

LA ACCIÓN PARA RECLAMAR INTERESES PAGADOS EN VIRTUD DE UNA CLÁUSULA SUELO ESTÁ PRESCRITA CUANDO HAN TRANSCURRIDO CUATRO AÑOS DESDE QUE EL CONTRATO HIPOTECARIO HA SIDO CONSUMADO Y CANCELADO*

Ángel Carrasco Perera**

Catedrático de Derecho Civil

Director del Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: La acción de restitución de los contratos afectados por nulidad relativa en sentido estricto es de cuatro años, en virtud de lo establecido en el art. 1301 del Código Civil, tratándose de un plazo de prescripción y no de caducidad. Este plazo de prescripción comienza a contar desde que el contrato fue consumando, pero ¿desde cuándo se entiende consumado este tipo de contratos financieros? Establecer el *dies a quo* para la reclamación de las cantidades indebidamente satisfechas sigue siendo uno de los grandes retos de nuestros Tribunales en la actualidad, considerándose éste según la doctrina, desde que la relación derivada del préstamo hipotecario haya sido terminada sea cual sea la causa.

Palabras clave: Prescripción, caducidad, cláusula suelo, contrato, nulidad, anulabilidad y abusivo.

Title: The action to claim interests paid under a ground clause is prescribed when they have fallen four years since the mortgage contract has been consumed and canceled

Abstract: The action for the return proceedings of the contract affected by relative nullity in the strict sense is four years, in virtue of what is established in the article

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, de la UCLM, ref. DER2014- 56016-P, del que soy investigador principal.

** ORCID ID: 0000-0003-3622-2791

1301 of the Civil Code, in the case of a prescription period and not an expiry date. This limitation period begins to count from the time the contract was consummated, but since when is this type of financial contract understood? Establishing the *diez a quo* for claiming unduly paid amounts remains one of the great challenges of our courts today, considering it according to doctrine, provided that the relationship derived from the mortgage loan has been terminated regardless of the cause.

Keywords: Prescription, expiry, ground clause, contract, nullity, revocability and abusive.

SUMARIO: *El caso. Enseñanzas de la STJUE 21.12.2016. Los términos de la solución judicial española. De la transparencia cualificada al control de inclusión. Abusividad y falta de transparencia. La concepción funcional de las nulidades. Prescripción y consumación del contrato. CONCLUSIÓN.*

El caso

1. Haciendo gala de un optimismo normativo impropio del caso, el art. 1 del Real Decreto Ley 1/2017, sobre devolución de cantidades "indebidamente satisfechas" por el consumidor en aplicación de "determinadas" cláusulas suelo, el legislador instaura un procedimiento que sólo tiene sentido si se da ya como presupuesto sabido qué cantidades han sido cobradas "indebidamente", porque es seguro que "determinadas" cláusulas suelo habrán conseguido (como la experiencia judicial confirma) superar el control de transparencia impuesto por la STS 241/2013 de 9 mayo. También debe dar por supuesto el legislador que existe acuerdo sobre el alcance de la cosa juzgada de procesos previos y que los plazos de reclamación de la devolución siguen estando vigentes y no han prescrito. Esto último es lo único que es considerado en el presente Dictamen.

2. La hipótesis que se cuestiona es la de los contratos de hipoteca ya cancelados (por cumplimiento, por transacción, por vía ejecutiva, etc) en los que ha transcurrido un tiempo desde dicha contingencia. El contrato en cuestión contenía una cláusula suelo (por hipótesis para este caso) "no transparente"; no se ha reclamado judicialmente la nulidad ni la restitución. ¿Cuándo prescribe¹ la acción para recuperar las "cantidades indebidamente satisfechas"? Repárese que nos hallamos ante un contrato ya plenamente consumado y que las reflexiones que siguen no se deben extender incondicionalmente a otras reclamaciones derivadas de contratos hipotecarios aún vivos ni a contratos de hipoteca que contengan cláusulas "abusivas", distintas de la cláusula suelo.

Enseñanzas de la STJUE 21.12.2016

3. Reparemos inicialmente en el contenido de la STJUE de 21 diciembre de 2016 (Gran Sala), que incuestionablemente es el disparadero de las presentes reflexiones. Como es conocido, la sentencia declara con contundencia que la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes se produce *ex tunc* y que hay que predicar una retroactividad plena de dicha nulidad. Conforme a la declaración concluyente de la

¹ A lo largo de este trabajo mantendré continuamente que el plazo del art. 1301 CC es de prescripción y no de caducidad (cfr. CARRASCO, *Derecho de Contratos*, 2010, pag. 675).

Sala (§ 61), “una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efecto contra el consumidor. Por consiguiente, la declaración de nulidad de tal cláusula debe tener como consecuencia en principio el restablecimiento de la situación de hecho y Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”. A continuación introduce las razones que abonan este pronunciamiento, y que no nos interesa desarrollar en el presente contexto. Tratando de la prescripción -en el capítulo dedicado a los límites del principio de restitución universal-, el § 69 enfatiza que “el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión”, (...“un plazo razonable de prescripción”, § 70).

4. Si la cláusula nula conforme a la Directiva 13/1993 “nunca ha existido” y si es conforme con el Derecho de la Unión, no la retroactividad limitada de los efectos restitutorios de la sentencia, pero sí la existencia de plazos razonables de prescripción de las acciones recuperatorias de las cantidades indebidamente percibidas por las entidades financieras, se imponen dos conclusiones provisionales.

5. Primera, no es la sentencia de nulidad la causa constitutiva, el título fundamentador, de la nulidad de la cláusula, porque ésta “nunca ha existido”, efecto que una sentencia sólo puede recoger con alcance declarativo y nunca constitutivo. Este es el punto en que la STS 241/2013 entra en colisión fundamental con la sentencia del TJUE. *En consecuencia, el dies a quo del cómputo del plazo de nulidad del art. 1969 Código Civil no puede ser el de la sentencia “declarativa” de la nulidad de la cláusula suelo* A nuestros efectos, aunque no es ciertamente la única, pero sí la primera del TS, no podría ser el *dies a quo* el de la STS 241/2013).

6. Segunda. No sólo no hay que confundir retroactividad absoluta con imprescriptibilidad, identidad conceptual que la sentencia europea no postula. Incluso aunque la retroactividad absoluta de la nulidad comportara -como veremos que comporta, en nuestra opinión- una imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad, es “compatible con el Derecho de la Unión”, y en aras de la seguridad jurídica, una prescripción “razonable” de la acción restitutoria de las cantidades “indebidamente cobradas”.

