



Roj: **STS 1316/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1316**

Id Cendoj: **28079110012019100223**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2019**

Nº de Recurso: **2242/2016**

Nº de Resolución: **243/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 839/2016,**
STS 1316/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 243/2019

Fecha de sentencia: 24/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2242/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/04/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA. SECCIÓN 4.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2242/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 243/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 24 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Jon , representado por la procuradora D.^a Cristina Gramage López bajo la dirección letrada de D. Félix Echevarría Portell, contra la sentencia n.º 231 dictada en fecha 4 de abril de 2016 por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el recurso de apelación n.º 23/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1489/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao, sobre contratos. Ha sido parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA S.A.), representada por la procuradora D.^a Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Martínez de Bedoya.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Jon interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"que condene a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. al pago a mi mandante de veintiséis mil setecientos dos euros y setenta y tres céntimos (26.702,73 euros) más los intereses que esa cantidad devengue desde el 8 de febrero de 1999 (fecha de la escritura pública de compraventa mediante ejercicio de la opción) hasta el momento de su pago definitivo, así como a las costas de este procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao y fue registrada con el n.º 1489/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- BBVA S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao dictó sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015 , con el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador D. Alfonso Bartau Rojas en nombre y representación de D. Jon (que actúa en su propio nombre y en representación de su sociedad de gananciales) contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., debo absolver y absuelvo a la citada demandada de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, con imposición a la parte actora de las costas procesales en el presente juicio".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Jon .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que lo tramitó con el número de rollo 23/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de abril de 2016 , con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Alfonso José Bartau Rojas, en representación de D. Jon contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao , en el procedimiento ordinario n.º 1489/2013, de que el presente rollo dimana; debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada con imposición al apelante de las costas causadas en el recurso".

3.- Esta sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 3 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"La sala dispone rectificar el error material padecido en el F.D. tercero de la sentencia de 4 de abril de 2016 en el sentido que donde dice: "En aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC no se efectúa especial pronunciamiento respecto a las costas causadas en ninguna de las instancias", deberá decir: "En aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC se imponen al recurrente las costas causadas en el recurso".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D. Jon interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue el siguiente:



"La sentencia impugnada vulnera el art. 1964 del Código Civil en su integración con el art. 7 del mismo Código civil tal como la formula las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010 (Resolución 352/2010), y de 1 de abril de 2015 (Resolución 163/2015), entre otras, sobre el retraso desleal en el ejercicio de la acción".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jon contra la sentencia dictada, el día 4 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 23/2016 dimanante del juicio ordinario n.º 1498/2013, del Juzgado de Primera instancia n.º 4 de Bilbao".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 4 de marzo de 2019 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de abril de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes

La cuestión jurídica que se plantea en el recurso de casación versa sobre la aplicación de la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de una acción de reclamación de cantidades que se consideran indebidamente cobradas como consecuencia de discrepancias en la interpretación de una cláusula contractual.

El litigio se inicia con la demanda interpuesta por un arrendatario financiero por la que reclama a la entidad de leasing la devolución de una suma de dinero. El demandante alega que se le cobraron unos intereses de más como consecuencia de la aplicación incorrecta por parte de la entidad financiera de una cláusula contractual que preveía la regularización de las rentas pactadas.

Son antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes:

1.- En virtud del contrato de arrendamiento financiero celebrado el 16 de enero de 1989 la sociedad de leasing se comprometía a ceder al demandante el uso de un piso para consulta médica. Según el contrato, el precio o renta que el demandante se obligaba a pagar, i.v.a. incluido, era de sesenta y dos millones ochocientos mil trescientas veinte pesetas, que debía satisfacer en 120 plazos mensuales por importe de quinientas veintitrés mil trescientas treinta y seis pesetas cada uno. Se fijaba un importe residual de tres millones de pesetas para ejercer la opción de compra, cosa que el demandante hizo, de modo que las partes formalizaron la compraventa en escritura pública el 8 de febrero de 1999.

