



Roj: **AAP M 8716/2012 - ECLI: ES:APM:2012:8716A**

Id Cendoj: **28079370102012200173**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **20/06/2012**

Nº de Recurso: **366/2012**

Nº de Resolución: **227/2012**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

AUTO: 00227/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección 10

4530A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 914933847-48-918-16 Fax: 914933916

N.I.G. 28000 1 4005934 /2012

Rollo: RECURSO DE APELACION 366 /2012

Autos: EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 76 /2011

Órgano Procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 7 de ALCORCON

De: Constantino

Procurador: MARIA TERESA INFANTE RUIZ

Contra: Faustino

Procurador: SIN PROFESIONAL ASIGNADO

SOBRE: **Proceso de ejecución. Costas .**

Ponente: ILMO. SR. D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS

A U T O

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS

D^a M^a JOSEFA RUIZ MARÍN

En MADRID , a veinte de junio de dos mil doce.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos nº 76/2011, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Alcorcón, seguidos entre partes, de una, como demandado-apelante D. Constantino , representado por



la Procuradora D^a M^a Teresa Infante Ruiz y defendido por Letrado, y de otra como demandante-apelado D. Faustino , asistido de Letrado, seguidos por el trámite de ejecución título judicial.

VISTO , siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Alcorcón, en fecha 25 de enero de 2012, se dictó auto , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"DESESTIMAR TOTALMENTE la demanda de oposición interpuesta por la Procuradora Sra. Pérez Martínez, en nombre y representación de D. Constantino y por ello, ACORDAR SEGUIR LA EJECUCIÓN Nº 76/2011 en los términos acordados en el Auto de fecha 01/07/11. Las costas causadas en esta instancia se satisfacerán por la ejecutada oponente en este incidente."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 5 de junio de 2012, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 19 de junio de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- No se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución recurrida, los cuales serán reemplazados por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- (1) En fecha 25 de enero de 2012 el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de los de Alcorcón (Madrid) dictó Auto en el proceso de ejecución seguido ante dicho órgano con el núm.0076/2011 en el que resolvió desestimar la oposición formulada por la representación procesal de don Constantino frente a la demanda ejecutiva interpuesta por la representación de don Faustino .

(2) Frente a dicha resolución se alza la representación procesal de la parte ejecutada vencida mediante recurso de apelación interpuesto a través de escrito con entrada en el Registro General en fecha 28 de febrero de 2012 fundado en las siguientes «... **ALEGACIONES:**

PRIMERA.- En fecha 2 de febrero de 2012 ha sido notificada a esta representación Auto dictado en fecha de 25 de enero de 2012 , mediante la cual se desestiman las pretensiones ejercitadas por mi representada.

SEGUNDA.- Esta parte entiende, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa que la resolución recurrida no es ajustada a Derecho y ello en virtud de los motivos que a continuación se expondrán.

TERCERA.- En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 459 de la LEC , cita por infringido, por inaplicación el artículo 217 y 218 de la L.E.C ., así como art. 20 y **36.2** de la LAJG así como art.24 de la CE , incurriendo en una error en la valoración de la prueba.

CUARTA.- Se vulnera el artículo 218 de la LEC . En el fundamento sexto, si bien con anterioridad se argumenta que mi mandante no tiene derecho a la justicia gratuita, posteriormente y en dicho fundamento, se hace alusión a ese derecho.

QUINTA.- Se denuncia la vulneración del artículo 217 de la LEC , puesto la carga de la prueba corresponde al actor, y ni tan siquiera se ha solicitado recabar el expediente de justicia gratuita, donde se hubiera comprobado las circunstancias que recaen en mi mandante para otorgarle dicho derecho reconocido por Ley.

SEXTA.- Se denuncia vulneración del art.20 de la LAJG, al no haberse impugnado la resolución que otorga a mi mandante el derecho de asistencia jurídica gratuita, puesto que realizando dicha impugnación, se hubiera recabado e expediente administrativo a fin de que el Juzgador contase con todos los elementos para dictar un resolución ajustada a Derecho; no considerando ajustado a derecho que únicamente se haya valorado la información del oficio a averiguación patrimonial, puesto que ese dato no es el único tenido en cuenta por la comisión de justicia gratuita para otorgar un derecho, derecho reconocido al designarle nuevamente procurador de oficio para la presente ejecución



SÉPTIMA.- Existe vulneración del art. 36.2 de la LAJG conforme paso a relatar:

A) Se hace mención en dicho precepto de la prescripción de tres años, habiendo transcurrido dicho periodo sin que haya sido interrumpido. El derecho fue reconocido en diciembre de 2007.

B) No se ha acreditado que se hayan modificado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su día para reconocer ese derecho, ni tampoco en la actualidad.

OCTAVA.- Existe error en la apreciación de la prueba.

La conclusión a la que llega el Juzgador lo es sin recabar el expediente administrativo, y sin citar al órgano administrativo que concede el derecho a mi mandante; como está previsto en el proceso normado.

Se ha vulnerado en consecuencia el derecho de defensa reconocido en el art. 24 de la C.E., el Juzgador debió tramitar en primer lugar el proceso normado para valorar el derecho concedido a mi mandante, dejando en suspenso la ejecución, y a resultas de ello acordar lo que procediera; realizando una actividad que extralimita sus funciones y las que el marco legal le impone

Todas estas circunstancias justifican el error en la apreciación de la prueba y la vulneración del art. 24 de la C.E ...».

«... Sentencia mediante la que se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque el Auto de Instancia estimando íntegramente los pedimentos deducidos por esta representación en su escrito de oposición a la ejecución, con los pronunciamientos que le son inherentes y expresa condena e costas a la parte contraria».

(3) Mediante escrito con entrada en el Registro General en fecha 30 de marzo de 2012 la representación procesal de don Faustino evacuó oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario solicitando su desestimación.

(4) La parte apelante interesó, a través de «otrosí» la celebración de vista pública.

(5) Por Auto de esta Sección de fecha 8 de mayo de 2012 se acordó no haber lugar a la celebración de vista en el presente Rollo.

TERCERO.- I. Incongruencia -

El art. 218 LEC 1/2000, rector de la resolución recurrida, bajo la rúbrica «Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación» precisa que: «1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos».

Así, la incongruencia puede revestir, según unánime sanción doctrinal y jurisprudencial, tres modalidades, denominadas cuantitativa, en sus dos subespecies de concesión de más «*ne eat iudex ultra petita partium*» o de menos «*ne eat iudex citra petita partium*» de lo pretendido por los litigantes; e incongruencia cualitativa «*ne eat iudex extra petita partium*» o concesión de algo distinto de lo que ambas partes hayan pedido, que algunos autores han calificado como incongruencia mixta.

