



Roj: **STS 2536/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2536**

Id Cendoj: **28079110012020100431**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2020**

Nº de Recurso: **3289/2017**

Nº de Resolución: **443/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7148/2017,**
STS 2536/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 443/2020

Fecha de sentencia: 20/07/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3289/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3289/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 443/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 20 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Leganés. Es parte recurrente Aurelio y Montserrat, representados por la procuradora María Fuencisla Martínez Mínguez y bajo la dirección letrada de Jaime Concheiro Fernández. Es parte recurrida la entidad Banco Sabadell S.A., representada por el procurador Marcelino Bartolomé Garretas y bajo la dirección letrada de Lino Álvarez Echevarría.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora María Fuencisla Martínez Mínguez, en nombre y representación de Aurelio y Montserrat, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Leganés, contra la entidad Banco Sabadell S.A., para que se dictase sentencia por la que:

"1. Se declare la anulabilidad o nulidad parcial del **contrato** de **préstamo** hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción multivisa, declarando la subsistencia del **contrato** como si el mismo hubiese sido otorgado en euros.

"2. Se condene a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado.

"3. Tras el cálculo anterior se condene a la entidad a tener en cuenta los pagos realizados por mi representado hasta la fecha en que se dicte sentencia y, en la parte que excedan de las cuotas comprensivas de capital e intereses que correspondería con arreglo al nuevo cuadro de amortización, más los intereses legales que correspondan, dichos importes sean objeto de restitución a mi representado, y en el caso de que en alguna cuota la cantidad pagada por mi representado sea inferior a la determinada en euros, la diferencia, más los intereses legales que correspondan, sea satisfecha también por mi representado. O bien, subsidiariamente, que la cantidad resultante anterior se aplique a reducir el importe pendiente de amortización del **préstamo**.

"3. (sic) Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas causadas a la parte demandada".

2. El procurador Marcelino Bartolomé Garretas, en representación del Banco Sabadell S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos formulados, con expresa imposición de costas a la demandante".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Leganés, dictó sentencia con fecha 16 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. María Fuencisla Martínez Mínguez, en nombre y representación de D. Aurelio y Dña. Montserrat contra Banco Sabadell S.A. y declaro la nulidad parcial del **contrato** de **préstamo** hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción multivisa, de manera que el **contrato** seguirá subsistiendo como si el mismo hubiese sido otorgado en euros; condenando a la entidad demandada a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado; así como a devolver a los actores las cantidades pagadas por los prestatarios que excedan de las cuotas comprensivas de capital e intereses legales que correspondan, y en el caso de que en alguna cuota la cantidad pagadas por mi representado sea inferior a la determinada en euros, la diferencia, más los intereses legales que correspondan, imponiéndole a la parte demandada, el pago de las costas procesales que se hubieren causado".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Sabadell S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid mediante sentencia de 18 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Marcelino Bartolomé Garretas, en nombre y representación de Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia de fecha dieciséis de junio



de dos mil dieciséis dictada por el Juzgado de primera instancia nº 5 de Leganés, la revocamos, y dictamos otra por la que desestimando la demanda presentada por D. Aurelio y D^a Montserrat, absolvemos a la demandada de las pretensiones dirigidas contra ella.

"No se hace imposición de las costas de primera instancia ni de esta alzada".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora María Fuencisla Martínez Mínguez, en representación de Aurelio y Montserrat, interpuso recurso de casación ante la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 2.b), 63.2.g) y 79 de LMV en su redacción dada por la Ley 37/1988 de 16 de noviembre y la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 323/2015, de 30 de junio de 2015.

"2º) Infracción de los arts. 1261, 1262, 1265 y 1266 CC, art. 79 LMV, y RD 629/1993 de 3 de mayo, en relación con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo 493/2016, de 14 de julio, 509/2016, de 20 de julio y 519/2016, de 21 de julio.

"3º) Infracción de los arts. 1261, 1262, 1265 y 1266 CC en relación con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 20 de noviembre de 1989 y 18 de abril de 1978.

"4º) Infracción de los arts. 5, 7 y 8 de la Ley 7/1988, de Condiciones Generales de la Contratación, así como de los arts. 60.1, 80.1, 82 y 83 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo y auto de 3 de junio de 2013".

2. Por diligencia de ordenación de 24 de julio de 2017, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.^a) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Aurelio y Montserrat, representados por la procuradora María Fuencisla Martínez Mínguez; y como parte recurrida la entidad Banco Sabadell S.A., representada por el procurador Marcelino Bartolomé Garretas.