En la escritura pública del contrato de leasing se incluyó una cláusula 5.ª, relativa a "Precio y forma de pago", que 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 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. Si el tipo de interés mensual corregido es superior al tipo base mensual de la operación, esto provocará un incremento en los intereses de las rentas que vencen en el semestre a regularizar. Si el tipo de interés mensual corregido es inferior al tipo base mensual de la operación, esto provocará un decremento en los intereses de las rentas que vencen en el semestre a regularizar.



"Estas variaciones de interés se comunicarán durante los meses de Diciembre y Junio para los primeros y segundos semestres naturales, respectivamente, quedando obligadas ambas partes a reponerse mutuamente los intereses resultantes mediante talón bancario al vencimiento de las rentas que han quedado regularizadas.

"A los efectos de obtener el tipo de interés mensual corregido se considerarán tres decimales.

"5.7.- Con el fin de facilitar la interpretación de las posibles regularizaciones que se señalan en esta cláusula y homogeneizar los criterios financieros de este arrendamiento, ambas partes acuerdan aplicar el método financiero ó de interés sobre capitales vivos, en la forma que resulta del anexo a este contrato".

Durante la vigencia del contrato surgieron discrepancias entre las partes acerca de cómo debía revisarse el tipo de interés aplicado a las cantidades pendientes de amortizar.

En primer lugar, el actor realizó diversas gestiones en la oficina donde contrató el leasing para recabar información sobre el tipo de interés que aplicaba la entidad a partir del 1 de enero de 1992 y se dirigió al Banco, personalmente y por escrito, mostrando su disconformidad sobre el tipo de interés aplicado que, en su opinión, debía tomar como base de referencia el tipo de interés preferencial de la entidad (más dos puntos).

Posteriormente, en respuesta a la queja del actor, el Defensor de la Clientela emitió una resolución con fecha 16 de abril de 1998 en la que se decía: "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.

Al demandante esta respuesta le pareció insuficiente y presentó reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que emitió informe el 11 de septiembre de 1998 en el que concluyó: 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.

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 Banco en la que le proponía para la revisión del tipo de interés, alternativamente, 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", y 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.

2.- El 16 de diciembre de 2013, el actor interpuso demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria en la que solicitó que se le condenase a restituir las cantidades cobradas de más respecto a lo que correspondía si se hubiese aplicado a las revisiones el preferencial efectivo del BBVA más dos puntos. Con apoyo en los cálculos recogidos en las tablas que aportó (doc. 13), la diferencia ascendía a 27.286,97 euros de los que, según dijo, habría que descontar los 584,24 euros que reconocía que el Banco le devolvió en abril de 1997 en concepto de intereses cobrados en exceso. En consecuencia, solicitó la restitución de 26.702,73 euros más los intereses desde la fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa mediante ejercicio de la opción.

3.- La demandada, que se opuso a la demanda, alegó prescripción por el transcurso del plazo de cinco años establecido en el art. 1966 CC desde que se pagaron los intereses y retraso desleal en el ejercicio del derecho por haber transcurrido casi quince años desde que se ejercitó la opción de compra.

En cuanto al fondo, negó 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. Añadió que, dado el tiempo transcurrido, desconocía por completo si le fue abonada o no al actor la cantidad que según el informe del Defensor de la Clientela se había cobrado de más al cliente.

También rechazó la aplicación del interés pretendido por el actor porque según la Circular del Banco de España 11/88, de 22 de julio, el preferencial es el que aplican las entidades a sus clientes de mayor solvencia en operaciones a corto plazo y de importante cuantía, y la Circular 8/90, de 7 de septiembre, precisó que por operaciones a corto plazo debía entenderse aquellas cuya duración no sea superior a un año y por importante cuantía, lo que no era el caso.

4.- El juzgado desestimó la demanda.

