

¿Solvencia recuperada en buen momento?

Aplicaciones jurisprudenciales de la *Verwirkung* en el juicio ejecutivo

Antoni Vaquer Aloy
Núria Cucurull Serra

Facultad de Derecho y Economía
Universitat de Lleida

274

Abstract

*Una de las consecuencias del crecimiento económico continuado en los últimos años ha sido la recuperación, ni que sea parcial, de capacidad patrimonial por quienes dejaron impagados préstamos y otras operaciones bancarias a principios de los años noventa. Las entidades de crédito han visto así una oportunidad de reducir la cuenta de incobrables, lo que ha dado lugar al inicio de acciones destinadas a realizar el cobro de las cantidades adeudadas. El transcurso de un período significativo entre el momento en que tuvo lugar el impago y el de la reclamación de pago ha motivado que uno de los argumentos esgrimidos por los deudores nuevamente solventes haya sido el retraso desleal en el ejercicio de los derechos o, en terminología alemana, la *Verwirkung*. Las páginas que siguen contienen algunas pistas sobre los senderos por los que discurre nuestra jurisprudencia, en particular la llamada jurisprudencia menor.*

Sumario

1. El concepto de *Verwirkung*
2. Presupuestos del retraso desleal
 - 2.1 El transcurso de un período significativo
 - 2.2. La omisión en el ejercicio del derecho
 - 2.3. La confianza legítima en el no ejercicio futuro del derecho
 - 2.4. El perjuicio derivado del ejercicio deslealmente retrasado del derecho
3. Los efectos de la *Verwirkung*: ¿todo o nada?
 - 3.1. Nada
 - 3.2. Todo
 - 3.3. Una vía intermedia
4. Tablas de sentencias
5. Recursos en internet
6. Bibliografía seleccionada

1. El concepto de *Verwirkung*

Los arts. 7.1 del Código civil y 111-7 del Código Civil de Cataluña otorgan rango legal al principio general del ejercicio de los derechos conforme a los dictados de la buena fe. Esta formulación como cláusula general, en la línea –aunque quizás no todavía en la extensión– del § 242 BGB, ha permitido que la doctrina y, en particular, la jurisprudencia, hayan venido a concretar –incluso podría decirse que a tipificar– distintos supuestos de ejercicio de los derechos subjetivos contrarios a los postulados de la buena fe. Entre estos supuestos que han ganado autonomía institucional cabe citar el retraso desleal en el ejercicio de los derechos o *Verwirkung*.

La doctrina de la *Verwirkung* se origina en Alemania a finales del siglo XIX. Su primera formulación se encuentra en la sentencia del *Reichsoberhandelsgericht* de 20.10.1877. Desde Alemania, la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos se ha expandido, aunque con distinta extensión, además de a España, a otros ordenamientos jurídicos, como el griego (ZIMMERMANN-WHITTAKER [2000] 517), el portugués (MENEZES CORDEIRO [2001] 797 ss; sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 24.4.2002) o el belga (bajo la denominación *rechtsverwerking*, HERBOTS [1998] 437, aplicada, por ejemplo, en la sentencia de la Hof van Cassatie de 12.2.1999).

En Inglaterra existe una doctrina equivalente con un origen histórico propio: *laches*. Nacida en la jurisdicción de *equity*, la primera formulación que de ella conocemos se remonta nada menos que a 1311 (en el *French law* habitual de la época: “n’est nie mervaille, qu’il put aver recoverer s’il ust usé sa accioun vivant son piere, issi que la lachesse e sa negligence demene ly turnera en prejudice” [Year Books of Edward II, 4 Edward II (1311)]. La que todavía se considera como la mejor descripción de la figura y sigue siendo *leading case* es la contenida en *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* [(1874) LR 5 PC 221]: “Now the doctrine of laches in Courts of equity is not an arbitrary or a technical doctrine. Where it would be practically unjust to give a remedy, either because the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver of it, or where by his conduct and neglect he has, though perhaps not waiving that remedy, yet put the other party in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy was afterwards to be asserted”. Así lo reconoce la Chancery Division en el reciente caso *Patel v. Shah* [2004] All ER (D) 250, donde largamente el tribunal analiza esta institución. Cabe señalar que *laches* fue también uno de los argumentos en la decisión sobre la propiedad del manuscrito lorquiano de *Poeta en Nueva York* (*García v. De Aldama* [2002] All ER (D) 180). La doctrina se halla presente en otros ordenamientos jurídicos, entre los que cabe citar las Filipinas; valga como ejemplo la sentencia del *Suprem Court* de 16.1.2002 en el caso *Far East Bank v. Estrella O. Queremit*: “Laches is the failure or neglect, for an unreasonable length of time, to that which, by exercising due diligence, could or should have been done earlier”.

