

A propósito de la condena en costas en el derecho justinianeo

Alejandro VALIÑO

(Universitat de València)

1.- Recorrido de la institución en época imperial hasta el establecimiento del vencimiento absoluto como criterio de imposición

Si así hemos titulado el epígrafe, para deshacer posibles entuertos, debe ponerse de relieve cómo las reformas justinianas no tienen un talante excesivamente innovador en lo que a la introducción de la institución se refiere, pues la condena en costas, con algunos precedentes clásicos¹, se hallaba ya plenamente reconocida en di-

¹ Ulp. 5 de off. procons. D. 5.1.79pr: *Eum, quem temere adversarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportebit*. Sobre el pasaje, vid. últimamente MANTOVANI, *Il «bonus praeses» secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del «de officio proconsulis» di Ulpiano*, en *BIDR* 96-97 (1993-1994) 213, con bibliografía en n. 33; CAMACHO DE LOS RÍOS, *Problemas judiciales en la legislación novelar justiniana: la lentitud y costo de los litigios*, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante* 8 (1993) 121; y A. VALIÑO, *La «aemulatio» en el derecho romano: su examen en sede de relaciones de vecindad y de calumnia procesal*, Santiago de Chile 2002, 214 ss. También, vid. A. VALIÑO, *Una propuesta para la extensión del tradicional campo de aplicación de la noción de «aemulatio»*, en *BIDR* 101-103 (1998-2000) y *En torno a la adscripción al procedimiento formulario de D. 5.1.79pr (Ulp. 5 de off. procons.)*, en *IVRA* 51 (2002), en el que un estudio más detenido del fragmento lleva a su adscripción a un tipo de proceso que se desarrollaría en provincias sobre la base de una fórmula, pero sin las estrecheces de procedimiento practicadas en Roma. En relación con esta doctrina, conviene especialmente detenerse en lo que refiere CAMACHO DE LOS RÍOS, *Problemas judiciales en la legislación novelar justiniana* cit. 120: “durante la época clásica, se emitieron los *poenae temere litigantium*, destinadas a sancionar y desalentar al litigante temerario; quien litiga conociendo con seguridad su falta de razón o apoyo jurídico, con la sola intención de alterar el normal curso de los procesos; dichas penas, sin alterar la gratuidad procesal, imponían una condena al *duplum*,

versas constituciones recogidas en el Código Teodosiano, ofreciéndonos un cambiante criterio legislativo en orden a su imposición, lo que motivó la intervención justiniana dirigida a dar primado a la seguridad jurídica en lo que a las consecuencias de la actividad procesal podía suponer para los litigantes. En efecto, es sabido que desde Adriano se hizo patente una notable burocratización de la actividad jurisprudencial y ello alcanza, como es natural, a la misma resolución de los conflictos de intereses de los ciudadanos particulares a través del proceso. Ya no se trata de ventilar una controversia eminentemente privada, fiada al buen criterio de un ciudadano particular elegido como juez para resolverla mediante la

compensándose a la parte vencedora en el litigio de los gastos generados en el desarrollo del proceso". Conviene precisar, a la luz de Gai. 4.172 (*quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur coniungatur*), que ciertamente a los recursos vinculados a la temeridad o comportamiento calumnioso de los litigantes a propósito de un proceso concreto en derecho clásico (*iudicium calumniae, iusiurandum calumniae, actio in quadruplum*, ex Ulp. 10 *ad edictum* D. 3.6.1pr) pueden añadirse ciertas penas que, o bien derivan de una actividad previa de las partes que da lugar a las mismas, como sucede con las *sponsiones et restipulationes* (condicionadas estos incrementos de la condena pecuniaria al efectivo cruce de promesas entre los litigantes), o bien de la intrínseca naturaleza de ciertas acciones. Así se hace posible en la tramitación de ciertas acciones que el absuelto en el juicio principal entable un *iudicium contrarium* contra su adversario (ex Gai. 4.177), mientras que en otras, aquellas que son herederas en el procedimiento formulario de la antigua *manus iniectio*, sí resulta posible imponer una reduplicación de la condena contra el *infittians*, que, en definitiva, es quien se opone sin fundamento. Pero sí es importante precisar que esta reduplicación de la condena no se extiende a todos aquellos supuestos en los que el demandado litiga sin razones valederas, sino limitada a estos pocos casos que Gayo enumera en Gai. 4.9 y 4.171 (*actio iudicati, actio depensi, actio legis Aquiliae* y *actio ex testamento*). De ahí que el supuesto de la litiscrescencia al doble deba desmarcarse de la problemática de las costas procesales. Vid. también LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español*, en *AHDE* 34 (1964) 359 ss. y VECCHIONE, s.v. *spese giudiziali (diritto processuale civile)*, en *NNDI* 17 (1970) 1122. También condicionada a la malicia puede situarse ya en pleno período postclásico (C.Th. 4.18.1) la exigencia de un *fructus duplio* al *mala fides possessor* en relación con la tramitación de una *vindicatio rei cognitoria*. Por otro lado, se sirve CAMACHO DE LOS RÍOS en pág. 121 del binomio *improbus litigator*, el cual no sólo pertenece al lenguaje del derecho postclásico, sino que presupone una condena en costas bifrente para el actor o para el demandado, condicionada o no a su comportamiento temerario; en cambio es impropio hablar genéricamente de *improbus litigator* a propósito de Ulp. 5 *de off. procons.* D. 5.1.79pr, no solamente porque el pasaje no utiliza esa expresión, sino porque el *viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportere* corre exclusivamente a cargo del actor, *quem temere adversarium suum in iudicium [vocavisset]*.

emisión de una opinión (*sententia*), sino que a medida que avanzamos en pleno período postclásico la actividad de la Administración de justicia se despliega a través de un número ingente de funcionarios, a cuyo mantenimiento deben contribuir los litigantes a través de las *litis expensas*, una de las expresiones a través de las que las fuentes bizantinas se refieren a nuestras costas procesales².

El criterio para su imposición va variando con el tiempo, condicionada inicialmente a la observancia de un comportamiento temerario³ de parte del actor con función netamente penal concretada en el *iudicium calumniae*, supeditada más tarde al hecho objetivo de la pérdida del litigio cualquiera que haya sido la conducta desplegada al inicio o durante la prosecución del litigio por parte de los litigantes, con lo que la evolución de los presupuestos para su imposición discurre desde la más restringida consideración subjetiva de la actividad de las partes, al tener en cuenta únicamente el *animus vexandi* del demandante, considerado como *improbis litigator*, hasta alcanzar la más flexible objetivización, pues todo proceso concluye con la imposición de las costas para el vencido, lo que se concreta en la máxima *victus victori expensas debet* y en la concepción también propia del derecho moderno de que el juez debe pronunciarse al respecto, de oficio, en la misma sentencia en

² BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano: il processo civile* 3, Torino 1915, 184; SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizi e difesa dei diritti*, Roma 1936, 313; WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, 323; LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (IV)*, en *RIDA* 15 (1968) 290 n. 29; BERGER, s.v. *sumptus litis (in litem)*, en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, reimp. Philadelphia 1980, 724; SILVA MELERO, s.v. *costas (historia)*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* 5 (Barcelona 1953) 857 s.; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*², München 1996, 496; y LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 303 y 334 s.

³ La promoción de la sanción de la temeridad, en este caso, en sede de proceso, debe enmarcarse en el campo más amplio de represión del abuso de derecho y desde el momento en el que se percibe una dulcificación del rigor del *ius civile* por vía pretoria a través de la *aequitas*. Así lo puso de relieve en su comunicación, que sepamos inédita, JAUBERT, *La «temeritas» et l'abus des droits en droit romain*, de la que nos dan cuenta LINGER, *La XXII^e Session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité, Pérouse, 11-14 septembre 1967*, en *RIDA* 15 (1968) 516; y CRIFÒ, *Cronache. La «Société» a Perugia*, en *Labeo* 13 (1967) 428.

la que resuelve sobre el fondo (*omnis iudex in sententia sua iubeat victum praestare omnes expensas in iudicio erogatas*)⁴.

El exponente más inmediato de la regulación justiniana viene representado por una Constitución del emperador Zenón del año 487, que se encuentra ubicada en los Basílicos⁵ y que ha sido traída de la mano de Cuyacio a esta edición del *Codex* tanto en su versión

⁴ A esta evolución de los criterios para su imposición se refiere CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*², Roma 1935, 32, quien señala que “una legislazione infatti può disciplinare la condanna nelle spese, o pronunciandola in genere contro il soccombente senza riguardo alcuno all’animo con cui entrò o rimase nel processo; o condizionandola all’esame della intenzione e della condotta del litigante: e in questo caso può assoggettarvi il soccombente colposo puramente e semplicemente, oppure soltanto il soccombente malizioso, cioè quello che, conscio dell’ingiusto, attaccò o si difese. Una legislazione può anche ammettere la condanna nelle spese in entrambi i casi, aggravandola particolarmente nel secondo”. También PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano 1959, 262 s., señalando que “dalla condanna dell’attore temerario soccombente si è passati alla condanna del convenuto temerario soccombente; da questo alla condanna del soccombente, presumendone una latente temerarietà; infine, alla condanna del soccombente come tale, senza alcuna ricerca della buona o mala fede se non per stabilire una specifica temerarietà, ma soltanto quale causa di un’ulteriore responsabilità, generatrice di una sanzione pecuniaria a favore dell’erario, e con rilievo della buona fede oggettiva in relazione alla *anceps causa* comportante l’assoluzione del soccombente dalle spese”. Otros autores, cuya doctrina ha sido agudamente criticada por CHIOVENDA, mantuvieron anteriormente otros criterios, pero sus planteamientos pueden considerarse superados por las firmes y fundadas conclusiones del insigne procesalista italiano, pese a que sin excesivo fundamento más modernos autores hayan afirmado, como VECCHIONE, s.v. *spese giudiziali (diritto processuale civile)* cit. 1122, “che la teoria che fa discendere la responsabilità per le spese dal fatto obiettivo della soccombenza non trovi conferma nelle fonti del tardo diritto romano”. Un resumen de las tesis más antiguas y de la crítica chiovendiana puede verse en SILVA MELERO, s.v. *costas (historia)* cit. 858 ss.

⁵ Prácticamente idéntica es la redacción contenida en la edición greco-latina de HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, Leipzig 1833-1870, 459 s.: B. 9.3.69: *Constitutio praecipit, ut omnis iudex in sententia sua iubeat, victum reddere omnes expensas in iudicio erogatas: iudice potestatem habente, ut modum expensarum excedat usque ad decimam expensarum partem, si ipsum victi improbitas ad hoc permoverit: ita ut id, quod expensas excedit, ad publicas rationes pertinet: nisi forte iudex damnum, quod pars vietrix pertulit, sarcire volens partem aliquam eorum ei addixerit...* En conexión con este régimen puede indicarse la Novela 82.10 (539), que incorpora el *iusiurandum* ofrecido al actor que ha vencido en el litigio como mecanismo para la fijación del importe al que se elevan los gastos del proceso.

griega como en su traducción latina, reproduciendo ahora únicamente ésta última⁶:

C. 7.51.5pr (487)⁷:

Constitutio sancit, ut unusquisque iudex in sententia sua victum omnes sumptus in litem erogatos praestare iubeat, data litentia iudici sumptus etiam excedere usque ad decimam eorum quae erogata sunt partem, quotiens victi impudentia eum ad hoc commoverit, ut quae sumptus excedan ad publicas rationes pertineant, nisi forte iudex morae reparandae gratia, quam victrix pars passa est, ei aliquam partem ex his attribuerit.

El inciso inicial recoge el principio del vencimiento absoluto como modalidad de imposición de las costas, que se ha plasmado en la mayor parte de las legislaciones modernas en cuanto al procedimiento civil (*ut unusquisque iudex in sententia sua victum omnes sumptus in litem erogatos praestare iubeat*), que sujeta al pago de dichas costas al vencido por el mero hecho de serlo, al propio tiempo que se establece el deber de todo juez (*unusquisque iudex... iubeat*) de concretar las costas deducidas en el proceso a través de una sentencia. Aquí ya no se distingue entre actor y demandado (“*plaintiff or defendant*”⁸), sino que queda sujeto al pago de las costas del litigio el vencido (*victus*)⁹. Frente a la evidencia de la

⁶ Algunas variaciones no sustanciales en la redacción de esta constitución presenta el epitome que se recoge en la edición de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho civil romano* 2, 2, Barcelona 1895, 257.