Su razonamiento fue el siguiente:



"El examen de las presentes actuaciones no abona la tesis de la parte actora. Del examen de las alegaciones formuladas por las partes y de la documental aportada por éstas así como la remitida por el Notario D. José Antonio Isusi Ezcurdia se desprende que nos encontramos, en el presente caso, ante un contrato de arrendamiento financiero concertado entre el actor y BBV LEASING, S.A. el 16 de enero de 1989, que tenía por objeto un inmueble que se iba a destinar a actividades profesionales médicas y en el que se incluía una cláusula de regularización de las rentas con arreglo a un determinado tipo de interés (el preferente a un año del Banco de Bilbao Vizcaya). Del examen de las actuaciones también se desprende que con posterioridad a la firma del contrato (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 u otras de su grupo, siendo a partir del 1 de enero de 1992 cuando según el contrato de arrendamiento financiero debían realizarse las regularizaciones semestrales pactadas por las partes litigantes. Como se ha expuesto más arriba, sostiene la parte actora que habiendo "desaparecido" a fecha 1 de enero de 1992 el tipo de interés establecido en el contrato como parámetro de referencia, debe llevarse a cabo una nueva regularización de las rentas con arreglo a otro índice, siendo el más cercano al pactado contractualmente el "Preferencial efectivo del BBV + 2 puntos", de cuya aplicación obtiene el actor un saldo a su favor de 26.702,73 euros. Sin embargo, la parte actora -que por cierto, no ostenta la condición de consumidora por lo que al negocio jurídico objeto del presente procedimiento se refiere- no ha acreditado en modo alguno -por medio de informe pericial o a través de cualquier otra prueba- que dicho tipo de interés sea el más cercano o equiparable al pactado contractualmente, como afirma en su demanda, desprendiéndose de las propias actuaciones la conclusión contraria-, ya que por tipo de interés preferencial (que no preferente) se entendía a la fecha del contrato el aplicado por las entidades a sus clientes de mayor solvencia, en operaciones de crédito a corto plazo y de importante cuantía (precisándose en la Circular del Banco de España 8/90 que por operaciones a corto plazo se entienden aquellas cuya duración original no sea superior a 1 año y por importante cuantía las que superen los 100 millones de pesetas), requisitos estos que no se cumplían en el presente caso. En definitiva, se pretende por la parte actora la integración del contrato que nos ocupa mediante la aplicación -como referencia para las revisiones o regularizaciones- de un tipo de interés que no se ha acreditado que sea análogo, similar o cercano al tipo pactado en el contrato ni desde luego más análogo, similar o cercano que el aplicado por la entidad bancaria (tipo de referencia a un año), y además se pretende por el actor dicha integración cuando se cumplen quince años del término del contrato (el día 16 de diciembre de 1.998) tras el abono de todas y cada una de las rentas por parte del hoy actor (que remitió su última comunicación al banco mostrando su discrepancia con las revisiones periódicas en fecha 10 de febrero de 1999, dos días después de firmar la escritura de compraventa ejercitando su derecho de opción de compra), pese a 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 alcanzaba un acuerdo con la otra parte, por lo que, aunque no se estima de aplicación al caso de autos el plazo de prescripción de cinco años invocado por la parte demandada (ya que en la presente litis no se están reclamando por la sociedad de leasing las rentas o cuotas del leasing que sucesivamente fueron venciendo ni intereses compensatorios o remuneratorios), sí resultan atendibles las alegaciones formuladas por dicha parte sobre el retraso desleal en el ejercicio de su derecho por parte del hoy actor, que determina según la jurisprudencia la inadmisibilidad de dicho ejercicio".