El vocablo alemán *Verwirkung* fue utilizado por primera vez por nuestro Tribunal Supremo, Sala 1ª, en la sentencia de 24.6.1996 (Ar. 4846: “[L]o que aquí intenta la parte recurrente con este motivo, lo cual es inadmisibile, es el retraso desleal, denominado por la doctrina germánica «*Verwirkung*»”); con todo, la doctrina del retraso desleal se aplicó ya en la de 21.5.1982 (Ar. 2588). Desde entonces, esta expresión ha ido ganando uso, pudiéndose ya considerar como habitual. En las páginas que siguen analizaremos, tomando en especial consideración, como hemos ya señalado, la última jurisprudencia española, (2) cuáles son los elementos que permiten calificar el ejercicio de un derecho como desleal por su retraso y (3) las consecuencias que se anudan a dicha calificación.

Damos por asumido, en consecuencia, que la doctrina de la *Verwirkung* ha sido eficazmente *transplantada* a los ordenamientos jurídicos vigentes en España, pues no existe incompatibilidad a nivel de principios generales. La SAP Orense 23.4.2003 (“la reclamación efectuada pasados diez años de la entrega en absoluto implica un retraso desleal en el ejercicio de los derechos contrario a las exigencias de la buena fe, como sostiene el demandado, apoyándose en la institución germánica de la «*verwirkung*», al responder ésta a una regulación jurídica distinta a la del instituto de la prescripción vigente en nuestro ordenamiento jurídico”) no es sino una curiosa excepción.

Parece necesario recordar que, como ya dejaron sentado SIEBERT (1934) y FLUME (1979) en la doctrina alemana, la *Verwirkung* no es propiamente una institución, sino un efecto jurídico: la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho cuando se aprecia en dicho ejercicio un retraso que se reputa contrario a la buena fe. Que, puesto que supone esa declaración de inadmisibilidad del ejercicio de un derecho no prescrito, debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Y que, por último, la *Verwirkung* se ha aplicado en supuestos regidos no sólo por el derecho civil estatal, sino también por el derecho catalán o el derecho navarro.

En relación con el derecho catalán, STSJ Cataluña, 1ª, 2.10.1995 (Ar. 8180); con el derecho navarro, STSJ Navarra, 1ª, 6.10.2003 (Ar. 8687).

En tanto que se trata de dos concreciones del principio de buena fe, parece necesario delimitar la *Verwirkung* y el *venire contra factum proprium*. La contradicción con los propios actos supone que el titular del derecho muta su comportamiento, de modo que modifica su conducta anterior, existiendo una incompatibilidad entre esa conducta anterior y cuya continuación cabía prever y el comportamiento actual. El transcurso de un tiempo significativo no es, pues, factor determinante, como sí lo es en el retraso desleal (LARENZ-WOLF [1997]). Con todo, puede aceptarse que, de algún modo, el retraso desleal supone también una contradicción con la conducta anterior de no ejercicio del derecho. Por ello, en algunos supuestos –ya sea porque la contradicción con el comportamiento anterior se ha manifestado en un período más o menos dilatado, ya sea porque las circunstancias ofensivas de la buena fe provocan que baste un lapso más reducido de inactividad para generar la confianza que el derecho no será actuado– es admisible la invocación conjunta de *Verwirkung* y *venire contra factum proprium*, constituyendo un ejemplo de ello el caso enjuiciado en la STS 24.6.1996 (Ar. 4846).

2. Presupuestos del retraso desleal

2.1 El transcurso de un período significativo

Como puede deducirse de la misma expresión “retraso desleal”, el primer presupuesto para que se produzca *Verwirkung* es el transcurso de un período de tiempo durante el cual el titular del derecho se ha mantenido inactivo sin ejercitarlo. Sin embargo, el mero transcurso del tiempo no puede desembocar en el mencionado efecto, a diferencia de cuanto acontece con la prescripción o la caducidad; ese transcurso del tiempo debe ir acompañado de unas circunstancias tales que permitan calificar de desleal el retraso en el ejercicio del derecho.

Así, SAP Cantabria 3.5.2001 (JUR 223960), Salamanca 31.1.2003 (JUR 110014), Lleida 4.4.2003 (JUR 131766). Es paradigmática la antes citada STSJ Cataluña 2.10.1995, en la que la acción de reconocimiento del mejor derecho al título nobiliario de conde de Galiano de Aymeric se ejercitó a poco de expirar el plazo

prescriptivo trientenar, sin que por ese solo hecho se desestimara la demanda, ya que el ejercicio del derecho no se consideró como desleal.

