



Roj: **STS 7196/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7196**

Id Cendoj: **28079110012010100799**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2010**

Nº de Recurso: **1275/2007**

Nº de Resolución: **765/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 849/2007,**  
**STS 7196/2010**

### **SENTENCIA nº 765/2010**

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, por Ortíz Dieste, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales Dª. María Isabel Franco Bella, contra la Sentencia dictada, el día 27 de abril de 2007, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 517/2006, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza, en el procedimiento ordinario nº 864/2005. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. José Manuel Villasante García, en nombre y representación de Ortíz Dieste, S.A., como parte recurrente. Asimismo comparece la Procuradora Dª María Cruz Ortíz Gutiérrez, en nombre y representación de Dª Ramona, en calidad de parte recurrida.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza, interpuso demanda de juicio ordinario, Dª. Ramona, contra Ortíz Dieste, S.A.. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: ".... se dicte sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena:

1) *Se declare la validez y eficacia del contrato de fecha 17-7-98, entre demanda y demandante, en relación a 14 plazas de garaje en el edificio Puerta Cinegía, (Plz. España) de Zaragoza y se condene a la demanda a estar y pasar por tal declaración.*

2) *se declare perfeccionado el contrato de compraventa en favor de mi mandante, habiendo sido ejercitada la opción de compra en relación a 14 plazas de garaje que cumplan las características establecidas en el contrato de fecha 17-7-98, es decir; situadas "a partir del Sótano -3 de dimensiones mínimas 2,20 x 4,50", en las condiciones pactadas en el contrato de fecha 17-7- 98 por precio pactado, que se cuantifica en 36.777,74 € por plaza (Iva incluido).*

3) *Se declare la obligación de la demandada de cumplir dicho contrato, condenándole a entregar a la actora las citadas plazas con otorgamiento de escritura pública de compraventa, momento en que recibirá el precio pactado, siendo que en caso de no realizarlo será efectuada por el Sr. Juez de Primera Instancia en ejecución de sentencia, acordando sean las plazas 95 a 108, o subsidiariamente otras 14 que se determinen cumplan los requisitos.*

4) *Se declare la obligación de la demandada de estar y pasar por tales pronunciamientos.*



*Subsidiariamente: Para el solo supuesto de que no se considere perfeccionado el contrato de compraventa, se declare la validez y eficacia entre las parte del contrato de fecha 18-7-98.*

*1) Se declare que la actora ostenta un derecho de adquisición preferente en relación a 14 plazas de garaje en virtud de lo establecido en el PERI Tubo-Plz. España y se condene a la demandada a estar y pasar por tal declaración.*

*2) Condene a la demandada a ofrecer a la actora la adquisición de 14 plazas de garaje en los términos establecidos por el mencionado Plan Especial y manifestada por la actora su voluntad de adquirir las plazas, condene a otorgar la correspondiente escritura de compraventa a favor de la misma, momento en que recibirá el precio, que se cuantifica en 36.777,74 € por plaza (Iva Incluido), siendo que en caso de no realizarlo será efectuado por el Sr. Juez de Primera Instancia en ejecución de sentencia.*

*Subsidiariamente: Para el supuesto de incumplimiento, se declare el derecho de mi representada a ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y que se cuantifican 720.000 €, sin perjuicio de lo que pudiera determinarse en ejecución de sentencia en orden a la prestación por equivalente.*

*Y en todos los casos, tanto para la petición principal como para las subsidiarias, se condene a la demandada al pago de las costas de este procedimiento.*

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de Ortiz Dieste, S.A. los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "...tenga por promovida en nombre y representación de la compañía mercantil demandada ORDISA declinatoria por falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la demanda interpuesta por Doña Ramona por corresponder su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa, con suspensión del plazo para contestar a la demanda y, previo traslado del mismo a la parte contraria para que en el plazo de cinco días alegue lo que considere conveniente a su derecho, dicte Auto declarando que se abstiene de conocer por corresponder el asunto a la jurisdicción contencioso administrativa y, en todo caso, negada la existencia de cualquier contrato de compraventa con la actora y por tanto negado cualquier precio de las plazas de garaje, a arbitraje, con sobreesimiento del proceso y con expresa imposición de costas a quien se opusiera a esta pretensión".

