



A S O C I A C I O N  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL  
ORDEN CIVIL  
Nº 8 OCTUBRE 2016  
EDICIÓN: AJFV  
MAQUETADO Y  
DISTRIBUCIÓN:  
Secretaría AJFV  
DIRECCIÓN:  
COMITÉ NACIONAL  
COORDINACIÓN:  
Natalia Velilla Antolín



## ÍNDICE

**1.- Los Bonos necesariamente convertibles en acciones son un producto financiero complejo que exige una información activa al cliente por parte de la comercializadora.**

STS Sala Primera, de 17 de junio de 2016  
Sentencia nº: 411/2016  
Recurso nº: 1974/2014

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ARSUAGA CORTÁZAR, Presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria.

**2.- Las cláusulas abusivas no denunciadas (o denunciadas con resultado desestimatorio) en sede de oposición: posibilidad de impugnarlas en un declarativo posterior.**

Artículo jurídico elaborado por D. ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA. Profesor de Derecho Procesal. Universidad de Zaragoza.

**1.- STS SALA PRIMERA, DE 17 DE JUNIO DE 2016**

**SENTENCIA N°: 411/2016**

**RECURSO N°: 1974/2014**

**JOSÉ ARSUAGA CORTÁZAR**

*Los bonos necesariamente convertibles en acciones constituyen un producto o instrumento financiero complejo que exige un alto estándar de información para su comercialización al cliente minorista. La información tiene que ser activa y no de mera disponibilidad, debe ofrecerse con suficiente antelación y ser comprensiva de tres elementos o circunstancias: qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia. Su incumplimiento permite presumir el error/vicio en el consentimiento como motivo para declarar la nulidad contractual.*

**COMENTARIO**

**A) RESUMEN DE ANTECEDENTES.**

El Grupo Empresarial Alcor, S.L., dedicado a la fabricación de equipos, componentes y piezas de automoción y construcción de aeronaves -sin que sus administradores tuvieran formación financiera específica en productos de riesgo-, recibió la oferta en noviembre de 2010 de un empleado del Banco Popular, S.A., para adquirir unos bonos subordinados con vencimiento a tres años necesariamente convertibles en acciones, con un cupón trimestral del 8% T.A.E. Entre los elementos más característicos de la promoción se indicaba, en relación con la conversión de los bonos en acciones, que el precio de la conversión sería la media aritmética de los precios de cierre de la acción de Banco Popular, S.A., correspondiente a los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la finalización del periodo canje voluntario correspondiente o vencimiento de los bonos.

El 19 de noviembre de 2010, tras perfeccionarse un contrato de depósito y administración de valores en la que se clasificó al cliente como minorista,

se firmó la orden de suscripción de 2.000 bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del Banco Popular por importe de 2.000.000 de euros con vencimiento el 17 de diciembre de 2013 y un cupón trimestral del 8%. El 11 de junio de 2012 el Banco Popular comunica a su cliente la conversión obligatoria anticipada –conforme a lo establecido en la nota de valores registrada en la CNMV- de todos los bonos en acciones, con un valor nominal de 0,10 euros. En la fecha de conversión las acciones cotizaban a 1,99461 euros y en la fecha de admisión a cotización a 1,4840. Grupo Alcor presentó demanda en la que interesaba, de forma principal, la nulidad del contrato de adquisición del producto por error/vicio del consentimiento; subsidiariamente, su resolución. La sentencia de primera instancia estima la acción principal y declara la nulidad del contrato. La sentencia de segunda instancia desestima el recurso del banco, que interpone recurso por infracción procesal y de casación.

## **B) RESUMEN/COMENTARIO DE LA SENTENCIA.**

Obviando el desestimado recurso por infracción procesal, la sentencia del TS desestima de forma muy ordenada los cuatros motivos de casación que, al tiempo, sirven para formular cuatro conclusiones trascendentes.

1.- Niega, en primer lugar, el TS, que el demandante inicial tuviera la categoría de cliente profesional. A falta de una clasificación específica para formalizar el contrato de autos se ratifica la decisión de la Audiencia de calificarlo como minorista por la propia consideración atribuida por el banco al suscribir el contrato de depósito y administración de valores, de un lado, y por la propia estructura empresarial y su previa actividad inversora ( en cuanto que consta probado que había contratado previamente diversos productos de inversión, de escaso riesgo, sin ánimo especulativo y nunca de larga duración), del otro. Tras indicar que la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, que modificó la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (para transponer la normativa MiFID ), introdujo el nuevo art. 78 bis LMV que obliga a clasificar al cliente en las categorías de minorista, profesional y

contraparte elegible, recuerda con claridad que al cliente minorista se le debe otorgar el máximo nivel de protección.