Sentado esto, es obvio que el tiempo que se requiera para considerar deslealmente tardío el ejercicio de un derecho siempre será menor que el plazo de prescripción o de caducidad, ya que de otro modo carecería de relevancia práctica la *Verwirkung*. En este sentido, Teubner [1980] la calificó hace ya algún tiempo como un supuesto de reducción teleológica de los plazos de prescripción.

No es posible fijar apriorísticamente la concreta duración del período de inactividad del derecho, que viene determinada por un doble parámetro. En primer lugar, una cierta proporcionalidad con el plazo prescriptivo de la pretensión análoga. En segundo lugar, las circunstancias que permiten calificar el ejercicio del derecho de desleal. Ambos parámetros juegan como si se tratase de vasos comunicantes: a mayor gravedad de las circunstancias que repugnan al principio de la buena fe menor espacio de tiempo se requerirá, y viceversa.

En el caso de la SAP A Coruña 27.2.2003 (JUR 185100) apenas transcurrieron trece meses desde el impago de dos cuotas del importe de un vehículo comprado a plazos. La STSJ Navarra 6.10.2003 considera suficientes 5 años sin ejercitar acto alguno dirigido a obtener la consumación de una venta. En la SAP Lleida 12.11.2003 habían transcurrido 14 años entre impago y reclamación (JUR 108765); en la de 4.4.2003 (JUR 131766), 16 años. La SAP Lugo 28.1.2004 (JUR 53298) la estima por no mediar reclamación hasta transcurridos 20 años. De manera diferente, la SAP Murcia 28.10.2001 (JUR 332793) considera irrelevantes 3 años, y las SsAAPP Cantabria 3.5.2001 (JUR 223960) y Lugo 24.10.2001 (JUR 11133) tampoco aplican la *Verwirkung* en sendos supuestos de reclamación tras 13 años. En definitiva, puede concluirse, con la SAP Córdoba 17.2.2003 (JUR 84948) que “el retraso en el ejercicio de la acción implica actitud desleal cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para permitir a la parte contraria confiar en que ya no se va a ejercitar”, sin que sea posible un mayor grado de concreción.

La reciente modificación de la regulación de la prescripción en Alemania y en Cataluña da pie a inquirirse sobre si seguirá siendo posible aplicar la doctrina de la *Verwirkung*. La respuesta debe ser positiva, aunque debe señalarse que, en atención a la reducción experimentada por los plazos prescriptivos tanto en Alemania (donde el plazo ordinario es de tres años, § 195 BGB) como en Cataluña (tres años es también el plazo aplicable a las pretensiones de cobro de prestaciones de servicios o remuneraciones de obra o de derecho de daños, entre otras, de acuerdo con el [art. 121-21 CC Cat](#)), el margen de aplicación se ha reducido, en la medida en que deviene mucho más difícil que pueda transcurrir un período de inactividad del titular del derecho lo suficientemente largo como para generar la confianza legítima en el sujeto pasivo de que el derecho ya no va a ser ejercitado, salvo que el resto de los presupuestos necesarios para que se produzca *Verwirkung* contrarreste el factor tiempo, en los términos que se indican a continuación.

2.2. La omisión en el ejercicio del derecho

El segundo de los presupuestos que debe concurrir para que pueda estimarse la aplicación de la doctrina del retraso desleal es que durante el período de tiempo en cuestión su titular no haya ejercitado el derecho o facultad. Si bien la inactividad del derecho es un dato objetivo, el titular

debe hallarse por lo menos en situación de poder ejercitarlo. Nuestros tribunales toman en consideración en ocasiones las circunstancias personales de las partes en la resolución de los pleitos.

La SAP Salamanca 31.1.2003 constituye un ejemplo palmario. Se trataba, en este caso, de una demanda de desahucio por impago del importe del IBI de la vivienda arrendada desde 1996 a 2000. El juez de primera instancia consideró desleal la reclamación por el tiempo transcurrido, teniendo en cuenta que la arrendataria era una pensionista viuda mayor de setenta años con hijos a su cargo, mientras que para la Audiencia no existe deslealtad porque, entre otras razones, se trataba de un contrato de arrendamiento de los llamados de renta congelada, con una exigua renta de 34,62 € mensuales, “situación que (...) ya es suficientemente favorable al arrendatario, lo que destierra la idea de abuso por aquel en la forma en que ejercita sus derechos”.