Conferido traslado de la declinatoria a la actora, la misma presentó escrito de alegaciones, solicitando: "... por opuesto a la cuestión de falta de jurisdicción por declinatoria suscitada por ORTIZ DIESTE, S.A. y sustanciada la mencionada cuestión, dicte en su día auto por la que se desestime la declinatoria, mandando seguir el juicio con imposición de costas de la declinatoria al promotor de la cuestión suscitada".

Con fecha 4 de octubre de 2005, se dictó Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "DISPONE: Que debo desestimar la declinatoria planteada por el Procurador D<sup>a</sup> ISABEL FRANCO BELLA, en representación de ORTIZ DIESTE, S.A., y, en consecuencia, debo declararme y me declaro competente para el conocimiento del pleito, pero debiendo suspenderse el curso de las actuaciones hasta que recaiga resolución firme en el recurso 367/2005 del que conoce la sección 1<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y sin expresa imposición de las costas procesales".

La representación de ORTIZ DIESTE, S.A., presentó escrito contestando a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando: "...dicte sentencia en la que:

*A) Inadmita la demanda por falta de legitimación de las partes.*

*B) En su defecto, declare su incompetencia por falta de jurisdicción para determinar si se mantiene el "compromiso de ofrecimiento de plazas" establecido en el P.E.R.I. de 1995, luego modificado el 27 de diciembre de 2002, y "la existencia o no de plazas en exceso y el número de las mismas" que, en su caso, podrían ser ofrecidas a la actora.*

*C) En todo caso, desestime y absuelva de la demanda a mi representada rechazando todas las pretensiones de la actora.*

*D) Todo ello con imposición expresa a la parte actora de las costas del proceso".*

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a la Audiencia Previa, compareciendo ambas partes, ratificándose en sus respectivos pedimentos, y solicitándose prueba, se acordó señalar día y hora para la celebración del Juicio Verbal, practicándose la prueba propuesta y previamente declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Zaragoza dictó Sentencia, con fecha 12 de julio de 2006 , y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D<sup>a</sup> CARMEN REDONDO MARTÍNEZ, en representación de D<sup>a</sup> Ramona , contra ORTIZ DIESTE, S.A., representado por el Procurador D<sup>a</sup> ISABEL FRANCO BELLA, debo declarar y declaro la validez y eficacia del contrato suscrito por



los hoy litigantes con fecha 17 de julio de 1998, en relación a 14 plazas de garaje en el edificio Puerta Cinegia de esta ciudad, así como la perfección del mismo, por haberse ejercitado la opción de compra en relación a dichas plazas de garaje, exigiendo su cumplimiento y condenando a la entrega de las mismas con otorgamiento de escritura pública de compraventa, momento en que recibirá su precio fijado en 36.777,74 euros por cada plaza. Subsidiariamente, para el supuesto de incumplimiento, se declare el derecho de la actora de percibir por los perjuicios derivados del incumplimiento la suma de 720.000 euros. Todo ello con imposición de costas a la demanda".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación ORTIZ DIESTE, S.A. Sustanciada la apelación, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó Sentencia, con fecha 27 de abril de 2007, con el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Ortíz Dieste, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Zaragoza el 25 de julio de 2006, debemos confirmar y confirmamos la misma, salvo en el apartado referente a la declaración de "la perfección del contrato de compraventa por haberse ejercitado la opción de compra", que se deja sin efecto, por tratarse de un derecho de adquisición preferente a favor de la actora, manteniendo sus restantes pronunciamientos, y con imposición de las costas causadas en esta alzada a dicha parte apelante".

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, por ORTÍZ DIESTE, S.A. contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora Dª Isabel Franco Bella, interpuso el recurso extraordinario por infracción procesal, articulándolo en los siguientes motivos: Primero: Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 216 y el apartado 1 del art. 218 LEC.

