

## **SAP de Bizkaia de 3 de abril de 2008**

En Bilbao, a tres de abril de dos mil ocho.

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO N° 381105 seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Getxo y del que son partes como demandante XXXXX y XXXXX representados por el Procurador Sr. XXXXX y dirigidos por el Letrado Sr. XXXXX; y como demandado, XXXXX y XXXXX representada por la Procuradora Sra. XXXXX y dirigida por el Letrado Sr. XXXXX, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Da Leonor Cuenca García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 30 de noviembre de 2006 sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente:"FALLO:

"Que con ESTIMACIÓN TOTAL de la demanda interpuesta por la Procuradora XXXXX, en nombre y representación de XXXXX contra XXXXX, debo DECLARAR Y DECLARO la perfección y consumación del contrato de compraventa suscrito entre las partes, habiendo adquirido los actores el pleno dominio de la finca y terreno adquirido transmitido siendo dueños de la misma, obligando a la demandada a otorgar escritura pública debiendo verificarse la cabida en ejecución de sentencia conforme a la división que existe en la actualidad de los terreno, debiendo aquella realizar todas las actuaciones necesarias, con imposición de las costas a la parte demandada".

Dicha resolución fue aclarada por auto de fecha 9 de febrero de 2007, cuya parte dispositiva literalmente dice:

"1 .- Se estima la petición formulada por la procuradora XXXXX en nombre y representación de ' XXXXX en el sentido de ubicar la vivienda objeto de los autos, en el fallo de la Sentencia.

2.- La referida resolución queda definitivamente redactada de la siguiente forma:

"debo DECLARAR Y DECLARO la perfección y consumación del contrato de compraventa suscrito entre las partes, habiendo adquirido los actores el pleno dominio de la finca y terreno adquirido que se ubica en la calle XXXXX izquierda transmitido siendo dueños de la misma, obligando a la demandada a otorgar escritura pública

debiendo verificarse la cabida en ejecución de sentencia conforme a la división que existe en la actualidad de los terrenos, debiendo aquella realizar todas las actuaciones necesarias, con imposición de las costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de XXXXX, y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previa su tramitación y emplazamiento a las partes.

TERCERO.- Seguido este recurso por sus trámites se señaló día para su votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, haciéndose constar que la duración de la grabación del CD correspondiente al trámite de audiencia previa es la de 9 minutos y 13 segundos y la del acto juicio es la de 81 minutos y 35 segundos.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La parte apelante, demandada en la instancia, interesa la revocación de la resolución recurrida y que en su lugar, se dicte otra por la que, tras una adecuada valoración de la prueba practicada y aplicación del derecho, se desestime la demanda contra ella deducida, al entender, de manera subsidiaria, que:

a.- concurre la excepción de litis consorcio pasivo necesario, que como tal es apreciable de oficio en cualquier instancia, y por ello, sin necesidad de ser alegada por la parte, dado que no ha sido llamado al proceso, su esposo, XXXXX, pues interesando la parte actora la declaración de perfección y consumación del contrato de compraventa suscrito por las partes, sobre la vivienda y terreno que se dice transmitidos, y su elevación a escritura pública, es necesaria su presencia, por cuanto que el matrimonio que forma con ella se encuentra sujeto al régimen de comunicación foral, requiriendo el consentimiento de ambos cónyuges los actos de disposición de los bienes, independientemente de cual sea el origen de los mismos (art. 95 y 99 LDCFPV), como lo evidencia la propia redacción del doc. nº 5 de la demanda, y las diversas cartas al efecto dirigidas por el Letrado requiriendo la elevación a escritura pública del contrato.

Lógicamente si para la celebración del contrato se requiere el consentimiento del esposo, sin duda es necesaria su intervención en el acto de otorgamiento de la escritura pública, como paso previo para su inscripción registral, que de otro modo no sería posible.

La consecuencia de la apreciación de esta excepción que implica la vulneración de los arts. 5º 2 y 12 LECn, lo es la nulidad de lo actuado con reposición de las actuaciones

hasta el momento procesal oportuno para constituir el debido litisconsorcio pasivo necesario.

b.- el objeto de la compraventa lo fue estrictamente la vivienda y sus accesos y no el terreno, como se infiere no solo del precio convenido (62.000.000 ptas) frente al exigido si la adquisición incluía aquél (75.000.000 ptas.), sino también de la propia redacción de los documentos nº 3, 4 y 5, que únicamente se refieren a la vivienda, siendo los dos primeros, los recibos de las cantidades entregadas a cuenta redactados por la propia parte compradora, no poniendo objeción alguna al último de ellos en el que sólo se hace referencia a la vivienda.