En los supuestos que constituyen el objetivo prioritario de este *working paper*, las reclamaciones por partes de entidades bancarias de los impagados, se hace mención en ocasiones a que de ellas cabe esperar una mayor diligencia. Así, las SsAP Lleida 4.4 y 12.11.2003. Pero lo más habitual es que el tribunal no se refiera a ello. La verdad es que se trata de un argumento de doble filo, pues si bien es cierto que de entidades –incluidas las cajas de ahorro– tan preocupadas por la publicidad de sus beneficios multimillonarios cabe esperar que no dejen pasar mucho tiempo en reclamar los impagados, lo cierto es que suelen esperar a que los deudores hayan recuperado un nivel de solvencia suficiente para afrontar la reclamación. Sin olvidar, como referiremos luego, que la espera tiene su vertiente positiva en forma de devengo de cuantiosos intereses moratorios.

Aunque los demandantes eran particulares, merece la pena reseñar la SAP Lleida 30.10.2001 (JUR 333105), en que expresamente se justifica el retraso en la exigencia del crédito en la falta de solvencia del demandado: “no puede hablarse de retraso contrario a la buena fe, desde el momento que el actor justifica esa falta de reclamación judicial en los problemas económicos que padecía el demandado como consecuencia de un contencioso con la entidad Banca Catalana, admitido por el demandado en confesión judicial, reclamando el débito cuando ha entendido que podía obtener la satisfacción efectiva de su derecho, al mejorar la situación económica del demandado, por lo que no puede presumirse un abandono o renuncia al mismo”.

2.3. La confianza legítima en el no ejercicio futuro del derecho

Presupuesto fundamental para la aplicación de la *Verwirkung* es la confianza legítima del sujeto pasivo de que el derecho ya no va a ser ejercitado. Debe ser el titular del derecho quien genere esa confianza, lo que en teoría supondría algo más que la mera inactividad del titular. No obstante, ya señaló CANARIS [1971] que si los tribunales alemanes exigieran seriamente la prueba de la existencia de esa confianza legítima la aplicación práctica de la *Verwirkung* resultaría notablemente limitada.

Los tribunales alemanes reiteran la fórmula que “sich die Beklagte darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, die Klagerin werde vor ihren Rechten nicht mehr Gebrauch machen” [“la demandada podía confiar y ha confiado en que la demandante ya no haría ejercicio de sus derechos”]; últimamente, las sentencias del Tribunal Supremo Alemán [BGH] de 13 y 16.7.2004. La opinión de Canaris se halla en su libro *Vertrauenshaftung*, pp. 510-514 y nota 38.

Los tribunales españoles expresan la misma idea con expresiones semejantes. Así, por ejemplo, la SAP Murcia 28.10.2001 afirma: “el retraso en el ejercicio de la acción implica actitud desleal cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para permitir a la parte contraria confiar en que ya no se va a ejercitar”; la STSJ Navarra 6.10.2003 que “ha dado lugar con su conducta omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará”. Mas, una vez mencionado este presupuesto, raramente las sentencias se detienen en analizar su concurrencia.

Con todo, hay positivas excepciones. Así, en la SAP A Coruña 27.2.2003, se destaca del supuesto fáctico el hecho que el requerimiento de la entidad financiera dando por vencido el préstamo se fundamenta en el impago de dos cuotas correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 2000, siendo en cambio pagadas a plena satisfacción de la demandante las de diciembre de 2000, todo 2001 y las de 2002 hasta la interposición de la demanda; dice la sentencia que era “la propia conducta de la entidad actora la que generaba la objetiva confianza en que no se haría uso de dicha facultad legal y contractual, sin al menos una advertencia previa u oportunidad de pago”. Por su parte, la SAP Salamanca 31.1.2003 deduce la falta de confianza legítima del hecho que en el primer año tras la entrada en vigor de la vigente LAU se pagó el IBI, y que al año siguiente se reclamó su pago, “poniendo ello en cuestión la confianza de que el derecho ya no va a ser objeto de ejercicio”.

No hay pronunciamientos expresos cuando el demandante es una entidad de crédito. Como veremos, no es excepcional que la pretensión resulte paralizada por la alegación de retraso desleal, lo que lleva a suponer que, en efecto, y pese precisamente al ramo de negocio propio de dichas entidades, su inactividad permite confiar al demandado en que la póliza de crédito o de préstamo no serán reclamadas tras el impago. En cambio, de las sentencias que no entienden acreditados los presupuestos de la *Verwirkung* podría deducirse que, precisamente por tratarse de entidades de crédito, no cabe que su silencio pueda generar confianza legítima alguna en que el derecho ya no será ejercido. Para la SAP Cantabria 3.5.2001, “no puede presumirse, por ser contrario a las normas de la experiencia, el que se pueda extinguir una deuda de manera graciosa por parte de una entidad bancaria”.

Las sentencias ponen ahora el énfasis en la parte demandada, subrayando que era conocedora de la existencia del crédito y del devengo de los intereses en caso de impago, lo que les privaría de poder confiar legítimamente, cabe entender.

