



Roj: STS 4793/2012
Id Cendoj: 28079110012012100410
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 114/2010
Nº de Resolución: 442/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Junio de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ibiza, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente la Procuradora Dña. A. DE DORREMOCHEA GUIOT, en nombre y representación de Dña. Teodora , D. Mauricio , Dña. Edurne y D. Jose Pedro siendo parte recurrida el Procurador D. J.M. DE DORREMOCHEA, en nombre y representación de PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES BLANDINE, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Adolfo López de Soria Perea, en nombre y representación de Dña. Teodora , D. Mauricio , Dña. Edurne y D. Jose Pedro , interpuso demanda de juicio ordinario contra PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES BLANDINE, S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia *por la que se declare: 1) Que el precio que habrá de satisfacer la actora por la superficie de la vivienda al formalizar la escritura de compraventa será única y exclusivamente el referido a la superficie construida habitable efectivamente pactada en el contrato de opción suscrito por ambas partes en fecha 28 de junio de 2003, y no el de la superficie construida que se pretende por la demandada en su burofax de fecha 23 de diciembre de 2005. 2) Que la superficie construida de la vivienda no coincide en modo alguno con la superficie construida habitable de la misma. 3) Que el precio total final de la compraventa será el resultante de multiplicar la superficie construida habitable por el precio del metro construido habitable pactado en el contrato de opción. 4) Condenando a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones y en base a las mismas, se la condene a otorgar en el plazo prudencial que se fije por el Juzgado la correspondiente escritura pública de compraventa de la vivienda NUM000 n° NUM001 de la 2º fase, ubicada en la planta NUM002 y planta NUM004 del EDIFICIO000 , sito en Sant Ferra de Ses Roques, termino municipal de Formentera. Y para el caso de que la demandada se negase a proceder de esta manera, dicha escritura de compraventa deberá ser otorgada a su costa por S.Sª y todo ello, con un expresa imposición a la demandada de las costas procesales ocasionadas en la tramitación de la presente instancia.*

2.- El Procurador D. Cesar Serra González, en nombre y representación de PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES BLANDINE, S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que: *Se desestime íntegramente la demanda y se condene en costas a la actora. Y formulando demanda reconvenzional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando se dicte sentencia por la que A) una vez cumplida la opción de compra, se procediera el otorgamiento de la escritura a publica de compraventa, el precio final de venta del inmueble es de 345.796,76 euros. B) Subsidiariamente, y para el caso de que el Juzgador estimase que el precio unitario establecido en el contrato es el correspondiente a metro útil en relación con la superficie habitable, entonces declare para el momento oportuno, una vez cumplida la condición suspensiva a la que está sometido el contrato de opción de compra suscrito y ejercitada válidamente por la demandada la opción de compra, se procediera al*

otorgamiento de La escritura pública de compraventa que el precio final de la venta del inmueble, de acuerdo con los cálculos estipulados de acuerdo a los estipulado en el contrato y en el cuerpo de la presente demanda es de 445.208,21 euros. Todo ello, junto con las cantidades correspondientes a los trabajos realizados en la vivienda objeto del presente procedimiento encargados aparte y que constituyen modificaciones a la misma, con expresa imposición de las costas.

3.- El Procurador D. Adolfo López de Soria Perea, en nombre y representación de Dña. Teodora , D. Mauricio , Dña. Edurne y D. Jose Pedro , contestó a la demanda reconvenicional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que *desestime la demanda reconvenicional y se absuelva a la actora de los pedimentos contenidos en la mismo, con expresa imposición de las costas.*