Es más, lo único entregado a la firma del doc. nº 5 lo fue la vivienda y no el terreno que esta parte valló en su día para tenerlo perfectamente identificado ante su posible venta a terceros, careciendo de transcendencia que es lo que se publicitara como objeto de la venta, pues lo importante es el acuerdo de voluntades entre las partes.

c.- en ningún caso existe obligación de otorgar escritura pública, estando esta parte liberada de tal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1184 del Cº Civil, en la medida en que ello es imposible legalmente, pues estando la vivienda integrada dentro de unas fincas registrales más amplias, es necesaria su segregación, la cual intentada ha sido denegada por el Ayuntamiento de XXXXX, no siendo ello una cuestión que carezca de importancia, pues como establece el art. 259 RDL 111 992 de 26 de junio, en ello vigente, así se impone igualmente en la ley 212006 de 30 de Junio de Suelo y Urbanismo de esta Comunidad Autónoma, los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, las escrituras de división de terrenos que se acredite la oportuna licencia o la declaración municipal de innecesariedad, que como tal deberá ser testimoniada.

Por otro lado, no existe la más mínima prueba de que se pueda llevar a cabo de otro modo distinto (división horizontal tumbada), a lo que se une que ello no fue lo pactado.

Esta imposibilidad era perfectamente conocida por los actores al firmar el contrato privado, abonar el precio y ocupar la vivienda.

d.- finalmente, si se mantuviera la estimación de la demanda, debe dejarse, sin efecto el pronunciamiento relativo a "...debiendo verificarse la cabida en ejecución de sentencia..", dado que ello no fue objeto de petición en la demanda, siendo incongruente por ultra o extra petita la resolución recurrida cuando concede algo que no le fue solicitado (art. 216 y 218 LECn), y además entraña una condena con reserva de liquidación que excede de una mera operación aritmética, lo que prohíbe el art. 219 LECn.

**SEGUNDO.-** El litis consorcio pasivo necesario.

El adecuado análisis del recurso, exige el estudio, en primer lugar, de la infracción procesal en el sentido del art. 459 de la LECn, que a juicio de la recurrente se ha dado a lo largo del proceso, al ser incorrecta la constitución de la relación jurídico procesal

(litis consorcio pasivo necesario), por no ser parte en el mismo su esposo, XXXXX la cual es cierto, como denuncia la parte apelada en el escrito de oposición al recurso, integra un cuestión nueva en esta alzada al no ser denunciada en la instancia, en su momento procesal oportuno (escrito de contestación, art. 405 LECn), más aún así todo debemos considerar qué incidencia tiene ello, si cabe su apreciación de oficio, si es que concurre y cuales son sus consecuencias en tal caso, (art. 465 en relación con el art. 227 LECn.), teniendo en cuenta que de apreciarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 416 nº 3 y 420 LECn, al resolverse con carácter previo antes del trámite de alegaciones complementarias o aclaratorias, de fijación de los hechos, de impugnación de los documentos, y finalmente de proposición de prueba (art. 426 y SS LECn), nos debería llevar a retrotraer lo actuado al momento anterior a la proposición y admisión de la prueba pericial que como infracción procesal se denuncia, ya que no estamos ante una infracción que por su naturaleza pueda ser subsanada en esta alzada, al tener que darse un nuevo trámite al actor para ampliar la demanda contra el demandado con suspensión de la audiencia previa (art. 420 LECn).

Y así, esta Sala en sus sentencias de fecha 23 de enero de 1995, 15 de enero de 1996, 22 de febrero de 2002, y 5 de mayo y 12 de diciembre de 2003 y 4 de octubre de 2007 entre otras, " la alegada falta de litis consorcio pasivo necesario supone una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, que en realidad, no afecta a la validez intrínseca de la expresada relación, sino a la inutilidad o infructuosidad de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo planteada; en este sentido, su carencia, que constituye, la falta de un presupuesto preliminar al fondo, deriva, pues, de la constatación de una "quaestio iuris", a saber, la ineptitud jurídica del sujeto demandado para soportar, con la calidad que se le atribuye, las consecuencias jurídicas que se pretenden" (T.S. lo S de 22 de Julio de 1.991).

