Litispendencia internacional y costas del proceso

International lis pendens and legal expenses

LUIS FRANCISCO CARRILLO POZO

Profesor de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Gerona

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2015.015

Bitácora Millennium, Nº 2 (2015)

Zaragoza, diciembre 2015

Abstract

La condena en costas en los casos de litispendencia internacional no puede ser resultado automático del criterio del vencimiento, sino que debe tener en cuenta el ámbito normativo en el que se plantea, porque existen tantas reglas sobre litispendencia como disciplinas sobre competencia judicial internacional.

The decision on costs of proceedings in cases of international lis pendens can not be an automatic result of the application of the rule that costs follow the event, but must take into account the regulatory environment in which it arises, because there are so many rules on lis pendens as disciplines on international jurisdiction.

Palabras clave: costas procesales, litispendencia internacional, Reglamentos sobre competencia judicial

Key words: *procedure costs, international lis pendens, international jurisdiction Regulations.*

Sumario

I. Preliminar: ¿Puede condenarse en costas cuando se aprecia la existencia de litispendencia internacional?

II. Incertidumbres en cuanto a la estimación de la excepción: ámbito europeo

III. Algunas situaciones particulares

IV. Un apunte final.

Pretendemos con este breve trabajo detenernos en un aspecto de transcendencia práctica indudable, pero al que se le ha dedicado escasa atención en el ámbito del Derecho internacional privado, a saber, la incidencia de la observancia de las normas de competencia judicial internacional en la condena en costas. Se suele anudar la solución sobre este tema a la decisión sobre el fondo del asunto, partiendo de la base de que quien discute un derecho, obliga a otro a litigar y es vencido, debe asumir el coste de su actuación obstativa (criterio del vencimiento), pero no es menos cierto que también cuando por causa de la presencia de óbices procesales no se entra a resolver se ha producido un gasto –en actuaciones de estricta transcendencia intraprocesal- que como regla deberá ser reparado [1]. Nuestro discurso quedará restringido a las consecuencias económicas de la litispendencia internacional, porque los principios de construcción son idénticos en lo fundamental (la diferencia más relevante es que ésta opera de oficio). Ilustraremos este tema con el auto de la sección 13 de la Audiencia provincial de Barcelona de 17 de abril de 2015, supuesto atípico, patológico incluso, pero que sirve como arranque para mostrar hasta qué punto se echa en falta un cuerpo sólido de doctrina judicial en el ámbito del Derecho internacional privado, cómo se generan temores en los particulares sobre qué harán los tribunales, cómo la reacción a tal temor es poner en marcha estrategias procesales difícilmente comprensibles y cómo, en fin, el criterio del vencimiento no responde adecuadamente a todos los supuestos.

Punto de partida es, en todo caso, recordar una obviedad, y es que las costas quedan sometidas a la ley reguladora del proceso. Nada importa la ley rectora del fondo del asunto o lo que disponga el ordenamiento regulador de otro procedimiento respecto al que se predique la situación de pendencia, ni se puede tener en cuenta a la hora de fijarlas el previsible resultado de ese otro proceso o lo que disponga en este tema. Desde la perspectiva del operador español sólo se puede explorar, pues, la respuesta del juez nacional interpelado en segundo lugar, en el bien entendido que la disciplina sobre litispendencia no nos interesa lo más mínimo cuando el procedimiento español sea el primero en el tiempo ni, de acuerdo con la doctrina del

Fecha de recepción del original: 12 de octubre de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 25 de octubre de 2015.

El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2012-36806. Quisiera expresar desde aquí mi agradecimiento a Ángels Gomis Masqué por su paciente e ilimitado magisterio, imprescindible para poder elaborarlo.

[1] Como subrayaba el ATC de 19 de febrero de 1986, las costas no son una sanción penal ni administrativa; ni siquiera son una sanción. Son simplemente la contraprestación por los gastos originados en el proceso.

TJ en la sentencia de 3 de abril de 2014, cuando los tribunales españoles tengan competencia exclusiva[2].

Los hechos son los usuales en este tipo de debates. Una conocida empresa española de construcción e ingeniería (C) se había obligado a realizar determinadas obras en una refinería de Portugal. Interpone demanda ante los tribunales lusos frente a tres sociedades con las que había contratado -dos portuguesas (S.Portugal y E) y una española (S.España)-, entendiendo que el incumplimiento de sus obligaciones le había generado daños y perjuicios, por lo que reclamaba la cantidad adeudada. Se da la particularidad de que ésta última y una de las portuguesas forman parte del mismo grupo. Los tribunales portugueses –al fin y al cabo, los del lugar de ejecución- aceptan su competencia. Tres meses más tarde, una de las demandadas, la española S, demanda en España a C reclamando el pago de varias facturas relativas a los servicios prestados en esas mismas instalaciones (la verdad es que el auto no clarifica demasiado los hechos, con lo que no se sabe quien contrató con quién). Tras diversas vicisitudes relativas a la competencia territorial[3], los tribunales de Barcelona se declaran competentes (eso sí, al cabo de un año). Cuando C contesta la demanda lo primero que hace es invocar la excepción de litispendencia, y subsidiariamente realiza pedimentos sobre prejudicialidad civil y sobre el fondo del asunto. El problema es que acto seguido formula demanda reconvencional frente a los mismos tres demandados en el proceso portugués (art. 407 LEC), dado el riesgo –según argumenta- de que no se aprecie la excepción y el tribunal español entre a conocer en cuanto al fondo. Lo peor es que en el suplico lo primero que hace es pedir que se estime la excepción de litispendencia.