4. Esta sala dictó auto de fecha 18 de diciembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Aurelio y Montserrat contra la sentencia dictada, el 18 de mayo de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.^a), en el rollo de apelación nº 899/2016, dimanante del juicio ordinario nº 137/2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Leganés".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco de Sabadell S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de julio de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 18 de abril de 2005, Aurelio y Montserrat concertaron con Banco Sabadell S.A. un **préstamo** hipotecario "por la suma total de 265.200 franco suizos, contravalor de 170.000 euros, al cambio de 1,00 euro por cada 1,56 francos suizos, con opción a cambiar de divisa trimestralmente a yen japonés, dólar USA, franco suizo y euros...".

Fueron los prestatarios los que acudieron al banco pidiendo este tipo de **préstamo** hipotecario, por el conocimiento que el Sr. Aurelio tenía de compañeros de trabajo que se lo habían recomendado. Optaron por contratar el **préstamo** hipotecario en francos suizos en vez de en euros, porque era más beneficioso. Durante los primeros años, los prestatarios pagaron un interés muy inferior al que hubiera correspondido de estar referenciado el **préstamo** a euros.



Este **préstamo** hipotecario sustituía al **préstamo** hipotecario que los prestatarios tenían concertado con BBVA desde 2002 y que también gravaba la vivienda.

Con carácter previo a la firma del **contrato**, los prestatarios tuvieron una reunión con el director de la sucursal del banco en que se les informó de cómo operaba el **préstamo** en divisa, con un escenario favorable, pero sin que conste fueran informados de los riesgos derivados de las fluctuaciones de la moneda, en concreto de la depreciación de la divisa escogida.

2. Una vez cambió la paridad de la moneda y se tornó muy oneroso la devolución del **préstamo**, Aurelio y Montserrat interpusieron una demanda contra Banco Sabadell en la que pedían la nulidad parcial del **préstamo** hipotecario, en lo que respecta la opción multidivisa, para que se declarara la subsistencia del **préstamo** pero como si hubiese sido otorgado en euros. La nulidad se fundaba en el error vicio en el consentimiento, provocado por el incumplimiento de los deberes de información que establecía la normativa pre-MiFID, y también por la falta de transparencia en su contratación. Como consecuencia de lo anterior, se solicitaba la condena a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y con el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado. También se pedía que, tras el recálculo, se condenara al banco a tener en cuenta los pagos realizados por los prestatarios hasta la fecha de la sentencia.

3. La sentencia dictada en primera instancia, después de analizar la prueba, entendió que, si bien la iniciativa de contratar el **préstamo** en francos suizos provenía de los prestatarios, no constaba que, en la única reunión previa a la firma del **contrato** que tuvieron con el director de la sucursal, se les informara de los riesgos derivados de la depreciación de la divisa escogida. Esta falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos vició el consentimiento, razón por la cual estimó la nulidad parcial del **contrato**, en los términos solicitados en la demanda.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco. La Audiencia ha estimado el recurso. En primer lugar razona que, de acuerdo con la STJUE de 3 de diciembre de 2015, "las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un **contrato de préstamo** denominado en divisas (...) no puede calificarse de servicio de inversión", por lo que no es de aplicación la normativa MiFID, y no cabe fundar en su incumplimiento el error vicio en la contratación del **préstamo** concertado con Banco Sabadell.

A continuación, realiza el control de transparencia. Primero afirma que este control "no puede reducirse sólo al carácter comprensible de las cláusulas en su plano formal y gramatical, sino que debe entenderse de manera extensiva y de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, siendo a tal efecto fundamental conocer cuál fue la información de la que dispuso el consumidor antes de la celebración del **contrato**, ya sea la suministrada por el profesional, ya la propia del interesado". Luego advierte que la iniciativa en la contratación de este tipo de **préstamo** provino del Sr. Aurelio, en atención a la información que había recibido de compañeros de trabajo, que se lo recomendaron porque pagaría menos intereses; en una reunión previa con el director del banco se les hizo una comparativa entre lo que iban a pagar en euros y en francos suizos, saliendo mucho más beneficioso en franco suizos; y durante los primeros años pagaron hasta cinco veces menos de interés. Y concluye que "los demandantes conocían que el **contrato de préstamo** elegido era en divisa, y ello implicaba, por la naturaleza del **contrato**, un beneficio o un perjuicio en función de la oscilación del valor de la divisa con la moneda nacional, como también que podían cambiar, incluso a euros, en caso de serles perjudicial la evolución del valor".

