

determinan, *a sensu contrario*, a quién debe perjudicar la duda judicial sobre la certeza de los hechos, lo que constituye la denominada carga objetiva o material de la prueba. Tercera, así podría deducirse, incluso, de la propia denominación de las diligencias, para *mejor* proveer.

No obstante, aun compartiendo la doctrina del Tribunal Supremo sobre los límites a que se halla sujeto el juez en orden a acordar la práctica de diligencias para mejor proveer, el Fundamento de Derecho primero de la sentencia que comentamos, donde se afirma que debe estimarse el recurso de casación, fundado en el artículo 1.692-3 de la LEC, por entender que el órgano judicial, al acordar la práctica de diligencias para mejor proveer sin que hubiera precedido actividad probatoria de las partes, violó el artículo 751 de la LEC, y —según parece— también el artículo 341 de la LEC, merece dos objeciones. Primera, las diligencias para mejor proveer se practican tras la celebración de la vista o de la citación de las partes para sentencia, por lo que del tenor literal del artículo 751 de la LEC no puede deducirse la prohibición de acordar diligencias para mejor proveer cuando las partes no hubieran solicitado la práctica de pruebas. Segunda, la actual redacción del artículo 341 de la LEC, procedente de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley de 6 de agosto de 1984, sólo tuvo por finalidad evitar que las diligencias para mejor proveer siguieran siendo utilizadas con fines meramente dilatorios.

Por último, llamar la atención sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, que abandona la expresión «diligencias para mejor proveer» y regula en los artículos 439, 440 y 441 las que denomina «diligencias finales». En ellas las limitaciones del órgano judicial en la prueba a practicar antes de dictar sentencia son expresadas, ya que el artículo 439 establece que «Sólo a instancia de las partes en el escrito de conclusión, podrá el tribunal acordar, mediante auto, la práctica de diligencias de prueba, con arreglo a lo dispuesto en los artículos siguientes».

2. Afirma el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos que el juzgador de instancia ha realizado «una prestación defectuosa del derecho a la jurisdicción contenida en el artículo 24 de la Constitución española», hay que entender que debido a la infracción que ha producido en el recurrente la utilización por el juez de las diligencias para mejor proveer, pero además ha violado el artículo 14 de la Constitución.

La violación del artículo 14 de la Constitución, que proclama que «Los españoles son iguales ante la ley (...)», se habría producido, en palabras del Tribunal Supremo, al no haber tenido el juzgador de instancia «en consideración la doctrina de esta Sala sobre el alcance de las medidas para mejor proveer (...) al introducir un factor de discrecionalidad no justificado en la aplicación de la Ley».

El Tribunal Supremo no sigue en este punto al Tribunal Constitucional que requiere para que se produzca una infracción del principio de igualdad en la aplicación de la Ley: «La constatación de que por el Juez o Tribunal se hayan dictado resoluciones o sentencias distintas en supuestos sustancialmente iguales de tal modo que no sea posible hallar o reconocer en la última contradictoria o distinta un fundamento objetivo que justifique razonablemente la diferenciación» (STC 120/1987, de 10 de julio), por tanto, entre otros requisitos, que las resoluciones procedan del mismo órgano judicial (también SSTC 160/1993, de 17 de mayo, 304/1993, de 25 de octubre, y 148/1996, de 25 de septiembre, entre otras).

Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 15 de marzo y 11 de julio de 1997 (*)

Efectos económicos del proceso civil de declaración.
Imposición de costas por vencimiento total con peticiones genéricas, alternativas y subsidiarias.

POR

JOSE BONET NAVARRO

Doctor en Derecho. Ayudante de Derecho Procesal
Universitat de València

I. LOS CASOS

1.º Sentencia del TS de 15 de marzo

Se formularon en la demanda tres pedimentos de distinto contenido, con carácter subsidiario del primero, el segundo, y de éste, el tercero. La sentencia en instancia acogió el tercero declarando «procedente la rescisión, por haberse producido en fraude de acreedores, de la aportación no dineraria, de muebles e inmuebles, del activo de B. efectuada a favor de la C. I. de A. S. A.», condenando a estos demanda-

(*) En RGD, 1997, págs. 12.377-8 (GONZÁLEZ POVEDA); y RGD, 1998, págs. 329-31 (FERNÁNDEZ-CID DE TEMES), respectivamente.

dos al pago de las costas causadas en el juicio, «con inclusión de las devengadas por la Comisión de las Comunidades Europeas y por la actuación del Tribunal de Justicia de éstas».

Formulada apelación por C. I. de A. S. A., la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia que revoca la de primera instancia «en el solo extremo de no hacer expresa imposición de las costas causadas en primera instancia respecto de la citada demandada» porque «el pronunciamiento condenatorio, ha de estimarse incorrecto pues fue consecuencia de la aplicación del principio del vencimiento establecido en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando es lo cierto que la demanda no fue acogida íntegramente sino sólo parcialmente que fue desestimada en cuanto a las dos acciones que principalmente se ejercitaron».

2.º Sentencia del TS de 11 de julio

Don F.G.G. contrató la compraventa de una vivienda con plaza de garaje con doña M.L.S., y dado el impago a su vencimiento de 4.200.000 pesetas, de un total de 7.540.000, de las que se habían abonado 200.000 pesetas, subrogándose en una hipoteca por el resto. Se pedía la resolución de dicho contrato, y subsidiariamente la «ejecución forzosa del contrato... con el abono de daños y perjuicios, que se determinarán en ejecución de sentencia, para ambos casos, con expresa condena en costas a la demandada», quien se opuso tanto a la resolución como a la petición indemnizatoria.

