

ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA IMPOSICIÓN DE COSTAS EN EL PROCESO CIVIL EN EL DERECHO COMPARADO

Alejandro Valiño Arcos

Doctor en Derecho. Universitat de València (Estudi General)

1. INTRODUCCIÓN: SUS PRECEDENTES EN DERECHO ROMANO

Al ocuparme en su día del estudio de las conductas emulativas en dos de los campos en los que fue objeto de represión jurídica en la antigua Roma, como son las relaciones de vecindad y el ejercicio malicioso de una acción con el propósito de vejar al adversario procesal¹, traté muy someramente de algunas cuestiones que atañen a la regulación positiva de la condena en costas en el derecho italiano y español. Siendo como es un campo de estudio ciertamente vasto, con particularidades propias en su formulación, ha despertado nuestro interés, ante la imprecisión de algunos ordenamientos jurídicos, cuál sea la forma a través de la cual el órgano jurisdiccional termina por imponer las costas y, asimismo, cuáles sean, si bien sintéticamente traídos a colación, los fundamentos para tal imposición, así como las excepciones al mismo, no siempre idénticamente concebidas en las legislaciones presentes.

No obstante, siempre resulta interesante proceder a un breve esbozo por lo que ha constituido el origen histórico de la condena en costas, que bien puede atribuirse al derecho romano postclásico y justiniano. Con todo, no hay que olvidar que el derecho romano se preocupó en etapas más tempranas por la represión del comportamiento emulativo en el curso del proceso, estimulando la creación de diversos expedientes que permitieran su sanción. En este orden de cosas, la actividad pretoria actuó decisivamente al requerir a las partes, como presupuesto para el acceso al proceso, una serie de garantías y juramentos, dirigidos a asegurar tanto la buena marcha del proceso como la consecución de su finalidad natural². Sin embargo, en derecho romano el nacimiento de la condena en costas surge con posterioridad en el tiempo, por cuanto es, ante todo, una consecuencia de la burocratización de la administración de justicia y la atribución al ciudadano de la responsabilidad de asumir, a su costa, aquellos gastos que se originan cuando alguien intenta obtener tutela de un derecho propio. El derecho clásico, en este sentido, conoció originalmente el principio de la tutela judicial gratuita de los derechos subjetivos³ y solo la desaparición del *ordo iudiciorum privatorum* trajo consigo un nuevo sistema de litigar, en el que ya recae sobre las partes la asunción de unos costes, que corresponden a una administración de justicia retribuida como consecuencia de su

¹ VALIÑO ARCOS, *La "aemulatio" en el derecho privado romano: su examen en sede de relaciones de vecindad y de "calumnia" procesal*. Tesis doctoral (Valencia 2000), pendiente de publicación (Santiago de Chile 2002).

² Es el caso de la *cautio iudicatum solvi*, por virtud de la cual el demandado promete ante fiadores cumplir la sentencia de condena o el *iusiurandum calumniae*, por virtud del cual tanto el actor como el demandado juraban que no demandaban o no se oponían con la única intención de vejar al adversario. Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß 2 Formulae* (Bonn 1865) pp. 534 s.

³ Vid. CHIOVENDA, *Le spese del processo civile romano*, en *BIDR* 7 (1894) p. 275 ss.; BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano: il processo civile* 2 (Torino 1913) p. 202; NEGRO, *La cauzione per le spese. Sviluppo storico* (Padova 1954) p. 71; VECCHIONE, *NNDI* 17 s.v. "spese giudiziali" (diritto romano) p. 1121; D'ORS, *Derecho privado romano*⁸ (Pamplona 1991); y KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*² (München 1996) pp. 496 y 558.

funcionarización, costes que, en el final de esta evolución, van a recaer sobre quien sufre una sentencia condenatoria, con independencia de cuál haya sido su conducta en el proceso, esto es, sobre quien resulta vencido en el curso del litigio⁴.

2. PRESUPUESTOS PARA SU IMPOSICIÓN EN EL DERECHO ITALIANO

2.1. Examen del artículo 91 del Codice di Procedura civile

Aunque en las legislaciones positivas modernas es el principio del vencimiento el que determina la imposición de costas, al menos en el proceso civil, lo que ofrece ciertas dificultades es, sin embargo, la determinación del momento en que se entiende que existe un vencimiento y la forma en que la resolución debe exteriorizarse para atribuir propiamente la condición de vencido, esto es, si se requiere una verdadera sentencia para condenar en costas o bien estas pueden resultar fijadas a través de incidentes interlocutorios en los cuales, aunque no se ventile el fondo del asunto, sin embargo, la instancia queda concluida.

Ciertamente, las dificultades provienen de la interpretación que debe darse a las palabras contenidas en el artículo 91 del *Codice di Procedura Civile*: “*sentenza che chiude il processo*”⁵. En efecto, de una estricta interpretación del contenido de este precepto dice Pajardi⁶ que bien podría entenderse que “*tutte le volte in cui il giudice chiuda il processo con un provvedimento diverso dalla sentenza, ovvero pronunzi sentenza che non chiuda il processo davanti a lui, non potrà statuire sulle spese*”.

Aparentemente, se trata de una norma que puede operar tanto en los procesos declarativos, en los cuales se atiende al fondo de las pretensiones de las partes en lo que se refiere a situaciones contrapuestas en la defensa de derechos subjetivos privados, como en aquellos cautelares o sumarios, con tal de que sobre el proceso recaiga resolución por la cual el juez encargado de conocer del asunto ponga fin al mismo⁷. En definitiva, lo relevante es que la resolución tenga por resultado el fin de un proceso, cualquiera que sea la forma que haya adoptado y con independencia de que el asunto enjuiciado adquiera los caracteres de cosa juzgada o pueda ser objeto de conocimiento por un juez superior. Lo relevante es que la resolución sea suficiente para dar por finalizado el proceso ante el juez que de él venía conociendo hasta ese momento. No, en cambio, que la actuación procesal revista la forma de sentencia, sino que tenga por resultado la conclusión de la instancia en cuestiones de fondo, pronunciándose, por tanto, sobre aquellos derechos subjetivos que los litigantes hayan hecho valer en el proceso. Es más, lo que determina la imposición de costas no es que el asunto adquiera desde ese instante naturaleza de cosa juzgada, sino, simplemente, que la instancia concluya para el órgano mediante una sentencia u otro acto procesal que le ponga fin.

Esta es, por tanto, una de las líneas argumentales que mantiene la Corte de Casación italiana al respecto, aunque podemos añadir la facultad que tiene el tribunal *a quo* de reenviar la fijación de las costas a una instancia postrera o de imponerlas en el caso en que se declare incompetente para conocer del litigio ante él planteado, siempre que tal declaración adopte la forma de senten-

⁴ El propio juez es, sin duda, en época postclásica un funcionario más. Vid. DE MARTINO, *Litem suam facere*, en *BIDR* 91 (1988) p. 23. Vid. también BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano: il processo civile* 3 (Torino 1915) p. 184; SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizi e difesa dei diritti* (Roma 1936) p. 313; WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* (München 1925) p. 323; y KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht...* cit. p. 496.

⁵ Artículo 91 del Codice di Procedura Civile: “*il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Egual provvedimento emette, nella sua sentenza, il giudice che regola la competenza*”.

⁶ Vid. PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo* (Milano 1959) p. 291.

⁷ En este sentido, los pronunciamientos jurisprudenciales han sido muchos. Pueden observarse algunos extractos sobre la admisibilidad de la condena en costas a través de ordenanzas y decretos en CORRADI, *Le spese nel processo civile* (Milano 1988) pp. 8 ss.

cia⁸. En orden a este punto, no se entiende por qué la imposición de costas generadas por la conclusión del litigio ante el juez *a quo* ha de formalizarse en forma de sentencia, mientras que en cuestiones de fondo es admisible otra forma de conclusión del litigio.