Pueden citarse, además de la SAP Cantabria 3.5.2001 recién transcrita, las SsAAPP Murcia 28.10.2001 y Lleida 2.7.2002 (no publicada). Es criticable que algunas de estas sentencias acudan para resolver una cuestión derivada del ejercicio tempestivo de los derechos a figuras de carácter comercial como la condonación u otras causas de extinción de la obligación. Con ello se mezclan de modo inadmisibles, además de innecesario, dos planos completamente distintos.

2.4. El perjuicio derivado del ejercicio deslealmente retrasado del derecho

No basta con que el ejercicio tardío del derecho repugne las exigencias de la buena fe en un plano meramente ideal, sino que debe causar un perjuicio al sujeto pasivo, y de ahí su intolerabilidad. El perjuicio puede adoptar manifestaciones distintas: un aumento de responsabilidad, la disminución de las posibilidades de defensa del sujeto pasivo ante la reclamación tardía, etc. En

el caso que nos ocupa, el perjuicio que sufre el demandado es la acumulación de intereses, convencionales y moratorios, como consecuencia del tiempo transcurrido desde el incumplimiento. Por consiguiente, para que tenga éxito la defensa de *Verwirkung*, debe darse el siguiente encadenamiento causal: la inactividad del titular durante un período de tiempo significativo debe haber engendrado en el sujeto pasivo la confianza legítima de que el derecho ya no sería ejercitado, por lo que el ejercicio tardío va a suponerle un perjuicio en su posición jurídica.

3. Los efectos de la *Verwirkung*: ¿todo o nada?

Antes que nada, cabe precisar que en relación a los efectos que debe o debería producir la aplicación de la institución de la *Verwirkung* o retraso desleal hay distintas opciones. Éstas, que más abajo serán analizadas, han sido aplicadas por nuestros tribunales, argumentando en mayor o menor grado dicha elección, en la resolución de los procesos ejecutivos planteados por entidades bancarias, principalmente, con la finalidad de cobrar las cantidades adeudadas. No hace falta decir que el optar por una línea u otra, y las consecuencias que ello conlleva, puede alterar el planteamiento jurídico y económico que, en el campo de las operaciones bancarias, puedan observar en el futuro las entidades financieras, ya sea tanto en lo referente a las condiciones de concesión de créditos como también para la reclamación de los impagos que llegasen a producirse.

3.1. Nada

La primera solución a los procesos planteados entre una entidad bancaria y un particular, en atención a una deuda existente que no fue reclamada en el momento de vencimiento de la obligación, sino que se ejercita la acción ejecutiva contra el deudor después de un dilatado periodo de tiempo, implica desestimar plenamente la excepción planteada por parte del deudor con base en el retraso desleal en el ejercicio del derecho. En consecuencia el deudor deberá satisfacer a su acreedor la totalidad de la deuda acumulada, es decir, la deuda contraída como resultado de un contrato bancario y los intereses convencionales y moratorios devengados.

Del conjunto de resoluciones judiciales estudiadas, se puede sacar un denominador común en los argumentos esgrimidos por éstas a la hora de fundamentar el fallo. Las distintas sentencias presentaban supuestos análogos, consistentes en la concesión de un préstamo o operación similar de crédito, produciéndose posteriormente el impago por parte del deudor, incumplimiento que, curiosamente, la entidad bancaria no reclama de forma inmediata, sino que dicha exigencia no se produce hasta años más tarde. Ante estos hechos, dichas sentencias han resuelto de igual modo y con base en los mismos argumentos, que son los que a continuación se detallan. Aún concurriendo algunos de los presupuestos de la *Verwirkung*, como son el transcurso de un periodo significativo, la omisión en el ejercicio del derecho e incluso el perjuicio derivado del ejercicio tardío –en forma de acumulación de intereses–, se considera que no procede la aplicación de la *Verwirkung* puesto que, en los casos analizados, no se ha generado la confianza

legítima en el no ejercicio del derecho, ya que los deudores conocían que todavía se debía parte del préstamo y que los intereses por impago incrementaban con el paso del tiempo, de manera que la única esperanza que podían albergar éstos era la prescripción de la acción.

En este sentido pueden citarse la SAP Lugo 24.10.2001 (JUR 11133), la SAP Girona 22.3.2001 (JUR 178573), la SAP Cantabria 3.5.2001 (JUR 223960) y la SAP Córdoba 17.2.2003 (JUR 84948). En todas ellas se utiliza el mismo argumento, incluso en algunas con la misma redacción, que literalmente dice así: “[...]la referida doctrina de la *Verwirkung* no se puede considerar aplicable, [...] en consecuencia debe partirse de que los demandados en el procedimiento ejecutivo eran perfectamente conscientes de que adeudaban el importe del préstamo y también debían ser conocedores de que no se daba condición alguna de la que pudiera derivar la condonación de la deuda que, desde luego, no puede presumirse, por ser contrario a las normas de la experiencia, el que se pueda extinguir una deuda de manera graciosa por parte de una entidad bancaria...”. La cita se toma de la SAP Cantabria 3.5.2001, antes mencionada, en su fundamento tercero.