5.- Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo desestimó y confirmó la sentencia del juzgado con el siguiente razonamiento:

"La sentencia apelada, que hace supuesto de la aplicación al caso del plazo de prescripción de quince años establecido en el art. 1964 CC para las acciones personales que no tengan establecido un plazo especial de prescripción, en la redacción vigente cuando se interpuso la demanda, considera que la acción que se ejercita frente al Banco en reclamación del dinero que la actora considera abonó en exceso con base en una interpretación distinta a la que realizó el Banco de la estipulación que determinaba la forma en la que debía actualizarse el interés de la operación, supone un ejercicio tardío del derecho pues la demanda se presentó un mes antes de la fecha en la que prescribía la acción y habiendo transcurrido más de quince años desde que el Servicio de Reclamaciones del Banco España, en contestación a la consulta que le había formulado la parte actora sobre la traslación de las nuevas disposiciones reglamentarias sobre tipo de interés al contrato de leasing que había suscrito con BBV Leasing, le sugirió que acudiera a los Tribunales si no llegaba a un acuerdo con la entidad de leasing, supone un retraso desleal en el ejercicio de la acción, criterio que comparte esta instancia.

"En efecto, cuando se interpuso la demanda el 16 de diciembre 2013 habían transcurrido quince años desde que se había pagado la última mensualidad del arrendamiento financiero que según el contrato debió de hacerse efectiva el 16 de diciembre de 1998 y catorce años y once meses desde que se ejercitó la opción de compra, actuación que se realizó en escritura de fecha 16 de enero de 1999 y la última reclamación que formuló la actora frente al Banco demandado con relación a los intereses del contrato de leasing se realizó en escrito



datado el 10 de febrero de 1999, en el que exponía al Banco su criterio sobre la forma en la que debían de haberse realizado las actualizaciones o regularizaciones de la renta (índices que se debían de haber aplicado) por la utilización del inmueble en régimen de arrendamiento financiero, que es la que expone en la demanda, sin que realizara actuación posterior que expresara su disconformidad. 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".

6.- El demandante interpone recurso de casación.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Motivos y razones. Admisibilidad.*

1.- El recurrente denuncia que la sentencia impugnada vulnera el art. 1964 CC en su integración con el art. 7 CC tal como formula la jurisprudencia la doctrina sobre el retraso desleal en el ejercicio de la acción. Cita las sentencias 352/2010, de 7 de junio , y 163/2015, de 1 de abril . Alega que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, para apreciar retraso desleal no basta con el mero transcurso del tiempo, sino que es preciso 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 no se da, pues todas las cartas de reclamación que aportó con la demanda reflejan su voluntad de reclamar, como así hizo mediante la interposición de la demanda antes de que transcurriera el plazo de prescripción.

2.- La entidad demandada considera que concurren causas de inadmisión, en primer lugar, porque el recurso se refiere en exclusiva a la doctrina del retraso desleal de modo que, aunque se estimara, la sala no podría entrar en el fondo del asunto y estimar la demanda y, en segundo lugar, porque el encabezamiento del motivo no reúne los requisitos para su admisibilidad. En cuanto al fondo, alega que no concurre interés casacional porque sí se dan los presupuestos de la doctrina del retraso desleal, ya que la acción se interpuso en un momento cercano al plazo de prescripción (que, según vuelve a reiterar, por lo demás, en su opinión ya habría transcurrido, por ser aplicable el de cinco años previsto para la reclamación de intereses y no el general de quince vigente en el momento de la interposición de la demanda) y en septiembre de 1998 el Banco de España ya emplazó al actor para que acudiera a los tribunales para resolver la controversia, lo que permite apreciar que se ha generado una confianza legítima de que no se ejercitaría el derecho.

3.- Debemos dar respuesta en lugar a los óbices de inadmisibilidad invocados, para rechazarlos.

Es criterio de la sala que la posibilidad de invocación de causas de inadmisibilidad del recurso alegadas por el recurrido en su escrito de oposición al recurso, con base en lo previsto en el segundo párrafo del art. 485 LEC , debe entenderse circunscrita a lo que esta sala considera causas de inadmisión absolutas: no reunir la resolución de que se trate los requisitos establecidos para ser recurrible, falta de postulación, interposición de los recursos fuera de plazo, falta de constitución del depósito para recurrir o de la debida subsanación de tal omisión, falta de cumplimiento de los presupuestos para recurrir en los casos especiales previstos en el art. 449 LEC e inexistencia de gravamen para recurrir.