4.- Por auto de fecha 8 de junio de 2007 se acordó la acumulación de autos 671/06 seguidos ante el Juzgado de primera instancia nº 1 de Ibiza seguidos a instancia de D. Mauricio , por la que solicitó que se dicte sentencia por la que se declare :1) *Que el precio que habrá de satisfacer la actora por la superficie de la vivienda al formalizar la escritura de compraventa será única y exclusivamente el referido a la superficie construida habitable efectivamente pactada en el contrato de opción suscrito por ambas partes en fecha 30 de junio de 2003, y no el de la superficie construida que se pretende por la demandada en su burofax de fecha 23 de diciembre de 2005.* 2) *Que la superficie construida de la vivienda no coincide en modo alguno con la superficie construida habitable de la misma.* 3) *Que el precio total final de la compraventa será el resultante de multiplicar la superficie construida habitable por el precio del metro construido habitable pactado en el contrato de opción.* 4) *Condenando a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones y en base a las mismas, se la condene a otorgar en el plazo prudencial que se fijó por el Juzgado la correspondiente escritura pública de compraventa de la vivienda NUM000 nº NUM003 de la 2º fase, ubicada en la planta NUM002 y planta NUM004 del EDIFICIO000 , propiedad de la demandada, sito en Sant Ferran de Ses Roques, termino municipal de Formentera. Y para el caso de que la demandada se negase a proceder de esta manera, dicha escritura de compraventa deberá ser otorgada a su costa por S.Sª , todo ello, con un expresa imposición a la demandada de las costas procesales ocasionadas en la tramitación de la presente instancia.*

5.- El Procurador D. César Serra González, en nombre y representación de PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES BLANDINE, S.L, solicitó se desestimase la demanda íntegramente con expresa condena en costas y a su vez formula reconvenición se dicte sentencia por la que una vez cumplida la opción de compra, se procediera el otorgamiento de la escritura a publica de compraventa, el precio final de venta del inmueble es de 344.867,38 euros. B) Subsidiariamente, y para el caso de que el Juzgador estimase que el precio unitario establecido en el contrato es el correspondiente a metro útil en relación con la superficie habitable, entonces declare para el momento oportuno, una vez cumplida la condición suspensiva a la que está sometido el contrato de opción de compra suscrito y ejercitada validamente por la demandada la opción de compra, se procediera al otorgamiento de la escritura pública de compraventa que el precio final de la venta del inmueble, de acuerdo con los cálculos establecidos de acuerdo a los estipulado en el contrato y en el cuerpo de la presente demanda es de 445.555,16 euros. Todo ello, junto con las cantidades correspondientes a los trabajos realizados en la vivienda objeto del presente procedimiento encargados a parte y que constituyen modificaciones a la misma, con expresa imposición de las costas.

6.- Por auto de fecha 11 de octubre de 2007 se acordó la acumulación de los autos 751/06 seguidos a instancias de D. Jose Pedro y Doña. Edurne ante el Juzgado de Primera instancia número Tres de Ibiza solicitando se dicte sentencia por la que se declare: 1) *Que el precio que habrá de satisfacer la actora por la superficie de la vivienda al formalizar la escritura de compraventa será única y exclusivamente el referido a la superficie construida habitable efectivamente pactada en . el contrato de opción suscrito por ambas partes en fecha 21 de agosto de 2003, y no el de la superficie construida que se pretende por la demandada en su burofax de fecha 23 de diciembre de 2005.* 2) *Que la superficie construida de la vivienda no coincide en modo alguno con la superficie construida habitable de la misma.* 3) *Que el precio total final de la compraventa será el resultante de multiplicar la superficie construida habitable por el precio del metro construido habitable pactado de 2.494,20 euros* 4) *Condenando a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones y en base a las mismas, se la condene a otorgar en el plazo prudencial que se fije por el Juzgado la correspondiente escritura pública de compraventa de la vivienda NUM000 número NUM005 de la 2º fase, ubicada en la planta NUM002 y planta NUM004 del EDIFICIO000 , sito en Sant Ferran de Ses Roques, termino municipal de Formentera Y para el caso de que la demandada se negase a proceder de esta manera, dicha escritura de compraventa deberá ser otorgada a su costa por S.Sª , todo ello, con un expresa imposición a la demandada de las costas procesales ocasionadas en la tramitación de la presente demanda.*