CUARTO.- De otra parte debe destacarse, con carácter general, que aun cuando el principio de congruencia, limita los poderes del organismo jurisdiccional (Constreñido asimismo por los principios de controversia y dispositivo- y prohíbe, entre otras, toda resolución «*extra aut non simile petita*», esto es, que se pronuncie sobre extremos distintos o en términos diferentes de los suscitados o propuestos por las partes [v. gr., entre otras muchas, las SS.T.S., Sala Primera, de 10 de junio de 1941 ; 4 de abril de 1978 ; 6 de marzo , 20 de junio y 25 de noviembre de 1981 ; 8 de abril , 10 de mayo ; 7 , 9 y 17 de diciembre de 1982 ; 16 de febrero , 6 y 30 de junio , y 8 de julio de 1983 ; 15 de noviembre y 10 de diciembre de 1984 ; 9 de abril y 18 de noviembre de 1985 ;



21 de enero , 17 de marzo , 10 y 30 de mayo , 13 de junio y 17 de diciembre de 1986 ; 11 de mayo de 1987 ; 21 de noviembre de 1988 ; 3 de febrero , 11 de marzo , 5 de junio , 24 de julio y 11 de octubre de 1989 ; 12 de marzo y 28 de abril , 9 de octubre y 14 de noviembre de 1990 ; 3 de abril y 13 de mayo de 1991 ; 20 de enero y 15 de octubre de 1992 ; 29 de enero , 9 de febrero , 10 y 25 de marzo , 1 de julio y 13 de diciembre de 1993 ; 25 de abril de 1994 ; 20 de febrero , 18 de julio y 21 de diciembre de 1995 ; 20 de enero , 25 y 30 de marzo , 12 y 25 de julio , 11 de septiembre , 30 de octubre , 18 de noviembre , 5 y 21 de diciembre de 1996 ; 6 y 29 de mayo , 27 de junio , 18 de septiembre , 28 de octubre , 5 de noviembre , 2 y 31 de diciembre de 1997 ; 11 de febrero , 9 , 10 , 11 , 12 , 17 y 24 de marzo , 21 de abril , 13 de mayo , 3 y 23 de julio , 17 y 23 de septiembre y 27 de octubre de 1998], no puede desconocerse, de una parte, que se impone únicamente una adecuación racional del fallo a las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas en la litis y al fundamento fáctico de las acciones ejercitadas, sin que se exija, empero, una rígida y literal concordancia entre lo suplicado en los correspondientes actos alegatorios y lo decidido en la parte dispositiva de las resoluciones judiciales [v. gr., entre otras, las SS.T.S., Sala Primera, de 17 de julio de 1933 ; 24 de octubre de 1941 ; 21 de marzo de 1942 ; 5 de julio de 1943 ; 10 de mayo y 17 de diciembre de 1956 ; 25 de marzo de 1957 ; 14 de febrero de 1964 ; 17 de noviembre de 1966 ; 20 de febrero de 1970 ; 16 de octubre de 1978 ; 3 de julio de 1979 ; 3 de marzo , 9 , 12 y 20 de junio , 25 de noviembre , 18 y 21 de diciembre de 1981 ; 2 de abril , 10 , 17 , 20 y 26 de mayo , 7 de julio , 9 y 17 de diciembre de 1982 ; 28 de enero , 25 y 28 de febrero , 20 de abril , 16 de mayo , 6 , 29 y 30 de junio , 24 de octubre , 21 de noviembre y 20 de diciembre de 1983 ; 21 de enero , 3 y 18 de febrero , 15 y 25 de octubre , 15 de noviembre , 17 y 26 de diciembre de 1984 ; 28 de enero , 9 de abril , 28 de mayo , 2 de julio , 29 de septiembre , 31 de octubre , 12 y 29 de noviembre y 9 de diciembre de 1985 ; 9 y 10 de mayo , 9 , 13 y 27 de junio , 6 de octubre y 7 de noviembre de 1986 ; 16 y 31 de marzo , 11 de mayo , 17 de junio , 16 de julio , 5 de octubre , 16 y 27 de noviembre y 29 de diciembre de 1987 ; 21 de enero , 8 de marzo , 24 de abril , 10 y 21 de mayo , 10 y 17 de junio , 19 de septiembre , 8 de octubre y 21 de noviembre de 1988 ; 4 de enero , 1 de febrero , 27 de abril , 22 y 24 de julio , 11 de octubre y 21 de noviembre de 1989 ; 12 de marzo y 29 de octubre de 1990 ; 2 , 25 y 28 de enero , 11 de febrero , 3 de abril , 3 y 25 de octubre y 26 de diciembre de 1991 ; 3 y 10 de enero , 3 de marzo , 8 y 26 de octubre , 4 y 15 de diciembre de 1992 ; 22 de enero , 24 de junio , 1 y 8 de julio y 19 de octubre de 1993 ; 15 de marzo , 11 de abril , 16 y 23 de junio de 1994 ; 4 de mayo , 15 de junio , 27 de noviembre y 15 de diciembre de 1995 ; 11 de marzo , 13 y 30 de mayo , 26 de junio , 1 de julio , 19 y 31 de octubre , 5 , 16 , 21 y 23 de diciembre de 1996 ; 7 y 10 de febrero ; 17 de marzo , 7 de mayo , 30 de junio , 3 , 26 y 29 de julio , 15 de septiembre , 6 de octubre , 5 y 8 de noviembre de 1997 ; 9 de febrero , 10 , 17 y 21 de marzo , 21 de abril , 4 y 6 de mayo , 10 , 17 y 23 de julio , 1 , 10 , 16 y 24 de octubre de 1998].

QUINTO.- Tampoco le es lícito al Juzgador sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, ya que de lo contrario se contraviene la doctrina establecida en los principios generales del derecho « *quod non est in actis, non est in mundo* » y « *sententia debet esse conformis libelo* », pudiendo quedar uno o varios litigantes sin la posibilidad de rebatir esos problemas, con la indefensión que ello llevaría consigo y careciendo, en consecuencia, el órgano judicial de facultades para proceder a acoger pretensiones que las partes no han sometido adecuadamente y en el momento procesal oportuno a discusión y a la decisión del órgano jurisdiccional - SS.T.S., Sala Primera, de 6 de marzo de 1984 , 9 de diciembre de 1985 , 12 de diciembre de 1986 , 23 de enero de 1987 , 12 de mayo de 1987 , 6 de marzo de 1990 , 13 de mayo de 1991 , entre otras-.

En parecidos términos se pronuncia el Tribunal Constitucional, así de la Sala Primera, SS. de 14 de enero de 1987 , 29 de marzo de 1990 , 32/1992, de 18 de marzo, y de la Sala Segunda , de 22 de julio de 1988 y 30 de septiembre de 1991 .

Precisa la S.T.S., Sala Primera, de 24 de diciembre de 1993 que: «la congruencia exigible a toda sentencia comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia o correlación de su parte dispositiva o fallo no sólo con las peticiones oportunamente deducidas por las partes -« *petitum* »-, sino también con el soporte fáctico -« *causa petendi* »- de las mismas, sin que sea lícito al juzgador alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones objeto de debate por otras, pues de hacerlo, incurre en vicio de incongruencia». No obstante se autoriza al Juzgador a señalar las naturales consecuencias derivadas de las cuestiones en disputa, así como las implícitas, de necesaria integración o que estén sustancialmente comprendidas en el objeto del debate [S.T.S., Sala Primera, de 28 de octubre de 1993], sin que tenga necesariamente que ajustarse a extremos accesorios o complementarios que no alteren las pretensiones principales [S.T.S., Sala Primera, de 5 de febrero de 1990].

La S.T.S., Sala Primera, 779/1993, de 21 de julio , señaló que: «es doctrina constante y reiterada de esta Sala que no se puede apreciar incongruencia de la sentencia cuando concede menos de lo pedido, sin que se requiera que lo concedido hubiera sido solicitado». En el mismo sentido, SS.T.S., Sala Primera, 1006/1993, de 2 de noviembre , 1 de marzo de 1991 , 1 de julio de 1985 y 21 de mayo de 1985 .