En definitiva, de lo que se trata con ella es que figuren como partes aquellas personas físicas o jurídicas que puedan verse afectadas en sus derechos o intereses legítimos por la resolución que ponga fin al litigio, de manera que se les dé la oportunidad de ser oídos, y por tanto de alegar, cuanto en su defensa estimen convenientes, evitando causarles indefensión (art. 24 C.E.). Y así mismo que no se den sentencias contradictorias que hagan imposible o difícil su ejecución, vulnerando con ello el derecho fundamental a la tutela judicial (T.S. la S. de 5 de Diciembre de 1995, 7 de Junio y 18 de Setiembre de 1996, entre otras).

La apreciación de esta excepción, de oficio (T.S. la S. de 19 de Enero de 1995, 6 y 16 de Abril de 1996, entre otras), o a instancia de parte, en la anterior regulación procesal y por su vinculación a la cuestión de fondo debía ser resuelta en sentencia, tal y como acontecía en el juicio de cognición, o en el desahucio a diferencia del juicio de Menor Cuantía, ya que en él tanto la doctrina como la jurisprudencia (T.S. lo S 18 de Marzo de 1.993; 30 de Mayo y 18 de Junio de 1.994, entre otras) consideraban que este defecto era subsanable en la comparecencia del art. 693 de la L.E.C. mediante la suspensión del proceso y el nuevo emplazamiento de los que pudiesen verse afectados por el litigio, si así lo interesaba el demandante, y si éste no lo solicita, si el juzgador lo consideraba

necesario. Posibilidad que estaba vedada en el juicio de cognición, pues bastaba con observar la diferente redacción del art. 693 y de los arts. 52 y 63 del Decreto de 21 de Noviembre de 1.952, e igualmente en el juicio de desahucio (art. 1570 y SS LEC), y que hoy día con carácter general se acoge en la nueva LEC 112000 (art. 12,4 16 y 420 juicio ordinario, en relación con el art. 443, previsto para el juicio verbal)."

Es más, al respecto el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 7 de junio de 2007 ha declarado " la sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 2006 señala que "para la apreciación de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, desarrollada por la jurisprudencia y actualmente incorporada al artículo 12.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, se exige que la resolución a dictar hubiera de producir efecto de cosa juzgada respecto de los ausentes del proceso (sentencias de 30 de enero de 1982, 14 de enero de 1984, 3 1 de octubre de 1985 y, entre las más recientes, la de 22 de febrero de 2000), requiriendo la concurrencia entre presentes y ausentes de un nexo común, o sea una comunidad de riesgo procesal (sentencias de 30 de junio de 1967 y 6 de diciembre de 1977) y la existencia de vinculaciones subjetivas resultantes de los derechos deducidos en juicio que hiciera preciso demandar a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos resultarían afectados por la resolución (sentencias de 4 de junio, 28 y 30 de septiembre de 1999), de modo que dicha excepción se produce cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico-material objeto del pleito se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar (sentencias de 22 de octubre y 28 de diciembre de 1998 y 22 de febrero de 2000), encontrándose en su esencia la consideración de la eficacia que la sentencia que ponga fin al procedimiento produzca necesariamente para quienes estén vinculados con la relación material que es su objeto (sentencia de 9 de marzo de 2000), sin que un efecto reflejo o mero interés en el resultado del litigio fundamente la necesidad de una situación litisconsorcial (sentencias de 4 de octubre de 1989, 26 de marzo de 199 1, 25 de febrero de 1992 y 1 de diciembre de 2001)". Doctrina reiterada en su sentencia de 11 de mayo de 2007.

Por tanto, desde esta doctrina es indiferente, pese a lo alegado al respecto por la parte apelada que la manifestación de la concurrencia de esta excepción se realice por la parte apelante en el escrito de interposición del recurso, pues si bien resulta a tales efectos extemporánea debiendo haberla alegado en el escrito de contestación (art. 405 LECn), no ha de olvidarse que se trata de una excepción apreciable de oficio, en cualquiera de las instancias, como se infiere de la doctrina jurisprudencial indicada, de suerte que con ella la parte está advirtiendo al Tribunal sobre esta cuestión, que fácilmente hubiera sido advertida por la Sala con la mera lectura del escrito de contestación y la documental obrante en autos.