Los términos de la solución judicial española

7. Aunque diversas consideraciones que siguen no son decisivas respecto del problema que nos ocupa directamente, importa considerar retrospectivamente el marco judicial en el que la STS 241/2013 declaró la nulidad de las cláusulas suelo que fueron objeto de reclamación en la acción colectiva que dio lugar al proceso.

8. La jurisprudencia allí creada reposa sobre los siguientes fundamentos. Primero, una cláusula que define el objeto principal del contrato puede ser, todavía, una condición general de la contratación (§ 144). Segundo, la cláusula suelo describe el objeto principal del contrato (§§ 195, 196, 189, 190). Tercero, no cabe un control de abusividad sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (§§ 190 sgts). Cuarto, las cláusulas suelo son lícitas, no cabe sobre ellas un control de contenido y no pueden ser declaradas abusivas (§ 256). Quinto, las cláusulas consideradas son no transparentes, en el sentido que luego se dirá.

9. Ni ésta ni las subsiguientes sentencias del TS resuelven la cuestión -ni siquiera formulada explícitamente como tal- de si las cláusulas suelo “no transparentes” son “abusivas” sin más, en el sentido del art. 82 TR LGDCU, o si son cláusulas “nulas” por otra razón más genérica, por ejemplo, porque no se incorporan al contrato, en los términos del art. 80 TR LGDCU (§§ 207-215, 247-264, 276 STS 241/2013).

De la transparencia cualificada al control de inclusión

10. Es cierto que la falta de reflexión explícita sobre este tema en la jurisprudencia ha llevado a resoluciones judiciales inexpresivas en este punto de si el control de transparencia conduce a un predicado de nulidad sustancial (por desequilibrio contrario a la buena fe, del art. 82 TR LGDCU) o a otro tipo de ineficacia, incluso la inexistencia misma de la cláusula, como sería mucho más propio². Esta contradicción de criterios se aprecia claramente por ejemplo en la segunda sentencia plenaria sobre cláusula suelo (STS 464/2014, de 8 de septiembre), pues si en algunos lugares ubica el control de transparencia en el ámbito del control de inclusión de los arts. 5 y 7 LCGC (cfr. FD 2 § 6), en otros lugares se presenta como parte integrante del control de abusividad (FD 2 § 8)³. Criterio que se acentúa inequívocamente en la STS 138/2015, de 24 marzo. En mi opinión, esta equiparación no reflexionada se ha hecho por una especie de sinécdoque en la que se toma la parte (abusividad) por el todo (nulidad)⁴. Me parece evidente que la redacción del art. 4.2 de la Directiva 13/1993 no puede comportar una equiparación entre falta de transparencia y abusividad, sino que simplemente se limita a dar entrada a la posibilidad de realizar un control de abusividad (no necesariamente condenatorio) de tales cláusulas⁵. Ello es incluso así en aquellos Ordenamientos, como el § 307 (1) del Código Civil alemán, del cual proviene, y se toma en España miméticamente, muchas veces sin decirlo, todo el discurso sobre la transparencia cualificada como posible (no como actual) abusividad en sentido material (“*kann sich auch*”)⁶. Y si el art. 4.2 de la Directiva no vincula ninguna consecuencia jurídica al control negativo de transparencia, menos lo hace el art. 5, para el cual la falta de “comprensibilidad” de la cláusula en cuestión es una contingencia interpretativa a solucionar mediante la aplicación de la regla de

² “La falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas” (STS 241/2013, § 250); el control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como la jurídica (STS 241/2013, § 210). En contra, STS 138/2015 (la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor), pero en el mismo contexto esta consideración es contradicha, cuando decididamente ubica el control de transparencia en un contexto de déficit informativo del consumidor (*representación fiel, posibilidad de comparar*).

³ Cfr. para más detalles sobre la jurisprudencia española y comunitaria, CÁMARA, “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, AAMN, LV, 2015, págs. 561, 563, 601, 603.

⁴ Repárese en el Informe de Seguimiento de cinco años después de la Directiva 13/1993, por parte de la Comisión Europea: *La violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto suprimirse*, pero a continuación añade en una nota al pie: *sin embargo la jurisprudencia (nacional de algunos estados) ya ha considerado que la falta de claridad de una cláusula contractual podría ser declarada ilícita*.

⁵ Me remito en este punto a CÁMARA, *ob. cit.*, págs. 564, 568 y “Doce Tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, INDRET 1/2017, pag. 9.

⁶ ULMER / BRADNER / HENSEN, *BGB Allgemeine Geschäftsbedingungen Kommentar*, 11 edic. 2011, § 307, nn. 330, 331.

interpretación *contra proferentem*.

11. En nuestra opinión⁷, y superada la violencia de la solución del § 307 (1) del Código alemán, que en ningún caso deberíamos copiar⁸, la única solución lógica es conducir el control de transparencia cualificada al ordinario control de inclusión de los arts. 5 y 7 LCGC y del art. 80 del TR LGDCU: que la cláusula deba ser clara y comprensible es un atributo necesario que se resuelve mucho más ordenada y fácilmente mediante una interpretación *no meramente gramatical* de las exigencias de estos tres preceptos (*inconcretas, ilegibles, ambiguas, oscuras, incomprensibles, complicadas, accesibles*) elevando el rango de las exigencias de inclusión al nivel de comprensibilidad *real* que se estime oportuno⁹. Todo esto tiene quizá menos sentido en la Directiva, que carecía de un nicho normativo específico para el control de inclusión, y sólo individualizó la condición de abusividad material, por lo que se puede comprender la necesidad de reconducir el problema al nicho material mediante una violencia de los términos en que han de entenderse la abusividad y la propia no transparencia.

12. Creemos que si lo anterior es cierto en el orden clasificatorio, deriva ello de una razón más profunda que la de la simple sistemática de los nichos de nulidad en los distintos Ordenamientos. Y es que el control de transparencia cualificada no contiene ningún test de validez sustancial ("desequilibrio", etc) sino una *exigencia* de que se produzca *un flujo de información cualificada* desde el predisponente al consumidor. "Fundamentalmente, se trata de cláusulas propicias a llevar a engaño o a error al adherente"¹⁰.

13. Los ejemplos son muy abundantes, especialmente cuando se prescinde del dogmatismo de la abusividad. La STJUE KÁSLER de 30 abril 2014 lo deja meridianamente claro en su fundamento 70¹¹. La STS 610/2014, de 3 de noviembre

⁷ También, insistentemente, CÁMARA, "Transparencias", cit., pags 563, 604, 606 ("A mi juicio, la solución más correcta técnicamente es la primera (no incorporación), la solución de nuestro TS hasta la fecha es la abusividad directa – acaso iniciando levemente el viraje hacia la tercera desde la STS 24 marzo 2015- y probablemente la solución del TJUE acabe siendo la tercera (evaluación plena y circunstanciada de la abusividad"). Antes de la eclosión del "control de transparencia; también BERCOVIT y GONZÁLEZ PACANOWSKA, en los comentarios respectivos a la disp. adicional 1.3 y al art. 10 bis 1 LGDCU (BERCOVITZ) y art. 7 (GONZÁLEZ) en R. BERCOVITZ (dir.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, 1999.

