

NULIDAD DE LOS CONTRATOS SWAP: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES.

Ricard Tàsies

(Conferencia dictada el 3 de octubre de 2011 en el Colegio de Abogados de Barcelona y organizada por el Grupo de Abogados Jóvenes y la Comisión de Cultura).

1.- Los swap de tipos de interés como producto financiero derivado.

El swap es una modalidad contractual de lo que se conoce como «derivados financieros», es decir un producto cuyo valor depende de otro activo denominado activo subyacente. Se basa en el acuerdo entre dos partes de intercambiarse flujos de pagos periódicamente mediante la aplicación de unos coeficientes dispares sobre el valor del activo subyacente en un momento determinado y con la finalidad de verse ambas partes favorecidas. Los hay de muchas clases: sobre acciones, warrants, índices de bolsa, materias primas, metales preciosos...

El swap de tipos de interés (*Interest Rate Swap* o IRS), en concreto, es un producto financiero mediante el cual dos partes (normalmente un banco y una empresa o particular, aunque en sus orígenes estaba pensado para empresas) acuerdan intercambiarse los flujos de pagos que resulten de aplicar a un capital determinado (denominado «nacional») unos tipos de interés determinados, normalmente para una parte fijo y para la otra variable y referenciada a un sistema conocido, como por ejemplo el Euribor.

La finalidad es la de mejorar la financiación de la empresas de forma que una oscilación al alza de los tipos de interés por encima del convenido en los préstamos de que sea titular se compense con lo que perciba de la otra parte en aplicación del swap; y viceversa, en el supuesto de descenso del tipo de referencia, se compense con los pagos a la entidad financiera, de forma que el coste de la financiación sea equilibrado.

En teoría el funcionamiento es sencillo y tiene una pequeña dosis de aleatoriedad perfectamente asumible. Pero en la práctica ello no es así, por varios motivos:

1. Porque el pacto sobre los tipos fijos y variables se realiza de forma que el supuesto de descenso de los tipos aquel equilibrio queda roto.
2. Porque no se es consciente en el momento de firmar de que un drástico descenso rompe este equilibrio con pérdidas desproporcionadas para el cliente.
3. Porque el diseño del swap no es uniforme sino diferente para cada cliente y entidad y sus consecuencias económicas son dispares según el momento en que se hayan contratado.
4. Porque mientras el banco tiene un «techo y un suelo» para aplicar su tipo fijo (el Euribor se mueve en unos tramos concretos, por ejemplo entre 4% y el 5%), el cliente no tiene estos topes y asume el pago en un tramo claramente más amplio (por ejemplo entre el 0 % y el 4 %).

Jurídicamente, pues, se trata de un contrato de adhesión, sinalagmático, atípico y aleatorio, y se encuentra sometido a las prescripciones de la ley 24/1988 del Mercado de Valores, artículo 2.2 que regula los *contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.*

La inclusión en este precepto legal es determinante de la consideración de tales pactos como nulos cuando se vulnera la normativa bancaria aplicable, como veremos seguidamente.

2.- Deficiencias observables en la comercialización de los swap por parte de las entidades financieras.

a) Defectos genéricos del contrato swap determinantes de su nulidad.

El swap contratado por la entidad financiera (como cualquier otro producto) se puede vender o comprar. Pero no se comercializa en mercados organizados (y, por tanto fiscalizables por las autoridades financieras) sino en mercados extrabursátiles (*Over The Counter* u OTC). Es decir, en un mercado entre empresas financieras, privado, secreto y no transparente, de forma que el cliente no tiene nunca ni información ni posibilidad de controlar la valoración real del producto.

Como defectos genéricos de este tipo de contratos determinantes de su nulidad radical, debemos prestar especial atención a los siguientes:

- i. No se establece una forma clara y comprensible de la liquidación anticipada del swap, ni la facultad de intervenir en su valoración, que queda en manos de la entidad financiera.
- ii. No se establece un límite al coste de la cancelación: depende de la valoración en el mercado «privado» OTC, de los beneficios que la entidad deje de obtener según su criterio, y sin que exista tampoco un límite a los costes de cancelación, con clara vulneración del artículo 1256 CC que impide dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y cumplimiento de los contratos, y del artículo 1449 CC que veda el señalamiento del precio por uno solo de los otorgantes.
- iii. La entidad financiera no informaba en ningún momento —ni siquiera verbalmente— de los riesgos que asumía el cliente ante un escenario de bajada de los tipos de interés, lo que resulta ser una realidad a partir de octubre de 2008.
- iv. No existe no existe información precontractual alguna; el cliente firma en base a la confianza que tiene en el banco, muchas veces derivada de una larga relación con la entidad o con el director de la sucursal.
- v. Ausencia total de información sobre la situación del mercado y las posibles fluctuaciones de los tipos de interés. El banco tiene más medios que el cliente para acceder a esta información y no la transmite a sus clientes.
- vi. Ausencia de causa en el contrato (los contratos sin causa no producen efecto alguna, artículo 1275 CC), al no responder a

