

Roj: STS 8594/2011
Id Cendoj: 28079110012011100838
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1830/2008
Nº de Resolución: 872/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, por **D. David y Dª Carmen**, representados por el procurador de los tribunales D. Rodolfo González García, contra la Sentencia dictada, el día 18 de julio de 2008, por la referida Audiencia y Sección, en el rollo de apelación nº 203/2007, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, en los autos de procedimiento ordinario nº 629/2004. Ante esta Sala comparecen la procuradora Dª. María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de la entidad mercantil BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., en concepto de parte recurrida; el procurador D. Rodolfo González García, compareció en nombre y representación de DON David y DOÑA Carmen, en concepto de parte recurrente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid, interpusieron demanda de juicio ordinario D. David y Dª Carmen, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), sobre acción indemnizatoria de daños y perjuicios. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... en su día a dictar sentencia, en virtud de la cual y con estimación íntegra de la demanda se DECLARE la responsabilidad extracontractual del BBVA por los daños materiales y morales causados a los demandantes y, en consecuencia, se CONDENE a la demandada al pago de:*

- a) 8.216,29 euros, en concepto de daños materiales.
- b) la cantidad que discrecionalmente fije el Juzgado en concepto de daños morales.

Todo ello con expresa imposición de costas del presente procedimiento a la demandada". "

Admitida a trámite la demanda, fue emplazada la demandada, alegando la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada por los demandantes contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., con expresa condena en costas de la parte actora".*

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a Audiencia Previa, asistiendo al acto por medio de sus representaciones legales, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se señaló día y hora para la celebración de Juicio, practicándose las que propuestas por las partes, fueron declaradas pertinentes y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 29 de septiembre de 2006 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que DESESTIMANDO la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador D. Rodolfo González García, en nombre y representación de D. David y Dª Carmen debo ABSOLVER y ABSUELVO a la demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. de las pretensiones deducidas por la parte actora, objeto de este procedimiento.*

Se imponen las costas procesales causadas a los demandantes".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. David y D^a Carmen . Sustanciada la apelación, la Sección 20^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 18 de julio de 2008, con el siguiente fallo: " *Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON David y DOÑA Carmen contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2006 , recaída en los autos de juicio ordinario seguidos con el nº 629/2004 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Madrid, confirmamos dicha resolución en todos sus pronunciamientos, e imponemos a la parte recurrente las costas originadas en esta alzada por su recurso*".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. David y D^a Carmen , contra la sentencia de apelación el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el procurador D. Rodolfo González García, lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 7.1 del Código Civil relativo a la buena fe concordante con el art. 247 de la LEC, sobre la buena fe procesal, por inaplicación de los mismos, así como de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

Segundo.- Infracción del art. 1902 del Código Civil regulador de la responsabilidad extracontractual, concordante con el art. 7.2 del Código Civil sobre el concepto de abuso de derecho, así como de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

Tercero (en el escrito figura como Segundo).- Infracción del art. 1902 del Código Civil regulador de la responsabilidad extracontractual concordante con el art. 243.2 de la LEC, así como la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

Por resolución de fecha 17 de octubre de 2008, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la procuradora D^a. María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de la entidad mercantil BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., en concepto de parte recurrida; el procurador D. Rodolfo González García, compareció en nombre y representación de DON David y DOÑA Carmen , en concepto de parte recurrente.

Admitido el recurso por auto de fecha 17 de noviembre de 2009, y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a. María Jesús Gutiérrez Aceves, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el diez de noviembre de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen

1º D. David y D^a Carmen eran deudores de Banco de Vizcaya, S.A. Habían constituido una hipoteca a favor del citado Banco en garantía de un préstamo de 23.000.000P (138.232,78#), constituido en 1984.

2º Al resultar impagado el préstamo, el Banco interpuso el procedimiento ejecutivo. El 14 febrero 1985 se despachó ejecución contra los deudores.

3º En diciembre de 1985, los cónyuges D. David y D^a Carmen , acordaron con el Banco "la dación en pago de parte de la referida deuda" de la casa hipotecada.

4º El 24 marzo 2003, el juzgado de 1ª instancia nº 17 de Madrid, como continuación del procedimiento ejecutivo 189/1985, decretó el embargo del sueldo de D. David y comunicó la traba de determinados bienes de propiedad de ambos cónyuges. Los deudores recurrieron alegando la prescripción, dado el tiempo transcurrido, 17 años, desde el despacho de la ejecución. El juzgado de 1ª instancia nº 17 de Madrid, dictó auto en 4 julio 2003 en el que dispuso "*acordar el archivo del presente procedimiento, por estimación de la alegada prescripción de la ejecución*", ordenando el alzamiento de las medidas.