2.- Considera, en segundo lugar, que el contrato tenía por objeto un producto o instrumento financiero complejo ( que se caracteriza por conllevar mayor riesgo y menor liquidez, con una acusada dificultad para el entendimiento de sus características y riesgos ), de acuerdo a la clasificación de los productos financieros del art. 79 bis 8 a) LMV ( actual art. 217 TRLMV ), precisamente por no encontrarse los bonos necesariamente convertibles en acciones en las excepciones previstas en dicho precepto. Todavía más: el producto es arriesgado. La consecuencia es la obligación de la comercializadora de ofrecer una información especialmente cuidadosa: debe quedarle claro al cliente que a pesar de que inicialmente que en un primer momento funciona como un depósito remunerado a tipo fijo, al final, por la conversión en acciones, implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión.

3.- En tercer lugar, el TS recuerda su doctrina sobre la combinación entre los deberes de información y el error/vicio en los contratos de inversión (SSTS Pleno 20.1.2014 y 12.1.2015, y las de 16.9.2015 y 25.2.2016), destacando que el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional no determina por sí la existencia del error vicio –puede que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto-, pero sí permite presumirlo.

4.-Por último, las consideraciones más valiosas y trascendentes de la sentencia se exponen al tratar de la debida información sobre los riesgos. Recuerda inicialmente que las empresas que ofrecen esta clase de productos deben observar unos estándares muy altos en la información que debe ofrecerse, indicando como esencial (nunca accesoria) la que estriba sobre tres cuestiones: qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia el riesgo. Por eso, lo relevante en los bonos necesariamente convertibles en acciones no está en la información relativa a

lo que suceda a partir del canje –porque al recibir acciones debe ser el cliente consciente de su fluctuación u oscilación al alta o a la baja- sino en lo que sucede antes, de tal grado que el error relevante consiste en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, pues de ello se deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. Reiterando: debe informarse del procedimiento de cálculo del número de acciones que se recibirán en la conversión y si este número de acciones se calculase de acuerdo a su precio de cotización, el momento que servirá de referencia para fijar su valor cuando no coincida con el instante de la conversión (pues precisamente recae sobre el inversor el riesgo de depreciación de las acciones entre ambos momentos). La exigencia de esta información, y de hacerla con suficiente antelación, no se cumple cuando se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente (y, en el caso, existió labor de asesoramiento), como en el caso sucedió, a lo que se añade que ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra del producto era adecuada, además de prerredactada, porque no explicaba adecuadamente las condiciones anteriores (tampoco lo hacía el tríptico, es decir, el resumen del folleto). Finalmente, se insiste en que la obligación de información es activa, no de mera disponibilidad; es la entidad que presta los servicios de inversión la obligada, no los clientes quienes deben averiguar y formular preguntas, quienes deben confiar en el asesoramiento implica que no se está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Culmina afirmando: el hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas, no los convierte en clientes expertos.

**Referencia CENDOJ: ROJ: STS 2894/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2894**

## **2.- LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DENUNCIADAS (O DENUNCIADAS CON RESULTADO DESESTIMATORIO) EN SEDE DE OPOSICIÓN: POSIBILIDAD DE IMPUGNARLAS EN UN DECLARATIVO POSTERIOR**

**ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA**

*Como es sobradamente conocido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en interpretación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ha supuesto profundas transformaciones en nuestro proceso civil. La doctrina del Tribunal comunitario ha alterado sustancialmente la dinámica de la ejecución forzosa, al permitir discutir en su seno la validez o nulidad de las cláusulas supuestamente abusivas que pudiera contener el título ejecutivo; e, igualmente, ha "dado la vuelta" a principios y reglas que hasta hace poco se consideraban axiomáticos en nuestro modelo de enjuiciamiento civil, como son los principios dispositivo y de aportación de parte, la preclusión y la cosa juzgada.*

*El objeto de este trabajo versa sobre las dos últimas instituciones aludidas y el modo en que se han visto afectadas por la jurisprudencia supranacional en materia de cláusulas abusivas. Más precisamente, se abordará en estas líneas un tema ciertamente polémico, como es la posibilidad de impugnar a través de un proceso declarativo aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo no se denunció tempestivamente por el cauce de la oposición a la ejecución, o se denunció pero fue desestimado por el juez ejecutor. Aunque se encuentra muy extendida la tesis impeditiva de dicha posibilidad, al amparo de la vieja jurisprudencia (remozada por las SSTS de 24 de noviembre y 12 de diciembre de 2014) defensora de la fuerza de cosa juzgada del auto resolutorio de la oposición, la jurisprudencia comunitaria ofrece elementos que abonan un diverso enfoque y que, en cualquier caso, obligan a reconsiderar aquel criterio.*

