

LA INTERPRETACIÓN NORMATIVO-SUBJETIVA DE LOS PLAZOS EN MATERIA DE CONTRATOS FINANCIEROS COMPLEJOS. LÍMITES Y FUNDAMENTOS*

Antonio Legerén-Molina

Profesor Titular de Derecho civil
Universidade da Coruña

TITLE: *The normative-subjective interpretation of time limits in complex financial contracts. Its limits and foundations.*

RESUMEN: La Ley 42/2015, de 5 de octubre, únicamente modificó el plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1964.2 CC. El carácter puntual de tal reforma dejó inalteradas las causas de interrupción de la prescripción y el criterio general objetivo para el inicio del *dies a quo* del artículo 1969 CC.

Posiblemente buscando un criterio de justicia y de manera coherente con la reducción del plazo operado por tal reforma, algunos autores han abogado por aplicar el criterio subjetivo para el inicio del cómputo. Asimismo, el Tribunal Supremo en no pocas resoluciones ha recurrido a una interpretación del *dies a quo* de corte subjetivo en defensa del derecho de acción (cfr. art. 24 CE).

Un examen de la jurisprudencia emanada desde el año 2015 hasta ahora evidencia que un ámbito donde tal modo de actuar ha tenido un importante impacto es en los contratos financieros complejos; de manera especial, con respecto a la caducidad y con relación al error a que se alude en el artículo 1301, 2º CC. El presente trabajo pretende analizar en qué supuestos ha procedido así el Tribunal Supremo y cuál es el alcance de tal interpretación y sus consecuencias, tanto particulares como respecto del régimen general de la prescripción.

ABSTRACT: *Law 42/2015, of October 5th, only modified the limitation period for personal actions of Article 1964.2 CC. The specific nature of such reform left unchanged the causes of interruption of the prescription and the general objective criterion for the beginning of the dies a quo of Article 1969 CC.*

Possibly seeking a criterion of justice and in a manner consistent with the reduction of the period operated by such reform, some authors have advocated applying the subjective criterion for the beginning of the calculation. Likewise, the Supreme Court in many resolutions has resorted to a subjective interpretation of the dies a quo in the defense of the right of action (cf. art. 24 CE).

An examination of the cases-law from 2015 until now shows that an area where such a way of acting has had a significant impact is in complex financial contracts; in a special way, with respect to expiration and in relation to the error referred to in Article 1301, 2º CC. The present work aims to analyze in which cases the Supreme Court has proceeded in this way and what is the scope of such interpretation and its consequences, both specific and with respect to the general statute of limitations.

PALABRAS CLAVE: Prescripción, caducidad, consumación, error, contratos financieros.

KEY WORDS: *Statute of limitations, lapse of time, consummation, error, financial contracts.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PILARES DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. ALGUNAS DIFERENCIAS CON LA CADUCIDAD. 3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CONTRATOS FINANCIEROS COMPLEJOS. 3.1. *Preliminar.* 3.2. *La reinterpretación subjetiva de la «consumación» en contratos complejos.* 3.3. *El momento de «consumación» en los contratos financieros más habituales.* 3.4. *El fundamento de la «reinterpretación»*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+I del MICIN, PID2020-114919GB-I00, denominado «Mecanismos de justicia contractual: causa y buena fe».

subjetiva de la «consumación». 4. EL ALCANCE DE LA REINTERPRETACIÓN SUBJETIVA REALIZADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO. CONSIDERACIONES CRÍTICAS. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN

De los tres elementos, intensamente relacionados, que comúnmente se entiende que conforman cualquier sistema de prescripción extintiva —longitud de los plazos, el criterio objetivo o subjetivo para el cómputo del *dies a quo* y las posibles causas de interrupción—, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solo ha actuado, y de manera significativa, sobre el primero de ellos, dejando el resto invariados, alterando, en consecuencia, la coherencia interna del sistema. Es, por tanto, una reforma incompleta, para la que, además, no se ha aportado suficiente justificación: el Preámbulo de dicha Ley indica que tal modificación es «una *primera actualización* del régimen de la prescripción que contiene el Código civil, cuestión de una gran importancia en la vida jurídica y económica de los ciudadanos» (cursiva añadida). Tras ello se afirma que con tal cambio «se obtiene un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo»¹.

Así las cosas, ¿cómo se ha aplicado el nuevo plazo introducido por la Ley 42/2015? ¿ha suscitado controversias? ¿ha habido alguna reacción en la jurisprudencia? Como se verá, en estos años se ha producido una variación del criterio jurisprudencial en la inteligencia del plazo aplicable al error, que, de manera acusada, se ha manifestado con ocasión de los contratos financieros (apartado III). Para poder calibrar la importancia de tal variación —su carácter global o particular y la conexión con la modificación de 2015— resulta preciso exponer con carácter previo y de manera breve la situación actual de los mencionados pilares del sistema de prescripción extintiva, así como las diferencias entre tal instituto y la caducidad (apartado II). Por el camino indicado, el presente trabajo culmina con unas consideraciones críticas en relación con los preceptos afectados (apartado IV).

¹ En el Preámbulo de la ley se señala también que para la modificación operada se partió de «los trabajos de la Comisión General de Codificación». Ahora bien, en tales trabajos se proponía una reforma coordinada de varios de los pilares mencionados manteniendo la coherencia del sistema. La Ley no asumió *in totum* tal propuesta, como hubiera sido deseable, sino solo uno de sus elementos, con la consecuencia apuntada (cfr. CAÑIZARES LASO, Ana, «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 4, octubre-diciembre, 2018, p. 90). Al margen de los tres elementos interrelacionados a que se ha aludido, existen otras cuestiones que afectan a la prescripción extintiva de notable importancia cuyo examen excede del propósito de este trabajo. Sobre ellas y su necesidad de actualización legislativa, vid. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», en VVAA, *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 29.

2. LOS PILARES DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. ALGUNAS DIFERENCIAS CON LA CADUCIDAD

La modificación operada por la ley de 2015 en materia de prescripción consistió, en palabras de la misma norma, en que se «acorta el plazo general de las acciones personales del artículo 1964, estableciendo un plazo general de cinco años». En cambio, dicha regulación: (i) si bien modificó los lapsos de tiempo relativos a las acciones de responsabilidad contractual no hizo lo mismo respecto de la responsabilidad extracontractual, como, sin embargo, proponía la Comisión General de Codificación en el informe en que dijo basarse la Ley 42/2015 para tal reforma; (ii) no adaptó las causas de interrupción de la prescripción; y, en lo que ahora importa, (iii) tampoco alteró el criterio general objetivo sobre el *dies a quo*. A consecuencia de ello, el Código civil sigue teniendo variedad de plazos de prescripción, amplias causas de interrupción y mantiene un criterio objetivo para el inicio del cómputo del plazo. En efecto, en el Código civil cabe encontrar diversidad de plazos que van desde un año hasta los 30 (cfr. arts. 1963, párr. 1º y 1968, 2º CC), lo que, antes que una ventaja, constituye una dificultad y diverge de las tendencias *unificadoras* que se aprecian en Derecho comparado².

Asimismo, la reforma no afectó a las causas de interrupción de la prescripción de modo que, además de las señaladas en el artículo 1973 CC, producen efecto interruptivo, entre otras: una demanda interpuesta ante un juez incompetente salvo que tal incompetencia fuese patente y manifiesta (cfr. STS de 20 de octubre de 2016), una petición de conciliación (cfr. STS de 5 de febrero de 2018), la alegación de excepciones y oposición en la contestación a la demanda (cfr. STS de 14 de febrero de 2022), o, en fin, y aunque más discutible, la solicitud de diligencias preliminares (cfr. STS de 12 de

² Tal modo de operar se aparta de lo que cabría considerar como tendencia actual a unificar plazos prescriptivos existente en el ámbito internacional (*ad ex.* la reforma del BGB operada en Alemania en 2002). Similar tendencia se aprecia en los textos de *soft law*: *ad ex.*, los *Principles of European Contract Law* (en adelante, *PECL*), el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, *DCFR*), así como los Principios UNIDROIT (vid. un análisis de aquellos y estos en MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, pp. 31 y ss). Por lo que hace a los plazos de prescripción en materia de responsabilidad contractual y extracontractual —cuestión tradicionalmente controvertida—, tanto los *PECL* (14:203) como el *DCFR* (III-7:203) los unifican. Defendiendo tal modo de proceder, vid. CAÑIZARES LASO, «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *cit.*, pp. 100, 102 y 132. Admitiendo la bondad de tal criterio —pero no *de lege data* y por vía interpretativa sino *de lege ferenda*— siempre que cada tipo de responsabilidad se interprete y aplique de acuerdo con su peculiar estructura, características y finalidades vid. PEÑA LÓPEZ, Fernando, «El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de *soft law* y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación», *InDret* 4/2011, octubre, 2011, pp. 18 y 22.

noviembre de 2007)³. A este respecto, el Tribunal Supremo ha defendido que tales diligencias —p. ej. para obtener documentación— son actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción. Si tras ellas se interpone la demanda, constituyen su «inicio»; o dicho con otras palabras: se integran en el ejercicio de la acción a efectos de determinar si se ha interpuesto en plazo⁴.

Finalmente, la reforma tampoco modificó el criterio general de carácter objetivo sobre el *dies a quo*. A salvo las excepciones contempladas específicamente por el Código civil, mayoritariamente se entiende que sigue vigente el criterio de la «*actio nata*» (*actio nondum natae non praescribitur*) recogido por el artículo 1969 CC: «*el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*»⁵. O, en otros términos: el inicio del cómputo depende de un elemento objetivo —la posibilidad de ejercicio de la pretensión— con independencia de cuales fueren las circunstancias subjetivas del sujeto. Criterio reafirmado de manera explícita por numerosas sentencias del Tribunal Supremo⁶. De entre ellas, y a modo de ejemplo, ya la STS de 25 de noviembre de 1895 indicaba que «teniendo por principal objeto la prescripción de las acciones castigar la negligencia del que no las ejercita en tiempo hábil, empieza ésta a correr desde que está expedito, con arreglo a la obligación de que emana, el derecho de ejercitarla». Más recientemente, y sin incidir en la dimensión «sancionatoria» de la

³ También interrumpen la prescripción la solicitud de justicia gratuita (cfr. STS de 5 de febrero de 2018) o la interposición de una demanda que luego se retira —siempre que el deudor haya sido emplazado, conociendo, entonces, su contenido— (STS de 3 de julio de 2018).

⁴ Siendo ello así, ha de tenerse en cuenta también que la indicada causa de interrupción —propia de la prescripción— ha sido aplicada por el Tribunal Supremo de manera analógica a la «caducidad» (cfr. la STS de 5 de abril de 2005, la STS de 12 de enero de 2015, la STS de 27 de febrero de 2017 y la STS de 4 de abril de 2019). En la primera de ellas se alude a que «la cesación del iter de [la] caducidad [se] obró con la presentación de las diligencias preliminares del juicio». En línea con el reconocimiento de efectos interruptivos a la solicitud de diligencias preliminares vid. ARSUAGA CORTÁZAR, José, «Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud», en VVAA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil* —dir. MARÍN CASTÁN—, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1277. En contra —posición con la que me alinee— AGÜERO ORTIZ, Alicia «Ahora toca a los *unit-linked*. ¿Un nuevo *tour de force* del TS para impedir el sano resultado de que los inversores asuman sus pérdidas?», *Centro de Estudios de Consumo*, 2015, p. 7. Dicha autora considera que el Tribunal realiza «una interpretación *ad hoc* de las diligencias preliminares por la que (i) se produce el efecto de interrumpir el plazo de caducidad, por definición ininterrumpible; y (ii) se concede a estas diligencias una facultad no reconocida en Derecho de iniciar el proceso, aun cuando su naturaleza es extraprocesal».

⁵ Defendiendo una interpretación objetiva del artículo 1969 CC, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Comentario al artículo 1969 del Código civil», en VVAA, *Comentarios al Código Civil* —dir. DOMÍNGUEZ LUELMO— Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2134 y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario al artículo 1969 del Código civil», en VVAA, *Código Civil Comentado*, vol. IV, 2ª ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 1580.

⁶ Entre muchas otras, vid. la STS de 1 de junio de 1900, la STS de 8 de mayo de 1903 o la STS de 12 de febrero de 1970.

prescripción, la STS de 22 de marzo de 1971 afirmaba que el artículo 1969 CC se refiere «de manera notoria a la *posibilidad legal de hacerlo*, por lo que sólo deben ser tenidas en cuenta las condiciones o circunstancias personales del titular del derecho cuando la ley así lo determine o prefije como excepción» (cursiva añadida). Por tanto, «la posibilidad de ejercicio de las acciones ha de valorarse objetivamente con exclusión de las imposibilidades subjetivas» (STS de 19 de julio de 2001)⁷. A lo que se ha de atender es, por tanto, a que se cumplan los requisitos legales que permitan interponer la acción de que se trate y, solo cuando el Código lo señale, a las «condiciones o circunstancias personales del titular del derecho» que, además, tienen el carácter de «excepción».

Junto con el criterio general señalado, el Código civil contiene un amplio elenco de disposiciones *particulares*. Algunas constituyen una excepción total o parcial al criterio del artículo 1969 CC al fijar un momento específico y diverso a tener en cuenta. Y ello aun cuando acojan un criterio objetivo; esto es, determinable sin tomar en consideración las personales circunstancias en que se pueda hallar el acreedor⁸. Así ocurre, entre otros, con el artículo 1967, párr. 2º CC cuando fija el momento de inicio del cómputo el en que «*dejaron de prestarse los respectivos servicios*» —y no desde que se pudo reclamar la debida remuneración—⁹; en el artículo 1970, párr. 1º CC que repara en el instante del «*último pago de la renta o del interés*»; o en el artículo 1972, párr. 1º CC que atiende al día «*en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas [cuentas]*». Todos siguen un criterio objetivo, pero especifican el momento de inicio del transcurso del plazo de manera distinta a cómo efectúa el artículo 1969 CC¹⁰.

⁷ En el mismo sentido, vid. entre otras: la STS de 24 de septiembre de 1965, la STS de 31 de octubre de 1968, la STS de 19 de noviembre de 1973 o la STS de 26 de octubre de 1979. Y aludiendo expresamente a la «*actio nata*»: la STS de 21 de marzo de 2005, la STS de 15 de julio de 2005 o la STS de 21 de julio de 2006.

⁸ Obviamente, si el criterio objetivo da mayor seguridad, el subjetivo aporta el atender a las circunstancias del sujeto. Vid. ventajas e inconvenientes de ambos en MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, pp. 121 y ss. Dicho autor es firme partidario del criterio subjetivo, pero configurando la falta de conocimiento como causa de suspensión y no como retraso del cómputo (*idem*, pp. 122-124). Finalmente, reconociendo la existencia de un sistema objetivo y uno subjetivo respecto del *dies a quo* vid. la STS de 24 de septiembre de 1965 o, más recientemente, la STS de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3538).

⁹ La jurisprudencia indica que desde que se dejaron de prestar *todos* los servicios, no cada uno de ellos (cfr. STS de 12 de febrero de 2016).

¹⁰ Un supuesto particular lo constituye el artículo 1301, 3º, 4º y 5º CC cuando atiende al «fin» de la «*patria potestad o la tutela*», «*la celebración del contrato*» [por personas con discapacidad] o «*la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio*». El último supuesto transcrito contempla una excepción que da cauce al criterio subjetivo: «*si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato*».