3.2. Todo

Esta opción es la opuesta a la anteriormente comentada. Supone la estimación plena de la concurrencia de un retraso desleal en el ejercicio de un derecho y, por consiguiente, la liberación del deudor de su obligación de satisfacer la deuda a la entidad bancaria.

En este caso, las sentencias estudiadas corresponden todas a un mismo tribunal, la Audiencia Provincial de Lleida. Dichas resoluciones resuelven positivamente debido a circunstancias que se reputan especiales en la concesión de los créditos.

Las sentencias son de 27.6.2001 (JUR 230039), 4.4.2003 (JUR 131766) y 12.11.2003 (JUR 108765).

Analizando estas resoluciones, se puede afirmar que su fundamentación y, en consecuencia, su fallo, se deben a que dictaminan sobre supuestos pretendidamente excepcionales. Así, como es el caso de las dos últimas sentencias referidas, se destaca que la concesión de los préstamos se debió a una situación catastrófica derivada de las riadas que en el año 1.982 asolaron la provincia de Lleida, causando graves daños y perjuicios económicos, motivo por el cual se llevó a cabo una política de concesión de créditos en condiciones muy ventajosas, con la finalidad que los afectados pudiesen rehacer sus economías. Esta política de otorgamiento de préstamos en tales condiciones se llevó a cabo por parte de bancos que en aquellas fechas eran de titularidad pública, mas no cuando, tras el procedimiento de privatización en el sector bancario español, se interpuso el juicio ejecutivo conducente a la reclamación de las cantidades adeudadas. El carácter originariamente público de las entidades de crédito, junto con la coyuntura económica y social tras las riadas, explican que tales operaciones se realizasen con condiciones muy favorables para los particulares afectados. Pues bien, partiendo del carácter excepcional de tales supuestos y viendo que concurren los presupuestos de la *Verwirkung*, incluyendo la confianza generada por la pasividad por parte de las entidades bancarias, el tribunal en cuestión estima plenamente la procedencia de la aplicación de la doctrina del retraso desleal, argumentando que la entidad bancaria no puede llegar a pretender, bajo la estricta óptica de criterios de legalidad, prescindir del iter generador de la obligación de los demandados y negar que entra dentro de la normalidad de las cosas el que los deudores tuviesen la clara esperanza, dado el periodo de tiempo tan

dilatado transcurrido, que la deuda no sería reclamada. Por tanto, cabe concluir que la aplicación de la doctrina del retraso desleal se debe a las circunstancias excepcionales que motivaron la concesión de los créditos en dichas condiciones ventajosas, lo que impide la generalización de esta doctrina y su aplicación a otros supuestos.

Por otro lado, se había hecho referencia a otra sentencia del mismo órgano, en la que se apreciaba la concurrencia del retraso desleal con efectos plenos. En este caso el supuesto no presenta circunstancias excepcionales, pues se trata de una póliza de préstamo otorgada en 1984, el pago de la cual deja de ser satisfecho en el mismo año y no se produce el cierre de la cuenta hasta el año 2000, superando con creces la deuda requerida por la entidad de crédito al capital inicialmente debido. La Audiencia, después de hacer referencia a toda la jurisprudencia en relación con la doctrina del retraso desleal y de la exégesis de ésta, concluye que el ejercicio abusivo de un derecho existe cuando, habiéndose generado una cierta confianza al deudor de que ya no se llevará a término el mismo, se ejercita tal derecho en un plazo de tiempo que puede considerarse abusivo y contrario al principio de buena fe, hecho que se estima que concurre en el caso y más cuando el retraso, de 16 años, supone el pago de unos intereses que superan, de mucho, el capital debido. Por todo ello, la Sala entiende que se debe apreciar la doctrina del retraso desleal con plenos efectos, es decir que se libera del pago al deudor tanto del capital debido como de los intereses moratorios devengados.

3.3. Una vía intermedia

Entre las dos posturas opuestas que se acaban de exponer, podemos encontrar una solución calificable de intermedia, la cual posiblemente trata de no descuidar los intereses de las entidades bancarias, pero sin que ello suponga una excesiva carga para el deudor que resulta reclamado de pago al cabo de tanto tiempo. Del total de las sentencias dictadas en resolución de los procedimientos ejecutivos promovidos por las entidades de crédito contra sus deudores, sólo dos de ellas adoptan esta opción intermedia.