El juzgado desestimó la pretensión principal, entre otras cosas porque el requerimiento del artículo 1.504 del CC no contenía una intimación obstativa al pago dando por resuelto el contrato, pero acogió la subsidiaria, imponiendo las costas a la parte demandada. Esta apeló a los solos efectos de la condenada en costas y de daños y perjuicios. La Audiencia confirmó íntegramente la sentencia de instancia.

II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO Y EL FALLO

1.º Sentencia del TS de 15 de marzo

«Después de examinar los conceptos de alternitud y de subsidiariedad, en relación con las pretensiones ejercitadas, la sentencia de 29 de octubre de 1992, citada textualmente en la de 27 de noviembre de 1993, y en relación con la expresión del artículo 523.1 de «totalmente rechazadas», dice que «dado el alcance de referidos conceptos, la solución adecuada si se tiene en cuenta la *mens legislatoris*, es la de estimar que el hecho de admitir la petición principal, o la subsidiaria o cualquiera de las formuladas alternativamente implica en principio una admisión total de la demanda, ya que a) cuando el actor formula peticiones alternativas, la sentencia

que accede a una de las solicitudes conlleva una admisión total de lo pedido en cuanto no pueden en principio concederse las dos o más alternativas a la vez. b) que cuando se contienen en el *petitum* de las demandas una petición subsidiaria lo que con ello se hace es ofrecer también al Juzgador una posibilidad de opción entre las dos, con lo cual la decisión del mismo en uno y otro sentido lleva implícita la admisión total de la pretensión por la que opte, en cuanto que tampoco pueden en términos generales concederse la principal y la subsidiaria, c) porque comprendiéndolo lo dicho, no puede eliminarse de la idea del *victus victori* o vencimiento objetivo los supuestos de procesos en que formulándose las peticiones del actor con criterio de alternitud o de subsidiariedad, la decisión del juzgador optando por una u otra petición elimine dicho vencimiento, en cuanto ello implicaría una interpretación en perjuicio del actor cuando dichas situaciones se presentaren. Doctrina que reitera en la sentencia de 30 de mayo de 1994 y que conduce a la estimación del motivo único del recurso con la consiguiente casación de la sentencia *a quo* en cuanto al extremo a que se contrae el mismo y la confirmación, si bien parcial, de la sentencia de primera instancia en cuanto no pueden incluirse, como señala el Tribunal de instancia en el cuarto Fundamento de su sentencia, en la condena en costas los gastos causados por la Comisión de las Comunidades Europeas según dispone el auto del Tribunal de Justicia, Sala Sexta, de 13 de diciembre de 1990 dictado en aclaración de la sentencia del propio Tribunal de 13 de noviembre de ese mismo año resolviendo la cuestión prejudicial propuesta por el Juzgado de Primera Instancia que conoció del asunto.

Segundo.—La estimación del recurso determina la no imposición de las costas, a tenor del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

2.º Sentencia del TS de 11 de julio

«Como se recoge en la reciente sentencia de 15 de marzo del corriente año 1997 (...) (véase Fundamentos de Derecho anteriores) en cuanto a las referencias que en el motivo se introducen sobre que hubo allanamiento, no constituyen más que adquisiciones o divagaciones, que no argumentos jurídicos, pues no se produjo antes de contestar a la demanda y siempre excluyó la indemnización de daños y perjuicios, formulándose, incluso, de modo condicional, por lo que no merece mayor análisis, sobre todo cuando de forma arbitraria y unilateral —pues se sigue impugnando la indemnización de daños y perjuicios— se pretende que el procedimiento continúe sólo en cuanto a la resolución contractual. En definitiva: Lo que hubo fue un simple reconocimiento de hechos y una oposición antijurídica, por contraria a la buena fe, respecto a las consecuencias que ello implicaba (...).

Cuarto.—Por imperativo legal (artículo 1.715, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al no haber lugar al recurso, las costas han de imponerse a la recurrente —y si así no fuese habría de arbitrase un medio para ello, por contrario a la Constitución—, con pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.»

III. COMENTARIO

1. Introducción. Imposición de costas por vencimiento total

Según el tenor literal del artículo 523 de la vigente LEC, «en los juicios declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas...». En caso contrario —continúa el mismo precepto— «si la estimación o desestimación fueren parciales cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad...» (sobre el mismo, y en general sobre las costas en nuestro derecho, VÁZQUES SOTELO, J. L., *Artículo 523*, en «Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984», coor. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Madrid, 1985, pp. 422-93, y HERRERO PEREZAGUA, J. F., *La condena en costas. Procesos Declarativos civiles*, Barcelona, 1994). Atendido el tenor del precepto anterior, es patente que en materia de costas rige con carácter general el principio de vencimiento para la primera instancia de todos los juicios declarativos civiles.