SEXTO.- La incongruencia « *ultra petita* », también llamada « **positiva** » [STS, Sala de lo Civil, 20 de enero de 1983 (C.D ., 83C84); 21 de noviembre de 1983 (C.D ., 83C965) o « **por exceso** » [SSTS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1982 (C.D ., 82C488); 26 de marzo de 1985 (C.D ., 85C253); 3 de diciembre de 1985 (C.D ., 85C981); entre otras), se circunscribe a otorgar más de lo solicitado (STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1941 (C.D ., 41C86); 25 de octubre de 1993 (C.D., 93C10079); 10 de junio de 1996 (C.D., 96C1123); 10 de septiembre de 1996 (C.D., 96C1324); 18 de noviembre de 1996 (C.D., 96C2091); 29 de mayo de 1997 (C.D., 97C1062); 18 de septiembre de 1997 (C.D., 97C1819); 28 de octubre de 1997 (C.D., 97C2469); 5 de noviembre de 1997 (C.D., 97C2472); 31 de diciembre de 1997 (C.D., 97C2599); 11 de febrero de 1998 (C.D., 98C310); 10 de marzo de 1998 (C.D., 98C46); 11 de marzo de 1998 (C.D., 98C749); 17 de marzo de 1998 (C.D., 98C309); 24 de marzo de 1998 (C.D., 98C150); 13 de mayo de 1998 (C.D., 98C838); 23 de septiembre de 1998 - C.D., 98C1410); 23 de septiembre de 1998 (C.D., 98C1415); 24 de noviembre de 1998 (C.D., 98C1878); 30 de noviembre de 1998 (C.D., 98C2041); 9 de febrero de 1999 (C.D., 99C241); 15 de febrero de 1999 (C.D., 99C9); 13 de abril de 1999 (C.D., 99C82); 4 de mayo de 1999 (C.D., 99C686); 18 de mayo de 1999 (C.D., 99C764); 1 de junio de 1999 (C.D., 99C585); 12 de abril de 2000 (C.D., 00C493); 31 de octubre de 2002 (C.D ., 02C527); entre otras], desde un punto de vista cuantitativo.

En cambio, si la sentencia concede algo que no ha sido pedido, cosa distinta de la solicitada, o si se aparta de los términos en que la cuestión debatida haya sido planteada por los litigantes, alterando el elemento fáctico de la « *causa petendi* », nos encontramos con la denominada «incongruencia **extra petita** » [SSTS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 1981 (C.D ., 81C632); 8 de julio de 1983 (C.D ., 83C1073); 10 de diciembre de 1984 (C.D ., 84C1053); 29 de enero de 1993 - C.D ., 93C01033); 16 de marzo de 1993 (C.D ., 93C03075); 13 de diciembre de 1993 (C.D ., 93C1087); 20 de febrero de 1995 (C.D ., 95C199); 18 de julio de 1995 (C.D ., 95C657); 29 de julio de 1995 (C.D ., 95C792); 21 de diciembre de 1995 (C.D ., 95C927); 30 de marzo de 1996 (C.D ., 96C498); 10 de septiembre de 1996 (C.D ., 96C1324); 18 de noviembre de 1996 (C.D ., 96C2091); 5 de diciembre de 1996 (C.D ., 96C20931); 21 de diciembre de 1996 (C.D ., 96C1833); 29 de mayo de 1997 (C.D ., 97C1062); 27 de junio de 1997 (C.D ., 97C1641); 18 de septiembre de 1997 (C.D ., 97C1819); 28 de octubre de 1997 (C.D ., 97C2469); 5 de noviembre de 1997 (C.D ., 97C2472); 31 de diciembre de 1997 (C.D ., 97C2599); 11 de febrero de 1998 (C.D ., 98C310); 9 de marzo de 1998 - C.D ., 98C303); 10 de marzo de 1998 (C.D ., 98C46); 11 de marzo de 1998 (C.D ., 98C749); 17 de marzo de 1998 (C.D ., 98C309); 24 de marzo de 1998 (C.D ., 98C150); 13 de mayo de 1998 (C.D ., 98C838); 29 de julio de 1998 (C.D ., 98C1495); 23 de septiembre de 1998 (C.D ., 98C1410); 24 de noviembre de 1998 (C.D ., 98C1878); 30 de noviembre de 1998 (C.D ., 98C2041); 28 de enero de 1999 (C.D ., 99C130); 9 de febrero de 1999 (C.D ., 99C241); 15 de febrero de 1999 (C.D ., 99C9); 13 de abril de 1999 (C.D ., 99C82); 4 de mayo de 1999 (C.D ., 99C686); 18 de mayo de 1999 (C.D ., 99C764); 1 de junio de 1999 (C.D ., 99C585); 12 de junio de 1999 (C.D ., 99C864); 13 de julio de 1999 (C.D ., 99C971); 12 de abril de 2000 (C.D ., 00C493); 24 de julio de 2001 (C.D ., 01C632); 4 de febrero de 2003 (C.D ., 03C211); entre otras].

SÉPTIMO.- Sin embargo, no han faltado resoluciones que han aunado bajo la calificación de incongruentes « *extra petita partium* » aquellas que superan los pedimentos de las partes [SSTS, Sala de lo Civil, de 21 de enero de 1986 (C.D ., 86C76); 17 de marzo de 1986 (C.D ., 86C364); 10 de mayo de 1986 (C.D ., 86C326); 30 de mayo de 1986 (C.D ., 86C465); 9 de febrero de 1993 (C.D ., 93C151)]; y las que han calificado como incurasas en incongruencia «ultra petita» la concesión de cosa distinta y mayor que la pedida [SSTS, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 1990 (C.D ., 90C1018)]; o las que se refieren de modo indiferenciado a estas dos categorías [STS, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1998 (C.D ., 98C1202); entre otras].

OCTAVO.- Asimismo conviene recordar que en ningún caso integra la noción de incongruencia en sentido estricto la ausencia de respuesta a cualesquiera alegaciones. En efecto, la ausencia de respuesta a una alegación ni constituye incongruencia ni vulnera el derecho a una resolución fundada sobre la cuestión planteada, como se desprende de la doctrina que nuestro Tribunal Constitucional ha sentado repetidamente.

Ha de haberse producido para ello, silencio y carencia de decisión sobre la pretensión o alguna de las pretensiones ejercitadas, aunque no necesariamente respecto de todos los argumentos de parte que las fundamentan, doctrina acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (recientemente, en las decisiones Ruiz Torija c. España y Hiro Balani c. España, de 9 de diciembre de 1994).