ningún interés concreto (no cumple la finalidad de equilibrar o mejorar la financiación de las empresas).

- vii. Publicidad engañosa, ya que los empleados del banco comercializaban el producto como un «seguro» (gratuito) para cubrir los riesgos de la subida de los tipos de interés.
- viii. Vulneración de los derechos del cliente, considerado como «minorista» a tenor de la normativa bancaria que otorga especial protección, en concreto sobre la necesidad de que la entidad se asegure de la idoneidad o conveniencia del producto para el cliente.
- ix. En el momento de la comercialización del swap las entidades bancarias disponen de información privilegiada sobre la evolución de los tipos de interés a largo plazo (curvas *Bloomberg*), lo que es esencial para valorar su conveniencia.
- x. Falta de información sobre el carácter «dinámico» del producto, en el sentido de que el coste de cancelación nunca será el mismo en los tipos de interés altos o bajos.

b) Aspectos a tener en cuenta para la acreditación del error invalidante en sede judicial, determinante la de la nulidad contractual.

Para ello no podemos perder de vista que se trata de un contrato de adhesión en el que el cliente no ha efectuado ninguna negociación más allá del establecimiento del plazo, importe del notional y tipos aplicables.

Los dos aspectos más relevantes para centrar los hechos de nuestra demanda son los siguientes:

- i. La oferta parte siempre de la entidad financiera que es quien ofrece el producto y nos convence de que es «como un seguro», aunque no es recomendable afirmar que creíamos que se contrataba un seguro, porque todo el mundo sabe lo que es y que se paga una «prima».
- ii. En los contratos figuran siempre unas cláusulas en las que entidad financiera manifiesta *no haber asesorado al cliente y no haberle recomendado el producto*. Esta cláusula carece de rele-

vancia a efectos de nulidad ya que no enerva la existencia de «error en el consentimiento» porque éste no se basa en quien toma la iniciativa de contratar sino en la falta de información por parte de la entidad.

c) Sobre el deber de información de la entidad financiera a los clientes minoristas acerca del riesgo del contrato.

- i. El cliente minorista goza legalmente de un mayor nivel de protección, y dada la complejidad técnica del producto el banco tiene la obligación *ex lege* de proporcionarle una información clara, veraz y comprensible.
- ii. Deberá cerciorarse de los conocimientos y experiencia financiera del cliente (test MiFID sobre idoneidad y conveniencia)
- iii. No puede bajo ningún concepto comercializarse el producto «como si fuera un seguro» ni una garantía ya que se trata de un producto financiero complejo.
- iv. El banco debe proporcionar información completa y comprensible sobre las liquidaciones periódicas y los costes de cancelación anticipada, así como de las expectativas futuras de la evolución de los tipos de interés.
- v. En cuanto a la información genérica sobre los «riesgos de la operación» no es suficiente la cláusula contenida en los contratos CMOF (por cierto, ampliada la cláusula 16ª en el nuevo contrato de 2009) ya que la propia CNMV considera no apropiadas tales advertencias genéricas, por lo que su plasmación en el contrato no sirve para acreditar el cumplimiento en la obligación de información.

3.- Legislación aplicable en materia de protección al cliente en productos financieros.

a) Normativa general

El artículo 79 bis 3 LMV obliga a la entidad financiera a proporcionar información a los clientes de forma comprensible sobre los instrumentos financieros y sobre las estrategias de inversión, así como los gastos y costes asociados para que se le permita comprender la naturaleza de los riesgos de la operación de forma que pueda tomar decisiones con conocimiento de causa.

El apartado tercero del punto 3 de este artículo ordena expresamente que la información incluya orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los productos.

Más específicamente el artículo 64.1 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, indica que debe proporcionarse a los clientes una descripción de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros teniendo en cuenta la clasificación del cliente como minorista o profesional.