5º D. David y D^a Carmen demandaron a BBVA. S.A. Pedían que se declarara la responsabilidad extracontractual de la entidad bancaria por los daños materiales y morales ocasionados a los demandantes y se le condenara a pagar 8.216,29# en concepto de daños materiales, consistentes en los gastos de abogados y procuradores originados por la "injusta reactivación" del procedimiento ejecutivo, y los daños morales, consistentes el sufrimiento psíquico, la afectación a la imagen profesional de D. David y la vida familiar de

ambos cónyuges. En el acto de comparecencia los demandantes fijaron la cantidad por daños morales en 250.000#.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Madrid, de 29 septiembre 2006, desestimó la demanda. Distinguió los gastos materiales, que consideró que debían haber sido reclamados en el cauce incidental previsto para las costas, de los daños morales, porque *"el nacimiento de la acción ejecutiva y la posterior inoponibilidad en juicio ordinario de excepciones o causas de nulidad no aducidas en el ejecutivo (Art. 1479 LEC/1881), indican la subsistencia de deuda que había de liquidarse cuantitativamente en proceso declarativo, pero de ello no se sigue un perjuicio o daño moral que requeriría precisamente, la previa extinción por pago de la deuda pretendida"*, de modo que faltaba el presupuesto de la actuación antijurídica.

7º Recurrieron los demandantes. La SAP de Madrid, sección 20, de 18 julio 2008, confirmó la sentencia apelada. Los argumentos principales son: **a)** no se puede considerar abusiva la actuación del Banco porque no se ha probado en el procedimiento que la deuda estuviese totalmente saldada; **b)** el Banco *"dejó transcurrir 17 años hasta que solicitó la reanudación del procedimiento, pero, como entiende la sentencia recurrida, la prescripción de acciones no implica cumplimiento de la obligación, sino extinción de la acción, y, por otra parte, solo es apreciable a instancia de parte, de tal modo que no podemos entender como una acción abusiva generadora de Responsabilidad el hecho de solicitar la reanudación de un juicio ejecutivo por una deuda que no consta hubiese sido abonada por los demandados, aunque a la postre prosperara la excepción de prescripción opuesta por los demandados"*; **c)** la viabilidad de la acción exigía que *"se hubiera acreditado sin ningún género de duda, que el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. ha actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia al impetrar la continuación del juicio ejecutivo"*, lo que no cabe apreciar en el presente caso.

8º Presentan los Sres. D. David y Dª Carmen recurso de casación, admitido por auto de 17 noviembre 2009. Figuras las alegaciones de la parte recurrida en oposición al recurso.

SEGUNDO. *El recurso de casación.*

El recurso se presenta dividido en tres motivos, en los que se denuncia la concurrencia de abuso del derecho por parte del BBVA.

Los dos primeros motivos del recurso plantean la cuestión desde los dos ángulos del art. 7 CC: por el ejercicio del derecho contrario a las reglas de la buena fe, al que se añade el ejercicio abusivo del proceso, y el aspecto del abuso del derecho, regulado en el art. 9.2 CC. Se va a examinar la primera de las infracciones alegadas por los recurrentes, es decir, la referida al retraso desleal, contenida en el *primer motivo* donde se alega la infracción del Art. 7.1 CC, concordante con el Art. 247 LEC relativo a la buena fe procesal, por inaplicación de los mismos.

TERCERO. *L a reclamación objeto del litigio.*

El objeto de la reclamación en este litigio se centra en determinar si concurre o no la figura del ejercicio desleal o abusivo. Se trata del caso típico en que el acreedor ha reanudado un procedimiento dirigido a la reclamación de una deuda a partir de una sentencia dictada en un procedimiento ejecutivo, que se ha declarado prescrito, al haberse admitido la excepción de prescripción de la acción ejecutiva. La deuda se había reclamado por medio de un procedimiento ejecutivo, que acabó con la dación en pago de parte de la deuda al BBVA del inmueble hipotecado en garantía de la deuda contraída, sin que el banco siguiera el procedimiento ni reclamara la parte debida durante 17 años.