⁷ Esta versión de la *constitutio Zenonis*, tomada de la edición de MOMMSEN-KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis II, Codex Iustinianus*¹⁴, Frankfurt am Main 1967, difiere en poco de la que toma en consideración GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho civil romano* V.1 y 2, edición bilingüe, Barcelona 1892-1895, quien seguía la edición publicada por KRIEDEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN.

⁸ BERGER, s.v. *sumptus litis (in litem)* cit. 724.

⁹ De nuevo una crítica al tratamiento que del pasaje hace CAMACHO DE LOS RÍOS, *Problemas judiciales en la legislación novelar justiniana* cit. 122 ss. Así, en n.14 erróneamente señala que “frente a esta tesis (la de CHIOVENDA, para quien C. 7.51.5pr auspicia “el principio general y absoluto de la carga de las costas procesales en la parte perdedora de la causa”) responden numerosos romanistas que indican que...la carga de las costas al vencido se debe limitar a un número restringido de supuestos...”. Lo cierto es que, al contrario, es CHIOVENDA quien critica las tesis precedentes, principalmente las de WALDNER y ERMAN, cuyos trabajos, que no hemos podido consultar, son más antiguos. Es más, la interpretación que CHIOVENDA da a los distintos pasajes interesados en la condena en costas ha sido tan acertada y de tanto calado que apenas ha habido aportaciones sobre la materia con posterioridad, por lo que cualquiera que se atreva a confutar sus aportaciones no tiene otro camino que llevar adelante una investigación profunda

letra del fragmento, Camacho de los Ríos parece adscribirse a la posición que estima que “no existe en la constitución de Zenón, ni en la legislación justiniana, ningún principio general de responsabilidad objetiva por los gastos del litigio, aun más tomando en consideración otras fuentes como C. 3.1.13 o, con más énfasis, por Justiniano en I. 4.16.1 (*de poena temere litigantium*)”¹⁰. Sólo nos queda, ante esta posición que, en mi opinión, se aleja del tenor mismo de la *constitutio Zenonis*, reiterar la claridad y nitidez con la que aparece expresado, a modo de regla general no exenta de algunas excepciones que veremos más adelante, el deber del juez de imponer (*ut unusquisque iudex in sententia sua...iubeat*) todas las costas devengadas en el curso del litigio (*omnes sumptus in litem erogatos*) al que pierde el proceso (*victim*): en este caso bien puede afirmarse que *in claris non fit interpretatio*, por lo que, como más adelante se desarrolla, no podemos sino acogernos a la interpretación chiovendiana de las fuentes que se ocupan de la condena en costas en derecho postclásico.

En todo caso, la fijación de un sistema objetivo de imposición de las costas tan ajeno al examen del comportamiento procesal desplegado por los litigantes, presente por el contrario en un primer plano en Ulp. 5 *de off. procons.* D. 5.1.79pr exclusivamente para el demandante que opera temerariamente y a salvo algunas

y concienzuda sobre la base de su *Condanna nelle spese giudiziali* cit. que abarque asimismo la amplia base textual, muy especialmente la que nos dispensa la legislación imperial desde el siglo V.

¹⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, *Problemas judiciales en la legislación novelar justiniana* cit. 122 n. 14. Ciertamente, su criterio es notablemente confuso, pues en el texto principal nos dice (también en pág. 123), a modo de comentario de C. 7.51.5pr, que “el juez debe condenar al vencido en la causa, al pago de todas las costas invertidas en el juicio...A este principio general objetivo, pago de costas por la parte condenada, se imponen, en la misma constitución parágrafo 3, tres controvertidas excepciones donde no procede la condena en costas, sino, al contrario, la exención de la condena en costas de la parte vencida por compensación”. Cita también erróneamente CAMACHO DE LOS RÍOS, 123 n. 19 un trabajo de VECCHIONE, pues su *spese giudiziali* no está publicado en *ED*, sino en *NNDI*. Por lo que se refiere a I. 4.16.1 es oportuno ahora significar que merece para nosotros una valoración bien distinta de la que merece para CAMACHO DE LOS RÍOS, entre otras cosas por la propia naturaleza y finalidad de la *Instituta*, cuyo valor normativo en tiempos de su promulgación no puede parangonarse con las disposiciones del *Codex*, que no quedan derogadas en aras de un restablecimiento de las antiguas penas sancionadoras de la *calumnia*, como así confirma la Nov.Iust. 82.10 (539).

excepciones que determinan la compensación de las *litis expensae* entre las partes, no pudo surgir de la nada, de modo que su más precisa explicación se obtiene al contemplar con detalle las constituciones habidas sobre la materia que nos ocupa en el tiempo intermedio y que han sido recogidas tanto en el Código Teodosiano como en el de Justiniano.

a.- Código Teodosiano

Frente a los testimonios precedentes, que sujetaban exclusivamente a la condena en costas, como suerte de herencia del viejo *iudicium calumniae*, al que con propósito emulativo (*fatigandi causa, vexandi gratia*), el Código Teodosiano introduce por primera vez un supuesto de imposición de costas al demandado que en el curso del litigio actúa temerariamente. Se conserva del régimen anterior¹¹ la exigencia de un proceder calumnioso (sentada ya anteriormente una equiparación *calumnia-temeritas* en el terreno procesal) como presupuesto esencial para la deducción de costas procesales, pero se amplía lo que al elemento subjetivo se refiere, esto es, la idea de que las costas procesales pueden recaer tanto sobre el demandante como sobre el demandado. Ello automáticamente hace pensar en un cambio de mentalidad respecto a la puesta en marcha y discurrir de los litigios y, en congruencia con ello, en un incremento de los hechos o circunstancias que desencadenan la imposición de las costas procesales, además de las que tradicionalmente se vinculaban a la persona del actor. Es decir, que mientras anteriormente la exigencia de las costas dependía básicamente de un *vexandi animo actionem instituere*, desde el siglo IV también interesa al legislador sancionar en su caso el comportamiento temerario de quien debe asumir en el litigio promovido contra él una defensa leal. Veamos el siguiente fragmento:

¹¹ Integrado básicamente por Ulp. 2 *de off. procons.* D. 5.1.79pr; Ulp. 2 *opin.* D. 50.5.1.1; C. 5.62.14.1 (239); y C. 10.69.1.

C.Th. 4.18.1 (369)¹²:

Impp. Valentin. et Valens aa. Olybrio pf. u. Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum, quos ipse percepit, agnoscat, sed duplos fructus et eos, quos percipi oportuisse, non quos eum redegissee constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur; ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo, quo, re in iudicium deducta, scientiam malae possessionis accepit. Heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est. Addimus etiam, ut impensas sumptusque litis, re ad finem deducta, petitoribus praestent. Ac ne ipsos quidem petitores, qui inanes lites et iurgia non movenda ingerunt possidentibus, ab istius cautionis merito segregamus iubemus enim, ut, si intentio petitoris improba iudicetur, praestet possessori sumptus, praestet impensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit, etiamsi super hac re expressior cessit sententia iudicantis.

Efectivamente, la constitución traída a colación no olvida la primitiva sanción para el demandante calumnioso, pero además incorpora entre los destinatarios de la imposición de las costas procesales la persona del demandado que se defiende temerariamente, puesto que se habla de *litigator victus* por una parte, mientras que por otra se hace alusión a la conducta desencadenante de la imposición (consistente *non in sola rei redhibitione...*, *nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum, quos ipse percepit...*, *sed duplos fructus et eos, quos percipi oportuisse, non quos eum redegissee constabit, exsolvere*) al ser calificado bien como *invasor rei alienae*, bien como *praedo*, lo que evidentemente se relaciona muy estrechamente con “la coscienza dell’ingiusto”¹³.

¹² Esta constitución, notablemente recortada en su extensión, ha sido recibida en C. 7.51.2. Precisamente la parte omitida es la que, de haberse contemplado en el *Codex repetitae praelectionis*, contrastaría insalvablemente con la constitución siguiente de éste en orden al procedimiento concreto para la fijación y concreción de las costas procesales. De ahí que “soltanto la costituzione di Onorio poteva integralmente esser riprodotta nel Codice giustiniano”, mientras que aquella de Valentiniano y Valente se vería extendida a todo vencido y limitada a la cuantía simple de los frutos. Vid. al respecto CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 45 y 88.

¹³ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 42 y 76 s.; NEGRO, *La cauzione per le spese. Sviluppo storico*, Padova 1954, 76; y LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 357 s. y 370 s.

Es evidente que semejantes referencias tienen como destinatario concreto la figura del demandado en una acción real, de modo que quien no restituye aquello de lo que se ha apoderado en calidad de ladrón o invasor, padecerá en su propia esfera este deber de afrontar unos gastos que van ahora más allá de la primitiva función penal sancionadora de la *temeritas*, esto es, dirigidos a la reparación o resarcimiento de perjuicios ocasionados al demandante como consecuencia de su no posesión, frente a una concepción del resarcimiento más limitada antes de la constitución de Valentiniano y Valente¹⁴, a quienes corresponde también el mérito de haber extendido la responsabilidad a los frutos generados antes de la incoación del proceso para el poseedor de mala fe y por todo el tiempo desde la toma de posesión hasta la emisión de la sentencia¹⁵. En cambio, la constitución no se olvida del demandante, a quien también se le pueden imponer las costas en la medida en que la pretensión por él deducida pueda calificarse de *improba* (*si intentio petitoris improba iudicetur*), que significa en el contexto del fragmento una pretensión absolutamente infundada contra el poseedor, al que deberá resarcir aquellos gastos que se haya visto constreñido a sostener por todo el tiempo de la duración del litigio (... *praestet possessori sumptus, praestet impensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit*...). Precisamente la referencia al poseedor, a la restitución de los frutos y al término *impensae*, las cuales entran en juego a propósito de la liquidación del estado posesorio al que da lugar el ejercicio de la *vindicatio rei*, abunda en mayor medida por esta consideración de las costas procesales frente al demandado en una acción real, extendiendo así el alcance de la restitución que se espera del poseedor¹⁶, todo ello con el fin de que el propietario deman-

¹⁴ De este modo, no siéndonos conocidos otros precedentes textuales que poder invocar, puede afirmarse, siguiendo a CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 43, que sea precisamente en los juicios reivindicatorios donde "stia l'origine della condanna a carico del convenuto, sorta non tanto collo spiccato carattere di pena e di surrogato del *iudicium calumniae*, come la condanna dell'attore, quanto col carattere di restituzione e risarcimento, accanto alla condanna ai frutti: risarcimento, ben inteso, non scevro di carattere penale, dacchè è condizionato alla *temeritas*".

¹⁵ DAUBE, *Restoration of fruits by the «bona fide possessor»*, en *The Cambridge Law Journal* (1945) 31 ss.; LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 115 n. 94; y KASER, «*Vindicta falsa*» und «*fructus duplio*», en *IVRA* 13 (1962) 47 s.

dante recobre la cosa “en su integridad, con los lucros que le hubiera producido su posesión y sin los daños que le causó el no poseerla”¹⁷.

Ello no obstante, conviene resaltar aquí que el *de fructibus et litis expensis* que por rúbrica presenta el Título 4.18 del Código Teodosiano no tiene tanto por objeto mostrarnos un modernizado régimen respecto a las consecuencias del entablamiento de la *vindicatio rei*, que poder parangonar con los copiosos dictámenes vertidos por la jurisprudencia clásica al respecto, como más bien presentarnos con carácter innovador una institución, la de la condena en costas, que sólo muy difusamente se halla presente en otras

¹⁶ Efectivamente señala RESZCZYNSKI, *Impendere, impensa, impendium (sulla terminologia delle spese in diritto romano)*, en *SDHI* 55 (1989) 249 s., la expresión *sumptus litis* suele generalizarse en los textos desde los siglos IV y V; así, podemos mencionar C. 6.61.8.3 y C. 7.19.7.3, aunque hay otros muchos textos del Digesto y del Código que utilizan el sustantivo *sumptus* para referirse a los gastos. En cambio, refiere el autor que anteriormente se usaba la expresión técnica *impensae litis*, aunque ambas tienen idéntico contenido semántico y se identifican, no sólo con los gastos que el pleito origina a las partes contendientes, sino con lo que modernamente llamamos costas procesales. En realidad, el término *impensae* queda circunscrito al período clásico y muy especialmente, como hemos apuntado, a la liquidación del estado posesorio al que da lugar el entablamiento de la *vindicatio rei* frente al poseedor de buena o mala fe; y a la deducción de gastos a la que puede acogerse el marido en relación con la dote cuando contra él se actuaba con la *actio rei uxoriae*. Cfr. sobre el argumento RICCOBONO, *Il compenso per le spese fatte dai possessori di cose altrui*, en *BIDR* 47 (1940) 1 ss.; GUIZZI, *La restituzione della dote e le spese utili*, en *Labeo* 3 (1957) 245 ss.; LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 257 ss.; CERVENCA, s.v. *spese (diritto romano)*, en *NNDI* 17 (1970) 1108 ss.; MARRONE, s.v. *rivendicazione (diritto romano)*, en *ED* 41 (1989) 1 ss.; PROVERA, s.v. *spese (diritto romano)*, en *ED* 43 (1990) 320 ss.; y GONZÁLEZ-PALENZUELA, *Las impensas en el derecho romano clásico*, Cáceres 1998. En cambio, *litis sumptus* o *litis expensae* son expresiones de uso corriente en el lenguaje de las constituciones imperiales y encuentran su más preciso campo de aplicación en lo que a las costas dimanadas de un litigio se refiere. Vid. algunas disquisiciones sobre *impensae-expensae*, además de en LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 257 ss., sobre todo en CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 1 s. n. 1 y, sobre todo, en 80 ss., donde el maestro italiano pone de relieve la diversidad de términos presentes en las fuentes para designar lo que nosotros entendemos por costas procesales, adscribiendo los conceptos de *sumptus* y *damnum* a los pasajes que asocian la condena en costas a la *temeritas* y a la contumacia, relacionando en cambio el término *expensae* con aquellos que contemplan el criterio objetivo del vencimiento absoluto.