Debe cumplirse también las normas generales sobre información financiera y publicidad y en especial las prescripciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

b) Legislación aplicable como consumidor adherido a unas condiciones generales.

La ley aplicable es la 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que en sus artículos 7 y 8 afirman que no quedarán incorporadas a los contratos las cláusulas ilegibles antiguas, oscuras e incomprensibles, o las condiciones generales abusivas.

El Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre de aprobación del texto refundido de la LGDCU establece en su artículo 80 los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, es decir, concreción, claridad y sencillez en la redacción sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Los artículo 82 y 83 LGDCU consideran como cláusulas contractuales abusivas y, por tanto, como puestas o no puestas y nulas de pleno de-

recho, aquellas que no se hayan negociado individualmente y que causen un perjuicio o desequilibrio al consumidor.

No obstante, hace falta precisar que si el demandante es una empresa y no un particular, ésta no goza de la condición de consumidor o usuario en los términos de la LCDCU, sino que su protección deriva de su calificación como cliente minorista y de la LMV.

c) Legislación específica aplicable como usuario de servicios financieros.

Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito es una norma específica aplicables a la nulidad de los swap cuando se demuestre su vulneración.

En su artículo 48.2 se establecen los principios de transparencia e información que deben observar las entidades de crédito, y la necesidad de que los contratos reflejen necesariamente y de forma clara los compromisos contraídos, así como que la publicidad incluya todos los elementos necesarios para calibrar sus verdaderas condiciones. También ordena que se facilite a los clientes suficiente información con antelación razonable para comprender las características de los productos y si se ajustan a sus necesidades.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores, reformada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE y la Directiva 2006/49/CE. De este texto legal son destacables sus artículos 78 y 79 que regulan los siguientes aspectos, todos ellos muy importantes de cara a articular nuestra demanda:

- i. las normas de conducta de la entidad financiera,
- ii. la clasificación de los clientes en minoristas o profesionales
- iii. el deber de diligencia y transparencia y la información clara imparcial y no engañosa
- iv. el deber de que la entidad financiera vele por los intereses de sus clientes como si fueran suyos propios.
- v. Mantener constantemente informados a los clientes y a formalizar los test de conveniencia e idoneidad.

Una apreciación importante: si el cliente es empresario y tiene activos de más de 20 M€ o una cifra de negocios de más 40 M€ o recursos

propios de más de 2 M€ (debe cumplir dos de las tres condiciones), entonces no es cliente minorista sino profesional.

La Orden de 25 de octubre de 1995 del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (vigente hasta el 24 de junio de 2010), relativa a la necesidad de informar expresamente y de manera clara sobre las comisiones y gastos y el conjunto de obligaciones a las que se comprometen las partes, debiéndose remitir periódicamente información al cliente y demás obligaciones de la entidad financiera, especial la entrega del documento contractual (a veces ni siquiera entregan al cliente el CMOF).

Finalmente, en ocasiones puede resultar de aplicación en Código de Conducta recogido en el anexo del Real Decreto 629/1993 (vigente hasta el 17 de febrero de 2008, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 217/2008, que antes hemos citado), y las normas de conducta también contenidas en el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, centrado todo ello en los deberes de la entidad financiera de imparcialidad, buena fe, cuidado, diligencia e información a los clientes, en especial:

- i. información para ser imparcial, clara, no engañosa, suficiente y comprensible.
- ii. su clasificación.
- iii. Información con antelación suficiente a la firma del contrato.
- iv. naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros
- v. riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.

4.- Las demandas de nulidad, su contenido y características.

a) Exposición de los hechos de la demanda.

La demanda se fundamenta en una nulidad del contrato basada en el error en el consentimiento y su carácter excusable. La exposición de los hechos de la demanda debe tener un orden lógico que evidencie el error excusable a través de la falta de información. Por lo tanto enten-

demos que el *iter* lógico de exposición de los hechos podría ser el siguiente:

- i. En primer lugar una exposición somera sobre las características del contrato y de su funcionamiento, sin extenderse demasiado.
- ii. Alegaciones relativas a la vinculación «efectiva» del swap con otras operaciones financieras con la entidad de crédito.
- iii. Falta de conocimiento de los riesgos de la operación, ya que la entidad financiera le convenció para suscribir el producto «como si fuese un seguro» no informándole del riesgo real.
- iv. Ausencia de negociaciones preliminares y de información suficiente en la fase precontractual como primer requisito sobre la falta de elementos esenciales del contrato como motivo de nulidad (artículos 1261, 1º CC —consentimiento— y 1265 CC —nulidad—).
- v. Ausencia de información en la fase contractual, lo que hace imposible la formación de la voluntad libre y consciente para contratar.
- vi. Consideración del cliente con parte contractual minorista al amparo de la LMV en relación con el contrato swap (artículo 2º Y artículo 78 bis LMV, modificado por la Ley 47/2007), alegando que el cliente carece de conocimientos y formación necesaria para suscribir un swap así como para valorar debidamente su riesgo atendida la complejidad del producto.
- vii. Alegación sobre la falta de obligación de diligencia y transparencia de la entidad de crédito (artículo 79 bis LMV).
- viii. Ausencia de información imparcial, clara y no engañosa (artículo 79 LMV).
- ix. Y, finalmente, las muy necesarias alegaciones sobre la ausencia de información sobre los riesgos asociados, ausencia completa de información sobre la cancelación del producto y falta de información durante la vigencia del contrato de la evolución de los tipos de interés.

b) El error en el consentimiento como vicio invalidante

El acreditamiento de los hechos anteriores ha de concluir necesariamente en la estimación del error en el consentimiento y su carácter excusable como causa determinante de la nulidad.

El argumento clave para la alegación y demostración del error excusable (refrendado por numerosa jurisprudencia) es el siguiente: tratándose de un producto de inversión «complejo», la diligencia exigible al cliente es la «usual» y, desde luego, menor que la exigible a la entidad financiera, ya que está obligada por ley (artículo 79 LMV) a defender los intereses de sus clientes como los suyos propios.

c) La normativa MiFID.

La normativa MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*) deriva del intento de la Unión Europea de armonizar las disposiciones sobre contratación de productos financieros. La MiFID desarrolla la Directiva 2006/73/CE y el Reglamento 1287/2006 de la Comisión. En España está en vigor desde el 1 de noviembre de 2007 (de hecho antes porque el Reglamento es directamente aplicable) y, más en concreto, después de la reforma de la LMV mediante Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

Básicamente es la cumplimentación de un test sobre dos aspectos fundamentales: el denominado *test de conveniencia* (para la contratación de productos financieros de riesgo) y el *test de idoneidad* (más específicamente centrado en la actividad inversora del cliente y en la gestión de su cartera).

En este test se debe clasificar el cliente, según el tipo de producto contratado, como minorista o profesional y calificar el producto como complejo.

En concreto —y para los swaps de tipos de interés— la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores ha dictado normas relativas a la necesidad de que el test no sea un simple formulario sino un documento que contenga un análisis exhaustivo del cliente para evaluar conocimientos, experiencia y nivel de formación del cliente, «no pudiéndose presumir estos conocimientos y experiencia».

Normalmente los test MiFID y, en especial, el test de conveniencia que vienen realizándose después de 2007 son estandarizados, incompletos y parciales, y no respetan la estructura básica del test definida en el apartado 1 del artículo 37 de la Directiva 2006/73/CE.

d.- Importancia o no del dictamen pericial.

Creemos que es importante disponer de un dictamen pericial y aportarlo ya con la demanda, debiendo estudiar, al menos, los siguientes puntos:

- i. Si el instrumento financiero es adecuado para el cliente y qué beneficio obtiene el banco en su contratación.
- ii. Si se detalla con claridad los riesgos y la fórmula de liquidaciones periódicas y sobre todo la cancelación anticipada.
- iii. Si el contrato cumple la normativa MiFID.
- iv. Si el contrato es equilibrado para ambas partes.
- v. Si cumple las expectativas de garantizar las variaciones del tipo de interés en relación con el préstamo concedido al cliente.
- vi. Explicación de las consecuencias para el cliente del mecanismo del doble tipo (fijo y variable).

5.- Cuestiones de competencia.

a) Sobre la competencia funcional de la jurisdicción ordinaria (civil o mercantil).

Un problema que se suele plantear en este tipo de acciones es el relativo a la competencia funcional de la jurisdicción ordinaria, en el sentido de si son competentes los Juzgados de 1ª Instancia o los de lo Mercantil.

Depende. Nosotros preferimos la competencia funcional de los Juzgados de 1ª Instancia porque entendemos que el sustrato básico de la

acción reside en el error más que en la infracción de las normas sobre consumidores y usuarios.