## **EFECTOS PRECLUSIVOS Y DE COSA JUZGADA DERIVADOS DEL INCIDENTE DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN: UN DEBATE TODAVÍA ABIERTO**

Según el art. 561.1 LEC, el auto que resuelve la oposición a la ejecución por motivos de fondo (entre los cuales se incluye la presencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo) se dicta "a los solos efectos de la ejecución". Esta expresión evoca sin lugar a dudas la eficacia intraprocesal del citado auto, el cual no impide ni prejuzga el debate sobre los hechos fundamentadores de la oposición que, posteriormente, pudiera acometerse en un declarativo. Y ello, a pesar de lo que diga el art. 564 LEC: lo que este precepto dice (posibilidad de alegar en un declarativo hechos distintos de los contemplados como causas de oposición) no puede entenderse como una prohibición de lo que omite (posibilidad de alegar también los que sí están previstos entre dichas causas). El mero silencio no es sinónimo de prohibición, y más cuando esa prohibición contradice lo que claramente prescribe el art. 561.1: los preceptos deben ser objeto de una interpretación sistemática y conciliadora que no engendre antinomias ficticias entre ellos.

Esta solución es congruente con la naturaleza sumaria del incidente de oposición y la consiguiente ausencia de cosa juzgada del auto que lo resuelve, que en mi opinión dejan expedito el camino para revisar la validez o nulidad de las cláusulas presuntamente abusivas en el correspondiente proceso declarativo. Sin embargo, no hay que olvidar la conocida interpretación jurisprudencial en virtud de la cual el mencionado auto produciría una cosa juzgada parcial, circunscrita a aquellas excepciones que se alegaron o pudieron alegarse en el trámite de oposición. Según esta interpretación, los motivos previstos como causa de oposición que no se adujeron por este cauce o que, aducidos, fueron desestimados por el juez ejecutor se considerarían definitivamente zanjados y no podrían invocarse en un posterior proceso declarativo.

Esta doctrina, surgida durante la vigencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil en interpretación de su art. 1479, ha sido revalidada por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de noviembre de 2014 (RJ 2014/5985), a la que poco después se sumó, en idéntico sentido, la de 12 de diciembre de 2014 (RJ 2015/53). Conviene subrayar que en los supuestos que dieron lugar a estas sentencias ninguno de los ejecutados tenía la condición de consumidor. De ahí que sea dudosa (como intentaré justificar a continuación) la aplicabilidad de esta doctrina cuando el declarativo posterior se funde en la nulidad total o parcial del título por contener cláusulas abusivas.

A este respecto, no parece razonable que un instrumento establecido en beneficio del ejecutado, para procurarle una tutela *in extremis* frente a los casos más graves de ilicitud de la ejecución, se acabe convirtiendo en un perjuicio para aquél, al compelerle a ejercitar en pocos días y precipitadamente (bajo pena de preclusión) derechos sometidos a plazos de prescripción mucho más amplios. El incidente de oposición no supe, sino que complementa la tutela ordinaria dispensada a través del proceso declarativo: añade un plus a esa tutela, no la sustituye. Un remedio excepcional o de urgencia no puede reemplazar en ningún caso al medio normal de definición de los derechos subjetivos, que es el proceso de declaración.

Por otra parte, aunque la citada doctrina del Tribunal Supremo pudiera ser asumible con carácter general, es dudoso que la misma sea respetuosa con el principio de efectividad cuando la parte ejecutada sea un consumidor. Es discutible que en estos casos opere la regla de preclusión del art. 400 LEC y, en consecuencia, deba impedirse al consumidor que no instó el incidente de oposición impugnar las cláusulas contractuales en un ulterior proceso plenario. Esto sería tanto como dejar el medio de tutela de que deba servirse el adherente consumidor a la voluntad del predisponente: si éste no insta la ejecución, el consumidor podrá ejercitar la acción de nulidad de cláusulas abusivas sin sujeción a plazo, por ser aquélla imprescriptible; en

cambio, si el predisponente opta por ejecutar, el consumidor se verá constreñido a denunciar esas mismas cláusulas en el angosto plazo de diez días y, además, deberá lidiar con las premuras procedimentales y las limitaciones probatorias propias del incidente de oposición. Este planteamiento, a mi juicio, no resulta acertado: no ha de ser el predisponente de un pacto abusivo quien determine a su arbitrio las posibilidades defensivas del adherente y no ha de ser él quien unilateralmente, por su mera decisión de instar la ejecución, le cierre a su contraparte la posibilidad de discutir la validez del título en un proceso de cognición plena.