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por los demandantes. En recurso se articula en cuatro motivos.

SEGUNDO. *Motivos primero y segundo de casación*

1. *Formulación de los motivos primero y segundo.* El motivo primero denuncia la infracción de los arts. 2.b); 63.2 g) y 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores (LMV) en la redacción dada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, vigente en el momento de la contratación. También se denuncia la infracción de la jurisprudencia contenida en la sentencia del pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo 323/2015, de 30 de junio, por la que se determina que la hipoteca con opción multidivisa es un instrumento financiero derivado y, por tanto, incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores.

El motivo segundo denuncia la "infracción de los arts. 1261, 1262, 1265 y 1266 del Código Civil y del art. 79 LMV en la redacción dada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, así como el RD 629/1993, de 3 de mayo, vigente en el momento de la contratación de la hipoteca multidivisa, en relación con la incorrecta aplicación de la jurisprudencia sobre el error excusable en los **contratos** bancarios de carácter complejo en aplicación de la normativa pre-MiFID.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.



2. *Desestimación de los motivos primero y segundo.* Ambos motivos se basan en la consideración de que resultaba de aplicación la normativa pre-MiFID a la contratación del **préstamo** hipotecario en divisa extranjera, con opciones de cambio de divisa, por tratarse de un producto de inversión.

Si bien es cierto que así lo entendimos en la sentencia invocada en el primer motivo (núm. 323/2015, de 30 de junio), cambiamos esta doctrina tras la Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank* (asunto C-312/14), que declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que "no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un **contrato de préstamo** denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del **préstamo** sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad".

En nuestra sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, asumimos la doctrina sentada en la citada sentencia del TJUE y modificamos la doctrina de la anterior sentencia 323/2015, de 30 de junio. Lo que hemos reiterado en las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, 158/2019, de 14 de marzo y 317/2019, de 4 de junio.

De tal forma que, de acuerdo con la actual jurisprudencia, al no ser de aplicación la normativa sobre el mercado de valores a la contratación objeto de este pleito, la sentencia apelada no puede haber infringido esa normativa que se denuncia directamente en el primer motivo y constituye el presupuesto del segundo.

TERCERO. Motivo tercero de casación

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 1261, 1262, 1265 y 1266 CC, en relación con la incorrecta aplicación de la sentencia recurrida de la jurisprudencia fijada en las sentencias de 20 de noviembre de 1989 y 18 de abril de 1978, para el supuesto en que el producto no se considera como un producto financiero complejo.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo.* En el motivo se denuncia la infracción de la normativa que regula la nulidad del **contrato** por error vicio, al margen de si lo contratado era o no un producto financiero complejo, y por lo tanto sin que se tenga en cuenta la jurisprudencia sobre la incidencia de las exigencias de información de la normativa pre-MiFID y MiFID.

Procede desestimar el motivo, sin ni siquiera entrar a analizar los requisitos que deben darse para que pueda apreciarse la nulidad por error vicio, porque en el presente caso resulta irrelevante a la vista del suplico de la demanda. Los demandantes han ejercitado una acción de nulidad parcial del **contrato de préstamo** hipotecario concertado en francos suizos con posibilidad de cambio de divisa, nulidad que afectaría sólo a la moneda en que se concertó el **préstamo** y al cambio de divisa. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, si se llegara a apreciar error en el consentimiento prestado por los prestatarios, porque desconocían los riesgos que entrañaba haber referenciado el **préstamo** a la moneda del franco suizo (su depreciación frente al euro), y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, viciaría la totalidad del **contrato**, pero no sólo la parte correspondiente a la divisa en que se concertó el **préstamo** con la subsistencia del resto del **contrato** (sentencias 450/2016, de 1 de julio, 66/2017, de 2 de febrero, y 4/2019, de 9 de enero, entre otras). Por esta razón, por la falta de relevancia de la infracción denunciada en el hipotético caso de que se llegara a apreciar, procede desestimar el motivo.

CUARTO. Motivo cuarto de casación.

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 5, 7 y 8 de la Ley 7/1998, de Condiciones generales de la contratación, así como de los arts. 60.1, 80.1, 82 y 83 del Texto Refundido de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con la jurisprudencia contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y el Auto de 3 de junio de 2013, que la aclara, "por la que se establece que a pesar de que una cláusula sea definitoria del objeto principal se puede controlar si su contenido es abusivo. Se solicita la ratificación del criterio acerca de que, siendo la opción multidivisa una condición general de la contratación, ha de estar sometida al doble filtro de transparencia".