Las sentencias a que nos referimos son la SsAAPP Lleida de 2.7.2002 (no publicada) y Lugo de 28.1.2004 (JUR 53298). En la sentencia de la Audiencia de Lleida se opta por esta vía intermedia, que las sentencias reseñadas en el apartado anterior, en relación con la estimación total de la excepción de *Verwirkung*, ya se apuntaba al evocar la jurisprudencia de la Sala.

En ambas sentencias se dilucidan pretensiones análogas a las anteriormente relatadas, impago de una deuda con el consiguiente ejercicio tardío de la acción correspondiente, pero en este caso se resuelve de un modo distinto a los ya vistos. Se falla apostando por una vía intermedia que trata de no descuidar ni perjudicar los intereses de ambas partes. Más concretamente, esta vía consiste en estimar la petición de la entidad bancaria en relación con el capital inicial adeudado, pero no en lo que respecta a la petición de satisfacer los intereses moratorios, parte de la deuda total a la que se aplica la doctrina del retraso desleal.

Esta decisión se fundamenta, en primer lugar, en la concurrencia de todos los presupuestos de la *Verwirkung* y, en segundo lugar, en la consideración que, si bien es cierto que los demandados

sabían de la deuda y, pese a ello, no cumplieron con sus obligaciones, existe, una carga de un ejercicio tempestivo del derecho por parte del acreedor, como manifestación del principio de la buena fe, por lo que el transcurso del tiempo sin ejercer el derecho contra el deudor crea legítimamente la confianza en el deudor de que aquél ya no será actuado. Por consiguiente, el órgano judicial, al considerar que se ha producido por parte de la entidad bancaria un retraso desleal en el ejercicio de los derechos, establece la obligación, por parte del deudor, de satisfacer las cantidades adeudadas que corresponden al capital inicial de la póliza o crédito, puesto que esa deuda existe y debe satisfacerse en atención al buen cumplimiento de las normas contractuales, más los intereses convencionales. Pero se desestima la pretensión de cobro sobre los intereses moratorios devengados, ya que éstos han sido generados por el transcurso de un periodo significativo de tiempo, al no haber cumplido la entidad de crédito con la carga de ejercicio tempestivo de la acción de cobro y, en consecuencia, es ésta quien debe asumir los efectos económicos derivados de dicho retraso. En otras palabras, la alegación del acreedor que puede ejercitar su derecho de crédito cuando lo estime oportuno, siempre dentro de los periodos legales de prescripción y caducidad, es inexacta, ya que el art. 7 CC ordena el ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y proscrib el abuso de derecho, lo que implica que los derechos no pueden ejercerse sin más cuando el acreedor lo estime conveniente, sino que concurre una carga de ejercicio tempestivo, es decir, dentro de un tiempo razonable y con sujeción al principio de buena fe.

La misma idea en cuanto a la desestimación de la reclamación de los intereses moratorios es aplicada por la SAP Lugo de 28.1.2004 (JUR 53298), que utiliza argumentos similares. La subsiguiente sentencia de la misma Sala de 29.1.2004 (JUR 53320), en un supuesto de juicio verbal por reclamación de deuda, apostilla que “con el ejercicio tardío de la acción no pretende la actora ninguna ventaja significativa, ya que no se produce en el presente caso un devengo de intereses moratorios como sucede por ejemplo en los contratos de préstamo, que obliga a tomar con cautela tal tardanza”. La sujeción del ejercicio de los derechos a la buena fe y la proscripción del abuso del derecho, aunque sin mención expresa de la doctrina del retraso desleal, se ha afirmado en la STS, 1ª, 31.5.2003 (RJ 3918).

4. Tablas de sentencias

Tribunal Supremo, Sala 1ª

<i>Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Partes</i>
21.5.1982	2588	Antonio Sánchez Jáuregui	Mariano L.M. c. José Miguel D.G.
24.6.1996	4846	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Diego P.T. c. Piñero y Díaz, Sucesores de Diego Piñedo Moreno, S.A.
31.5.2003	3918	Alfonso Villagómez Rodil	Juan Pablo c. Bartolomé

Tribunal Superior de Justicia, Sala 1ª

<i>Lugar y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Partes</i>
Cataluña, 2.10.1995	8180	Jesús Corbal Fernández	Fernando de D. y de S. c. Jorge de C. y S.
Navarra, 6.10.2003	8687	Francisco Javier Fernández Urzainqui	Francisco c. Abelardo y Catalina