Y de ese modo es, por otra parte, como se pretende que se regule nuestra futura LEC. De hecho, conforme al artículo 291.1 del Anteproyecto de LEC, «en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones...» (al respecto, véase HERRERO PEREZAGUA, J. F., *La condena en costas*, en «Jornadas nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Comunicaciones», con otros, Murcia, 1997, pp. 157-71). Y con el mismo sentido otros preceptos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ejemplo, según el artículo 710.2 de la LEC, para la apelación en menor cuantía «la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia deberá contener condena en costas al apelante...»; para los verbales, el artículo 736 afirma que «con imposición de las costas al apelante en el primer caso» (confirmando la resolución). Según el artículo 873.2 de la LEC para la apelación en mayor cuantía, «la sentencia confirmatoria o la que agrave la apelada impondrá las costas al apelante...». El 896 de la LEC, para la apelación de incidentes y juicios distintos a los de mayor cuantía, «el fallo confirmatorio de la resolución apelada impondrá las costas al apelante...». En todos estos casos es improcedente si, desestimándose el recurso, ocurre lo mismo con el formulado en vía de adhesión por la contraparte (SSTS de 20 de junio y 13 de octubre de 1988, citadas ambas por MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil* con CORTÉS y GIMENO, Madrid, 1996, p. 560). El 1.474 de la LEC, en el juicio ejecutivo, «en el primer caso del artículo anterior (dictar sentencia de remate) se impondrán las costas al ejecutado... En el segundo (no haber lugar a dictar sentencia de remate) al ejecutante... En el tercero (nulidad de todo o parte del juicio), cada parte pagará las costas a su instancia...» (véase SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., *Condena en costas en oposición a juicio ejecutivo por falsedad de la firma del librado*, en Revista Jurídica Región de Murcia, 1992, 15, pp. 183-186). Según el artículo 1.475 de la LEC «en caso de apelación, el Tribunal superior impondrá las costas al apelante si la sentencia fuese confirmatoria o agra-

vase la de primera instancia». Para el recurso de casación, según el 1.715-2 y 3 de la LEC «en la sentencia que declare haber lugar al recurso la Sala resolverá, en cuanto a las costas de las instancias conforme a las reglas generales y en cuanto a las del recurso, que cada parte satisfaga las suyas. Si no se estimase procedente ningún motivo, la sentencia declarará no haber lugar al recurso con imposición de las costas al recurrente y la pérdida del depósito constituido». Y para el «recurso de revisión, conforme al artículo 1.809 de la LEC «cuando el recurso de revisión se declare improcedente se condenará en todas las costas del juicio y en la pérdida de depósito al que lo hubiere promovido».

Desde luego, el tema de las costas tiene una gran importancia práctica. Principalmente por esa razón, la bibliografía es cuantitativamente importante. Basta con consultar cualquier base de datos bibliográfica para que aparezca un largo listado de estudios, entre ellos, VILLAMOR MONTORO, P. R., *La declaración sobre costas: norma general y supuestos especiales* en Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, 25, pp. 277-327, VELLASCO DE LA FUENTE, M., *Algunas consideraciones sobre la condena en costas después de la Ley 34/1984. De reforma del enjuiciamiento civil*, en Revista de Derecho Privado, 1986, pp. 340-55, CIMA GARCÍA, C., *La ejecución en materia de costas* en Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, 25, pp. 329-424, DORCA MERCADER, J., *La competencia judicial en la ejecución de las costas impuesta en resoluciones dictadas en segunda instancia o en vía de recursos*, en La Ley, 1992, 2, pp. 1.059-62, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *El «exequatur» de las condenas en costas y gustos del juicio*, en Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1984, 1, pp. 99-107 Y relativos a procedimientos especiales, por ejemplo, MARINA MARTÍNEZ PARDO, J., *Las costas y los procesos arrendaticios*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2, pp. 133-139, VILATA MENADAS, S., *Las costas en los juicios verbales de tráfico*, en Revista General de Derecho, 1994, pp. 6.551-62, SANZ TOMÉ, F., *Las costas en el proceso laboral*, en Relaciones laborales. Crítica de teoría y práctica, 1993, pp. 28-50, CASINO RUBIO, M., *Las costas en el proceso contencioso-administrativo y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 11, pp.: 293-316; BORREGO LÓPEZ, J., *Las costas procesales en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en Revista Administración Pública, 1991, 126, pp. 309-17, MICHAVILA NÚÑEZ, J. M., Y BARRILERO YARNOZ, J., *La condena en costas a la administración: revisión de los criterios tradicionales*, en Revista Española de Derecho Administrativo, 1990, pp. 615-25, DÍAZ SABINA, M., *Recursos, costas y ejecución de sentencia en los procesos matrimoniales*, en Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior, 1986, pp. 1.655-61.

Con carácter general, y salvo algunos supuestos concretos, todas las costas son a cargo de la parte vencida en juicio, por el mero hecho de haber perdido el pleito e independientemente de consideraciones subjetivas sobre su conducta. La imposición de costas por el vencimiento, que es el hecho objetivo de la derrota, se justifica (en estos términos CHIOVENDA, G., *Curso de Derecho Procesal Civil*, trad. FIGUEROA ALFONSO de la obra «Instituciones de derecho procesal civil», México, 1995, p. 501) en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar, pues es interés del Estado que la utiliza-

ción del proceso no se resuelva en daño para quien tiene razón, y por otro lado, es interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor a ser posible preciso y constante. Su fundamento es tan importante que se ha considerado por algún autor (RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil, I*, Barcelona, 1997, p. 499) que «en nuestro derecho la condena en costas hay que considerarla como un aspecto más de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva. La eficacia del juicio significa, entre otras cosas, que éste tenga un coste soportable para el litigante».

Son pocos los supuestos en los que no se recoge legalmente este principio general de condena en costas al vencido. Así y todo, en algunas ocasiones se prevé la imposición con independencia del vencimiento; es el caso de los artículos 78 de la LEC, por el hecho de haber propuesto simultánea o sucesivamente declinatoria-inhibitoria, o el artículo 782 de la LEC, si se declara haber lugar a la audiencia al rebeldé, salvo oposición del contrario o se entienda no haber temeridad (véase COURTE, E. J., *Condena en costas al vencedor*, en «Estudios de derecho procesal civil», III, Buenos Aires, 1978, pp. 337-45, SENTÍS MELENDO, S., *Costas. Posibilidad de imponerlas al vencedor*, en «Teoría y práctica del proceso. Ensayos de Derecho Procesal, II», Buenos Aires, 1958, pp. 317-48).

