

INEXISTENCIA DE RETRASO DESLEAL EN EL EJERCICIO DE LA
ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE
COBRADAS. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM 243/2019, DE
24 ABRIL (RJ 2019, 1583)*

*NON-EXISTENCE OF UNFAIR DELAY IN THE EXERCISE OF CLAIM
ACTIO FOR AMOUNTS UNDULY COLLECTED. COMMENT ON SPANISH STS
NO. 243/2019, OF APRIL (RJ 2019, 1583)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 832-845

* Este comentario se enmarca en el Proyecto de Investigación MINECO DER2015-65639-R "Nuevos Instrumentos Jurídicos para la financiación de la PYME" del que la Profa. Dra. Carmen Boldó Roda es su investigadora principal.



Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de octubre de 2019
ARTÍCULO APROBADO: 12 de diciembre de 2019

RESUMEN: El Tribunal Supremo considera que el mero retraso en el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad no puede ser considerado por sí sólo constitutivo de retraso desleal. Además, es necesario que previamente al ejercicio del derecho existan hechos, actos o conductas que provoquen en el obligado la confianza de que el derecho en su contra no se ejercitará.

PALABRAS CLAVE: Acción de reclamación de cantidad; retraso desleal; plazo de prescripción; *Verwirkung*.

ABSTRACT: *The Supreme Court considers that the mere delay in the exercise of an action of claim of quantity cannot be considered to constitute unfair delay. In addition, it is necessary that prior to the exercise of the right there are facts, acts or conducts that cause in the obliged the confidence that the right against him will not be exercised.*

KEY WORDS: *Action of claim of quantity; unfair delay; term of prescription; Verwirkung.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL RETRASO DESLEAL Y LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.- III. INCORRECTA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA VERWIRKUNG.- IV. INCORRECTA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA VERWIRKUNG.

SUPUESTO DE HECHO

El litigio que ha dado lugar a la STS 24 abril de 2019 (RJ 2019,1583) tiene su origen en un contrato arrendamiento de *leasing* en cuya virtud una entidad de *leasing*, BBV Leasing, SA, se obligaba a ceder al usuario, el Sr. Jon, un inmueble para instalar en el mismo una consulta médica. El contrato de *leasing* se celebra el 16 de enero de 1989. El precio o renta que el demandante se obliga a pagar es de 72.800.320 pesetas, que deben de satisfacerse en 120 plazos mensuales por importe de 523.335 pesetas cada uno. Se establece una opción de compra en favor del usuario por un importe de tres millones de pesetas que será ejercitada y formalizada en escritura pública el 8 de febrero de 1999. Tal como sucede en muchos contratos de larga duración las partes acordaron incluir una cláusula de estabilización para regularizar el precio de las rentas pendientes de amortización que entraría en vigor a partir del año 1992. Es decir, prácticamente a la mitad de la vigencia del contrato arrendamiento financiero cuya duración era de diez años.

El origen del litigio que ha dado lugar a la sentencia objeto de este comentario se encuentra en la interpretación de como efectuar la regularización de las rentas, concretamente en que concreto tipo de interés había que aplicar a las mismas. La controvertida cláusula 5ª del contrato, se refería al “Precio y forma de pago”, y en sus apartados 5.6 y 5.7, establecía: “5.6.- Por razón del período que se establece en el presente contrato y con objeto de mantener el precio del arrendamiento financiero adecuado a la coyuntura Económico-Financiera actual, las partes convienen expresamente que a partir del 1 de Enero de 1.992, se practicarán regularizaciones semestrales y las rentas podrán sufrir variación, teniendo este aumento o decremento el carácter de mayor o menor valor de los intereses. Estas regularizaciones se harán teniendo en cuenta la variación de los tipos de interés de mercado, y de forma concreta en relación al tipo de interés preferente a un año del Banco de Bilbao Vizcaya en vigor el 1 de Diciembre, para las regularizaciones

• **Federico Arnau Moya**

Profesor Contratado Doctor. Área Derecho Civil. Universitat Jaume I, Castellón, España. Ex magistrado Suplente Audiencia Provincial de Castellón. Correo electrónico: arnauf@uji.es.

del primer semestre del año siguiente, y el 1 de Junio para las regularizaciones del último semestre del año en curso. La forma de estas regularizaciones consistirá en sumar DOS puntos o enteros al tipo de interés preferente a un año del Banco de Bilbao Vizcaya de referencia, y dividirlo por doce, obteniéndose así el tipo de interés mensual corregido. [...]”.