⁸ Contra la propuesta de PERTIÑEZ, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", INDRET 3/2013, ahora también en *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, 2017, pags. 85 y sgts.

⁹ Muy acertadamente, SAP Alicante, secc. 8ª 12 junio 2014, AC 2014/1136: *la cláusula arriba transcrita no supera el control de transparencia porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes*. Y de la misma sala, sentencia de 11 septiembre 204, AC 2014/272645 (*control de inclusión, particularmente referido al criterio de la transparencia*). También en la SAP Madrid, secc. 21ª, 21 julio 2015, AC 2015/1454, que, a pesar de la terminología inicial formularia, acaba realizando un control (condenatorio) de transparencia que se asimila – y era cierto en el caso- a un puro control de oscuridad intrínseca y sistemática de la cláusula. También la SAP Sevilla, secc. 5ª, 29 diciembre 2016, AC 2016/2114 y el JPI Hospitalet de Llobregat de 3 febrero 2017, JUR 2017/34449.

¹⁰ ULMER / BRADNER / HENSEN, *Kommentar*, lugar cit. n. 342.

¹¹ *Acerca de este artículo 5 el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración del contrato de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencia de dicha celebración...Por tanto la exigencia de transparencia no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical*. En la STJUE de 26 de junio 2012 (*Invitel*) se nos dice que *el consumidor debe contar con la oportunidad real de tener*

ha dicho también que “*Esta Sala [SSTS 406/2012, de 18 de junio; 221/2013, de 11 de abril; 241/2013, de 9 de mayo; 86/2014, de 26 mayo] ha profundizado en el significado jurídico del control de transparencia como un plus de obligación que tiene el contratante predisponente en orden a que la cláusula considerada no sólo sea clara e inteligible gramaticalmente para el contratante consumidor, sino que también resulte transparente tanto en la comprensión de la carga económica (...), como de la comprensión clara y sencilla de la carga jurídica del contrato*”. Las ocasiones en que se remarca la relación entre información exigible y control de transparencia son muy abundantes en la resolución fundamental al respecto (STS 241/2013, §§ 210, 217, 218, 219, 225, 250, 258)¹². Aunque la STS 138/2015 afirma rotundamente que *la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial*, de hecho describe la esencia del deber de transparencia como un deber de proporcionar un flujo informativo que permita una *representación fiel del impacto económico que supondrá el préstamo con cláusula suelo*. Esta cualidad debe referirse al grado de conocimiento real, y no a un grado de comprensibilidad abstracta, contra lo que afirma la SJMER 1 de Palma de Mallorca de 17 de marzo de 2015 (JUR 2015/285992), como se revela en el hecho evidente de que hay resoluciones judiciales que en virtud de las circunstancias del caso admiten que la cláusula suelo en cuestión ha superado el control de transparencia¹³. En su aplicación práctica, destacan muchas resoluciones de Audiencia que vinculan transparencia e información exigible, como por ejemplo la SAP Alicante, secc. 8ª 12 junio 2014, AC 2014/1136, la SAP Madrid, secc. 21ª, 21 julio 2015, AC 2015/1454 o la SAP Sevilla, secc. 5ª, 29 diciembre 2016, AC 2016/2114¹⁴.

14. Si la patología contractual es del tipo *informativa que afecta a la prestación cabal del consentimiento*, se trata entonces de una patología perteneciente a la clase de la *anulabilidad* o, mejor, de *nulidad relativa*, es decir, de la clase de ineficacias que se caracterizan porque (1) sólo están en juego intereses privados (es decir, no hay patologías por razón de un contenido prohibido), (2) funcionalmente no se pone la sanción del Derecho a la tutela del orden público, (3) el déficit contractual pertenece a la prestación del consentimiento, bien porque no ha sido aquél correctamente formado bien porque no ha prestado su concurso todos los que debían hacerlo, que son las hipótesis del art. 1301 Código Civil y (4) el legitimado puede confirmar el contrato. Tal es así que *si las cláusulas que constituyen el corazón del contrato fueran todas faltas de transparencia*, el contrato se anularía *en su conjunto* por error-vicio del consentimiento. Por lo demás, no se diga que no es imaginable una *nulidad relativa parcial*, cuando el perfectamente imaginable (es aún lo más posible) una nulidad parcial por “abusividad” (art. 83 TR LGDCU).

conocimiento de todas las cláusulas y de sus consecuencias. En la STJUE de 21 de marzo 2013 (RWE Vertrieb), que la falta de información precontractual *no puede ser compensada en principio por el mero hecho de que los consumidores serán informados durante la ejecución del contrato*.

¹² “Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de (...) y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato” / “posibilidad de comparar entre ofertas” / “hacerse una representación fiel del impacto económico”.

¹³ Remito a las varias – y son sólo la mitad de las que hay- que cita PERTIÑEZ, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, pags. 157 sgts.

¹⁴ El propio ministro de Economía, presentando la futura reforma legal del régimen hipotecario, declara que “*lo que vamos a hacer es incrementar la transparencia para que el deudor hipotecario tenga conocimiento formal y de fondo de lo que contiene el contrato de hipoteca*”.

Abusividad y falta de transparencia

15. Nunca se ha explicitado a qué categoría de nulidad-ineficacia pertenece la abusividad por razón de contenido a que se refieren los arts. 82 y 83 TR LGDCU. Podría proponerse, por alternancia con la contingencia de falta de transparencia, que se trata de un supuesto de nulidad absoluta. En rigor, es un problema que no nos concierne en este asunto, y cualquier opinión que se vierta sobre este extremo es compatible con el curso de argumentación que estamos siguiendo. Con todo, *aunque no lo necesitamos para nuestros fines*, vamos a sostener *también* que estas nulidades por abusividad son hipótesis de nulidades relativas, porque en apartados posteriores, cuando ingresemos en el tratamiento de la anulabilidad, vamos a justificar que se dan en el presente caso también las razones para negar que se trate de una patología de orden público: se tutelan intereses privados, la legitimación para actuar es restringida y *debe existir un plazo de prescripción* (más adelante explicaremos el sentido de esta expresión). Con todo, existe una diferencia entre abusividad y falta de transparencia, y esta diferencia se aprecia *en los casos límites*. Conforme al art. 83 TRLGDCU, si la abusividad afecta a las cláusulas o cláusula que constituye el corazón del contrato, el contrato “no podrá subsistir”; este contrato resulta entonces *inexistente*.