Además de ellos, existen otros preceptos donde el Código civil no altera el criterio general del artículo 1969 CC, pero fija de manera particular cuándo ha de entenderse que comienza el plazo. Es decir, ofrece una inteligencia particular sobre el momento en que en determinadas situaciones existe la posibilidad legal de ejercicio de la pretensión. Así ocurre con el artículo 1962 CC que atiende a la «*pérdida de la posesión*» o el artículo 1971 CC que alude a la firmeza de la sentencia —*rectius*: su notificación—¹¹. Ninguno de ambos son excepciones a la regla general sino particulares indicaciones del momento de inicio¹².

Finalmente, el Código civil también contiene alguna excepción al criterio objetivo permitida por el mismo artículo 1969 CC: «*cuando no haya disposición especial que otra cosa determine*». Así, el artículo 1968, 2º CC señala como momento de inicio del plazo el día «*desde que lo supo el agraviado*»¹³. Se atiende a la circunstancia subjetiva concurrente —el conocimiento del afectado— y no al criterio objetivo del «*día en que pudieron ejercitarse*» del artículo 1969 CC. Junto con tal disposición legal, la jurisprudencia, quizá sobre la base de que el Código civil en algunos casos toma en consideración las circunstancias de los sujetos (*ad ex.* arts. 1299, párr. 2º, 1301 ó 1322 CC), en ocasiones, y por motivos de equidad, ha admitido que algunas *imposibilidades subjetivas* produzcan el efecto impeditivo del comienzo del plazo prescriptivo. Es decir, a efectos legales ha equiparado tales circunstancias a la imposibilidad objetiva que el artículo 1969 CC requiere para impedir el inicio del cómputo¹⁴. En otras ocasiones, y discrepando de manera clara del criterio objetivo del precepto citado, la jurisprudencia ha acudido expresamente al subjetivo. Ejemplo paradigmático es la STS de 25 de enero de 1962 que introdujo el criterio subjetivo de la valoración de la imposibilidad de ejercicio del derecho¹⁵, la STS de 5 de julio de 2010 en un caso de caducidad o la STS de

¹¹ Respecto de la «notificación» vid. MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, pp. 109 y ss. y las sentencias que ahí se citan.

¹² La jurisprudencia también se ha pronunciado interpretando el momento de inicio respecto de algunos preceptos. Cfr. *ad ex.* la STS de 20 de junio de 1969 sobre el pago en divisas: la posibilidad de exigir tal pago existe desde la fecha de la concesión de tales divisas aun cuando no se haya consumado por medio del abono del contravalor en moneda española.

¹³ Aludiendo, con ocasión del examen de los artículos 14:301 PECL y III-7:301 DCFR, a que en la jurisprudencia española se acude al argumento del aplazamiento del *dies a quo* hasta el conocimiento exacto de las lesiones y daños causados vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret* 3/2009, julio, 2009, p. 13. Y, de manera más específica sobre el conocimiento del alcance y trascendencia de los daños corporales, los continuados, los diferidos y los nuevos vid. MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, pp. 214-223.

¹⁴ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La prescripción extintiva*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2004, pp. 48 y 49.

¹⁵ Tal sentencia aplica el criterio subjetivo a supuestos de «imposibilidad» de ejercicio de un derecho, ya provenga de la Ley, de fuerza mayor o «de la misma convención». Hasta que desaparezca tal situación no

Pleno de 10 de mayo de 2021 referida a una persona con capacidad intelectual reducida¹⁶.

En la resolución de 5 de julio de 2010, el Tribunal Supremo, en relación con el inicio del *dies a quo* de la acción revocatoria por fraude del artículo 1299 CC apunta que: (i) ante el silencio del Código civil se han propuesto dos criterios para el inicio del cómputo: el criterio de la «*actio nata*» y el del conocimiento; (ii) por la frecuente clandestinidad de los comportamientos fraudulentos es posible que de aplicarse el criterio de la «*actio nata*» el plazo haya transcurrido totalmente cuando el acreedor esté en condiciones de acreditar la insolvencia fraudulenta; (iii) la jurisprudencia, «apegada a la necesidad de dar respuestas justas y resolver con criterios realistas los concretos problemas planteados» no ha mantenido un criterio rígido sino flexible y adaptado, de manera que en caso de que el acto fraudulento esté oculto, el cómputo comience desde el conocimiento por parte del acreedor¹⁷; (iv) tal aplicación responde a la diferencia que existe entre que una acción pueda «legalmente ejercitarse» y sea «realmente ejercitable», al criterio de la interpretación teleológica y conforme a la realidad social (art. 3 CC) y a que en el acceso a la jurisdicción opera con toda intensidad el principio «*pro actione*»¹⁸.

comienza el cómputo; de lo contrario «se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la ley o la propia convención».

¹⁶ En la línea «subjetiva» cabe citar también la STS de 15 de marzo de 2016 donde se establece que el «cómputo del plazo de caducidad de la acción de nulidad» comienza con la *notificación del acuerdo* «bajo el designio de evitar la indefensión (...) Dada la trascendente consecuencia fáctico-jurídica del transcurso del plazo preclusivo (la decadencia fatal y automática del derecho ejercitado), ha de realizarse una interpretación tuitiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que en este caso conecta con otro derecho fundamental como es el de asociación (art. 22 CE)». Por tal vía se concluye que «junto a la regla general de cómputo desde la fecha de adopción del acuerdo impugnado, también es doctrina jurisprudencial que, en determinados casos y para evitar la indefensión y no propiciar abusos, el *dies a quo* puede ser el de la notificación del acuerdo disputado. Solución predicable con mayor fundamento cuando se trata de un plazo de caducidad tan breve como el aplicable en este caso». Impidiendo la invocación de la prescripción por quien ha provocado reprochablemente el desconocimiento o la prueba del estado de cosas generador de la pretensión vid. la STS de 11 de febrero de 2016. Finalmente, otra resolución donde se atiende también a las circunstancias personales del sujeto es la STS de 24 de abril de 2000.

¹⁷ La resolución a que se alude recoge el criterio de sentencias anteriores y fija tal «conocimiento» en el momento de «la inscripción en el Registro» pues tal fecha «legalmente publica el acto fraudulento y vincula a la víctima acreedora, salvo que se acredite que la expresada víctima conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnado».

¹⁸ En relación con la distinción apuntada en el texto, la STS de 5 de julio de 2010 menciona la tesis de la insatisfacción y elogia el criterio del artículo 122-5 del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat), seguido por algunas resoluciones del Tribunal Supremo, que cita. De entre ellas destaca la importante sentencia de 16 de febrero de 1993, que, en lugar de tomar en cuenta como *dies a quo* la fecha de la transmisión de los bienes y acogiendo el criterio más favorecedor para la víctima, lo fija en el momento en que pueda «tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y fraudulento que le produce el daño patrimonial». Por último, la STS de 5 de julio de 2010 apunta que «el

Expuestos a grandes rasgos los elementos del panorama legal relativo a la prescripción extintiva que ahora interesan, es preciso aludir también a lo que cabría calificar como «reinterpretación» subjetiva del criterio objetivo del artículo 1969 CC¹⁹. Lo que ocurre cuando el *conocimiento* de la lesión de su derecho por parte del acreedor se considera integrado entre los requisitos legales necesarios exigidos por tal precepto para la interposición de la acción —«desde el día en que pudieron ejercitarse»—²⁰. Dicho de otra manera: a la exigencia de que hayan tenido lugar los hechos que permiten el ejercicio de la acción se añadiría *que sean perceptibles* por el interesado²¹. Esto es, que no sea algo oculto. Ahora bien, la «reinterpretación» a que ahora se alude no pretendería reemplazar el criterio objetivo del artículo 1969 CC por el subjetivo —no se atiende a la particular y concreta circunstancia del acreedor: si conocía o no, si estaba imposibilitado para el ejercicio por concurrir circunstancias personales (enfermedad, pérdida de datos, etc.)— sino que presta atención a la razonable «cognoscibilidad»

rechazo de la acción fundamentado en una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio comporta la vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, por lo que como tiene declarado esta Sala en la sentencia número 197/2003, de 5 de marzo, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional “es exigible que el cómputo se realice de forma que su titular haya podido ejercitarlos sin impedimento derivado de factores ajenos a su voluntad”».

¹⁹ Tal «reinterpretación» no alude a que, por ejemplo, respecto del error en contratos financieros o de servicios de inversión complejos (apartado III), el sujeto deba «conocer que el negocio está consumado» sino a que deba conocer, como se verá, el riesgo patrimonial existente inherente a la operación de modo que no se contrató padeciendo error. Otro modo de concebir tal «reinterpretación» supone considerar que el Tribunal Supremo *añade* un nuevo elemento a los exigidos por el Código civil: el conocimiento del citado riesgo. Así, y siguiendo con el ejemplo del error señalado, junto al de la «consumación» se añadiría un segundo elemento de carácter subjetivo: que conozca; o mejor dicho, que esté en condiciones de conocer. A mi juicio, aunque de ambas perspectivas no se sigan efectos diversos, la primera —esto es, la «reinterpretación» en lugar del «añadido» de un requisito— casa más con un Derecho que no es de corte judicial; motivo por el cual será la utilizada en el texto.

²⁰ RIVERO HERNÁNDEZ (*La suspensión de la prescripción extintiva en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 122 y 123) defiende que el artículo 1969 CC no alude solo a la posibilidad objetiva sino también a la «posibilidad efectiva personal» del sujeto que, en su opinión, precisa del «conocimiento efectivo o, algún caso, cognoscibilidad razonable de tal posibilidad de ejercicio». Tal interpretación subjetiva fue defendida anteriormente por GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo, *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 215 y ss. o por UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código civil*, Granada, Comares, 1997, pp. 96 y ss. y 337 y ss. Con posterioridad vid., por todos, MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, p. 29 —quien afirma que el criterio del artículo 1969 CC es «aparentemente» objetivo— y los autores que éste cita (*idem*, pp. 86 a 89). Criticando la contradicción del criterio subjetivo con los antecedentes históricos del Código civil y con el tenor literal de sus normas vid. DEL OLMO, Pedro, «Nulidad de pleno derecho y prescripción. Cláusulas abusivas, usura y la acción de devolución de cantidades» en *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2021, <https://almacenederecho.org/nulidad-de-pleno-derecho-y-prescripcion>. De todos modos, a su juicio, si la tesis subjetiva «no era muy sensata cuando el plazo general de prescripción era de quince años, (..) tras la reforma [de 2015] puede tener más sentido».

²¹ En palabras de ALBALADEJO GARCÍA (*La prescripción extintiva*, *cit.*, p. 50) se requeriría que «sean perceptibles externamente en el círculo del interesado». Si estuviesen ocultos para el acreedor «habrá ciertamente posibilidad de ejercicio de la acción, entendida tal posibilidad en su sentido más riguroso, pero socialmente más bien se puede decir que hay una burla de ejercicio posible».

sobre el ejercicio de la acción²². Por tanto, no a si conoció el sujeto en cuestión, sino a si se podía razonablemente conocer. Tal modo de proceder trataría de responder a la diferencia existente entre que una acción pueda «ejercitarse legalmente» y que sea «realmente ejercitable». Tal reinterpretación «subjetiva» del criterio objetivo que ahora se menciona ha sido acogida en algunos supuestos por el Tribunal Supremo respecto de varios preceptos, aun cuando, a mi juicio, no por ello se erige en criterio general²³. A modo de ejemplo, en el «cese» y la «consumación» del artículo 1301, 1º y 2º CC, en la «pérdida de posesión» del 1962 CC o en la «exigencia de cumplimiento» del artículo 1966 CC, entre otros.

Estando así las cosas, como se expuso, la reforma de 2015 únicamente modificó el plazo de prescripción de las acciones personales (cfr. art. 1964.2 CC), sin alterar legalmente las causas de interrupción ni el criterio general objetivo del *dies a quo* del artículo 1969 CC que, según se ha visto, admite ciertas reinterpretaciones y es excepcionado en casos particulares por otras normas del Código civil²⁴. Igualmente, el alcance puntual de tal reforma tampoco ha variado el resto del régimen relativo a la prescripción (la brevedad de algunos plazos, las diferencias entre responsabilidad contractual y la extracontractual, la relación entre la reivindicatoria y la usucapión, etc.) ni ha cambiado que la determinación del *dies a quo* sea cometido propio de la sala de

²² Con todo, ALBALADEJO GARCÍA (*La prescripción extintiva*, cit., p. 50) niega que con lo expuesto se esté abriendo paso a una concepción subjetivista de la imposibilidad de ejercicio de la acción; afirmación o consecuencia harto discutible, a mi juicio. Haciendo referencia a la cognoscibilidad y no al conocimiento vid. la STS de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:3538) cuando afirma que “el subjetivo expresamente las contempla [las circunstancias subjetivas concurrentes en la persona del acreedor] en tanto en cuanto exige ponderar el conocimiento o, mejor dicho, la posibilidad razonable de conocer por parte del perjudicado los elementos condicionantes del nacimiento de su crédito resarcitorio (...). Rige, pues, un criterio de conocimiento potencial (cognoscibilidad), según el cual el cómputo de la prescripción comienza cuando el demandante debió adquirir el conocimiento de la identidad de la persona causante del daño, deudora de su reparación o resarcimiento. Ello implica actuar con la diligencia exigible que, en determinados casos, requiere incluso la consulta a un experto, y ponderar, también, la conducta del deudor encaminada a la ocultación de su identidad, en tanto en cuanto conforma un obstáculo que condiciona negativamente el ejercicio de la acción por parte del acreedor”.

²³ Discrepo, por tanto, de MARÍN LÓPEZ («El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», cit., pp. 125, 161 y 178) cuando afirmaba que el Tribunal Supremo había acogido de manera estable el criterio subjetivo y cuando defendía, antes de la reforma de 2015, que mientras no tuviese lugar una modificación de la prescripción —entiendo que en profundidad y no la operada en dicho año— debía «acogerse el criterio subjetivo».

²⁴ En coherencia con el criterio objetivo del artículo 1969 CC, el Código civil no ha acogido la regla «*contra non valentem agere non currit praescriptio*» (cfr. art. 1932 CC). En contra, y efectuando una interpretación diversa de la general, argumentando que el artículo 1932 CC no prejuzga el *dies a quo* del plazo, elemento para el que se ha de atender al artículo 1969 CC, vid., por todos, MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», cit., pp. 74-75 y 112-113. De acuerdo con tal tesis, la prescripción corre frente a todas las personas que «puedan ejercitar su derecho», de acuerdo con el artículo 1969 CC.

instancia, aun cuando su vinculación con la prescripción le dote de una dimensión jurídica que permite su revisión en casación (cfr. STS de 10 de noviembre de 2017).

Similar falta de afectación por la reforma legal de 2015 se advierte en lo que a la caducidad se refiere; figura no regulada en el Código civil aunque admitida desde antiguo por la jurisprudencia como institución diferente de la prescripción (cfr. STS de 30 de abril de 1940). En lo que a este trabajo interesa, tres son las diferencias entre la prescripción y la caducidad que se deben destacar ahora: su fundamento, su ámbito objetivo de aplicación y la posibilidad de interrupción.

Por lo que hace al fundamento, como es conocido, la jurisprudencia sitúa el de la prescripción no en criterios de «estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en ejercicio del propio derecho» (STS de 25 de noviembre de 2016 y STS de 5 de diciembre de 2016). Asimismo, junto con tal fundamento subjetivo también se alude comúnmente a uno objetivo: la «seguridad jurídica», la «estabilidad de las relaciones jurídicas» y consideraciones de «necesidad y utilidad social» (STS de 25 de noviembre de 2016 y STS de 5 de diciembre de 2016)²⁵; en definitiva, en la prescripción el derecho se extingue por su no ejercicio y para evitar inseguridad jurídica (cfr. STS de 15 de marzo de 2016)²⁶. Por su parte, y en términos de la jurisprudencia, la caducidad atiende únicamente al «hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado» (STS de 10 de noviembre de 1994), sin la dimensión subjetiva que se tiene en cuenta en la prescripción²⁷.