Si alegamos como causa de nulidad el error en el consentimiento (o, acumuladamente, o subsidiariamente el error y la infracción de los derechos de los consumidores, es obvio que la competencia es excluyente de los jueces de 1ª Instancia; para el caso de alegar únicamente la infracción de la ley de condiciones generales de contratación (LGC) o la LGDCU, resulta competente los jueces de lo Mercantil en base al artículo 86 ter 2 d) LOPJ.

b) Pactos de sometimiento a arbitraje en algunos contratos swap. Posible nulidad de la cláusula arbitral.

Prácticamente solo hay una sola entidad financiera que haya incorporado al contrato una cláusula de arbitraje: el BBVA, y suele plantear frecuentes declinatorias cuando es demandada. Existe jurisprudencia al respecto tanto a favor como en contra, aunque mayoritariamente se decante en el sentido de rechazar la declinatoria.

Podemos oponernos a la declinatoria en base a la exclusión de la cláusula de sometimiento a arbitraje por versar el pleito sobre nulidad del contrato principal. Normalmente, el pacto de sumisión a arbitraje del BBVA dice «*que quedan sometidas a arbitraje las discrepancias derivadas de la ejecución o incumplimiento del contrato*» y no incluye, por tanto, las cuestiones relativas a su propia ineficacia, por lo que cabe concluir que la nulidad no está sometida a arbitraje.

Otro argumento que podemos utilizar es el relativo a que la aplicación de la cláusula arbitral debe efectuarse después de analizar si el contrato es o no válido jurídicamente, por lo que si el contrato es anulado éste ya no se puede someter a arbitraje.

Un argumento más a utilizar es el relativo a la falta de información sobre la no aplicación del pacto arbitral en conflictos sometidos a arbitraje distintos del arbitraje de consumo. El artículo 5 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, exige información expresa al adherente en un contrato de adhesión (artículo 9.2 de la Ley 60/2003 de 26 de diciembre de Arbitraje), y esta información no existe en ningún caso.

Por otro lado, los artículos 3 y 4 LGDCU definen los conceptos de usuario y empresario, señalando a éste como el que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional; puesto ello en relación con el artículo 57 del mismo texto, resulta claro que los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo solo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes.

Por ello pactándose el arbitraje con un usuario (o «empresario que no actúa dentro de su sector de actividad, como es el swap», lo que hace que pueda considerarse como usuario) e aplicable el artículo 57.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la LGDCU, por lo que el pacto arbitral es nulo al tratarse de un arbitraje distinto al de consumo.

Otro aspecto interesante del pacto arbitral del BBVA es que se excluye expresamente la necesidad de que sea un abogado en ejercicio el árbitro que se nombre, debiéndose acudir a un experto financiero; ello excluye la racional eficacia del pacto arbitral cuando se discute sobre la nulidad del contrato, que es cuestión eminentemente jurídica y fuera del alcance del «experto financiero».

6.- Consideraciones generales sobre la prueba de los hechos y su técnica probatoria.

a) Cuáles son los hechos a demostrar (fijación de los hechos controvertidos).

Los elementos esenciales a demostrar en la demanda de nulidad son los siguientes:

- i. Existencia de error en el consentimiento como motivo invalidante. Por tanto, es importante centrarse en las circunstancias personales de la empresa o particular que realice la reclamación.
- ii. Es necesario acreditar la vinculación entre el swap y la financiación obtenida por el banco.
- iii. Hay que demostrar que la cancelación anticipada no estaba prevista en el contrato y que no se informó al respecto.

A este respecto podemos sistematizar la técnica probatoria en los siguientes puntos:

- a) Actos previos a la firma del contrato, es decir, la existencia o no de documentación precontractual, qué clase de informaciones se proporcionaron, relaciones o reuniones previas.
- b) Todo ello puede demostrarse a través del interrogatorio del director de la oficina y de las demás personas que pudieran haber intervenido.
- c) Mediante la prueba testifical o el interrogatorio de parte acreditar en qué condiciones de tiempo y lugar se firmo el contrato.
- d) El desequilibrio en las prestaciones y especialmente de la cancelación anticipada se demuestran a través del dictamen pericial. Para ello es importante solicitar previamente al banco el coste de la cancelación anticipada de forma detallada. Nunca contestan.

b) Análisis de los motivos de oposición de los bancos al contestar a la demanda.