Segundo: Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º LEC, por infracción del apartado 2, "in fine" del art. 218 LEC.

Tercero: Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º LEC, por infracción del apartado 2 del art. 218 LEC.

Cuarto: Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 216 y el apartado 2 "in fine" del art. 218 LEC.

Quinto: Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4º por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.).

El recurso de casación por infracción procesal, se articuló en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo de lo dispuesto en el art. 472.2.2º LEC, por infracción, por aplicación errónea o no aplicación de los arts. 1205 y 1275 del Código Civil, y por aplicación errónea del art. 1526 y s.s. del Código Civil.

Segundo: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.2º LEC, por infracción, por aplicación errónea o no aplicación, del art. 1255 del Código Civil.

Tercero: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.2º LEC, por infracción, por aplicación errónea o inaplicación de los arts. 1445, 1447, 1449, 1451 y concordantes del Código Civil.

Cuarto: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.2º LEC, por infracción, por no aplicación de los arts. 1255, 1256, 1258 y concordantes del Código Civil y art. 3.2 de la Ley 36/1998 de arbitraje.

Quinto: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.2º LEC, por infracción, por aplicación errónea o inaplicación, de los arts. 1261, 1262, 1275 y concordantes del Código Civil.

Sexto: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.2º LEC, por infracción, por no aplicación del art. 83 en relación con el art. 89.5 ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Séptimo: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.2º LEC, por infracción, por no aplicación, del art. 398 LEC.

Por resolución de fecha 21 de junio de 2007, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. José María Villasante García, en nombre y representación de Ortíz Dieste, S.A.", en calidad de parte recurrente. Asimismo se personó la Procuradora Dª María Cruz Ortíz Gutiérrez, en nombre y representación de Dª Ramona, en calidad de parte recurrida.

Por Auto de fecha 21 de julio de 2009, la Sala acuerda:

" 1º) ADMITIR LOS MOTIVOS PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO DEL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL, interpuesto por la representación procesal de "ORTIZ DIESTE, S.A." contra la Sentencia dictada, con fecha 27 de abril de 2007, por la Audiencia Provincial



de Zaragoza (Sección 2º), en el rollo de apelación nº 517/2006 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 864/2005 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Zaragoza.

2º) INADMITIR LA INFRACCIÓN ALEGADA EN EL MOTIVO SEXTO del escrito de interposición del recurso de casación ..."

El Procurador D. José Manuel Villasante García, en representación de "Ortiz Dieste, S.A." presentó escrito solicitando aclaración del auto de admisión, dictándose con fecha 6 de octubre de 2009, Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "... 1º) *HABER LUGAR A LA SOLICITUD DE RECTIFICACIÓN DE ERROR promovida por la representación procesal de "ORTIZ DIESTE, S.A.", en relación con el Auto de admisión parcial de recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal dictado por esta Sala el 21 de julio de 2009 , en los términos recogidos en el Fundamento Único de la presente resolución*".

La Procuradora Dª María Cruz Ortiz en nombre y representación de Dª Ramona , presentó escrito formulando oposición a los recursos formulados de contrario, solicitando su desestimación.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el cuatro de noviembre de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. Dª. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de los hechos declarados probados.

1º. El 18 de enero de 1995 se aprobó el plan especial de reforma interior "Tubo-Plaza de España". Este plan dividió la zona en dos partes, la sub-unidad A y la sub-unidad B. Después de diversas transmisiones, la demandante, doña Ramona , es la actual propietaria del edificio correspondiente a la sub-unidad B. Quien finalmente resulta titular del denominado "Edificio Puerta Cinegia" es la demandada y ahora recurrente, Ortiz Dieste, S.A.