Por ello, para adoptar una decisión se debe comprobar en primer lugar si la cuestión fue realmente suscitada en el momento procesal oportuno y, fundamentalmente, si la ausencia de contestación por parte del órgano judicial ha generado indefensión. Al respecto, desde la STC 20/1982 , ha venido el Tribunal Constitucional elaborando un cuerpo de doctrina acerca del vicio de incongruencia en las resoluciones judiciales y, en lo que se refiere a la incongruencia omisiva, en múltiples ocasiones ha reiterado que no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del art. 24.1 C.E . o, por el



contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990 , 198/1990 , 88/1992 , 163/1992 , 226/1992 , 101/1993 , 169/1994 , 91/1995 , 143/1995 , etc.). Y se ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SSTC 95/1990 , 128/1992 , 169/1994 , 91/1995 , 143/1995 , 131/1996 , etc.). Respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho referido una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

NOVENO.- A su vez, como señala la doctrina jurisprudencial [Vide, SS.T.S. de 21 de diciembre de 1980 ; 28 de febrero de 1981 ; 16 de mayo de 1983 ; 12 de julio de 1984 ; 9 de abril , 30 de septiembre , 10 y 14 de octubre y 9 de diciembre de 1.985 ; 14 de febrero , 30 de marzo y 25 y 27 de noviembre de 1987 ; 2 de marzo de 1988 ; 19 de julio de 1989 y 20 de octubre y 7 de noviembre de 1990 , entre otras], que la incongruencia **omisiva** consiste, esencialmente, en la falta de pronunciamiento respecto a alguno de los pedimentos formulados por los litigantes en las súplicas de sus respectivos escritos de alegaciones y, en definitiva, en la inexistencia de resolución acerca de los mismos, si bien, con criterio general se viene estableciendo que las absolutorias o desestimatorias, en principio -salvo que se haya apreciado una excepción no alegada; alterado la causa de pedir o tergiversado la pretensión o el objeto del debate- no pueden ser tachadas de incongruentes al entenderse que resuelven todas las cuestiones del pleito [SSTS, Sala Primera, de 17 de mayo de 1976 (C.D ., 76C89); 17 de abril de 1979 (C.D ., 79C62); 21 de mayo de 1979 (C.D ., 79C23); 1 de marzo de 1981 (C.D ., 81C352); 4 de marzo de 1981 (C.D ., 81C135); 9 de marzo de 1981 (C.D ., 81C138); 4 de noviembre de 1981 (C.D ., 81C635); 8 de marzo de 1982 (C.D ., 82C118); 24 de mayo de 1982 (C.D ., 82C360); 26 de mayo de 1982 (C.D ., 82C366); 7 de julio de 1982 (C.D ., 82C486); 3 de noviembre de 1982 (C.D ., 82C583); 25 de abril de 1983 (C.D ., 83C326); 22 de junio de 1983 - C.D ., 83C609); 12 de julio de 1983 (C.D ., 83C619); 23 de diciembre de 1983 (C.D ., 83C1051); 1 de marzo de 1984 (C.D ., 84C178); 12 de marzo de 1984 (C.D ., 84C179); 12 de julio de 1984 (C.D ., 84C774); 31 de diciembre de 1986 (C.D ., 86C1059); 6 de febrero de 1987 (C.D ., 87C50); 26 de junio de 1987 (C.D ., 87C597); 9 de mayo de 1988 (C.D ., 88C589); 27 de abril de 1989 (C.D ., 89C522); 8 de mayo de 1989 (C.D ., 89C520); 20 de junio de 1989 (C.D ., 89C844); 25 de mayo de 1990 (C.D ., 90C588); 16 de julio de 1990 (C.D ., 90C774); 15 de noviembre de 1990 (C.D ., 90C1142); 10 de diciembre de 1990 (C.D ., 90C1140); 4 de marzo de 1991 (C.D ., 91C155); 16 de mayo de 1991 - C.D ., 91C550); 16 de julio de 1991 (C.D ., 91C867); 11 de noviembre de 1991 (C.D ., 91C1069); 10 de enero de 1992 (C.D ., 92C01019); 15 de febrero de 1992 (C.D ., 92C489); 15 de julio de 1992 (C.D ., 92C713); 14 de diciembre de 1992 (C.D ., 92C1338); 4 de febrero de 1993 (C.D ., 93C02018); 11 de mayo de 1993 (C.D ., 93C368); 23 de julio de 1993 (C.D ., 93C663); 28 de septiembre de 1993 (C.D ., 93C775); 25 de octubre de 1993 (C.D ., 93C898); 11 de marzo de 1994 (C.D ., 94C212); 8 de junio de 1994 (C.D ., 94C404); 20 de junio de 1994 - C.D ., 94C06088); 26 de julio de 1994 (C.D ., 94C07111); 28 de enero de 1995 (C.D ., 95C60); 28 de febrero de 1995 (C.D ., 95C197); 10 de mayo de 1995 - C.D ., 95C408); 8 de junio de 1995 (C.D ., 95C1363); 26 de septiembre de 1995 (C.D ., 95C772); 17 de octubre de 1995 (C.D ., 95C833); 18 de enero de 1996 (C.D ., 96C814); 3 de febrero de 1996 - C.D ., 96C816); 16 de febrero de 1996 (C.D ., 96C110); 26 de febrero de 1996 (C.D ., 96C279); 20 de mayo de 1996 (C.D ., 96C600); 22 de mayo de 1996 (C.D ., 96C573); 20 de julio de 1996 (C.D ., 96C1195); 22 de julio de 1996 (C.D ., 96C1207); 2 de septiembre de 1996 (C.D ., 96C1285); 7 de octubre de 1996 (C.D ., 96C1452); 30 de octubre de 1996 (C.D ., 96C2284); 31 de octubre de 1996 - C.D ., 96C2090); 11 de noviembre de 1996 (C.D ., 96C1875); 23 de diciembre de 1996 (C.D ., 96C2244); 26 de diciembre de 1996 (C.D ., 96C1874); 31 de enero de 1997 (C.D ., 97C138); 6 de febrero de 1997 (C.D ., 97C256); 7 de febrero de 1997 (C.D ., 97C137); 4 de marzo de 1997 - C.D ., 97C389); 10 de marzo de 1997 (C.D ., 97C541); 25 de marzo de 1997 (C.D ., 97C540); 8 de abril de 1997 (C.D ., 97C721); 18 de abril de 1997 (C.D ., 97C723); 13 de mayo de 1997 (C.D ., 97C1058); 12 de junio de 1997 (C.D ., 97C665); 27 de junio de 1997 - C.D ., 97C1640); 16 de julio de 1997 (C.D ., 97C1451); 18 de julio de 1997 (C.D ., 97C825); 8 de octubre de 1997 (C.D ., 97C1814); 14 de octubre de 1997 (C.D ., 97C2110); 21 de noviembre de 1997 (C.D ., 97C2052); 23 de diciembre de 1997 - C.D ., 97C2245); 30 de enero de 1998 (C.D ., 98C494); 5 de febrero de 1998 (C.D ., 98C302); 6 de febrero de 1998 (C.D ., 98C493); 9 de febrero de 1998 (C.D ., 98C405); 16 de febrero de 1998 (C.D ., 98C301); 19 de febrero de 1998 (C.D ., 98C300); 24 de febrero de 1998 (C.D ., 98C299); 11 de marzo de 1998 (C.D ., 98C742); 16 de marzo de 1998 (C.D ., 98C547); 28 de marzo de 1998 (C.D ., 98C492); 30 de marzo de 1998 (C.D ., 98C741); 4 de julio de 1998 (C.D ., 98C1200); 6 de julio de 1998 (C.D ., 98C1199); 8 de julio de 1998 - C.D ., 98C1198); 21 de julio de 1998 (C.D ., 98C1494); 3 de octubre de 1998 (C.D ., 98C1695); 3 de noviembre de 1998 (C.D ., 98C1945); 25 de enero de 1999 (C.D ., 99C69); 9 de febrero de 1999 (C.D ., 99C238); 12 de marzo de 1999 (C.D ., 99C467); 26 de marzo de 1999 (C.D ., 99C366); 13 de abril de 1999 (C.D ., 99C683);