La concepción funcional de las nulidades

16. En una *concepción funcional de las nulidades* proponemos que toda nulidad producida en el contexto de condiciones generales y cláusulas no negociadas, y *por supuesto la que procede de un reproche de falta de transparencia*, son hipótesis de “anulabilidad”. Llamamos concepción funcional de las nulidades a una división del género de la ineficacia originaria como la que espléndidamente se expone hoy en el art. 1179 del Código Civil francés reformado por la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero 2016: *la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado*. Esta concepción es la que se defiende en España por los autores que más conspicuamente y más recientemente han reflexionado sobre la teoría de las nulidades en España.

17. Antes de detallar este asunto quiero destacar la *enorme evolución* positiva que se ha producido en España en materia de nulidades, desde que en 1997 PASQUAU escribe su obra *Nulidad y anulabilidad del contrato* y que ha convertido en trasnochados todos los lugares comunes que sobre la materia se escribían y escriben en libros de texto. Aunque su punto de partida no es el mismo que el que aquí mantendremos, sustancialmente compartimos una concepción crítica con la doctrina clásica del binomio nulidad-anulabilidad. Para PASQUAU la *nulidad es el predicado común, la sanción a toda suerte de ineficacia original*. Posteriormente, en la mejor obra que existe en la literatura española sobre nulidades contractuales (*Las nulidades de los contratos*, 2005), los profesores DELGADO y PARRA defendieron lo que hoy me parece que constituye el doble pilar fundamental de la teoría de las nulidades. Primero, que los contratos anulables (nulidades relativas) no se distinguen de los “radicalmente nulos” por el hecho de que aquéllos sean eficaces en inicio, pues

también serían nulos en inicio¹⁵. Segundo, es preciso distinguir entre la “declaración de nulidad” (que incluso puede no requerir acción), que es imprescriptible y común para toda suerte de nulidades y la “pretensión de restitución”, que en los contratos afectos por los vicios del art. 1301 está sujeta al plazo de prescripción de cuatro años¹⁶. De esta forma, “El art. 1301 señala un plazo para el ejercicio de la acción de nulidad. La doctrina es hoy acorde en considerar que este plazo de cuatro años es propio únicamente de la acción de anulación, de modo que no se aplica a la nulidad de pleno derecho. En nuestra opinión, lo que sucede más exactamente es que el art. 1301 se refiere tan sólo a la acción de restitución procedente por ser anulable el contrato (...) dejando imprejuzgadas todas las demás cuestiones (entre ellas si hay plazo o no para hacer valer la nulidad absoluta). Nosotros creemos que el ejercicio de las acciones declarativas no está sujeto a limitaciones temporales, pero requiere un interés *actual* en el actor. Mientras que la acción de restitución tiene señalado plazo y su ejercicio sólo es posible para quien, siendo parte en el contrato, ha realizado alguna prestación en razón del mismo”¹⁷.

18. En mi opinión es preciso incluso dar un paso adelante. Como he expuesto en otro lugar¹⁸, nuestro Código no distingue entre nulidad y anulabilidad, y cuando provee un régimen jurídico restitutorio, como el de los arts. 1303, 1305, 1306, 1307 y 1308, no se está representando que pueda existir un régimen diverso para otra suerte de nulidades. Partamos de una consideración funcional de las nulidades. Voy a conservar, por razones de tradición expresiva, la terminología de anulabilidad para los casos recogidos en el art. 1301 CC. Voy a considerar que la anulabilidad del CC se caracteriza por ser un régimen de ineficacia por razones de protección de intereses individuales. Postulo que no existe un régimen común propio ni una clase cerrada de estas nulidades estructurales, y que existen diferencias esenciales de régimen jurídico entre las nulidades por razón de contenido (orden público, causa ilícita) y, por ejemplo, la simulación. Sostengo que el régimen específico de la acción de nulidad que se contiene en el capítulo legal de la anulabilidad es un régimen expansivo, y su aplicación fuera del régimen específico del art. 1301 CC habrá de determinarse caso por caso, teniendo en consideración la naturaleza pública o privada de los intereses considerados en cada caso por la norma relevante y la relación fundamental entre la legitimación de quien actúa y la razón que hace nulo el contrato cuya ineficacia se pretende¹⁹. Finalmente, considero que todas las categorías están disponibles para el legislador, que puede extender a casos nuevos un régimen de ineficacia que es estructuralmente diverso del supuesto al que el viejo régimen se aplica. Sólo así se explica que el legislador haya podido extender el régimen “clásico” de la anulabilidad del art. 1301 (que es una nulidad que se constituye en protección del consentimiento negocial de la parte contratante) a la anulación del contrato por defecto de forma en el art. 100 TR LGDCU²⁰ -pero no en el resto de casos de

¹⁵ *Las nulidades*, pag. 54.

¹⁶ *Las nulidades*, págs. 65-66, 95, 111.

¹⁷ *Las nulidades*, pag. 67.

¹⁸ *Derecho de contratos*, pag. 651-652.

¹⁹ Así, para la venta de acciones sociales con infracción de restricciones dispositivas estatutarias, STS 16 febrero 1996, RJ 1256.

²⁰ SSAP Madrid 23 mayo 2000, AC 2001, 356 y (secc. 21) 21 marzo 2007, JUR 2007, 214230; Barcelona (secc. 12) 5 octubre 1998, AC 1998, 1858 y (secc. 16) 15 febrero 2008, AC 2008, 640. La STJCE 17 diciembre 2009, as. C-227/08, ha considerado conforme con la Directiva 85/577 la interpretación propuesta por un juez español de poder apreciar de oficio esta suerte de ineficacia; con todo, la sentencia

incumplimiento de la forma requerida-, o proteger mediante la defensa de anulabilidad al cónyuge del contratante (art. 1322 CC), que no es contratante y, por ende, no puede haber sufrido un vicio del consentimiento como los que se recogen en el art. 1301 CC como especies propias de anulabilidad. La "inhabilitación para administrar patrimonios ajenos" (cfr. art. 172.2.2º LCon) parece una prohibición por razón de contenido, pero en verdad no es más que una norma de protección de los titulares de aquellos patrimonios, ineficacia disponible calificable de anulabilidad, al menos en lo que respecta a la limitación de la legitimación activa. Finalmente, el art. 40.7 LCon -hipótesis especial de anulabilidad- aplica al supuesto considerado (concurrido que realiza actos no permitidos por el régimen de intervención o suspensión de facultades) dos rasgos específicos de la anulabilidad (legitimación restringida a los administradores concursales y posibilidad de confirmar), aunque prescinde de aplicar el plazo de caducidad del art. 1301 CC.