2º. En el PERI figuraba la siguiente estimulación: "*Orni S.A. ofrecerá con carácter preferente y en condiciones de mercado a los propietarios de la sub-unidad B la posibilidad de adquirir aquellas plazas de aparcamiento en exceso para los usos previstos en la sub-unidad A, en número máximo de 45 plazas, ofrecimiento que tendrá una duración de hasta un año después de la finalización de las obras, contando este plazo de la entrega de las mismas*".

3º. El plan especial se modificó con posterioridad para ejecutar un aparcamiento rotatorio de 200 plazas, que fue aprobado por el Ayuntamiento de Zaragoza en 2002, otorgándose las licencias de apertura en 2005.

4º. PUERTA CINEGIA, S.A., sustituida por la demandada, ORTIZ DIESTE, S.A., llegó a un acuerdo con la entonces propietaria de la sub-unidad B, suscrito el 17 julio 1998, en el que se reconocía la obligación impuesta por el plan parcial de reservar a los propietarios de la sub-unidad B el derecho preferente a exigir 14 plazas de garaje, las que constituían el exceso, a precio de mercado. En el citado contrato se acordaba lo siguiente: "*como quiera que en este momento no es posible determinar aquel precio de mercado, Puerta Cinegia, S.A (ahora ORTIZ DIESTE, S.A.) . y Gestiones y Desarrollos Patrimoniales S.A. ( ahora Dª Ramona ) , pondrán sus mejores intenciones para determinar dicho precio en el momento de la adquisición, de acuerdo con las siguientes bases: A) el precio de cada plaza de garaje estará formado por valor del suelo determinado por el método del valor residual con arreglo a los criterios de la legislación tributaria para la determinación de los valores catastrales, más el coste de ejecución de las plantas de sótano de la edificación determinado por la certificación final de la obra suscrita por la dirección facultativa de la misma, y más un incremento del 17% del resultado de la suma de las dos anteriores cantidades. [...]. Para el supuesto de que llegado el momento de la determinación del precio con arreglo a las bases anteriores las partes no se pusieran de acuerdo, se recurriría al arbitraje de dos sociedades de tasación, elegidas de mutuo acuerdo entre aquellas que tengan ámbito nacional y estén debidamente homologadas*".

5º. La propietaria actual, Doña Ramona , requirió notarialmente a Ortiz Dieste, S.A., manifestándole la voluntad de adquirir las citadas plazas de garaje que aparecían en el contrato de 17 julio 1998. Ante la negativa de la requerida, Dª Ramona la demandó, pidiendo el cumplimiento del PERI y del anterior contrato. La demandada opuso la inexistencia de motivos para considerar que debía mantener el ofrecimiento realizado en su momento de las citadas plazas de garaje.

6º. La sentencia del Juzgado de 1ª instancia núm. 1 de Zaragoza estimó la demanda en sentencia de 25 julio 2006 . Alegó los siguientes argumentos: a) "*en contra de lo pretendido por la demandada, entendemos que no existen motivos para considerar que la modificación del PERI supone cese del compromiso de ofrecimiento de plazas en exceso, sino que viene a reconocer expresamente la existencia de exceso de plazas, pues de las*



299 plazas a construir sólo se precisan 99 para el edificio Puerta Cinegia" ; b) en el acuerdo de 17 julio 1998, "expresamente se reconoce que la aprobación definitiva del PERI impuso la obligación de ofrecer con carácter preferente y en condiciones de mercado, a los propietarios de la sub-unidad B la posibilidad de adquirir aquellas plazas de aparcamiento en exceso para los usos previstos en la sub-unidad A [...]" ; c) en el mismo se pacta el precio de cada plaza de garaje.

7º. Los demandados apelaron la sentencia anterior, que fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2, de 27 abril 2007 . La sentencia de la Audiencia confirma que la demandante es titular de un derecho de adquisición preferente, aunque no de un contrato de opción; señala que existen plazas excedentes, y que las partes, si bien no fijaron en su día el precio, ni las plazas concretas de garaje, sí determinaron en el convenio de 1998 las condiciones de compra de las 14 plazas, "que goza de plena validez entre las partes aquí litigantes, que sucedieron a las primitivas contratantes en virtud de las transmisiones de derechos y obligaciones llevadas a cabo y no a través de la cesión del contrato invocado por la recurrente".