La doctrina de esta sala que distingue entre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad fue fijada en auto de pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso n.º 485/2012) y ha sido asumida también en sentencias posteriores como las 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , 331/2016, de 19 de mayo , 667/2016, de 14 de noviembre , 579/2016, de 30 de septiembre , 727/2016, de 19 de diciembre , y 2/2017, de 10 de enero , entre otras. Según esta doctrina, puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso, que en este caso se centran, sustancialmente, en la concurrencia de los presupuestos para la aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal en el ejercicio de la acción, que fue la razón que justificó la decisión de la Audiencia.

En suma, con independencia de cuál sea el resultado del análisis del fondo del asunto planteado y de las consecuencias que se deriven, tras su análisis, para la pretensión del recurrente, el problema jurídico se encuentra suficientemente identificado, el interés casacional resulta evidente y todo ello ha permitido que la parte recurrida se haya podido oponer al recurso sabiendo cuál era la cuestión relevante y que esta sala pueda abordar las cuestiones jurídicas planteadas (entre otras, sentencias 222/2018, de 17 de abril, de pleno , y 333/2018, de 1 de junio).

**TERCERO.- Estimación del recurso de casación**

La cuestión jurídica que se plantea es si la Audiencia ha aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial del retraso desleal en el ejercicio de un derecho.

La sentencia recurrida afirma que el "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". En definitiva, lo que hace la Audiencia es asumir 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 no había transcurrido el plazo de prescripción.

Este razonamiento no es conforme con la doctrina del retraso desleal, pues si así fuera se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador.

La regla 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. 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 aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990).

Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibile 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 (sentencias 352/2010, de 7 de junio , 299/2012, de 15 de junio , 163/2015, de 1 de abril , y 148/2017, de 2 de marzo).

Nada de eso sucede en este caso.

El hecho de que el actor haya apurado el plazo de prescripción no es un acto de inequívoca significación que por sí solo pudiera generar la confianza fundada de que el derecho no iba a ser actuado. El hecho de que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España sugiriera al actor que acudiera a los tribunales solo pondría de relieve la desatención de que fue objeto la reclamación que dirigió a la entidad, lo que dio lugar a una resolución que concluyó que la misma no había actuado conforme a las buenas prácticas bancarias. El hecho de que el actor dirigiera una reclamación extrajudicial a la entidad solo sería jurídicamente relevante para valorar, si hubiera sido preciso, la interrupción de la prescripción.

Por otra parte, las continuas alegaciones efectuadas por la entidad demandada a lo largo del proceso acerca de que, dado el tiempo transcurrido, no conservaba documentación referida a la operación contractual litigiosa tampoco pueden ser valoradas como indiciarias de una actuación del Banco coherente con la confianza suscitada de que el cliente no iba a reclamar. De acuerdo con la doctrina de esta sala, es carga de la entidad conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarles conveniente promover el ejercicio de sus derechos o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones (sentencias 1046/2001, de 14 de noviembre , y 277/2006, de 24 de marzo). De esta carga se han venido haciendo eco durante años las propias Memorias de Reclamaciones del Banco de España, reiterando el criterio sentado con anterioridad en las memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España ().

Finalmente, sería paradójico favorecer mediante la aplicación de una doctrina construida sobre la buena fe a la demandada, cuyo comportamiento en el asunto litigioso fue calificado por el Servicio Jurídico del Servicio de Reclamaciones del Banco de España como contrario a las buenas prácticas y usos bancarios.

Al no entenderlo así la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de la sala contenida en las sentencias citadas. Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación, casar la sentencia recurrida y asumir la instancia partiendo, por las razones expuestas, de que no cabe apreciar retraso desleal en el ejercicio de la acción.