Finalmente, la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo a las demandas de nulidad de cláusulas abusivas que no fueron denunciadas en el trámite de oposición a la ejecución sería contraria a ciertos pronunciamientos del TJUE recaídos en supuestos similares. A este respecto, cabe observar un paralelismo entre el supuesto que aquí se aborda y el enjuiciado por la STJCE de 26 de octubre de 2006 (asunto C-186/05). En dicha sentencia el Tribunal comunitario examina la posibilidad de que una consumidora, que no alegó el carácter abusivo de una cláusula de sumisión a arbitraje en el procedimiento arbitral, invoque ese carácter abusivo como base de la ulterior acción de impugnación contra el laudo finalmente dictado. El Tribunal considera que el objetivo perseguido por el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, que exige a los Estados miembros garantizar que los consumidores no quedarán vinculados por las cláusulas abusivas, no podría alcanzarse si el órgano judicial que conoce de la acción de impugnación no estuviera facultado para apreciar la nulidad del laudo, debido únicamente a que el consumidor no invocó la nulidad del convenio arbitral en el marco del procedimiento de arbitraje (apartado 30). De esta forma, la protección del consumidor frente a posibles cláusulas abusivas se sitúa por encima de la regla de preclusión del art. 6 de la Ley de Arbitraje, en cuya virtud se consideran tácitamente renunciadas las facultades de impugnación del laudo cuando la parte no haga valer tempestivamente, dentro del procedimiento arbitral, la inobservancia de los requisitos relativos al convenio. Trasladando esta solución al supuesto que nos ocupa, no parece que la regla de preclusión del art. 400 LEC sea un

impedimento para que el consumidor entable una demanda fundada en posibles cláusulas abusivas ni para que el juez aprecie la nulidad de éstas, aun cuando el consumidor no las hubiera invocado incidentalmente en el seno de la ejecución.

### **OBJECIONES A LA POSIBILIDAD DE DEDUCIR EN EL DECLARATIVO CUESTIONES NO PLANTEADAS O RECHAZADAS EN LA OPOSICIÓN: POSIBLES ABUSOS POR PARTE DEL EJECUTADO**

Tal vez cupiera reprochar a la postura que aquí se sostiene el posible favorecimiento de estrategias de dudosa legitimidad por parte del ejecutado, que frecuentemente se ve tentado -sobre todo cuando es su vivienda habitual la que está en juego- de denunciar "a la desesperada" presuntos abusos contractuales en los momentos más "sensibles" de la ejecución hipotecaria (especialmente, en vísperas de la subasta o incluso del acto del lanzamiento) con el claro propósito de lograr una suspensión de última hora. Sin embargo, a mi juicio, este temor es infundado básicamente por dos razones: en primer lugar, la admisión de la demanda del declarativo carece en principio de efectos suspensivos<sup>1</sup> y, por tanto, no tiene por qué afectar al normal desarrollo de la ejecución hipotecaria; en segundo lugar, si se acepta la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución forzosa en concepto de medida cautelar<sup>2</sup>, los presupuestos del art. 728 LEC (peligro en la demora,

---

<sup>1</sup> No comparto, a este respecto, la posibilidad de suspender el curso de la ejecución por prejudicialidad civil al amparo del art. 43 LEC. La única hipótesis de prejudicialidad contemplada en sede ejecutiva es la prejudicialidad penal, que sólo da lugar a la suspensión en supuestos muy concretos (arts. 569 y 697 LEC); y es lógico pensar que, si el legislador hubiera querido agregar a ella la prejudicialidad civil, lo habría hecho a rengón seguido y de forma expresa.

<sup>2</sup> Dicha suspensión podría articularse como medida cautelar innominada o atípica ex art. 727.11 LEC. A la luz de este precepto resulta evidente la adopción de un sistema de *numerus apertus*, que permite al juez configurar medidas cautelares diversas de las expresamente previstas.

apariencia de buen derecho y caución) constituirán un eficaz filtro frente a solicitudes fraudulentas o temerarias. A este respecto, la práctica consistente en retrasar la petición de la suspensión cautelar hasta los trámites postreros del procedimiento ejecutivo hallará un importante escollo en el art. 728.1.II LEC, que proscribe la adopción de medidas cautelares tendentes a alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo. Igualmente habrá que verificar la proporcionalidad de la medida (art. 726.2<sup>a</sup> LEC), que difícilmente concurrirá cuando la cláusula cuestionada represente un porcentaje reducido o poco significativo de lo que se reclama.