7.- La parte demandada solicitó se desestimase la sentencia íntegramente con expresa condena en costas y a su vez formula reconvenición se dicte sentencia por la que: A) *Una vez cumplida la opción de compra, se procediera el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, el precio final de venta del inmueble es de 351.288,60 euros.* B) *Subsidiariamente y para el caso de que el Juzgador estimase que el precio unitario establecido en el contrato es el correspondiente a metro útil en relación con la superficie habitable, entonces declare para el momento oportuno, una vez cumplida la condición suspensiva a la que está sometido el contrato de opción de compra suscrito y ejercitada válidamente por la demandada la opción de compra, se procediera al otorgamiento de la escritura pública de compraventa que el precio final de la venta del inmueble, de acuerdo con los cálculos establecidos de acuerdo a los estipulado en el contrato y en el cuerpo de la presente demanda es de 468.295,84 euros. Todo ello, junto con las cantidades correspondientes a los trabajos realizados en la vivienda objeto del presente procedimiento encargado a parte y que constituyen modificaciones a la misma con expresa imposición de las costas.*

8.- Los demandados solicitaron la desestimación de las demandas reconventionales formuladas contra los mismos.

9 .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Que estimando la demanda reconventional interpuesta por D. Cesar Serra González, en nombre y representación de Promociones y Construcciones Blandine S.L., contra Dña. Teodora , D. Mauricio , Dña. Edurne y D. Jose Pedro , debo declarar y declaro: Una vez cumplida la opción de compra por Dña. Teodora , se procediera el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, el precio final de venta del inmueble es de 345.796'76 euros. Una vez cumplida la opción de compra por D. Mauricio , se procediera el otorgamiento de la escritura publica de compraventa, el precio final de venta del inmueble es de 344.867'38 euros. Una vez cumplida la opción de compra por Dña. Edurne y D. Jose Pedro , se procediera el otorgamiento de la escritura a pública de compraventa, el precio final de venta del inmueble es de 351.288'60 euros. Que desestimando las demandas formuladas por el Procurador de los Tribunales D. Adolfo López de Soria Perea, en nombre y representación de Dña. Teodora , D. Mauricio , Dña. Edurne y D. Jose Pedro , debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de las pretensiones contra el mismo formuladas. Todo ello sin expresa condena en costas del proceso.*

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de Dña. Teodora , D. Mauricio , Dña. Edurne y D. Jose Pedro y de CONSTRUCCIONES BLANDINI, S.L., la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 3 de noviembre de 2009 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** 1º) **CON DESESTIMACIÓN del RECURSO de APELACION** interpuesto por Dña. Teodora , D. Mauricio , Dña. Edurne y D. Jose Pedro , representados en esta alzada por la procuradora Sra. Oto, y **CON ESTIMACION del RECURSO de APELACION** interpuesto por la entidad "Promociones y Construcciones Blandine SL," representada en esta alzada por el procurador Sr. Coll, contra la *sentencia de 10 de diciembre de 2008, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Eivissa , en los autos de juicio ordinario de los que trae causa la presente alzada, DEBEMOS REVOCAR PARCIALMENTE y REVOCAMOS dicha resolución en el concreto pronunciamiento relativo a las costas, y, en su lugar: las costas causadas por la demanda principal que es desestimada se imponen a la parte actora, al igual que las causadas por la demandan reconventional al ser esta estimada.* 2º) **SE CONFIRMAN** el resto de pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia apelada. 3º) *Se imponen a la parte actora las costas causadas por su recurso, sin que proceda expresa imposición de las causadas por el recurso de la parte demandada.*