Si ello es así, para saber quienes deben ser parte en un proceso deberemos considerar cual es la acción ejercitada por la parte actora, lo que supone en el presente caso tener en cuenta que en su escrito de demanda pretende:

a.- la declaración de la perfección y consumación del contrato de compraventa suscrito por las partes, que tal y como se deduce de los hechos reflejados en la demanda se plasma en el doc. nº 5 de la misma, siendo los documentos nº 3 y 4 meros recibos de las cantidades entregadas a cuenta.

b.- y como consecuencia de lo anterior se declare que son propietarios de la vivienda y terrenos transmitidos y la obligación de la parte demandada de otorgar la oportuna escritura pública, para lo que deberá llevar a cabo los pasos precisos ante el Ayuntamiento de XXXX.

Esta acción se funda en la existencia de un contrato de compraventa, y por tanto pretende el cumplimiento de lo en el mismo pactado, de manera que para que la relación jurídico procesal se encuentre correctamente constituida, al ejercitarse un acción de naturaleza personal como lo es la presente, es necesario únicamente que sean parte aquellas personas físicas o jurídicas que han intervenido en la citada relación contractual, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, Sala Primera, en sus sentencias, entre otras, de 8 de marzo y 24 de abril de 2006, 25 de enero, 9 de marzo de 2007.

Si ello es así, una cosa es el necesario consentimiento del esposo de la demandada para la transmisión del bien, dado el carácter de comunicación foral de su régimen económico matrimonial, el cual como tal no se niega en el procedimiento, y se infiere del contenido del doc. nº 5 demanda y su necesidad, por ello, de que al otorgarse la escritura pública esté presente, de ahí las referencias al mismo que realiza el Letrado de la parte actora en las cartas previas al proceso a las que alude la parte apelante, o sepa de la existencia del procedimiento para poder adoptarse alguna medida cautelar de naturaleza registral, como así ha sido, y otra bien distinta que no habiendo sido parte contratante como tal, debe ser llamado al actual proceso, que es lo que acontece en el presente caso, ya que de los diversos documentos que se acompañan con la demanda se infiere que quien vende como tal frente a la parte actora es la demandada, pensemos en los recibos que se redactan (doc. no 3 y 4 demanda) y se admiten por la misma y en los que se dice : "Reunidos de una parte Doña XXXXX con D.N.I. XXXXX con domicilio en XXXXXX C/ XXXXX, y por la otra Don XXXXX con D.N.I. XXXXX y con domicilio en XXXXX acuerdan en esta momento la compra-venta de la vivienda situada en XXXXX en el precio de 62.000.000 ptas. (sesenta millones de pesetas) ", lo que se reitera en el citado documento nº 5 de fecha 31 de mayo de 2002 y en el que se dice: " De una parte como vendedor, Doña XXXXX con D.N.I. XXXXX, con domicilio en XXXXX, XXXXX, provincia de Vizcaya, con el consentimiento de su compareciente esposo, Don XXXXX D.N.I. XXXXX.

"Y, de otra parte como comprador XXXXX, con D.N.I. XXXXX domicilio en XXXXX, provincia de Vizcaya, acompañado por su esposa XXXXX

EXPONEN:

Que, a tenor de acuerdo de COMPRA- VENTA firmado entre las partes el 28 de enero del año en curso sobre la vivienda sita en XXXX, XXXXX”). No debiendo confundirse la posición de parte contractual con la de quien presta el consentimiento a la disposición de los bienes por su esposa.

Por ello, no hay duda de que la relación jurídico procesal está correctamente constituida, y que no concurre la excepción alegada, entrañando además cuando no se debate la bondad de la operación, pensemos que no se reconviene por la demandada pretendiendo la nulidad del contrato o su resolución, una alegación extraña la presente, pues no solo ha sido ella quien siempre ha llevado a cabo las relaciones con los actores, y dada su condición de bienes privativos adquiridos por herencia de sus causantes, como suyos propios los considera, tal y como se deduce del escrito que presenta en el Ayuntamiento de XXXXX (doc. n° 2 contestación) y los vende, sino que su esposo por razones obvias, al no estar en un supuesto de crisis matrimonial, y haberse adoptado medidas cautelares conoce del proceso, y pese a ello no se ha personado, si es que pensaba que sus derechos no estaban convenientemente defendidos o representados por su esposa.