19. La anulabilidad es un régimen de ineficacia negocial que cuenta con el privilegio de haber merecido que el legislador se ocupara de él para establecer un determinado régimen jurídico de la acción de nulidad y de sus consecuencias restitutorias. *Mas este régimen es expansivo, y ha de servir de marco regulatorio analógico para otros supuestos de ineficacia negocial donde concurra identidad de razón. La anulabilidad no es el único caso de patología negocial en la que se tutelan intereses privados disponibles por la parte legitimada. Por eso cabe hablar de una fuerza expansiva del régimen de anulabilidad*²¹.

20. Esta fuerza expansiva se proyecta sobre los siguientes extremos: la legitimación para impugnar, el plazo, las condiciones objetivas de la restitución y la extinción de la acción como consecuencia de la conducta subsiguiente de la parte legitimada. Por eso los arts. 1302 y 1304 CC son incuestionablemente aplicables a los contratos celebrados por *incapaces naturales no incapacitados*, aunque se sostenga -lo que me parece incorrecto- que estos contratos no son anulables, sino enteros y radicalmente nulos²². Dicha fuerza expansiva se justifica con más razón cuando las leyes califican como de anulabilidad casos que son extravagantes a la lógica de la anulabilidad. Así, cuando la forma está exigida por la ley en beneficio de uno solo de los contratantes, habrá que sostener que el régimen adecuado es el de la anulabilidad, generalizando de esta forma la solución que para un caso singular contiene el art. 100 TRLGDCU.

reconoce que existen otras formas de proveer una protección adecuada al consumidor, como es la extensión de los plazos de revocación.

²¹ CARRASCO, *Derecho de contratos*, pag. 667.

²² Cfr. STS 9 febrero 1949, RJ 99 (DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, pag. 64). El análisis de la jurisprudencia reciente sobre esta materia puede seguirse en DELGADO ECHEVERRÍA, CCJC 5 [1984] § 130 y GORDILLO CAÑAS, CCJC 10 [1986] § 272. El punto de vista contrario es ampliamente mantenido. Por ejemplo, STS 19 noviembre 2004, RJ 6910. En rigor, la distinción entre nulidad y anulabilidad no se hace en la sentencia, y tampoco era necesaria para la resolución del caso, que podría haberse resuelto igual si se hubiera calificado la hipótesis de anulabilidad. Y sin duda se hubiera hecho, si hubieran sido los parientes compradores los que hubieran pretendido la declaración de nulidad de la compraventa que celebraron con la hermana incapaz natural. La principal consecuencia de una calificación u otra es la relativa al plazo de ejercicio de la acción, según se considere o no aplicable el art. 1301 CC. Mas como demuestra, por ejemplo, la STS 4 abril 1984, RJ 1926, la distinción se hace irrelevante en la práctica, si el incapaz no recupera su capacidad en vida (cual suele ser el caso). Y si llegara a ser relevante, entonces es preferible indiscutiblemente la limitación de plazo del art. 1301 CC, pues es mucho más razonable entender que confirma el contrato el incapaz que "recupera" (¿?) su lucidez y mantiene vivo por cuatro años un contrato celebrado anteriormente.

El art. 40.7 LCon ha venido a confirmar esta tendencia²³. Incluso en aquellos casos en que la norma se formula como una aparente prohibición de conducta negocial (como en los tres primeros apartados del art. 1459 CC o en el art. 643 CC), en verdad se trata de una regla de protección de intereses privados, por lo que el contrato prohibido podrá ser confirmado, y la legitimación para impugnarlo se delimitará por el art. 1302 CC; en cualquier caso, la eventual ineficacia del negocio no puede fundarse en el art. 6.3 CC, pues la norma que establece el privilegio y la protección de un tercero es precisamente derogable a voluntad de este tercero²⁴, lo que excluye la condición de norma prohibitiva²⁵. Por eso importa mucho considerar si la prohibición de contratar obedece a una razón de interés público o se trata de una regla de protección de sujetos determinados, y decidir por la nulidad radical o la anulabilidad en consecuencia²⁶.

21. En términos de comparación, podemos apelar a la numerosísima jurisprudencia *MIFID* dictada por los tribunales españoles a propósito de la adquisición de instrumentos financieros complejos. Aunque la realización de los *test de conveniencia* y de *idoneidad* tiene sólo una conexión muy lábil con la formación correcta del consentimiento de la parte adherente (realmente el destinatario de la información que fluye de estos test es el predisponente vendedor), el TS ha rechazado que pueda hablarse aquí de una nulidad por razón de contenido-orden público del art. 6.3 Código Civil²⁷ y ha reconducido sistemáticamente las patologías del proceso-MIFID (o pre-MIFID) a la nulidad relativa por error o dolo en el consentimiento²⁸.

Prescripción y consumación del contrato

22. Entiendo, con DELGADO y PARRA, que la declaración de un contrato afectado de anulabilidad es imprescriptible y que la acción de restitución de las aportaciones hechas está afectada por la prescripción de cuatro años del art. 1301 CC.

23. En tanto en cuanto no haya sido confirmado o ratificado, un contrato ineficaz está sujeto a la posibilidad de ejercicio de una acción declarativa perpetua de ineficacia. Basta para ello que el actor ostente un interés legítimo en la declaración²⁹. La

²³ Más difícil de generalizar es el art. 1322 CC. El plazo de cuatro años para impugnar se justifica porque los interesados son cónyuges, cuya relación es o se presume lo bastante intensa como para sospechar que después de este tiempo el consorte del contratante ha consentido. En otras situaciones de comunidad de bienes o de intereses no se puede postular una presunción equivalente.

²⁴ Que autoriza la autocontratación: SSTS 30 septiembre 1968, RJ 5164; 20 diciembre 1995, RJ 9428.

²⁵ En contra, para un supuesto del art. 1459 CC (mandatario), STS 11 junio 1966, RJ 3406 y 7 octubre 1987, RJ 6764; Para un caso del art. 643 CC, STS 29 mayo 1991, RJ 3943. Bien resuelto, en cambio, y reconducido a la anulabilidad, el caso del comprador que solicita nulidad del contrato de compra de participaciones sociales en un conflicto en el que la norma infringida (art. 20.4 LSRL de 1953) estaba dispuesta evidentemente en interés exclusivo de otros sujetos, pero no del vendedor (STS 29 enero 1983, RJ 398 CCJC 1 [1983] § 13, comentario de DELGADO ECHEVERRÍA.

