las actuaciones. En este sentido, la sentencia impugnada ratifica -aunque no se indica expresamente- las conclusiones fácticas alcanzadas por la sentencia de primera instancia, que otorgan un valor determinante a la apreciación de las fotografías del solado de mármol, por lo que las referencias al informe elaborado por el perito judicial tienen un carácter complementario.

La valoración de las fotografías no ha sido combatida en el presente recurso. En consecuencia, la falta de efecto útil del recurso impide dar lugar a la estimación de los motivos, pues, aunque se prive de eficacia a las conclusiones fácticas de la sentencia impugnada basadas en el examen del informe pericial cuestionado en el recurso, permanece la valoración de otro medio de prueba que lleva a la sentencia impugnada al convencimiento de que existen los defectos del solado de mármol alegados en la demanda.

QUINTO.- Desestimación de recurso y costas.

La desestimación de los motivos alegados comporta la procedencia de desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, con devolución de las actuaciones al Tribunal del que proceden, de acuerdo con el artículo 476.3 LEC EDL 2000/77463 .

El acogimiento formal de las alegaciones de la parte recurrente justifica que, en aplicación del artículo 394.1, último inciso, LEC EDL 2000/77463 , no se efectúe expresa imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

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

## FALLO

1. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad Hogares Denia, S.L. contra la sentencia de 8 de octubre de 2004 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, en el rollo de apelación núm. 119/2004 EDJ 2004/214034 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Hogares Denia, S. L. y desestimando la impugnación formulada por D. Clemente y D.ª Zaida contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Denia con fecha 3 de octubre de 2003, en autos de juicio ordinario núm. 249/2003, debemos revocar y revocamos parcialmente absolviendo a la demanda de subsanar los defectos constructivos referidos en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de primera instancia, excepto los referidos en los números 2, 6, 9, 12, 13, 16, 18, 19 y 23, manteniendo todos los demás pronunciamientos y sin que proceda la imposición de las costas causadas en esta alzada por el recurso formulado por Hogares Denia, S. L. siendo por cuanta de D. Clemente y D.ª Zaida las causadas con su impugnación».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. No se hace expresa imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios, Jesus Corbal Fernandez, José Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller. Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012010100723**