2.2. Principio de vencimiento, principio de causalidad

Mi posición al respecto, defendida ya por Pajardi, puede servir para modificar el principio que determina la condena en costas en el derecho italiano, pues a través de ciertas resoluciones judiciales que sirven para imponerlas no siempre se llega a atribuir al condenado a su pago la condición de vencido en el proceso. Entiende Pajardi, por tanto, que el fundamento de la condena en costas no se halla en el principio del vencimiento, sino en el de la causalidad, esto es, aquel que ha provocado injustamente el proceso debe reembolsar las costas ocasionadas con motivo del mismo⁹.

Por consiguiente, prescindiendo de formalidades en cuanto a la exteriorización de la resolución judicial, lo que determina la imposición de costas viene a ser el carácter definitivo de tal resolución (*chiusura del processo*), ya finalice con un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio de la pretensión del demandante, ya lo haga con una declaración de incompetencia del juez *a quo*, pues en ambos casos se dan los presupuestos de extinción de la instancia, fundamento este del devengo de las costas¹⁰.

Sin embargo, estas consideraciones de Pajardi no son admitidas por Gualandi¹¹, para quien la extensión que merece el pronunciamiento del legislador *sentenza che chiude il processo* no debe comprender una serie de procedimientos como los de carácter ejecutivo (por tener su propia reglamentación en el seno del *Codice di Procedura Civile*) ni los de carácter cautelar (por su naturaleza accesoria e instrumental). Como consecuencia de ello, es claro que Gualandi considera el principio del vencimiento como fundamento único de la condena en costas, pues este presupone imprescindiblemente un proceso entre dos o más partes con intereses contrapuestos y que concluya con el acogimiento de la posición de uno y el rechazo de la del otro¹².

De todos modos, Gualandi se muestra todavía más restrictivo en la aplicación de la condena en costas, propugnando la misma exclusivamente para los procesos ordinarios de declaración, lo que supone la exclusión de aquellos declarativos ordinarios que pueden concluir por acto judicial diverso de la sentencia o aquellos otros que no tienen propiamente una naturaleza contenciosa y en los cuales, en su opinión, no puede hablarse propiamente de vencimiento¹³.

⁸ Vid. las palabras de PAJARDI, *La responsabilità...* cit. p. 291: "la Cassazione ha stabilito che il giudice di merito ha il potere discrezionale (...) di provvedere sulle spese di una particolare fase processuale che si conclude senza che il giudizio sia definitivo, o di rinviare la definitiva statuizione al definitivo ove ritenga che la questione decisa richieda di essere inquadrata nel complesso dei risultati della lite per una più adeguata e penetrante applicazione dei principii della soccombenza". También, en páginas siguientes, dice que la imposición de costas en caso de declaración de incompetencia no es pacífica en el seno de la jurisprudencia, de modo que estas pueden ser impuestas parcialmente por el juez *a quo* (las costas que ocasione el examen de la propia competencia) y por el juez *ad quem* (las que se generan como consecuencia de la resolución sobre el fondo de la pretensión e impuestas de acuerdo con el principio del vencimiento).

⁹ Vid. PAJARDI, *La responsabilità...* cit. pp. 298 s.

¹⁰ De ahí que, con igual criterio, podamos dar por buenas las palabras de Pajardi en el sentido de que "nessun ostacolo logico perché la condanna alle spese possa essere contenuta in una ordinanza o in un decreto (e, secondo me, per le stesse ragioni, anche la condanna ai danni processuali); tenendo conto a maggior ragione, ciò deve valere per i casi in cui il giudizio si chiude (direi in modo processuale senza giudizio di merito vero e proprio) appunto con una ordinanza o con un decreto". Vid. PAJARDI, *La responsabilità...* cit. p. 298. Señala el autor en pp. 299 ss. algunos supuestos de imposición de costas que no adoptan la forma de sentencia: la ordenanza que produce la conclusión de la instancia por renuncia a los efectos del litigio; la ordenanza que produce la conclusión del litigio por falta de la prestación de caución exigida; y otras señaladas en pp. 301 ss.

¹¹ Vid. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile* (Milano 1962) p. 33.

¹² Vid. GUALANDI, *Spese...* cit. p. 34.

¹³ Vid. GUALANDI, *Spese...* cit. p. 34 s, quien, además, define al *soccombente* como "colui il quale vede negata la tutela giurisdizionale alla pretesa o alla resistenza da lui spiegata in un processo ordinario di cognizione".

Este inciso final del pensamiento de Gualandi es el que nos permite observar con claridad las diferencias existentes entre este autor y Pajardi: ni más ni menos que la mayor o menor extensión que, a mi juicio, atribuyen ambos autores al concepto de vencimiento. Y, además, a esta diversidad de posiciones entre los autores contribuye la imprecisión y vaguedad con la que se expresa el legislador al emplear las palabras *sentenza che chiude il processo*.

Así, para Gualandi, solo puede hablarse de vencimiento cuando hay un pronunciamiento judicial en forma de sentencia que sirva para resolver la contraposición de intereses en torno a un derecho subjetivo sobre el que discuten los litigantes, lo que presupone necesariamente un juicio declarativo ordinario. En otro tipo de procesos o concluyendo a través de otros incidentes, no cabe hablar de vencimiento, aunque la instancia decaiga. Por tanto, este autor confiere al vencimiento su significado más restringido y hace, además, depender la imposición de costas de un criterio exclusivamente objetivo, al atribuirla a quien pierde el litigio.

En cambio, el condicionamiento de la imposición de costas al principio de causalidad, esto es, la imposición de costas a aquel que, con su actuación procesal, ha provocado inadecuadamente el litigio, aunque este se siga con posterioridad en otras instancias, no supone más que ampliar la perspectiva bajo la que se contempla el principio del vencimiento. Así, vencido será todo aquel que no haya conseguido hacer prosperar su pretensión, ya sea por cuestiones meramente formales o de fondo en relación con el asunto enjuiciado; y con independencia de la forma en que tal pretensión resulte inestimada. Ello permite englobar los casos de imposición de costas contemplados por Pajardi y que niega Gualandi, esto es, la conclusión de la instancia a través de resoluciones judiciales distintas de la sentencia y por razones diferentes de aquellas que conforman las cuestiones de fondo del litigio.

De todos modos, la expresión "principio de causalidad" como opuesto a "principio de vencimiento" nos parece un tanto desafortunada. Más bien, ambas posiciones (las de Pajardi y Gualandi) se sustentan sobre la base de una mayor o menor amplitud atribuida al concepto de vencimiento. Además, condenar en costas no al "vencido", sino al que "causa indebidamente el proceso" supone la posibilidad de imposición de la mismas incluso al vencedor del litigio, como admite el derecho austríaco (§ 45 öZPO), con lo que este segundo concepto presenta sin duda alguna una mayor amplitud que el primero de ellos. También conviene recordar que ha quedado ya superado aquel fundamento de la imposición de costas que residía en la conducta subjetiva del vencido en el litigio, de modo que la imposición de costas solo acontecía para el vencido en aquellos casos en que su actuación procesal fuera maliciosa o poco diligente, que proviene del derecho romano a través de diversos expedientes como el *iudicium calumniae*, dirigido a perseguir, en palabras de Lauria, "la malvagia volontà di "vexare" l'avversario, conoscendosi la infondatezza della propria pretesa, e farla nondimeno valere nel proprio interesse"¹⁴, que sancionaban al demandante malicioso con la imposición de una pena al

¹⁴ En particular, puede verse en LAURIA, "Calumnia", en *Studi e ricordi* (Napoli 1983) p. 269. En el mismo sentido vid. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) p. 491 y WLISSAK, *Die klassische Prozeßformel I* (Wien-Leipzig 1924) p. 154. También son de inexcusable consulta para el estudio de la *calumnia* HUMBERT, *Daremborg et Saglio*. I s.v. "calumnia" p. 853; HITZIG, *PWRE* 3-1 s.v. "calumnia" p. 1420; LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht* (Berlin 1915); MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen* (Berlin-Leipzig 1932); GARCÍA-CAMIÑAS, *La lex Remmia de calumniatoribus* (Santiago de Compostela 1984); *Le "crimen calumniae" dans la "lex Remmia de calumniatoribus"*, en *RIDA* 37 (1990); *Presupuestos textuales para una aproximación al concepto de calumnia en el derecho privado romano*, en *SCDR* 3 (1991); *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: de calumniatoribus* (Santiago de Compostela 1994); y *Régimen jurídico del "iusiurandum calumniae"*, en *SDHI* 60 (1994); FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Ética de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, en *SCDR* 2 (1990); KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht...* cit.; SCHIEMANN, *Der neue Pauly Enzyklopädie der Antike* 2 s.v. "calumnia" (Stuttgart 1997); y CENTOLA, *Il "crimen calumniae" Contributo allo studio del processo criminale romano* (Napoli 1999); y *Alcune osservazioni in tema di "calumnia" nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, en *SDHI* 66 (2000) 165 ss.

décimo¹⁵ hasta que en el período postclásico se articula una auténtica condena en costas fundada en diversos presupuestos, que culminan incluso con el tan extendido en las legislaciones actuales principio del vencimiento¹⁶.