[2] Una precisión inicial: Los mismos principios valen para el proceso declarativo y el de ejecución. De hecho, artículos como el 539, 541, 559 o el 561 LEC se limitan a recoger el criterio sentado en el 394 LEC; lo mismo vale para la jurisdicción voluntaria (art. 8 de la ley 15/2015). En consecuencia, las referencias tendrán alcance general.

[3] La demanda se interpone ante los tribunales madrileños, debido al error en la identificación del domicilio del demandado. Si la primera demanda española fuera anterior a la portuguesa, habría que entender que los tribunales españoles son los primeros que conocen del asunto en los términos del art. 32 del reglamento Bruselas I bis, y por lo tanto la regla de litispendencia obligaría a los portugueses a inhibirse. El art. 29 del reglamento debe ser leído en términos de entrada de un litigio en un sistema jurisdiccional, sin que nada indique que sea exigible el acierto *ab initio* en la identificación del tribunal territorialmente competente; al fin y al cabo en el tráfico internacional no es inexcusable el error en la determinación del domicilio del demandado cuando está disperso en varias unidades productivas y de gestión. Bastaría con que la demanda se hubiera presentado en un tribunal no absolutamente desconectado del demandado (otra cosa podría legitimar actuaciones puramente estratégicas) para marcar el punto de partida del proceso y "reservar" la competencia judicial internacional. Por supuesto que lo aquí defendido encaja con lo que mantuvo el Tribunal de Justicia en la sentencia de 27 de febrero de 2014 (no necesidad de resolución aceptando la propia competencia).

El auto de primera instancia la estima, y decreta el sobreseimiento del procedimiento, frente al parecer de la demandante en el proceso español; pero como el art. 421 LEC no dice nada sobre costas, no se pronuncia sobre este extremo (auto del juzgado de primera instancia nº 3 de Hospitalet de Llobregat de 17 de febrero de 2014, aclarado por auto de 26 de marzo de 2014, dictado a instancias de C, y en el que ofrece la fundamentación de que el silencio de la norma exige su no imposición a ninguna de las partes). Es entonces cuando se inicia el debate que llega a la Audiencia Provincial, centrado exclusivamente en el tema costas: Una de las demandadas reconvenidas (S.Portugal) solicita la condena en las costas de la reconvención, mientras que la entidad apelada aprovecha el trámite para impugnar el recurso y solicitar la condena a S.Portugal y S.España de las costas de la primera instancia, y a la apelante de las costas del recurso. Rechazada la impugnación (*ex* art. 461.1 LEC)[4], va de suyo que los gastos generados por ésta debían ser impuestos a la mercantil impugnante. No es una cuestión directamente relacionada con la litispendencia internacional sino de estricta lógica procesal interna. En cuanto al recurso de apelación, es estimado, y en consecuencia se imponen las costas de la reconvención causadas a la apelante en la primera instancia a C, sin realizar declaración de las costas del recurso de apelación (art. 398 LEC).

A partir de estos someros hechos cabe una mirada más elevada y plantearse varias cuestiones de alcance general. A ellas atenderemos en las siguientes páginas.

I. Preliminar: ¿Puede condenarse en costas cuando se aprecia la existencia de litispendencia internacional?

Por supuesto que en este tema el legislador europeo (otro tanto puede predicarse a nivel convencional) no tiene nada que decir, más allá de la garantía de su recuperación en el nivel transnacional (y esto último vale para el sistema autónomo de reconocimiento y ejecución). Mas en la medida en que las costas del proceso constituyen un poderoso incentivo para el estudio previo y buen uso de las reglas sobre competencia judicial, aunque cada sistema nacional sea libre de adoptar una solución u otra (y precisamente por ser el complemento lógico del fortalecimiento de la cooperación judicial), lo único descartable sería una solución normativa que

[4] Surgió una cuestión procesal previa (admisibilidad de la impugnación) en la que aquí no podemos entrar por desbordar el ámbito material del tema. Baste apuntar que la doctrina jurisprudencial consolidada configura la impugnación del recurso de apelación como una oportunidad esencialmente reactiva frente al apelante, pero nunca como mecanismo para dirigirse contra quien no cuestionó la decisión de primera instancia. En consecuencia, en caso de pluralidad de demandados no sirve para hacer entrar en la segunda instancia a quien no apeló (*v. gr*., por todas, STS de 13 de enero de 2010). La opción del legislador español reduce la litigiosidad, pero no es la única respetuosa de los derechos de defensa; nada impediría, pues, el reconocimiento en España de decisiones extranjeras que incorporen soluciones distintas en este punto.

consagrara la no imposición (como hacía el texto primitivo de la antigua LEC) o impidiera la eficacia extraterritorial de las resoluciones que contengan tal declaración[5].