²⁵ Como afirma ALBALADEJO GARCÍA (*La prescripción extintiva*, cit., p. 20), la pretendida estabilidad que fundamenta la prescripción no se ajusta a la estricta justicia. Otros posibles fundamentos de tal instituto son: ser una sanción a la negligencia, descuido o ejercicio tardío en el uso de los derechos o la inactividad de éstos. Igualmente, dicho autor no considera acertado fundamentar la prescripción en el abandono presunto del derecho por el titular.

²⁶ Aun cuando el Tribunal Supremo siga haciendo mención a que el fundamento sea «mixto» —incluyendo uno objetivo y uno subjetivo— en algunas resoluciones parecen superadas las tesis que basan la prescripción en la presunción de abandono del derecho por el titular (cfr. MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», cit., p. 127). De corte más objetivista es el Tribunal Constitucional (vid., por todas, la STC 147/1986 de 25 de noviembre) y la doctrina, que considera que el objetivo se corresponde mejor con la actual configuración de la prescripción (vid., por todos, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Comentarios al artículo 1961 del Código civil», en VVAA, *Comentarios al Código civil*, tomo IX —dir. BERCOVITZ—, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13272 y 13273, y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario al artículo 1930 del Código civil», en VVAA, *Código Civil Comentado*, vol. IV, 2ª ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 1451).

²⁷ REGLERO CAMPOS («Comentarios al Capítulo III [“De la prescripción de acciones”] del Código civil» en VVAA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXV, vol. 2 —dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART—, Edersa, 1994, p. 90) cifra el fundamento de la prescripción en «dotar de seguridad a una determinada relación jurídica contra pretensiones tardías» de modo que «el mecanismo de defensa que surge cuando el derecho es lesionado tiene una limitación temporal tan solo cuando se produce el silencio de la relación jurídica». En el caso de la caducidad el fundamento estribaría en «dotar de una

En segundo lugar, las diferencias relativas al ámbito objetivo de aplicación se pueden resumir de la siguiente manera: «prescriben las pretensiones y caducan los derechos potestativos»²⁸. Aun cuando el Código civil señala en el artículo 1930, párr. 2º CC, que se extinguen por prescripción «*los derechos y las acciones de cualquier clase que sean*», lo que en realidad prescribe es el «derecho a exigir el cumplimiento de una obligación»; esto es, la pretensión²⁹. La caducidad, por su parte, y de acuerdo con la doctrina tradicional, afecta únicamente a los derechos potestativos y poderes de configuración jurídica (cfr. STS de 11 de febrero de 2016); esto es, los que confieren al titular un poder de producir efectos jurídicos de acuerdo con su voluntad en la esfera jurídica de otro y sin necesidad del consentimiento de este último³⁰. Por medio de ellos cabe promover un cambio de situación jurídica (cfr. STS de 10 de noviembre de 1994).

Finalmente, en lo que hace a la posibilidad de interrupción, mientras que en la prescripción se permite, no ocurre lo mismo respecto de la caducidad. En el primer caso se «pierde» el derecho inactivo durante el transcurso de los plazos legales a salvo interrupción que reinicie tal período. En el segundo, el derecho nace con un plazo de ejercicio limitado que transcurre de manera inexorable sin que pueda ser interrumpido³¹. Y mientras que el transcurso del plazo en la prescripción solo afecta al ejercicio del derecho y no a su existencia, en la caducidad, que es de índole preclusiva y solo atiende a la falta de ejercicio (cfr. STS de 15 de marzo de 2016), el paso del plazo

configuración (solución definitiva), a un derecho en estado de pendencia, se produzca o no ese silencio de la relación jurídica». Finalmente, en el voto particular de la STS de 10 de octubre 2016 se afirmó también que «la institución de la caducidad sirve primordialmente a la seguridad jurídica, que es también un valor constitucional (art. 9.3 CE)».

²⁸ CAÑIZARES LASO, «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *cit.*, p. 95, y, con anterioridad, CAÑIZARES LASO, Ana, *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001, en especial, las pp. 17-25 y 79-91. Sobre las pretensiones como objeto de prescripción, vid. DE PABLO CONTRERAS, «Comentario al artículo 1930 del Código civil», *cit.*, pp. 1451-1454. En relación con la caducidad, dicho autor indica que hay que entenderla referida a las «acciones, si bien no en el sentido sustantivo de pretensiones, sino en el concepto procesal del término» (DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario al artículo 1961 del Código civil», en *VVAA, Código Civil Comentado*, vol. IV, 2ª ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 1523). En palabras de la STS de 29 de mayo de 1992, la caducidad afecta a casos en que, «en definitiva, se es titular de la acción creadora y no del derecho creado, ya que para que surja éste es condición indispensable que se ponga en ejercicio en el plazo prefijado, pues si transcurre sin que la acción concedida se utilice desaparecen los derechos correspondientes».

²⁹ La Compilación navarra alude a la prescripción de acciones reales y personales (cfr. Leyes 26 y ss). Y el Código civil de Cataluña, con mayor precisión, se refiere a la prescripción de las pretensiones relativas a derechos disponibles (cfr. arts. 121-1 y ss. del Libro I CCCat). Comúnmente se afirma también que solo prescriben las pretensiones patrimoniales sin que sean desglosables además a efectos de prescripción extintiva las diversas facultades incluidas en el derecho. Excepcionalmente, aun siendo patrimoniales, no se extinguen por prescripción las acciones meramente declarativas tendentes a obtener la declaración de nulidad (cfr. ALBALADEJO GARCÍA, *La prescripción extintiva*, *cit.*, p. 24).

³⁰ Cfr. CAÑIZARES LASO, «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *cit.*, p. 96. Los derechos potestativos pueden provenir de la ley o del contrato.

³¹ Entre otros, vid. sobre tal materia, ALBALADEJO GARCÍA, *La prescripción extintiva*, *cit.*, p. 30.

implica la «decadencia fatal y automática» del derecho de que se trate (cfr. SSTs de 10 de noviembre de 1994 y de 15 de marzo de 2016)³².

Expuesta la situación de tres de los *pilares* del sistema de prescripción extintiva, con especial mención de la reinterpretación subjetiva del criterio objetivo, y señaladas también las diferencias entre dicho instituto y la caducidad, a continuación se analizará la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos financieros posterior a la Ley 42/2015, de 5 de octubre, en materia de plazos y su inicio. Con carácter previo, considero conveniente realizar una breve alusión a dos «tendencias» actuales en materia de prescripción extintiva que enmarcarán las siguientes reflexiones.

La primera se puede sintetizar del siguiente modo: de seguirse un criterio objetivo respecto del *dies a quo*, se aviene mejor la fijación de plazos amplios; en cambio, mejor acomodo tienen los plazos breves y un tope preclusivo cuando se sigue un criterio subjetivo. La amplitud del período en el primer caso se justifica, en mi opinión, por el principio de buena fe: se pretende evitar que se impida el ejercicio de la pretensión existiendo desconocimiento por parte del potencial actor. Al comenzar el cómputo de manera objetiva —sin atender a las circunstancias subjetivas del acreedor; p. ej., a su conocimiento o cognoscibilidad— parece lógico establecer un amplio lapso de tiempo para el ejercicio de la acción³³.

En cambio, cuando el criterio que se toma en consideración para el inicio del cómputo es el subjetivo —usualmente el conocimiento o cognoscibilidad por el actor— lo frecuente es establecer plazos más breves para no alargar injustificadamente el tiempo de espera del deudor. Y a la vista también, si de prescripción se trata, de la posibilidad

³² En la caducidad, «el efecto es drásticamente extintivo» (GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, cit., p. 152) y conocido el inicio se conoce el final. La caducidad «es un modo de extinción de un derecho por el mero transcurso del tiempo señalado por la ley; se trata de un derecho que nace con un plazo de vida y que, pasado éste, se extingue; es un derecho de duración limitada» (STS de 12 de junio de 1997). En definitiva, «prescripción y caducidad son términos distintos. La caducidad [...] es un término donde fenece por el transcurso del tiempo señalado para ejercitar una acción... En cambio, la prescripción es la creadora de adquisición y extinción de derechos, y consiguientemente, cualquier requerimiento o acción ejercitada interrumpirá la misma» (STS de 10 de julio de 1999). Así las cosas, en la STS de 5 de julio de 2010 se señala que, aunque algunas resoluciones admitieran que algunas actividades orientadas a posibilitar el ejercicio judicial de la acción pudiesen interrumpir la caducidad, en realidad tal interrupción no existía y tales actividades no eran sino el ejercicio de la acción. Por tal vía, concluye que la caducidad no admite interrupción de ninguna clase, aunque sí suspensión. Sobre esta cuestión, vid. la nota nº 4.

³³ En opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ («La prescripción en los PECL y en el DCFR», cit., p. 12), el sistema objetivo «fijando fechas objetivamente determinables, proporciona certeza a las relaciones jurídicas y permite elegir el plazo más adecuado para cada tipo de pretensión, pero inevitablemente conduce a un incremento de litigios. El sistema subjetivo tiene en cuenta si el acreedor conoce o razonablemente debería conocer la identidad del deudor y los hechos que fundamentan su pretensión».

de interrumpir ese plazo. Comúnmente se suele incluir un plazo preclusivo —un *long-stop*— a fin de que la cuestión no quede abierta de manera indefinida³⁴.

La segunda tendencia, en este caso seguida por la Ley 42/2015, se orienta a acortar los plazos prescriptivos y, a diferencia del caso español, a simplificar también el régimen de tal figura. Inglaterra, Francia, Alemania, Bélgica, entre otros, son un buen ejemplo de ello³⁵. En el mismo sentido han actuado los Principios UNIDROIT (artículo 10.2), los *Principles of European Contract Law* (14:201) o el *Draft Common Frame of Reference* (art. III-7:201 y III-7:202).

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CONTRATOS FINANCIEROS COMPLEJOS

3.1. Preliminar

Según se ha expuesto, la Ley 42/2015 únicamente modificó el plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1964.2 CC. El carácter puntual de tal reforma, aunque afectó al sistema, no ha generado particulares cuestiones de entidad en torno a ella, más allá del régimen transitorio que culminó a los cinco años de vigencia de la norma³⁶. Ahora bien, posiblemente buscando un criterio de justicia y de manera coherente con la reducción del plazo operado por tal reforma, algunos autores han abogado por aplicar de manera general el criterio subjetivo para el inicio del cómputo del plazo. Asimismo, se aprecia que el Tribunal Supremo ha recurrido a una interpretación del *dies a quo* de corte subjetivo en no pocas resoluciones. Es cierto que, al no haber sido modificado en sede legislativa, el criterio legal vigente sigue siendo el de la «*actio nata*» conforme al que el cómputo del plazo comienza cuando se disponga de los elementos fácticos y jurídicos que funden la situación que permita litigar, lo que depende del caso concreto (cfr. STS de 25 de noviembre de 2016, STS de 10 de noviembre de 2017, STS de 24 de junio de 2020 —ECLI:ES:TS:2020:1998— o STS de 21 de julio de 2023 —ECLI:ES:TS:2023:3538—). Pero cierto es también que la inteligencia

³⁴ Como es obvio, tal *long-stop* no está recogido por el Código civil; sí por el Código civil de Cataluña (art. 121-24 CCCat). Optando por el criterio subjetivo vid. los arts. 14:203 y 14:301 PECL y III-7:301 DCFR.

³⁵ Cfr. el repaso sumario que efectúan DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *cit.*, pp. 10-11.

³⁶ En el apartado VI del Preámbulo de la Ley 42/2015 se apuntaba que «la Disposición Transitoria relativa a esta materia permite la aplicación a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de esta Ley, de un régimen también más equilibrado, surtiendo efecto el nuevo plazo de cinco años». Disposición Transitoria que se vio afectada por los Reales Decretos 463/2020 y 537/2020 que suspendieron los plazos de prescripción y caducidad con motivo de los estados de alarma declarados a raíz de la pandemia de la Covid-19.

de la expresión «*el día en que pudieron ejercitarse*» (art. 1969 CC) permitiría su remisión a la «posibilidad [real] de ejercicio»³⁷.

En línea con la última perspectiva citada cabría prestar mayor atención al elemento subjetivo, no sólo respecto de los particulares casos en que así lo dispone el Código civil (*ad ex.* art. 1968, 2º CC), sino para la generalidad de los plazos³⁸. Y la razón en que cabe fundamentar tal modo de proceder conecta con la buena fe que, como ha señalado la jurisprudencia, despliega una función informadora en la prescripción³⁹; lo mismo cabe decir respecto de la caducidad. De acuerdo con tal razonamiento, para evitar que alguien pudiese verse privado de su derecho de acción (cfr. art. 24 CE) resultaría

³⁷ En tal sentido DÍEZ-PICAZO (*La prescripción en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 1964, p. 82 y *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 129 y ss.) ha defendido que «cuando se dice que para que el tiempo de prescripción pueda comenzar a contarse es necesario que la acción haya nacido, lo que quiere decirse en realidad es (...) que el titular del derecho pueda ejercitar la acción y que la situación en que se encuentra colocado exija el ejercicio de la acción para la actuación o para la defensa de su derecho». Al hilo de tal interpretación la doctrina ha construido diversas teorías —de la lesión, de la insatisfacción de la pretensión, etc.—.

³⁸ Respecto del artículo 1968, 2º CC tal era el modo usual de proceder (cfr., recientemente, la STS de 21 de julio de 2023 —ECLI:ES:TS:2023:3538—). Así, el plazo comienza a correr desde que se conoce el daño personal y material sufrido así como la identidad del responsable (cfr. STS de 24 de junio de 2020 —ECLI:ES:TS:2020:1998—), desde que se le entregó el informe de detectives pues antes no pudo tener conocimiento de los hechos (cfr. STS de 6 de octubre de 2015), desde que se consigue el informe técnico de la investigación que permite conocer la causa del siniestro y determinar las responsabilidades (cfr. STS de 10 de noviembre de 2017), o, si son daños continuados o sucesivos, desde el resultado definitivo si no cabe fraccionarlo en etapas (cfr. STS de 28 de enero de 2004). Fuera de tales supuestos, la doctrina ha destacado otros en que la jurisprudencia, de manera excepcional, acude al criterio subjetivo ya desde antes de la reforma de 2015: acciones de resolución en arrendamientos urbanos por obras in consentidas u otras operaciones realizadas sin consentimiento del arrendador, acciones ante actos de competencia desleal, rescisión en fraude de acreedores o ante vulneraciones del derecho al honor, entre otros. Vid., sobre ellos, la jurisprudencia seleccionada por MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, pp. 93 y 94. Dicho autor defiende que tras la fase más «objetiva» en la interpretación del artículo 1969 CC ha existido una segunda de carácter intermedio donde se ha aplicado la «teoría de la realización» que atiende al «conocimiento efectivo» y/o a la «aptitud plena para litigar» (cfr. las SSTS de 25 de enero de 1962, 5 de junio de 2008, 25 de marzo de 2009 ó 4 de abril de 2013). Según dicho autor, en juicio del que se discrepó por lo que se verá en breve en el texto, actualmente la jurisprudencia, tras la STS de 11 de diciembre de 2012 y otras resoluciones dictadas por el mismo ponente (ORDUÑA MORENO) en los años 2012 y 2013, se encuentra en una tercera etapa de corte subjetivo donde se atiende no solo al «conocimiento real» sino también al «potencial» (cfr. MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, pp. 91 y ss. y p. 164; vid. también las notas nº 72 y 81).