3. EXAMEN DE LA CONDENA EN COSTAS EN EL DERECHO ALEMÁN Y AUSTRÍACO

3.1. Fundamento doctrinal para su imposición

Antes del surgimiento de la ciencia procesal como entidad autónoma, buscando la aproximación al derecho público a fin de distanciarse de los postulados dogmáticos del derecho civil, era concebido el deber de indemnizar las costas procesales como limitado a los supuestos de entablamiento malicioso de un proceso, siendo consideradas las costas procesales, por consiguiente, como una pena.

Surgen con posterioridad una serie de teorías que prescinden de valoración alguna sobre el comportamiento subjetivo de los litigantes en el proceso como criterio de imposición y objetivizan la imposición para todo vencido. El fundamento es, doctrinalmente, diverso. Nos encontramos así con aquellas teorías que subrayan que el vencimiento no es otra cosa que la exteriorización de una pretensión injusta, que como tal, merece como recompensa la imposición de costas¹⁷. El problema, como veremos, es que el legislador austríaco y alemán han contemplado también supuestos de imposición de costas a cargo del que obtiene una sentencia favorable. Ello ha motivado, de algún modo, nuevas corrientes en el seno de la *Unrechtstheorie* que, sin prescindir de la exigencia de responsabilidad fundada en la injusticia de la pretensión, relacionan esta más con el ejercicio de la acción que con el resultado final del litigio, lo que permite contemplar supuestos en los que el demandante, pudiendo haber evitado el proceso, ha acudido a él obteniendo una sentencia favorable fundada en un legítimo derecho subjetivo, que resulta así debidamente tutelado, pero que paralelamente le supone también la asunción de las costas procesales por entenderse injusto el proceso que él mismo ha puesto en marcha¹⁸. También es digna de mención para fundamentar este principio del vencimiento la *Erfolgstheorie*, puesto que en definitiva la carga de las costas procesales va a pesar sobre aquel que del proceso no obtiene éxito. En mi opinión, esta teoría tropieza con el inconveniente de que también existen supuestos en los que hay imposición de costas al que vence el proceso, sin que pueda considerarse el supues-

¹⁵ Gai. 4,175: *Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis. praeterquam quod (?) adversus adsertorem tertiae partis est*; Cons. 6,13: *Item leges, qua poena calumniatores plectendi sint. Ex corpore Hermogeniani tit. de calumniatorib.: impp. Diocletianus et Maximianus aa. Quintiano. Tibi magis quam adversario, qui per calumniam petit, contra quem supplicas, iudicio tutelae convenit excipere actionem, ad quam respondere debes: quippe si per calumniam hoc eum facere confidis, remedio repromissionis initio postulatae calumniae decimae partis eius quod petit tibi condemnari eum desiderare potes*, además de la existencia de una acción *in factum* para sancionar la conducta calumniosa de aquel que promueve un negocio o deja de hacerlo *calumniae causa* y que se recoge en D. 3,6,1 pr. (Ulp. 10 ad edictum): *in eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicitur, post annum simpli in factum actio competit*.

¹⁶ Puede verse esta evolución principalmente en CHIOVENDA, *Le spese del processo civile romano...* cit. pp. 275-288; *La condanna nelle spese di lite*, en *RISG* 26 (1898); y *La condanna en costas*, traducción española de DE LA PUENTE (Madrid 1928) p. 35-135; sobre la ausencia de una auténtica condena en costas en época arcaica y clásica, vid. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano...* cit. p. 202; WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts...* cit. pp. 321 ss.; y *Abriss des römischen Zivilprozessrechts*, en JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht*³ (Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949) p. 386; NEGRO, *La cauzione per le spese...* cit. p. 71; y VECCHIONE, *NNDI* 17 s.v. "*spese giudiziali*" (*diritto romano*) p. 1121.

¹⁷ Puede verse en BECKER-EBERHARD, *Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche* (Bielefeld 1985) pp. 20 ss. el pensamiento de la por él llamada *Unrechthafungslehre*, anterior a la codificación del derecho procesal, conforme a la cual el vencimiento viene a exteriorizar la injusticia de la pretensión.

¹⁸ BECKER/EBERHARD, *Grundlagen der Kostenerstattung...* cit. pp. 22 ss. y CHVOSTA, *Prozesskostenrecht* (Wien 2001) p. 133.

to del § 45 ÖZPO como una "*Milderung der Erfolgshaftung*"¹⁹. A esta corriente, puede sumarse también la *Gefährdungstheorie*, que justifica la imposición de las costas para el vencido sobre la base de que, con su conducta imprudente, esto es, provocando indebidamente la incoación de un proceso que podría haber evitado, en calidad de demandado, cumpliendo extraprocesalmente la pretensión que de él se esperaba; o en calidad de demandante, absteniéndose de poner en marcha un proceso sin las suficientes garantías de éxito, ha puesto en peligro el interés de la contraparte²⁰. También, como más relevante, no podemos dejar de contemplar la *Veranlassungstheorie*, conforme a la cual queda obligado a la reparación de las costas procesales aquel que ha motivado el proceso, deduciendo del consecuente vencimiento una ausencia de motivación para el planteamiento de un litigio²¹. Al examinar el sentir de la doctrina italiana y de las dificultades que generaba la vaga formulación del artículo 91 del *Codice di Procedura Civile*, nos inclinamos por la virtualidad a la que conduce el principio de causalidad frente al del vencimiento. Tal antítesis, como examinamos, obedecía a la dificultad de identificar el vencimiento con la simple conclusión de la instancia o, por el contrario, con la resolución sobre las cuestiones de fondo planteadas por los litigantes. A la vista de la imprecisión del legislador italiano, nos inclinamos por una interpretación extensiva del precepto y, por consiguiente, del concepto mismo de vencimiento, por lo que la distinción doctrinal italiana me resulta inadecuada. En cambio, contemplando el legislador austríaco y alemán la posibilidad de imponer costas a quien ha promovido caprichosamente (*ohne Anlass*) un litigio, se prescinde abiertamente del principio del vencimiento para dar preferencia, en cambio, al principio de causalidad, con lo que, en ambas legislaciones positivas, se hace patente un principio de primacía del interés público ordenado a la consideración del proceso como el último recurso al que deben acudir los ciudadanos para resolver sus conflictos privados, calificando como causante del proceso a aquel que, en definitiva, ha de cargar con el deber de reparar las costas. Se trata, por tanto, no de un causante cualquiera, sino de un causante cualificado, puesto que podría haber evitado el recurso al proceso, sea renunciando al ejercicio precipitado de la acción, sea allanándose a la motivada pretensión del demandante.