²⁶ Respecto de las donaciones del pródigo, son distintas las consecuencias según el donatario de la donación prohibida sea un tercero o el propio curador: STS 23 diciembre 1997, RJ 8902, CCJC 47 [1998] § 1273, comentario de GORDILLO CAÑAS.

²⁷ SSTS 716/2014, 15 diciembre; 323/2015, 30 junio; 21/2016, 3 febrero; 14/2016, 1 febrero; 380/2016, 3 junio; 12/2017, 13 enero.

²⁸ SSTS 840/2013, 20 enero; 384/2014, 7 julio; 742/2015, 18 diciembre.

²⁹ Ejemplos de pura acción declarativa con interés legítimo del actor: SSTS 28 marzo 1973, RJ 914 y 24 noviembre 1983, RJ 6499.

ineficacia, pues, no tiene que ser “constituida” por la sentencia, ni tampoco tiene que “configurarse” mediante el ejercicio (judicial o extrajudicial) de una declaración de voluntad en este sentido, como sí ocurre, por el contrario, con la resolución por incumplimiento³⁰. De hecho, las partes del contrato pueden *convenir* la extinción de los efectos del contrato de resultas de su nulidad (mutuamente aceptada)³¹. Una acción declarativa de cualquier tipo de ineficacia no está sujeta a plazo de prescripción, en tanto en cuanto la condena se limite a este extremo³². Normalmente será por vía de excepción como se haga valer la pretensión declarativa de ineficacia, que se opone a la pretensión de cumplimiento o resolución o indemnización instada por la contraparte. Mas hay otros supuestos de ejercicio meramente declarativo de la acción de nulidad, cuando ésta sólo cumple la función instrumental de que se declare que el contrato en cuestión es inoponible al actor³³. Sólo en limitados casos, como los expuestos, podrá ostentarse un interés legítimo en la pura declaración. El interés legítimo es normalmente el de quien se opone a la modificación del *status quo* negando que el contrato pueda obligarle.

24. Cuando el contrato ha sido entera o parcialmente cumplido, por una o ambas partes, la pretensión de declaración de ineficacia está subordinada a la pretensión de condena restitutoria. Entonces se han de aplicar los arts. 1301, 1303 y 1307 CC. Si la pretensión restitutoria está sujeta a plazos de prescripción o caducidad, la pretensión declarativa no puede sobrepasarlos. Sólo será ello posible si el que alega la prescripción no ha cumplido (enteramente) todavía, y la acción que se hace valer contra él es una acción por la que se le exige el cumplimiento o por la que se le reprocha el incumplimiento.

25. La acción declarativa no puede gozar de un plazo que le permita producir efectos que ya no podrían obtenerse mediante la acción de restitución. Hay una masa ingente de jurisprudencia que sostiene como por principio que la *acción de nulidad radical es imprescriptible*³⁴, lo que conduciría -de ser congruentes- a proponer absurdamente la imprescriptibilidad de las acciones restitutorias de los contratos nulos plenamente consumados. Pero esa es otra historia. La acción de restitución de los contratos afectados por nulidad relativa en sentido estricto es de cuatro años, en los términos del art. 1301 CC, salvo que la ley establezca un plazo distinto al crear nuevas figuras

³⁰ La sentencia de nulidad o de anulabilidad no puede ser nunca constitutiva, porque la nulidad es un estado de cosas que las partes pueden obtener convencionalmente (por ejemplo, por transacción), sin necesidad de que medie una sentencia que constituya este estado.

³¹ Se ha negado esta evidencia, afirmando que en este caso no habrá declaración de nulidad, sino disenso o transacción, sin efecto retroactivo; lo que probaría que la declaración de nulidad (de anulabilidad) requeriría de una sentencia. No es así. Si las partes *acuerdan* la extinción del contrato por causa de nulidad (o anulabilidad, que es lo mismo en este punto en que su procedencia ha sido reconocida por las partes), y efectivamente la causa de nulidad existía, el contrato será nulo con los mismos efectos retroactivos que hubiera tenido (o no tenido) la sentencia. Y si tal causa no existe, valdrá el acuerdo extintivo, *ex tunc*, como transacción novatoria.

³² STS 22 abril 2005, RJ 3751.

³³ Vgr. el poseedor que opone la nulidad del título del actor a la acción de reivindicación de la que es objeto. O el demandado ejecutante frente al que se ejercita tercería de dominio.

³⁴ Como ilustración, SSTS junio 1986, RJ 3293, CCJC 11 [1986] § 295, comentario de GETE ALONSO; 14 marzo 2000, RJ 1203, CCJC 53 [2000] § 1456, comentario de BENAVENTE MOREDA; 23 octubre 2002, RJ 9481; STS 3 marzo 1995, RJ 1775, CCJC 39 [1995] § 1043 y 7 mayo 1993, RJ 3465, CCJC 32 [1993] § 853, comentarios de ATAZ LÓPEZ; 29 mayo 2008, RJ 4161.

de anulabilidad³⁵. Se trata de un plazo de prescripción, no de caducidad³⁶; si el legislador creara supuestos nuevos de nulidad en leyes sectoriales, sin especificación de plazo, debería aplicarse a ellos el art. 1301 CC.

26. Según el art. 1301 CC, cuando la nulidad provenga de error o dolo, el plazo para la acción restitutoria comienza a correr desde que el contrato fue consumado. No cuenta, pues, como *dies a quo* la fecha en que se celebró el contrato anulable, la fecha de descubrimiento efectivo del error o dolo ni la fecha en que las partes han iniciado el intercambio de prestaciones.

27. ¿Pero cuando se entiende un contrato *consumado*? En este particular hay que distinguir entre la jurisprudencia más antigua y la que actualmente se aplica en contratos de adquisición de instrumentos financieros que dan lugar a una duración contractual sucesiva (derivados, productos estructurados, obligaciones convertibles, etc).

28. El art. 1301 CC delimita de manera terminante el *dies a quo* a partir del cual empieza a correr el plazo de la acción de anulación. En los casos de intimidación y violencia, el plazo empieza a contar desde el día en que cesaron éstas, *después de que (o nunca antes de que) el contrato haya sido consumado*³⁷; si la intimidación ha sido producida por un cónyuge sobre el otro, el cese de la misma ha de retardarse prudencialmente hasta el momento en que la convivencia se rompe, por separación de hecho o de derecho³⁸. En casos de dolo, error o falsedad en la causa el tiempo de prescripción corre desde que el contrato se consumó, *aunque en este momento se mantenga aún el estado de error del contratante*. Mas si el contrato se consuma (se cumple por parte del contratante legitimado para impugnar) una vez que ha desaparecido el error o dolo o ha dejado de ser eficaz la violencia o intimidación, el cumplimiento casi siempre equivaldrá a una confirmación (art. 1311 CC). En algunos contratos, la jurisprudencia ha precisado el tiempo en que se consideran consumados; así, en el caso de una sociedad, cuando se extingue ésta, en el de un contrato de renta vitalicia no hay consumación mientras se está pagando la renta, porque vive el acreedor, y en un préstamo, hasta que haya sido satisfecho por entero³⁹.