CUARTO. *El retraso desleal en el ejercicio del derecho.*

El art. 7.1 CC establece que *"los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"*. La buena fe ha sido interpretada como principio general o como cláusula abierta, aunque en definitiva debe considerarse como un principio positivizado que impone deberes a los titulares de los derechos. En el art. 7.1 CC se recoge uno de los aspectos principales de las consecuencias de la buena fe y comporta determinar lo que deba entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho.

Se enuncia diciendo que *"un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercerá el derecho"*. En el derecho alemán surge la figura de la *Verwirkung* en cuya virtud resulta inadmisibles que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal.

Esta figura debe ajustarse a las tradicionales del derecho privado que se ocupan también, en cierto sentido, del aspecto del ejercicio retrasado y muy especialmente con la prescripción extintiva y la renuncia tácita. La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercería como ha ocurrido en este caso. Por otra parte, la renuncia tácita requiere de una conducta cuya interpretación permita llegar a la conclusión de que el derecho se ha renunciado.

En el derecho europeo aparece la buena fe en el sentido que se ha aludido en el art. 1.7 de los Principios UNIDROIT, en los arts. 1:106 y 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y como señala el art. I.-1 :103 (2) del DCFR (*Draft of Common Frame of Reference*), "en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas" (trad. propia). Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el §242 BGB, referido a la buena fe.

QUINTO. *La doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho al proceso.*

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas sentencias acerca de la concurrencia del abuso en el ejercicio de acciones ante los tribunales.

Las reglas interpretativas que pueden deducirse de las sentencias pronunciadas en este tema son las siguientes:

1ª La regla general consiste en que quien usa de su derecho, no ocasiona daño (*qui iure sui utitur neminem laedit*), aunque no obtenga una solución positiva a su demanda. Esta regla está relacionada con el derecho constitucional a la tutela judicial, de modo que esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones que el abuso del derecho en relación al proceso debe ser cuidadosamente examinado para no coartar el ejercicio de acciones (STS 905/2007 y las sentencias allí citadas, así como las SSTS 1229/2004, de 29 diciembre y 769/2010, de 3 diciembre).

2ª Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso, que ocasione daños que deben ser objeto de reparación, teniendo en cuenta que algunas veces los litigantes perjudicados han utilizado para fundar sus demandas el art. 1902 CC y otras el art. 7.2 CC, que es el que se considera más adecuado en la STS 1229/2004, de 29 diciembre.

3ª En cualquier caso deben concurrir los requisitos que se han exigido para que se constate la concurrencia de abuso o ejercicio desleal. Como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre "Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (*Verwirkung*): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005 , 8 marzo y 12 abril 2006 , entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988 , 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)". Y la STS 905/2007 dice que "la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandante (en cierto sentido, la sentencia de 21 diciembre 2005) [...]. Por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa (STS de 6 julio 1990), o bien de forma abusiva (SSTS 17 marzo 1992 y 2 febrero 2001)".

4ª Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiéndose la STS 905/2007, que "la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa la intención de dañar no existirá "cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure sui utitur neminem laedit salvo*, claro esta, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis [...]".

SEXTO. *Estimación del motivo.*

De los argumentos anteriores se deduce que el BBVA ha ejercitado extemporáneamente un derecho, al pretender la reanudación de un procedimiento ejecutivo que no había sido objeto de ningún tipo de actuación desde 1985. Hay que examinar a continuación si en este supuesto concurren los requisitos exigidos para

que este retraso produzca la consecuencia de indemnizar a los recurrentes, tal como reclaman en este procedimiento.

1º Que haya transcurrido un periodo de tiempo. En este caso, se ha probado que la pretensión de reanudación del procedimiento se ha ejercitado al cabo de 17 años del acuerdo por el que se pagaba en parte una deuda pendiente de los recurrentes.

2º Que se haya omitido el ejercicio. Durante el periodo de 17 años no ha existido ningún tipo de reclamación, según están de acuerdo ambas partes litigantes.

3º Que se haya creado una confianza legítima de que el derecho no se va a ejercitar. Ello ocurrió en este caso.

Todo ello ha producido un daño objetivo a los reclamados. En este caso, el ejercicio extemporáneo produjo unos daños consistentes en el embargo de una parte del sueldo de D. David y de unas fincas, entre las que se encontraba la vivienda familiar.