CUARTO.- Asunción de la instancia. Estimación de la demanda

De acuerdo con lo previsto en el contrato, las partes quisieron mantener el precio del arrendamiento adaptado a la coyuntura económica existente en el momento de la firma, pero fijaron un índice (el "tipo de interés preferente a un año") que, según resulta de los informes del Servicio de Reclamaciones del Banco de España y del Defensor de la Clientela de la propia entidad, ya era equívoco cuando se firmó el contrato y no se podía utilizar cuando procedía revisar el tipo de interés.



El Banco aplicó el tipo de referencia a un año de la propia entidad y el actor pretende que se aplique el preferencial más dos puntos. El juzgado consideró que el actor no había demostrado que el índice que proponía fuera más cercano o equiparable al pactado contractualmente y, en su recurso de apelación, el demandante reitera sus argumentos sobre la procedencia de integrar el contrato con el preferencial más dos puntos.

Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, conviene precisar que el juzgado rechazó el argumento de la entidad demandada y consideró inaplicable el plazo de cinco años del art. 1966 CC por no tratarse de reclamación de las rentas exigibles por el contrato. La entidad demandada, al oponerse a la apelación, no impugnó expresamente este pronunciamiento, por lo que sus alegaciones en el escrito de oposición acerca de la prescripción no recibieron el tratamiento procesal de la impugnación (art. 461.4 LEC) y, en consecuencia, no procede un pronunciamiento expreso sobre la cuestión (art. 465.5 LEC), sin perjuicio de que resulte razonable la aplicación del plazo general de prescripción a la acción que pretende la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por una interpretación incorrecta de una cláusula contractual.

Por lo que se refiere a la cuestión sustantiva, lo que se plantea es la necesidad de integrar el contrato partiendo de que la voluntad de las partes era "mantener el precio del arrendamiento financiero adecuado a la coyuntura económico-financiera actual" y que no resultaba posible aplicar el índice de revisión previsto en el contrato.

El demandante no basa su exigencia de la toma en consideración para la revisión del índice "preferencial" en la semejanza de su denominación con la expresión que utiliza el contrato ("preferente") -"a pesar de caer sobre ello una discusión semántica", dice el informe del Defensor de la Clientela del grupo BBV-, sino que explica las razones por las que considera que el índice que propone (el preferencial más dos puntos) cumple la voluntad común de actualizar las rentas del contrato. El actor observa que en la fecha del contrato el interés fijo pactado era de dos puntos más que el preferencial efectivo de la entidad y concluye que, puesto de lo que se trataba, de acuerdo con la cláusula contractual, era de mantener el precio del arrendamiento adecuado a la evolución del mercado, lo procedente era utilizar en las revisiones del contrato el preferencial a la fecha de cada revisión más dos puntos.

Frente a este razonamiento, la demandada se opone a la aplicación del preferencial más dos puntos y sostiene la corrección del índice aplicado, el de referencia a un año. Esta postura no puede admitirse sin más ya que, en un caso en el que otra entidad financiera pretendió que por "tipo de interés preferencial para operaciones de crédito y préstamo a un año" se entendiera "tipos de referencia para operaciones de interés revisable con base en preferenciales", por haber desaparecido los tipos de "interés preferencial" en operaciones a un año, la sentencia de 26 de noviembre de 1996 (rc. 142/1993) declaró que los tipos preferenciales no se convirtieron "ex lege" en tipos referenciales.

La demandada rechaza la toma en consideración del interés preferencial porque el mismo está previsto para operaciones con clientes de mayor solvencia, por plazo inferior a un año e importe superior a los cien millones de pesetas, presupuestos que no se daban en el leasing al que se pretendía aplicar el tipo. De este modo, la demandada hace suyos parte de los argumentos del Defensor de la Clientela de la propia entidad de que no fue voluntad de las partes aplicar el tipo de interés preferencial definido por el Banco de España, puesto que además se utilizó la expresión "preferente" (que, por cierto, no se correspondía con ningún tipo) y no "preferencial". Pero la postura de la demandada resulta ambigua, pues para apoyar su pretensión de desestimación íntegra de la demanda, y del recurso de apelación, tampoco puede apoyarse totalmente en el informe del Defensor de la Clientela de la propia entidad, que consideró que hubiera sido más correcto que aplicara una referencia diferente a la que de hecho utilizó para la revisión y por eso concluyó con una propuesta de pago a favor del actor.