Viene ello a colación porque existe una primera orientación contraria a la imposición de las costas en casos como el presente en el que no se resuelve en cuanto al fondo. Algunas interpretaciones del art. 91 del *Codice di procedura civile* van en esta dirección[6], y en todo caso el mencionado art. 421 LEC ha sido entendido de idéntica forma. En la misma línea, se puede llegar a esa conclusión a partir del art. 209 LEC, que exige que las sentencias se pronuncien sobre las costas, sin ninguna previsión igual respecto a los autos, que será la forma de la resolución sobre litispendencia. El legislador habría establecido esto porque, como de algún modo se puede decir que no hay vencimiento de nadie (la litispendencia no significa negación de la relación jurídica o inexistencia de un derecho), no habría espacio para condenar en costas a ninguno de los litigantes; éstas se impondrán en su caso a quien pierda el litigio sobre el fondo. Piénsese además que el esquema típico es el de un demandado en el primer procedimiento que reacciona presentando demanda en otros órganos jurisdiccionales igualmente competentes (si no lo fueran, el tratamiento no sería el de la litispendencia), a partir de lo cual se ha dado por sentado que el actor en aquel verá compensada la parte más importante de sus gastos en la resolución final. De otro lado, se ha argumentado (¿?) igualmente que la decisión del tribunal sobre litispendencia es ajena a las actuaciones de la contraparte y por lo tanto sin posible transcendencia económica.

Ni que decir tiene que este planteamiento no es aceptable: Toda actuación procesal comporta un coste para el privado que -según la propia lógica del instituto- debe ser

[5] Los sistemas en materia de costas vigentes en nuestro entorno pueden quedar reconducidos a tres: La mayoría aplica como prevalente el criterio del vencimiento (quien pierde paga todos los gastos); los que se inspiran en la causalidad (lo que implica que puede ser condenado en costas no sólo quien resulta derrotado sino también el vencedor del juicio que pudo evitarlo o ponerle fin y no consintió; es el caso alemán o el austriaco); y los que dejan al juez decidir en cada caso (incluyendo el reparto discrecional entre los litigantes de los gastos del proceso). Al respecto vid. A. VALIÑO ARCOS, "Algunos aspectos relacionados con la imposición de costas en el proceso civil en el Derecho comparado", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, 1, 2002, pp. 147 ss.

El AAP Madrid de 26 de noviembre de 2008 resume muy bien nuestro modelo: «La norma no prevé que el principio rector de las costas pueda regirse por otro criterio (…). La regla de no imposición de costas no puede ser en principio modalizada o matizada por la apreciación de circunstancias subjetivas…». Por supuesto, es impensable el no reconocimiento y ejecución de una decisión sobre costas por motivos de orden público.

[6] A. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile*, Milán, Giuffrè, 1962, pp. 33 ss.: las costas sólo se pueden imponer en sentencia que culmine un proceso declarativo ordinario.

compensado; si además redunda en la defensa de las normas de competencia judicial y evita que vean la luz decisiones con eficacia transfronteriza muy débil, como subraya el auto comentado, es innegable que está en la esencia del ordenamiento jurídico su repercusión al causante/derrotado[7]. Confiarlo todo a la decisión final no garantiza la satisfacción de las inversiones realizadas, porque nada obliga a que se haya actuado según los mencionados esquemas típicos, y ello sin despreciar el dato de que quien actúe conforme a la disciplina legal puede ser que jamás vea compensadas sus inversiones en la resolución definitiva (casos de estimación parcial o de desestimación, o cuando hay que acudir a la segunda instancia para obtener satisfacción). De hecho, frente a esa posición se alza la que hoy por hoy triunfa de forma generalizada: Constatado que se ha obligado a una parte a intervenir en un procedimiento para hacer valer sus intereses, y mirando a la función indemnizatoria que desarrolla la institución, es claro que aquel debe ser resarcido por los gastos, y en definitiva la regla debe ser que el auto que estime la excepción de litispendencia tiene que imponer las costas al que sucumbe. Si la LEC no contiene norma especial al respecto es porque se remite al régimen general[8]. El auto referido no expresa dudas en este punto.

II. Incertidumbres en cuanto a la estimación de la excepción: ámbito europeo

En el presente caso la estrategia se torna confusa, como se apuntó: El demandado en el proceso español alega la excepción, reconviene y lo primero que se hace es solicitar la apreciación de litispendencia en relación con la propia demanda. La situación es envenenada, porque no se puede desestimar la reconvención, y sin embargo su completa estimación no puede comportar la condena en costas a quienes no han tenido nada que ver con la generación de tan curiosa situación sino al propio reconviniente. Era necesario retorcer el principio del vencimiento, ya que no es posible estar sin más al criterio de la causalidad. Por ello la respuesta de la Audiencia se tiene que mover (a mi juicio) en el límite de la letra de la ley.

[7] Hay normas que se "autodefienden", que son las que definen competencias exclusivas; en las materias cubiertas por éstas los demandados no necesitan hacer nada para obtener el amparo ajustado a sus mandatos: puede permanecer en rebeldía confiando en que tiene todas las posibilidades de ganar. Pero hay otros supuestos en los que sin la colaboración de las partes el juez nada puede hacer, y uno de ellos es el de la litispendencia. Sin invertir en hacer valer la excepción es imposible implementar la norma, con el consiguiente riesgo de decisiones inconciliables (por eso en el caso controvertido los demandados reconvenidos no pudieron permanecer pasivos, incurriendo en costes).

[8] Así por ejemplo el AAP Barcelona de 13 de marzo de 2007, la SAP Barcelona de 7 de octubre de 2004, o las SSTS de 1 de junio de 1990, 10 de noviembre de 1994, 28 de febrero de 1997 y 14 de mayo de 2001. Téngase en cuenta que el art. 38 LCJI no alude a este tema.