Casi a los dos meses de celebrarse el contrato entró en vigor una prohibición del Banco de España que impedía que en las operaciones concertadas por los bancos a tipo de interés variable se pudiera aplicar los tipos publicados por la propia entidad. De modo que la citada cláusula 5ª del contrato de arrendamiento financiero quedó sin posibilidad de aplicación. La entidad de *leasing* unilateralmente aplicó otro tipo de interés a lo que el usuario se opuso y propuso otras alternativas, no obstante, el usuario no sólo no dejó de pagar las rentas, sino que incluso llegó a ejercitar la opción de compra. El usuario, interpone contra la entidad de *leasing* una acción de reclamación cantidades que considera que le han sido cobradas indebidamente, para ello se basa en las diferencias resultantes entre su propuesta para realizar las regularizaciones y el tipo de interés unilateralmente aplicado por la sociedad de *leasing*. La cercanía de la fecha de interposición de la demanda a la de prescripción de la acción de reclamación de cantidad propicia que la demandada utilice en su defensa la figura del retraso desleal. La existencia de toda una serie de fechas que son prácticamente en el tiempo requiere una ordenación cronológica de todos los hechos que han dado lugar a esta litis. A los efectos de evitar reiteraciones excesivas nos hemos partido la licencia de tener en cuenta los hechos que han sido admitidos como probados en las dos primeras instancias. Los mencionados hechos son los siguientes

Los antecedentes del caso, en el que usuario demanda a la entidad de *leasing*, ordenados cronológicamente, son los siguientes:

1. El 16 de enero de 1989 se celebra el contrato de *leasing* entre el Sr. Jon, médico. de profesión, y la sociedad de *leasing* Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) que recae sobre un inmueble destinado a consulta médica. El contrato tiene una duración de diez años y finaliza el 8 de febrero de 1999 después de que el usuario ejercitara la opción de compra y esta se formalizara escritura pública.

2. El 1 de marzo de 1989 entró en vigor la prohibición del Banco de España de utilizar como referencia en las operaciones concertada a tipo de interés variable los tipos publicados por la propia entidad u otras de su grupo. Lo que supone que desaparece el tipo de interés establecido en el contrato como parámetro de referencia, el “interés preferente BBV a un año” que tenía que aplicarse a partir del 1 de enero de 1992.

3. El 1 de enero de 1992 es la fecha pactada a partir de la que deben de aplicarse las regularizaciones semestrales de las rentas. La sociedad de *leasing* decide aplicar unilateralmente el denominado “interés de referencia BBV a un año” de la entidad más dos puntos. El Sr. Jon previamente ya había manifiesta por escrito al BBV su disconformidad respecto la nueva forma de calcular el interés aplicando el “interés de referencia BBV a un año” y que en su lugar debía tomar como base de referencia el tipo de “interés preferencial BBV” más dos puntos.

4. El 16 de abril de 1998 el Defensor de la Clientela del BBV responde por escrito a la queja del usuario en los siguientes términos: “El tipo de interés preferencial no ha sido pactado, ni del texto del contrato puede deducirse que fuera aplicable, mientras que se considera correcto el que se haya aplicado el tipo de “interés de referencia” para operaciones a un año; con la salvedad de que hubiera considerado más correcto el no haber usado como referencia el tipo del BBV y aplicar en su lugar el entonces habitual de la media de los tipos de interés de los “grandes Bancos”. Aplicando este criterio, el Defensor concluyó que el Banco Bilbao Vizcaya debía devolver al cliente 200.000 pts.