29. Según la STS 769/2015, "El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del

³⁵ Como es el caso del plazo de un mes para la hipótesis de anulabilidad considerada en el art. 40.7 LCon.

³⁶ SSTs 27 marzo 1987, RJ 1836; 1 febrero 2002, RJ 1586, 27 marzo 1989, RJ 2201, CCJC 20 [1989] § 522, comentario de DELGADO ECHEVERRÍA; 23 octubre 1989, RJ 6952. La cuestión de la naturaleza del plazo no puede hacerse depender de consideraciones dogmáticas relativas a si la sentencia de anulabilidad es constitutiva o si el ejercicio de la acción es o no un derecho potestativo.

³⁷ Esto no lo dice la norma, pero ha de entenderse como presupuesto, pues no tendría sentido mantener una diferencia tan arbitraria con el término *a quo* del plazo para pedir la nulidad por dolo o error. Para el concepto de "consumación" del contrato, STS 27 marzo 1989, RJ 2201.

³⁸ Cfr. STS 15 enero 2004, RJ 202, CCJC 66 [2004] § 1766, comentario de BAYOD LÓPEZ.

³⁹ STS 11 junio 2003, RJ 5347.

consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes”.

30. Finalmente, la STS 339/2016 de 24 mayo ha sentado una doctrina relativa al plazo del art. 1301, por la que se distingue entre contratos ordinarios -el *dies a quo* sería aquél en el que el actor de nulidad hubiera recibido la prestación “esencial” y aquellos considerados de *comprensión compleja* (la adquisición de instrumentos financieros, señaladamente)- en los que el plazo empezaría a correr desde que el contratante afectado hubiera salido del error o dolo⁴⁰. Respecto a este último punto,

⁴⁰ Según el art. 1301 CC, « [l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años», y este tiempo empezará a correr, « [e]n los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato». De esta regulación se desprende que el plazo de cuatro años no comienza a correr desde la perfección del contrato, que se produce por el mero consentimiento, sino desde un momento no necesariamente posterior, ya que perfección y consumación pueden coincidir en el tiempo, pero sí conceptualmente distinto en cuanto caracterizado por la ejecución del contrato o cumplimiento por las partes de sus obligaciones contractuales. Así, la sentencia del Pleno de esta Sala 769/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 608) , declara terminantemente que «el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la Audiencia) al afirmar que “la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes”».

5.ª) Consistente el problema, pues, en determinar cuándo se produce la consumación del contrato a los efectos de que empiece a correr el plazo de cuatro años, su solución no presenta especiales dificultades en los contratos de ejecución instantánea o simultánea, cuando se recibe íntegramente la prestación de la única parte obligada, si el contrato no generó obligaciones recíprocas o, en el caso de las recíprocas, cuando ambas partes contratantes reciben íntegramente de la otra la prestación correspondiente. En cambio, cuando el contrato sea de tracto sucesivo, e incluso cuando sea de tracto único pero de ejecución diferida en el tiempo, como sucede con el de compraventa con precio aplazado, sí puede presentar dificultades la determinación del momento de su consumación.

6.ª) Estas dificultades se reflejan en la doctrina jurisprudencial de esta Sala que, a su vez, aparece citada en las de las Audiencias Provinciales invocadas en el recurso.

Por un lado, hay sentencias que parecen identificar la consumación del contrato con su agotamiento o completa ejecución de las prestaciones de las partes. Así, la sentencia 145/1897, de 24 de junio (colección legislativa, págs. 723 a 746) declara que « [l] as liquidaciones parciales de un préstamo, como acto de ejecución de contrato a que se refieren, no pueden reputarse actos consumados hasta que se consume el contrato, haciéndose efectiva la obligación del deudor, a menos que contuviera pactos especiales». Y la sentencia 94/1928, de 20 de febrero (colección legislativa, págs. 570 a 583), en relación con un contrato de sociedad por diez años de duración, considera que la consumación no existía «hasta su total extinción», pero no sin distinguir entre perfección, consumación y terminación del contrato para justificar que en el caso examinado coincidían consumación y extinción por ser «varias las compras y los actos a realizar y dependientes algunos de las otras durante el desarrollo del contrato».

Más recientemente la sentencia 569/2003, de 11 de junio (RJ 2003, 5347), sobre un caso de contrato de renta vitalicia, cita las sentencias de 1897 y 1928 y añade la cita de las sentencias 453/1984, de 11 de julio (consumación, en un contrato de compraventa, como equivalente a «realización de todas las obligaciones», con cita a su vez de las sentencias de 1897 y 1928), 261/1989, de 27 de marzo (la consumación se produce «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes »), y 243/1983, de 5 de mayo (en un contrato de compraventa con parte del precio aplazada sería posible

la jurisprudencia reciente es ya abundante en la aplicación del término *a quo* de la anulabilidad cuando se trata de inversiones financieras complejas. Volveré sobre ello.

31. Antes de volver sobre este punto de la consumación y la salida del error en los contratos financieros, es preciso hacer alguna consideración general previa. A diferencia de lo que se hacía en el art. 1184 del Proyecto de Código civil de 1851 y a diferencia de lo que todavía ocurre hoy para los vicios de fuerza absoluta e intimidación, el art. 1301 IV CC ha preferido en materia de error o dolo la seguridad jurídica a la estricta justicia conmutativa: el tiempo de prescripción corre desde la consumación. Tiene que existir forzosamente un tiempo final en el que se excluya la acción de nulidad cuando el contrato esté consumado, aunque no hubieran sido desvelados el error o el engaño. La decisión del legislador codificado es correcta, porque se apoya en una consideración pragmática: resulte difícil saber cuándo ha cesado el engaño o se ha descubierto la verdad velada, lo que obligaría a incurrir en altos costes de transacción para averiguar la verdad, no justificados por las exigencias de justicia, como sí pudieran serlo en casos extremos de ejercicio de la violencia contra uno de los contratantes, que, por demás, es revelada normalmente por hecho externos más aprehensibles que aquellos, puramente internos, en que se funda el error.