Con el devenir del tiempo, la doctrina fue precisando técnicamente el fundamento de su imposición en el sentido de que el proceso no debía suponer para el vencedor en el litigio una "*Schmälerung seines Sieges*"²², de manera que debía sufrir quien retrasara la definitiva atribución de un derecho a su titular las consecuencias, en el plano económico de su injusta pretensión, así acreditada a la conclusión del proceso, puesto que el fin último del derecho estriba en perseguir la plena eficacia de los derechos subjetivos²³ y debe constituir el último recurso del que deben disponer los ciudadanos²⁴. Con ello, se articulaba el principio de imposición al vencido, sin valoración alguna sobre su conducta, con lo que, de este modo, la eventual imposición de costas viene a actuar en el plano práctico a modo de filtro, cuya

¹⁹ POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes* I (Wien 1903) p. 59. Compartimos así el sentir de CHVOSTA, *Prozesskostenrecht...* cit. p. 125.

²⁰ Vid. las acertadas críticas de CHVOSTA, *Prozesskostenrecht...* cit. p. 128 en la medida en que la condena en costas no constituye sanción por el riesgo o la puesta en peligro, sino por el perjuicio efectivo que se puede detraer de la conducción intempestiva de un proceso.

²¹ No compartimos la idea de SIEBERT, *Die Prinzipien des Kostenerstattungsrechtes und die Erstattungsfähigkeit vorgerichtlicher Kosten des Rechtstreits* (1985) p. 77 y CHVOSTA, *Prozesskostenrecht...* cit. p. 126, según la cual la inclusión de la obligación de reparar las costas junto al principio de causalidad es problemática, puesto que, con independencia de quien sea el vencido a la conclusión del proceso, ambas partes las han causado.

²² POLLAK, *Die Zivilprozeßkosten nach österreichischen Rechte*, in *Festschrift Wach* I (Leipzig 1913) p. 139; KLEIN/ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs* (Mannheim-Berlin-Leipzig 1927) p. 158; y CHVOSTA, *Prozesskostenrecht...* cit. p. 14.

²³ WALDNER, *Die Lehre von dem Prozeßkosten nach österreichischen Prozeß- und Privatrecht* (Wien 1883) p. 60.

²⁴ Así, el § 204 ÖZPO viene a fomentar, en cualquier estadio del procedimiento, la transacción entre las partes sobre aspectos individuales de la contienda. Se trata, por consiguiente, como señalan KLEIN/ENGEL, *Der Zivilprozess...* cit. p. 160, de un principio que responde a una construcción más política que dogmática del derecho procesal.

consecuencia última es contribuir al aligeramiento de la administración de justicia (*Gerichtsentlastung*)²⁵.

Ciertamente, como ya puso de relieve SIEBERT, esta asociación de la imposición de costas al vencido, antes que suponer un freno para las causas imprudentemente planteadas, actúa disuasoriamente sobre las causas objetivamente controvertidas²⁶, sin olvidar que las dificultades para la consecución de la tutela judicial para los más desfavorecidos económicamente se resuelve con la asistencia judicial gratuita (*Verfahrenshilfrecht*)²⁷. Ciertamente, las medidas legislativas que pueden adoptarse al respecto bascularán inevitablemente entre el riesgo de fomentar la litigiosidad cuando solo de las contiendas imprudentes se exija el deber de reparar las costas o entre el hecho de erigir, con su generalización a todo el que pierde el proceso, un auténtico obstáculo desde el punto de vista económico para la consecución de una auténtica tutela judicial efectiva²⁸, pero la dirección del derecho comparado, como puede observarse en las directrices de la Comisión europea para la consecución de un derecho procesal-civil europeo, es precisamente la imposición de costas al vencido, que, por lo demás, es el sentir general de las legislaciones europeas actuales.

3.2. Examen sumario del régimen jurídico de las costas en ambas regulaciones: obligados al pago como regla general

La regulación del derecho alemán y austríaco nos ofrece un panorama muy similar, por lo que preferimos exponerlo conjuntamente, habida cuenta asimismo la identidad de terminología empleada por ambos legisladores.

Tanto el § 91 dZPO como el § 41.1 öZPO parecen consagrar el principio de vencimiento absoluto, de modo que la parte vencida ha de sufragar los gastos necesarios (*notwendige Kosten*)²⁹ llevados a cabo por su adversario procesal con la finalidad (*zweckentsprechend*) de obtener el reconocimiento de un derecho (*Rechtsverfolgung*) o de proveer a su defensa (*Rechtsverteidigung*), correspondiendo la determinación de los mismos, apreciadas todas las circunstancias, al tribunal y sin consideración a la cuestión de la culpabilidad³⁰. El legislador austríaco se limita a señalar que *die in dem Rechtstreite vollständig unterliegende Partei hat ihrem Gegner, sowie dem diesem beigetretenen Nebenintervenienten alle durch die Prozeßführung verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu ersetzen*, mientras que, en cambio, el legislador alemán, además de esta introducción general, desciende con mayor precisión al examen de los conceptos que deben ser indemnizados al vencedor, tales como *die Enschädigung*, acarreado a él o a los testigos que han intervenido en el litigio, *für die durch notwendige Reisen oder durch die notwendige Wahrnehmung von Terminen entstandene Zeitversäumnis*. Asimismo, se han de indemnizar las tasas legales (*die gesetzlichen Gebühren*) y la provisión de fondos de los abogados (*die Auslagen des Rechtsanwalts*) satisfechas ya por la parte vencida.

3.3. La condena en costas para el vencedor en el litigio

También se contempla, como hemos puesto de relieve, la condena en costas para aquel que ha planteado sin motivo alguno la acción, aunque finalmente haya obtenido con la sentencia el reconocimiento de su pretensión, siempre que de modo inmediato el demandado haya

²⁵ CHVOSTA, *Prozesskostenrecht...* cit. pp. 14 s.

²⁶ SIEBERT, *Die Prinzipien des Kostenerstattungsrechts...* cit. p. 138 ss.

²⁷ CHVOSTA, *Prozesskostenrecht...* cit. p. 16.

²⁸ Cfr. FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts* (Wien 1984) pp. 214 s.

²⁹ Según THOMAS/PUTZO, *ZPO Erläuterungen* (München 1998) p. 185 son gastos necesarios aquellos cuya ejecución se presenta como apta y requerida para obtener el reconocimiento o la defensa del derecho hecho valer en juicio.

³⁰ POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozeßrechtes...* cit. p. 80.; SCHUSTER, *Österreichisches Zivilprozeßrecht. Erkenntnis-, Sicherungs- und Exekutionsverfahren*⁴ (Wien 1907) p. 161; SCHRUTKA, *Grundriß des Zivilprozeßrechts* (Leipzig 1909) p. 119; KLEIN/ENGEL, *Der Zivilprozess...* cit. pp. 159 ss.; FASCHING, *Lehrbuch...* cit. pp. 217 ss.; BECKER-EBERHARD, *Grundlagen der Kostenerstattung...* cit. p. 11; ZÖLLNER, *Zivilprozeßordnung*²¹ (Köln 1999); y BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*⁵⁸ (München 2000) pp. 230 ss.