¹⁷ SILVA MELERO, s.v. *costas (historia)* cit. 859.

fuentes antecedentes. Con todo, no hay propiamente ruptura con el sistema anterior, puesto que “la condanna è pronunciata solo nel caso di lite temerariamente sostenuta”, lo que junto “all’obbligo di rimborsare il doppio dei frutti, denota la permanente funzione penale che il legislatore le (a la condena en costas) attribuisce”¹⁸. Se concreta así una aspiración reordenadora de muchos aspectos de la actividad jurisdiccional propia del sistema de la cognición oficial, en este caso, tendente si se quiere a obstaculizar el acceso a la administración de justicia a los ciudadanos particulares con el fin de tratar de paliar o, al menos, reducir las dilaciones que siempre conllevan aquellos sistemas que fomentan o auspician una excesiva litigiosidad, preocupación ésta que no ha desaparecido en tiempos modernos. En definitiva, todo ello resulta congruente con la naturaleza y fines perseguidos por la codificación de Teodosio II, centrada exclusivamente en materias atinentes al derecho público.

Si la constitución de Valentiniano y Valente es ciertamente novedosa en su vertiente material en la medida en que sujeta, no sólo al actor, sino al demandado ímprobo al pago de los gastos generados con ocasión del litigio, también lo es en el orden procedimental quizá como consecuencia de las amplias facultades de acumulación de *petita* que el juzgador puede practicar en el sistema de la cognición oficial.

Ello quiere decir que si los primeros testimonios textuales de una condena en costas tendrían como substrato un procedimiento formulario más o menos flexible en su canalización (según se considere el vigente en provincias o en la *Urbs* antes de la aparición del procedimiento cognitorio¹⁹), el remedio procesal concreto para exigirlos no podría ser otro que una acción distinta de aquella que ya se tramitaba para ventilar la cuestión de fondo. Precisamente esta cuestión ha sido discutida por la doctrina a propósito del modo de actuarse el *iudicium calumniae* contra el demandante vencido como consecuencia de un ejercicio emulativo de la acción principal, por virtud de la cual el demandado obtendría de aquél una décima parte de la cuantía del litigio frustrado, un tercio cuando la acción fuera entablada contra el *adsertor libertatis*:

¹⁸ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 85.

¹⁹ Vid. nuestro trabajo A. VALIÑO, *En torno a la adscripción de D. 5.1.79pr*, cit.

Gai. 4.175

Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis, praeterquam quod (?) adversus adsertorem tertiae partis est.

Lo que es dudoso es si esta *poena* por razón de la calumnia implicaba una *actio calumniae* que daba así motivo a un juicio autónomo y posterior al que ha resultado frustrado por el *animus vexandi* del actor²⁰, o si su imposición al demandante calumnioso se llevaba a cabo en el *iter* del litigio que resuelve el mérito de la causa principal a través de la incorporación a la fórmula básica de una cláusula, que hacía las veces de contra-acción²¹. Por último, otros autores²² estiman que, aunque la responsabilidad por *calumnia* del actor da lugar a una acción independiente, el consiguiente *iter* procesal tiene como protagonista al mismo juez que ya se ha inclinado en su sentencia por la absolución del demandado en la acción principal, con lo que bien podría estimarse que en el inicio del mismo, el demandado manifestaría su voluntad de incluir como *praescriptio* un *ius agendi calumnia actoris causa*, que daría lugar a una pieza separada ante el mismo juzgador para el caso de quedar absuelto²³.

²⁰ SCIALOJA, *Procedura civile romana* cit. 199 y LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire du serment de calumnia*, en *TR* 21 (1953) 36.

²¹ HITZIG, s.v. *calumnia*, en *PWRE* 3-1 (1897) 1420 s.

²² Ésta es la posición sostenida por MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 491; WLASSAK, «*Praescriptio*» und bedingter Prozeß, en *ZSS* 33 (1912) 117; LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, reimp. Aalen 1956, 108; SERANGELI, *C. 7,16,31 e le azione contro il litigante temerario*, en *BIDR* 71 (1968) 217 n. 51; GARCÍA CAMIÑAS, *La lex Remmia de calumniatoribus*, Santiago de Compostela 1984, 57 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, *La ética en las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, en *SCDR* 2 (1990) 72 n. 28.; y CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di «calumnia» nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, en *SDHI* 66 (2000) 188.

²³ No es nueva esta dificultad, como también se pone de manifiesto a propósito de la *actio ex iure iurando*: cfr. D'ORS-VALIÑO DEL RÍO, *El problema de la «actio ex iure iurando»*, en *Estudios de Derecho romano. Homenaje al Profesor Don Carlos Sánchez del Río y Peguero*, Zaragoza 1967, 181 s. y VALIÑO DEL RÍO, *Actiones utiles*, Pamplona 1974, 367 s. En torno a la cuestión de la sanción del *iudicium calumniae*, mantiene una posición distinta GARCÍA CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: «de calumniatoribus»*, Santiago de Compostela 1994, 94; y en n. 163 se hace eco de toda la problemática anterior al respecto.

En cambio, derivándose de la misma esencia burocratizada del procedimiento cognitorio una serie de costes que han de asumir las partes, nada más natural que condicionado a un comportamiento temerario pueda el juez pronunciarse sobre a quién de ellos corresponde su satisfacción en la misma sentencia en la que se ventila el fondo de la controversia. Con todo, el tránsito de un sistema a otro es paulatino, de modo que la fijación de las costas en dicha sentencia es simplemente facultativa para el juez (... *etiamsi super hac re* [esto es, las costas procesales] *expressior cessit sententia iudicantis*)²⁴ y, por consiguiente, la falta de previsión judicial en relación con este aspecto constriñe al demandado vencedor a entablar el clásico *iudicium calumniae* para obtener así la oportuna satisfacción.

El Código Teodosiano recoge también a continuación una constitución de los emperadores Honorio y Teodosio, que debe enmarcarse en ese progresivo desarrollo de la institución, que culminará con el principio objetivo del vencimiento absoluto en época justiniana:

C.Th. 4.18.2 (423)²⁵

Terminato transactoque negotio post hac nulli actio neque ex rescripto super sumptuum repetitione praestetur, nisi cognitor (iudex) qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis iuridica pronuntiatione signaverit victori causae restitui debere expensas aut super his querellam iure competere, post absolutum enim dimissumque iudicium nefas est litem alteram consurgere ex litis primae materia.

Quizá el comentario que nos merece discurre más en torno a los aspectos formales (procesales) que a los materiales, puesto que en éstos no se observan grandes novedades frente al régimen conformado en la constitución anterior: la imposición de costas al vencido, sea demandado que demandante, no en cuanto tal vencido, sino en cuanto se haya conducido temerariamente en el curso del proceso²⁶. La preocupación imperial, por tanto, se desenvuelve en torno a

²⁴ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 43 y LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 370 ss.

²⁵ Al igual que la constitución precedente se ha plasmado en la codificación legislativa con ciertos retoques, concretamente en C. 7.51.3.

²⁶ Realmente la constitución no subordina expresamente la imposición de las costas a la conducta desplegada por los litigantes, pero es evidente que un cambio de criterio respecto al contemplado en la constitución precedente hubiera sido

la fuerza y eficacia de la cosa juzgada, que de algún modo se ve amenazada al tener que incoarse un nuevo proceso apósito para la determinación de las costas procesales, con el indispensable reenvío a aquello que se ha significado como el litigio principal. De ahí que, con carácter innovador, se fije el deber del juez de declarar el derecho al reembolso de las costas (*victori caussae restitui debere expensas*), sea en la misma sentencia que versa sobre el fondo del asunto (*principale negotium*) o en un incidente subsiguiente, cuya sustanciación no requiere de una acción distinta de la que sirvió para tramitar el fondo del litigio.

El alcance de la declaración judicial no implica, sin embargo, la obligación ineludible de concretarlas pecuniariamente a favor del vencedor, sino que, como señala Chiovenda, “può limitarsi alla dichiarazione che una delle parti ha diritto a ripetere dell'altra le spese (*super his querellam iure competere*): in modo però che il giudice che poi dovrà condannare nelle spese il soccombente, non abbia a statuire che sulla loro entità”²⁷. Ello significa que el juez que ventila el fondo del asunto debe pronunciarse, aunque sea sin

expresamente puesto de relieve y no ha sido precisamente el caso. Además otras constituciones posteriores a las de Honorio y Teodosio vuelven a referirse a la idea de *temeritas* como presupuesto para la atribución de las costas procesales. Así, a título meramente ejemplificativo puede citarse C.Th. 10.8.5 (435): ... *si litem improbe cuiquam intenderit, redhibitione sumptuum damnorumque cohercebitur*; la Nov.Valent. 35.14 (452), que hace referencia a la *tergiversatio actoris* como presupuesto para el reembolso de costas y gastos procesales (*sumptus expensasque restituat*), término que se identifica en el contexto del fragmento con la contumacia subsiguiente del demandante después de haber intentado la acción (...*si quis ad iudicium quem venire compulerit, et eodem in officio, vel fideiussionis vinculo constituto non urgeat, quo intra quattuor menses institutas peragat actiones, et constiterit iudicem causas alias cognovisse, petitor...*); y C. 1.3.32.8 (472), ordenada a reprimir las acciones entabladas temerariamente y con propósito calumnioso contra hombres de Iglesia. Vid. a propósito de uno y otro pasaje FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969, 311 s.; SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München 1969, 60; PETIT, *Fiadores y fianzas en derecho romanovisigodo*, Sevilla 1983, 78 s.; y LAURIA, «Calumnia», en *Studi e ricordi*, Napoli 1983, 276. Podría interpretarse que esta nueva referencia expresa a la condena para el temerario en las constituciones señaladas supondría retomar un régimen antiguo (el contenido en C.Th. 4.18.1) derogado por C.Th. 4.18.2 (423), pero tanto vaivén es difícilmente imaginable y sería enormemente desorientador precisamente en el contexto de una codificación, la emprendida por Teodosio II, que buscaba dar firmeza y seguridad al derecho en un momento de confusión y hasta de crisis de autenticidad del material precedente.

²⁷ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 44.

concretarlas, sobre el deber de reembolso de las costas procesales, pudiendo determinarse su cuantía con precisión en un trámite posterior ante el mismo juez.

Por el contrario, si la sentencia de mérito no contiene el reconocimiento del derecho al reembolso de las costas, la consecuencia es que el vencedor del litigio pierde todo derecho a su exigencia, puesto que esta constitución no podía expresarse con mayor claridad al respecto: *terminato transactoque negotio post hac nulli actio neque ex rescripto super sumptuum repetitione praestetur...* No cabe, por consiguiente, apelación ante la omisión del juez respecto a ese *victori caussae restitui debere expensas*, sino que, en estos casos, únicamente cabrá, ya en pleno período justiniano, que el vencedor entable contra el juez una acción de exigencia de responsabilidad. Efectivamente, no hay que olvidar que el sentir de la constitución de Teodosio y Honorio se ha plasmado en C. 7.51.3, pero que, como veremos más adelante, Justiniano, en su pretensión alcanzada de sistematizar sin fisuras la disciplina de las costas procesales y su imposición a los litigantes, corrige en forma de *actio adversus iudicem* la desatención de sus obligaciones²⁸.