4º Es indiferente que la conducta desleal sea o no realizada para buscar el daño del perjudicado; simplemente se requiere que se haya actuado en contra de las reglas objetivas de la buena fe, de acuerdo con las normas del tráfico y con lo que el perjudicado puede esperar de la propia conducta de quien ha producido la confianza. Según la STS 423/2011, de 20 junio, "[...] Son circunstancias que configuran el abuso de derecho, las subjetivas, de intención de perjudicar o de falta de interés serio y legítimo, y las objetivas, de exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho y producción de un perjuicio injustificado (STS 8 de mayo de 2008),[...]". Ello ocurre aquí, ya que según los hechos probados, aunque no se puede hablar de negligencia del BBVA, se señala que dejó transcurrir más de 17 años para reclamar, lo que constituye una circunstancia objetiva en el sentido expresado en la sentencia últimamente citada.

Como consecuencia de los anteriores argumentos, se estima el motivo primero del recurso.

La estimación de este motivo exonera a la Sala del examen del segundo de los formulados.

SÉPTIMO. La indemnización.

El motivo tercero denuncia la infracción del art. 1902 CC, concordante con el Art. 243.2 LEC. Dicen los recurrentes que se confunden los gastos procesales que deben ser satisfechos por la parte deudora mediante la tasación de costas, con los gastos de honorarios profesionales extraprocesales, que no puede llevarse a cabo mediante dicha tasación. Los honorarios profesionales reclamados tenían un carácter autónomo y deben ser abonados independientemente.

El motivo se estima en parte.

Costas y honorarios profesionales son dos conceptos distintos que confluyen en el proceso. Las costas constituyen una indemnización a la parte que ha obtenido el reconocimiento de sus peticiones, mientras que los honorarios profesionales constituyen el precio de los servicios prestados en virtud del contrato de arrendamiento llevado a cabo entre las partes. El art 241 LEC establece que las costas quedan constituidas por los gastos del proceso que se refieran al pago de los conceptos que el propio artículo establece, entre los que se encuentran las minutas de honorarios de los profesionales. Sin embargo, pueden consistir en gastos distintos, como ocurre en el presente caso en que la parte reclamante ha justificado la labor del letrado en la necesidad de reconstruir la historia del ejecutivo inactivo.

Por ello debe aceptarse la reclamación realizada por los recurrentes relativa al pago de los 7.308 # que debieron invertirse en la defensa y que no se hubieran gastado si el ejecutivo no se hubiera reactivado de forma extemporánea.

Sin embargo, no debe ser la misma la solución respecto a la reclamación por daños morales. Es cierto que la valoración de este tipo de daños es muy compleja. Pero ello no debe confundirse con la necesidad de probar la concurrencia de los mismos. Los recurrentes alegaron en su demanda que se les había producido un daño moral que ni tan solo fueron capaces de cuantificar, siendo así que solo a petición del demandado y ahora recurrido, en el acta de comparecencia, establecieron los demandantes una cantidad global de 250.000#, sin justificar a qué conceptos correspondían. La simple incomodidad de defenderse ante una acción injustificada, que acabó siendo favorable a los ahora recurrentes al declararse prescrito el procedimiento iniciado 17 años atrás, entra dentro de lo que se denomina "riesgos generales de la vida", que no deben ser objeto de resarcimiento, excepto en el caso de concurrencia de circunstancias excepcionales.

OCTAVO. Estimación del recurso.



La estimación del primero y tercer motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. David y D^a Carmen contra la sentencia de la AP de Madrid, sección 20^a, de 18 julio 2008 comporta la del propio recurso de casación.

Esta Sala debe asumir la instancia y dictar sentencia estimando en parte la demanda. Se condena BBVA al pago a los demandantes de la cantidad de 7.308 # y se rechaza la petición de indemnización por daños morales.

Al haberse estimado parcialmente la demanda, debe aplicarse el Art. 394.2 LEC y cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. No se imponen las costas causadas en apelación, así como tampoco se imponen las causadas en casación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. David y D^a Carmen contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20^a, de 18 julio 2008, dictada en el rollo de apelación nº 203/2007.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º Se dicta nueva sentencia y se estima en parte la demanda presentada por D. David y D^a Carmen contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A y se condena a dicha entidad al pago de 7.308#. Se desestima la demanda en lo referente a la reclamación por daños morales.

4º Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad en el procedimiento de primera instancia.

5º No se imponen las costas causadas en apelación a ninguna de las partes.

6º No se imponen las costas del recurso de casación a los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.