TERCERO.- Desestimada la objeción procesal, debemos analizar la cuestión de fondo planteada, que no es otro que la eficacia del contrato de compraventa de autos, entendiendo la Sala al igual que la Juzgadora a quo que el mismo se haya perfeccionado y se ha consumado, tal y como se razona en el fundamento de derecho segundo de su sentencia.

Y ello porque existiendo acuerdo de voluntades que como tal no se niega y abono del precio convenido con entrega material del bien vendido, el cual se encuentra en posesión y disfrute de la parte compradora, no hay duda de que las partes han cumplido con los requisitos que el art. 1445 y ss del C° Civil determinan para su eficacia como modo de traslación del dominio, ante lo cual debemos plantearnos, aquello que se cuestiona como tal:

a.- el alcance del objeto del contrato.

La demandada no cuestiona que vendió la vivienda y los terrenos para su acceso (minuto 9,30 y ss Cd n°1), mas discrepa en que también se incluyera en el precio el terreno que junto a ella se encuentra y que se halla vallado, tras la transmisión, como ella admite (minuto 16,08 y ss Cd n°1) y corroboran los testigos Sra. XXXXX (minuto 4 1,45 y ss Cd n°1), y-Sr XXXXX (minuto 48,10 y ss Cd n°1), entendiendo la Sala de nuevo con la Juzgadora que también se vendió, ese terreno, pues si bien la redacción de los documentos que plasman la relación contractual, unos por la parte actora (doc. n° 2 y 3 demanda e interrogatorio actora, minuto 24,12 y ss Cd n° 1) y otros por la demandada a través de personas de su confianza (doc. n° 5 demanda, interrogatorio actora minuto 26,05 y ss Cd n°1 y demandada, minuto 10,13 y ss Cd n°1), no son lo más concreto y específico que pudiera esperarse, pudiendo pensarse que por su redacción sólo se refieren a la vivienda, lo cierto es que valorados los actos posteriores de la demandada, al haber entrado en posesión los compradores de la casa y el terreno en mayo de 2002, evidencia que también se vendió el terreno, pues en noviembre y diciembre de ese

mismo año les remite cartas en las que tras admitir tal ocupación, no les requiere para que abandonen el terreno sino para que hagan unas obras en una ventana como condición para realizar la escritura pública o eviten la tenencia de perros para no causar daño (doc. nº 6 y 7 demanda no impugnados), lo que se reitera en cartas de su Letrado en el año 2003 con referencia al problema de la licencia de segregación (doc. nº 11 y 13 a 16 demanda).

b.- Imposibilidad de exigirse la obligación de otorgar la oportuna escritura pública.

Es un hecho que no se debate, la circunstancia de que algún problema existía con la escrituración de la compraventa, desde el principio de la relación, pues a ello se refieren las partes cuando en el documento de fecha 31 de mayo de 2002 (doc. nº 5 demanda), sin especificar concretamente la naturaleza de aquél, aplazan tal acto a meses posteriores, pese a que se ha entregado ya el bien vendido y se ha abonado su precio, no pudiendo conocer la parte compradora, en ese momento, que el mismo lo era la negativa del Ayuntamiento de XXXX a la segregación y parcelación pretendida por la parte demandada, pues la solicitud se presenta en esos días y la denegación se da en julio de 2002, como se deduce del doc. nº 2 contestación y oficio del citado Ayuntamiento (f. 102 y SS), siendo evidente por el contenido de las cartas obrantes en autos que ello no se le hace saber a la parte comprado, pues incluso se le dice, aún en el año 2003, que se espera una resolución del ente municipal que ya se había producido, tomando razón de ello la parte actora en noviembre de 2003 (doc. nº 6 y ss demanda).

Este problema que se concreta en " denegar la licencia de parcelación por los motivos expresados en el informe, al estar clasificado el suelo que se pretende parcelar como suelo apto para urbanizar para lo cual es necesario aprobar previamente el Plan Parcial del área nº 41 tal y como preceptúa el artículo 96.1 de la Ley del Suelo" (doc. nº 2 contestación), ciertamente no es baladí, y en ello se discrepa de la resolución recurrida, por cuanto que conforme al aún vigente art. 259 nº 3 párrafo cuarto, del Real Decreto Legislativo 1/1.1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, "Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento.", lo que como tal no se puede imponer a los citados profesionales, y por ello cabría aplicar el art. 1.116 del Código Civil, en cuanto dispone que las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa, en relación con el art. 1184 que determina que cuando la prestación de hacer resultare legalmente imposible se exonera al deudor.