Las consideraciones acerca de que no se quiso pactar el tipo de interés preferencial porque en las Circulares del Banco de España se reserva ese interés para las operaciones a corto plazo y, a partir de cierta fecha, para las de menos de un año, no son un obstáculo para admitir la propuesta integradora del contrato del demandante: el actor no dice que se pactara el interés preferencial, sino que propone que ese índice (más dos puntos) sirva para integrar el contrato al no resultar posible aplicar el interés pactado. Por otra parte, las definiciones del Banco de España que menciona la demandada proceden de Circulares posteriores a la celebración del contrato y, por otro lado, en las mismas expresamente se preveía que las entidades pudieran fijar preferenciales con unos presupuestos diferentes a los establecidos en las propias Circulares. En cualquier caso, no resulta extraño tomar como base para las revisiones que debían efectuarse tipos de interés previstos para operaciones a corto plazo, habida cuenta de que las revisiones se debían realizar con carácter semestral.

En definitiva, por todo lo anterior, la demanda debe ser estimada, puesto que tiene su lógica la explicación del actor acerca de cómo 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 la revisión, mientras que el



demandado, por el contrario, no ha explicado convincentemente por qué debe aceptarse la aplicación del referencial que aplicó unilateralmente.

Por lo que se refiere a la cantidad reclamada, va a ser admitida la cifra que arroja la revisión de las tablas contenidas en el doc. 13 de la demanda, en la que se calculan los intereses cobrados y los que se deberían haber cobrado de acuerdo con la referencia que se propone. Según dichas tablas, la diferencia ascendía a 27.286,97 euros, de los que habría que descontar los 584,24 euros que el demandante reconoció que el Banco le devolvió en abril de 1997.

La demandada impugnó el valor probatorio del documento 13 presentado por el demandante, pero se limitó a interesar la desestimación de la demanda y, al amparo del art. 337 LEC, anunció la aportación de informe de un economista para determinar si el tipo de referencia a que se refería el Defensor de la Clientela del BBVA era más análogo al inicialmente pactado que el propugnado por el actor y que determinara las diferencias entre las rentas cobradas y las que hubieran resultado de aplicar uno y otro. Sin embargo, no llegó a aportar informe alguno que desvirtuara los razonamientos del actor.

Finalmente, no se considera acreditado que la demandada abonara las 200.000 pts. que el informe del Defensor de la Clientela reconoció a favor del demandante, quien niega haberlas recibido. Puesto que en el informe del Defensor se requería la aceptación por el demandante de la propuesta de solución, y no consta que se produjera, ni la demandada ha probado que las hubiera pagado, no procede descontar su importe de la suma total.

Por todo ello se estima la demanda y se condena a la demandada, conforme a lo solicitado, al pago a favor del actor de veintiséis mil setecientos dos euros y setenta y tres céntimos (26.702,73 euros) más los intereses que esa cantidad devengue desde el 8 de febrero de 1999 hasta el momento de su pago definitivo.

QUINTO.- Costas

La estimación del recurso de casación comporta que no se impongan las costas de este recurso.

No procede imponer las costas de la apelación, puesto que el recurso debió ser estimado, y se imponen a la demandada las costas de la primera instancia, dada la estimación de la demanda.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Jon contra la sentencia dictada el día 4 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 23/2016.

2.º- Casar la sentencia recurrida para, en su lugar, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocar la sentencia de primera instancia y estimar íntegramente la demanda, condenando a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. al pago a favor del actor de veintiséis mil setecientos dos euros y setenta y tres céntimos (26.702,73 euros) más los intereses legales desde el 8 de febrero de 1999 hasta el momento de su pago definitivo.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para su interposición.

4.º- No imponer las costas de la apelación e imponer a la demandada las costas de la primera instancia.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.