5. El 11 de septiembre de 1998 el Servicio de Reclamaciones del Banco de España emitió un informe contestando a la reclamación que el actor había presentado ante la falta de conformidad con lo manifestado por el Defensor de la Clientela del BBV. En este informe se dice que: “el Banco Bilbao Vizcaya, al no intentar llegar, desde el primer momento, a un acuerdo con su cliente en cuanto al tipo de referencia que debía aplicarse en las sucesivas revisiones, había incurrido en quebrantamiento de las buenas prácticas y usos bancarios; que la competencia para pronunciarse sobre la controversia acerca de la interpretación del alcance de las cláusulas del contrato suscrito correspondía a los tribunales de justicia”.

6. El 8 de febrero de 1999 el usuario, que a pesar de las discrepancias con el banco no deja de atender a los pagos del *leasing*, ejercita la opción de compra sobre el inmueble que se formaliza escritura pública. Esta es la fecha que en todas las instancias se ha tenido en cuenta para considerar finalizado el contrato de *leasing*.

7. El 10 de febrero de 1999, y tras haber solicitado al Banco de España información sobre los tipos de interés, el actor remitió carta al BBV en la que le proponía varias alternativas para la revisión del tipo de interés: la aplicación del “interés preferencial BBVA más dos puntos”, el “marginal de deuda pública más dos puntos” o el “Mibor a un año o interbancario depósitos a un año”, e incluso mostraba su disponibilidad a analizar otra alternativa que propusiera el Banco y que respetara la voluntad de mantener el precio del arrendamiento acorde con la coyuntura económica existente en el momento de la firma del contrato.

8. El 16 de diciembre de 2013, actor interpuso demanda contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria reclamando las cantidades que consideraba indebidamente cobradas como consecuencia de las discrepancias sobre la cláusula 5º. Lo que supone que se ejerce la acción catorce 14 años y 11 meses después de la finalización del contrato que tuvo lugar el 8 de febrero de 1999.

El Sr. Jon en su escrito de demanda sostiene que habiendo desaparecido el tipo de interés establecido en el contrato como parámetro de referencia a fecha 1 de enero de 1992 que debe de llevarse una nueva regularización de las rentas con arreglo a otro índice, siendo el más cercano al incluido en el contrato de arrendamiento financiero el denominado "preferencial efectivo del BBV+ 2 puntos". La cantidad reclamada a al BBVA es la que no se le habría cobrado de más de haberse aplicado este tipo de interés. Estima el actor que se ha efectuado una aplicación incorrecta de la cláusula contractual en la que se establecía la regularización de las rentas pactadas. El actor se apoya en sus cálculos en las tablas de intereses que le facilitó el Banco de España y que él facilitó a la sociedad de *leasing*.

La entidad de *leasing* se opuso a la demanda alegando prescripción por haber transcurrido el plazo de cinco años que establece el art. 1966.3 CC desde que se pagaron los intereses. Puesto que ya habían transcurrido más de 5 años desde que se pagaron los intereses. Asimismo, el BBVA se opuso por estimar que concurría retraso desleal en el ejercicio del derecho puesto que ya habían transcurrido casi 15 años desde que se ejercitó la opción de compra. Finalmente, en cuanto al fondo del asunto, la demandada niega que procediera aplicar el tipo "preferencial" para la revisión del tipo de interés pactado con apoyo en el informe del Defensor de la Clientela de la entidad. Además, rechaza la aplicación del interés pretendido por el actor puesto que el "preferencial" es el aplicado por las entidades a los clientes de mayor solvencia en operaciones a corto plazo, cuya duración no podía superior a un año, y de cuantía superior a los 100 millones de pesetas (Circular del Banco de España 11/88, de 22 de julio y Circular 8/90, de 7 de septiembre)