Los bancos suelen oponerse en base a pocos y escasos motivos, a saber:

- i. El cliente fue debidamente informado (aunque nunca lo pueden probar).
- ii. El cliente tiene concertadas otras operaciones de swap con otros bancos. En este caso es importante alegar y demostrar que se han impugnado las otras operaciones.
- iii. El cliente tiene experiencia y conocimientos financieros. Si es una empresa traerán siempre como prueba las cuentas anuales y los informes del Registro Mercantil. Se da la circunstancia de que en muchas ocasiones los clientes tienen varias empresas y pretenden con ello demostrar que un experto financiero.

Generalmente los bancos carecen de prueba contundente al respecto, y no podemos olvidar que la carga de la prueba corresponde a la entidad financiera, a quien le sería más fácil y asequible demostrar que

han arbitrado todas las medidas para proporcionar información. Para el cliente, demostrar que no ha sido informado es una prueba negativa o «diabólica».

7.- Las medidas cautelares.

Respecto a las resoluciones dictadas en materia de medidas cautelares son dispares y no muy abundantes. Las medidas se solicitan normalmente para que el banco cese en el cargo de las liquidaciones que puedan comprometer la cuenta corriente del cliente e impedir otros pagos legítimos, lo que podría causarle un gran perjuicio.

Los conocidos requisitos de apariencia de buen derecho, peligro de mora y prestación de fianza deben acreditarse cumplidamente en el sentido de que hay que aportar en la solicitud de medidas cautelares un principio de prueba que las justifique según el artículo 728.2 LEC.

Por lo que respecta al *peligro de mora*, no es suficiente el temor abstracto a que impida la efectividad de la sentencia. Debemos contemplar el peligro de mora desde otra óptica distinta, porque suelen alegar que son solventes y que pueden responder del cumplimiento de la sentencia en caso de que les sea desfavorable. En realidad, el peligro de mora no es el relativo a la solvencia o no del banco y a la posibilidad de cumplir la sentencia, sino al hecho de que las liquidaciones periódicas producen en el cliente un grave daño patrimonial que puede llegar incluso a ocasionarle descubiertos en la cuenta corriente que impidan un cumplimiento de sus obligaciones corrientes.

Se debe acreditar este extremo mediante pruebas documentales, contables y periciales, en su caso. En cualquier caso, las fianzas que conocemos oscilan entre 500 € para un swap de 150.000 € y 4.000 € para uno de 2.000.000 €

8.- Conclusiones sobre el ejercicio de este tipo de acciones.

Existe una jurisprudencia mayoritaria sobre la declaración de nulidad de los contratos basada en el error en el consentimiento, y todas siguen, más o menos, el mismo patrón.

En concreto las sentencias favorables ponen énfasis en los siguientes extremos:

- i. Examen de la información prestada por la entidad bancaria a los efectos de juzgar su suficiencia.
- ii. Cumplimiento o no del deber de información por la entidad bancaria.
- iii. Protección dispensada al cliente en la LMV en el sentido de si se ha cumplido o no con el código de conducta y la entidad ha actuado bajo los criterios de imparcialidad, buena fe, cuidado y diligencia.
- iv. Cumplimiento del banco sobre los deberes de información al cliente acerca de los riesgos de la operación, con especial hincapié en la cláusula de cancelación anticipada y su valoración imposible.
- v. Tratándose de un contrato sinalagmático, cada parte debe velar por su propio interés, pero al banco debe exigírsele una lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (artículo 7 CC), lo que se evidencia en una auténtica información precontractual.
- vi. Los jueces hacen especial referencia a las declaraciones de los empleados del banco y al tipo de información que pueden acreditar que suministraron, que normalmente es ninguna.
- vii. Que el contrato no responde a los fines pretendidos, es decir, la protección del cliente sobre una eventual oscilación de los tipos de interés en relación con el préstamo concedido. Ello puede acreditarse, como hemos indicado, mediante la prueba pericial y creemos imprescindible llevar al perito al acto del juicio a fin de que exponga cuantas aclaraciones estime convenientes.
- viii. El error excusable es apreciado a menudo por los jueces mediante la puesta en relación de la evidente complejidad del pro-

ducto financiero con la falta de información suficiente y que el cliente no es un experto financiero.

- ix.** Finalmente, las sentencias favorables contienen la declaración de nulidad del CMOF, de las confirmaciones y demás documentación complementaria, y la devolución de las respectivas contraprestaciones (con o sin intereses y con o sin costas según el juez).

Barcelona, octubre 2011