No podía expresarse de modo distinto la *interpretatio* del fragmento recogida en el Breviario de Alarico, según la cual no será posible entablar una nueva acción con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia con el fin de obtener reparación de las costas, pues ello equivaldría de alguna manera a reabrir una causa que ya fue ventilada a través de un pronunciamiento judicial²⁹. De este modo, se introduce el principio de preclusión procesal en orden a garantizar la eficacia del *iudicatum*, que se concreta en la imposibilidad jurídica y moral de que en un nuevo proceso se conozca de cosas objeto de un litigio precedente³⁰. Se revela el pasaje de esta manera como un buen ejemplo del antagonismo semántico que en este período ofrecen los conceptos de *actio* y de *querella*, el primero de ellos desencadenante de un nuevo proceso incompatible con el efecto preclusivo característico de la cosa juzgada en sede de

²⁸ C. 7.51.5.2: *Quod si iudex hoc non faciet, ipse parti victrici hoc damnum sarcire cogitur.*

²⁹ Brev. 4.16.2: *... quia quicumque, qui in iudicio adversario presente non petit (sumptus vel expensas), postea de eadem re litem aliam non poterit inchoare.*

³⁰ PUGLIESE, *La «cognitio» e l'efficacia del giudicato*, en *Studi in onore di Biondo Biondi 2*, Varese 1965, 164 s.

procedimiento cognitorio, mientras que el segundo presenta una fuerza y eficacia más modesta, como es el hecho de constituir el instrumento adecuado para solicitar con posterioridad la concreción pecuniaria de las costas procesales que han de recaer sobre el vencido en razón de su temerario comportamiento litigioso³¹.

b.- Código de Justiniano

Es evidente que las constituciones imperiales que hemos examinado y las que restan por indicar se ocupan ya sin tapujos de las costas procesales (*omnes legitimas expensas sumptusque*) para imponerlas únicamente por razón de la conducta temeraria en la que ha podido incurrir cualquiera de los litigantes. Nos venimos moviendo, por consiguiente, en torno al examen de la conducta desplegada por quienes se sirven del proceso para resolver un conflicto de naturaleza patrimonial que les aqueja en el ámbito de una administración burocratizada que requiere un sostenimiento de parte de quienes se sirven de sus instituciones.

En cambio, las constituciones recogidas en el *Codex repetitae praelectionis*, a salvo las que reproducen más o menos fielmente las contenidas en el *Codex Theodosianus*, apuntan ya claramente hacia el avance en esta sede, esto es, al criterio objetivo de la imposición de costas al vencido por el mero hecho de serlo. Sin embargo, todavía Justiniano recoge una constitución de León I, mediante la cual se grava con el deber de reembolso de las costas procesales al demandante que pone en marcha un proceso contra personas de rango eclesiástico. Se pretende, como señala Chiovenda, “reprimere la temeritas”³², pero para ello “si colpisce ogni soccombente,... data la difficoltà di distinguere in pratica chi è temerario e chi no”³³. El régimen de esta constitución, por consiguiente,

³¹ A esta versatilidad de la *querella* contribuye indudablemente el hecho de que se vincule en exclusiva al modo de incoación de distintas manifestaciones del procedimiento cognitorio (“Klage im Kognitionsverfahren”, vid. HEUMANN-SECKEL, s.v. *querella*, en *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹¹, Graz 1971, 486), pero nada impide que cuestiones incidentales como la que se contiene en la concreción e imposición de las costas puedan merecer igualmente semejante cobertura.

³² *ne cui temeritas sua lucrativa concedatur et ut impudens calumniantium refrenetur audacia*, ex. C. 1.3.32.8 (472).

³³ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 47 s. y 85; y SILVA MELERO, s.v. *costas (historia)* cit. 859.

renuncia al examen de la maliciosa intención con la que el actor plantea la demanda, esto es, el fin último de vejar a su adversario, comportamiento que al propio tiempo puede calificarse como calumnioso y temerario³⁴, y apuesta en cambio por introducir un criterio objetivo de imposición en exclusiva consideración a la posición social de las personas que resultan demandadas, todo ello *ut hac saltem censurae iustissimae formidine revocati improbis adsidue conflictationibus occupati adquiescant*:

C. 1.3.32.8 (472)

Praeterea ne cui temeritas sua lucrativa concedatur et ut impudens calumniantium refrenetur audacia, iubemus, quotiens ii, qui sacerdotes seu clericos seu monachos ceterosque superius designatos vel in tuae magnitudinis examine vel in provinciali iudicio proposita actione convenerint, si causa cognita convicti fuerint sine iusta eos et legitima petitione pulsasse, omnes eis legitimas expensas sumptusque, quos ab exordio coeptae controversiae ipsorum vitio tolerasse eos constiterit, redhibere cogantur, ut hac saltem censurae iustissimae formidine revocati improbis adsidue conflictationibus occupati adquiescant se iam sopitis clamoribus iurgiorum magistra deinceps necessitate retinere.

De esta manera, aparentemente se viene a reiterar un viejo principio, que sujetaba al pago de las costas procesales únicamente al actor temerario, sólo que ahora, ampliando el antiguo concepto, se tiene por temerario a todo aquel cuya demanda no ha prosperado y obtenido mediante sentencia el oportuno reconocimiento judicial. No se trata de una temeridad fundada en la previa conciencia de lo injusto de la pretensión, sino de una temeridad que se exterioriza en el hecho de no haber podido hacer acopio suficiente de argumentos y pruebas bastantes para obtener un *iudicatum* favorable, de modo que, pese a no mostrar un especial *animus vexandi*, se le imponen igualmente las costas procesales por el sólo hecho de

³⁴ Que éste sea el criterio inicial y único de imposición puede verse tanto en las antiguas penas que se irrogaban para el *improbis litigator* a través del *iudicium calumniae* como más cercanamente en Ulp. 2 *de off. procons.* D. 5.1.79pr y Ulp. 2 *opin.* D. 50.5.1.1, con lo que puede acreditarse una consonancia semántica como conciencia de lo injusto entre la antigua *calumnia* y el concepto de *temeritas* al que tanto recurren las constituciones imperiales. Vid. ampliamente sobre el argumento CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 32 ss. y 76, y, en congruencia con ello, “la condanna dell’attore temerario nelle spese sorge quale surrogato dell’azione di calumnia” (40 n. 1). Vid. también por esta equiparación VECCHIONE, s.v. *spese giudiziali (diritto processuale civile)* cit. 1122.

tener como adversario procesal una persona titular por su dignidad de una especial protección.

No obstante, se omite la referencia al deber del juez de disponer sobre las costas en la propia sentencia o en una subsiguiente *iuridica pronuntiatio*, como rezaba la constitución de Honorio y Teodosio. Ahora, en la constitución que acabamos de reproducir, se contiene propiamente un privilegio consistente en que especiales demandados (sacerdotes, monjes y clérigos) tienen derecho al reembolso de los gastos que les haya ocasionado el litigio ímprobamente puesto en marcha por el actor, aun cuando el juez haya omitido pronunciamiento al respecto de tal derecho, improbidad que se evalúa objetivamente por el mero de hecho de haber planteado una *petitio* que no resulta *iusta et legitima*. Se trata propiamente de una obligación *ex lege (constitutione)* para quien osadamente entabla una acción contra miembros de rango eclesiástico, lo que puede concebirse como un privilegio del que goza este género de notables, acreditado precisamente por la innecesariedad de expreso pronunciamiento del juzgador para su exigencia al demandante temerario³⁵.

De este modo, el *Codex* retoma en el terreno formal el sentir de la vieja constitución de Valentiniano y Valente del 369, si bien ahora concebido con mayores estrecheces en orden a su aplicación, esto es, como un régimen excepcional consistente en conferir acción a los hombres de Iglesia para obtener reparación de los costes que su defensa en el proceso les haya podido irrogar (*omnes eis legitimas expensas sumptusque... redhibere cogantur*). El privilegio radica así en el hecho de que, aunque el juez no haya dispuesto en su sentencia sobre la suerte de estos gastos, los clérigos y sólo ellos disponen de un recurso para exigir su reembolso.

La importancia de esta constitución ha sido destacada acertadamente por Chiovenda en cuanto se erige en un puente de unión (“anillo di congiunzione”) entre el viejo régimen de la condena en costas, que tiene en cuenta en un primer plano el comportamiento subjetivo, y el que se terminará por imponer quince años más tarde de la mano de Zenón, “la condanna pura e semplice del soccombente nelle spese”, esto es, la generalización del privilegio otorgado a las personas de rango eclesiástico a todos aquellos que

³⁵ SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano 1997, 293 s.

resulten vencedores en el curso de un litigio o, lo que es lo mismo, “ogni giudice deve condannare il vinto nelle spese”³⁶:

C. 7.51.5pr (487)

Constitutio sancit, ut unusquisque iudex in sententia sua victum omnes sumptus in litem erogatos praestare iubeat, data litentia iudici sumptus etiam excedere usque ad decimam eorum quae erogata sunt partem, quotiens victi impudentia eum ad hoc commoverit, ut quae sumptus excedan ad publicas rationes pertineant, nisi forte iudex morae reparandae gratia, quam victrix pars passa est, ei aliquam partem ex his attribuerit.

Se establece o, si se quiere, se generaliza mediante esta constitución el principio del vencimiento absoluto como criterio de imposición de las costas procesales. Las ha de satisfacer el vencido en cuanto tal (*victum*), con independencia de que sea actor o demandado, sin consideración alguna a la conducta que haya podido observar en el curso del litigio y así, con tal alcance categórico, se formula el principio en el párrafo inicial³⁷. Esto que queda a cargo del vencido en cuanto tal es propiamente un resarcimiento por el daño que se haya podido irrogar al vencedor como consecuencia del mismo sostenimiento de su derecho en juicio, que por tal hecho queda de alguna manera minusvalorado, pero no se ex-

³⁶ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 48 y 50. En el mismo sentido vid. BERGER, s.v. *sumptus litis (in litem)* cit. 724 y LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 372 ss., quien, sin embargo, sostiene (pág. 375 s.) “que Zenón ha prescrito posiblemente la condena en costas al vencido, pensando exclusivamente en el actor, y no en el demandado...”. Las razones que aduce son el recuerdo del *iudicium calumniae*, la subsistencia de la constitución de León y la excepción que recoge, entiendo que en relación con el agravamiento de la condena, a propósito del demandante. En realidad, el párrafo inicial sirve para presentar la regla general, que rompe con el criterio subjetivo anterior, basándose en un privilegio del que venían gozando las personas de rango eclesiástico, pero ello no es incompatible con que en los párrafos subsiguientes se recorten o se amplíen los efectos de esta sencilla, pero categórica formulación del principio del vencimiento como criterio de imposición de las costas procesales.

³⁷ También Zenón, en su pretensión de generalizar la imposición de las costas procesales, hace cargar con ellas en favor del demandado al actor que se precipita e interpone la acción extemporáneamente (*pluris petitio tempore*). Si bien el efecto consuntivo de la acción intentada se ha perdido, ahora dependiente de la sentencia, está presente como impedimento para un nuevo ejercicio del derecho de acción la obligación previa de acometer el reembolso de los gastos irrogados en la fallida primera citación. Así puede verse en C. 3.10.1pr: (...) εἰ μὴ τὰ δαπανήματα τῆς πρώτης εἰσόδου τὰ ὑπὲρ τῆς μεθοδείας συμβάντα τῷ διαδίκῳ καταβάλωσιν.

cluye que además pueda imponérsele a modo de pena un incremento al décimo de la cuantía del litigio por razón de la *impudentia victi*, que, al igual que el antiguo *sacramentum* depositado en el Colegio de los Pontífices, iría a parar al Fisco³⁸.

No obstante lo categórico de la formulación del criterio de imposición a cargo del vencido, algunos de los párrafos siguientes de la constitución, que conviene también considerar, mitigan de alguna manera la radicalidad del principio, permitiendo al vencido la exoneración del deber de reembolso de las costas en ciertos casos. Veamos a continuación el resto de la constitución de Zenón:

C. 7.51.5.1

Ac non tum solum actor et reus condemnetur, cum in utrumque iudex iudicandi potestatem habet, sed etiam cum in actorem eam non habet, is autem ex contraria actione victus fuerit, quoniam illum iudicem recusare non potest, sive praesides sive sacri iudices iudicaverint: nam et his apparitores exsecutoresque praesto sunt.

En este segundo párrafo se destaca claramente la idea de que destinatario del deber de reembolso lo es tanto el demandante como el demandado (*actor et reus condemnetur*). Lo que para nosotros destaca principalmente de un pasaje que se ocupa de la *potestas iudicandi* es que aflora a un primer plano, cuando se trata de disponer sobre las costas procesales, la condición de vencido (*is autem ex contraria actione victus fuerit*), siempre y cuando el juez sea competente tanto para el demandante como para el demandado (*cum in utrumque iudex iudicandi potestatem habet*). Si sólo fuera competente para el demandado, también se impone al actor la condena en costas únicamente cuando contra él se entabló un *iudicium contrarium*, para lo que no facultan todas las acciones, y en él resultó vencido.