En la primera instancia (igual que en la segunda) se desestima la demanda. En primer lugar, en cuanto al fondo por estimar que el actor no ha conseguido probar que el interés "Preferencial efectivo del BBV+2 puntos" sea el más cercano o equiparable al pactado contractualmente, ni más análogo que el aplicado por la entidad bancaria "tipo de referencia a un año". Además, el "interés preferencial" -cuya aplicación solicita el actor- es el aplicable solo a los clientes de mayor solvencia de acuerdo con las Circulares del Banco de España. Finalmente, con relación al retraso desleal en el ejercicio del derecho, el juzgador de instancia admite su concurrencia argumentando que no cabe la integración contractual solicitada por el actor cuando ya han transcurrido 15 años del término del contrato (el 16

diciembre 1998) tras el abono de todas las rentas por el actor. Aun a pesar de que en septiembre de 1998 el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ya le había emplazado a acudir a los Tribunales de Justicia si no llegaba a un acuerdo con la otra parte. Para el juzgador de instancia resulta atendible la alegación formulada sobre retraso desleal en el ejercicio del derecho aun a pesar de que no estima aplicable el plazo de prescripción de 5 años invocado por la demandada puesto que no se están reclamando por la sociedad de leasing las rentas o cuotas ni intereses compensatorios o remuneratorios.

La sentencia es recurrida en apelación por el Sr. Jon, pero el recurso se desestima y se confirma la sentencia de instancia. La Audiencia Provincial también estima que había concurrido retraso desleal por parte del actor-apelante. Sin embargo, es de notar, que la AP no considera prescrito el derecho puesto que la fecha que tiene en cuenta para la prescripción de la acción es la del ejercicio de la opción de compra (16 de enero de 1999). De modo que cuando se interpone la demanda, el 16 de diciembre de 2013, todavía falta un poco más de un mes para que transcurra el plazo de prescripción de 15 años que era el que el art. 1964 CC establecía en aquella época para el ejercicio de las acciones personales que no tuvieran un plazo especial de prescripción. La audiencia no se manifiesta, sobre el plazo de prescripción de 5 años que había sido alegado por la demandada en la primera instancia.

El tribunal *ad quem* utiliza un argumento más elaborado que el de primera instancia para admitir el retraso desleal. Se argumenta que “tal periodo de inactividad ante la actuación contractual de la demandada constituye un comportamiento capaz de sustentar razonablemente la convicción de ésta de conformidad o, al menos, de permisividad del actor con su proceder y generarle confianza en la no formulación de una reclamación por disconformidad con el criterio aplicado en la actualización del interés, por lo que la interposición de la demanda, cuestionando la interpretación de la disposición contractual realizada por la demandada y reclamando la devolución de la cantidad que habría abonado en exceso según una interpretación de la estipulación contractual distinta, es un proceder contrario a la buena fe, proscrito por el art. 7.1 CC”. Es de destacar que el criterio utilizado en segunda instancia para la admisión del retraso desleal se hace descansar exclusivamente en la inactividad del derecho durante un largo período de tiempo cercano al plazo de prescripción.

El usuario interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo por entender que la sentencia de apelación vulnera el art. 1964 CC en su integración con el art. 7 CC tal como formula la doctrina jurisprudencial para apreciar la existencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción. El recurrente cita las STS 7 junio 2010 (RJ 2010, 5376) y 1 abril 2015 (RJ 2015, 2362) en las que establece

que para admitir el retraso desleal no es suficiente el mero transcurso del tiempo, sino que además es necesario que concurra algún acto que pudiera hacer creer al demandado que la acción no iba a ejercitarse y que el actor renunciaba a su derecho, lo que en el caso de autos no se da puesto que en todas las cartas de reclamación aportadas a la demanda reflejan la voluntad del actor de reclamar. La entidad de *leasing* se opone alegando que no sólo concurre retraso desleal, sino que además entiende que la acción habría prescrito por haber transcurrido el plazo de cinco años previsto ex 1966 CC para la reclamación de intereses. Así pues, la entidad demanda nuevamente alega que no es aplicable el plazo de 15 años previsto por el art. 1964.2 CC para las acciones personales (según su redacción antes de su modificación por la Ley 42/2015 que redujo a 5 años el plazo de prescripción para las acciones personales que no tengan plazo especial).