TERCERO .- 1 .- La Procuradora Dª María Antonia Oto y María, en nombre y representación de Dña. Teodora , D. Mauricio , Dña. Edurne y D. Jose Pedro interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO.-** Al amparo del artículo 469.1º 2º de la LEC (Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), por vulneración o aplicación errónea del artículo 217.1 y 2 de la LEC . **SEGUNDO.-** Al amparo del artículo 469.1º 2º de la LEC (Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia) por vulneración del art. 217.6 (subsanaando ahora el *lapsus calami* padecido en el escrito de preparación), por su no aplicación al caso controvertido, en relación con los artículos 265.1 , 4 º y 339.2 de la LEC . **TERCERO.-** Al amparo del artículo 469.1º 2º de la LEC (vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución), por infracción del derecho a la tutela Judicial efectiva y, en definitiva, del derecho de defensa que se contiene en el art. 24 de la CE . **CUARTO .-** Subsidiariamente, y para el caso de que no fuese admitido el motivo anterior, se invocó el del núm. 1. 3º del art.

469 de la LEC (Infracción de garantías del proceso, cuando la infracción hubiera podido producir indefensión), por vulneración por no aplicación de lo preceptuado en el art. 460.2.1º de la LEC . **QUINTO** .- Al amparo del artículo 469.1º 2º de la LEC (vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución), por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva que se contiene en el art. 24 de la CE . **SEXTO**.- Subsidiariamente, y para el caso de que no fuese admitido el motivo anterior, se invocó el del núm. 1 , 2º del art. 469 de la LEC (Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), por Infracción por no aplicación de lo preceptuado en el artículo 456.1 de la LEC . **SÉPTIMO** .- Al amparo de lo preceptuado en el artículo 469.1.4º (subsanaando el *lapsus calamí* observado en el escrito de preparación), por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se contiene en el art. 24 CE .- **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Al amparo de lo preceptuado en el apartado 1 del art. 477 LEC , por vulneración por indebida aplicación del artículo 1.281, párrafo 2 del Código Civil . **SEGUNDO** .- Al amparo de lo preceptuado en el apartado 1 del art. 477 LEC , por infracción por no aplicación del artículo 1 283 del Código Civil . **TERCERO** .- Al amparo de lo preceptuado en el apartado 1 del art. 477 LEC , por infracción por no aplicación del artículo 1.255 del Código Civil , sancionador del principio de la autonomía de la voluntad.

2 .- Por Auto de fecha 13 de octubre de 2010, se acordó ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL y EL RECURSO DE CASACION y dar traslado a la parte recurrente para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. J.M. DE DORREMOCHEA, en nombre y representación de PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES BLANDINE, S.L., presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de junio del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Hechos indiscutidos:

Doña Teodora , codemandante en la instancia y recurrente ante esta Sala, el 28 de junio de 2003 celebró un precontrato de opción de compra con la sociedad concedente, futura vendedora, PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES BLANDINE, S.L., demandada y parte recurrida.

Asimismo, Don Mauricio , el 30 del mismo mes y año celebró precontrato de opción de compra con la misma sociedad concedente.

Ambos venían referidos a sendos pisos del denominado " EDIFICIO000 " sito en Sant Ferrán de Ses Roques (Formentera). Cada uno de los pisos, ambos áticos, tenía acceso por una escalera interior, como anejo inseparable a sendas terrazas que, como cubierta del edificio, elementos comunes del edificio, constituían un espacio de uso y disfrute exclusivo para cada uno de los propietarios de uno y otro piso ático.

El precio de la compraventa, como *iter* final del ejercicio de la opción, quedaba fijado de la siguiente forma en el pacto cuarto de los precontratos de opción:

"El precio final del metro construido habitable se establece en dos mil cuatrocientos noventa y cuatro euros con veinte céntimos (2.494,20) # y el precio total a pagar será el resultante de multiplicar dicha cantidad por la superficie total habitable construida".

Una vez finalizada la construcción, la sociedad promotora remitió un burofax a cada uno de los anteriores optantes en el que especificaba los cálculos realizados, luego de finalizada la fase constructiva, para fijar el precio de la vivienda objeto de la opción de compra, en el que se desglosaban los metros construidos correspondientes a la vivienda - incluyendo terraza- en cada uno de los pisos. Fue contestado por una y otro en el sentido de negar los cálculos realizados, pues se habían hecho sobre la superficie *construida* y no, según lo pactado, sobre la superficie *construida habitable*.