reconocido la pretensión, tal como resulta de los §§ 93 dZPO³¹ y 45 öZPO³². Se trata, por consiguiente, de una excepción al principio del vencimiento que, como tal, ha de interpretarse restrictivamente³³, que consiste en la imposición de las costas a aquel que vence el proceso, pero fundada en un comportamiento subjetivo que da primado al interés público de la no incoación de causas inútiles³⁴ antes que al derecho subjetivo que funda la acción, que, no obstante, tutela. Aquí, como ya hemos puesto de relieve, la injusticia no se asocia con el resultado que surge con la conclusión del litigio, sino que tal concepto se relaciona con la interposición de la acción, con el simple hecho de litigar, de modo que en la medida en que el acudir al proceso es tenido por injusto, desencadena la imposición de costas³⁵. El comportamiento subjetivo se desprende del inmediato reconocimiento de la pretensión por parte del demandado, lo cual es interpretado como indicativo de que el conflicto no es tal o al menos podría haberse intentado el resolverlo extrajudicialmente, lo cual no puede calificarse si no como planteamiento idealista y de poca consistencia práctica³⁶. Además, si la disposición pretende actuar como disposición disuasoria para el ejercicio de una acción, con el fin de estimular una mayor fluidez de la administración de justicia, se hace surgir, en mi opinión desafortunadamente, una doble *causae cognitio* por parte del juzgador, la primera dirigida a contemplar como conveniente o no la demanda planteada por el actor, la segunda dirigida a profundizar sobre la legitimidad de las pretensiones del demandante, esto es, a examinar el contenido del derecho subjetivo, cuya tutela se invoca. Ciertamente, no es tarea del juzgador contemplar la oportunidad o conveniencia de la presentación de una demanda civil, sino de examinar si el demandante tiene o no acción amparada en la titularidad de un derecho subjetivo. Sí que es tarea del juzgador admitir o rechazar si la pretensión es o no fundada, dejando para el curso del procedimiento el profundizado examen de la misma, con las eventuales alegaciones de la parte contraria y de los resultados a que pueda conducir la práctica de la prueba. El supuesto que contemplan ambos legisladores es, a mi juicio, paradójico. La idea de condenar en costas a quien ha entablado sin motivo un proceso nos hace pensar, inicialmente, en una resolución desestimatoria de la pretensión. Sin embargo, admitir la pretensión y aún más reconocer su legitimidad a través de una sentencia favorable para el actor, difícilmente puede casar con la idea de que el demandado no ha dado motivos para el ejercicio de la acción, pues, de lo contrario, la sentencia hubiera sido absolutoria o, incluso, la pretensión no hubiera sido admitida a trámite. Es claro que la justicia o injusticia de la pretensión es algo que depende del juez y queda deferida tal calificación al momento en que el juez dicta su sentencia.

De este modo, frente al principio del vencimiento, que opera como regla general, se contempla excepcionalmente el principio de causalidad en la medida en que tiene lugar la

³¹ *Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.*

³² *Hat der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage nicht Veranlassung gegeben und den in der Klage erhobenen Anspruch sofort bei der ersten Tagsatzung anerkannt, so fallen die Prozeßkosten dem Kläger zur Last. Er hat auch die dem Beklagten durch das eingeleitete gerichtliche Verfahren verursachten Kosten zu ersetzen.*

³³ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozeßordnung...* cit. p. 310

³⁴ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozeßordnung...* cit. p. 310.

³⁵ BECKER/EBERHARD, *Grundlagen der Kostenerstattung...* cit. pp. 22 s.

³⁶ Ciertamente, el planteamiento ilusorio del precepto ha sido, al menos paliado, con una interpretación ciertamente creadora por parte de la jurisprudencia, de modo que, básicamente, los supuestos de aplicación en los que piensa el legislador alemán son los de exigencia de una deuda antes del vencimiento o sencillamente aquellos en los que el demandado reconoce la pretensión del demandante. También aquellos en los que el demandado no ha sido requerido de pago con carácter previo al ejercicio de la acción e, incluso, ha sido reconocido por la Jurisprudencia, que el solo transcurso reciente del plazo no es motivo suficiente para entablar directamente el proceso. O también cuando pese al ruego del demandado, no justifica o documenta el demandante su reclamación pecuniaria. Vid. POLLAK, *System...* cit. p. 82; SCHUSTER, *Österreichisches...* cit. p. 162 n. 7; KLEIN/ENGEL, *Der Zivilprozess...* cit. pp. 159 s.; FASCHING, *Lehrbuch...* cit. p. 219; BECKER/EBERHARD, *Grundlagen der Kostenerstattung...* cit. p. 26; THOMAS/PUTZO, *ZPO...* cit. pp. 211 ss.; ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung...* cit. pp. 359 ss.; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozeßordnung...* cit. pp. 310 ss.; y CHVOSTA, *Prozesskostenrecht...* cit. p. 38.

imposición de costas a quien no resulta vencido en el proceso, pero, se entiende, que pudo evitar el hecho de acudir al proceso, que se deduce de tales preceptos como la *ultima ratio*³⁷.

3.4. Exteriorización de la imposición de costas

En cuanto al modo en que se exterioriza la imposición de costas, pueden apreciarse diferencias en la regulación alemana y austríaca. Según el öZPO, la fijación de costas debe acontecer en toda sentencia así como en aquellos autos que pongan fin de manera definitiva al litigio. También en aquellos otros autos en los que, aun no poniendo fin al proceso, el deber de indemnizar es independiente de la suerte del litigio principal. Así resulta del § 52.1 öZPO, que distingue entre *Urteile* y *Beschlüssen, welche eine Streitsache für die Instanz vollständig erledigen*, de donde resulta que la terminología empleada por el legislador austríaco viene a evitar el debate que ya contemplamos a propósito del examen del derecho italiano en torno al tipo de resolución judicial que puede contener condena en costas. Efectivamente, lo relevante para la imposición de las costas es que la resolución ponga fin completamente a la instancia o que, en caso de no ponerle fin, sea lo suficientemente independiente de la causa principal como para permitir una imposición autónoma de costas. La mención de la sentencia, mecanismo principal para poner fin a un proceso, junto con *die Beschlüssen*, que vienen a ser los autos que emanan del órgano jurisdiccional, da relevancia a la idea de que lo que motiva la imposición de las costas es que ante el juez *a quo* el litigio quede ventilado, aunque no haya propiamente un vencido, pues tal solo puede darse propiamente si la sentencia ha resuelto sobre el fondo del asunto, sea o no con valor de cosa juzgada³⁸. En todo caso, no hay inconveniente en que, tratándose de sentencias interlocutorias, cuestiones de competencia, quede deferida a la sentencia definitiva la disposición y concreción en torno a las costas³⁹.

El derecho alemán recoge también la obligación de oficio de imponer las costas al órgano jurisdiccional⁴⁰, pero carece de un precepto similar al austríaco que precise qué tipo de resoluciones son aptas para imponerlas. No obstante, los comentarios del dZPO coinciden en reconocer tal potestad no solo a las sentencias definitivas sobre cuestiones de fondo (*endgültige Urteile*), sino incluso a las sentencias interlocutorias (*Zwischenurteile*)⁴¹, puesto que la idea de contienda jurídica (*Rechtstreit*) se debe interpretar ampliamente⁴². Ciertamente no resulta complicado contemplar supuestos en los que la resolución interlocutoria puede resolver en relación con las costas de modo diverso a la sentencia definitiva, como ocurre a propósito de las cuestiones incidentales o las resoluciones que resuelven aspectos exclusivamente procesales. De ahí que tales resoluciones interlocutorias merecen autónomamente su propio y específico pronunciamiento en torno a las costas.

4. REFERENCIA A LA CONDENA EN COSTAS EN DERECHO ESPAÑOL

4.1. Fundamento y criterio para su imposición

En el seno de nuestra doctrina distingue con criterio Herrero Perezagua lo que es el fundamento de la condena en costas y los presupuestos para su imposición. Considera asimis-

³⁷ CHVOSTA, *Prozesskostenrecht...* cit. p. 38 n. 179.

³⁸ POLLAK, *System...* cit. p. 81 señala que "*Sieg und Unterliegen entscheidet sich im Erkenntnisverfahren nicht nach dem Erfolge der einzelnen Prozeßhandlungen, einzelner Angriffs- oder Verteidigungs-, auch Rechtsmittel, sondern nach dem Endergebnisse*".

³⁹ POLLAK, *Die Zivilprozeßkosten...* cit. p. 175 y *System...* cit. p. 81; SCHUSTER, *Österreichisches...* cit. p. 164 n. 12; SCHRUTKA, *Grundriß...* cit. p. 123; KLEIN/ENGEL, *Der Zivilprozess...* cit. pp. 165 s.; PETSCHKE/STAGEL, *Der österreichische Zivilprozeß. Eine systematische Darstellung* (Wien 1963) p. 288; FASCHING, *Lehrbuch...* cit. p. 221.

⁴⁰ § 308.2 dZPO: *über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen*.