DOCTRINA

El mero retraso en el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad no puede ser considerado por sí sólo constitutivo de retraso desleal, sino que, además, es necesario que previamente al ejercicio del derecho existan hechos, actos o conductas que provoquen en el obligado la confianza de que el derecho en su contra no se ejercitará.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN.

En la STS 24 abril 2019 (RJ 2019,1583) se analiza un supuesto de retraso desleal, figura esta que carece de regulación en nuestro ordenamiento jurídico y que ha sido elaborada por la doctrina alemana a finales del siglo XIX con el nombre de *Verwirkung*. Esta figura constituye un supuesto especial de inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención al principio de la buena fe o un caso especial de abuso de derecho consistente en un ejercicio del derecho realizado con un retraso desleal. Un derecho subjetivo o una pretensión ya no pueden ejercitarse cuando su titular durante mucho tiempo no los ha hecho valer y ha provocado con su actitud omisiva que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no ejercitará el derecho (DIEZ-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva. En el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Suprem*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. XX). Como su efecto consiste en la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho no prescrito la aplicación de esta figura debe de ser objeto de una interpretación restrictiva (VAQUER ALOY, A. y CUCURULL SERRA, N.: “¿Solvencia recuperada en buen momento?”, *InDret*, núm. 274, 2005, p. 4). En el supuesto de la resolución objeto de nuestro comentario queda patente que en las

instancias inferiores se hizo una interpretación excesivamente amplia del retraso desleal que fue corregida por el Tribunal Supremo que desestima su aplicación por no concurrir uno de los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial. Como un anticipo a lo que más adelante se detallará, el Alto Tribunal aplica la ya consolidada doctrina jurisprudencial que establece que para que el ejercicio de un derecho resulte inadmisibile para su titular no es suficiente que se ejercite tardíamente, apurando el plazo de prescripción. Este retraso por sí sólo no es determinante para generar la confianza de que un derecho no va a ser ejercitado. El Alto Tribunal exige un plus para que se pueda afirmar que el derecho ha sido ejercitado de mala fe, como son la existencia previa de hechos, actos o conductas que engendren en el obligado la confianza objetiva de que el derecho o la pretensión en su contra no sea ejercitado.

II. EL RETRASO DESLEAL Y LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.

El retraso desleal (*Verwirkung*) no sólo está en íntima relación con el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos, sino también con la institución de la prescripción extintiva de los derechos, habida cuenta que el retraso desleal constituye una excepción a la regla general de que los derechos pueden ejercitarse mientras no se haya agotado el plazo legal de prescripción. Para la doctrina es evidente que para considerar deslealmente tardío el ejercicio de un derecho su período de inactividad siempre tiene que ser menor que el plazo de prescripción o de caducidad, puesto que de otra manera carecería de relevancia práctica la *Verwirkung* (VAQUER ALOY, A. y CUCURULL SERRA, N.: “¿Solvencia?”, cit., p.5). No obstante, en ocasiones el plazo de inactividad en ambas figuras, retraso desleal y prescripción extintiva, son casi coincidentes en el tiempo como sucede en el caso dio lugar a la sentencia objeto de comentario donde casi que se agotó en plazo de prescripción.

Esta cercanía entre ambas figuras, prescripción extintiva y retraso desleal, exige que en la descripción de los hechos que dieron lugar a la sentencia de casación tengamos que ser extremadamente puntillosos.