En todo caso, para que una parte no deba soportar el coste del proceso, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil exige el reconocimiento íntegro de su derecho. Si el vencimiento no es completo, esto es, en caso de estimación o desestimación parcial, cada parte ha de abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad (SSTS de 11 de abril de 1992; de 19 de julio de 1989 y de 13 de octubre de 1988, citadas por MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, con CORTÉS Y GIMENO, cit., p. 492). Para estos casos, RAMOS MÉNDEZ (*Enjuiciamiento Civil, I*, cit., p. 501) considera que «sería admisible y razonable, no obstante, una graduación proporcional de las costas de acuerdo con el tenor de los pronunciamientos». Y en similar sentido, HERRERO PEREZAGUA, J. F. (*La condena en costas*, cit. p. 119) estima que «la respuesta más acertada en materia de condena en costas para los supuestos de vencimiento recíproco consistiría en efectuar una doble condena explícita».

Enunciado en genérico el criterio del vencimiento total no parece plantear graves dificultades de comprensión. Pero como se ha apuntado (DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil, I*, con FERNÁNDEZ LÓPEZ, Madrid, 1992, segunda reimpresión 1994, p. 480) se trata de una disposición que no despeja posibles interrogantes en los frecuentes casos que genéricamente aborda. Concretamente, como advierte GÓMEZ COLOMER, J. L. (*Derecho Jurisdiccional, II*, con MONTERO, ORTELLS Y MONTÓN, Valencia, 1997, p. 396), «el problema que plantea el vencimiento total es que éste es muy difícil de determinar en muchas ocasiones». Esta dificultad se hace patente, entre otros supuestos, por el hecho de haber formulado peticiones genéricas y acumuladas, alternativa o subsidiariamente.

El problema práctico de la aplicación arcaica o mecánica del vencimiento es que puede servir de cobertura a actitudes de cualquiera de las partes tendientes a orillar precisamente el fundamento del vencimiento. El demandado para que no se le condene en costas, el demandante para evitar la no condena en costas. A la postre, el vencimiento «total» ha de ser entendido en sus justos términos.

No es difícil imaginar cómo el demandado podría utilizar la exigencia de un mal entendido vencimiento total para, formulando peticiones de imprescindible concesión, evitar la condena en costas. A tal efecto, dice GÓMEZ COROMER, J. L. (*Derecho Jurisdiccional, II*, con MONTERO, ORTELLS Y MONTÓN, cit., p. 396) que «desde luego, no debe ser admisible que el demandado, pidiendo algo que es absolutamente imprescindible que se le conceda, evite la condena al no haber sido vencido totalmente. El precepto debe interpretarse, pues, en el sentido de vencimiento en todas las pretensiones o resistencias básicas». Ello supone, al mismo tiempo, que lo importante a los efectos de condena en costas ha de ser en todo caso lo sustancial, no lo accesorio. Hasta el punto que, como ha mantenido la jurisprudencia, a efectos de estimación «el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal, sino sustancial» (STS de 5 de enero de 1989, transcrita parcialmente por CANO MURCIA, A., *Las costas procesales y su jurisprudencia*, Madrid, 1997, pp. 73-4; y citada asimismo por MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil*, con CORTÉS Y GIMENO, cit., p. 491).

De otro lado, aunque no sea tan evidente el efecto, el vencimiento total también puede servir al demandante para, formulando peticiones genéricas, o acumulando pretensiones, conseguir que forzosamente lo concedido corresponda con lo solicitado. De ese modo podrá prácticamente conseguirse que el vencimiento sea total y en consecuencia garantizarse la condena en costas del demandado. Precisamente sobre este vencimiento forzoso o forzado vamos brevemente a reflexionar a propósito de las dos sentencias del encabezamiento.

2. Peticiones genéricas

A poco que se analicen ciertas expresiones, podemos darnos cuenta de que, sean episodios biográficos, predicciones o también peticiones, su tenor conduce a que con independencia de lo que efectivamente haya ocurrido, ocurra en el futuro o se conceda, siempre parezcan cumplidas. La habilidad en formular las mismas ha sido y continúa siendo condición necesaria en el ejercicio de ciertas actividades en algunos casos ciertamente lucrativas. Y en el ámbito del proceso, creemos que esa misma habilidad podría servir al demandante para favorecer la obtención de la condena en costas a su favor, al menos si se llevan a sus últimas consecuencias los postulados que suelen mantener la jurisprudencia y la doctrina científica.

En relación a las peticiones genéricas, concretamente en la reclamación de daños y perjuicios sin determinar exactamente el importe, MUÑOZ GONZÁLEZ, L. (*Las costas*, Madrid, 1981, p. 228) se inclina «por la atribución de costas al derrotado, en aplicación de la regla del vencimiento», entre otras cosas —señala— porque «desde un punto de vista de elemental justicia, siendo patente la dificultad que suele revestir la concreción del importe de los daños y perjuicios, no admitir la condena en costas del vencido supondría conceder al debelador, en muchos casos, un éxito teórico, 'de papel'».