Audiencia Provincial

<i>Lugar y Fecha</i>	<i>Jur.</i>	<i>Magistrado ponente</i>	<i>Partes</i>
Girona, 22.3.2001	178573	Fernando Lacaba Sánchez	Banco Español de Crédito c. Maria Isabel M.B. y Laura U.P.
Cantabria, 3.5.2001	223960	María José Arroyo García	Fermín G.B. y Eusebio G.A. c. Banco Bilbao Vizcaya S.A.
Lleida, 27.6.2001	230039	Joaquín Bernat Monje	Caixa d'Estalvis de Terrassa c. Angela B.P. y Ramon E.F.
Lugo, 24.10.2001	11133	Edgar Amando Fernández Cloos	Caja de Ahorros de Galicia c. Valentín G.P. y Felicidad P.C.
Murcia, 28.10.2001	332793	Álvaro Castaño Penalva	Gedinver e Inmuebles, S.A. c. Pedro M.M. y Josefina O.N.
Lleida, 30.10.2001	333105	Mª del Rocío Palá Laguna	Antonio G.V. c. Jaime B.M.
Lleida, 2.7.2002	Auto 358	Antoni Vaquer Aloy	Caixa d'Estalvis de Terrassa c. Andrea R.E., Vicente A.R., Mª del Carmen S.B. y José M.T.
Salamanca, 31.1.2003	110014	José Antonio Martín Pérez	Ángel Jesús c. Julia
Córdoba, 17.2.2003	84948	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	Crediaval Sociedad de Garantía Recíproca c. Constatino y Leticia
La Coruña, 27.2.2003	185100	José Luis Seoane Spiegelberg	TARCREDIT, EFC, S.A. c. José Carlos
Lleida, 4.4.2003	131766	Albert Guilanyá i Foix	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. c. Esteban
Orense, 23.4.2003	205421	José Ramón Godoy Méndez	José Pablo c. Mauricio
Lleida, 12.11.2003	108765	Albert Montell García	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. c. Germán y Verónica
Lugo, 28.1.2004	53298	María Luisa Sandar Picado	Caja de Ahorros de Galicia c. Julián, Regina y Mercedes
Lugo, 29.1.2004	53320	María Luisa Sandar Picado	Max Zapf Puppen- und Spielwarenfabrik GmbH & CO KG Sucursal en España c. Alco Santiago y Cía. S.L.

5. Recursos en internet

Las sentencias recientes del Tribunal Federal Alemán se pueden consultar en <http://www.bundesgerichtshof.de>.

Una selección de sentencias de la House of Lords está disponible en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/ldjudgmt.htm>.

Una selección de sentencias del Tribunal Supremo portugués puede consultarse en <http://www.stj.pt>.

Una selección de sentencias de la Cour de Cassation belga se encuentra en http://www.juridat.be/cgi_juris/jurf.pl (página en francés).

Algunas sentencias relevantes filipinas se seleccionan en <http://www.lawphil.net> y en <http://www.chanrobles.com/cralawscdecisions.htm>.

6. Bibliografía seleccionada

Christiane BIRR (2003), *Verjährung und Verwirkung*, Berlin, Erich Schmidt Verlag.

Claus-Wilhelm CANARIS (1971), *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, Beck.

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO(2003), "La unificación del derecho contractual europeo por vía jurisprudencial (legal transplants)", en Santiago Espiau y Antoni Vaquer (eds.), *Bases de un derecho contractual europeo/Bases of a European Contract Law*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 665-689.

Werner FLUME (1979), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York, Springer.

Jacques HERBOTS (1998), "Contract Law. Belgium", *International Encyclopaedia of Laws*, The Hague-Boston-London, Kluwer Law International.

Karl LARENZ (fortgeführt von Dr. Manfred WOLF) (1997), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8. Auflage, München, Beck.

António Manuel da ROCHA E MENEZES CORDEIRO (2001), *Da boa fe no directo civil*, Coimbra, Almedina.

Günther H. ROTH (2003), § 242, a *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 2, 4. Auflage, München, Beck.

Wolfgang SIEBERT (1934), *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburg, Erwert (reimp. Frankfurt am Main, 1970).

Tobias STAUDER (1995), *Die Verwirkung zivilrechtlicher Rechtspositionen*, Frankfurt am Main, Lang.

Gunther TEUBNER (1980), § 242, en *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht I*, Neuwied, Luchterhand.

Antoni VAQUER ALOY (1999), "El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la Verwirkung en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, p. 89-29.

Antoni VAQUER ALOY (2000), "Importing foreign doctrines: Yet another approach to the Unification of European Private Law? Incorporation of the Verwirkung doctrine into Spanish case law", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, p. 301-310.

Reinhard ZIMMERMANN, Simon WHITTAKER (eds.) (2000), *Good faith in European contract law*, Cambridge, Cambridge University Press.