Además de los anteriores optantes, doña Edurne y don Jose Pedro , ambos igualmente codemandantes en la instancia y recurrentes ante esta Sala, celebraron precontrato de opción de compra el 21 de agosto de 2003 sobre otro piso-ático del mismo edificio, con la diferencia, respecto a los precontratos anteriores, de que no se contiene el mismo pacto en cuanto al precio de la futura compraventa, sino que éste se pacta sobre superficie construida sin referencia alguna al *metro construido habitable* o *superficie habitable construida*.

La promotora, como en los casos anteriores, remite un burofax determinando el precio que incluye todo el espacio construido, incluyendo la terraza. Fue contestado por los optantes en los mismos términos que los anteriores.

En todos los precontratos estaba previsto que el ejercicio de la opción tenía un plazo de sesenta días a contar de la notificación de la obtención de la cédula de habitabilidad, lo que no consta en autos, ni aparece tampoco imputación alguna a la sociedad promotora demandada por parte de los demandantes.

SEGUNDO : *Cuestión jurídica planteada:*

Aparte de unos complicados avatares procesales, tales como demandas separadas, acumulaciones de autos, reconvencciones y contestaciones a éstas, que no son del caso ante esta Sala, las partes optantes en sendos suplicos de sus demandas han ejercitado acción declarativa con la pretensión de que se declare en sentencia que el precio es el referido a la superficie *construida habitable* (tal como consta en el precontrato de opción) y acción declarativa de condena a fin de que la sociedad promotora demandada otorgue, en el plazo que fije la sentencia, la escritura pública de compraventa, al precio correctamente declarado.

Esta última, PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES BLANDINE, S.L. se opuso a las anteriores pretensiones e interesó, en sendas reconvencciones, que se declarara que el precio incluía -con un cálculo determinado- también la superficie construida de las terrazas.

La sentencia dictada por la juzgadora del Juzgado de 1ª instancia número cuatro de Ibiza el 10 de diciembre de 2008 se planteó qué debe entenderse por *superficie habitable construida* (a partir del fundamento quinto) y, tras detallados razonamientos, concluye que:

"no es legítimo resolver la litis en el sentido de excluir del cómputo del precio final la terraza superior de los áticos o los balcones de la primera planta, pues sin duda se adquieren por los actores en su ejercicio del derecho de opción de compra y no puede entenderse que la finalidad de las partes al incluir el término habitable era excluir de su cómputo dichas superficies".

Estima que el cómputo del precio de balcones y terrazas no es el 100% previsto en el precontrato de opción, ni siquiera el 50%, sino uno inferior propuesto por la promotora.

En todo ello se excluye la opción pactada por doña Edurne y don Jose Pedro en cuyo precontrato (como se apuntó anteriormente y destaca la sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento segundo *in fine*) no se incluyó la palabra *habitable*, sino que el precio se fijó por *superficie construida*.

Esta sentencia de primera instancia tuvo la precaución de señalar que el otorgamiento de la escritura pública se otorgaría *una vez cumplida la opción de compra*, lo cual en su día había sido advertido por la sociedad demandada y resaltado por la sentencia de la Audiencia Provincial.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 3ª, de Palma de Mallorca, de 3 de noviembre de 2009, confirmó la anterior, salvo en el tema de costas. Incidió en que los demandantes no aportaron con la demanda la medición de los pisos, aunque ciertamente carecían de la posesión de los mismos. Y concluye que:

"no puede excluirse del cómputo de las viviendas de autos ni las terrazas superiores ni los balcones que les son anejos, computándose el valor de los mismos no al 50% como se contempla en las normas fiscales anteriormente mencionadas, sino conforme se realiza por la promotora en el burofax de 23 de diciembre de 2005 por ser más favorable para los optantes".