Mas ello no quiere decir que en el caso de autos no se pueda buscar alguna de las formas que el Derecho permita para tratar que esta transmisión se eleve a escritura pública y se inscriba, siendo ello la obligación que se pretende con la demanda y se impone a la demandada al amparo del art. 1279 del Cº Civil, y respecto de la que la Sala no tiene por qué determinar el instrumento en Derecho apto para ello, pues tal no es lo



pretendido en el proceso, todo ello sin perjuicio de que pudiera plantearse en su día un incidente por ejecución imposible de la sentencia (art. 118 CE, art. 18 LOPJ y art. 548 y ss LECn.)

Cuestión distinta hubiera sido, pues no es el caso ya que las partes no lo pactaron en el contrato que la forma en la que tal se debía llevar a cabo, lo fuera la segregación, pudiendo en ese caso hablar de una imposibilidad jurídica de transmisión del bien, pero ello no lo pretende la parte demandada vía reconvenzional, estando interesados los actores que han abonado el precio del bien, en mantener la validez del contrato.

Lo expuesto conlleva la desestimación del recurso y el mantenimiento de la estimación de la demanda.

CUARTO.- Como motivo final de su recurso la parte actora alega, si es que se mantiene la estimación de la demanda, que debe dejarse, sin efecto el pronunciamiento relativo a "...debiendo verificarse la cabida en ejecución de sentencia...", dado que ello no fue objeto de petición en la demanda, siendo incongruente por ultra o extra petita la resolución recurrida cuando concede algo que no le fue solicitado (art. 21 6 y 21 8 LECn), y además entraña una condena con reserva de liquidación que excede de una mera operación aritmética, lo que prohíbe el art. 219 LECn.

El análisis de tal motivo exige tener en cuenta lo razonado por esta Sala en reiteradas sentencias (S. 17 de Mayo y 14 y 19 de Julio de 2005, 14 de febrero, 3 de mayo y 3 de octubre de 2006 y 16 de noviembre de 2007), en relación con el deber de congruencia de las resoluciones judiciales y el límite del debate " El art. 24 de la Constitución reconoce a todos los ciudadanos el derecho a obtener la tutela judicial de los derechos o intereses legítimos de los que son o se consideran titulares. Derecho a ejercitar ante los Tribunales cumpliendo los requisitos que establecen las leyes procesales y que tiene en la demanda (art. 399 LECn) la primera actuación dentro del proceso civil, si los derechos o intereses legítimos son de tal naturaleza.

Esto es la demanda como modo de iniciación del proceso, fija los que van a ser parte del mismo y establece los datos de hecho y Derecho sobre los que el demandante basa su petición, cuya tutela interesa del Tribunal, produciéndose con ella una serie de efectos de Derecho material (interrupción de la prescripción extintiva (art. 1973 C. Civil; constitución en menor (art. 1100 C. Civil) .. ); y de Derecho Procesal, como la llamada "perpetuatio iurisdictiones", la fijación del objeto del proceso que no puede modificarse en lo sustancial (art. 405 nº 2 y 412 LECn), la imposibilidad mientras se sustancia, de un proceso posterior que tenga el mismo objeto (excepción de litis-pendencia); efectos en su conjunto derivados de la litis pendencia, es decir del planteamiento de un conflicto intersubjetivo jurídicamente trascendente ante los Tribunales; y sobre cuyo inicio ha discrepado y discrepan doctrina y Jurisprudencia, remitiendo los clásicos, en una concepción hoy ya superada por obedecer a la idea del proceso civil como institución privada, al momento de la contestación de la demanda por el demandado; mientras que la postura mayoritaria en la doctrina actual y la Jurisprudencia, lo hace al momento del emplazamiento, al reconducir los textos legales (art. 62 nº 1; 68 LEC anterior; art. 1945)

a tal momento, la mayor parte de los efectos indicados y por ser entonces cuando el demandado conoce la existencia del pleito; finalmente algún sector doctrinal y alguna sentencia del Tribunal Supremo (STS 25-2-1983), lo anticipa al momento de la presentación de la demanda, postura acorde con preceptos legales del C°.Civil (art. 100 y 1973 C. Civil) y con el concepto de tutela judicial del art. 24 CE, que hoy día encuentra su apoyo legal en el art. 410 y 411 LECn.