3 de mayo de 1999 (C.D ., 99C682); 7 de mayo de 1999 - C.D ., 99C760); 25 de mayo de 1999 (C.D ., 99C583); 4 de junio de 1999 (C.D ., 99C582); 5 de junio de 1999 (C.D ., 99C759); 15 de junio de 1999 (C.D ., 99C968); 30 de julio de 1999 (C.D ., 99C1154); 25 de septiembre de 1999 (C.D ., 99C1225); 27 de septiembre de 1999 (C.D ., 99C1226); 11 de octubre de 1999 (C.D ., 99C1351); 23 de octubre de 1999 (C.D ., 99C1350); 30 de octubre de 1999 (C.D ., 99C1421); 4 de noviembre de 1999 (C.D ., 99C1699); 30 de noviembre de 1999 (C.D ., 99C1587); 10 de diciembre de 1999 (C.D ., 99C1613); 28 de febrero de 2000 (C.D ., 00C321); 21 de marzo de 2000 (C.D ., 00C410); 10 de mayo de 2000 (C.D ., 00C819); 23 de junio de 2000 (C.D ., 00C1204); 4 de diciembre de 2000 (C.D ., 00C1780); 20 de marzo de 2001 - C.D ., 01C434); 2 de julio de 2002 (C.D ., 02C508); 23 de octubre de 2002 (C.D ., 02C1050); 19 de junio de 2003 (C.D ., 03C516); entre otras], debiendo puntualizarse acerca de este tipo de incongruencia que no es preciso que en la sentencia se especifique con detalle las razones de un pronunciamiento denegatorio.

DÉCIMO.- Aunque ciertamente es posible advertir cierta inconsecuencia entre los razonamientos de la resolución, no hay propiamente incongruencia invalidante del fallo, pues ni se resuelve acerca de cuestiones distintas de las propuestas por las partes ni se altera la causa de pedir. Tampoco existe la denominada «incongruencia interna», cuya apreciación exige una contradicción entre la fundamentación de la sentencia y su parte dispositiva, como Señaló la STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2003 según la cual «... la incongruencia interna puede tener lugar por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva -"ratio decidendi"- y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos. Para que se produzca esta segunda modalidad de incongruencia interna será preciso que la contradicción sea clara e incuestionable, pues en otro caso, prevalece el fallo, sin perjuicio de que la obscuridad en el razonamiento pueda servir de sustento a otro vicio de la sentencia distinto de la incongruencia» [Vide, también SSTS, Sala Primera, de 6 de junio de 2011 (ROJ: STS 3398/2011; RC 248/2008); 14 de septiembre de 2011 (ROJ: STS 6118/2011; RC 2272/2007); 4 de octubre de 2011 (ROJ: STS 6691/2011; RC 162/2010); 7 de noviembre de 2011 (ROJ: STS 7248/2011; RC 418/2009), entre otras].

UNDÉCIMO.- II. La carga de la prueba

En relación con la disciplina de la carga de la prueba -« *onus probandi* »- cumple significar que tiene como finalidad prioritaria e inmediata determinar a cuál de los litigantes ha de perjudicar la falta de prueba de un hecho relevante para la decisión del proceso. Solamente ha de acudir a ella, pues, cuando por existir afirmaciones sobre hechos que no resulten llanamente admitidas, precisan de la actividad ordenada a formar la convicción del órgano jurisdiccional, y de cuyo resultado ésta no aparezca demostrada.

Otra cosa es que para determinar cuál de los litigantes haya de soportar los efectos desfavorables de la precitada falta sea preciso averiguar a cuál de ellos incumbía la carga poder de ejercicio facultativo cuya inobservancia sólo acarrea consecuencias perjudiciales, sin constituir acto ilícito jurídicamente reprochable ni coercible con sanciones de acreditar el hecho de que se trate.

El fin último de la actividad probatoria es la demostración de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus actos alegatorios como fundamento de sus respectivas pretensiones. Desde esta perspectiva, y como regla general, es indiferente cuál de los litigantes logre la justificación de un hecho dado. A esto se refiere el principio denominado de «adquisición procesal» Vide, *SS.T.S., Sala Primera, de 22 de marzo de 1983 ; 30 de noviembre de 1993*, según el cual «...el material instructorio valorable se compone de todo lo alegado y probado por las dos partes, de manera que las alegaciones de una parte o las pruebas que practique pueden aprovechar también a la contraria» Cfr., *S.T.S., Sala Primera, de 10 de mayo de 1993*.

Como tiene declarado con reiteración el Tribunal Supremo: «... cuando el hecho esté acreditado en autos es irrelevante cuál sea la parte que haya suministrado el material probatorio con tal de que el órgano judicial pueda extraer y valorar el hecho proclamado (*Sentencias 3 de junio de 1935 , 7 de noviembre de 1940 y 30 de junio de 1942*)...» Cfr., *S.T.S., Sala Primera, de 26 de septiembre de 1991* ; «... si los hechos están suficientemente acreditados en autos, es irrelevante cuál sea la parte que haya suministrado el material de prueba, con tal que el órgano decisor pueda extraer, valorar y concretar el hecho proclamado (*SS. de 10 de marzo de 1981 , 6 de marzo y 30 de noviembre de 1982 , 26 de febrero de 1983 y 26 de septiembre de 1991*)...» Cfr., *S.T.S., Sala Primera, de 15 de julio de 1992* ; lo relevante es que un «... hecho aparezca suficientemente demostrado, para lo que no viene a ser decisorio si la aportación proviene del actor o del demandado, tomándose para ello cuantos datos obren en el proceso (*sentencias de 2 de febrero de 1952 , 30 de diciembre de 1954 , 23 de septiembre de 1986 , 24 de julio , 28 de noviembre de 1989 y 10 de mayo de 1990*)...» Cfr., *S.T.S., Sala Primera, de 17 de febrero de 1992* ; «... cuando los hechos declarados responden al material probatorio, directo e indirecto, vertido en las actuaciones, no cabe sino una valoración del mismo, con abstracción de quien de los litigantes lo haya aportado... (*Sentencias de 29 de noviembre de 1950 , 13 de enero y 23 de junio de 1951 ; 9 de abril y 30 de junio de 1954 y 30 de noviembre de 1982*)...» Cfr., *S.T.S., Sala Primera, de 13 de febrero de 1992* ; «... la doctrina



de esta Sala mantiene la tesis de que lo útil procesalmente, es que el Tribunal haya podido formar elementos de juicio que comporten su convicción siendo irrelevante la procedencia subjetiva del instrumental probatorio que haya contribuido a integrar la convicción del juzgador para establecer el "factum" como sustrato del tema litigioso, por lo que el motivo ha de perecer» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 26 de abril de 1993 .

En cambio, es precisamente si no logra quedar acreditado un determinado hecho cuando ha de determinarse a cuál de los litigantes ha de perjudicar su falta. La doctrina del «onus probandi» y los criterios legales establecidos al efecto se ordenan prioritariamente a suministrar al juzgador la regla de juicio que, en tales casos, le permitan resolver el conflicto sometido a su enjuiciamiento, pues de otro modo no podría fallar quebrantando el principio «non liquet» (art. 1 C.C .). Sólo mediata o indirectamente aquellos criterios tienen la virtualidad de orientar la actividad de las partes distribuyendo entre ellos la carga de probar.