La cuestión jurídica que se planteó en la instancia y que se replantea ante esta Sala, atinente esencialmente a la interpretación de aquellos precontratos de opción, es si la expresión del precio empleado como módulo *superficie construida habitable* significa que comprende o no los balcones o terrazas. La posición de los optantes, demandantes y recurrentes ante esta Sala, es que no siendo habitables las terrazas que, a su vez, son elemento común del edificio, el cómputo debe hacerse conforme a la *superficie construida habitable*, conforme a lo pactado, lo que significa excluir la superficie de las terrazas. La posición de la sociedad promotora demandada, parte recurrida ante esta Sala, es entender que la *superficie construida habitable* comprende la de las terrazas, aunque no le aplican el módulo igual a la superficie habitable, sino uno inferior, discrecionalmente determinado por ella misma, en el burofax de 23 de diciembre de 2005 y en las reconvencciones.

TERCERO .- *Recurso por infracción procesal:*

Este recurso, en principio, carece de sentido, ya que incide, una y otra vez, en el fondo. Es decir, lleva a la cuestión de prueba o a la tutela judicial efectiva la aplicación de la palabra *habitable*, sin que aparezca, ni de lejos, infracción procesal alguna.

El motivo primero se funda en la infracción de la doctrina de la carga de la prueba (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y en una breve primera parte entra en una desafortunada expresión de la sentencia recurrida: "no existe prueba alguna... que la voluntad de las partes..." lo cual no es prueba, sino interpretación y, además, se advierte que tampoco lo hay de lo contrario. El resto entra, pura y simplemente, en la interpretación, lejos del tema de la carga de la prueba.

El motivo segundo insiste en la carga de la prueba y toca el tema, también de fondo, de la superficie de los pisos. Aparte de advertir que los demandantes carecían de la posesión de los mismos y, por tanto, de hacer mediciones, lo que es cierto, parece obviar, al igual que la sentencia recurrida, que no pretenden en sus demandas el otorgamiento de escritura pública un determinado precio, sino que éste se fije según lo pactado y no con inclusión de terrazas.

El motivo tercero acude al artículo 24 de la Constitución Española para denunciar la denegación de una prueba pericial que, ciertamente, a nada conduce, a la vista de las pretensiones de las partes. Lo cual se repite en el motivo cuarto.

El motivo quinto vuelve a invocar el artículo 24 de la Constitución Española para resaltar un "error manifiesto en la sentencia" siendo así que simplemente discute uno -no el más importante- de los argumentos de la sentencia recurrida, que, además, no constituye ningún error, ni ordinario, ni "manifiesto". En la misma cuestión incide el motivo sexto, desde otro punto de vista, mediante la alegación, un tanto fuera de lugar, del artículo 456 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El motivo séptimo no debería haber sido admitido, pues, al socaire del artículo 24 de la Constitución Española , pretende una revisión de prueba, siendo así que la cuestión del proceso no es de hecho, objeto de prueba, sino de interpretación. A lo largo del extenso motivo, parece pretender de nuevo el replanteamiento del pleito, con el examen de todos los extremos.

CUARTO .- *Recurso de casación*

Los tres motivos del recurso de casación giran alrededor del mismo tema, que es la cuestión jurídica que se plantea desde el principio. La cual es si en la *superficie construida habitable*, como se fija en los precontratos (dos de ellos, no así el tercero) se deben comprender las terrazas, que claramente, sin que se ponga en duda ni se discuta en la instancia no son espacios habitables.

En el motivo primero se denuncia la infracción del artículo 1281, párrafo 2º, del Código civil ; bien podría haberse alegado el 1º, aunque resalta que las reglas de interpretación del contrato forman el carácter hermenéutico de la totalidad y sus normas se cruzan y complementan.

Ciertamente y no hay duda, que en dos de los contratos se fijó el precio por *superficie construida habitable* y las terrazas no son habitables (esto no se ha discutido) y en el tercero se obvió lo de *habitable* (nunca se ha explicado la razón).