A pesar de todo, el planteamiento del demandado es hasta cierto punto comprensible, y en parte es imputable al Tribunal de Justicia. Me explico. Cuando sean aplicables los reglamentos europeos, la primera opción de un sujeto que quiere hacer valer la excepción es limitarse a interponerla, sin más alegaciones subsidiarias respecto al fondo del asunto. Es la opción de manual, la que confía en el buen hacer del tribunal llamado a intervenir en segundo lugar. Mas existe un margen a la incertidumbre en cuanto al éxito de la alegación, habida cuenta de la interpretación que el Tribunal europeo realiza –en particular- del concepto identidad de causa (en el caso estudiado, por ejemplo, no había rigurosa identidad), así como en los supuestos de pluralidad de partes o cuando no hay coincidencia absoluta entre los intervinientes en las relaciones jurídicas litigiosas[9]. La doctrina jurisprudencial ha terminado generando zonas de penumbra en este tema, zonas marginales ciertamente, pero la norma no siempre funciona de manera automática. Si el supremo intérprete no despeja las dudas, es claro que los privados no saben a qué atenerse a la hora de organizar sus actuaciones procesales. Añádase el desconocimiento por grandes sectores de las judicaturas nacionales de las normas de fuente europea y podría apuntarse una fuente de riesgo (a) y una situación problemática (b):

(a) La permanente existencia de dudas de Derecho. En consecuencia, la conclusión lógica de la suma de todo lo anterior habría de ser que por definición nunca se podría imponer costas en el incidente desenvuelto en torno a las situaciones de litispendencia internacional (*ex* art. 394.1 LEC, cuyo inciso segundo reclama la jurisprudencia vertida para casos similares). Por ello quien opone la excepción (víctima al fin y al cabo) nunca ve reparados sus gastos… por causa imputable al deficiente funcionamiento de la administración de justicia.

Descartemos esta idea. Que existen dudas es cierto, y que van a existir siempre también, pero las dudas interpretativas no son un componente esencial de las normas en la materia -de la misma manera que no lo son en las que usan conceptos abiertos- por lo que la generalizada aplicación de la excepción prevista en el art. 394

[9] Después de la sentencia fundacional en el asunto Gubisch c. Palumbo, recordemos los ejemplos de las sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1998 (C-351/96), donde se supera la exigencia de identidad subjetiva para hablar de identidad de intereses, y de 14 de octubre de 2004 (C-39/02), donde no era descabellado augurar, vistos los precedentes, el descubrimiento de las identidades de causas y objetos. Damos por reproducidas las observaciones de C. McLACHLAN, *Lis Pendens in International Litigation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2009, pp. 16 ss. en especial.

También en el ámbito interno se asiste al abandono de la identidad para dar entrada a conceptos de mayor cabida: P. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, "La excepción de litispendencia y su tratamiento jurisprudencial", en *Justicia*, 1998, n. 3-4, p. 587; F. MÁLAGA DIÉGUEZ, *La litispendencia*, Barcelona, 1999, pp. 553-562.

LEC no encaja en el sistema. Piénsese que, en lo sustancial, la regla lleva en vigor –en España- más de veinte años, con lo que nada autoriza al litigante a presumir el error del tribunal, sino más bien lo contrario: Disponemos de un cuerpo de reglas suficientemente elaborado como para aseverar que las zonas de penumbra quedan confinadas a casos como los apuntados más arriba, y sólo en ellos será posible una eventual decisión de no imposición de costas, susceptible empero de ser controlada, dada la carga de la prueba que pesa en el órgano judicial.

Sólo dos matices de diverso orden: Teniendo en cuenta que la difuminación de las fronteras entre conexidad y litispendencia, así como la expansión jurisprudencial de esta última a costa de la primera, no parece razonable realizar imposición de costas cuando se invoque una y se aprecie la existencia de otra, porque aquí sí que hay dudas jurídicas. En segundo lugar, si se aprecia coincidencia sólo parcial de los objetos del litigio, y no pudiendo haber estimación total, tampoco existe espacio para la condena en costas[10].

(b) Lo más inmediato en caso de duda (o sea, preferiblemente siempre) es la necesidad de realizar pedimentos subsidiarios. Claro que el esfuerzo (o sea, el coste) de contestar una demanda oponiendo una excepción y el de formular tales pedimentos subsidiarios se parecen como la noche y el día. Si, como debe ser normal, el proceso termina con la estimación de la excepción, la compensación recibida vía costas se quedará muy corta[11].

En definitiva, frente a la repetición de la misma pretensión es admisible (*rectius*, recomendable) la oposición de la excepción sin dejar de formular subsidiariamente otros pedimentos en cuanto al fondo. Lo que no es admisible es la reacción del demandado en el caso referido, con un *petitum* incoherente anclado en la sospecha de error judicial. Pedir la desestimación de la propia pretensión genera un grueso problema, porque el criterio del vencimiento comportaría imponer las costas a quien no ha generado esa anómala situación[12]. Si los reconvenidos se hubieran allanado a

[10] Por supuesto que, como apuntábamos, la coincidencia subjetiva parcial no es óbice para condenar en costas sólo en los segmentos en los que aparezcan los mismos litigantes.

[11] Nuestro supuesto constituye un buen ejemplo de lo apuntado: siendo la cuantía del litigio de varios millones de euros, la contestación a la demanda comportó un esfuerzo de aportación de prueba documental y pericial de elevadísimo coste.