³⁹ La STS de 11 de diciembre de 2012 tras fijar el fundamento de la prescripción «no en principios de estricta justicia, sino más bien en la inactividad o abandono en el ejercicio del propio derecho o en el principio de seguridad jurídica, así como en la conveniencia de su interpretación flexible, especialmente respecto de las causas interruptivas de la misma», afirma que «resulta innegable la función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación del mencionado instituto, ya como acción o como excepción solicitada (...)».

factible dar entrada a criterios subjetivos en la inteligencia de la expresión «*el día en que pudieron ejercitarse*» del artículo 1969 CC, que se mantiene invariado.

Señalado lo anterior, un examen de la jurisprudencia del año 2015 hasta ahora evidencia que tal modo de actuar ha tenido lugar sobre todo con respecto a la caducidad; y de manera particular, respecto del error a que se alude en el artículo 1301,2º CC. Los contratos bancarios sobre servicios de inversión o instrumentos financieros es el ámbito donde se han resuelto más casos sobre dicha cuestión⁴⁰. Por ello, a continuación se examinará en qué supuestos ha procedido así el Tribunal Supremo y cuál es el alcance de tal interpretación y sus consecuencias, tanto particulares, como respecto del régimen general.

⁴⁰ Otro de los autores que más claramente se ha pronunciado sobre la oportunidad de aplicar el criterio normativo-subjetivo tras la reforma de 2015 es DEL OLMO, en un interesante estudio sobre cláusulas abusivas («Nulidad de pleno derecho y prescripción. Cláusulas abusivas, usura y la acción de devolución de cantidades», *cit.*). En dicha materia parece consolidada la, en su momento, controvertida línea jurisprudencial que distingue entre la acción de nulidad —imprescriptible— y la de restitución —se le aplica el plazo de prescripción del artículo 1964.2 CC—, nuevamente refrendada por la STJUE de 25 de enero de 2024. Dejando de lado la corriente —actualmente minoritaria— que unifica ambas acciones así como la que establece el inicio de la segunda cuando es declarada la primera —no es sino una versión de tal corriente—, respecto de la inteligencia del *dies a quo* de la acción de restitución caben dos posibilidades: considerar que comienza con el pago de lo que se ha de restituir o atender al momento en que razonablemente se pudo conocer el hecho que fundamenta la pretensión o da lugar a ella. Frente al criterio marcadamente objetivo de la primera opción, la segunda atiende más a las circunstancias subjetivas. DEL OLMO defiende que la última opción parece preferible tras la reforma operada por la Ley 42/2015 con el objetivo de «compensar» la ruptura de la coherencia del sistema por ella originado al modificar de manera aislada solo uno de los tres pilares de la prescripción. A su juicio, tal interpretación normativo-subjetiva resulta más acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el mismo sentido, DURÁN RIVACOBIA, Ramón, «La viabilidad de la prescripción. Acerca del *dies a quo* en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva», *Diario La Ley*, nº 10448, febrero, 2024, II). Sea como fuere, tal modo de cómputo del plazo toma en cuenta la diligencia media del consumidor: no exige que el demandante tenga que saber positivamente; basta con que «pudiera haber sabido». Y en tal «potencial conocimiento» no precisa de un particular dictamen jurídico ni que conste un pronunciamiento firme de la Sala Primera del Tribunal Supremo, aun cuando la existencia de abundantes precedentes judiciales es indudablemente relevante. En relación a esta cuestión se ha pronunciado recientemente el TJUE en sentencia de 25 de enero de 2024 cuando señala que la Directiva 93/13 se opone “a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual (...), la acción restitutoria relativa a tales gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la referida cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de dichos gastos, *sin que se considere pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos*” (cursiva añadida). De todas maneras, coincido con la crítica de DURÁN RIVACOBIA («La viabilidad de la prescripción...», *cit.*, IV) cuando tras afirmar que “el hecho de considerarse por el consumidor abusivo un pago, no lo califica jurídicamente como tal. Para eso se requiere un criterio ajeno y objetivo emanado de las autoridades competentes”, apunta que “una cosa es que un cambio de jurisprudencia no haga correr de suyo el cómputo del plazo de prescripción y otra es que sea del todo inocuo” y que “si bien es cierto que de suyo el cambio de jurisprudencia no comporta el conocimiento por el consumidor, acaso suceda distinto con las campañas publicitarias a que dieron lugar”.

3.2. La reinterpretación subjetiva de la «consumación» en contratos complejos

De entrada, una cuestión tradicionalmente controvertida fue determinar si el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 CC era de prescripción o caducidad. En defensa de ambas opciones cabía encontrar abundantes sentencias del Tribunal Supremo⁴¹. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica zanjó la discusión reformando dicho precepto por medio de la sustitución del anterior «durará cuatro años» por el actual texto, conforme al cual: «*la acción de nulidad caducará a los cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (..) 2º en los de error, o dolo, o falsedad de la causa desde la consumación del contrato*»⁴². Por tanto, opta claramente por la caducidad.

Indicado que el plazo del artículo 1301 CC es de caducidad, a lo que parece, el legislador —quizá con ánimo de promover mayor seguridad jurídica— estableció un criterio único para los supuestos de error, dolo o falsedad de la causa⁴³. Ahora bien, la ausencia de determinación normativa del significado del término «consumación» minimiza tal pretensión.

⁴¹ Entre otras resoluciones que orientaban la cuestión hacia la caducidad vid.: STS de 2 de junio de 1989, STS de 30 de septiembre de 1992, STS de 6 de septiembre de 2006, STS de 18 de junio de 2012, ATS de 1 de julio de 2015 ó STS de 20 de abril de 2016. Optando por la prescripción vid.: STS de 28 de abril de 1931, STS de 25 de abril de 1960, STS de 28 de octubre de 1974, STS de 27 de marzo de 1989, STS de 5 de marzo de 1992, STS de 1 de febrero de 2002 o la STS de 14 de noviembre de 2008. De todos modos, la jurisprudencia más reciente era más partidaria de la caducidad. Vid., por todas, y con anterioridad a la reforma operada por medio de la Ley 8/2021, la STS de 12 de noviembre de 2020. En la doctrina, ya defendían el criterio de la caducidad con anterioridad a la Ley 8/2021, entre otros, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 597, CAÑIZARES LASO, «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *cit.*, p. 97 y la *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Comisión General De Codificación (Sección de Derecho civil, Ministerio de Justicia, 2009) cuyo artículo 1304 establecía expresamente que «la acción de anulación caducará a los dos años». En cambio, a favor de la prescripción, vid. CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, 3ª ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 742-743.

⁴² En particular, la STS de 21 de febrero de 2014 indica que «la acción de nulidad durará cuatro años» es un plazo de caducidad. La STS de 6 de septiembre de 2006 defendió también la caducidad en base a «la propia literalidad del precepto comentado, al ser tal construcción la más acorde desde el punto de vista dogmático con la concepción de la acción de anulación como un derecho potestativo o de configuración jurídica, así como por razones de seguridad jurídica y de tráfico que demanda una clara y pronta definición de la situación jurídica».

⁴³ Como apunta DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, *cit.*, p. 598), quizás por seguridad jurídica, el legislador optó por dar otra solución, fijando el *dies a quo* en el momento de la «consumación» impidiendo así «una fijación arbitraria del momento de arranque del cómputo del plazo» pues el error y el engaño son hechos interiores y difícilmente demostrables. Por otra parte, en la doctrina se ha criticado que se haya establecido «un criterio diferente en cuanto al *dies a quo* según se trate de error o dolo, o de violencia o intimidación» (BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Causas de invalidez del contrato», en VVAA, *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I — coords. VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ—, Atelier, Barcelona, 2012, p. 505).

En la inteligencia de tal expresión, y quizá tomando apoyo en el significado que reconoce la Real Academia de la Lengua —«consumar» es «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico»—, la doctrina comúnmente ha identificado «consumación» con *cumplimiento acabado* de las obligaciones pertenecientes al contrato, ya por ambas partes, ya por una sola⁴⁴. Es decir, con que se haya desarrollado o ejecutado totalmente el contenido del convenio, resultando de él una situación jurídica nueva. En coherencia con tal razonamiento, no son pocas las sentencias que identifican «consumación» con «realización de todas las obligaciones»⁴⁵.

Sin que tal planteamiento esté carente de razón, la interpretación objetiva —y tradicional— que identifica «consumación» con «cumplimiento acabado» de las obligaciones puede dar lugar a una situación donde, habiendo transcurrido tiempo desde que se «consumó» el acuerdo, persista el error sobre el contrato. En tales casos, la certeza jurídica pretendida por el legislador puede conllevar la privación de la posibilidad de accionar si, una vez se sea consciente de dicho error, ha transcurrido el plazo establecido para ello; lo mismo cabría predicar del dolo. La parte que padece ese vicio de consentimiento habría de poner entonces los medios necesarios para salir de tal situación antes del paso del plazo de cuatro años desde la «consumación» establecido —lo habitual es accionar una vez se «reconoce» dicho error; obviamente, no mientras se está sufriendo, pues su padecimiento impide reconocer tal vicio—⁴⁶.

A la vista de ello y de la mayor complejidad que actualmente revisten los contratos —en especial, los financieros o de servicios de inversión— la introducción del criterio normativo-subjetivo por la jurisprudencia se ha llevado a efecto por medio de la reinterpretación de la «consumación» del contrato, aplazando el día inicial del

⁴⁴ Entre muchos otros, vid., Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., p. 598 o CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 743. Por su parte VÁZQUEZ GARCÍA («Contratación de productos bancarios complejos: examen de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, nº 8536, 2015, D-182, p. 1528) incide en que consecuencia de la consumación del contrato es «que se haya configurado definitivamente la situación jurídica que resulte del mismo».

⁴⁵ La STS de 24 de mayo de 2016 cita algunas resoluciones que identifican la consumación del contrato con su agotamiento o completa ejecución de las prestaciones de las partes: STS de 24 de junio de 1897, STS de 20 de febrero de 1928 —«hasta la realización de todas las obligaciones»—, STS de 5 de mayo de 1983, STS de 11 de julio de 1984, STS de 27 de marzo de 1989 y STS de 11 de junio de 2003.

⁴⁶ En efecto, la acción se interpone cuando cesa el error o engaño. Así, si tal acción ha caducado en un momento anterior al conocimiento de dicho vicio se frustrarían las opciones de ejercicio. En consecuencia, en palabras de CASASAYAS RAMIS («El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del Código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2016», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, nº 1, enero-marzo, 2017, p. 148) «se situaría sobre la parte viciada por error o engaño la carga de salir de tal situación con tal de poder alegar la existencia de vicio en el consentimiento».

cómputo. Lo que, de entrada, resulta coherente con que el error sea uno de los ámbitos donde tiene especial relevancia el conocimiento por parte del afectado⁴⁷.

En tal contexto, el Tribunal Supremo ha indicado, de una parte, que «consumación» alude a un momento conceptualmente distinto del de «perfección» o «celebración» del contrato, aun cuando pudieran coincidir en el tiempo (cfr. STS de 24 de mayo de 2016 y STS de 17 de diciembre de 2019). El momento en que la «consumación» tiene lugar ha de determinarse en cada caso. En los contratos de tracto único y/o consumación instantánea no parece difícil fijar tal momento: cuando la/s parte/s recibe/n íntegramente la prestación debida. Con cierta facilidad, tal momento puede coincidir con el de la «perfección». No ocurre lo mismo en los contratos de tracto único pero de ejecución diferida o en los de tracto sucesivo de carácter complejo, donde la dificultad para determinar el momento de «consumación» es mayor (cfr. STS de 17 de diciembre de 2019). En cambio, en los de tracto sucesivo sin tal complejidad, no existirá la mencionada complicación: a modo de ejemplo, en un arrendamiento, la «consumación» tendrá lugar cuando la otra parte reciba la prestación esencial (cfr. STS de 24 de mayo de 2016).

Lo anterior presenta una especial dificultad respecto de los negocios financieros. Habida cuenta de su aumento y sofisticación actual cabe distinguir entre los de carácter complejo y los no complejos. Aun cuando no exista una definición legal de dicho carácter, cabe decir que los primeros se caracterizan porque su valor no resulta de manera directa del cálculo de la oferta y la demanda en el momento concreto al que se atiende, sino que depende de otros parámetros o factores, como, por ejemplo, que su valor se vincule a otros instrumentos financieros o índices, que la emisión no esté validada por un sistema de evaluación independiente, etc. Sea como fuere, la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión —

⁴⁷ En efecto, «difícilmente va a poder ejercitar la acción de nulidad del contrato por dolo o error el contratante que lo padece si ignora que ha sufrido un error o que ha sido engañado por un tercero» (MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, p. 156). Dicho autor entiende también que el *dies a quo* del artículo 1301, 2º CC ha de interpretarse de acuerdo con su finalidad «que no es otra que concretar para el caso de dolo o error la regla general del cómputo del plazo de prescripción del art. 1969 CC (...) la posibilidad del ejercicio de la acción de nulidad coincide con la consumación del contrato pues en ese instante el contratante que sufre el vicio tiene la posibilidad de percatarse del error o dolo padecido». Si el que padece el vicio se ha percatado antes de él, el cómputo comenzará entonces, aun cuando no se haya «consumado» el contrato. De otra parte, por razones de simplicidad se ha optado por aludir en el texto de manera genérica a «contratos financieros» en relación con los de servicios de inversión o sobre instrumentos financieros, ya sean estos valores negociables que concedan derechos de crédito (obligaciones), de índole participativa (acciones) o mixtos (obligaciones convertibles, participaciones preferentes, etc.), o ya sean instrumentos financieros en sentido estricto (*swaps*, instrumentos del mercado monetario, etc.). Como es conocido, los «contratos de servicios financieros», que actualmente tienen un elevado peso en la actividad típica de las entidades bancarias, constituyen «contratación financiera» en un sentido lato.

que derogó el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado en 2015— determina qué instrumentos financieros son complejos y cuáles no. El artículo 208 de la citada Ley incluye entre los no complejos, las acciones de mercados regulados, los instrumentos del mercado monetario, las obligaciones, los bonos u otras formas de deuda titulizadas admitidas a negociación en un mercado regulado, las participaciones y acciones en Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios o los depósitos estructurados⁴⁸. Por el contrario, sí cabe calificar como instrumentos financieros complejos, entre otros: «los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas», los «contratos de opciones, futuros, permutas (swaps), contratos a plazo, instrumentos derivados para la transferencia del riesgo de crédito, contratos financieros por diferencias» o, en fin, «los bonos y obligaciones u otras formas de deuda titulizada (..) que a su vez sean pasivos admisibles para la recapitalización interna»⁴⁹.

Admitida tal clasificación, las resoluciones del Tribunal Supremo han venido reiterando, en lo que cabe calificar como jurisprudencia consolidada, que en los contratos financieros complejos el inicio del cómputo del plazo tiene lugar cuando el afectado es o puede ser consciente de la existencia del error que pudo haber viciado su consentimiento; esto es, cuando adquiere o está en condiciones de adquirir el conocimiento cabal de las características y riesgos del producto adquirido. Por esta vía, se *reinterpreta* el término objetivo de «consumación» introduciendo un criterio normativo-subjetivo que atiende al conocimiento o cognoscibilidad por el sujeto. Lo cual, a mi juicio, responde a un criterio de «especial protección» al que el Código civil no es ajeno en la fijación de plazos, y resulta lógico, no solo por la sofisticación de algunos de los nuevos tipos contractuales sino también por la dificultad-imposibilidad práctica de accionar cuando no se es consciente del vicio invalidante. Se trata, por

⁴⁸ «2. Además de los instrumentos previstos en el apartado anterior, tendrán también la consideración de instrumentos financieros no complejos, aquellos en los que concurran las condiciones establecidas en el artículo 57 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016». Aunque la compraventa de acciones constituye un contrato de tracto único, conforme al cual el momento de consumación se produce cuando se realiza la «prestación esencial», un caso interesante y peculiar ha sido el de Bankia. Respecto de las acciones de tal entidad, el Tribunal Supremo ha fijado el momento de consumación cuando se «reformularon» sus cuentas, se suspendió su cotización en bolsa y se solicitó una «inyección» de capital elevada. Y es que fue tal momento el en que los clientes pudieron apercibirse del error invalidante del contrato perfeccionado. Ese fue el acontecimiento que «que permitió la comprensión real de las características y riesgos del producto que se había adquirido mediante un consentimiento viciado» (STS de 12 de noviembre de 2020).