C. 7.51.5.2

Quod si iudex hoc non faciet, ipse parti victrici hoc damnum sarcire cogitur.

Ocupándose también de las costas procesales y ahondando en el régimen introducido por la constitución de Teodosio y Honorio,

³⁸ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 86; SILVA MELERO, s.v. *costas (historia)* cit. 859; y VECCHIONE, s.v. *spese giudiziali (diritto processuale civile)* cit. 1122.

conforme a la cual el juez debe disponer en la sentencia de mérito sobre las costas procesales, el emperador Zenón da un paso más allá, imponiendo al juzgador que falta a semejante obligación el deber de reparar el perjuicio efectivamente ocasionado al vencedor del litigio, con lo que más que venir configurado como un derecho del que vence el litigio, se perfila como un deber judicial, cuya desatención implica conceder al vencedor la posibilidad de reclamar una reparación por razón del perjuicio económico. Ello es congruente con un régimen jurídico, el de las costas del litigio, que viene perfectamente estructurado en el *Codex Iustinianus*, el cual, desde el comienzo del tratamiento de la materia, pone énfasis en la ausencia de una acción para reclamar su reembolso, puesto que ahora el juez recoge de oficio en su sentencia sobre el fondo un pronunciamiento en relación con las costas procesales³⁹.

En cambio, el régimen anterior contenido en el Código Teodosiano únicamente permitía, al contemplar como posible un pronunciamiento en torno a las costas posterior a la sentencia de mérito, que el vencedor entablara una instrumental *querella* con la que poder exigir concreción respecto de aquellas costas para cuyo reembolso era preceptivo que el juez hubiera declarado tal derecho, de modo que la iniciativa de las partes estaba presente en un primerísimo plano. De omitir el juez declaración sobre el derecho de reembolso, quedaba indefenso el *victor* para su exigencia, imposibilitado por consiguiente para promover apelación, por lo que la constitución de Zenón se irroga la función de perfeccionar un régimen, haciendo nacer, aunque sea de modo genérico, una responsabilidad para el juez que 'olvidó' decidir sobre semejante extremo, todo ello enmarcado en un proceso eminentemente burocratizado y embargada la función jurisdiccional de un cierto tinte

³⁹ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 60 y LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 341. Es ésta, señalan CHIOVENDA (87 s.) y SILVA MELERO, s.v. *costas (historia)* cit. 859, una de las diferencias que ofrece la condena en costas en su más evolucionada conformación en relación con la indemnización de los daños y perjuicios, pues ésta está subordinada cuanto menos a la culpa y resulta exigible mediante acción, mientras que aquélla depende de la circunstancia objetiva del vencimiento y es impuesta de oficio por el juez en el pronunciamiento con el que ventila el fondo de la controversia para que en último término el derecho del vencedor, judicialmente declarado, quede absolutamente reintegrado y no mermado por el hecho mismo de su discusión en juicio.

de servicio público, para cuyo mal funcionamiento se prevén expedientes ágiles para la exigencia de responsabilidad.

C. 7.51.5.3

Sin autem reus aliquis fidem solvendo praestabit aut actor lite desistet aut iudex eum perspiciet re vera calumniatorem non esse, sed in ancipiti causa condemnatum, is condemnationem in sumptus faciendam evitat.

A pesar del rigor con el que viene formulado el principio objetivo que impone al vencido el deber de reembolso de las costas litigiosas al vencedor por el mero hecho de serlo, existen unos pocos supuestos que determinan la exoneración de su pago, algunos de ellos vinculados con la persona del demandado, otros con la del actor. Naturalmente, concurriendo estos supuestos de hecho, el juez no está obligado a pronunciarse sobre las costas del litigio y, en consecuencia, no se ve expuesto a reclamación alguna al respecto de parte de los litigantes, a quienes les corresponderá soportar las que les sean propias⁴⁰. Contemplar excepciones a la intensidad del principio objetivo del vencimiento absoluto no es más que una concesión que el rigor del derecho imperial otorga a la equidad en aras de la justicia del caso concreto, pero, como señala Chiovenda, se requiere complementariamente para su eficacia perfilar los límites para su aplicación, no sea que la pretendida flexibilidad se torne en un abuso que haga que en la práctica el criterio de imposición se invierta. De ahí las estrecheces con las que fue configurado el recurso a la compensación, “l’essenzione cioè del soccombente dalla condanna”⁴¹.

Así, bien puede suceder que el demandado, en el curso del procedimiento, se aperciba de la justicia y adecuación de la pretensión del demandante y, en consecuencia, se allane (*aliquis fidem solvendo praestare*), satisfaciendo de inmediato o comprometiéndose a satisfacer más adelante lo debido y esta conducta, que debe ser en todo caso valorada aparentemente como una excepción al régimen general, posibilita la exención de las costas procesales. Bien es

⁴⁰ Ello plantea el problema de diferenciar los casos en los que el juez ‘olvidó’ pronunciarse, pudiendo ser demandado por ello, de aquellos otros en los que no tiene porqué disponer de ellas. Por ello, el régimen de la constitución de Zenón se vería posteriormente corregido en la Nov.Iust. 82.10 (539) al imponer al juez el deber de indicar expresamente la exoneración cuando resulte procedente. Vid. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 55 s.

⁴¹ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 56.

cierto que, en rigor, no estamos ante un vencimiento, sino ante una conducta, en este caso de parte del demandado, que sirve para poner fin anticipadamente al litigio. Si la naturaleza intrínseca de la introducción de las costas procesales radica en la pretensión de hacer pesar sobre las partes el coste que supone poner en funcionamiento la maquinaria de la administración de justicia, puesto que el ejercicio de la actividad jurisdiccional ha dejado de ser gratuito, es natural que a quienes se apartan de él, en el caso del demandado a través del allanamiento, reconociendo de este modo la improcedencia de su conducta de oposición inicial, se les otorge el beneficio de la exoneración de los *litis sumptus*.

Por ello, en puridad, más que de excepción al principio de vencimiento absoluto, el régimen justiniano ha sabido diferenciar con magistral elegancia los distintos modos en los que una controversia queda resuelta, ofreciendo un tratamiento distinto, por lo que a la imposición de las costas litigiosas se refiere, según la cuestión concluya mediante sentencia decisoria o lo haga anticipadamente por medio de allanamiento o desistimiento. Efectivamente, el desistimiento viene expresamente contemplado en el fragmento (*actor lite desistet*) y sus efectos son semejantes a los del allanamiento, sólo que la iniciativa para interrumpir anticipadamente el proceso corresponde al demandante. No se trata de un mero aplazamiento de la causa, con el fin de procurarse nuevos y mejores elementos de prueba, sino una renuncia a continuar entablado la acción⁴². El fundamento para conferir tal privilegio al actor que desiste es semejante al que hemos expuesto a propósito del allanamiento y el ordenamiento imperial recompensa al que reconoce la improcedencia de su pretensión antes del pronunciamiento de la sentencia con la exoneración de las costas del litigio. De ahí que, retomando lo ya puesto de relieve a propósito del allanamiento, la exención para quien desiste no es sino el reconocimiento de un régimen jurídico distinto frente al que se prevé para el *victus*.

Por último, sí creemos que se puede hablar propiamente de una regla excepcional de exoneración cuando contemplamos la concurrencia de la llamada *anceps causa*, esto es, aquella contro-

⁴² Ulp. 10 *ad edictum* D. 4.4.21: *Destitisse autem is videtur non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum* refleja sin duda el alcance y las consecuencias del desistimiento.

versia que es a todas luces objetivamente dudosa y, por consiguiente, ambos litigantes pretenden que el criterio independiente del juez arroje la luz suficiente para despejar la incertidumbre que les aleja. Si esta regla merece la consideración de excepcional, ello quiere decir que el carácter dudoso de la controversia debe ser estimado restringidamente, esto es, extendida la exención para el vencido en lo que es una controversia objetivamente dudosa, esto es, en el supuesto de que la causa sea “*dubbia per lo stesso giudicante*”, “*nel caso che la causa sia per sè dubbia ad ogni intelligenza*”, puesto que es evidente que la exoneración no puede fiarse a la simple declaración de los litigantes de estar sosteniendo en juicio una causa para ellos dudosa⁴³.

C. 7.51.5.4

Consentaneum autem est in pedaneis iudicibus ad magistratus officium pertinere, ut apparitorem qui haec exsequatur eis attribuat.

Evidencia este último fragmento la compleja estructura que caracteriza la administración de justicia desde la generalización del procedimiento cognitorio en época imperial, superponiéndose funcionarios de distinto rango, lo que obliga a proveer constantemente en forma de disposiciones varias lo que en cada caso sea menester en orden a la ejecución de las sentencias y sus efectos colaterales, como es la condena en costas que nos ocupa, que tratándose de un proceso incoado en una provincia lejana, determinará un incremento de los *litis sumptus* que recaerán sobre la persona del vencido, concretamente, establecerá más adelante Justiniano *omnes expensae quas pertulit circa viam et circa peregrinam habitationem*, lo que aproxima indudablemente el sentido de la expresión *sumptus* al de *damnum* experimentado por uno de los litigantes con ocasión del proceso y, por consiguiente, merecedor de los favores del resarcimiento patrimonial.

⁴³ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 52 s. Por contra, LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 375, apoyándose en este supuesto excepcional que posibilita la compensación de las costas, excluye que la imputación de las mismas pueda ser automática, pero no nos parece que la previsión de una excepción en orden a la atribución de las costas, como la que nos ocupa (la *anceps causa*) atenúe el rigor del principio objetivo de imposición, esto es, por el solo hecho del vencimiento en el litigio.

Del régimen jurídico que el *Codex Iustinianus* dispensa a la condena en costas tan sólo resta por referirnos a dos constituciones, la primera de Valentiniano y Marciano (450)⁴⁴, la segunda de Anastasio⁴⁵. En realidad, ésta última promueve la igualdad de las partes en el proceso al disponer que si una de ellas gozase de exención total o parcial de las costas, semejante beneficio debe ser extendido también a la contraparte⁴⁶.

2.- Una nueva ordenación de la cuestión: la Novela 82.10 (539)

A pesar de lo exhaustivo del tratamiento de las costas procesales en el *Codex Iustinianus* bajo el genérico título *de fructibus et litis expensis*, conformado siempre con constituciones precedentes, lo cierto es que Justiniano no se resistió a contribuir con aportaciones propias, ya diseminadas en el *Codex*, ya formando parte de la legislación novelar, a la mejor o más completa regulación de la materia. Así, la prohibición de apelación en relación con el reembolso de las costas procesales cuando el juez omitió en su sentencia de-

⁴⁴ C. 7.51.4: *non ignoret is, cuius ex interpellatione aliquis secundum datam formam in longinqua fuerit protractus examina, quod, si culpa sui fuerit dilata cognitio vel minime actioni suae adfuerit vel delata probaverit, pro calumnia quidem poenam luat legibus constitutam, pro vero pecuniaria causa post dispendia, post sumptus considerata quantitate postulatum vel medii itineris intervallo condemnationem pro aestimatione iudicis sustinebit.*

⁴⁵ C. 7.51.6: *cum quidam per leges sacrasque constitutiones, alii per speciales largitates sibi praestituta privilegia praetendunt tam super sportulis pro conventionibus usque ad certam quantitatem praebendis quam super expensis litium vel minuendis v- el penitus non agnoscendis, per hanc legem decernimus, ut, quicumque huiusmodi privilegio munitus est vel postea talem praerogativam quolibet modo meruerit, sciat, et si quos ipse utpote obnoxius sibi pro quacumque criminali vel civili causa constitutos in accusationem deduxerit, hos nihilo minus isdem privilegiis potituros, quoniam non est ferendum eos, qui praefatas praerogativas, ut ante latum est, praetendunt, aliquid plus ab adversariis suis quaerere concedi, quam ipsi ab aliis pulsati facere patiantur: ita scilicet, ut haec forma modis omnibus observetur super privilegiis per liberalitates vel generaliter quibusdam officiis aut scholis seu dignitatibus vel specialiter certis personis praestitis vel postea praebendis, sive hoc ipsum expressim principalibus dispositionibus vel adfatibus insertum sive praetermissum sit vel fuerit.*

⁴⁶ Así viene confirmado también en C. 12.19.12.4: *et quoniam in controversiis, quas in iudiciis moveri contigerit, aequalitatem litigatoribus volumus servari, et adversariis eorum pro sumptibus et expensis similem ante latorum beneficiorum praerogativam custodiri.*

clarar sobre tal derecho⁴⁷ se ve complementada con la prohibición de que el vencedor pueda incluso apelar incidentalmente a propósito de las costas⁴⁸, aprovechando la coyuntura de que el demandado haya apelado la sentencia que versaba sobre el fondo de la controversia, pero en la que el juez hizo compensación o las estimó sólo parcialmente o simplemente omitió su obligación de pronunciamiento al respecto⁴⁹. También se introducen disposiciones especiales para sancionar la contumacia del actor, tanto en el caso en que su ausencia obstaculice la resolución de la controversia como en el supuesto de que el proceso se lleve a término, incluso en favor del propio demandante contumaz. Se trata, por consiguiente, de un modo de sancionar la contumacia antes que una verdadera y propia condena en costas, que vendría a quebrar así el criterio objetivo del vencimiento absoluto⁵⁰.