[12] ¿Se debió impugnar el decreto de admisión de la reconvención, como sostiene la reconviniente en el caso planteado? Dicho en general, ¿se debe imponer costas a uno de los litigantes cuando el otro tuvo a su disposición instrumentos para denunciar la litispendencia en una fase inicial del proceso y sin embargo nada dijo? A mi juicio, en un sistema como el español la respuesta es afirmativa, por lo siguiente: a. Salvo una inconcreta obligación de buena fe, nada obliga a un litigante a reaccionar (léase, recurrir) en el primer instante; b. el legislador no prevé que un privado pueda oponerse a la

lo más que se puede llegar es a omitir cualquier imposición, pero igualmente es insatisfactoria en términos de justicia material, en la medida en que deja sin indemnizar a quien la originó. La respuesta de la Audiencia Provincial a tal maraña va más a la búsqueda de un resultado que al respeto del tenor de la normativa procesal, aseverando que con su actuación el demandado en España está reconociendo implícitamente que la misma formulación de su demanda es inadecuada, que nunca debió ser admitida, que ha obligado a realizar inversiones específicas a los reconvenidos y que por ello se le debe condenar en costas. Demasiados conceptos implícitos, cuando la descarnada realidad es que lo que solicita ha sido estimado y la literalidad del precepto impedía su condena. Dicho brevemente: La argumentación es propia de un criterio de causalidad ajeno a nuestro sistema, fulminando el de la LEC. Instalados en este punto, nada impediría a un tribunal decidir tras una valoración global de las circunstancias que exonere, por ejemplo, a quien yerre en la interpretación de los foros de competencia o condene a quien rechace una transacción retenida justa. Y sin embargo no era imprescindible tanta alegalidad, porque para salvar la situación sin vulnerar el tenor de la ley rituaria podría haber razonado en términos estrictamente europeos: La reconvención suponía repetir los *petita* de la demanda, y eso -en el espacio judicial integrado- vulnera la norma sobre litispendencia, norma que tutela el derecho de los demás litigantes a la estabilidad procesal; pues bien, todo intento de violar ese derecho debe ser rechazado (desestimado), de oficio, no porque lo pida un litigante, y la sanción se traduce en la imposición de las costas procesales. El reconviniente ha visto derrotada su posición, y desde ese punto de vista se puede afirmar que sigue vigente el criterio del vencimiento. Dicho en general: La mera formulación de una pretensión violando la norma sobre litispendencia comporta una infracción que debe ser desestimada.

III. Algunas situaciones particulares

El principio de base siempre es el mismo: Que se dé litispendencia es una patología, y dado que no hay excusa racional a la reiteración de los procedimientos –en particular en el espacio europeo- la regla debe ser la imposición de costas a quien la provoca, pero no por el hecho en sí de provocarla sino porque alguien la evidencia y como consecuencia es desestimada su pretensión. Partamos de la base de que

admisión de la demanda en un momento diferente a la contestación (art. 404.1 LEC); c. el momento para dilucidar cuestiones procesales es la audiencia previa o al principio del juicio en los verbales; d. en el asunto controvertido el secretario sí que pudo haber controlado, apreciando la falta de jurisdicción (art. 404.2.1º LEC): Si él no lo hace, teniendo todas las informaciones relevantes a su disposición, es claro que luego no se puede imputar responsabilidad alguna a los demandados reconvenidos.

Va de suyo que otra cosa sería si nuestro modelo fuera de causalidad…

nuestros tribunales son competentes, que se ha presentado una demanda ante ellos y que ha sido admitida[13].

Dicho lo anterior, junto a la hipótesis standard que hemos estado manejando podemos explorar las siguientes situaciones[14]:

-Cuando ninguna de las partes aprecia -ni alega- la litispendencia. Con frecuencia se ha visto que cuando las pretensiones de las partes no son idénticas se suscita el debate acerca de si ésta existe o no (fue el caso en el asunto resuelto por la AP de Barcelona, por ejemplo), de manera que se instaura un debate de buena fe pero que concluye con la decisión de oficio del (segundo) tribunal, tan pronto cuente con datos suficientes para enjuiciar. Ni la litispendencia ni las costas dependen de la voluntad de las partes (tampoco la solución se deduce automáticamente de su comparecencia o falta de ella)[15]. Es evidente que el momento en el que esté en condiciones de apreciarlo variará en función del caso: Puede derivarse del propio texto de la demanda, de la contestación, de la documentación adjunta, de las declaraciones de los testigos… En cualquier caso, siendo imprescindible que las partes tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión, va de suyo que en el juicio ordinario la audiencia previa (art. 416 LEC) es el momento si la situación de litispendencia se aprecia a partir de la documentación aportada (resolviéndose en el correspondiente auto), y fuera de estos casos -así como en los juicios verbales o tramitados como verbales- habrá de ser en el acto del juicio (arts. 433 y 443.2 LEC) cuando se proceda a debatir sobre la cuestión controvertida[16] (parece lógico pensar

[13] La apuntada posibilidad de rechazar la demanda en España alegando la existencia de abuso de derecho cuando el actor sea el mismo que en el procedimiento en el extranjero (M. GARDEÑES SANTIAGO, "Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC", en *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2001, p. 332) es razonable pero tropieza con el dato de que el juez no está en ese momento en condiciones de conocer y valorar los datos que permitan llegar a esa conclusión.

[14] Va de suyo que las reglas que apuntamos más abajo sirven tanto para los casos de estimación de la excepción como para los que no. En ambos hay una parte que sucumbe. Las tres primeras hipótesis van referidas a supuestos en los que la regla de la litispendencia opera de forma imperativa.