Una petición genérica puede tener en algunos casos, a los efectos de la correspondiente excepción, la consideración de defecto legal en el modo de proponer la de-

manda, por no establecer con claridad y precisión lo que se pide, conforme al tenor del artículo 524 de la LEC que así lo exige. Fuera de estos supuestos, se ha de considerar que la pretensión está determinada. Evidentemente, ello no excluye que aprehenderla pueda no estar exento de alguna cierta dificultad. Si lo que acabamos de decir es correcto, el problema básico radicará normalmente en determinar qué es lo pedido y si lo concedido se corresponde con ello completamente. De este modo, no se trata ya de que estime lo que estime el juzgador siempre se corresponderá con la petición, sino que, partiendo de la comprensión de esa misma petición, si el juez la desestima o la estima en todo o en parte. Esto último, que parece una obviedad, no lo es tanto si consideramos algún ejemplo:

a) El demandante reclama una indemnización de daños y perjuicios por cualquier causa, y pide que la cantidad sea la que «corresponda conforme a derecho». Aquí no está determinándose la cantidad pero, con la posible salvedad de supuestos especiales (como los de las reclamaciones por accidentes de tráfico, en los que la cuantificación se produce conforme al Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados), podría concluirse que lo realmente pedido es la cantidad que resulte tras el correspondiente incidente de liquidación en fase de ejecución conforme a los artículos 928 y siguientes de la LEC. De este modo no habría problema alguno para determinar el vencimiento. Como sería posible entonces su liquidación, si el juzgador condena a la indemnización liquidable en ejecución habría vencimiento total. Y de manera similar ocurriría en otros ejemplos en los que se prevé la liquidación en fase de ejecución (como la liquidación de frutos, rentas y utilidades; o para la rendición de cuentas de una administración y entrega de saldo). Ahora bien, podría ocurrir que ese mismo demandante, en dicho incidente no sólo dejara de vencer totalmente, sino que fuera vencido. Si el ejecutado impugna la relación de daños y perjuicios y se estima, o si el ejecutado impugna la liquidación de frutos, rentas o utilidades del ejecutado, y no vence, en ambos casos tendría que ser condenado en costas en virtud del artículo 950 de la LEC.

b) El demandante reclama una indemnización de daños y perjuicios, y no pide cantidad alguna, o lo hace por la que «se estime oportuno». Ahora el juzgador tiene básicamente dos opciones: Entender también que la verdadera petición es la condena a lo que resulte en el correspondiente incidente de liquidación, o quizás considerar que el actor está realmente autorizando a que se condene por la cantidad líquida que el juzgador considere oportuno.

A nuestro juicio, esta segunda opción es del todo punto inadmisibles, al menos por las siguientes razones: 1.ª Creemos que entenderlo así supone tanto como afirmar que contra la petición procede la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. 2.ª Se estaría autorizando al demandante a formular peticiones por las que, por su solo tenor, garantizan que el vencimiento, caso de haberlo, sea necesariamente total. 3.ª En definitiva, sería tanto como decir que, partiendo de que la unidad monetaria menor actualmente es la peseta, se están acumulando alternativamente tantas peticiones concretas de condena como fueran posible. Esto es, si el procedimiento determinado es el verbal ante el Juzgado de Primera Instancia: Que se condene, a 9.001 pesetas, a 9.002, a 9.003... hasta 80.000 (más de 70.000 preten-

siones), si es el de cognición, de 80.001 a 800.000 (más de 700.000 pretensiones); y así sucesivamente hasta el mayor cuantía así como otros especiales cuyo procedimiento no se atribuye por la cuantía (como el verbal de tráfico) en los que las pretensiones acumuladas serían infinitas. Es más, como modalidad podría solicitarse que la condena «a lo que se estime oportuno, pero cuanto más elevada sea ésta, mejor», en ese caso nos encontraríamos ante otra modalidad: Pretensiones subsidiarias partiendo desde el infinito. En fin, todo esto no nos parece de recibo.

c) El mismo demandante reclama que la cantidad sea la que «se acreditará en el período probatorio». Aquí empiezan ya las dificultades. Es claro que la petición es la condena a una cantidad, pero su determinación queda supeditada al cumplimiento de un hecho futuro dentro del proceso. Un problema previo es determinar si a efectos del vencimiento total lo esencial es la condena al pago y lo accesorio la cantidad; o bien si sería accesoria solamente tratándose de una cantidad importante, y, en ese caso, qué cantidad tendría que ser así considerada. Según la jurisprudencia, no parece tener ninguna importancia que la cantidad acreditada no se corresponda exactamente con otra determinada que se pretendía alternativamente. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 1 de marzo de 1995, «no es cierto que la parte actora obtuvo menos indemnización que la pretendida: en la súplica de la demanda no circunscribió la misma a una cifra, sino que la señaló de forma alterna, siendo el otro extremo 'aquella otra cantidad que se acredite en período probatorio'». No sabemos bien si esa misma consideración se hubiera tenido, por ejemplo, si solicitados dos mil millones de dólares se acreditaran probadas únicamente diez mil pesetas. En todo caso, la enseñanza de la sentencia anterior consiste en que si el Tribunal Supremo ha considerado que se produce vencimiento total no obstante la cantidad genérica, la que se acreditó en período probatorio, no se corresponde con la alternativa, esto es, teniendo un elemento comparador, con más motivo tendrá que concluirse de ese modo sin tener tal elemento comparador.

En ese caso, por tanto, si lo relevante es meramente la condena, con independencia de su alcance, la enseñanza práctica que obtendrá un experto abogado es que las demandas de petición de cantidad se han de formular al estilo del «Oráculo de Delfos», esto es, que ocurra lo que ocurra en fase probatoria, ello se corresponda con la petición. El formulario de la misma podría ser algo así: «Yo le pido una condena a lo que consiga probar, y no sobre lo demás, haya intentado o no su prueba». De ese modo, el demandante que vence se garantiza que lo sea totalmente y, de paso, si la petición se concreta en un momento posterior, incluso se limitarán de algún modo las posibilidades defensivas del demandado.