Uno de estos efectos, es la fijación del objeto del proceso, debiendo entenderse que es entonces, cuando debe existir el derecho del que pretender ser titular el demandante, pues de no ser así, decaería su acción y vería desestimarse su demanda, por cuanto que el principio de contradicción e igualdad entre las partes que en este tipo de juicios como en cualquiera de los demás órdenes jurisdiccionales, quebraría si se reconociera al demandante un derecho que haya surgido a lo largo de la causa, y frente al que el demandado disconforme no se puede defender, ya que su argumentación fáctica y jurídica, y su prueba se centrará sobre lo que fue objeto de demanda (art. 405 nº 1, 412, 426, 437 y 443 LECn, entre otros).

A la delimitación así establecida en la demanda ha de añadirse aquellas cuestiones que sobre la pretensión ejercitada sean admitidas en la contestación (art. 405 nº 2 LECn) o en el trámite de audiencia previa (art. 414 y ss LECn), y que por existir conformidad de las partes determinan la innecesariedad de la práctica de prueba (art. 281 nº 3 LECn), lo que de igual modo puede hacerse extensivo a la reconvención (art. 406 LECn), con la consiguiente aplicación de esta doctrina al juicio verbal art. 437 y ss LECn.

Desde esta perspectiva nos encontramos que en un proceso como el presente, juicio ordinario, el debate queda delimitado con los escritos de demanda y contestación y en su caso reconvención, sin que las partes puedan alterarlo posteriormente, tal y como prevé el art. 412 nº 1 LECn, lo cual quiere decir que:

a.- la facultad de efectuar alegaciones complementarias, que en el acto de audiencia previa, se prevé para el juicio ordinario (art. 426 LECn) y que es factible en el acto de juicio del verbal (art. 443 nº 1 a 3 LECn), no debe entenderse en el sentido de formular pretensiones nuevas o motivos de defensa extemporáneos y sí simplemente de completar "sin alterar sustancialmente" ni las pretensiones ni los fundamentos de éstas. (art. 426 LECn).

b.- el acaecimiento de un hecho nuevo a que se refiere el art. 426 y 286 y ss LECn, con distintas fases procesales de alegación, debe entenderse y admitirse siempre que, entre otros requisitos, sea de relevancia para la decisión del pleito, esto es que sirva de apoyo para la pretensión o motivo de defensa en su momento alegado, no que el mismo implique una pretensión o motivo diverso, y siempre que ello se dé antes de comenzar el plazo para dictar sentencia.

c.- No se han de tener en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda, y en su caso a la reconvención, excepto

si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieren dado en la demanda o en la reconvención de existir, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa, en cuyo caso deberá estarse a lo dispuesto en el art. 22 LECn (art. 41 3 LECn).

Por otro lado, no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional ha establecido de modo reiterado que el derecho fundamental a la tutela judicial obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que aparezcan planteadas (art. 218,208 y 209 y art. 11 y 248 n° 3 LOPJ), de modo que tal deber se vulnera tanto si no se responde a las cuestiones planteadas (incongruencia omisiva) como si se resuelven cuestiones no planteadas respecto de las que partes no han tenido oportunidad de defenderse, no respetándose, por tanto, el principio de contradicción (incongruencia extra petitum), siempre que se dé una alteración de los términos del debate que cause indefensión a las partes con relevancia constitucional y que no se pueda hablar de una desestimación tácita. Mas, para que tal declaración se dé es preciso que la cuestión no resuelta haya sido efectivamente planteada en el momento procesal oportuno y que se dé una ausencia de respuesta razonada, bien entendido que se ha considerado como válida constitucionalmente la respuesta genérica a la cuestión planteada, la no resolución de pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopte respecto a otras también planteadas en el proceso, que al ser de enjuiciamiento preferente, por su naturaleza (ej. una excepción dilatoria cuya estimación obvia el análisis del tema de fondo) o por su conexión procesal, hacen innecesario su pronunciamiento sobre aquellas otras ; o, atendiendo a las circunstancias del caso se pueda afirmar que el silencio puede suponer desestimación tácita suficiente, si bien en tales casos es necesario que así pueda deducirse de otros razonamientos de la sentencia o pueda apreciarse que la respuesta expresa no era necesaria e imprescindible (TC 1° S 122/94 de 25 de Abril; S 169/94 de 6 de Junio, S 87194 de 14 de Marzo; S. 47/1997 de 11 de Marzo; S. 111/1997 de 3 de Junio, TC 2° S 91/95 de 19 de Junio y S 146/95 de 16 de Octubre; S 4/1994 de 17 de Enero, entre otras), ya que no debe olvidarse que el art. 24 n° 2 de la C.E. reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener una respuesta judicial motivada, razonable y coherente a sus pretensiones, siempre que éstas se ejerciten con cumplimiento de los requisitos de procedibilidad legalmente establecidos. Este deber de motivación que se reitera en el art. 120 n° 3 de la Constitución, en los artículos 11 y 248 L.O.P. J. y en el art. 206 a 209 LECn, consiste en el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales, sin que sea exigible una extensión determinada, y sin que el Juez o Tribunal esté obligado a realizar una exhaustiva siendo suficiente el que tales razones se expresen de modo que pueda entenderse el porqué de lo resuelto. Este deber tiene como finalidad no sólo garantizar el conocimiento del porqué de una decisión judicial, sino también facilitar su control a través de los recursos establecidos por el ordenamiento jurídico, de manera que se pueda comprobar que aquella es fruto de un proceso racional y no de una decisión arbitraria, máxime cuando el art. 9 no 3 C.E. prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos. En definitiva, pretende que el ciudadano conozca la razón de la decisión judicial, y también que el órgano judicial que resuelva el eventual recurso que se interponga contra aquella,