8º ORTIZ DIESTE, S.A. presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos por auto de esta Sala, de 21 julio 2009 , aclarado por auto de 6 octubre 2009.

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

**SEGUNDO.** En el recurso extraordinario por infracción procesal, dividido en cinco motivos, la recurrente examina los argumentos de la sentencia recurrida a la que acusa de incongruente en los motivos primero y segundo, que se van a examinar juntamente con el motivo tercero, puesto que las infracciones denunciadas tienen todas ellas el mismo fundamento, a juicio de la propia recurrente.

*El motivo primero* , al amparo de lo dispuesto en el art. 469. 1, 2 LEC , denuncia la infracción del art. 216 , y del art. 218. 1 LEC , por incongruencia. Dice que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza incurre en este vicio, ya que la pretensión principal de la demandante era que se reconociera que había ejercitado la opción de compra con relación a las plazas de garaje, mientras que a su juicio, la Audiencia Provincial manifestó que no podía aceptar esta petición porque no se había celebrado un contrato de opción de compra, sino que la actora tenía a su favor un derecho de adquisición preferente, lo que cambiaba el objeto del litigio, al entender de la recurrente.

En el *motivo segundo* se denuncia la infracción del art. 218. 2 *in fine* LEC , por no ajustarse las sentencias a las reglas de la lógica y la razón al mantener la condena de primera instancia. Se dice que se condena a la recurrente a vender las plazas de aparcamiento con base a un documento que no le obliga a vender, porque no es ni una opción de compra ni una compraventa y sólo estos negocios jurídicos facultarían a la actora-recurrida para exigir a la recurrente el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa.

*El tercer motivo* imputa a la sentencia recurrida la infracción del art. 218. 2 LEC , por falta de motivación. No se expresan dice, los razonamientos jurídicos que han llevado a la Audiencia a considerar que en vez de un derecho de opción, nos encontramos ante un derecho de adquisición preferente, que obliga a la recurrente a entregar a la actora un número determinado de plazas de garaje.

*Los motivos primero, segundo y tercero se desestiman .*

La recurrente acusa a la sentencia recurrida de tres defectos, que en realidad tienen todos que ver con la incongruencia y la falta de motivación de la sentencia y que se centran en el cambio de calificación efectuado por la sentencia recurrida del acuerdo firmado por las partes en el mes de julio del año 1998. Efectivamente las partes habían atribuido a dicho acuerdo la naturaleza de un contrato de opción de compra, mientras que la sentencia recurrida lo califica como un derecho de adquisición preferente y ahí es donde la recurrente entiende que se ha producido una incongruencia, puesto que se ha cambiado en la argumentación la naturaleza que las partes habían atribuido a sus acuerdos.

Debe señalarse que no existe en este caso incongruencia, puesto que el juez debe resolver los asuntos que se sometan a su consideración de acuerdo con la calificación que deba atribuirse a los actos y negocios jurídicos realizados por las partes y no necesariamente de acuerdo con la naturaleza que las partes les imputan, porque **las cosas son lo que son** y no lo que las partes les atribuyen. Además, las consecuencias de la calificación realizada por la Audiencia no comportan un resultado distinto de aquel que se habría producido de mantenerse la atribuida por las partes al negocio jurídico celebrado por lo que no produciría el cambio del resultado producido.

En segundo lugar, dice el recurrente que la sentencia recurrida no ajusta su interpretación a las reglas de la lógica y la razón. Con ello la recurrente está intentando plantear en este recurso un problema de interpretación del contrato, cosa que no se ajusta a la naturaleza del recurso extraordinario por infracción procesal, tal como se ha dicho por esta Sala en la sentencia de 14 enero 2009 que argumenta que "La vulneración de tales normas



*está reservada al recurso de casación, por pertenecer al contenido de la sentencia y no tratarse de las "normas procesales reguladoras de la sentencia" cuya infracción da lugar al recurso extraordinario por infracción procesal"* . En el mismo sentido se pronuncia la de 13 abril 2010.