III. INCORRECTA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA *VERWIRKUNG*.

En el Fundamento de Derecho 3º (en adelante FD) de la resolución se señala que la Audiencia no ha aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial del retraso desleal. En la sentencia recurrida se afirmaba que el período de inactividad de la actora constituye un comportamiento capaz de sustentar razonablemente la convicción de la demandada de conformidad o de permisividad del actor con su proceder y generarle confianza en la no formulación de una reclamación por

disconformidad con el criterio aplicado en la actualización del interés. Destaca el Alto Tribunal que la Audiencia asume que el retraso por sí mismo es determinante de la confianza de la entidad demandada en que la acción ya no se iba a ejercitar a pesar de que todavía no había transcurrido el plazo de prescripción

El TS estima que la tesis de la Audiencia es contraria a la doctrina del retraso desleal, y de admitirse su razonamiento se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador. La regla general es que “el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción”. De modo que, citando la STS 16 diciembre 1991, establece que “no se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe, quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquellos no se actuarán”.

Asimismo, citando de nuevo la doctrina jurisprudencial aplicable al retraso desleal manifiesta que “para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibles es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (SSTS 7 junio 2010 [R] 2010, 5376], 1 abril 2015 [R] 2015,2362] y 2 marzo 2017 [R] 2017, 846]. Aplicando al caso concreto la doctrina jurisprudencial sobre el retraso desleal el Alto Tribunal entiende que “el hecho que el actor haya apurado el plazo de prescripción no es un hecho de inequívoca significación que por sí solo pudiera generar la confianza de que el derecho no iba a ser actuado”.

En la doctrina de los autores también se admite que el mero transcurso del tiempo sin ejercicio del derecho, por prolongado que sea, por sí sólo no puede considerarse como un supuesto de *Verwirkung*. Por el contrario, en la prescripción extintiva sí que se producen sus efectos por el mero transcurrir del plazo legalmente establecido. La principal diferencia entre ambas figuras estriba en que para poderse apreciar retraso desleal el transcurso del tiempo tiene que ir acompañado de toda una serie de circunstancias que permitan calificar el retraso en el ejercicio del derecho como desleal e intolerable para el adversario. Así pues, será la concurrencia de aquellas circunstancias la que provocará que aquella conducta omisiva convierta en inadmisibles y abusivos el ejercicio del derecho (DIEZ-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva*, cit., p. 87; VAQUER ALOY, A. y CUCURULL SERRA, N.: “¿Solvencia?”, cit., p. 4). En la doctrina se exige la concurrencia de los siguientes requisitos para que se pueda admitir un retraso desleal: a) un factor temporal,

como lo es un largo período de inactividad antes del vencimiento de la fecha de prescripción del derecho, b) un factor omisivo, que el derecho resulte abandonado por su falta de ejercicio y c) un factor objetivo, la razonable confianza suscitada en el deudor de que no se ejercitará la reclamación del derecho de crédito (PEREA GONZÁLEZ, A.: “*Verwirkung o el retraso desleal: El valor de la confianza*”, *Diario la Ley*, núm. 9211, Sección Tribuna, 5 junio 2018).

Una cuestión a tener en cuenta con el requisito del factor temporal es que el plazo de prescripción de las acciones personales no sujetas a plazo especial se ha visto fuertemente reducido de 15 a 5 años, como consecuencia de la modificación del art. 1964 CC por la Ley 42/2015, de 5 de Octubre, para la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, en el ámbito de las acciones de reclamación de cantidad será difícil de aplicar la *Verwirkung* habida cuenta que será difícil hablar de largo período de inactividad. En consecuencia, el peso para la admisión de esta figura recaerá en las circunstancias objetivas y hechos del titular del derecho que permitan afirmar que se ha generado la legítima confianza de que el derecho ya no se ejercitará.

También señala que la sugerencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España al actor para que acudiera a los tribunales únicamente evidencia la desatención de que fue objeto la reclamación de dirigió a la entidad. Concluye el Alto Tribunal afirmando que sería paradójico que se favoreciera a la demandada aplicando una doctrina que descansa sobre la buena fe, cuando su comportamiento en el asunto litigioso fue calificado por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España como contrario a las buenas prácticas y usos bancarios. En consecuencia, se entiende que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina jurisprudencial sobre la el retraso desleal en el ejercicio de la acción y se estima el recurso por entender que no se aprecia retraso desleal en el ejercicio de la acción.