DÉCIMO SEGUNDO.- Desde antiguo acostumbra a acudirse a ciertas reglas que atienden al carácter afirmativo o negativo del hecho necesitado de prueba. Así en el Derecho Romano se acuñaron los brocardos « *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* » Vide, SS.T.S., Sala Primera, 1 de diciembre de 1944 ; 19 de febrero de 1945 (C.D ., 158); 8 de marzo de 1991 ; 28 de julio de 1993 ; 28 de noviembre de 1996 y 28 de febrero de 1997 , entre otras; « *Necessitas probandi incumbit ei qui agit*»; «*onus probandi incumbit actori* » Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 9 de febrero de 1935 ; « *Per rerum naturam "factum" negantis probatio nulla est* »; « *reus in excipiendo fit actor* » Cfr., SS.T.S., Sala Primera, 7 de noviembre de 1940 y 19 de diciembre de 1959 , o « *negativa non sunt probanda* » Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 1 de diciembre de 1944 .

Con todo, el origen particular de estas máximas, su defectuosa interpretación por los glosadores y comentaristas y, singularmente, su manifiesta insuficiencia para resolver todos los supuestos problemáticos las convirtió en blanco de aceradas críticas que, progresivamente, han provocado su rechazo generalizado.

Obsérvese que no siempre es fácil discernir cuando nos hallamos ante una afirmación o una negación; que los hechos negativos son, ante todo, hechos y, por ende, necesitados de prueba.

Tampoco resultan satisfactorios, por análogas razones y particularmente su relatividad, los principios que, en abstracto, atribuyen al demandante la carga de acreditar los hechos constitutivos de su pretensión en tanto que se hace recaer sobre el demandado la prueba de los hechos modificativos, impeditivos, extintivos o excluyentes.

De ahí que, asimismo fuera severamente criticada la regla contenida en el art. 1 .214 C.C ., a cuyo tenor «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone», sugiriéndose ciertos criterios complementarios o correctores como los principios de normalidad, facilidad y flexibilidad probatoria a la luz del caso concreto, sin perjuicio de preconizar, como regla, que cada parte debe probar aquellos hechos que integran el supuesto de hecho previsto en la norma que le favorece.

El Tribunal Supremo acude con cierta frecuencia al principio de normalidad. Así, v. gr., la S.T.S., Sala Primera, de 13 de octubre de 1998 , señala que: «... la conocida regla "incumbit probatio qui dicit non qui negat", no tiene valor absoluto y axiomático, y que la moderna doctrina viene a atribuir al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión o necesarios para que nazca la acción ejercitada, así como al demandado incumbe, en general, la prueba de los hechos impeditivos y la de los extintivos; pero quien actúa frente al estado normal de las cosas o situaciones de hecho y de Derecho ya producidas, debe probar el hecho impediendo de la constitución válida del derecho que reclama o su extinción, como también tiene declarado esta Sala (*sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1971*)».

Y acude, asimismo, al principio de flexibilidad. En este sentido, se ha afirmado «... la sentencia, que ha interpretado correctamente la doctrina legal sobre la carga de la prueba, según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y a la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (SS. de 23 de septiembre , 20 de octubre y 19 de noviembre de 1986 y 24 de abril y 29 de mayo de 1987)» Vide, SS.T.S., Sala Primera, de 18 de mayo de 1988 y 3 de abril de 1992 , entre otras. O a la doctrina de la facilidad o su inverso «de la dificultad» que para probar haya tenido cada una de las partes. Se habla así de que recae: «... sobre la demandada la carga de probar como hecho extintivo de la acción, de fácil justificación para ella, la cancelación o resolución de la relación contractual constituida con el pretendido responsable...» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 15 de noviembre de 1991 ; o se dice que: «... al actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama, pues si el demandado no se limita a negar tales hechos, sino que alega otros, suficientes para impedir, extinguir o quitar fuerza al efecto jurídico reclamado en la demanda, tendrá él que probarlos, como habrá de probar también aquellos hechos que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades...» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 3 de junio de 1935 ; habiéndose señalado también que se deben «... tener en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en el hecho que haya de acreditarse, incluso la mayor o menor dificultad por una u otra parte para su demostración, habida cuenta ad exemplum del



aspecto positivo o negativo del mismo...» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 26 de septiembre de 1991 ; o que «... de lo que se trata, como se ha repetido, es de una probanza eludida por el interesado, no obstante haber estado a su alcance, sin mayor esfuerzo...» Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 18 de noviembre de 1988 . El art. 217 LEC 1 /2000 EDL 2000/77463 ha acogido estas orientaciones, estableciendo que: «Carga de la prueba. 1 . Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. 5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. 6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

DÉCIMO TERCERO.- Con carácter general, el Derecho procesal agrupa los hechos jurídicos en estas cuatro categorías: a) hechos constitutivos; b) hechos impeditivos; c) hechos extintivos; y, d) hechos excluyentes. Esta clasificación sirve, entre otras cosas, para determinar a quién corresponde la carga de la alegación y a quién perjudica su falta de prueba. El triunfo de la demanda está supeditado a que el actor alegue y pruebe la efectiva existencia de los hechos constitutivos, esto es: de los hechos que fundan su derecho a la tutela que solicita.

Al Derecho le basta con que el actor alegue y pruebe los hechos que normalmente originan su derecho a la tutela; es decir: los que son su causa eficiente. En el caso, no es suficiente con la mera reclamación, es preciso alegar y acreditar la existencia de la relación jurídica que ampara la transmisión patrimonial y las vicisitudes que determinan, en su criterio, que la suma entregada deba serle devuelta.

Pero bien puede suceder que, antes o mientras se gestan los hechos constitutivos, se produzcan también otros hechos jurídicos que impidan a éstos desplegar su normal eficacia. A estos hechos se les llama impeditivos y, aunque su existencia no sea incompatible con la de los hechos constitutivos, su prueba destruye la eficacia jurídica que a los hechos constitutivos normalmente se atribuye. En pura teoría, al actor debería corresponder tanto la carga de alegar y probar los hechos que normalmente dan origen a la acción, como la alegación y prueba de la inexistencia de los hechos impeditivos cuya presencia obstaría la eficacia de los hechos constitutivos. El demandante tiene acción sólo si existen los primeros y faltan los segundos. No sería equitativo, sin embargo, que el Derecho arrojara sobre el actor la carga de alegar y probar todos ellos; por dos razones: a) la prueba de la inexistencia de un hecho resulta mucho más difícil -en ocasiones imposible- que la prueba de su existencia; además, los eventuales hechos impeditivos son, siempre, muchos más que los constitutivos; b) lo normal es que no concurra ningún hecho impeditivo; su presencia es tomada por el Derecho como algo excepcional y, precisamente para evitar la indefensión que se produciría si lo que es anormal sucede, el Derecho otorga al demandado la posibilidad de ponerlo de relieve mediante el ejercicio de una excepción.

DÉCIMO CUARTO.- Sucede que, aun concurriendo todos los hechos constitutivos y no existiendo hechos impeditivos, es posible que, con posterioridad a unos y otros, se produzcan determinados hechos, que vengán a destruir la eficacia desplegada por los hechos constitutivos. A estos hechos se llama extintivos. Con ellos no pretende el demandado negar que el actor tuviera acción frente a él, alega simplemente que, en el momento en que el actor reclama, la acción no existe ya, porque ha quedado extinguida por un hecho jurídico posterior. Puede, por fin, suceder que, aun cuando los hechos constitutivos efectivamente existan y no se hayan producido hechos impeditivos o extintivos que destruyan su eficacia, se hayan, sin embargo, originado - con anterioridad, de modo coetáneo, o con posterioridad a los hechos constitutivos- otros hechos jurídicos que otorguen al demandado el derecho de enervar (de paralizar, o de excluir) la acción que el demandante ejercita. A estos hechos se llama excluyentes porque, aun reconociendo que el actor tiene actualmente derecho a la tutela que solicita, el demandado posee un "contraderecho" (otro derecho contrario a la acción), que le permite evitar la condena.