En tercer lugar, no puede acusarse a la sentencia recurrida de falta de motivación, aunque ciertamente la llevada a cabo no sea favorable a los intereses de la parte recurrente. Esta Sala ha venido repitiendo que la existencia de motivación es un requisito indispensable de la sentencia, en base a lo establecido en el art. 120.3 CE , lo que no significa que la parte tenga derecho a obtener un resultado favorable derivado de la motivación exigida constitucionalmente.

**TERCERO.** El *motivo cuarto* denuncia la infracción del art. 216 y del art. 218. 2 LEC , por error en la valoración de la prueba. Se dice que no existen plazas libres de garaje y que ello es una consecuencia de la mala valoración de la prueba por la sentencia recurrida, en base a una serie de documentos aportados con la demanda, de los que se deducía la única conclusión lógica razonable, que es la no existencia de exceso de plazas.

*El motivo cuarto no se estima .*

La parte recurrente están incidiendo en un problema de interpretación-valoración de la prueba aportada. El cambio de los usos del aparcamiento de la sub-unidad A ha llevado a la recurrente a considerar que en los diversos documentos municipales no se declaraba el derecho de la actora a ninguna de las plazas aparcamiento, cuando la interpretación correcta es la efectuada por la Audiencia Provincial, es decir, que el cambio de usos en el aparcamiento construido por la recurrente no modificó el PERI. Por tanto no se trata de un error en la valoración de la prueba, puesto que de los documentos en los que se ha basado la decisión de la Audiencia no se deduce para nada el error que se le imputa y lo único que hace la recurrente es incurrir en hacer supuesto de la cuestión.

**CUARTO.** En el *motivo quinto* se alega la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, de acuerdo con lo establecido en el art. 24 CE . Se señala la arbitrariedad del cambio de calificación del contrato, que es un error atribuible sólo a la Audiencia Provincial, puesto que la parte recurrente ya argumentó en el escrito de interposición del recurso de apelación, que el documento del año 1998 no era una opción de compra, sino un derecho de adquisición preferente, estableciendo los requisitos necesarios para que pudiera ser ejercitado y además se trata de un error terminológico que determinó la condena a entregar las plazas de garaje.

*El motivo quinto no se estima .*

Difícilmente puede haber existido una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el recurrente reconoce que la interpretación finalmente aceptada por la sala sentenciadora de instancia responde a la sugerencia efectuada por ella misma en apelación. Otra cosa distinta es que su propia argumentación ocasionara un resultado diverso del esperado, al atribuir los mismos efectos la calificación utilizada por la Audiencia. Pero es que, además, está volviendo a introducir, por una vía indirecta, el mismo problema relativo a la interpretación que se ha rechazado en el Fundamento segundo de esta sentencia.

## **B) RECURSO DE CASACIÓN.**

**QUINTO.** En el *motivo primero*, la recurrente denuncia la aplicación errónea o no aplicación de los arts. 1205 y 1257 CC y la aplicación errónea del art. 1526 y ss CC . Dice que el derecho de adquisición preferente de la actora deriva del documento de 1998, suscrito precisamente para extender los efectos del compromiso del PERI y este documento sólo produciría efecto entre las partes que lo otorgaron y sus herederos y es notorio que la recurrida, doña Ramona , no fue parte en aquel documento ni es heredera de ninguno de los otorgantes; la cesión de este documento no vendría regulada por los arts. 1526 y ss CC , porque no se trata de una cesión de crédito sino de una novación, que exigiría el consentimiento del acreedor, que es el recurrente.