⁴¹ THOMAS/PUTZO, *ZPO...* cit. pp. 181 s.; ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung...* cit. pp. 870 ss.; y BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozeßordnung...* cit. p. 1097.

⁴² ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung...* cit. p. 306.

mo que la condena en costas “obedece a la idea de que los derechos no deben sufrir una minusvaloración por el hecho de ser discutidos en un proceso” y en ello radica, por lo demás, su fundamento⁴³. Si se optara por no imponer las costas al vencido, ciertamente sería el vencedor quien sufriría propiamente un perjuicio patrimonial, si como tal puede estimarse el coste invertido en el reconocimiento judicial de su titularidad jurídica⁴⁴.

Como ya hemos puesto de relieve, la doctrina se ha esforzado por buscar un fundamento jurídico que justifique la generalizada inclinación de los ordenamientos positivos modernos por la imposición de las costas a aquel que pierde el litigio, aunque también el legislador español, consciente del peso de la tradición histórica, no ha dejado en el tintero el supuesto excepcional en el que el fundamento de la imposición se halla en la conducta temeraria o imprudente de uno de los litigantes. Por ello, señala Herrero Perezagua que “en los casos en que la temeridad o mala fe aparecen como una salvedad a la regla general (...) no se produce una mutación o huida del fundamento sino una corrección del criterio de condena”⁴⁵. En otro orden de cosas, Gutiérrez Zarza se olvida de lo que acontece en la esfera interna del derecho de los litigantes para conectar el deber de reparación de las costas procesales con la concepción del estado social de derecho y los inconvenientes prácticos de la Administración actual para soportar en su totalidad el coste del proceso⁴⁶.

Por cuanto ambos autores se están ocupando de aspectos distintos, su planteamiento debe integrarse. Así, Herrero Perezagua justifica la inclinación legislativa por el principio de la imposición de las costas al vencido, sin valoración alguna sobre las controvertidas razones jurídicas de una y otra parte. Gutiérrez Zarza, en cambio, busca explicar el porqué de la existencia misma de las costas como producto de una dimensión pública de la tutela de los derechos subjetivos individuales, lo que contribuye a formular un planteamiento de mayor amplitud, que se aparta intencionadamente de lo que constituye el interior de la relación procesal entre quienes intervienen en un litigio⁴⁷.

4.2. Los avatares históricos que contempla el legislador de 1881

La imposición de costas en el proceso civil es presentada de modo anárquico en la LEC de 1881, respondiendo a diversos criterios de aplicación en distintos supuestos. Así, no faltaba el principio del vencimiento encarnado en el aforismo latino *victus victori expensas debet*, mientras que en otros supuestos la imposición de costas se verificaba sobre el *improbis litigator*, sin olvidar también los casos en los que el deber de pagar las costas dependía del principio de causalidad, puesto que pesaba tal responsabilidad sobre quien, con su conducta, había desencadenado la puesta en marcha del proceso, sin atender a quien de él resultara o no vencido⁴⁸.

⁴³ Vid. HERRERO PEREZAGUA, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles* (Barcelona 1994) pp. 74 s.

⁴⁴ JUAN SÁNCHEZ, *Las costas procesales*, en *Derecho procesal civil (con ORTELLS RAMOS y otros)* (Pamplona 2000) p. 770 y HERRERO PEREZAGUA, *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil* (Madrid 2000) p. 147.

⁴⁵ Vid. HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. p. 75.

⁴⁶ Vid. GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas en el proceso civil* (Madrid 1998) p. 104.

⁴⁷ Vid. GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas...* cit. pp. 136 s. En este sentido, para señalar el fundamento de la imposición de las costas al vencido, sostiene idéntica postura, puesto que “deberá pagar las costas el litigante que haya causado el litigio. Por parte causante, se entiende quien no tiene razón y, por tanto, debiera haberse abstenido de aquel, o el sujeto procesal cuya pretensión o cuya oposición no ha sido acogida por el juez al que se ha acudido. Hasta el momento de la resolución jurisdiccional no es posible saber quién es la parte vencida y, por tanto, causante del proceso, pero desde su iniciación es necesario efectuar una serie de desembolsos para desarrollar la actividad procesal. Cada parte anticipa las costas porque no existe otra forma de continuar con la tramitación del procedimiento, pero tiene a su vez la seguridad de que en caso de obtener una resolución favorable, les serán reintegradas en su totalidad, porque el proceso no puede servir para causar a quien se sirvió de él un perjuicio, una disminución patrimonial”. Como puede verse, sostiene la autora la misma posición que Pajardi en el sentido de concebir ampliamente el principio del vencimiento, no como limitado a quien resulta vencido en un juicio declarativo, sino a aquel cuya pretensión no resulta estimada en instancia.

⁴⁸ Puede verse tal exposición en LOZANO-HIGUERO, *Constitución y proceso: el principio de imposición de costas* (León 1987) p. 99 y en FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC* (Valencia 2000) pp. 13 ss.

Con anterioridad a la reforma de la LEC de 1984, el Tribunal Supremo, ante la ausencia de un criterio legislativo concreto, dio un giro inusitado a la teoría del resarcimiento por culpa, de modo que la condena en costas vendría a acreditar el deber de satisfacer aquellos perjuicios ocasionados por el gravado por acción u omisión, sobre la base de las disposiciones generales del Código Civil para la represión de la culpa extracontractual⁴⁹. De este modo, se articulaba así la imposición de costas a quien se había conducido procesalmente con culpa o negligencia, por la que la actividad judicial quedaba reducida a la indagación en torno a la concurrencia de los presupuestos que fundaran tal imposición, basada por consiguiente en la ejecución de una conducta imprudente⁵⁰.

En realidad, admitida la condena en costas para los supuestos de ejercicio imprudente de la acción desencadenante de la incoación de un proceso, se extiende también la imposición de costas, como no podía ser de otro modo, a aquellos que persiguen la vejación u ofensa del demandado, puesto que no otra cosa puede perseguir quien es consciente de la falta de justicia o de fundamentación jurídica de la pretensión que pretende sostener contenciosamente⁵¹.

Tras la reforma referida se instauró el principio del vencimiento absoluto, que tiene por principal característica la imposición de costas para aquel que pierde el litigio, prescindiendo de toda valoración sobre la conducta subjetiva que han mostrado los litigantes, esto es, olvidando el otrora deseo de individualizar la culpa en alguno de los contendientes. De este modo, se contribuye, desde el punto de vista de la utilidad práctica, a la consecución de una mayor seguridad dentro del sistema jurídico⁵². Con ello, como del presente trabajo puede

⁴⁹ Artículo 1902 CC: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Vid. MUÑOZ GONZÁLEZ, *Las costas* (Madrid 1981) p. 87; LOZANO-HIGUERO, *Constitución...* cit. pp. 100 s.; HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. p. 95; GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas...* cit. pp. 276 ss.; y FUENTES SORIANO, *La costas en la nueva LEC...* cit. pp. 85 ss.

⁵⁰ Cfr. LOZANO-HIGUERO, *Constitución...* cit. pp. 115 s. y HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. p. 135.

⁵¹ Precisamente, por el hecho de que la condena en costas alcanzaba a ambos tipos de comportamiento (el temerario y el de mala fe), “*la tradición legislativa y las resoluciones jurisprudenciales se han referido indistintamente y con harta frecuencia a los términos temeridad y mala fe como indicadores de una circunstancia subjetiva del litigante cuyas diversas manifestaciones son reconducibles a una misma idea: tener conciencia de la injusticia, ser conocedor de la falta de razón*”, pero es evidente que la referencia a ambos conceptos, incluso en un mismo proceso, revela un distinto campo semántico de los mismos, que debe llevar a valorar una distinta intensidad jurídica en la configuración de esa especial conducta subjetiva del condenado. Vid. HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. pp. 129, quien en p. 131 señala cómo el concepto de temeridad reviste una mayor amplitud, comprendiendo el más estricto de la mala fe. Inaceptables me parecen las conclusiones de FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC...* cit. pp. 129 s. identificando la temeridad y mala fe con los supuestos de excepción al rigor del principio del vencimiento tanto en la LEC de 1881 como en la de 2000. Igualmente sorprendente es la aproximación de la conducta temeraria y la maliciosa como criterio de imposición (pp. 133 ss.) cuando, a nuestro juicio, el legislador no hace más que reproducir la distinción entre la conducta procesal imprudente del que demanda o se opone y la conducta agravada exteriorizadora de un afán vejatorio limitado a la conducta desplegada por la parte actora que, en modo alguno, podría calificarse como culposo.