En la sentencia (F.D. 3º) también se hace una advertencia a las entidades de crédito sobre la carga de conservar la el deber de conservación de la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y obligaciones que les incumben, recordando que tienen el deber de conservarla al menos, hasta que transcurra el pertinente plazo de prescripción. Esta advertencia tiene su origen en que la demanda a lo largo del proceso manifiesta que no conserva la documentación relativa a la operación contractual litigiosa habida cuenta del largo tiempo transcurrido.

IV. LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL.

En el supuesto de que el TS hubiera estimado que concurría los requisitos del retraso desleal se habría producido como efecto que no prosperase la reclamación

tardía del derecho del actor. Así lo entiende la doctrina (TUR FAÚNDEZ, N.: *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 97 y 98). En puridad la *Verwirkung* funciona de modo similar a una excepción procesal, en el sentido de que el demandado la utiliza para oponerse a la pretensión del actor, y en el caso de admitirse se impide (o ya no es necesario) un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el que se haya inadmitido la concurrencia de la *Verwirkung*, deja abierta la posibilidad de que se entre a analizar el fondo del asunto y poder determinar si procede la acción de reclamación del actor contra la entidad de *leasing* por las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la interpretación de la cláusula 5º del contrato de arrendamiento financiero.

Como ya hemos señalado, las partes en el contrato tras reconocer que quisieron mantener el precio del arrendamiento adaptado a la coyuntura económica existente en el momento de la firma del contrato, fijaron un índice (el "tipo de interés preferente a un año") que tenía que empezar a aplicarse el 1 de enero de 1992. Sin embargo, el 1 de marzo de 1989 entró en vigor la prohibición del Banco de España de utilizar como referencia en las operaciones concertadas a tipo de interés variable los tipos publicados por la propia entidad. A esta situación en la que una cláusula contractual inicialmente válida deja de serlo durante la vigencia del contrato se le denomina "laguna sobrevenida" (CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 481).

El TS entiende que, respecto a la cuestión sustantiva, lo que se plantea es la necesidad de integrar el contrato partiendo del hecho de que la voluntad de las partes era "mantener el precio del arrendamiento financiero adecuado a la coyuntura económico-financiera actual" para lo cual fijaron un índice (el "tipo de interés preferente a un año") que ya era imposible aplicar en la fecha pactada para la revisión de las rentas (F.D. 4º). Partiendo de estos datos el Alto Tribunal, manifiesta que la cuestión sustantiva que se plantea es la de integrar el contrato partiendo de que la voluntad de las partes manifestada en el contrato era la de "mantener el precio del arrendamiento adecuado a la coyuntura económico-financiera actual". Llegados a este punto el Tribunal Supremo tiene que tener que ponderar cuál de las dos soluciones propuestas por las partes es la más adecuada para cubrir la "laguna contractual sobrevenida".

En primer lugar, se analizan las razones por las que el demandante propone una nueva forma de calcular el interés que se tenía que aplicar para regularizar las rentas. Se reconoce lo manifestado por el actor de que en la fecha de la firma del contrato que el interés fijo que se había pactado (el preferente BBV a un año) era dos puntos más alto que el "interés preferencial" de la entidad. De modo que si lo que se trataba era de mantener el precio del arrendamiento adecuado a la

evolución de mercado, lo procedente era utilizar en las revisiones del contrato el “interés referencial” a la fecha de cada revisión más dos puntos.

En segundo lugar, se pasa al análisis de los argumentos utilizado por la entidad demandada, que no hay que olvidar que aplicó unilateralmente el índice que tuvo por conveniente. Dice el TS que la sociedad de *leasing* demanda se opone a la propuesta de la actora, la aplicación del “preferencial más dos puntos” y mantiene la corrección del que ella aplicó, el “referencia a un año”. Esta postura no se admite por el TS, citando como ejemplo el supuesto de la STS 26 de noviembre 1996 (RJ 1996, 8581), en la que, de manera muy similar, otra entidad bancaria aplicó los tipos de interés que tuvo por conveniente cuando dejaron de tener validez los que las partes pactaron en el contrato. En este caso la “laguna sobrevenida” también tuvo su origen en una Circular del Banco de España. En este caso no se admitió como válido el interés que aplicó unilateralmente el banco.