Son impeditivos aquéllos hechos que, siendo concomitantes en el tiempo con los hechos constitutivos, impiden, en absoluto y desde el principio, que éstos desplieguen su normal eficacia. Así, por ejemplo, la inexistencia de algunos de los requisitos del artículo 1.261 CC , los hechos que caen bajo la prohibición del artículo 6.3 C.C ., etc.



La concurrencia de un hecho impeditivo produce, en todo caso, la nulidad del contrato. La razón es clara: al ser los hechos impeditivos concomitantes con los hechos constitutivos no pueden producirse con posterioridad en el tiempo; esto quiere decir que, o han sido planteados y discutidos en el proceso de declaración -y desestimados, ya que no se entiende de otro modo la condena del demandado- y quedan, por tanto, alcanzados por la cosa juzgada, o, en el supuesto de que no se hayan planteado pudiendo haberlo sido, quedarían, en todo caso, alcanzados por la preclusión acaecida, con lo que llegamos a un resultado sustancialmente igual al anterior; los hechos impeditivos no pueden ser, en ningún caso, reproducidos en sede de ejecución de sentencia.

Excluyentes son aquellos hechos que, concomitantes o posteriores a los hechos constitutivos fundan un contraderecho a favor del demandado que le permite enervar la acción que el demandante afirma en su demanda. Así como el resultado inmediato de la concurrencia de un hecho impeditivo es que el derecho subjetivo, como tal, no ha llegado nunca a nacer y, como consecuencia la acción que el demandante afirma tener no ha existido nunca, el hecho extintivo, por el contrario, al ser posterior a los constitutivos provoca la extinción del derecho subjetivo anteriormente existente. Ello supone que la acción, que en algún momento tuvo existencia, se ha extinguido con posterioridad. Consiguientemente los hechos impeditivos y los extintivos se diferencian en que unos son concomitantes con los constitutivos y los otros son posteriores, pero se equiparan en cuanto a sus efectos, por cuanto el Juez no puede otorgar la tutela pedida si en el momento del proceso no existe el derecho material que le servía de sustento. Si el Juez se apercibe durante el proceso de la concurrencia de un hecho impeditivo o de la de uno extintivo, debe absolver de oficio la de la demanda. No es concebible, en buena lógica jurídica que el Juez dé lugar, a sabiendas, a pretensiones infundadas. Hasta aquí puede afirmarse que existe acuerdo en la doctrina, aun cuando el Tribunal Supremo no sea consecuente en sus sentencias con estos principios (de hechos impeditivos habla reiteradamente nuestro más alto tribunal - véanse *sentencias de 4 de diciembre de 1964, 28 de enero de 1970, 16 de junio de 1970*, etc.). Donde ya no existe tanta claridad es en la consideración de los hechos excluyentes. Por de pronto el Tribunal Supremo no habla mucho de ello, aunque se refiere a ellos sin duda, cuando habla de hechos que están destinados a "... quitar fuerza al efecto jurídico reclamado por el actor", *sentencia de 19 de noviembre de 1965*.

Las diferencias entre los hechos excluyentes, por un lado, y los impeditivos y extintivos, por otro, son fundamentalmente éstas: a) Cuando concurre un hecho impeditivo o extintivo la acción que el demandante afirma tener no existe, en realidad, bien porque nunca existió, o bien porque ha dejado de existir; por el contrario, cuando concurre un hecho excluyente, la acción que el actor afirma existe realmente y el derecho a la tutela jurídica también, de modo que, si aun concurriendo un hecho excluyente por no haberse ejercitado por el demandante el Juez otorga la tutela pedida, la sentencia que dicte no es injusta. b) Los hechos impeditivos y extintivos deben ser apreciados de oficio por el Juez cuando su existencia conste en autos y cualquiera que sea la parte que los ha introducido en el proceso: rige aquí el principio de adquisición procesal. Los hechos excluyentes operan siempre *ope exceptionis*, de modo que, si el Juez dicta sentencia apreciando un hecho excluyente no alegado por el demandado comete incongruencia.

DÉCIMO QUINTO.- Como recuerda el reciente ATS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de Octubre del 2010 (RC núm. 1649/2009 ; Pte.: Excma. Sra. Roca Trías, E.; ROJ: ATS 12934/2010), con cita de la STS de 12 de junio de 2007 :

«... 1.- Para que se produzca la infracción del art. 1214 (actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es preciso que concurren los requisitos consistentes en: a) existencia de un hecho -afirmación fáctica positiva o negativa- precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones; b) que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; c) se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal; y d) que se atribuyan las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba. Y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material. 2.- No cabe aducir infracción de la carga de la prueba para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad -incoherencia- pero ello afecta a la motivación y no a la carga de la prueba y 3.- El artículo 1214 del Código Civil (actual 217 de la LEC 2000) no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria. En tal sentido se manifiesta reiteradamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala, dentro de la cual se pueden citar como sentencias más recientes las de 26 y 31 de mayo, 1 y 8 de junio de 2006, 21 julio 2006 y 2 marzo 2007 ...».

DÉCIMO SEXTO.- Así, la infracción de las reglas atinentes al « *onus probandi* » se produce cuando se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba de un hecho al litigante sobre quien no recaía la carga de la prueba del expresado hecho. Y en la resolución recurrida no es esto lo acontecido; sino que en la misma se considera



acreditada la alteración de las circunstancias que pudieran haberse tenido en consideración al tiempo de reconocerse el beneficio, que es, en realidad, algo distinto de lo que se denuncia en el motivo.

DÉCIMO SÉPTIMO.- III. La prescripción

No mejor suerte puede seguir el motivo atinente al transcurso de los tres años a que se refiere el art. 36 LAJG., pues frente a lo alegado el **dies a quo** o día inicial del cómputo del plazo no tiene lugar sino con la terminación del proceso en que recae la resolución que pone término al proceso en que se produce la condena al pago de las costas de que se trate, no desde la fecha de la resolución que reconoce el beneficio, como se desprende inequívocamente de la dicción del precepto:

*«... 2. Cuando en la sentencia que ponga fin al proceso fuera condenado en costas quien hubiera obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o quien lo tuviera legalmente reconocido, éste quedará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, **si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso** viniere a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del artículo 1.967 del Código Civil . Se presume que ha venido a mejor fortuna cuando sus ingresos y recursos económicos por todos los conceptos superen el doble del módulo previsto en el artículo 3, o si se hubieran alterado sustancialmente las circunstancias y condiciones tenidas en cuenta para reconocer el derecho conforme a la presente Ley ...».*

Y en la medida en que recae sobre la parte que invoca la prescripción la prueba cumplida del transcurso del plazo de prescripción como quiera que el recurrente no ha justificado tal extremo se impone el periclitamiento del motivo.

DÉCIMO OCTAVO.- IV. La pretendida infracción del art. 20 LAJG

Tampoco puede acogerse el motivo en que se denuncia (alegación sexta) la infracción del art. 20 LAJG. No se trata de que la parte ejecutante no se muestre de acuerdo con la resolución que reconoció el beneficio al ejecutado, sino que sostiene que en el presente no concurren las circunstancias habilitantes o, dicho de otro modo, que han desaparecido las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento, lo que, en principio, no precisa recabar el expediente administrativo en la medida en que éste, en cuanto tramitado en 2007 mal puede contener o hacer referencia a datos actuales, lo que determina la inutilidad e impertinencia de la prueba.