*El motivo primero no se estima.*

Resulta difícil aceptar una argumentación de este tipo. El recurrente pretende por una parte interpretar el art. 1257 CC como si D<sup>a</sup> Ramona no se hubiera subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al propietario del edificio que adquirió. El art. 1257 CC no sólo se refiere a los herederos *mortis causa* de los otorgantes, sino también a todas aquellas personas que traen causa de una parte contractual anterior, que se subrogan en todos los derechos y obligaciones que aquella parte ostentaba. Por tanto no se produjo ningún tipo de cesión que produjera la novación que pretende la recurrente, quien ahora lo que está pidiendo no es la ineficacia del contrato, otorgado en virtud de las estipulaciones del PERI, sino que lo que está pretendiendo es encontrar argumentos para justificar el incumplimiento de los contratos otorgados.

**SEXTO.** En el *segundo motivo* se añade la infracción por aplicación errónea o no aplicación del art. 1255 CC . Se dice que el derecho de la demandante recurrida no podía ejercitarse hasta que el propietario decidiera



vender a terceros, porque sólo en este caso podría hablarse de una preferencia de la actora. Sólo en este momento el recurrente debía entregar las plazas de otorgar la escritura pública de compraventa por lo que nos encontraríamos ante un derecho de opción de compra, negado por la Audiencia Provincial, y no actos de de adquisición preferente, que hubiera exigido por parte del recurrente un acto de disposición.

*El segundo motivo se desestima.*

En realidad se plantea aquí de nuevo un problema relacionado con la interpretación de la naturaleza del contrato llevado a cabo entre recurrente y recurrida y en torno a la problemática de si nos hallamos ante un contrato de compra, como ha sido calificado por la recurrida en su demanda, o bien ante un derecho de adquisición preferente, aceptado por la Audiencia Provincial. Aunque no se ha alegado la infracción de ninguna de las reglas de la interpretación, en realidad lo que está denunciando en este motivo la recurrente es precisamente un defecto de interpretación. La calificación de los contratos, según se ha dicho repetidamente por esta sala, corresponde a la sala de instancia, que ha calificado este contrato en el sentido de que otorgaba a la parte recurrida un derecho de adquisición preferente.

Ello debe interpretarse en el sentido de que la parte en cuyo edificio no existían plazas de aparcamiento, y que de acuerdo con las disposiciones del plan municipal para la zona, tenía derecho a obtener las del exceso del edificio vecino, adquiriría el derecho a obtener dichas plazas en virtud del contrato, derecho que podía o no ejercitar. En consecuencia, sí puede interpretarse este derecho como una adquisición preferente, ya que cuando el titular del edificio beneficiado decidiera adquirir dichas plazas, el titular de las mismas debería vendérselas, según se establecía en las disposiciones del PERI y los acuerdos de las propias partes. Pero es que además, según argumenta la propia sentencia recurrida, los efectos iban a ser los mismos que si se hubiera calificado como una opción de compra, ya que el derecho que ostenta la recurrida D<sup>a</sup> Ramona produce los mismos efectos.

Estos mismos argumentos sirven para desestimar el *motivo tercero* que alega la infracción, por aplicación errónea o inaplicación, de los arts. 1445, 1447, 1449, 1451 y concordantes CC, en el que se intenta desviar la atención del objeto principal del recurso, discutiendo sobre si el contrato constituía una compraventa o una promesa de venta. La interpretación del contrato como ya se ha dicho, corresponde a la Sala de instancia, quien ha calificado utilizando las reglas correctas.

**SÉPTIMO.** En el *cuarto motivo* se consideran infringidos, por no haber sido aplicados, los arts. 1255, 1256, 1258 y concordantes CC y el art. 3.2 de la ley 36/1988, de arbitraje. Se ha infringido la cláusula del acuerdo de 1998 que establecía que en caso de desacuerdo, se recurriría al arbitraje de una sociedad de tasación. Por ello, al fijar el precio, la Sala ha dejado al arbitrio de la actora la validez de lo pactado en el documento de referencia, ya que, además, se trataba de un contrato preparatorio de arbitraje.