32. Observemos que un contrato está consumado, al menos, y esto sin discusiones⁴¹, cuando todas las prestaciones derivadas del contrato están cumplidas. Entonces el contrato está consumado por haber sido terminado. Ello no quiere decir que entre las partes no pueden nacer nuevas pretensiones a propósito del contrato. Sin ir más lejos, no se puede decir que el contrato no está todavía consumado *precisamente* porque queda pendiente la acción de nulidad por error desvelado después de la consumación. La acción de nulidad de esta naturaleza no sería nunca una acción

entender que no se produce mientras no se pague el precio en su totalidad), pero lo hace para descartar que no sea posible el ejercicio de la acción durante la vigencia del contrato.

Por otro lado, hay sentencias aún más recientes que implícitamente no identifican la consumación del contrato con su agotamiento o extinción porque, poniendo el art. 1301 CC en relación con su art. 1969, como también hacía la citada sentencia 569/2003 (RJ 2003, 5347), consideran determinante que se haya podido tener conocimiento del error o el dolo. Así lo hace la ya citada sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 608), pero no sin puntualizar que la doctrina que sienta se refiere a los contratos bancarios o de inversión que presenten una cierta complejidad y en virtud de una interpretación del art. 1301 CC ajustada a la presente realidad social, pues «[e]n la fecha en que el art. 1301_ del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba a los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual».

7.ª) Pues bien, siguiendo la línea marcada por esta doctrina jurisprudencial más reciente, reiterada por ejemplo en las sentencias 376/2015, de 7 de julio (RJ 2015, 4487), 489/2015, de 16 de septiembre (RJ 2015, 5013), y 19/2016, de 3 de febrero (RJ 2016, 213), procede declarar que en los contratos de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad, como es el caso del arrendamiento litigioso, un arrendamiento de cosa, la consumación se produce, a los efectos del cómputo inicial del plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC, cuando quien luego alegue el dolo o el error hubiera recibido de la otra parte su prestación esencial; en el caso del arrendatario, la cesión de la cosa por el arrendador en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde este momento nace su obligación de devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió y es responsable del deterioro o pérdida que tuviera la cosa arrendada, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato.

⁴¹ Cfr. la jurisprudencia citada en SJPI Oviedo 4, 10 febrero 2014, AV 2014/380. Igualmente, SAP Ciudad Real, secc. 1ª, 3 marzo 2016, JUR 2016/88589. Especialmente, SAP Valencia, secc. 9ª, 27 octubre 2014, JUR 2015/73424.

contractual ni habría impedido que el contrato estuviera ya plenamente consumado y cancelado.

33. Como ocurre también en el supuesto de anulabilidad del art. 1301 in fine (falta de consentimiento marital), el tiempo desde los que se cuentan los cuatro años debe fijarse en términos objetivos. Disuelto el matrimonio (que es el *dies a quo*) o consumado el contrato, ya nada importa lo que pueda ocurrir en fechas sucesivas. No hay nada que ayude ya o no a salir del error o del engaño. Después de este tiempo decisivo, fenecida la relación contractual o matrimonial, todo lo que pueda ocurrir ya no es relevante para el contrato. Aunque después de la consumación del contrato todavía sería en teoría posible que se produjera una desvelación del error -que pudiera ser tomada como nuevo *dies a quo* de los cuatro años de prescripción- esta desvelación no produce ningún impacto nuevo en el contrato: revelado o no el error, es preciso elegir un punto de corte en el vector del tiempo.

34. Volvamos ahora a la cuestión de si una vez consumado el contrato, todavía pueden empezar a correr los cuatro años en un momento posterior, si se tratara de un contrato *complejo financiero*, en el sentido que he expuesto anteriormente. En mi opinión, esta opción no es aceptable. Lo contrario ya no sería interpretación de la ley, sino conculcación de ésta. Porque puede todavía discutirse si un contrato todavía no "plenamente" consumado se encuentra "consumado" a efectos del art. 1301 IV si, aunque ya haya existido intercambio de prestaciones, todavía una de las partes no ha salido del error. *Pero ya no puede discutirse que esta desvelación no puede valer como "consumación" cuando el contrato está plenamente concluso y terminado.*

35. La jurisprudencia reciente anteriormente citada confirma este postulado.

En la STS 769/2015, tanto el Juzgado como la AP habían considerado consumado un contrato por su mera perfección, lo que es manifiestamente incorrecto, y aquí se fundó el motivo de casación. La relación contractual se consumó en 2008 y la demanda se interpone en 2009, por tanto, dentro de los términos del art. 1301 IV, aunque acaso para el TS el plazo había empezado a correr antes, una vez conocidos los hechos relevantes por el actor. Según la STS, el día de la consumación (=desvelación del error) es el de la suspensión de las liquidaciones periódicas, la fecha de intervención del FROB u otro hecho similar. En cualquier caso la acción se produjo dentro de plazo.

En la STS 376/2015 se había vendido un bono en el año 2005, emitido por Lehmann Brothers, cuya quiebra se produce en 2008. Una vez más, para la AP el contrato estaba consumado desde el momento de adquisición del bono. Para el TS, en cambio, la "consumación" tiene lugar cuando el inversor averiguó que el bono no estaba emitido por Bankinter, sino por Lehmann, circunstancia que es comunicada por Bankinter justo en 2008.

En la STS 489/2015 se habían comprado unos bonos de Landbanski en enero de 2007. Se trataba de bonos perpetuos, por lo que la relación jurídica estaba llamada a no ser "consumada"- "acabada" nunca. Una vez más la AP considera que el tiempo de inicio de la prescripción es el de perfección del contrato. Pero el inversor sólo tuvo conocimiento del error en octubre de 2008, cuando el banco islandés fue intervenido.

En la STS 102/2016 existían compras sucesivas a Caixa Catalunya de instrumentos complejos (depósitos estructurados, participaciones preferentes, obligaciones subordinadas con y sin plazo de redención). Hay cierta confusión sobre las fechas,

pero parece que las primeras compras tuvieron lugar en 2010. Para el TS no existía extinción de la acción, ni tan siquiera contando desde la fecha de la suscripción de los productos, y no divagó más sobre la materia.

En la STS 435/2016 el contrato es de 2008 y el plazo de redención finalizaba en abril de 2012. El 6 de septiembre de 2012 se interpone la demanda. Es evidente que, teorías al margen, la acción no estaba prescrita.

36. *En consecuencia*, (1) en (casi) todos los casos expuestos se partía de que el órgano judicial recurrido había cometido el error de base de considerar que la consumación tenía lugar con la perfección del contrato; (2) en ninguno de ellos la acción estaba caducada por aplicación estricta del art. 1301 IV; (3) en ninguno de ellos fue relevante la doctrina de la consumación=salida del error.

CONCLUSIÓN. Está prescrita la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de una cláusula suelo cuando han transcurrido cuatro años desde que la relación derivada del préstamo hipotecario haya sido terminada por cualquier causa