⁴⁹ Otra de las consecuencias que se deriva de tratarse de un instrumento «complejo» es la mayor exigencia en cuanto a la explicación y comprensión de su contenido por parte de la entidad que los oferta. Sobre tal cuestión vid., entre otras, la STS de 3 de febrero de 2016, la STS de 1 de diciembre de 2016, la STS de 13 de enero de 2017 o la STS de 9 de junio de 2017.

tanto, de una interpretación más protectora del afectado que, en el fondo, lo que sostiene o pretende es evitar que, a efectos de la delimitación del *dies a quo*, la «tradicional» «consumación» del contrato quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de dicho error. Cuando ello es así, el *dies a quo* se inicia en el momento en que los afectados están en condiciones de conocer los riesgos de la operación (cfr. SSTS de 3 de julio de 2023 —ECLI:ES:TS:2023:3183 y ECLI:ES:TS:2023:3318—).

Ahora bien, tal criterio no se aplica a los contratos financieros no complejos. En ellos no se efectúa tal interpretación extensiva; hacerlo supondría prolongar la posibilidad de impugnar el contrato —lo que redundaría en una menor seguridad jurídica para el tráfico— sin que esté presente esa especial circunstancia consistente en la complejidad. Sí concurre el hecho de que quien sufre el vicio no es consciente de él durante su padecimiento, pero al carecer los negocios jurídicos no complejos de la mencionada «complejidad», resulta más sencillo percatarse del error, poder conocerlo y accionar para reparar su presencia⁵⁰.

En definitiva, con la interpretación extensiva mencionada, el Tribunal Supremo, en atención a la complejidad del negocio financiero en cuestión, retrasa el inicio del plazo al momento del conocimiento —o cognoscibilidad— por la persona afectada por el error⁵¹. Reinterpreta, por tanto, el criterio objetivo de la «consumación» introduciendo un elemento subjetivo cual es el conocimiento. No altera el criterio general de la «*actio nata*» del artículo 1969 CC pero lo reinterpreta en el caso del artículo 1301,2º CC fijando el momento de la «consumación» en los contratos financieros complejos —sean de tracto único pero de ejecución diferida o de tracto sucesivo— en el momento del conocimiento o cognoscibilidad del error o del dolo⁵². El *dies a quo* no se fija en un

⁵⁰ A juicio de CASASAYAS RAMIS («El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del Código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos...», *cit.*, pp. 154 y 155) «asimilar la solución adoptada para los contratos complejos a los que no lo son implicaría una excesiva prolongación de la posibilidad de impugnar el contrato, lo que crearía una inseguridad jurídica injustificable (...). En definitiva, en los contratos de tracto sucesivo no complejos, el Tribunal Supremo vela por una mayor seguridad jurídica al no alargar de forma indefinida la posibilidad de ejercitar la acción del art. 1301 CC».

⁵¹ A este respecto ALBALADEJO GARCÍA (*La prescripción extintiva*, *cit.*, p. 47) afirma que «en los casos del artículo 1301, aparte de que no son de prescripción, sino de caducidad, que la prescripción no corriese mientras persista el obstáculo que el titular de la acción tendría para ejercitarla, se consigue, no mediante sacar tales casos de la regla de que la prescripción corre a pesar de los obstáculos, sino mediante el procedimiento de retrasar el nacimiento de la acción». Respecto del error en varios contratos de inversión financiera —su carácter esencial, su excusabilidad y su relación con el cumplimiento de los deberes informativos— vid. la completa monografía de AGÜERO ORTIZ, Alicia, *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

⁵² En efecto, de acuerdo con jurisprudencia consolidada, para «entender que el contrato ha quedado consumado se requier[e] también en el caso del error o dolo, el conocimiento de la causa del error»

instante anterior a tal momento pues es posible que entonces no hubiese aflorado el riesgo existente, elemento que puede ser sintomático del vicio del consentimiento. Ahora bien, a pesar de que se mantenga un criterio objetivo *reinterpretado subjetivamente*, la «consumación» —ahora, el momento del conocimiento o cognoscibilidad del error por el afectado— puede tener lugar en momentos diversos dependiendo del producto de que se trate. Y en caso de haberse contratado varios, habrá de atenderse al de cada uno (cfr. STS de 25 de febrero de 2016)⁵³.

3.3 El momento de «consumación» en los contratos financieros más habituales

Las sentencias que desde 2015 ha dictado el Tribunal Supremo en relación con el inicio del *dies a quo* en caso de error en contratos financieros han versado, fundamentalmente, sobre tres clases de productos: los bonos —de renta fija, convertibles o estructurados—, las participaciones —preferentes y subordinadas— y los *swaps*⁵⁴.

Con respecto a los bonos, el Tribunal Supremo ha indicado que en los de renta fija, la «consumación» se produce en el momento de su adquisición (cfr. STS de 20 de julio de 2020 y STS de 3 de julio de 2023 —ECLI:ES:TS:2023:3161—)⁵⁵. Ello, sin perjuicio de que «si el error denunciado versa sobre el riesgo de pérdida de la inversión como consecuencia de la insolvencia del emisor, el cómputo del plazo comience cuando se advierte la existencia de ese riesgo».

De tratarse de «bonos convertibles» o «canjeables» en acciones, la «consumación» tiene lugar en el momento de su conversión obligatoria que es cuando «se materializa el riesgo y la inversión cumple su finalidad económica» (STS de 22 de junio de 2020 ó STS de 24 de junio de 2020 —ECLI:ES:TS:2020:2057—). En consecuencia, respecto de

(CAÑIZARES LASO, «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *cit.*, p. 119). Siguen tal corriente el artículo 1304 de la *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho civil, Ministerio de Justicia, 2009), el artículo 4:113 de los *PECL*, los artículos II-7:201 y II-7:210 del *DCFR*, el artículo 122-5 del *CCCat*, o el principio 3.15 UNIDROIT.

⁵³ Un análisis de la jurisprudencia menor sobre el momento de consumación con anterioridad a la STS de 12 de enero de 2015 se contiene en JUAN GÓMEZ, Mateo, «Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios», *Diario la Ley*, nº 8255, 2014, D-85, pp. 1710-1712.

⁵⁴ Ha de advertirse que algunos de los instrumentos que a continuación se examinan no siempre son de carácter complejo: lo serán cuando incorporen derivados implícitos o subyacentes, no siéndolo en caso contrario (*ad ex.* las participaciones preferentes). Téngase ello en cuenta para la inteligencia de lo que se expone en el texto.

⁵⁵ En el caso resuelto por la STS de 7 de julio de 2015, entre otros muchos similares, el momento en que el actor conoció la circunstancia sobre la que versó el error vicio sobre los bonos adquiridos fue la notificación efectuada por Bankinter de la quiebra de *Lehman Brothers* y, en consecuencia, de la pérdida de su inversión, a salvo lo que pudiese obtenerse en el procedimiento de quiebra.

tal tipo de producto no cabe «adelantar» la consumación a la recepción de determinada información fiscal⁵⁶.

Y en relación con los «bonos estructurados», en los que durante la vigencia del contrato las pérdidas y rendimientos se van produciendo de manera periódica en función del comportamiento de los activos subyacentes a que están ligados, la «consumación» se produce con el agotamiento o extinción de la relación contractual (cfr. STS de 9 de julio de 2019 que alude al momento de cancelación). Ahora bien, el momento a partir del cual el cliente puede ser consciente del eventual error a efectos del inicio del cómputo *ex artículo* 1301, 2º CC puede tener lugar con anterioridad. Así, por ejemplo, cuando recibe información de la disminución del saldo (cfr. STS de 20 de julio de 2017) o cuando no tiene lugar la amortización prevista (cfr. STS de 3 de febrero de 2020).

En lo que hace a las participaciones —ya preferentes, ya subordinadas— la «consumación» de acuerdo con la inteligencia «tradicional» del término se produce con la adquisición de los productos. Con todo, para compensar el peligro de que en tal momento no haya aflorado el riesgo propio del negocio, el criterio común a que se atiende fija el momento de la «consumación» a efectos del artículo 1301, 2º CC en el conocimiento por parte del cliente de la circunstancia sobre la que versa el error-vicio que se alega como motivo de anulación (en preferentes cfr. STS de 16 de septiembre de 2015 o STS de 4 de abril de 2017; en subordinadas la STS de 1 de diciembre de 2016)⁵⁷. Ahora bien, tal momento no necesariamente se materializa en el mismo instante en todo caso. Así, respecto de las preferentes —títulos que establecen una relación perpetua entre las partes— la jurisprudencia ha indicado que el conocimiento puede tener lugar cuando se cae en la cuenta de la falta de solvencia de la entidad emisora evidenciada por la intervención del Fondo de Reestructuración y Ordenación Bancaria (cfr. STS de 20 de diciembre de 2016, STS de 21 de febrero de 2022, SSTS de 20 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:TS:2022:4731 y ECLI:ES:TS:2022:4790— y SSTS de 3 de

⁵⁶ Como indica la STS de 22 de junio de 2020, los bonos convertibles son «activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada y, por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, con el valor que tienen en esa fecha, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurría en el caso resuelto por dicha sentencia y sucede también en éste, carácter subordinado».

⁵⁷ De manera más matizada, la STS de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3477), señala que el *dies a quo* computa “desde que los clientes *estuvieron en disposición de conocer* los riesgos patrimoniales de la operación” (cursiva añadida).

julio de 2023 —ECLI:ES:TS:2023:3175, ECLI:ES:TS:2023:3183 y ECLI:ES:TS:2023:3318—), cuando existe una resolución del FROB aplicando medidas de gestión de instrumentos híbridos (cfr. STS de 27 de junio de 2017, STS de 8 de junio de 2020, STS de 24 de enero de 2022 o STS de 4 de mayo de 2022, entre otras) o cuando se produce un desplome del valor (cfr. STS de 27 de febrero de 2017)⁵⁸.

Y en lo que hace a las subordinadas —esto es, las que se sitúan tras todos los «acreedores comunes» a efectos de prelación de créditos—, el conocimiento que le permita al actor la comprensión real de las características y riesgos del producto adquirido —p. ej. las dificultades de su efectividad en un mercado de reventa o la práctica imposibilidad de recuperar la inversión por falta de solvencia de la entidad emisora— puede tener lugar: en el momento de suspensión de la negociación por parte de la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros (cfr. STS de 12 de febrero de 2020 y STS de 26 de mayo de 2020), en el cese de pago de «los cupones» adquiridos (cfr. STS de 1 de diciembre de 2016), en el de la recompra vinculante acordada por el FROB (cfr. STS de 2 de marzo de 2022) o en el de un rescate parcial de la inversión realizada que muestra la imposibilidad de recompra por falta de mercado (cfr. STS de 30 de enero de 2018), entre otros⁵⁹.

En lo que hace a los contratos de permutas financieras —*swaps*— el examen de la jurisprudencia evidencia que ha habido varias líneas interpretativas. Incluso el Tribunal Supremo ha rectificado un criterio anterior mantenido en varias sentencias que, a lo que parece, ha considerado equivocado. Aunque el propio concepto de *swap* no está restringido a contratos financieros donde se pactan flujos monetarios calculados respecto de un activo en función de un índice, tal es el instrumento derivado que en más ocasiones ha llegado al Tribunal Supremo. Sea cual fuere su contenido, en todo

⁵⁸ Tal y como se recoge en la STS de 1 de diciembre de 2016, con cita de una resolución de 8 de septiembre de 2014, las participaciones o aportaciones preferentes «son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios». Vid. también la STS de 3 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3318) donde se descarta como momento de conocimiento del riesgo la no percepción de rendimientos o la reclamación extrajudicial por la que se solicita la documentación contractual.

⁵⁹ De acuerdo con la STS de 25 de febrero de 2016, las obligaciones subordinadas son «títulos valores de renta fija con rendimiento explícito, emitidos normalmente por entidades de crédito, que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda». La mayor rentabilidad se logra a cambio de «perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad». Como se ha apuntado, el carácter «subordinado» les sitúa tras los acreedores comunes en caso de concurso (cfr. art. 92.2 Ley Concursal). A diferencia de las de carácter preferente, las «subordinadas» suelen tener fecha de vencimiento. Ahora bien, «el capital en ningún caso está garantizado y estos bonos no están protegidos por el Fondo de Garantía de Depósitos».

caso se trata de un contrato atípico e innominado basado en la autonomía de la voluntad que incorpora un riesgo relativo a un activo subyacente, y, en lo que ahora importa, de tracto sucesivo y duración determinada⁶⁰.

Pues bien, desde la sentencia de 3 de marzo de 2017 el Tribunal Supremo ha venido defendiendo que el principio de la «*actio nata*» *ex artículo* 1969 CC se interpreta en relación con la «*consumación*» *ex artículo* 1301,2º CC de modo tal que determina que, en casos de *swaps*, esta se produce con la recepción de la primera liquidación negativa⁶¹. Por tanto, reinterpretación subjetiva del término objetivo — «*consumación*»— fijando como momento el del conocimiento que se deriva de tal liquidación. La doctrina criticó en su día tal criterio interpretativo, que, por su repetición en resoluciones subsiguientes, constituyó jurisprudencia. Dos eran los principales argumentos. Primero: el origen de tal doctrina se encuentra en un error material de la sentencia de marzo de 2017. En dicha resolución se alude a la «primera liquidación negativa» cuando, en realidad, el importe a que se hacía referencia era al del coste de la «cancelación anticipada del *swap*»; cancelación que determina el «agotamiento» o «finalización» del negocio. Y segundo: el carácter aleatorio propio del contrato de permuta financiera impide presumir que la primera liquidación negativa resulte determinante para que el afectado sea consciente del error padecido⁶².

⁶⁰ Otras características del *swap* es que suelen ser contratos de adhesión, únicos y autónomos, consensuales, bilaterales, sinalagmáticos, aleatorios o especulativos (cfr. MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio, «Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ¿Un salto en el vacío?», *Diario La Ley*, nº 9079, 13 de noviembre de 2017, pp. 2 y 3; y de manera más completa vid. BUSTO LAGO, José Manuel, *El contrato de permuta financiera como instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, Cizur Menor, pp. 31-72, en especial, 45-63).

⁶¹ Vid., en el mismo sentido, la STS de 9 de junio de 2017 y la STS de 12 de julio de 2017. La sentencia de Audiencia Provincial de León de 15 de mayo de 2014, de la que trae causa la de 3 de marzo de 2017 del Tribunal Supremo, tomó como elemento de referencia de la «*consumación*» del contrato la «cancelación anticipada» del *swap*. Y, aun cuando la STS de 3 de marzo de 2017 reconoce que el importe al que alude corresponde a tal «cancelación anticipada», por un error material en el párrafo concluyente lo refiere a la «primera liquidación negativa»; criterio asumido por las resoluciones posteriores del Tribunal Supremo. En palabras de MARTÍNEZ PALLARÉS («Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ¿Un salto en el vacío?», *cit.*, p. 9), la aplicación de tal doctrina a los *swaps* «se revela así como una construcción en falso que ha devenido finalmente en jurisprudencia» —no se olvide que las sentencias citadas por la de 3 de marzo de 2017 versaban sobre productos financieros distintos del *swap*—. Es más, tal modo de proceder «se convierte por razón de dicha confusión en una derogación de hecho de dicho precepto [el artículo 1301 CC], al anticipar el *dies a quo* a la primera liquidación negativa, que siempre será anterior a la consumación del contrato, por agotamiento del plazo o cancelación anticipada».