DÉCIMO NOVENO.- V. El error en la apreciación de la prueba

Bajo esta denominación se hace referencia en el recurso no sólo a la errónea apreciación de los medios de prueba practicados sino también a una circunstancia que, en rigor, hubiera podido -y debido- formularse con independencia y atribuirle la denominación técnica que le corresponde: la previa tramitación de un proceso orientado a determinar la concurrencia o no de los requisitos que permitirían la ejecución.

En efecto, no se cumplen por el documento presentado por el ejecutante los requisitos legales exigidos en el artículo 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita , para llevar aparejada ejecución, tal error de tipificación legal carece de relevancia excluyente de la revisión que se pide a través del recurso, desde el momento en que lo que se cuestiona es la eficacia misma de la ejecución despachada toda vez que teniendo reconocido el ejecutado del derecho de asistencia jurídica gratuita, no se ha acreditado el concurso del presupuesto al que, a modo de condición suspensiva legal, se subordina la obligación de pagar las costas causadas a la parte contraria: la existencia de una resolución declarativa firme en la que se reconozca que quien fuera condenado a venido a mejor fortuna dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso. El título de la ejecución en estos casos no es un único documento - la propia resolución que impone el pago de las costas- ni siquiera unido al auto en que se hubiera aprobado la tasación. Antes bien, y aunque algunas Audiencias Provinciales consideran que el título debe ser la sentencia, puesto que el auto por el que se aprueba la tasación de las costas no está comprendido en ninguno de los supuestos que se enumeran en el artículo 517, la mayoría estima que ello no es un obstáculo insalvable, desde el momento que dicho auto tiene adecuado encaje en el ámbito del precitado artículo, concretamente en el apartado 2.º, por tratarse de una resolución judicial que, por disposición del artículo 242-1 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil , lleva aparejada ejecución, pues no de otro modo puede entenderse la disposición contenida en éste de que "cuando hubiere condena en costas, luego que sea firme, se procederá a la exacción de las mismas por el procedimiento de apremio, previa su tasación...", esto es, por los trámites de la ejecución forzosa. El Tribunal Supremo en auto de 1 de marzo de 2007 se ha pronunciado en el sentido de que la resolución que aprueba la tasación de costas constituye un título incardinable en el artículo 517, apartado 2, ordinal 9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En definitiva, el título queda constituido por el auto que aprueba la tasación, aunque parece más correcto que también se acompañe de la resolución (auto o sentencia) que contiene la condena a su pago, con la expresión de su firmeza; ya que aquél carece, sin ésta, de autonomía o sustentividad propia; siendo también mayoritaria la posición de quienes consideran que no es necesaria que la petición revista la forma de demanda, pues es



suficiente que el beneficiario, una vez tasadas las costas, ponga en conocimiento del órgano judicial que el condenado no ha pagado las costas y que, aportando los documentos referidos (resolución que condena a su pago y auto aprobatorio de las costas), solicite el despacho de la ejecución con arreglo a lo dispuesto en los artículos 548 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VIGÉSIMO.- Pero luego de aprobada la tasación y adquirida firmeza de la resolución en que así se declare, su importe no es directamente exigible al ejecutado que tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, ya que únicamente puede ser reclamado su importe cuando se cumpla el presupuesto o requisito de procedibilidad que se contiene en el apartado 2 del artículo 36 de la Ley 1/1996 , esto es, que el condenado, dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso, viniese a mejor fortuna, lo que se entiende producido cuando sus ingresos y recursos económicos por todos los conceptos superan el doble del módulo previsto en el artículo 3, o si se hubieren alterado sustancialmente las circunstancias y condiciones tenidas en cuenta para reconocer el derecho conforme a la presente Ley . Acreditación que lógicamente ha de preceder al despacho de la ejecución forzosa, y no durante el curso de ésta, por cuanto el venir a mejor fortuna constituye un elemento esencial configurador del título y, por tanto, previo a la solicitud o petición de la ejecución.

Íntimamente ligada a tal exigencia aparece la cuestión de a quién compete efectuar la declaración de que el condenado al pago de las costas ha venido a mejor fortuna. Sobre tal extremo ni la Ley de Enjuiciamiento Civil ni la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996 contienen previsión alguna, pues si bien en ésta se regula la impugnación de la resolución que concede o deniega el derecho a la asistencia jurídica gratuita -artículo 20 - y la revocación del derecho por falseamiento u ocultación de datos por la misma Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que lo reconoce -artículo 19-, guarda silencio sobre la declaración de haber venido a mejor fortuna el beneficiario del derecho a los efectos previstos en el artículo 36.

Parece una consecuencia legal lógica que sea el propio órgano encargado de reconocer o denegar y de revocar, en su caso, el derecho a la asistencia jurídica gratuita el que goce de la competencia necesaria para determinar y declarar, por el mismo trámite procesal seguido para la concesión del derecho, si ha venido o no a mejor fortuna, por ser también el que dispone de los antecedentes familiares y los datos económicos del beneficiario del derecho a que se refieren, entre otros, los artículos 3, 4 y 17 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita . Sobre todo cuando el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, cuya entrada en vigor se produjo el 8 de agosto de 2003, en su artículo 45.2 dispone que en el supuesto de que en la sentencia que ponga fin al proceso fuera condenado en costas el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita, quedará éste obligado a abonar las peritaciones realizadas por técnicos privados, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniese a mejor fortuna. Para hacer efectiva dicha obligación, será de aplicación el procedimiento a que hace referencia el artículo 20 (Revocación del derecho). Así pues, concurriendo identidad de razón, nada impide hacer extensiva tal disposición, prevista para el abono de gastos periciales, al pago de la totalidad de las costas a que hubiere sido condenado el beneficiario de justicia gratuita.

Procedimiento que habrá de promover la parte interesada ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, o bien a través del órgano judicial, pero siempre con carácter previo a la petición o solicitud de la ejecución o inicio de la vía de apremio, y que en este caso no ha seguido la parte ejecutante.

En consecuencia, se impone el acogimiento del recurso interpuesto.

VIGÉSIMO PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398, apdo. 2 LEC 1/2000 no procede efectuar pronunciamiento alguno respecto de las costas procesales ocasionadas en la sustanciación de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación

III.- PARTE DISPOSITIVA

En méritos de lo expuesto, la SALA HA DECIDIDO: Con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Constantino frente al Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de los de Alcorcón (Madrid) en fecha 25 de enero de 2012 en los autos de Ejecución de Títulos Judiciales seguidos ante dicho órgano con el núm. 0076/2011, y en su virtud procede:

1.º REVOCAR la expresada resolución, dejándola sin efecto, quedando en suspenso la exacción por vía de apremio de las costas tasadas hasta que se acredite, por el trámite procedente, que el ejecutado ha venido a mejor fortuna.

2.º ORDENAR el alzamiento de los embargos y medidas de garantía que se hubieran adoptado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 561, apdo. 2 LEC 1/2000 .



3.º NO HABER LUGAR a especial pronunciamiento respecto de las costas procesales ocasionadas en la sustanciación de esta alzada.

4.º RESTITÚYASE a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal previniéndolas que frente a la misma no cabe interponer recurso alguno ordinario o extraordinario.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala núm. 0366/2012 lo acordamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