No es fácil dar una opinión definitiva sobre si esta petición habría que considerarla o no como un defecto legal en el modo de proponer la demanda. Somos conscientes de que en algunas ocasiones puede ser muy complejo cuantificar exactamente el importe de la reclamación. Hasta el punto es así que se ha previsto legalmente inculcantes para cuantificar condenas en principio no líquidas. Pero lo que no es admisible, a nuestro juicio, es permitir que, por la formulación más o menos ambigua, no se concrete suficientemente la pretensión. El problema es de límites. Un posible indicador para empezar a considerar como defecto legal en el modo de proponer la demanda consistiría en comprobar la merma de posibilidades defensivas al demandado.

Desde esta perspectiva, nos plantearíamos, por ejemplo, si ¿podría el demandado allanarse a la pretensión a los efectos de no ser condenado en costas? De otro lado, si el recibimiento del pleito a prueba tiene sentido solamente en los supuestos de discrepancia en los hechos, ¿cómo podrá darse tal recibimiento si el demandado reconoce o se ha conformado con dichos hechos? Y ello en la hipótesis improbable que tal reconocimiento o conformidad sea factible realizarla por el demandado dada la formulación de la petición. Asimismo, es posible en la práctica que el demandado pueda ver mermadas sus posibilidades de alegación, como ocurre, en su caso, con la plus petición. En definitiva, si todo ello es así, es necesario que tal limitación se vea compensada de algún modo con la posibilidad de alegar defecto en el modo de proponer la demanda. Al menos, creemos que es necesario empezar a considerar si ha de atenderse en el caso concreto la consideración de vencimiento total en algunos supuestos de peticiones genéricas como el presente.

Al margen de estas consideraciones, podemos concluir que la mayor parte de los problemas que plantean en general las peticiones genéricas pasa por, en primer lugar, entender en el caso concreto si supone o no defecto legal en el modo de proponer la demanda, en tanto pueda afectarse el derecho de defensa del demandado; y, tras ello, consecuentemente, se trata de identificar la verdadera petición. Realizada correctamente esta actividad, el problema de determinación del vencimiento total queda exento de graves inconvenientes. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 26 de febrero de 1994, resuelve un tema interesante sobre esta última cuestión. En esquema, el asunto es el siguiente: Se pide demanda sobre división de inmueble. En primera instancia se declara dicha división, pero con imposición de las costas a las actoras por acudir directamente a la vía judicial, pidiendo la división del edificio de forma vaga e imprecisa (en cuanto se piden todas las formas posibles, especialmente la venta en pública subasta) sin haber ofrecido ninguna propuesta a los demandados sobre el problema de discusión. En apelación se revoca en cuanto a las costas de primera instancia, con imposición a los demandados con base en que la estimación total de la pretensión así lo impone. Recurrido en casación, se constata «la muy defectuosa precisión técnica en que aparece formulada la demanda, en la que haciéndose constar exclusivamente (...) 'la imposibilidad de la división material' del edificio litigioso (...) sin formular pedimento alternativo alguno, las actoras piden escuetamente que se dicte sentencia 'dando lugar a la división socializada del inmueble antes descrito', ignorando que la cuestión planteada y luego debatida en todo proceso viene delimitada no sólo por el 'petitum' de la demanda, sino por éste en íntima relación con la 'causa petendi' de la misma, por lo que si alegaban, como único soporte fáctico de su demanda (...), que el edificio es indivisible, lo que, en realidad y de forma concreta, estaban pidiendo (pese a la ya dicha y simplista redacción del 'petitum') era la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños (...), a cuya específica, concreta y única pretensión se opusieron los demandados (...) la sentencia aquí recurrida reconoce que el edificio es divisible en la forma específica que determina el párrafo 2.º del artículo 401 del Código Civil (división en régimen de propiedad horizontal), es evidente que se está rechazando el pedimento único y verdadero (aunque, intencionada o negligentemente, no explicitado) de la demanda (venta en pública subasta) y se está acordando».

do que se lleve a efecto la división del modo ya dicho (...) si bien el mismo ha de entenderse únicamente como estimatorio parcial (en sentido cualitativo) de la demanda (en cuanto accede a la extinción de la comunidad por la división de la cosa común), pero desestimatorio del pedimento verdadero y prácticamente único (...) es evidente que ha de aplicarse estrictamente el inciso primero del párrafo segundo del repetido artículo 523, con arreglo al cual 'si la estimación o desestimación fueren parciales cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad'».

La duda que queda ahora se centra en qué habría ocurrido en el caso de haber pretendido alternativa o, con menores riesgos, subsidiariamente la división en pública subasta y la división en régimen de propiedad horizontal.

3. Pretensiones acumuladas: Alternativas y subsidiarias

Si cualitativamente determinadas formulaciones de la petición puede hacerla apta para que, en caso de vencimiento, éste pueda ser total, desde un punto de vista cuantitativo, también podría obtenerse el mismo efecto acumulando pretensiones. Es claro que si pedimos diez veces tenemos más posibilidades de obtener la concesión de alguna de ellas que si pedimos solamente una. Pero vayamos por partes.