[15] El art. 39 de la ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional sería la excepción, al dejar en manos de las partes y del juez la aplicación de las soluciones sobre litispendencia internacional. No obstante, a la luz de los principios inspiradores (art. 3), hay que augurar que sus soluciones se aplicarán de forma imperativa. En estas cuestiones está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva: STS de 1 de julio de 2013. Reconstruye muy bien las características de la litispendencia el AAP Madrid de 20 de septiembre de 2012.

[16] Además, el art. 193.1 LEC habilita para obtener ulteriores informaciones necesarias (*v. gr*., art. 29.2 del reglamento Bruselas II bis).

que este es uno de los casos en los que sí debe realizarse[17]). Es en ese momento en el que las partes fijan su posición en cuanto a la existencia o no de litispendencia, y cuando se debe resolver, sin más trámites[18]. Pero, de entrada, casaría mal con el sistema de objetivos que subyace a la imposición de costas que en este supuesto se impongan a cualquiera de las partes, incluso aunque en el momento de realizar alegaciones se alineen con el juez (otra sería la conclusión en un modelo de causalidad). Es claro además que el demandante ve derrotadas sus posiciones, pero no lo es menos que existen dudas de Derecho suficientes, evidenciadas por el comportamiento y los conocimientos previos de los litigantes, como para no realizar especial declaración. Sólo si el demandado en el proceso español desconoce la existencia del primer procedimiento por causa no imputable a él (rebeldía no estratégica) se justificaría la condena en costas al actor[19],[20].

[17] Téngase en cuenta que el debate al que alude el art. 338.4 LEC tras la reforma de la ley de 5 de octubre de 2015 versa sobre la pertinencia o no de vista, no sobre óbices procesales.

[18] Es claro que esta solución comporta un problema, y es que si la decisión se apela no se dispondrá de todo el material probatorio inicialmente admitido, que puede ser imprescindible para resolver en cuanto al fondo, si es menester.

[19] Idéntica conclusión puede proponerse cuando el actor en el procedimiento español presenta la demanda en un momento en el que no ha sido notificado aún de la demanda presentada en el otro Estado. Si desiste puede ser condenado en costas (art. 396 LEC: Si el demandado consiente no se le imponen costas, y se queda sin ser resarcido, con lo que lo previsible es que no consienta, actuando con una evidente mala fe, pero es la única manera de salir indemne); si no lo hace y se alega la litispendencia por el actor en el otro proceso ésta será estimada, claro, con la consiguiente condena en costas. Mas en el comportamiento del actor en España no existe deliberada infracción de la disciplina sobre competencia judicial internacional, que encuentra amparo en las propias características de la litigiosidad y la inevitabilidad de los plazos (no es automático hablar de mal funcionamiento de los órganos judiciales o del sistema de comunicación de los actos procesales). La literalidad de la norma del art. 394 LEC no habilita para no imponer costas, y sin embargo parece fuera de duda que condenar a quien no ha discutido indebidamente derecho subjetivo alguno desborda la finalidad de la institución. Forzando, pues, los términos, la no imposición de costas puede justificarse en la invocación de la existencia de dudas de Derecho. Se echa de menos para estos casos el principio de causalidad y la predisposición de vías de escape como las diseñadas por la jurisprudencia al amparo del art. 523 LEC(A) : *Cfr*. P. QUECEDO ARACIL. “Comentario al art. 394 LEC”, en VVAA, *Comentarios a la nueva LEC*, tomo II, ed. Atelier, Barcelona, 2000, p. 1814.

[20] Si el proceso en el extranjero se dilata y/o lleva mucho tiempo suspendido y se presenta demanda idéntica en España, es ciertamente legítimo usar el margen concedido por algunas disciplinas en la materia y no apreciar litispendencia (M. GARDEÑES SANTIAGO, “Litispendencia…, op. cit.”, p. 330), pero por el mismo motivo el auto o la sentencia (depende del momento procesal) que rechace la excepción de litispendencia debería apreciar la peculiaridad del caso y no imponer costas al demandado, en base a las dudas de Derecho que suscita.

-Supuestos de allanamiento[21]. Se parece a lo anterior porque es verosímil pensar que tal vez ninguna de las partes estima que exista litispendencia. Con independencia de que el actor y el demandado sean o no la misma persona en ambos procesos, no es un tema de causalidad; lo único relevante para decidir este tema es la reiteración indebida del proceso en un espacio integrado (o de voluntad cooperativa) y la consiguiente desestimación de cualquier pretensión de condena, por este exclusivo motivo. En definitiva, si el demandado en el proceso extranjero vuelve a ser demandado en España, y, conforme al art. 395 LEC, se allana antes de contestar a la demanda, tan pronto como el tribunal conozca que existe un procedimiento previo, en los términos del art. 21 LEC, cabe entender que el allanamiento va contra el interés general, dada la imperatividad del art. 29 del reglamento 1215/2012, y por lo tanto no dictará sentencia acogiendo la demanda, sino auto rechazándolo y apreciando la litispendencia [22]. El pronunciamiento rechazando el allanamiento no da lugar a costas (para ninguno de los litigantes)[23], pero sí el relativo a la litispendencia, lo que supondría condenar al actor, que ha visto rechazada su pretensión de condena. Los mismos motivos son trasladables a las hipótesis de allanamiento posterior a la contestación[24]. Cuando las posiciones procesales estén alteradas y el actor en el primer procedimiento se allana en el procedimiento en España, valen los mismos principios (en este caso no pueden darse dificultades en relación con la notificación como las vistas *supra*, es claro).