⁵² Artículo 523 de la LEC de 1881: “*En los juicios declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición. Si la estimación o desestimación fueren parciales cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de las partes por haber litigado con temeridad. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado...*”. Artículo 710.2 LEC de 1881: “*La sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia deberá contener condena en costas al apelante, salvo que la Sala estime motivadamente que concurren circunstancias excepcionales que justifican otro pronunciamiento*”. Artículo 873.2 LEC de 1881: “*La sentencia confirmatoria o que agrave la apelada impondrá las costas al apelante, salvo que la Sala, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento*”. Artículo 896.3 LEC de 1881: “*El fallo confirmatorio de la resolución apelada impondrá las costas al apelante, salvo que la Sala, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento*”. Artículo 1715.2 LEC de 1881: “*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*”. En este sentido, nos dice GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas...* cit. p. 282, que “*ha de reconocerse que su incorporación a la LEC (la del artículo 523) ha puesto punto final a la ausencia de un criterio legal de carácter general en materia de costas (...)* Con ello se ha contribuido, además, a disminuir la inseguridad jurídica que provocaba dejar en manos de los órganos

inducirse, la unidad de criterios es el sentir generalizado en la legislación comparada europea, hasta el punto de que ha sido el criterio escogido por la Comisión europea para la consecución de un derecho procesal-civil europeo.

La contundente formulación del principio del vencimiento viene, sin embargo, a quedar atenuada por la contemplación de algunos supuestos excepcionales a través de los cuales el legislador de 1984 rinde cumplido homenaje a lo que constituía la tradición de nuestro derecho histórico. Así, resulta siempre posible al juzgador la exoneración de costas en los casos en que lo considere oportuno. También la discrecionalidad judicial puede desembocar en un agravamiento del deber reparatorio del condenado cuando en la sentencia haya quedado acreditado su comportamiento temerario, que consiste propiamente en la ausencia de límites, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 523.4 LEC de 1881, de la cuantía de las costas que debe soportar como tal, con lo que así quedaron acogidas algunas de las objeciones doctrinales que se han realizado en torno a la estricta aplicación del principio de vencimiento absoluto⁵³, pero al propio tiempo, al consagrar el legislador esta combinación de un criterio objetivo, que actúa como regla general, con un criterio subjetivo que lo mitiga (las circunstancias excepcionales, la temeridad y la mala fe) y que puede determinar, según los casos, bien su no imposición, bien el agravamiento de su importe para el vencido, se hace patente una cierta inseguridad sobre la base de un tan amplia facultad discrecional concedida al juzgador⁵⁴.

Ello estimula al propio tiempo el deseo y la necesidad de dar precisión a la amplia perspectiva que se infiere del precepto. Tal tarea ha correspondido, como es natural, a la actividad crítica de la ciencia del derecho procesal sobre la base de las correcciones efectuadas por la jurisprudencia, todo ello con la finalidad de dotar al precepto, en su vertiente aplicativa, de la precisión que descuidó el legislador⁵⁵. El objeto de atención no ha sido otro que el de acotar aquello que ha de integrarse dentro del concepto "circunstancias excepcionales". Si la intención del legislador, con carácter novedoso, fue introducir el principio del vencimiento absoluto como expresión de un criterio objetivo que venía siendo exigido desde hacía tiempo por la doctrina científica, entonces es claro que tales "circunstancias excepcionales" deberían ser objeto de una muy restringida interpretación con el fin de no hacer caer en el nada la noble intención del legislador⁵⁶. Estas "circunstancias excepcionales" servirían, por consiguiente, para modelar el rigor del principio del vencimiento, posibilitando aparentemente la invocación por otros caminos del principio de causalidad, que tanto juego ha dado en las legislaciones anteriormente examinadas. Sin embargo, el principio de causalidad presupone la posibilidad de condena en costas incluso para el vencedor del litigio, lo cual, a la vista de la regulación de la LEC de 2000, resulta del todo punto imposible, frente a la regulación alemana y austríaca, puesto que la mala fe y la temeridad tan solo pueden suponer un incremento de

*jurisdiccionales la facultad de decidir la oportunidad o no de condenar en costas, inspirándose únicamente en consideraciones subjetivas sobre la conducta de los litigantes. A partir de la Reforma, juzgados y tribunales se encuentran vinculados por un precepto positivo, que deben aplicar (...), y solo podrán apartarse de él cuando así lo permita expresamente dicho precepto". Vid. también FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC...* cit. p. 92 s.*

⁵³ Cfr. LOZANO-HIGUERO, *Constitución...* cit. pp. 106 ss.

⁵⁴ Esta regla general viene concretada, en sede de juicios ejecutivos, donde también se da relevancia al comportamiento temerario de los litigantes en el hecho de conducirse procesalmente en el artículo 1474 LEC de 1881, en relación con su anterior: "*en el primer caso del artículo anterior se impondrán las costas al ejecutado, a menos que habiendo alegado y probado alguna de las causas de oposición del artículo 1466, hubiere consignado, al tiempo de formularla, la cantidad adecuada. En el segundo, al ejecutante. En el tercero, cada parte pagará las causadas a su instancia, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad...*".

⁵⁵ Cfr. GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas...* cit. pp. 302 ss. En concreto, en p. 304 nos dice: "*las 'circunstancias excepcionales' son objeto de una interpretación muy amplia por los órganos jurisdiccionales, y van más allá de la tradicional apreciación de temeridad o mala fe, para abarcar prácticamente aquellos casos en los que una de las partes, pese a resultar vencida en juicio, hubiera tenido 'justa causa' para litigar*".

⁵⁶ Señala HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. p. 170 s. cómo la jurisprudencia ha acudido, entre otros, como criterios que excepcionan el principio general de imposición de costas al vencido a la buena fe del mismo o la razonabilidad de la pretensión finalmente vencida, ambos criterios criticados por el autor citado.

las costas para el que resulta vencido y, simplemente por tal condición, obligado a su satisfacción⁵⁷.

El esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia no termina aquí, sino que, con idéntica interpretación restringida, resulta conveniente precisar los perfiles que determinan la imposición de las costas como consecuencia de la adopción de un determinado comportamiento subjetivo con relación al litigio. De este modo, siguiendo a Herrero Perezagua, cabe enunciar los elementos esenciales que debían revestir, para la imposición de costas, la temeridad y la mala fe⁵⁸:

“1.- La mala fe y la temeridad de los litigantes constituyen cuestiones de hecho.

2.- La apreciación de estas circunstancias es facultad soberana de los órganos de instancia.

3.- (En consecuencia), la apreciación del criterio subjetivo resulta inatacable en casación”.

A pesar de la claridad que emanaba de la simple formulación de estos principios, es conveniente poner de relieve cómo los mismos experimentan en ocasiones matices y especialidades que conviene resaltar en este momento. Así, en cuanto al primero de los criterios señalados, en algunas ocasiones los tribunales se han inclinado por calificar la apreciación de la mala fe y de la temeridad, no como cuestiones de hecho, sino como un verdadero juicio jurídico valorativo⁵⁹. Como consecuencia de ello, se hace necesario matizar asimismo los principios enunciados a continuación, de modo que, en cuanto tal juicio jurídico, no debe quedar limitado su conocimiento al tribunal de instancia ni impide que, en algunos supuestos (como así ha sucedido), las cuestiones relativas a la apreciación de la mala fe o temeridad puedan ser objeto de un recurso de casación.