No todas las pretensiones acumuladas plantean graves problemas a los efectos que ahora nos interesan de vencimiento total. De las distintas pretensiones acumuladas inicialmente (véase ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, II, con MONTORO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN, Valencia, 1997, pp. 100-1), nos interesan las alternativas y eventuales o subsidiarias. a) La acumulación simple (o principal), esto es, cuando se persigue la estimación de todas y cada una de las varias pretensiones interpuestas, no presenta problemas pues el vencimiento solamente será total si se estiman todas y cada una de las pretensiones. b) La accesoria (o eventual improperia), es decir, aquella que si interpuesta una pretensión como principal, para el caso de que sea estimada, se interponen otras cuyo fundamento total o parcial descansa en la estimación de la primera, tampoco será normalmente problemática en cuanto a la estimación de las accesorias estarán condicionadas por la principal. Así, o se estima, y se estiman todas, o se desestima, y se desestiman todas. c) La alternativa (se persigue la estimación de alguna de las varias pretensiones interpuestas, siendo indiferente al actor cuál de ellas es estimada) y la eventual o subsidiaria (en el caso de que se haya establecido un orden de preferencias), ambas sí pueden plantear serias dudas, en tanto en cuanto, especialmente la subsidiaria, la estimación de una de las pretensiones supone necesariamente desestimar la otra u otras.

La jurisprudencia es rotunda en considerar que se produce en ambos casos el vencimiento total a efectos de condena en costas. Las sentencias que comentamos, y las que se citan y transcriben en ellas son buen ejemplo. Y en ese mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 30 de mayo de 1994 pone de manifiesto que «el hecho de admitir la petición principal, incluso la subsidiaria o la formulada alternativamente, implica en un principio la aceptación total de la demanda, pues las dos o más peticiones alternativas no pueden estimarse conjuntamente y los

judicadores en trance de decidir, han de optar por la que resulte procedente. De esta manera la integridad petitoria se mantiene en cuanto se concreta en la resolución judicial. Si se trata de postulaciones subsidiarias, también se presenta la oportunidad de opción decisoria y la aceptación de una de ellas lleva implícita la admisión total de la pretensión que es acogida, y conduce todo ello a considerar que la fijación judicial de la cuantía, llevada a cabo a tenor del resultado probatorio, no impide el éxito de la demanda planteada y sus derivaciones por el concepto de costas, que provienen del mandato legal».

En cuanto a la doctrina, la opinión es idéntica. CORDÓN MORENO, F. (*Proceso Civil de Declaración*, Pamplona, 1996, p. 352), a la pregunta de cómo opera la condena en costas cuando se formulan peticiones alternativas o subsidiarias, contesta transcribiendo la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1992, cuyo texto se repite a su vez en las sentencias de 15 de marzo y 11 de julio de 1997, que ahora comentamos. MUÑOZ GONZÁLEZ, L. (*Las costas*, cit., pp. 228-9) basándose en diversas sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante (27 de octubre de 1972) y de Soria (22 de febrero de 1978) afirma que «la estimación plena de cualquiera de las peticiones alternativas formuladas en la demanda implica vencimiento total a efectos de imposición de costas». Por su parte, HERRERO PEREZAGUA, J. F. (*La condena en costas*, cit. pp. 92 y siguientes) afirma terminantemente que «será irrelevante que el órgano jurisdiccional acoja en su resolución uno u otro de los pedimentos hechos valer por el actor en su demanda mediante una acumulación objetiva eventual de acciones. Desde el momento que uno de ellos prospere, habrá vencimiento; y éste será total si total ha sido también la estimación de aquél, o —lo que es lo mismo— no debe entenderse que hay vencimiento parcial porque alguno o algunos de los pedimentos hechos valer por el demandante no hayan triunfado o ni siquiera hayan sido considerados por el juzgador. En tal supuesto, la declaración del derecho existe contra el demandado, no contra ambas partes, por lo que hay tan sólo un vencedor y no un vencimiento recíproco». Esta consideración general la concreta diciendo que: a) «Acumulación objetiva simple de acciones: Habrá vencimiento total cuando se acepten o rechacen todas las peticiones en todas sus partes; así por ejemplo, si el actor ejercita conjuntamente acción de resolución de contrato y acción de indemnización de daños y perjuicios, si el órgano jurisdiccional estima la primera pero no la segunda, habrá vencimiento parcial». b) «Acumulación objetiva eventual de acciones: Habrá vencimiento total del actor cuando todas las acciones afirmadas por él queden rechazadas, y respecto del demandado cuando una de ellas sea estimada en todos sus extremos».

A nuestro juicio, no obstante la uniformidad de los pronunciamientos, hemos de replantearnos seriamente si esta tan tajante doctrina debe ser revisada, al menos en cuanto a las pretensiones subsidiarias. Creemos que hay razones técnicas y prácticas para, como mínimo, atemperar su aplicación automática.

La acumulación de pretensiones técnicamente supone, como señala ORTELLS RAMOS (*Derecho Jurisdiccional*, II, cit. p. 98) que «por razones centradas en algún tipo de relación entre dos o más objetos procesales, el ordenamiento permite que los diversos procesos que versan sobre ellos tengan una misma y única tramitación procedimental». Siendo ello así, en aquellos supuestos en los que parte de las diver-

sas pretensiones acumuladas fuere desestimada, esto es, algunos de los procesos tramitados en el procedimiento único, en principio había que excluir la consideración de vencimiento total. Como señalábamos, el problema aparente se centra en aquellos supuestos en los que la estimación de una pretensión significa que necesariamente han de excluirse otras (alternativas y subsidiarias). En estos casos, por tanto, el vencimiento total sería excluido siempre. Ahora bien, esta objeción puede no ser tan cierta como parece si ponemos en duda la desestimación tácita. Veamos:

a) En peticiones alternativas, el juez puede estimar la pretensión analizada en primer lugar y, consecuentemente, no entrar en el resto de peticiones. En este caso parece claro que no existe ningún tipo de desestimación tácita. En cambio, si respecto a una petición decide desestimarla y, después, considera que debe estimar otra, no debería omitirse pronunciarse sobre la primera. En este caso nos parece igualmente evidente que no se decide tácitamente, sino que se desestima de forma expresa; y, en consecuencia, se produce falta de vencimiento total.

b) En las peticiones subsidiarias ocurre lo mismo si bien todavía con mayor claridad. Estimada la pretensión señalada como estimable preferentemente, no es necesario entrar en el resto, por tanto, tampoco existe decisión tácita alguna. Por el contrario, estimar la pretensión subsidiaria exige la previa desestimación de la preferente. Hay necesariamente desestimación, y además ésta ha de ser expresa. El vencimiento por tanto será meramente parcial y no habrá lugar a condena en costas.