-Cuando haya desistimiento en el proceso español (por ejemplo porque se han formulado dos demandas y la primera en ser admitida ha sido la presentada en el otro Estado), si la sucesión temporal de acontecimientos es presentación de la demanda-alegación de litispendencia-desistimiento, en tanto en cuanto cabe equiparar a la alegación y aportación de prueba de la excepción la oposición del demandado, el demandante habrá de ser condenado a todas las costas (art. 396.1 LEC). Es diáfano que si el demandado no ha sido emplazado cuando se produce el desistimiento no ha lugar a pronunciarse sobre ellas.

---

[21] No insistiremos en que situaciones exóticas se ven en los tribunales. De todas formas, no es descabellada como estrategia: Puede ser útil negociar una condena en F2 (o sea, allanarse) como paso previo a un desistimiento en F1, por ejemplo.

[22] Lo mismo vale para el art. 19 del 2201/2003, el 12 del 4/2009 o el 17 del 650/2012, por estar a los reglamentos más importantes. La coherencia de los distintos reglamentos en este punto es evidenciada por el auto del TJ de 16 de julio de 2015.

[23] De hecho, el art. 395 LEC plantea como única hipótesis posible la condena en costas al demandado.

[24] Por lo demás, no cambian las conclusiones por el hecho de que el primer procedimiento se está desarrollando en rebeldía (no estratégica) del allanado.

-Cuando se estime la existencia de litispendencia con un Estado tercero *ex* art. 33 del reglamento 1215/2012, se puede valorar otros elementos además de la mecánica del instituto. En este ámbito su funcionamiento no goza de la automaticidad e imperatividad del que hay en el marco intraeuropeo, quedando a la discrecionalidad del juez apreciar la oportunidad o no de implementar la norma: Mientras que la previsibilidad del reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera son relativamente controlables (basta atender al sistema de eficacia extraterritorial de decisiones, la eventual existencia de convenio con el otro Estado y los precedentes jurisprudenciales para formarse una idea bastante precisa[25]) y por este flanco no debería haber incertidumbre alguna, la regla segunda del párrafo 1, la que apela a la necesidad de suspender el procedimiento en el foro en aras de una buena administración de justicia, constituye a día de hoy (no ha pasado ni un año desde su entrada en vigor, no tenemos sentencia del TJ alguna) un arcano de imprevisible alcance. En consecuencia, la reiteración de una demanda idéntica ante los tribunales españoles no constituye necesariamente una actuación reprimible, lo que se traduce en la oportunidad de no hacer pechar al actor con las costas del proceso español cuando se active –si se activa- la regla sobre litispendencia (ni que decir tiene que habrá que revisar este aserto cuando tengamos suficientes precedentes judiciales).

-Las mismas consideraciones valen cuando se aplique el Derecho autónomo. A la luz del precitado art. 39 LCJI, la pendencia de un proceso en el extranjero no es un dato que condicione inexorablemente la decisión del juez español. Tampoco es seguro el reconocimiento y ejecución de la resolución que en su caso se dicte. Más aún, a diferencia de las soluciones europeas, aunque el dato pudiera deducirse del expediente, no cabe la actuación de oficio, por lo que la aleatoriedad de las soluciones es suficientemente grande como para poder afirmar que hay dudas de Derecho que justifican la no imposición de costas[26].

-En los procesos de familia y/o matrimonio (y dejando aparte los que versen en exclusiva sobre cuestiones patrimoniales), y sea cual sea el texto legal aplicado, la constante es que el criterio no puede ser el del vencimiento sino el de la temeridad o

[25] Cabe presumir que en presencia de convenio bilateral sobre *exequatur* aplicable al caso la norma habrá de operar con mayor probabilidad que cuando estemos en el ámbito de cooperación no reforzada de los arts. 41 ss. LCJI.

[26] La AP de Madrid en el auto de 19 de octubre de 2012 parece exhibir una actitud abierta (no hay litispendencia en un asunto ya sometido a los tribunales de Marruecos sólo porque faltan las identidades requeridas), pero lo habitual es el consabido argumentario sobre inexistencia de convenio bilateral, etc. Ejemplos hay infinidad (AAP La Coruña de 10 de mayo de 2012, AAP Tarragona de 29 de noviembre de 2006, AAP Madrid de 10 de octubre de 2006…). Más allá de las razones esgrimidas, parece evidente que estamos en un sector en evolución.

mala fe, en función de la especial naturaleza de las cuestiones sometidas a debate, la inevitable existencia de dudas de hecho y/o la imposibilidad de alcanzar respuestas al margen de los tribunales[27]. Sin embargo, nada justifica trasladar estos principios al plano estrictamente procesal, donde cuadra estar a la regla del vencimiento estricto (apreciación de la existencia de litispendencia es vencimiento), condenando al actor en el segundo procedimiento cuando se aprecie litispendencia. No cabría deducir del hecho de que el art. 19 del reglamento 2201/2003 permita al actor en el segundo procedimiento reproducir su demanda en el primer órgano jurisdiccional una idea de tolerancia general hacia la reiteración de procesos, o que en este ámbito no sea tan reprobable ese comportamiento: La norma responde a otros objetivos que tienen más que ver con la inexistencia de identidad de objeto y causa y al respeto de la tutela judicial efectiva, sin incidir en la necesidad de indemnidad patrimonial de quien tiene que evidenciar la pendencia[28].