⁶² Desarrollando ambos argumentos, vid. MARTÍNEZ PALLARÉS, «Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ¿Un salto en el vacío?», *cit.*, pp. 1-12. En particular, dicho autor indica que «no parece posible, a mi juicio, aplicar este cuerpo de doctrina a un supuesto completamente distinto como es un contrato de *swap* (...) Y ello es así, además, porque esa

De todos modos, una sentencia de Pleno —ponente PARRA LUCÁN— de 19 de febrero de 2018 modificó el indicado criterio y fijó el momento de «consumación» a efectos del error en el del «agotamiento del contrato»⁶³; o, dicho en otros términos: desde «la última liquidación». Por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, el cómputo del plazo no corre hasta que el *swap* se consuma; esto es, hasta que finaliza o se termina. Así pues, reinterpretación subjetiva del término objetivo, pero fijando un momento de conocimiento distinto del hasta entonces mantenido en razón del tracto sucesivo y del carácter aleatorio del contrato: se ha de conocer pero la «consumación» tiene lugar con la extinción o agotamiento del *swap*. De esta manera el anterior criterio jurisprudencial se reconduce evitándose la posible anticipación del inicio del cómputo a un momento anterior a la «consumación» del contrato⁶⁴.

Un último apunte en relación con el producto que dio lugar a la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, clave en esta materia. Se trataba de un contrato de seguro *unit linked* multiestrategia que, en el fondo, enmascaraba un producto financiero de alto riesgo en el que la prima que se pagaba se invertía en valores o fondos, asumiendo el cliente los riesgos derivados de tal inversión. En dicha resolución, el Tribunal Supremo indicó que la «consumación» no se identifica con la «perfección» del contrato sino que alude a una «situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato», permitiendo, en dicho caso, que el contratante se percatase del vicio del consentimiento existente. En consecuencia, el cómputo del *dies a quo* no comienza necesariamente ni con el pago de la prima ni con las eventuales liquidaciones negativas. Según indica la sentencia, de acuerdo con el «espíritu y la finalidad» del artículo 1301, 2º CC dicho plazo «no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción»⁶⁵. En consecuencia, en lo que hace a «relaciones contractuales complejas» la «consumación» a efectos del *dies a quo* de la acción de anulación del

primera liquidación puede no suponer sino un porcentaje mínimo de las pérdidas totales para el cliente, que no alerte sobre el error sufrido, y porque el alcance del perjuicio, dado el carácter aleatorio del contrato, solo será comprensible realmente, y cuantificable, cuando se hayan producido todas las prestaciones previstas, es decir, cuando se haya producido, como dice el art. 1301 del Código Civil, la consumación del contrato, o se haya cancelado anticipadamente el mismo, y pueda entenderse definitivamente el riesgo total asumido» (*idem*, pp. 7 y 8).

⁶³ Entre otras sentencias que reafirman que la «consumación» tiene lugar con el «agotamiento del contrato», vid. STS de 9 de mayo de 2018, STS de 17 de octubre de 2018, STS de 22 de octubre de 2018, STS de 19 de diciembre de 2018 ó STS de 23 de mayo de 2019.

⁶⁴ Vid. sobre la materia, RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos *swap*», *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 4, 2018, pp. 25-55; en especial, pp. 54-55 y BUSTO LAGO, *El contrato de permuta financiera como instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés*, cit., pp. 251-258, en especial, 253 y ss.

⁶⁵ En dicha sentencia se apunta que tal inteligencia no es sino un requisito «tradicional» de la «*actio nata*»; opinión de la que se discrepa por lo expuesto en el texto.

contrato por error o dolo «no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo». Habrá de estarse a cada caso para determinar dicho inicio sin que, como en el caso enjuiciado, haya de esperarse al agotamiento de contrato, por ser indefinido.

Según se advierte de lo expuesto, la determinación del momento en que se materializa la conciencia del cliente sobre el riesgo de perder la inversión dependerá de cada tipo de producto, ya se trate de bonos —de renta fija, convertibles o estructurados—, de participaciones —preferentes y subordinadas— o *swaps*⁶⁶. En cualquier caso, como apunta el Tribunal Supremo, tal interpretación extensiva o ampliación no implica que las acciones de anulación de tales contratos por error o dolo carezcan de plazo de caducidad (cfr. STS de 19 de diciembre de 2016).

3.4 El fundamento de la «reinterpretación» subjetiva de la «consumación»

Señalado el criterio a que el Tribunal Supremo atiende para fijar el momento de la «consumación» cuando de error en contratos financieros complejos se trata, es preciso mencionar las cuatro razones de fondo en que se apoya tal interpretación.

Primera: el Código civil de 1889 se apartó de lo establecido en el Anteproyecto de dicho Cuerpo legal e introdujo en el artículo 1301, 2º CC un criterio objetivo —la «consumación»— como momento de inicio del *dies a quo*, desechando el subjetivo del conocimiento sugerido en dicha propuesta⁶⁷. Siendo ello así, dicho precepto ha de aplicarse de acuerdo con la realidad social (cfr. art. 3.1 CC). El resultado de tal modo de proceder es que la redacción original de dicho precepto no puede aplicarse a los negocios jurídicos complejos que, fruto de la evolución jurídica, son frecuentes en la actualidad. Si cuando se aprobó tal precepto los que se tenían en mente eran contratos «no complejos», la interpretación literal de su redacción no parece adecuada para dar respuesta cabal a otros negocios de distinto carácter.

⁶⁶ Por su parte, AGÜERO ORTIZ («Ahora toca a los *unit-linked*...», *cit.*, p. 7) apunta que el «día en que se producen las pérdidas» no es «el día de la comprensión del producto» sino «el día en que nace el descontento con la evolución del producto». Argumentando que no se trata de un error «en la esencia del contrato (sobre si era un producto de riesgo o no, sobre si el capital estaba asegurado o no) sino sobre el devenir del mercado de las empresas en las que invertían los fondos». En definitiva, un «error sobre los beneficios esperados» (*idem*, pp. 15 y 17).

⁶⁷ Como se apuntó, el criterio del conocimiento se suele acompañar de otras medidas que den «certeza» (plazos reducidos, plazos de preclusión...) para evitar que la acción se convierta en «imprescriptible» (cfr. STS de 17 de diciembre de 2019).

Segunda: el artículo 1301, 2º CC, pensado para negocios «no complejos», respeta el principio general del artículo 1969 CC respecto del inicio del cómputo: la «*actio nata*». Dicho precepto acude a un criterio objetivo para la determinación de cuando existe la posibilidad legal de ejercitar la acción: la «*consumación del contrato*». El espíritu y la finalidad de dicha norma es permitir al afectado por un vicio que tenga un conocimiento cabal del que ha padecido a fin de poder, en su caso, reclamar, para lo que se ha de prestar atención a la «*consumación*». Por ello, resulta coherente «reinterpretar» subjetivamente tal criterio objetivo cifrando el momento de «*consumación*» en función del tipo de contrato de que se trate, atendiendo para ello también al conocimiento del error por parte del afectado.

Tercera: la solución apuntada —criterio objetivo reinterpretado subjetivamente— pretende buscar un equilibrio entre la seguridad jurídica que evita el carácter indefinido de la posibilidad de accionar y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento (cfr. STS de 12 de enero de 2015). La sofisticación de los negocios complejos a que ahora se alude puede dar lugar a que, en coherencia con una interpretación meramente objetiva, el inicio del cómputo —e incluso su fin— acaezcan antes de que el afectado pueda percatarse del vicio. De ahí la conveniencia de una interpretación extensiva en su defensa. Ahora bien, un criterio básico de seguridad jurídica impide prolongar de manera indefinida dicho plazo.

Y cuarto —y a mi juicio el más importante y que da sentido a los anteriores—: no puede privarse de acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable (cfr. STS de 12 de enero de 2015, STS de 16 de septiembre de 2015 ó STS de 27 de junio de 2017). A fin de evitar tal situación, el Supremo, con la pretensión de ofrecer certidumbre sobre el *dies a quo* en supuestos particularmente complicados, retrasa el inicio del cómputo al momento del conocimiento o cognoscibilidad del riesgo por parte del afectado; o, dicho en otros términos: a la salida de su error. De esta manera se evita que el plazo comience a correr —e incluso termine— antes de que el afectado sea consciente del vicio de consentimiento padecido⁶⁸.

⁶⁸ «De esta manera el Alto Tribunal evita que el plazo de caducidad no empiece a correr antes de que el cliente tenga conocimiento del vicio en el consentimiento, (lo cual parece justo), intenta proteger la seguridad jurídica y prevenir el abuso de derecho que podría suponer poder ejercitar la acción indefinidamente, o en un desmesurado lapso de tiempo (..) además se pretende dar certidumbre sobre el cómputo del plazo en casos particularmente litigiosos» (MARÍN NARROS, Héctor Daniel, «Criterio sobre el cómputo de la caducidad de la acción de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTs de 12 de enero de 2015, de 7 de julio de 2015, de 16 de septiembre de 2015, así como en el resto de jurisprudencia dictada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 758, noviembre, 2016, p. 3445).

El último razonamiento expuesto no es sino una manifestación particular del principio general de buena fe conforme al que se han de ejercitar los derechos (cfr. art. 7 CC). A mi juicio, existe una indudable conexión entre la buena fe y la preservación de los derechos. ¿Sería acorde con ella que un derecho se extinguiese sin haber sido consciente su titular de la posibilidad de su defensa? A lo que parece, la consecuencia primaria y básica de la buena fe respecto de los derechos es conceder a su titular una oportunidad para accionar y sirve tanto para valorar «la posibilidad de ejercicio de la acción» como para modular la diligencia exigible a los sujetos a quienes afecta el transcurso del plazo⁶⁹.

La indicada conexión con la buena fe ha sido resaltada de manera explícita por la jurisprudencia únicamente respecto de la prescripción y su interrupción (cfr. STS de 5 de diciembre de 2016). En tal contexto se ha afirmado que la prescripción no debe ser objeto de aplicación rigorista, aunque sí restrictiva y cautelosa (cfr. STS de 25 de noviembre de 2016), de manera que ha de valorarse la actitud del perjudicado y la inexistencia de signos de abandono de su derecho a reclamar (cfr. STS de 20 de octubre de 2016 y STS de 25 de noviembre de 2016). Ahora bien, la estimación de la prescripción adquiere relevancia constitucional cuando sea fruto de una interpretación y aplicación legal que «por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida» (STS de 25 de noviembre de 2016 y STS de 5 de diciembre de 2016)⁷⁰.

Desde otra perspectiva, y en conexión con lo expuesto, el ejercicio tardío pero en plazo de una pretensión no es determinante por sí solo de la existencia de mala fe (cfr. STS de 24 de abril de 2019). Al igual que uno puede decidir accionar o no, también puede

⁶⁹ Cfr. MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, p. 159.

⁷⁰ La interpretación de la prescripción es tarea ordinaria salvo cuando, no tratándose del cómputo sino de su existencia misma, se le reconoce trascendencia constitucional, a fin de evitar la pérdida de un derecho sin habersele dado al interesado la oportunidad para hacerlo efectivo. Así, la STC 148/2007, de 18 de junio, indicó que «además, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, el control constitucional ha de ser particularmente intenso, pues rige en tales casos el principio *pro actione*, de estricta observancia para los órganos judiciales (...). En suma, cuando aparece comprometido el derecho de acceso al proceso, aunque no es función de este Tribunal interpretar la normativa procesal, sí lo es comprobar que la exégesis realizada por los órganos judiciales no resulte contraria a la Constitución en los términos indicados; esto es, habrá de comprobar que la resolución de inadmisión no sea arbitraria, irrazonable o incurra en error patente, así como que no resulta desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos». Vinculando el artículo 1969 CC y la tutela judicial efectiva, vid. ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., «Tutela judicial efectiva y naturaleza y prescripción de la acción indemnizatoria en caso de actuaciones penales previas (a propósito de la STC 198/2000, de 14 de julio)», *Derecho Privado y Constitución*, 2000, nº 14, p. 18. Sobre el uso cada vez más esporádico en la jurisprudencia del criterio restrictivo en la interpretación de la prescripción, vid. CAVANILLAS MÚGICA, «Comentarios al artículo 1961 del Código civil», *cit.*, p. 13275.

escoger el momento de hacerlo. La tardanza en tal ejercicio ni puede por sí sola convertirse en aquiescencia (cfr. STS de 7 de junio de 2010) ni constituye, por sí misma, un retraso desleal: la mera inactividad no crea por sí sola razonable confianza en la otra parte (cfr. STS de 2 de marzo de 2017). Solo habrá ejercicio de mala fe cuando claramente se haya creado la confianza legítima en la otra parte de que el derecho no se ejercerá⁷¹.

En definitiva, de lo señalado se colige que la buena fe incide en la prescripción (STS de 11 de diciembre de 2012 y STS de 14 de enero de 2014), y, en lo que ahora importa, y a pesar de no haber sido señalado explícitamente por la jurisprudencia, también, por extensión, a la caducidad, en atención a la «fuerza expansiva» de aquella. Como consecuencia de ello, cuando exista error o dolo, resulta razonable que el cómputo del plazo para accionar se fije en el momento en que se es consciente de la existencia de tal vicio; o mejor dicho, en el instante en que, empleando una diligencia media, sea razonable ser consciente de tal vicio⁷².

Así las cosas, son pocas las resoluciones que expresamente hacen mención a la buena fe como justificación de la reinterpretación subjetiva operada por el Tribunal Supremo. Interpretación que, por lo demás, parece alineada con la del TJUE cuando, con ocasión de la prescripción de la acción de restitución derivada de la abusividad de una cláusula, apunta que el transcurso del plazo de cinco años desde la celebración del contrato «con independencia de si este [el consumidor] tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos (..) y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en

⁷¹ En línea con lo expuesto en el texto, la interrupción de la prescripción es prueba de que no hay condonación ni retraso desleal (cfr. STS de 1 de abril de 2015).

⁷² En relación con ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2012 indica que «la proyección de la buena fe resulta decisiva para valorar el iter del fenómeno prescriptivo, desde la lesión del derecho subjetivo, como posible inicio del cómputo para el ejercicio de la acción, hasta la posibilidad de su ejercicio, conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídicas y unos parámetros de diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada. Desde esta perspectiva se comprende mejor que en los supuestos en los que interviene la mala fe o el dolo de una de las partes de la relación jurídica, en clara conexión con el ilícito civil, por ejemplo, en el fraude de acreedores o en la doble venta orquestada, la posibilidad del ejercicio de la acción y, con ella, el cómputo para su ejercicio, *no deba ser otro que el momento en que la víctima tuvo conocimiento de la lesión de su derecho o debió tenerlo por exigencia de una diligencia básica o por hechos claros e inequívocos al respecto*. Conclusión que, en lo pertinente al alcance informador del principio de buena fe, resulta extrapolable también al ámbito de la indemnización civil derivada del ilícito penal» (cursiva añadida). Doctrina, parcial o totalmente reproducida posteriormente por la STS de 21 de junio de 2013, la STS de 2 de diciembre de 2013 y la STS de 14 de enero de 2014, todas ellas del mismo ponente (ORDUÑA MORENO). Así las cosas, las sentencias del Tribunal Supremo posteriores que aluden a la «diligencia», en lugar de remitir a la «básica» se refieren a la «media».

relación con el principio de seguridad jurídica»⁷³. Por tanto, dicho Tribunal no es partidario de plazos que corren con el desconocimiento de la lesión y de la posibilidad de accionar por parte del titular. En efecto, el criterio de interpretación normativo-subjetivo que en los últimos años ha introducido el Tribunal Supremo en relación con el error en contratos financieros complejos se alinea con el criterio del TJUE en materia de prescripción de la acción de restitución derivada de la abusividad de una cláusula⁷⁴.