Procede estimar el motivo, por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo.* Hemos de partir, como en resoluciones anteriores, de la doctrina del TJUE en aplicación del control de transparencia en la contratación de este tipo de **préstamos** hipotecarios en divisas, que se contiene esencialmente en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (caso *Andriuc*). En esa sentencia, el TJUE recuerda que, de acuerdo con la doctrina general sobre el control de transparencia, "reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de



un **contrato**, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE *Vertrieb*, C 92/11, EU:C:2013:180 , apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo* y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)". Y, más adelante, puntualiza cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de **préstamos** en divisas:

"(...) por lo que respecta a los **préstamos** en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de **préstamos** en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

"Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, estar claramente informado de que, al suscribir un **contrato** de **préstamo** denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el **préstamo**. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un **préstamo** en divisa extranjera".

Al asumir esta doctrina, en nuestras sentencias de 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de **préstamo** hipotecario exceden a los propios de los **préstamos** hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que ofertan este producto:

"Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el **préstamo**".

3. La sentencia recurrida contradice esta doctrina al valorar la información suministrada y concluir que era suficiente para cumplir con las exigencias de transparencia, en atención a que los prestatarios habían recibido información externa de quienes les habían recomendado este tipo de **préstamo** hipotecario, junto con la dicción de la propia escritura y la reunión previa que tuvieron con el director de la oficina que les expuso un escenario en que el **préstamo** en francos suizos les salía menos onerosa que si lo referenciaran en euros.

Lo relevante al respecto es que no consta que los prestatarios habían sido informados de los riesgos derivados de la depreciación de la divisa escogida, el franco suizo, en relación con el euro. El hecho de que hubieran sido ellos quienes solicitaran ese producto, por habérselo recomendado algunos compañeros de trabajo, aunque constituye un elemento para ponderar la buena fe del predisponente (vid. considerando decimosexto de la Directiva 93/13, de 5 de abril), no permite presumir que no precisaban de esa información para comprender los riesgos que entrañaba, bastando para ello la lectura de la escritura. Como afirmamos en la sentencia 439/2019, de 17 de julio:

"una cláusula con arreglo a la cual el **préstamo** ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se **contrató** debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el **préstamo** se **contrató**, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

"Conforme a constante jurisprudencia de esta sala, el control de transparencia tiene por objeto que el consumidor pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el **contrato** celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener,



como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el **contrato** celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

"A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del **contrato** se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el **contrato**, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del **contrato**.

"Que la normativa que regula el mercado de valores no sea aplicable a estos **préstamos** hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el **préstamo** hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene representarse algunos de sus riesgos si no recibe la información adecuada, lo que supone que el predisponente debe facilitar una información adecuada y con suficiente antelación".

De este modo, en el presente caso, como el que juzgamos en la reseñada sentencia 439/2019, de 17 de julio, es posible concluir que no ha existido "esa información precontractual necesaria para que el prestatario conociera adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el **préstamo** porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del **préstamo** hipotecario en divisas. (...) la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predisuestas en las que el prestatario afirma haber sido informado y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual".

4. En consecuencia, procede estimar el motivo y, al asumir la instancia, en atención a lo razonado, declarar la nulidad parcial del **contrato**, que supone eliminar las referencias a la denominación en divisas del **préstamo**, que queda como un **préstamo** concedido en euros y amortizado en euros.

Esta conclusión es equivalente a la alcanzada en la sentencia de primera instancia, aunque responde a razones distintas de las vertidas en aquella sentencia.

QUINTO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no precede hacer expresa condena en costas, de conformidad con lo prescrito en el art. 398.2 LEC, con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 8.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

2. La estimación del recurso de casación ha supuesto la desestimación del recurso de apelación, en cuanto que se mantiene el fallo de la sentencia de primera instancia, pero por razones distintas, razón por la cual se imponen al banco las costas de su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Aurelio y Montserrat contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.^a) de 18 de mayo de 2017 (rollo 899/2016), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Sabadell, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Leganés de 16 de junio de 2016 (juicio ordinario 137/2016).

3.º No hacer expresa condena de las costas del recurso de casación, e imponer a Banco Sabadell, S.A. las costas del recurso de apelación.

4.º Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.