Hay no obstante un problema irresoluble cuando el proceso se inicie a instancia del ministerio fiscal[29], porque no se le puede imponer costas (art. 394.4 LEC). Sin descartar la actuación de personal de los servicios técnicos adscritos a los juzgados de familia o la designación de peritos dependientes de los juzgados o de la administración[30], lo cierto es que ésa es sólo una posibilidad y que hay más conceptos que entran en la etiqueta "costas". Si el proceso iniciado por el ministerio fiscal es sobreseído porque se aprecia litispendencia, queda la vía de solicitar una indemnización por el mal funcionamiento de la administración de justicia (al estilo de lo que decidió la sentencia de la Sala tercera del TS de 16 de diciembre de 2008, donde se indemniza por la defectuosa notificación), *ex* art. 292.1 LOPJ[31].

---

[27] Por citar algunas decisiones que específicamente se pronuncian sobre el tema (que lo tocan tangencialmente hay miles), SAP Castellón de 18 de marzo de 2004, SAP Cádiz 4 de abril de 2003 y 11 de septiembre de 2008, SAP Alicante 24 de febrero de 2003, SAP Baleares 13 de julio de 2004 y SAP Navarra 31 de julio de 2006.

[28] Que la condena en costas no es extraña a la voluntad del legislador en este ámbito lo pone de relieve el art. 764.2 LEC.

[29] Recuérdese que puede ser promotor en los procesos de incapacitación y declaración de prodigalidad (art. 757.2 LEC), en los de filiación, paternidad y maternidad (art. 765 LEC) y en los de modificación de medidas cuando hay hijos menores o incapaces (art. 775 LEC).

[30] V. MAGRO SERVET, *Guía práctica y casuística de las costas procesales en el proceso civil*, La ley, Madrid, 2009, p. 322.

[31] De la misma manera que en esa ocasión el TS reconoce el derecho a una indemnización porque se ha violado el art. 24 CE al no observar la doctrina creada en la materia por el TC, con más razón debe generarse el derecho a la compensación de los gastos por quien ha hecho caso omiso de la disciplina sobre litispendencia.

-Casos en los que exista cláusula de sumisión. Precisemos ante todo que en caso de compromiso arbitral –con o sin arbitraje ya instaurado- no es que se generen situaciones de litispendencia sino de falta de jurisdicción del tribunal estatal, con lo que estaríamos en el supuesto del art. 39 LEC y no cabe duda de que toda violación debe ser sancionada. Por supuesto si las partes han elegido un tribunal como competente, se ha iniciado un procedimiento en él y acto seguido se instaura un segundo procedimiento ante otros tribunales, la respuesta no ofrece perfiles diferenciados, salvo en un matiz, que no es sino la constatación de la especial gravedad que reviste el ir contra los actos propios: El actor en el segundo procedimiento habrá de ser condenado en costas sin límite alguno, por haber actuado con temeridad (art. 394.3 LEC).

-Queda un problema irresoluble en el espacio intraeuropeo: Si el tribunal extranjero se declara competente en primera instancia, como consecuencia el español se inhibe por causa de litispendencia y después, en vía de recurso, aquel corrige su primera decisión y declara su falta de competencia, nos encontraremos con que –hipótesis normal- al demandante en España se le ha impuesto costas y sin embargo su actuación no estuvo equivocada. Va de suyo que en el eventual litigio que se desenvuelva después ante nuestros tribunales no se puede tener en cuenta este dato (no es continuación del anterior), ni cabe promover el incidente de nulidad de actuaciones y será rarísimo que se esté en plazo para interponer recurso de apelación aportando la nueva resolución extranjera. Con la normativa actual no existe, en fin, remedio alguno; la única opción sería generalizar la suspensión del segundo procedimiento hasta que haya decisión firme en el primero, como hace el art. 33 del reglamento Bruselas I bis o la LCJI.

IV. Un apunte final

1. El conocimiento de las normas sobre competencia judicial internacional es costoso, pero nada justificaría no trasladar a este ámbito los mismos principios sobre consecuencias económicas del proceso que conocemos en el plano interno. Sólo en los sectores donde la regla no opere con automaticidad o donde no tenga demasiado rodaje por causa de su novedad es posible apuntar otras soluciones.

2. Es importante delimitar bien los planos, el fondo y lo procesal (*v. gr*., procesos de familia). Las tendencias en el primero no condicionan la respuesta en el segundo.

3. La flexibilización de la disciplina legal, dando espacio a la imputación de la causa del litigio como causa de condena en costas, y la inclusión de otros conceptos en el art. 241 LEC (gastos de viaje en particular, sólo contemplados en el art. 778 ter

LEC), facilitaría una respuesta adecuada a los perfiles diferenciados que a veces ofrece la litigación internacional[32].

[32] Si al testigo se le indemniza (art. 375 LEC), no hay motivo para no hacerlo a la parte obligada indebidamente a comparecer. En Austria, por ejemplo, se prevé expresamente. Es cierto que con frecuencia no será necesaria su presencia (para eso está el procurador), que si se trata de un juicio ordinario lo normal es que en casos como los planteados se llegue sólo hasta la audiencia previa, pero quedan fuera muchos supuestos (los numerosísimos procesos matrimoniales con elemento internacional, por ejemplo). Va de suyo que los –limitados- instrumentos sobre auxilio judicial (*v. gr*., obtención de pruebas mediante videoconferencia) configuran una respuesta sólo parcial (no resuelven la obligación de comparecer).