4. EL ALCANCE DE LA REINTERPRETACIÓN SUBJETIVA REALIZADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Examinada la situación que resulta de la modificación operada por la Ley 42/2015, y vista la evolución de la jurisprudencia en estos últimos años, es momento de efectuar algunas reflexiones críticas.

Una primera consideración es que la reforma operada por la Ley 42/2015 que redujo el plazo de las acciones personales a 5 años (cfr. art. 1964.2 CC) ha constituido, lógicamente, un incentivo para defender la aplicación de un criterio subjetivo en el cómputo del *dies a quo*⁷⁵. Si antes de la reforma cabía criticar la extraordinaria amplitud del plazo entonces vigente —15 años—, ahora podría considerarse demasiado corto y, por ello, parece lógico tratar de «compensar» tal brevedad con un criterio subjetivo que atienda a las circunstancias personales del afectado; en concreto, el conocimiento o la cognoscibilidad. Sea cual fuere la opción que se prefiera, lo que es claro es que tal estado de cosas trae causa de la deficiente regulación del legislador que, como se dijo, únicamente modificó —sin aportar justificación suficiente y

⁷³ STJUE 16 de julio de 2020. En dicha resolución se apunta que las condiciones que en cada caso se establezcan «no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)».

⁷⁴ Como apunta DEL OLMO («Nulidad de pleno derecho y prescripción. Cláusulas abusivas, usura y la acción de devolución de cantidades», *cit.*) en los casos en que el TJUE se ha pronunciado sobre plazos de prescripción ha incidido, junto con la duración del plazo, en el *dies a quo* y «respecto de esto último, destaca la necesidad de que el consumidor pueda tener noticia del carácter abusivo de la cláusula que se le aplica y de la entidad de la prestación realizada en cumplimiento de dicha cláusula». Ahora bien, dicho conocimiento se identifica con el ejercicio de una diligencia media para conocer o para poder haber conocido. Vid. sobre esta materia la nota nº 40.

⁷⁵ Vid., en la doctrina española, por todos, DEL OLMO, «Nulidad de pleno derecho y prescripción. Cláusulas abusivas, usura y la acción de devolución de cantidades», *cit.* Ahora bien, aunque lo conveniente ante la fijación de un criterio subjetivo para el cómputo de los plazos sea que vaya acompañada de plazos breves, de la mera modificación del plazo —tal y como efectuó la ley de 2015— no cabe, a mi juicio, deducir un cambio del criterio, cuando siguen existiendo los argumentos históricos, legales y normativos que respaldan el objetivo (*ad ex.* arts. 1932 y 1969 CC). En efecto, si la existencia de un plazo largo no es suficiente para rechazar un criterio subjetivo (cfr. MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, 2014, p. 177), tampoco ha de admitirse lo contrario; esto es, asumir el subjetivo en base a la existencia de un plazo breve, constando además el carácter parcial e «insuficientemente justificado» de la reforma operada en 2015.

anunciando la parcialidad de la reforma— uno de los pilares del sistema, rompiendo la coherencia de que hasta entonces gozaba.

Tanto la defensa de un plazo amplio cuando se acude a un criterio objetivo para el cómputo del *dies a quo*, como la aplicación del subjetivo ante plazos más breves, responden al principio de buena fe. No es acorde a ella un sistema que dificulte —o incluso imposibilite— el ejercicio de una acción para la defensa de un derecho. En tal sentido, el TJUE, con ocasión de pronunciarse sobre la Directiva 93/13, ha indicado que la normativa debe interpretarse de modo que «ni el momento en que ese plazo [de prescripción] comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho [en tal caso] del consumidor a solicitar tal restitución». Asimismo, apuntó que acudir a un criterio objetivo cuando los plazos son breves «puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que [en tal caso] la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica». Y, a mi juicio, el TJUE tiene razón: el criterio objetivo respeta mejor tales principios cuando los plazos son amplios y el subjetivo tiene mejor acomodo cuando son breves.

Ahora bien, en mi opinión, lo coherente con lo indicado por el TJUE es que sea el propio legislador —en este caso, el español— el que proceda a la modificación del criterio a aplicar a fin de hacerlo más coherente con el actual plazo del artículo 1964.2 CC. La aplicación de un criterio normativo-subjetivo en el *dies a quo* supone añadir elementos subjetivos a los requisitos objetivos implícitos en la teoría de la «*actio nata*»⁷⁶. Tal interpretación supone reconocer que para que se inicie el cómputo del plazo es preciso que la pretensión haya nacido y «sea jurídicamente exigible, (..) el titular de esa pretensión conozca los hechos que [la] fundamentan (..) y que ese individuo tenga la posibilidad real de ejercitarla»⁷⁷. Es cierto que la labor que el Tribunal Supremo ha realizado en materia de error —reinterpretación subjetiva de un elemento objetivo— (cfr. art. 1301, 2º CC) es encomiable por criterios de justicia pero no desde una perspectiva lógico-formal. Y es que, contradiciendo lo señalado por él mismo, que el plazo [en tal caso, de prescripción] sea corto no puede llevar a que la jurisprudencia lo

⁷⁶ En tal sentido, DEL OLMO («Nulidad de pleno derecho y prescripción. Cláusulas abusivas, usura y la acción de devolución de cantidades», *cit.*) señala que «la jurisprudencia del TJUE exige verificar si en ese momento resultaba imposible o excesivamente difícil ejercitar las acciones de nulidad y restitución, lo que aconseja aplicar (o, si se prefiere, modular) la aplicación de ese criterio objetivo con el criterio normativo-subjetivo (i.e., conocimiento razonable)».

⁷⁷ MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, p. 124. Dicho autor alude en otros momentos al despliegue de una diligencia media por parte del acreedor para tener tal conocimiento.

«derogue» por vía de interpretación (cfr. STS de 3 de julio de 2018)⁷⁸. Ciertamente es que cabría fundamentar tal modo de proceder en la buena fe que proscribiera la eliminación de la posibilidad de defensa, pero no es la vía correcta para hacerlo desde una perspectiva lógico-formal. Por tanto, la defectuosa redacción de la Ley 42/2015, alteradora de la coherencia del sistema, reclama una modificación efectuada por el propio legislador, sin que la mejor vía para «compensar» tal «desaguisado» deba ser realizada por el Tribunal Supremo. Los laudables criterios de justicia que pueden mover a este para realizar interpretaciones correctoras no constituyen el cauce adecuado en nuestro sistema jurídico —el Tribunal aplica normas, pero no las crea— y tales casos han de ser corregidos lo antes posible por el legislador. De lo contrario se estaría dando entrada a un Derecho judicial.

La segunda conclusión conduce a enfatizar que la reinterpretación subjetiva del elemento objetivo —«consumación»— operada por el Tribunal Supremo no supone un cambio del criterio general de la «*actio nata*» (cfr. art. 1969 CC). Ya se considere que la tesis asumida por el Tribunal Supremo en atención a la complejidad de ciertos negocios jurídicos financieros constituya una «derogación» del artículo 1301,2º CC, una interpretación «contraria» al artículo 1969 CC, una «especificación» de este último precepto o algo permitido por el Código civil que es quien estaría excepcionando el criterio general en el artículo 1301,2º CC, lo que está claro es que no conlleva en ningún caso un cambio general del criterio de la «*actio nata*»⁷⁹. La interpretación

⁷⁸ Igualmente, en la STS de 17 de diciembre de 2019 el Tribunal Supremo indicó que a pesar de que en sistemas jurídicos de Derecho comparado, en modelos de *soft law* y en propuestas legislativas y académicas españolas haya una «tendencia a identificar el *dies a quo* con el conocimiento o, al menos, con la posibilidad razonable de conocimiento de los hechos que determinaron el vicio, o se suspende el cómputo del plazo hasta ese momento (..), los jueces y tribunales deben resolver ateniéndose al sistema de fuentes establecido y, frente a la expresa y tajante regulación prevista en el art. 1301 CC vigente, y partiendo de que el diseño del régimen de los plazos de ejercicio de las acciones y la delimitación del *dies a quo* incumbe al legislador, lo único que puede precisar el intérprete, en función de la naturaleza y contenido del contrato de que se trate, es cuándo se considera consumado el contrato».

⁷⁹ La STS de 17 de diciembre de 2019 considera que si el artículo 1969 CC «expresa la regla general sobre el comienzo del plazo de ejercicio de las acciones», el artículo 1301, 2º CC contiene una «regla especial que precisa cuándo se entiende que puede el interesado ejercitar la acción para el caso de error». En su momento CAÑIZARES LASO («Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *cit.*, pp. 121 y 122) criticó la hipotética consolidación del criterio subjetivo en la jurisprudencia como regla general al ir «en contra (..) de lo establecido por el art. 1969 del Código y aún vigente». En efecto, «el Código dispone lo que dispone, tanto en el art. 1969 CC como en el art. 1301 CC, y de alguna manera la evolución de la jurisprudencia ha ido en contra de lo previsto en ambos preceptos introduciendo un criterio subjetivo en el cómputo del plazo que a nuestro juicio no estaba previsto». Con todo, según la citada autora, la regla de la «*actio nata*» es «excepcionada por el propio Código» en el supuesto del artículo 1301 CC —«se aleja en alguna medida de la regla general del art. 1969 CC»—, de manera que la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo no resultaría totalmente «derogatoria». Por tal motivo, «no hay razón alguna (..) para argumentar un cambio generalizado del criterio de la *actio nata* si de lo que se trata es de un supuesto que no se encuentra regulado en el art. 1969 CC» (*idem*, p. 115). Por

efectuada por el Tribunal Supremo que introduce un criterio normativo-subjetivo se circunscribe, a día de hoy, a algunos supuestos de error en que se aplica el artículo 1301, 2º CC; no a todos⁸⁰. O, dicho en otros términos: con la interpretación correctora mantenida tras la reforma de 2015 y fundada en las razones ya señaladas (cfr. epígrafe 3.4), el Tribunal Supremo ni está cambiando el principio general del artículo 1969 CC ni está introduciendo de manera general el criterio subjetivo en la interpretación del inicio del *dies a quo*; competencia reservada única y exclusivamente al legislador. Tal variación sería forzar el contenido del Código, aun cuando responda a un loable deseo de justicia o de compensar la deficiente técnica legislativa.

Además, ha de tenerse en cuenta, de una parte, que el referido criterio normativo-subjetivo aun cuando pueda parecer más justo también tiene sus limitaciones. Buena prueba de ello es que ha suscitado no pocos conflictos: son decenas las resoluciones del Tribunal Supremo sobre él. De otra parte, también ha de repararse en que tal criterio se ha aplicado mayoritariamente por la jurisprudencia respecto de la caducidad; excepcionalmente en relación con la prescripción⁸¹. Ello resulta razonable pues en este último instituto existe posibilidad de interrupción, a diferencia de aquel

su parte, GILI SALDAÑA («Nulidad de un contrato de seguro de vida *unit linked* multiestrategia por error vicio del consentimiento. Sentencia de 12 de enero de 2015», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 99, septiembre-diciembre, 2015, p. 337) indica que «el requisito de la *actio nata* subyace en el artículo 1301, siguiendo la línea del artículo 1969 CC».

⁸⁰ A mi juicio, y junto con lo señalado páginas atrás respecto de los distintos tipos de contrato, resulta elocuente el párrafo de la STS de 9 de julio de 2019: «en la interpretación del art. 1301, 2º CC, la jurisprudencia ha mantenido que el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr “desde la consumación del contrato”, y no antes (...). Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, por ejemplo una participación preferente, puede ser que al tiempo de la consumación del negocio todavía no haya aflorado el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado. *Es en estos casos*, en que la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, entendió que el momento de inicio del cómputo del plazo debía referirse a aquel en que el cliente hubiera podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo» (cursiva añadida). Es, por tanto, únicamente *en tales casos*. Tal estado de cosas no empece mantener la conclusión señalada: la adición tras la reforma de 2015 de un nuevo supuesto —error en contratos financieros complejos— a los en que ya se aplica el criterio subjetivo (cfr. nota nº 38) no supone la asunción de tal criterio como general. Ni lo mismo cabe deducir de la modificación parcial operada por la Ley 42/2015.

⁸¹ A este respecto, las resoluciones sobre prescripción que se destacan son todas del mismo ponente (ORDUÑA MORENO) en doctrina que, entiendo, no se ha reiterado posteriormente: la STS de 11 de diciembre de 2012 sobre un supuesto de doble venta, la STS de 21 de junio de 2013 respecto de un caso de responsabilidad civil extracontractual, la STS de 2 de diciembre de 2013 donde se cita tal doctrina al hilo de un supuesto de caducidad de la acción de filiación y sin constituir la razón del fallo, o, finalmente, la STS de 14 de enero de 2014 en un caso de responsabilidad contractual. El transcurso de los años evidencia que no se trata de una jurisprudencia consolidada como en su día, y a la vista de la publicación de tales resoluciones, razonablemente entendió MARÍN LÓPEZ («El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», *cit.*, p. 94).

donde los plazos corren de manera inexorable (cfr. STS de 5 de julio de 2010)⁸². Incluso, si se quiere, podría argumentarse que respecto de la prescripción existe un criterio legal claro contenido en el artículo 1969 CC, sin que ocurra lo mismo con relación a la figura no regulada positivamente de la caducidad, aun cuando no sea esa una afirmación pacífica en la doctrina⁸³. Sea como fuere, lo que es claro es que, se valore como se prefiera la actuación del Supremo —«reinterpretación», «excepción», «derogación», «aplicación correcta»—, la «apertura» o aplicación del criterio normativo-subjetivo tras la reforma de 2015 única y exclusivamente se ha realizado de manera estable y no puntual en materia de caducidad y en relación con el error en contratos financieros complejos.

En definitiva, a mi juicio, la deficiente técnica legislativa de la reforma operada por la Ley 42/2015 en materia de prescripción no permite entender que haya habido un cambio de criterio para el cómputo del *dies a quo*: la regla general sigue siendo la de la «*actio nata*». Que el criterio subjetivo fuese el lógico y deseable ante la reducción de plazos no es suficiente justificación para su introducción generalizada por medio de la interpretación. El Código dispone lo que dispone, y ha de ser el propio legislador el que deba corregir los errores generados: dar entrada por la vía interpretativa a un nuevo criterio general suscitará más conflictos pues no supone una recuperación *in totum* de la coherencia del sistema. En tal sentido, la interpretación del Tribunal Supremo, que desde tal reforma única y exclusivamente se ha efectuado de manera novedosa y regular en casos de error en materia de caducidad y en atención al carácter complejo

⁸² Vid. el supuesto que recoge la STS de 10 de octubre 2016 donde, con fundamento en la imposibilidad legal de promover un proceso civil respecto del mismo hecho sobre el que pendía uno penal sobre alzamiento de bienes, en el principio *pro actione* y en el de evitar gastos innecesarios, se admitió la suspensión del plazo de caducidad de una acción de rescisión por fraude. En contra del criterio de la sala, el voto particular elaborado por PANTALEÓN PRIETO se pronuncia a favor de la no suspensión de la caducidad pues el actor podía haber ejercitado la rescisión por vía extrajudicial, lo cual «no parece una carga excesiva».