*El motivo cuarto se desestima.*

En el motivo tercero, examinado en el anterior Fundamento, la recurrente ya anuncia la infracción que está ahora poniendo de relieve. Pero deja de lado lo dispuesto en el art. 1447 CC, en cuya virtud se tiene por cierto el precio cuyo señalamiento se deje al arbitrio de persona determinada. De acuerdo con el análisis que la jurisprudencia y la doctrina han efectuado de esta disposición, debe considerarse que el precio dejado al arbitrio de tercero es una de las formas de fijar este elemento en los contratos de compraventa y no se trata de dejar el contrato al arbitrio de una de las partes, ya que lo que ocurre es que estando conformes en la celebración del contrato, se deja a un tercero que fije el definitivo precio. Así, por ejemplo, la sentencia de 10 marzo 1986, seguida por la de 29 noviembre 2000, dice que "la fijación del arbitrio de un tercero («arbitrador»), contemplada en el art. 1447 CC para la determinación del precio en la compraventa cuando así lo convinieran los contratantes a modo de negocio *per relationem*, desemboca en una decisión de obligado acatamiento para comprador y vendedor". Hay que señalar que la doctrina científica ha distinguido las figuras del "arbitrador" y del "árbitro", porque este último resulta encargado de dirimir una cuestión entre las partes, mientras que el "arbitrador", desempeña una función por encargo de las partes.

De acuerdo con estos planteamientos, lo acordado en el documento de 1998 no fue nunca un arbitraje, sino que se utilizó la vía prevista en el art. 1447 CC, cuando no pudieran aplicarse las bases para el cálculo del precio que se acordaron en el documento de 1998. Según se ha reproducido en el fundamento primero de esta sentencia, se fijaron unas bases objetivas para calcular el precio de cada plaza de garaje, sin necesidad de recurrir a ningún tercero, al que solo se acudiría en caso de que *las partes no se pusieran de acuerdo para fijar el precio*, lo que realmente no ocurrió, porque el desacuerdo se produjo en relación con el mismo otorgamiento del contrato de compraventa a requerimiento de la compradora, al negarse la hoy recurrente a cumplir las obligaciones originadas en los contratos de referencia. Es una consecuencia natural de la sentencia que habiendo declarado la existencia de plazas sobrantes y la del derecho consiguiente de la recurrida a adquirirlas, aplicara la cláusula



pactada referida al precio de venta, determinado con criterios objetivos por las propias partes, por lo que no era necesario acudir a la forma supletoria de fijación.

**OCTAVO.** El *quinto motivo* denuncia la infracción de los arts. 1261, 1262, 1275 y concordantes CC, porque se señala que en el documento de 17 julio 1998 no existe ni consentimiento, ni objeto ni causa, por lo que no puede decirse que se trate de un auténtico contrato.

*Este motivo se desestima* por su generalidad y porque resulta contrario a las interpretaciones efectuadas en la sentencia recurrida, que no se han impugnado por el cauce adecuado.

Asimismo se desestima el *sexto motivo* del presente recurso que señala la infracción de los arts. 83 , en relación con el art. 89.5 de la Ley 30/1992 , en relación al carácter vinculante o no de los informes emitidos por el Ayuntamiento de Zaragoza. No se ha vulnerado la normativa que se pretende porque los documentos incorporados al litigio se han utilizado sin tener en cuenta si eran o no vinculantes, sino a los efectos de prueba y han sido valorados como es preceptivo, por el Juez.

**NOVENO.** La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de ORTIZ DIESTE, S.A. contra la sentencia de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 24 abril 2007 , determina la de su recurso.

Asimismo, la desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de ORTIZ DIESTE, S.A. contra la sentencia de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 24 abril 2007 determina la de su recurso.

Se imponen a la representación procesal de ORTIZ DIESTE, S.A. las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398 LEC .

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

## FALLAMOS

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de ORTIZ DIESTE, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 27 abril 2007, dictada en el rollo de apelación nº 517/2006 .

2º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de ORTIZ DIESTE S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 27 abril 2007, dictada en el rollo de apelación nº 517/06 .

3º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

4º Se imponen las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, 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.