El criterio objetivo de imposición, tomado de Zenón, lo reitera posteriormente Justiniano, con lo que antes de que Cuyacio hiciera salir a la luz la *constitutio Zenonis*, los perfiles de la institución se recogen en toda su extensión en el pasaje siguiente, no sin perjuicio de algunas innovaciones en esta sede introducidas con posterioridad a la promulgación del *Codex* y no obstante ciertas limitaciones derivadas de la interpretación a la que las escuelas cultas del Medioevo sometieron al fragmento⁵¹:

⁴⁷ C.Th. 4.18.2 (423) [= C. 7.51.3].

⁴⁸ C. 7.64.10pr (529): *omnem honorem salvum iudicibus reservantes, si quando una pars quasi laesa per definitivam eorum sententiam provocatione usa fuerit, interdicens alteri parti quae vicit pro hoc tantummodo, quod nihil capere pro sumptibus litis et detrimentis vel minus quam oportuerat iussa est, provocationem offerre, cum ipsam decisionem litis recte factam esse confiteatur: iudicibus scilicet sive florentissimis proceribus sacri nostri palatii sive his, quibus pro minore litium aestimatione consultationes delegantur, si perspexerint adiuvandum esse victorem sumptuum perceptione, etiam sine provocatione eius hoc statuentibus et iustam eorundem sumptuum quantitatem definientibus.*

⁴⁹ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 59 s.

⁵⁰ C. 3.1.13.2b (530): *sin autem ex gestis apud se habitis parte actoris minime inventa possit invenire viam, ex qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit, et absente actore, si eum meliorem causam habere perspexerit, pro eo ferre sententiam non moretur et praesentem reum absenti actori condemnare, expensis tantummodo litis, quas reus legitime se expendisse iuraverit, condemnatione excipiendis, quia hanc poenam actori et meliorem causam habenti propter solam absentiae contumaciam imponimus.* Vid. LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 412.

⁵¹ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 62 s.

C. 3.1.13.6

Sive autem alterutra parte absente, sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit...

Con toda claridad denota el presente régimen de la condena en costas la ausencia de examen sobre la conducta de los litigantes. Lo relevante para su imposición es que del litigio resulte un vencido y, por esta sola circunstancia (*causa victori*), los jueces deben proveer a propósito de las costas que al *victor litis* se le hayan podido irrogar (*omnes iudices... sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum*), so pena de quedar ellos mismos sujetos a la reparación de los gastos en los que el vencedor estima (mediante el oportuno *iusiurandum*) haber sido lesionado.

Las disposiciones anteriores (C. 7.51.5 y C. 1.3.13.6), que encierran el principio del vencimiento absoluto, encuentran su más próxima confirmación en la legislación novelar de Justiniano:

Nov. Iust. 82.10 (539)⁵²:

Oportet autem et expensarum rationem iudices omnino examinare, et quia hoc bene Zenonis piaie memoriae decrevit sententia et nos non dignati sumus partem etiam hoc nostrarum facere dispositionum, maneat ergo etiam nunc in eodem schemate custoditum, illo solo adiecto, si iusiurandum intulerit de expensis iudex victori, scilicet cum quantitate quae visa ei fuerit recte se habere, quam taxationem vocant leges, deinde ille iuraverit, non habere licentiam iudicem minus quam iuratum est condemnare, neque videri clementiorem [a] lege quae haec disponet. Si tamen perspexerit neutrum sumptuum subdere rationi et propter negotii fore varietatem, hoc ipsum decernat sua sententia...

La importancia de la precedente constitución de Zenón resulta de las mismas palabras de las que se sirve Justiniano (*maneat ergo etiam nunc in eodem schemate custoditum*), aludiendo expresamente a ella (*et quia hoc bene Zenonis piaie memoriae decrevit sententia*), de modo que aquellas disposiciones tan bien perfiladas por Zenón son ahora acogidas en toda su extensión como parte de

⁵² Reproducimos de ésta y, más adelante, de otras Novelas de Justiniano la versión latina del *Authenticum*, que figura en la columna derecha de la edición de SCHÖLL-KROLL, *Corpus Iuris Civilis III, Novellae*¹², reimp. Hildesheim 1988. Vid. PESCANI, s.v. *Novelle di Giustiniano*, en *NNDI* 11 (1965) 438.

la obra legislativa de Justiniano (*et nos non dedignati sumus partem etiam hoc nostrarum facere dispositionum*).

Las novedades (*illo solo adiecto*), con todo, obedecen a ciertas dificultades de aplicación que traía consigo el régimen vertido en el *Codex repetitae praelectionis*, de modo que se traducen en una serie de medidas en relación con la actividad del juez.

Así, en primer lugar, no podrá condenar al vencido en menor cantidad de la que haya jurado el vencedor como estimación de las propias costas por él soportadas en la prosecución del litigio. Este juramento deferido al vencedor del litigio, que vino a suplir la precedente *iudicis aestimatio*, cambia radicalmente en la Nov.Iust. 82.10 (539) en cuanto a la vinculación a la que somete al juez para la concreción de las costas procesales. Mientras que la cuantía de las costas jurada por quien tiene derecho a su reembolso no era más que un elemento orientador para su definitiva fijación por el juez⁵³, obligado a imponer las costas *legitimae, solitae, quae consueto modo circa lites expendantur*⁵⁴, cinco años después de la promulgación del *Codex repetitae praelectionis* Justiniano construye al juez a no rebajar la cantidad jurada por el vencedor dentro del límite máximo pretasado por el juez, sometiendo, por consiguiente, a mayores estrecheces el quizá abusivo libre albedrío judicial anterior en orden a la liquidación concreta de las costas del litigio, que ahora, más que ser eliminado, precede al momento del juramento⁵⁵.

Además, como ya hemos significado a propósito de la Constitución de Zenón, incorporada, en cuanto a su contenido, en la Novela de Justiniano, resulta posible también exonerar del pago de las costas en aquellos supuestos que ya contemplaba la Constitución de Zenón, como son los de allanamiento del demandado o el desistimiento del demandante, sólo que ahora el juez se ve compelido a indicar expresamente en su sentencia que procede a la compensación de las *litis expensas*. Esta compensación puede extenderse, siguiendo el esquema de la *constitutio Zenonis*, también a aquellos casos en los que no se aprecia temeridad de parte de los litigantes,

⁵³ C. 3.1.15 (531): *aestimatione iudicis quantitate earum definienda, postquam iuratum est ab eo fuerit qui fecit expensas*.

⁵⁴ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 62.

⁵⁵ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 67.

sino que éstos, sobre la base del propio convencimiento, pretenden hacer valer en juicio una cuestión objetivamente dudosa, puesto que así resulta incluso para el propio juzgador. No debemos, con todo, confundir este desistimiento con el que se nos presenta en:

Ulp. 10 *ad edictum* D. 5.1.10⁵⁶

Destitisse is videtur non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum: desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. Plane si quis cognita rei veritate suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseverare, quam calumniae causa non instituerat, is destitisse non videtur.

Efectivamente, el pasaje gira en torno al concepto de desistimiento en un litigio que, probablemente, ha sido puesto en marcha temerariamente, tal como resulta del contexto en el que viene comentado el edicto⁵⁷. Parece contemplarse en el pasaje el término *destitisse* tanto en su vertiente formal como material, puesto que en la primera parte del pasaje se identifica con un *liti in totum renuntiare*, referido exclusivamente al ámbito del proceso, con el efecto, no de un simple aplazamiento de la causa, sino del abandono definitivo de la pretensión. En cambio, en la segunda parte del fragmento se presenta el concepto de desistimiento como un ‘abstenerse de continuar con un negocio emprendido con finalidad vejatoria’ (*ab negotio instituto calumniandi animo abstinere*), expresándose así en un sentido impropio y trascendiendo, por consiguiente, del aspecto procesal, por lo demás más frecuente, como resulta de la base textual que hemos venido examinando.

En todo caso, la concepción ulpiana del desistimiento, consistente en el arrepentimiento respecto a una conducta temeraria ante-

⁵⁶ Este concepto inicial se halla también presente en Ulp. 10 *ad edictum* D. 4.4.21.

⁵⁷ Es dudoso, sin embargo, como ha demostrado DOMINGO, ¿Existió un título edictal IX «de calumniatoribus»? en *SDHI* 60 (1994) 643, que en este pasaje pueda fundarse la existencia de “un edicto independiente sobre el *iudicium calumniae decimae partis*”. Más bien introduciría Ulpiano un concepto (el de desistimiento) de origen no propiamente edictal al que otros juristas también se han referido fuera de sus comentarios al Edicto pretorio (Paul. 3 *de adulteriis* D. 48.16.13pr: *destitisse eum accipiemus, qui in totum animum agendi deposuit, non qui distulit accusationem*; Paul. 1 *sent.* D. 48.16.6.1: *animo ab accusatione destitit, qui affectum et animum accusandi deposuit*; Paul. 1 *sent.* D. 48.16.6.2: *destitisse videtur, qui intra praefinitum accusationis a praeside tempus reum suum non peregit*).

rior, no parece que pudiera permitir el exonerar del pago de las costas a quien se aparta del proceso, puesto que tal desistimiento por parte del *calumniator* es simplemente exteriorizador de una marcha atrás en una conducta maliciosa inicialmente significada, pero ello no debe confundirse con la concurrencia de buena fe, factor esencial y determinante de la exoneración de costas, tal como ésta viene contemplada en la *constitutio Zenonis*.

Por el contrario, la constitución de Zenón tiende, con el régimen que impone, a promover la buena fe de ambos litigantes, concretada en su allanamiento o el abandono de la acción o en el hecho de sostener en buena lid una controversia que se muestra a todas luces como objetivamente dudosa, y la concreta en la compensación de las costas, de modo que cada litigante habrá de atender exclusivamente a las que él mismo haya dado lugar⁵⁸. Únicamente en estos tres supuestos, resulta lícito al juez abstenerse de declarar el derecho de reembolso a favor del vencedor, mientras que la omisión fuera de estos supuestos, implica que haya de ser el mismo juzgador quien haya de sufragar al vencedor, a modo de pena, tales gastos. Es obvio que esta derivación de la condena en costas al propio juez sólo debe actuarse cuando la omisión de éste haya sido negligente o dolosa, no concurriendo, por tanto, una causa objetivamente dudosa, pues en cualquier otro caso, está actuando con ese deseo compensador. El problema, como ya hemos apuntado anteriormente, radicaría en saber si la no imposición de costas por parte del juez ha sido o no intencionada a los efectos de aplicarle lo que la propia constitución de Zenón establecía (*ipse parti victrici hoc damnum sarcire cogitur, ex C. 7.51.5.2*), las novedades que introduce Justiniano en la Novela 82.10 (539) se centran precisamente en imponer expresamente al juez la obligación de indicar en la propia sentencia si procede o no a compensar las costas⁵⁹.

3.- Significado de I. 4.16.1 contextualizado en el tratamiento justinianeo de las costas procesales

⁵⁸ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 51 ss. y LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 412.

⁵⁹ Vid. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 55 s.