⁸³ El argumento citado en el texto jugaría a favor de no considerar como «excepcional» la interpretación normativo-subjetiva que el Tribunal Supremo ha mantenido en las sentencias mencionadas en este trabajo. Ahora bien, como se indica en el texto, se ha defendido que el artículo 1969 CC tiene una «eficacia expansiva»: opera no solo en los supuestos de prescripción en que no haya regla especial sobre el inicio del cómputo, sino también «en los de caducidad que carezcan de una regla específica» (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Consideraciones en torno a la regulación de la prescripción en el Código civil y en la Ley General Tributaria», en VVAA, *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, tomo I — coords. BÁEZ MORENO y JIMÉNEZ-VALLADOLID—, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1249; en el mismo sentido GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, cit., pp. 247-248, RUBIO TORRANO, Enrique, «La caducidad en el Derecho civil español», en VVAA, *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 58, RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código Civil Español...*, cit., p. 219, y DE PABLO CONTRERAS, «Comentario al artículo 1961 del Código civil», cit., p. 1523). En la jurisprudencia así lo aplica, entre otras, la STS de 16 de febrero de 1993 cuando afirma que «ha de aplicarse por analogía lo dispuesto en el art. 1969 del mismo texto legal, dada la natural y estructural semejanza de ambas instituciones» (caducidad y prescripción).

de algunos contratos financieros, responde a razones de justicia, pero no a un criterio lógico-formal. Responde a la buena fe y a no privar de acción a su titular, pero no deja de ser una interpretación correctora de la norma. Lo que se ha de hacer entonces es: modificar la ley para enderezarla evitando caer en un Derecho judicial, reparar los conflictos que tal interpretación suscita y devolver la coherencia al sistema. De lo contrario, tanto la prescripción como la caducidad, que debieran servir para aportar seguridad jurídica pacificando el tráfico, se convertirán, por la deficiente técnica legislativa y las dudas interpretativas que engendran, en fuente constante de litigios⁸⁴.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, Alicia,

- «Ahora toca a los *unit-linked*. ¿Un nuevo *tour de force* del TS para impedir el sano resultado de que los inversores asuman sus pérdidas?», *Centro de Estudios de Consumo*, 2015. Disponible en: <https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/SEGUROS/segurosALICIA/32.pdf> [último acceso: 19 de marzo de 2024].
- *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La prescripción extintiva*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2004.

ARSUAGA CORTÁZAR, José, «Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud», en VVAA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil* —dir. MARÍN CASTÁN—, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1270-1290.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., «Tutela judicial efectiva y naturaleza y prescripción de la acción indemnizatoria en caso de actuaciones penales previas (a propósito de la STC 198/2000, de 14 de julio)», *Derecho Privado y Constitución*, 2000, nº 14, pp. 7-20.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Consideraciones en torno a la regulación de la prescripción en el Código civil y en la Ley General Tributaria», en VVAA, *Tratado sobre*

⁸⁴ Como destaca MALAURIE («Exposición de motivos al Título XX» [“De la prescripción y de la posesión”] del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligación y del Derecho de la prescripción en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho e la prescripción: [Estudio preliminar y traducción]», *Anuario de Derecho civil*, 2007-II, p. 834): «la prescripción, que debería ser un elemento de pacificación de las relaciones humanas y de su dinamismo, ha devenido así en razón de su duración excesiva, de su multiplicidad y de sus incertidumbres, en una causa de estancamiento de la actividad y una fuente abundante de litigios».

la Ley General Tributaria, tomo I —coords. BÁEZ MORENO y JIMÉNEZ-VALLADOLID—, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1243-1269.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Causas de invalidez del contrato», en VVAA, *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I —coords. VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ—, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 459-546.

BUSTO LAGO, José Manuel, *El contrato de permuta financiera como instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, Cizur Menor.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho e la prescripción: (Estudio preliminar y traducción)», *Anuario de Derecho civil*, 2007-II, pp. 621-848.

CAÑIZARES LASO, Ana,

- *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001.
- «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 4, octubre-diciembre, 2018, pp. 89-138.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, 3ª ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2021.

CASASAYAS RAMIS, Marta, «El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del Código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2016», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, nº 1, enero-marzo, 2017, pp. 125-161.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Comentario al artículo 1961 del Código civil», en VVAA, *Comentarios al Código civil*, tomo IX —dir. BERCOVITZ—, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13272-13300.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (Sección de Derecho civil), *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2009.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario a los artículos 1930, 1961 y 1969 del Código civil», en VVAA, *Código Civil Comentado*, vol. IV, 2ª ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 1449-1455, 1519-1526 y 1580-1581.

DEL OLMO, Pedro, «Nulidad de pleno derecho y prescripción. Cláusulas abusivas, usura y la acción de devolución de cantidades» en *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2021, <https://almacenederecho.org/nulidad-de-pleno-derecho-y-prescripcion> [último acceso: 19 de marzo de 2024].

DÍEZ-PICAZO, Luis,

- *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1964.

- *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret* 3/2009, julio, 2009, pp. 1-29.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Comentario al artículo 1969 del Código civil», en VVAA, *Comentarios al Código Civil* —dir. DOMÍNGUEZ LUELMO— Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 2134-2135.

DURÁN RIVACOBIA, Ramón, «La viabilidad de la prescripción. Acerca del *dies a quo* en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva», *Diario La Ley*, nº 10448, febrero, 2024.

GILI SALDAÑA, Marián, «Nulidad de un contrato de seguro de vida *unit linked* multiestrategia por error vicio del consentimiento. Sentencia de 12 de enero de 2015», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 99, septiembre-diciembre, 2015, pp. 307-353.

GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo, *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990.

JUAN GÓMEZ, Mateo, «Los efectos del tiempo en la acción de nulidad dirigida frente a contratos bancarios», *Diario la Ley*, nº 8255, 2014, D-85, pp. 1708-1718.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», en VVAA, *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-234.

MARÍN NARROS, Héctor Daniel, «Criterio sobre el cómputo de la caducidad de la acción de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTs de 12 de enero de 2015, de 7 de julio de 2015, de 16 de septiembre de 2015, así como en el resto de jurisprudencia dictada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 758, noviembre, 2016, pp. 3439-3460.

MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio, «Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ¿Un salto en el vacío?», *Diario La Ley*, nº 9079, 13 de noviembre de 2017, pp. 1-12.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, «El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de *soft law* y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación», *InDret* 4/2011, octubre, 2011, pp. 1-26.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, «Comentarios al Capítulo III (“De la prescripción de acciones”) del Código civil» en VVAA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXV, vol. 2 —dir. ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART—, Edersa, 1994, pp. 1-122.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap», *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 4, 2018, pp. 25-55.

RUBIO TORRANO, Enrique, «La caducidad en el Derecho civil español», en VVAA, *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 37-85.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código civil*, Granada, Comares 1997.

VÁZQUEZ GARCÍA, David, «Contratación de productos bancarios complejos: examen de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, nº 8536, 2015, D-182, pp. 1516-1541.

JURISPRUDENCIA CITADA

STS de 25 de noviembre de 1895 — ECLI:ES:TS:1895:264
STS de 24 de junio de 1897 — ECLI:ES:TS:1897:215
STS de 1 de junio de 1900 — ECLI:ES:TS:1900:87
STS de 8 de mayo de 1903 — ECLI:ES:TS:1903:1306
STS de 20 de febrero de 1928 — ECLI:ES:TS:1928:597
STS de 28 de abril de 1931 — ECLI:ES:TS:1931:1845
STS de 30 de abril de 1940 — Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1940\304
STS de 25 de abril de 1960 — ECLI:ES:TS:1960:1914
STS de 25 de enero de 1962 — ECLI:ES:TS:1962:279
STS de 24 de septiembre de 1965 — ECLI:ES:TS:1965:1046
STS de 31 de octubre de 1968 — ECLI:ES:TS:1968:2809
STS de 20 de junio de 1969 — ECLI:ES:TS:1969:116
STS de 12 de febrero de 1970 — ECLI:ES:TS:1970:511
STS de 22 de marzo de 1971 — ECLI:ES:TS:1971:197
STS de 19 de noviembre de 1973 — ECLI:ES:TS:1973:375
STS de 28 de octubre de 1974 — ECLI:ES:TS:1974:167
STS de 26 de octubre de 1979 — ECLI:ES:TS:1979:66
STS de 5 de mayo de 1983 — ECLI:ES:TS:1983:1485
STS de 11 de julio de 1984 — ECLI:ES:TS:1984:1324
STS de 27 de marzo de 1989 — ECLI:ES:TS:1989:2172
STS de 2 de junio de 1989 — ECLI:ES:TS:1989:15555
STS de 5 de marzo de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:1835
STS de 29 de mayo de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:131
STS de 30 de septiembre de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:7357
STS de 16 de febrero de 1993 — ECLI:ES:TS:1993:19036

STS de 10 de noviembre de 1994 — ECLI:ES:TS:1994:7264
STS de 12 de junio de 1997 — ECLI:ES:TS:1997:4157
STS de 10 de julio de 1999 — ECLI:ES:TS:1999:4963
STS de 24 de abril de 2000 — ECLI:ES:TS:2000:358
STS de 19 de julio de 2001 — ECLI:ES:TS:2001:6384
STS de 1 de febrero de 2002 — ECLI:ES:TS:2002:589
STS de 11 de junio de 2003 — ECLI:ES:TS:2003:4039
STS de 28 de enero de 2004 — Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2004\153
STS de 21 de marzo de 2005 — ECLI:ES:TS:2005:1757
STS de 5 de abril de 2005 — ECLI:ES:TS:2005:2012
STS de 15 de julio de 2005 — ECLI:ES:TS:2005:4836
STS de 21 de julio de 2006 — ECLI:ES:TS:2006:4427
STS de 6 de septiembre de 2006 — ECLI:ES:TS:2006:5734
STS de 12 de noviembre de 2007 — ECLI:ES:TS:2007:7451
STS de 5 de junio de 2008 — ECLI:ES:TS:2008:4416
STS de 14 de noviembre de 2008 — ECLI:ES:TS:2008:7242
STS de 25 de marzo de 2009 — ECLI:ES:TS:2009:1544
STS de 7 de junio de 2010 — ECLI:ES:TS:2010:3092
STS de 5 de julio de 2010 — ECLI:ES:TS:2010:5403
STS de 18 de junio de 2012 — ECLI:ES:TS:2012:4410
STS de 11 de diciembre de 2012 — ECLI:ES:TS:2012:9198
STS de 4 de abril de 2013 — ECLI:ES:TS:2013:1827
STS de 21 de junio de 2013 — ECLI:ES:TS:2013:6306
STS de 2 de diciembre de 2013 — ECLI:ES:TS:2013:5712
STS de 14 de enero de 2014 — ECLI:ES:TS:2014:49
STS de 21 de febrero de 2014 — ECLI:ES:TS:2014:857
STS de 12 de enero de 2015 — ECLI:ES:TS:2015:254
STS de 1 de abril de 2015 — ECLI:ES:TS:2015:2212
ATS de 1 de julio de 2015 — ECLI:ES:TS:2015:5195A
STS de 7 de julio de 2015 — ECLI:ES:TS:2015:3198
STS de 16 de septiembre de 2015 — ECLI:ES:TS:2015:4004
STS de 6 de octubre de 2015 — ECLI:ES:TS:2015:4125
STS de 3 de febrero de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:320
STS de 11 de febrero de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:434
STS de 12 de febrero de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:518
STS de 25 de febrero de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:610
STS de 15 de marzo de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:967
STS de 20 de abril de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:1654
STS de 24 de mayo de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:2133
STS de 10 de octubre 2016 — ECLI:ES:TS:2016:4412
STS de 20 de octubre de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:4539
STS de 25 de noviembre de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:5229
STS de 1 de diciembre de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:5230
STS de 5 de diciembre de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:5311

STS de 19 de diciembre de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:5378
STS de 20 de diciembre de 2016 — ECLI:ES:TS:2016:5538
STS de 13 de enero de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:32
STS de 27 de febrero de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:720
STS de 2 de marzo de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:794
STS de 3 de marzo de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:702
STS de 4 de abril de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:1334
STS de 9 de junio de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:2263
STS de 27 de junio de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:2571
STS de 12 de julio de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:2837
STS de 20 de julio de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:3016
STS de 10 de noviembre de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:3930
STS de 30 de enero de 2018 — ECLI:ES:TS:2018:205
STS de 5 de febrero de 2018 — ECLI:ES:TS:2018:221
STS de 19 de febrero de 2018 — ECLI:ES:TS:2018:398
STS de 9 de mayo de 2018 — ECLI:ES:TS:2018:1622
STS de 3 de julio de 2018 — ECLI:ES:TS:2018:2635
STS de 17 de octubre de 2018 — ECLI:ES:TS:2018:3514
STS de 22 de octubre de 2018 — ECLI:ES:TS:2018:3516
STS de 19 de diciembre de 2018 — ECLI:ES:TS:2018:4250
STS de 4 de abril de 2019 — ECLI:ES:TS:2019:1089
STS de 24 de abril de 2019 — ECLI:ES:TS:2019:1316
STS de 23 de mayo de 2019 — ECLI:ES:TS:2019:1597
STS de 9 de julio de 2019 — ECLI:ES:TS:2019:2338
STS de 17 de diciembre de 2019 — ECLI:ES:TS:2019:4196
STS de 3 de febrero de 2020 — ECLI:ES:TS:2020:169
STS de 12 de febrero de 2020 — ECLI:ES:TS:2020:392
STS de 26 de mayo de 2020 — ECLI:ES:TS:2020:1227
STS de 8 de junio de 2020 — ECLI:ES:TS:2020:1626
STS de 22 de junio de 2020 — ECLI:ES:TS:2020:2014
STS de 24 de junio de 2020 — ECLI:ES:TS:2020:1998
STS de 24 de junio de 2020 — ECLI:ES:TS:2020:2057
STS de 20 de julio de 2020 — ECLI:ES:TS:2020:2742
STS de 12 de noviembre de 2020 — ECLI:ES:TS:2020:3632
STS de 10 de mayo de 2021 — ECLI:ES:TS:2021:1573
STS de 24 de enero de 2022 — ECLI:ES:TS:2022:184
STS de 14 de febrero de 2022 — ECLI:ES:TS:2022:555
STS de 21 de febrero de 2022 — ECLI:ES:TS:2022:629
STS de 2 de marzo de 2022 — ECLI:ES:TS:2022:936
STS de 4 de mayo de 2022 — ECLI:ES:TS:2022:1712
STS de 20 de diciembre de 2022 — ECLI:ES:TS:2022:4731
STS de 20 de diciembre de 2022 — ECLI:ES:TS:2022:4790
STS de 3 de julio de 2023 — ECLI:ES:TS:2023:3161
STS de 3 de julio de 2023 — ECLI:ES:TS:2023:3175

STS de 3 de julio de 2023 — ECLI:ES:TS:2023:3183
STS de 3 de julio de 2023 — ECLI:ES:TS:2023:3318
STS de 21 de julio de 2023 — ECLI:ES:TS:2023:3477
STS de 21 de julio de 2023 — ECLI:ES:TS:2023:3538

SAP de León de 15 de mayo de 2014 — ECLI:ES:APLE:2014:450

STC 147/1986, de 25 de noviembre (RTC 1986\147)
STC 148/2007, de 18 de junio (RTC 2007\154)

STJUE 16 de julio de 2020

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=228668&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir&occ=first&part=1&cid=9811226>

STJUE 25 de enero de 2024

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=282063&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5978925>

Fecha de recepción: 20.09.2023

Fecha de aceptación: 25.03.2024