sepa las razones que llevaron al Juzgador a dictarla y pueda así vistas las alegaciones de las partes, considerar si al misma es ajustada a Derecho o no.

A lo hasta ahora razonado, ha de considerarse que el proceso civil por su naturaleza está sometido al principio de rogación o justicia rogada (art. 216 LECn)".

"Si esto es así, ello supone que el Tribunal deberá respetar al igual que el Juzgador de instancia, los términos del debate planteado entre las partes, los cuales se fijan en los escritos fundamentales del proceso, esto es, y para un proceso como el presente, juicio de ordinario, los de demanda y contestación, sin que quepa, por tanto, plantear extemporáneamente cuestiones no suscitadas en ellos, puesto que producen indefensión y violan el principio de preclusión procesal, y que como tal implican cuestiones nuevas a ser desestimadas sin más. Desde esta premisa el Juzgador o el Tribunal se siente vinculado, no por los fundamentos de Derecho que alegan las partes (iura novit curia; dabo mihi factum dabo tibi ius), no produciéndose incongruencia por el cambio del punto de vista respecto del mantenido por los interesados, sino por el respeto a la causa petendi, y a los hechos fijados en aquellos escritos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del Juzgador de fijarlos de modo definitivo según el resultado de las pruebas (T.S. la 23 de Enero de 1.996; 18 de Abril, 10 y 25 de Mayo, 24 de Octubre y 28 de Noviembre de 1.995, y 15 de Junio de 2004, entre otras)".

Desde esta perspectiva si analizamos el suplico de la demanda, sobre el que ninguna aclaración se realiza en el acto de audiencia previa, resulta que no contiene referencia a pretensión de verificación de la cabida del terreno transmitido, por lo que al así acordarlo la Juzgadora a quo en su sentencia, lo ha sido de manera incongruente y excediéndose de lo que constituía el objeto del debate, cuando no es un pronunciamiento que necesariamente vaya encadenado a lo que constituye el objeto del debate, de ahí que por tal motivo y por ser en este punto incongruente la resolución recurrida debe modificarse la misma, dejando sin efecto la expresión contenida en el fallo de "...debiendo verificarse la cabida en ejecución de sentencia.. ..".

QUINTO.- Lo expuesto en los fundamentos de derecho precedentes, conlleva la estimación parcial del recurso apelación y la revocación en tal sentido de la resolución recurrida, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada, debiendo cada parte soportar las suyas (art. 398 nº 2 LECn.).

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

**FALLAMOS**

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. XXXXX, en nombre y representación de XXXXX, representada en esta alzada por el Procurador Sr. XXXXX, contra la sentencia de fecha dictada el día 30 de noviembre de 2006 aclarada por auto de 9 de febrero de 2006, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Getxo, en los autos de Juicio Ordinario n° 381/05 a que este rollo se refiere; debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en el único sentido de dejar sin efecto la expresión "... debiendo verificarse la cabida en ejecución de sentencia....", manteniendo el resto de los pronunciamientos en ella contenidos, sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.