En realidad, el régimen jurídico de la condena en costas que acabamos de exponer refleja cómo el emperador Justiniano mostró una gran preocupación por la intensa litigiosidad del momento, con lo que, para bien combatirla, era preceptivo introducir o más bien mantener criterios de imposición de las costas procesales que trascendieran de la mera temeridad o propósito calumnioso de los litigantes. Ello no obsta para que este tipo de comportamiento subjetivo fuera merecedor de una especial represión y, por ello, en el marco de su pretensión de clasicismo retrospectivo, más que retomar en su vertiente práctica tanto para el actor como para el demandado los remedios clásicos para la represión de la *temeritas*, como son las penas pecuniarias al décimo o al cuádruplo (*modo pecuniaria poena coeretur*) que derivaban fundamentalmente del *iudicium calumniae* y de Ulp. 10 *ad edictum* D. 3.6.1pr, respectivamente, o como es el juramento de calumnia y la infamia (*modo iurisiurandi religione, modo metu infamiae coeretur*), los recuerda en el siguiente pasaje como expresión de la génesis de la institución, reuniéndolos bajo el título de la *Instituta de poena temere litigantium*⁶⁰:

I. 4.16.1

(...) *Haec autem omnia pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabat, quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est et praefatum iusiurandum et ut improbus litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

No creemos que la finalidad perseguida por Justiniano con esta referencia a la *temeritas* procesal y a los instrumentos que históricamente sirvieron para su sanción (*iudicium calumniae*, *iusiurandum calumniae* e imposición actual de las *litis expensas* al *improbus litigator*) fuera la de renovar su vigencia como único criterio de imposición de las costas procesales, puesto que, por lo demás, la temeridad quedaba igualmente comprendida dentro del más amplio criterio objetivo del vencimiento absoluto. Más bien su pretensión no es otra que observar retrospectivamente la evolución de la

⁶⁰ BERGER, s.v. *poena temere litigantium* cit. 634; LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 359 ss.; y, muy especialmente, BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium» (4,16) delle Istituzioni giustinianee*, en *AG* 176 (1969) 29, a propósito del contenido de I. 4.16pr.

institución, “non tanto nel suo stato attuale, quanto nella sua origine storica”⁶¹. No se trataba, por tanto, de simplificar el régimen gayano anteriormente expuesto ni de conferir a este régimen una impronta legislativa simple y clara⁶², puesto que ello, además de contrastar con el régimen jurídico presente en el *Codex repetitae praelectionis*, contravendría la finalidad didáctica perseguida por la *Instituta* y también carecería de sentido la referencia que la Nov. Iust. 82.10 (539) hace a la constitución de Zenón como una constitución de aplicación al tiempo de su promulgación, sin duda con el carácter de regla general.

Por consiguiente, ciñéndonos al tenor de las fuentes, Justiniano pone de relieve el desuso en el que había caído el *iudicium calumniae*, junto con la *infittatio* clásica, la *restipulatio* y el *iudicium contrarium*⁶³, medios estos dos últimos que prescindían del *animus calumniandi*, puesto que se fundaban en el hecho objetivo de la pérdida del litigio por parte del actor, sin consideración alguna sobre su comportamiento en el curso del proceso, haciendo así posible la reconvencción de parte del demandado⁶⁴. Ello no obstante resulta posible convenir la vigencia del *iudicium calumniae* todavía en el período postclásico, como resulta de la constitución del 293 recogida en Cons. 6.13, donde se mantenía la sanción clásica a la décima parte del importe del litigio contra el demandante que procedía calumniosamente, hasta que el propio Justiniano la suprime en C. 2.58.2.8: *antiqua itaque calumnia quiescente et eius ambagibus...*, sustituyéndola por el deber del demandado de prestar el *iusiurandum calumniae* para poder oponerse a la pretensión del demandante, juramento que se extendía también a “i patroni di entrambe le parti come era stato previsto in una costituzione del 530⁶⁵ che imponeva altresì ai giudici di trattare la causa in presenza

⁶¹ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 65.

⁶² PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino 1989, 42.

⁶³ Gai. 4.174: *actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione*.

⁶⁴ LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 362 y FERNÁNDEZ BARREIRO, *Ética de las relaciones procesales romanas* cit. 68.

⁶⁵ C. 3.1.14.4 (530): *Patroni autem causarum, qui utrique parti suum praestantes ingrediuntur auxilium, cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam in qualicumque iudicio maiore seu minore vel apud arbitros sive ex compromisso el aliter datos vel electos sacrosanctis evangeliis tactis iuramentum praestent, quod omni quidem virtute sua omnique ope quod*

dei testi dei sacri vangeli”⁶⁶. Ello debe entenderse dentro de la política típicamente justiniana de simplificar el derecho anterior, suprimiendo inútiles complicaciones que, en sede de *calumnia*, se habían exteriorizado a través de una multiplicidad de recursos para sancionarla, pero la realidad es que el fin perseguido, reprimir la conducta emulativa, supera ampliamente esta pretensión de simplificación y condiciona la promoción del *iusiurandum calumniae* como presupuesto para la sustanciación en juicio de toda controversia, sin perjuicio de su transformación de instrumento de la religión pagana en institución que refleja el espíritu de las nuevas orientaciones cristianas⁶⁷.

En el texto de la *Instituta*, la condena en costas parece quedar condicionada a la calumnia, lo que, conviene reiterarlo ahora, introduce cierta dificultad para armonizar su contenido con las constituciones de León, Zenón y del propio Justiniano antes de la promulgación de la *Instituta*, constituciones que hasta ahora se habían dirigido a objetivizar la imposición de costas sobre el vencido, prescindiendo de consideraciones subjetivas sobre la conducta de los litigantes. Para superar esta contradicción, entiende Chiovenda que el pasaje de la *Instituta*, en el marco de la función y contenido de esta obra justiniana que se integra en el *Corpus iuris*, tan sólo recoge una sintética exposición histórica de la institución, refiriéndose así a los recursos conexos en precedencia a la condena en costas y su ubicación en el sistema procesal en lugar del vetusto *iudicium calumniae*, por otra parte en desuso en el período compilatorio. Y aunque en el fragmento no hay duda que se está haciendo referencia a la condena en costas para el vencido que actúa de

iustum et verum existimaverint clientibus suis inferre procurent, nihil studii relinquentes, quod sibi possibile est, non autem credita sibi causa cognita, quod improba sit vel penitus desperata et ex mendacibus adlegationibus composita, ipsi scientes prudentesque mala conscientia liti patrocinantur, sed et si certamine procedente aliquid tale sibi cognitum fuerit, a causa recedant ab huiusmodi communionem sese penitus separantes...

⁶⁶ PROVERA, *Lezioni sul processo* cit. 44. También, vid. también a propósito del fragmento BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid 1997, 228 s. y CAMACHO DE LOS RÍOS, «*Iusiurandum calumniae*»: aproximación a un proceso de recepción cit. 132 ss.

⁶⁷ CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, en *AUPA* 16 (1931) 342 y CHARVET, *Les serments contre la calomnie dans la procédure au temps de Justinien*, en *Revue des Études Byzantines* 8 (1951) 141 s.

mala fe, ello no excluye que también el de buena fe pueda ser condenado⁶⁸, algo que se recoge en otros textos, que, éstos sí, vienen a constituir el régimen vigente en aquel momento en torno a la cuestión de la imposición de costas y que, además, vendrá confirmado por nuevas disposiciones de Justiniano posteriores a la promulgación de la *Instituta*⁶⁹. Por lo demás, no está de más insistir en la finalidad didáctica a la que tiende la publicación de la *Instituta*, que no puede ni olvidar la tradición del derecho anterior que Justiniano pretende inmortalizar a través del *Corpus Iuris* ni contradecir el régimen fijado por el propio Justiniano en diversas disposiciones del *Codex* y, por último, en la Novela 82.10 (539).

En el propio pasaje, además de las alusiones a los viejos recursos procesales sancionadores del comportamiento procesal de demandante y demandado, está especialmente presente la nueva ordenación del *iusiurandum calumniae* en derecho justiniano, convertido en una institución de derecho civil, rompiendo así sus viejas conexiones con el derecho sacro y sus mecanismos de sanción. El *iusiurandum calumniae* encuentra una especial aplicación en este período por cuanto se convierte en presupuesto para litigar, en la medida en que el demandado debe jurar que cree tener fundamento para oponerse a la pretensión del demandante, mientras que éste debe jurar que, entablado el litigio contra el demandado, procede igualmente con fundamento⁷⁰. En definitiva, ambas partes

⁶⁸ Ello no excluye que la cuantía de la condena sea diversa, si concurre o no temeridad en el vencido, ni tampoco es idéntico el mecanismo concreto para su imposición, puesto que las que dependen del vencimiento se imponen de oficio, las que dependen de la *temeritas* están supeditadas al ejercicio de acción a instancia de parte. Así, a propósito de la distinta cuantía en uno y otro supuesto, señala CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 81 ss. que “in caso di *temeritas* o *contumacia*, quando cioè la condanna nelle spese funzionava come pena processuale, l’obbligo del condannato si estendeva a tutti i danni subiti dal vincitore, in conseguenza dell’azione processuale temeraria. Nel caso di semplice soccombenza, il vinto non era tenuto che alle spese del processo in stretto senso”, esto es, los gastos que sea indispensable sostener para el reconocimiento del propio derecho en el juicio, lo que explicaría que subsistan y hasta se complementen disposiciones reguladoras de la condena en costas en uno y otro sentido.

⁶⁹ Vid. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 65 s. y, de la misma idea, BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium»* cit. 36.

⁷⁰ MAYNZ, *Cours de droit romain*⁴ 1, Bruxelles 1876, 616 s.; CHARVET, *Les serments contre la calomnie* cit. 133; y CAMACHO DE LOS RÍOS, «*Iusiurandum calumniae*»: aproximación a un proceso de recepción, en *La prueba y medios de*

garantizan recíprocamente la justicia de su pretensión así como prometen omitir conducta emulativa alguna en el curso del proceso⁷¹. De este modo, como señala Bonini, se convierte su prestación en una condición del contradictorio sustancial que tendrá lugar entre las partes, tanto es así que a aquella parte que no esté dispuesta a prestarlo no le será admitida la continuación en el proceso⁷²; y que de algún modo viene a generalizar aquella función originaria, en la que el Pretor, esporádicamente, exigía su prestación antes de adoptar una medida solicitada por las partes que pudiera modificar o ralentizar el curso del proceso⁷³:

C. 2.58.2pr

(...) sancimus, in omnibus litibus, quae fuerint post praesentem legem inchoatae, non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum praestent, ipsae principales personae subeant iusiurandum, et actor quidem iuret non calumniandi animo litem movisse, sed existimando bonam causam habere. Reus autem non aliter suis adlegationibus utatur, nisi prius et ipse iuraverit, quod putans se bona instantia uti ad reluctandum pervenerit: et postea utriusque partis viros disertissimos advocatos, quod iam dispositum est a nobis, iusiurandum praestare, sacrosanctis videlicet evangelii ante iudicem positis.

De este modo, como señala Provera, queda creado un nuevo régimen normativo que vincula moral y religiosamente a los litigantes entre sí a desplegar una adecuada conducta procesal para tutelar sus propios intereses y cuya principal consecuencia es que la causa no sigue adelante sin el juramento del actor, por ser presupuesto indispensable para ser admitido al proceso, mientras que, respecto al demandado, su falta de prestación quedaría asimilada, como efecto propio del hecho de que la causa no sea tramitada, a la

prueba: de Roma al Derecho moderno, Actas del VI Congreso iberoamericano y III Congreso internacional de Derecho romano, Madrid 2000, 129 ss.

⁷¹ WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* cit. 322; CHARVET, *Les serments contre la calomnie* cit. 133; y CAMACHO DE LOS RÍOS, «*Iusiurandum calumniae*»: *aproximación a un proceso de recepción* cit. 130 s.

⁷² BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium»* cit. 30 s., así como, anteriormente, KRÜGER, *Das «summatim cognoscere» und das klassische Recht*, en ZSS 45 (1925) 45 y CHARVET, *Les serments contre la calomnie* cit. 131 ss., que se ocupa específicamente de la función y vigencia del *iusiurandum calumniae* en el derecho justinianeo.

⁷³ LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire du serment de calumnia* cit. 48.

confesión en juicio⁷⁴. En definitiva, presenta en este período distinto funcionamiento del que tenía durante la vigencia del procedimiento formulario, en el que era exigido al demandado a instancia del demandante y tras la autorización del Pretor en aquellos supuestos en los cuales el demandado no hubiere ya prestado una *sponsio*⁷⁵.

La prestación del *iusiurandum calumniae*, contrariamente a lo que piensa Camacho de los Ríos⁷⁶, no excluye que sean impuestas al vencido las costas del litigio, puesto que éstas dependen ya desde tiempos de Zenón del hecho mismo del vencimiento, fuera de los supuestos excepcionales en los que tiene lugar la compensación. Ni tampoco nos parece acertada la idea de que prestar el *iusiurandum calumniae* sirva para exteriorizar la buena fe de los litigantes, máxime en este período en el que se ha convertido, como institución cuya inobservancia genera ya, en contraste con el derecho arcaico, auténticos efectos jurídicos, en un presupuesto indispensable para ser admitido a discutir sobre el fondo de la controversia y en el que, por consiguiente, ya no concurren aquellos trasnochados temores que irrogaban las deidades paganas a los ciudadanos de los períodos arcaico y clásico.