4.3. Su regulación en la LEC de 2000

La LEC de 7 de enero de 2000 no ha alterado los principios en los que fundar el deber de reparación de las costas en el proceso civil. De este modo, continua siendo el principio del vencimiento en el proceso el que determina el deber de soportar las costas para uno de los litigantes, en la medida en que su pretensión haya sido rechazada en su totalidad⁶⁰. No es necesario, en este caso, solicitar expresamente la condena en costas, sino que esta viene impuesta en todo caso, dado el carácter de norma de *ius cogens* del artículo 394, siguiendo así lo ya apuntado para el derecho alemán⁶¹. También, conforme a este precepto, resulta posible evitar la condena en costas “cuando el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”, criterio este que viene a sustituir a la disposición de igual sentido en el antiguo artículo 523 y contenida bajo la desmesuradamente extensa locución de “*circunstancias excepcionales*”⁶². El legislador ha contemplado aquí, a mi juicio, como válvula de escape de una rigurosa aplicación del principio del vencimiento, el sentir de

⁵⁷ Por consiguiente, no compartimos el criterio de FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC...* cit. pp. 96 ss. cuando señala que es el principio de causalidad el que rige y ha regido como criterio de imposición de las costas.

⁵⁸ Vid. HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. p. 151. También, cfr. GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas...* cit. p. 308.

⁵⁹ Vid. HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. p. 152 n. 334 y GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas...* cit. p. 309.

⁶⁰ Artículo 394.1 LEC de 2000: “en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”; artículo 398.1 LEC de 2000: “cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394”.

⁶¹ HERRERO PEREZAGUA, *La representación...* cit. p. 149 y FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC...* cit. p. 43.

⁶² Para las críticas a esta nueva redacción con la que se dota a la excepción del principio del vencimiento como regla general, HERRERO PEREZAGUA, *La representación...* cit. pp. 150 s. y FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC...* cit. pp. 93 s. y 117 ss.

la doctrina internacional en relación con aquellas causas objetivamente dudosas, respecto de las que, con carácter previo a la emanación de la sentencia, resulta del todo punto imposible aventurar el sentido de la resolución final. En tal caso, el legislador hace cesar acertadamente, en función del caso concreto, el deber de satisfacer las costas procesales, pues se entiende que en tales supuestos no ha sido infundado el recurso al proceso, sino más bien declarativo de legítimas titularidades subjetivas.

No obstante, el legislador de 2000 no olvida la imposición fundada en la conducta subjetiva de los litigantes, con lo que la condena en costas se impondrá, en los casos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones de las partes, a aquel de los litigantes que se haya conducido en el proceso con temeridad o mala fe, lo cual se evidencia ante la falta de fundamento de su pretensión⁶³. En todo caso, el pronunciamiento sobre costas que se funde en este criterio subjetivo debe motivarse, con expresión de cuáles hayan sido las conductas de las que ha resultado deducida la temeridad o la mala fe⁶⁴.

4.4. Resoluciones en que pueden imponerse las costas en el Derecho español

Ya hemos planteado anteriormente que la posibilidad de que las costas sean impuestas, no solo en sentencias que se ocupen del fondo del asunto, sino también en aquellas que concluyen con la absolución de la instancia o en los incidentes interlocutorios, se encuentra íntimamente ligada a la vaguedad con la que se expresa el legislador italiano, al imponer las costas al vencido en una *sentenza che chiude il processo*. Tampoco el dZPO se ha preocupado especialmente de la cuestión, de modo que la imposición de costas, en principio, puede exteriorizarse, de acuerdo con una interpretación extensiva, en aquellas resoluciones que no superongan conclusión definitiva del proceso a propósito de los derechos subjetivos hechos valer en juicio.

Nuestra LEC tampoco es una excepción en cuanto al silencio que muestra sobre la cuestión, pero la más acertada consagración del principio del vencimiento permite resolver satisfactoriamente la cuestión. No existen, por consiguiente, de acuerdo con nuestro sistema jurídico, dudas en torno a lo que debe entenderse propiamente por vencimiento. Así, siguiendo a Herrero Perezagua, por lo que se refiere a la imposición de costas en las sentencias de carácter procesal que suponen la absolución de la instancia, son diversas las opiniones que se han vertido en el seno de la doctrina y, al igual que hacíamos con el derecho italiano, debe tenerse en cuenta como criterio esencial la terminología empleada por el legislador. El nuestro impone las costas, con carácter general, en el artículo 394 de la LEC de 2000 a aquel que experimenta el rechazo de sus pretensiones y ello no supone necesariamente un examen del fondo del litigio, sino que el rechazo acontece en todos aquellos casos en los que lo pedido por el actor no prospera, incluso aunque ello se produzca por motivos meramente procesales y, por tanto, quede abierta la facultad del demandante de volver a interponer la acción con posterioridad en el tiempo. La no previsión de una normativa específica para estos casos obedece a la innecesariedad de la misma, sin que debamos nosotros hacer distinciones que el propio legislador no ha previsto⁶⁵.

En cuanto a la oportunidad de imponer las costas en las sentencias interlocutorias, entiende Herrero Perezagua que ello se encuentra conectado con la cuestión de si en tales incidentes puede o no hablarse propiamente de vencimiento. Y para ello, hay que acudir a la casuística

⁶³ Así, conforme al artículo 394.2 LEC de 2000, "*si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad*". También la mala fe o temeridad de los litigantes, como criterio de imposición de las costas, viene contemplada en el artículo 395.1 y en el 506.2 LEC de 2000.

⁶⁴ HERRERO PEREZAGUA, *La representación...* cit. p. 157.

⁶⁵ Vid. HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. pp. 104 ss. Esta es la posición acogida últimamente por el Tribunal Supremo, que con anterioridad había mantenido un criterio distinto. Sobre esta cuestión, cfr. GUTIÉRREZ ZARZA, *Las costas...* cit. pp. 291 ss. Vid. también FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC...* cit. pp. 111 s.

natural de los propios incidentes, distinguiendo, por tanto, entre aquellos incidentes que tienen por contenido una declaración de derecho que resuelve un conflicto de intereses entre dos partes, de modo que uno de ellos adquiere la condición de vencido; y aquellos otros que no tienen por objeto resolver tal conflicto, donde no hay propiamente vencimiento y, por consiguiente, no cabe la imposición de costas⁶⁶. Con mayor precisión, Fuentes Soriano, sobre la base del principio de autonomía del incidente, permite su oposición en “*cualquier resolución que ponga fin al proceso*”, siendo tales “*las sentencias (ya sean de fondo o absolutorias en la instancia), los autos resolutorios de incidentes, los que resuelven recursos y los que ponen fin al proceso haciendo imposible su normal terminación*”⁶⁷.

Se aprecia, de este modo, un distinto régimen jurídico entre el derecho español y el italiano. El artículo 91 del *Codice di Procedura Civile* italiano parece aplazar al momento de la sentencia definitiva la imposición de costas, incluso por los incidentes interlocutorios previos, mientras que en derecho español se configura la autonomía de tales incidentes a efectos de la fijación de las costas, “*que se imponen en su momento procesal oportuno, independientemente de su posterior y eventual coincidencia con la condena final*”⁶⁸.

⁶⁶ Vid. HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. pp. 108 s. También, en p. 224 nos dice que “*contendrán pronunciamiento en materia de condena en costas todas las sentencias y determinados autos: los que resuelven incidentes, los que deciden recursos y los que pongan término al juicio haciendo imposible su continuación*”. No contendrán, en cambio, condena en costas “*aquellas que deciden cuestiones pero no los juicios y aquellas que deciden una fase procesal*”. De nuevo, en relación con esta cuestión, cfr. HERRERO PEREZAGUA, *La representación...* cit. pp. 179 s.

⁶⁷ FUENTES SORIANO, *Las costas en la nueva LEC...* cit. p. 44.

⁶⁸ Vid. HERRERO PEREZAGUA, *La condena...* cit. p. 109.