Por lo cual, a la luz de las normas de interpretación, el órgano jurisdiccional no puede (no debe) eliminar el presupuesto de *habitable* para fijar el precio porque crea que es más justo que pague algo por las terrazas. Puede ser lógico, pero el contrato NO lo dijo.

Los precontratos los redactó la sociedad promotora y los adquirentes eran simples consumidores. La interpretación no puede (no debe) perjudicar a éstos, en beneficio del redactor. No se trata de aplicar la regla *contra proferentem* porque el texto no es oscuro, sino clarísimo. En el cómputo del precio, la sociedad promotora no incluyó las terrazas (no sabemos el motivo; puede ser para atraer a los compradores o por descuido del redactor); no puede (no debe) el órgano jurisdiccional incluirlas. Los consumidores adquirentes calcularon el precio, hicieron sus cuentas, como todo el mundo y ahora un órgano jurisdiccional les dice que tienen que pagar más, por razón de unas terrazas que no venían incluidas. Los consumidores debe (y pueden) confiar en aquello que firman, tanto más cuanto viene redactado por la parte contraria, el promotor, profesional.

QUINTO .- Consecuencia de todo lo expuesto, es, en primer lugar, la clara desestimación del recurso por infracción procesal con la condena en costas que exige el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por el contrario, procede estimar el recurso de casación, (se estima el motivo primero, que realmente incluye la dos restantes motivos) pero sólo en parte en el sentido de que se estima el de los dos primeros precontratantes y no el del tercero, aunque todos ellos se han formulado en el mismo escrito.

Al entender que el precio de los pisos no incluye la superficie de las terrazas, hay que *estimar las demandas*, aunque únicamente las de doña Teodora y de don Mauricio . No así la de Doña Edurne y D. Jose Pedro en cuyo precontrato no se prevé que se compute la superficie *habitabile* , sino sólo la *construida*.

Asimismo, hay otra precisión que ya está prevista en la sentencia de la Juez de 1ª instancia: la acción de condena a otorgar la escritura pública por el precio señalado en la previa acción declarativa, no puede acordarse que se otorgue inmediatamente sino, tal como estaba previsto en la opción, ésta debe ejercerse en el plazo previsto a contar de la concesión de la cédula de habitabilidad.

En definitiva, se estiman los recursos de casación, aun formulados en un solo escrito, de Dª Teodora y de D. Mauricio , sin imposición de costas y con condena a la parte demandada en las costas de primera instancia. Se desestima el formulado por Dª Edurne y D. Jose Pedro , con condena en costas. En todo caso, se desestima el recurso por infracción procesal formulado por todos ellos, con la preceptiva condena en costas.

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

FALLAMOS

1.- Se desestima el recurso por infracción procesal formulado por Doña Edurne y Don Jose Pedro y por Dª Teodora y de D. Mauricio contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en fecha 3 de noviembre de 2009 .

2.- Se condena a los anteriores recurrentes en las costas causadas por dicho recurso.

3.- Se desestima el recurso de casación formulado por Doña Edurne y Don Jose Pedro contra la misma sentencia.

4.- Se condena a los anteriores recurrentes en las costas causadas por dicho recurso .

5.- Se estiman los recursos de casación que han sido formulados por doña Teodora y por don Mauricio contra la misma sentencia, en el sentido de que se estima íntegramente la demanda en sus declaraciones interesadas y se condena a la sociedad demandada PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES BLANDINI, S.L. a que otorgue la escritura pública de compraventa al precio aquí determinado, una vez cumplida la opción de compra.

6.- En cuanto a las costas, no se hace condena en las costas causadas en estos últimos recursos de casación, ni tampoco en el recurso de apelación. Se condena a la parte demandada en las costas causadas en primera instancia, respecto a estos recurrentes.

7.- Librese a la mencionada Audiencia 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 Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno Xavier O'Callaghan Muñoz** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.