Además, no creemos que la estimación de una de las pretensiones acumuladas, aunque sea la única analizada, deba suponer siempre y necesariamente el vencimiento total. La solución contraria sería cierta solamente si consideramos que es vencimiento total la estimación de cualquiera de las pretensiones de una hipotética acumulación de infinitas pretensiones de reclamación de cantidad (desde 8.001 pesetas hasta el infinito) en un procedimiento verbal del automóvil. Es cierto que se trata de una acumulación poco planteada en la práctica, pero ello no significa que deje de ser planteable. Lo cierto es que, si la acumulación es alternativa, podemos discutir si la estimación de cualquiera de ellas puede ser considerada vencimiento total (cosa que nosotros dudamos) o más bien habría que excluirlo o matizarlo en algunos casos, con la dificultad de determinación en concreto que conlleva. Y si la acumulación es subsidiaria, la petición del ejemplo anterior es jurídicamente absurda y, en todo caso, el vencimiento total imposible.

De otro lado, es cierto que el vencimiento objetivo es considerado mayoritariamente por la doctrina como superación del llamado sistema subjetivista anterior (por todos, ASENSIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil, parte primera*, Valencia, 1997, pp. 86-7; como excepción, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, I, con FERNÁNDEZ LÓPEZ, cit., pp. 478-9). Sin embargo, no está de más atender a si una determinada interpretación puede favorecer que se obtengan resultados por una parte sin una base material suficiente para ello. A nuestro juicio, aceptar sin matices y, sobre todo, aplicar automáticamente, la doctrina del vencimiento total en caso de estimación de cualquiera de las pretensiones acumuladas, fomenta la articulación de pretensiones acumuladas y, lo que es grave, permite al demandante garantizarse que el vencimiento sea total.

Desde este punto de vista, el demandante se favorece enormemente en ambos supuestos de acumulación; y todavía mucho más en la eventual o subsidiaria. En las peticiones alternativas, el demandante corre el riesgo de que, para evitar la no imposición de costas, se produzca una estimación de una pretensión no deseada en realidad o considerada insuficiente. En el supuesto de peticiones subsidiarias ni siquiera se produce ese peligro. La pretensión no deseada verdaderamente o considerada insuficiente solamente será estimable en el caso de que fuera improcedente la pretensión. En definitiva, todo son ventajas. Por ello, no sabemos cómo, con todo, todavía se formulan pretensiones no acumuladas subsidiariamente. De ese modo podría evitarse el demandante situaciones como la planteada en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 16 de octubre de 1997. Según la misma, «en el suplico de la demanda se solicita se dicte sentencia por la que se condene solidariamente a los demandados al pago de la cantidad reclamada. El fallo de la sentencia de primera instancia condena a los demandados a este pago, pero silencio —por tanto, desestimadamente— la solidaridad entre ellos. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial. (...) La estimación de la demanda ha sido parcial, al no dar lugar a la solidaridad, por lo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad». Simplemente con que el demandante hubiera pedido la condena mancomunada alternativa, o mejor, subsidiariamente, hubiera conseguido la condena en costas. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 12 de noviembre de 1996 «al haber la sentencia (...) estimado íntegramente una de las dos acciones ejercitadas, en forma alternativa, por el actor (...) ha hecho una correcta aplicación del párrafo 1.º del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al imponer expresamente al demandado las costas».

En conclusión, creemos que hay méritos suficientes, técnicos y prácticos, para preterir la consideración incondicionada y la aplicación automática del vencimiento total por estimación de alguna pretensión alternativa así como, sobre todo, subsidiaria.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 30 de enero de 1997

Proceso civil.

Proceso de ejecución. Prestación «in natura» de imposible cumplimiento.

Cumplimiento por equivalente. Cuantificación de daños y perjuicios.

POR

VIRGINIA PARDO IRANZO

Becaria de investigación. Derecho procesal
Universitat de València

I. SUPUESTO DE HECHO

La Audiencia Territorial de Oviedo condena, entre otras cosas, por sentencia de 12 de julio de 1988, a don Alfredo G. R., al otorgamiento de escritura pública (y a la entrega) de los dos locales comerciales litigiosos, sitos en Oviedo, a favor de José M.C. quien, por su parte, ha de pagar 19.000.000 de pesetas como resto del precio pendiente de abono. El TS confirma, por sentencia de 23 de septiembre de 1989, la resolución de la Audiencia Territorial.

En trámite de ejecución, y ante la imposibilidad por parte del condenado a dichos otorgamiento y entrega, la Audiencia Provincial de Oviedo acuerda, por auto de 18 de julio de 1991 (que confirma el dictado el 30 de julio de 1991 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Oviedo) el cumplimiento por equivalencia de la sentencia firme de condena. El cumplimiento por equivalencia se traduce en la indemnización de los daños y perjuicios producidos.