En la sentencia objeto de nuestro comentario, se van rechazando uno tras otros todos los razonamientos alegados por la demandada: primero no admite que el “interés preferencial” solo puede aplicarse a los clientes de mayor solvencia, por plazos inferiores a un año y en operaciones con importes superiores a los cien millones de pesetas. No es admisible que la demandada se escude para ello en los argumentos del Defensor de la Clientela de esa misma entidad, que por otra parte consideró que hubiera sido más correcto aplicar una referencia diferente. En segundo lugar, rechaza el argumento de que unas Circulares del Banco de España impedían aplicar el “interés preferencial” a la actora. Máxime cuando esas Circulares eran de fecha posterior al contrato. Puesto que del análisis de dichas Circulares puede inferirse lo contrario. Finalmente, el TS termina estimando la demanda, por estimar lógica la propuesta del actor sobre como el parámetro de revisión que propone mantiene la misma proporción entre el tipo de interés existente en el momento del contrato y los aplicables en la fecha de revisión; mientras que el demandado, por el contrario, no ha explicado convincentemente por qué deber aceptarse la aplicación del referencial que aplicó unilateralmente. En consecuencia, se estima procedente la cantidad reclamada de 26.702,73 euros calculados a partir de la revisión de las tablas aportados por el actor a la demanda. Por todo ello el Alto Tribunal estima la demanda y condena a la demandada al pago de la mencionada cantidad, así como todos los intereses que esa cantidad devengue desde el 8 de febrero de 1999 hasta el momento de su pago definitivo.

En nuestra opinión nos parece adecuado el pronunciamiento del Alto Supremo respecto de la pertinencia de la reclamación efectuada por el actor, el Sr. Jon. Sin embargo, el Fundamento de Derecho 4º, a diferencia del primero, nos parece que adolece de cierta falta de técnica jurídica. Puesto en la argumentación utilizada para condenar a la demandada no está lo suficientemente fundamentada para lo que se

espera del Alto Tribunal, puesto que no se ha efectuado la más mínima referencia a precepto alguno del Código civil. Así en la STC 69/2006 de 13 de marzo de 2006 (RTC 2006, 69) se establece que una sentencia se considere motivada ha de contener “los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo [RTC 1997, 58] y, en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto [RTC 1999, 147], F. 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio [RTC 1983, 61] y 5/1986, de 21 de enero [RTC 1986, 5])”.

No obstante, como quiera que en reiteradas ocasiones se ha utilizado la expresión “integrar el contrato” cabría entender una referencia implícita al art. 1258 CC. Con base a este precepto en la doctrina se ha dicho que la “interpretación integradora” es el procedimiento de integración de las lagunas contractuales que tiene lugar obteniendo la regla de integración mediante la interpretación del contrato en su conjunto. El art. 1258 CC es la norma que atribuye la habilitación legal para integrar los contratos. La eficacia integradora del citado precepto (derecho dispositivo, uso y buena fe) está sometida a la condición de que el resultado obtenido sea conforme con la presumible voluntad de las partes, de forma que deba preferirse a aquel de los tres criterios de integración externa que en cada caso se acomode más a la conjetural voluntad de las partes (p. 470). La voluntad conjetural deberá ser reconstruida en los posible con los elementos que nos suministra el propio contrato, debidamente interpretado (CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*, cit., pp. 466, 469 y 470). Así pues, el Tribunal Supremo al decantarse por la propuesta de la actora no ha hecho sino integrar el contrato de acuerdo con la propuesta que más se acercaba a la común voluntad de las partes tal como había sido manifestada en el contrato.