4.- La concreción de las costas procesales y garantías para su restitución

Ya hemos visto cómo el procedimiento habitual para su fijación recogido en el *Codex repetitae praelectionis* consiste en deferir al demandante juramento en orden a la determinación de su importe

⁷⁴ BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß* 3 «Cognitiones», Bonn 1866, 255; CHARVET, *Les serments contre la calomnie* cit. 136; ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 252 n. 60; PROVERA, *Lezioni sul processo* cit. 45; y CAMACHO DE LOS RÍOS, «*Iusiurandum calumniae*»: aproximación a un proceso de recepción cit. 131.

⁷⁵ BONINI, *Il titolo «de poena temere litigantium»* cit. 30. Se trata, por consiguiente, de una evolución histórica experimentada por una misma institución jurídica, el *iusiurandum calumniae*, y no de dos instituciones que poder comparar como si fueran distintas, tal como hace CAMACHO DE LOS RÍOS, «*Iusiurandum calumniae*»: aproximación a un proceso de recepción cit. 132, al contraponer el *iusiurandum calumniae* justiniano con un “juramento de malicia”, que no sabemos a qué fuente poder adscribir.

⁷⁶ CAMACHO DE LOS RÍOS, «*Iusiurandum calumniae*»: aproximación a un proceso de recepción cit. 131.

como consecuencia de la conducta temeraria (como también es calificada la contumacia o ausencia en el proceso) del demandado, aun cuando es frecuente en la práctica que dicha cantidad, comprensiva incluso de los honorarios de los abogados, pueda ser reducida por el juez a su criterio, tal como establece el siguiente pasaje:

C. 3.1.15 (531)

Sancimus omnes iudices sive in hac florentissima civitate sive in provinciis, si quando absens persona citata postea apparuerit, non aliter ei iudicalem aditum revelare, sed omnem claudere ei iudiciorum copiam, nisi prius omnia damna restituat ex huiusmodi vitio adversariis eius inflicta sive circa ingressus litis sive circa honoraria advocatorum vel alias causa, quae in iudicio vertuntur: aestimatione iudices quantitate eorum definienda, postquam iuratum ab eo fuerit qui fecit expensas: exsecutoribus negotiorum modis omnibus dispositones eorum adimplentibus: scituris iudicibus nostris et exsecutoribus, quod, si hoc praetermiserint, ex sua substantia huiusmodi detrimentum laesis resarcire compellantur. Quod et in pedaneis iudicibus observari censemus, licet non citati, sed requisiti litigatores mala conscientia afuerint.

Por consiguiente, lo jurado por el demandante actúa simplemente como un elemento orientador que auxilia el arbitrio judicial, a quien le corresponde el deber de pronunciarse respecto al derecho al reembolso de las costas a favor del *victor causae*. Como sabemos, la omisión de la fijación expresa de las costas determina la responsabilidad subsidiaria del propio juez para con el vencedor, como puede observarse en la siguiente constitución de Justiniano, donde también veíamos anteriormente con claridad la implantación y consolidación del principio del vencimiento absoluto como criterio de imposición de las costas procesales, esto es, sea quien sea el vencido y con independencia de su buena o mala fe⁷⁷, siendo éste el texto clave sobre la materia dentro del período justiniano, como heredero natural del régimen ya consagrado por Zenón en C. 7.51.5, y el tomado como referente por los comentaristas medievales ante lo ignoto de la *constitutio Zenonis*:

C. 3.1.13.6

⁷⁷ Vid. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 62 y CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina* cit. 342 s.

(...) *non ignorantes (ipsi iudices), quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae subiacebunt, et reddere eam parti laesae coarctabuntur.*

Este régimen de libertad del juez para concretar las costas que debe hacer efectivas el vencido queda, sin embargo, modificado en la Novela 82.10 (539), donde se impone al juez el deber de concretarlas sólo en aquellos supuestos en los que la propia complejidad del negocio dificulte su señalamiento (*propter negotii fore varietatem*). Si, por el contrario, el vencedor ha efectuado juramento al respecto (*si iusiurandum intulerit de expensis iudex victori*), no tiene facultades el juez para atemperar su cuantía, siempre y cuando no se exceda de la tasa máxima que el propio juez, con carácter previo, hubiera impuesto al vencedor (*scilicet quae visa ei fuerit recte se habere*)⁷⁸. Estas innovaciones en lo relativo a la liquidación y a la compensación de costas vienen así a modificar el régimen jurídico presente al respecto en C. 3.1.13.2a⁷⁹ y 2b⁸⁰ (530) y en la señalada constitución contenida en C. 3.1.15 (531), conforme a las cuales las costas del litigio se liquidaban sobre la base del juramento del vencedor⁸¹, pero con libertad de apreciación por parte del juez, quien no quedaba obligado por él⁸².

Y naturalmente, distinta de la expectativa del reembolso de las costas procesales, concretada en la declaración de tal derecho por el

⁷⁸ Esta modificación del régimen justiniano puede estribar en los eventuales abusos con que actuaban los jueces en perjuicio de los litigantes vencedores y perjudicados por la conducta de su oponente. Vid. CHIOVENDA, *Le spese del processo civile romano*, en *BIDR* 7 (1894) 287 y NEGRO, *La cauzione per le spese* cit. 79.

⁷⁹ *Et si quidem nihil sufficiens actitatum est, ex quo possit termino causae certa fieri coniectura, non solum partem fugientem ab observatione iudicii relaxare, sed etiam in omnes expensas, quae consueto modo circa lites expendantur, eum condemnare, vera quantitate earum sacramento fugientis manifestanda et omni cautela, quam super lite reus exposuit, reddenda: quae et si remanserit, viribus vacuabitur.*

⁸⁰ *Sin autem ex gestis apud se habitis parte actoris minime inventa possit invenire viam, ex qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit, et absente actore, si eum meliorem causam habere perspexerit, pro eo ferre sententiam non moretur et praesentem reum absenti actori condemnare, expensis tantummodo litis, quas reus legitime se expendisse iuraverit, condemnatione excipiendis, quia hanc poenam actori et meliorem causam habenti propter solam absentiae contumaciam imponimus.*

⁸¹ PROVERA, *Lezioni sul processo* cit. 45.

⁸² Vid. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 66 s.

juez en su sentencia, es el hecho mismo de que aquéllas lleguen a ser efectivamente satisfechas al vencedor del litigio, puesto que, si señaláramos que el *iusiurandum calumniae* tal como queda con las reformas de Justiniano no es garantía de que las partes se conduzcan efectivamente en el litigio de buena fe, mucho menos garantiza que, llegado el momento, el vencido satisfaga materialmente las costas al vencedor. Si en el período clásico, la *sponsio et restipulatio*, a menudo reforzadas con garantes más solventes que quienes contraían aquella obligación, hacía las veces de instrumento procesal para exigir al vencido el reembolso de ciertos gastos, calculados, más que por su importe efectivamente desembolsado, en función de la cuantía del litigio en el que se habían generado, en el derecho justiniano no se desdeña el recurso a semejante institución (la labeoniana *fideiussio*), cuyo funcionamiento viene detalladamente reflejado en la legislación novelar en calidad de complemento para las muchas disposiciones que el *Codex Iustinianus* recogía en torno a la materia del reembolso de las costas procesales:

Nov.Iust. 53.1 (537)

(...) et quoniam mos est non aliter fieri exhibitiones aut praesentationes, nisi actores fideiussores certa quantitate dederint, quia execuntur causam et suscipiunt sententiam, hanc quidem quantitatem omnino eos exigi et dari frustra calumnia passo. Si vero per iusiurandum etiam plus aliquid declaraverit, certa tamen quantitate definita a iudice, quam leges taxationem vocant, etiam hoc superexigi, ut agnoscant non ludere in vitas alienas, sed in provincia eligere iudices et ibi contra suos adversarios litigare.

La constitución se hace eco de la antigua tradición de prestar garantía (*fideiussores dare*) para ser admitido al litigio (*mos est non aliter fieri exhibitiones aut praesentationes*) y la extiende también a la prosecución del mismo, reconociendo así un derecho de reembolso al demandado que ha sido citado temerariamente fuera de la provincia, terminando el actor por no comparecer, que podrá hacerlo efectivo en su totalidad incluso en el caso en que los *fideiussores* se hubiesen obligado por menor cuantía de la que ha sido jurada por el demandado dentro de los límites pretasados por el juez. El régimen jurídico de las *cautiones* contra el demandante que no prosigue el litigio se ve perfeccionado con el constreñimiento a su continuación una vez incoado, de modo que en caso de no proseguirlo en el plazo de dos meses desde su interposición

(*libellus conventionis*), se le impondrán a favor del demandado el doble de las costas que efectivamente le hubiera podido irrogar⁸³.

Ambas constituciones dan cobertura normativa a un tipo de comportamiento que en su momento fue precursor en la persecución de la calumnia en el seno del proceso privado como es la *in ius vocatio* a la que se refería Ulp. 5 *de off. procons.* D. 5.1.79pr, sujetando al pago de las costas procesales, como antaño, al que promueve el litigio con el último propósito de vejar con su incoación al demandado (*viatica litisque sumptus reddere oportere*). Pero ciertamente, ello no nos hace virar nuestra línea de pensamiento en relación con la dirección objetivista que adquirió desde Zenón la imposición de costas. Ello es así porque ambas constituciones se ocupan del específico caso del actor contumaz, esto es, de aquel demandante que, después de incoar el procedimiento, no comparece dolosamente para su prosecución y ante este comportamiento, el hablar de vencimiento, que también lo hay, al no continuar el litigio adelante, cede ante la más merecedora de represión *calumnia actoris*, que, por lo demás, también está *a fortiori* comprendida cuando consideramos el criterio objetivo del vencimiento absoluto⁸⁴, que no se ve, por tanto, superado por un eventual viraje hacia el subjetivismo como criterio de imposición de las costas procesales.

La mejor conformación de las garantías de reembolso para el demandado que ha sido citado a juicio calumniosamente se alcanza posteriormente con la siguiente disposición:

Nov. Iust. 112.2pr (541)

⁸³ Nov.Iust. 96.1 (539): *ne igitur haec iugiter committantur, sancimus non aliter actores libellos dirigere et damni occasionem praebere conventis, antequam cautionem exponant et in fugientem et negotii executorem, quia intra duos menses omnibus modis litis contestationem faciunt apud iudicem, aut si non hoc egerint, omne damnum eveniens convento restituunt duplum; non transcendente cautione ex sex et triginta aureos.*

⁸⁴ Así acertadamente señala CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 79 que “i testi infatti che pronunciano la condanna nelle spese a carico del soccombente, sia attore sia convenuto, assorbono ma non contraddicono quelli che la pronunciano a carico del solo attore. Similmente la condanna nelle spese del vinto in quanto tale, comprende, *a fortiori*, la condanna del soccombente temerario”, de modo que si consideramos las distintas constituciones que han llegado a nosotros en sede de imposición de costas, aunque aparentemente contradictorias, lo cierto es que “le più recenti non abrogano ma ampliano le più antiche”.

Ad excludendas autem calumniose moventium intentiones et executorum fraudes et aliud invenit providentia nostra remedium. Sancimus enim omnes iudices, si quando aliquos teneri vel admoneri voluerint, hanc condicionem in suis interlocutionibus adicere, ut non aliter conventionales libelli pulsatis porrigantur aut sportulae executoribus dentur, nisi prius et in libello actor per se aut per tabularios subscripserit et actis intervenientibus fideiussorem idoneum periculo competentis officii praestiterit, confitentem quod et usque ad finem litis permanet et suas intentiones aut per se aut per legitimum procuratorem exercet, et si postea fuerit adprobatus iniuste litem movisse, sumptuum et expensarum nomine decimam partem eius quantitatis quae libello continetur pulsato restituet. Si autem dixerit non valere fideiussorem dare, tunc apud iudicem a quo causa examinanda et sanctis propositis evangelii per sacramentum hoc ipsum adfirmet, et sic iuratoriam cautionem exponat et per eam haec quae superius dicta sunt profiteatur.

Reitera la constitución aquí reproducida el remedio contra la citación calumniosa que pueda llevar a cabo el demandante: la designación de fiadores o, en su caso, la prestación de una *cautio iuratoria*, mecanismos ambos destinados a asegurar la eventual restitución de las costas al demandado (*sumptus et expensae*), cifradas ahora en una *quota litis ad decimam partem eius quantitatis quae libello continetur*, semejante al régimen del derecho arcaico y clásico a través del *sacramentum* y de la *sponsio et restipulatio*⁸⁵.

⁸⁵ CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali* cit. 71 s. y LALINDE ABADÍA, *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* cit. 348.