



Roj: **STS 1158/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1158**

Id Cendoj: **28079110012023100370**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2023**

Nº de Recurso: **4548/2019**

Nº de Resolución: **436/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 436/2023

Fecha de sentencia: 29/03/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4548/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4548/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 436/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 29 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 395/2019, de 23 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección n.º 1 de la Audiencia

Provincial de Gerona, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 539/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Gerona, sobre condiciones generales de contratación.

Es parte recurrente Salsilter, S.L., representado por el procurador D. Arturo Romero Ballester y bajo la dirección letrada de D. Iñaki Frade Juanola.

Es parte recurrida Pirene Issuer Holdings Designated Activity Company, representada por el procurador D. José Manuel Jiménez López y bajo la dirección letrada de D. Cayetano Mendoza Cañavate.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Angels Vila Reyner, en nombre y representación de Salsilter, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Pirene Issuer Holdings Designated Activity Company, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que estimado íntegramente la misma se acuerde:

"A. Declarar la NULIDAD o NO INCORPORACIÓN de las siguientes Cláusulas "i", "ii", "iii" y "iv", descritas en el Hecho Quinto de la presente demanda, y todas las que aprecie de oficio el Tribunal, contenidas en el Contrato de COMPRAVENTA CON SUBROGRACIÓN DE HIPOTECA, elevado a público mediante la Escritura Pública de fecha 2 de Abril de 2008:

"i. Limitación del tipo de interés Variable (Cláusula Suelo);

"ii. Atribución de los gastos hipotecarios al prestatario a excepción de las primas de seguro contra incendios de la finca que se ha ofrecido como garantía que deberá estar asegurada por una cantidad no inferior al valor pericial; y

"iii. Reclamación de posiciones deudoras

"iv. Resolución o Vencimiento anticipado

"v. Intereses de demora.

"Cuya nulidad se DECLARE por alguno de los siguientes motivos

"A.1. Declarar la nulidad de las referidas CLÁUSULAS, al amparo de lo dispuesto en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

"A.2. Subsidiariamente a lo anterior, declarar la nulidad de las referidas CLÁUSULAS, por quebrantar la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones y/o haberse impuesto por el Banco con Abuso de Derecho o infracción de normativa imperativa.

"B. En consecuencia de la meritada declaración nulidad de las referidas CLÁUSULAS, se solicita que se CONDENE a la demandada.

"B.1. Eliminar las citadas CLÁUSULAS nulas del referido Contrato, teniéndolas por no puestas desde el inicio y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de las mismas.

"B.2. En caso de haberse aplicado la cláusula suelo, a recalcular y/o restablecer el importe correspondiente al capital pendiente como si las referidas CLAUSULAS nulas nunca hubiesen existido en el referido contrato suscrito.

"B.3. Reintegrar y/o abonar a mi mandante:

"B.3.a. La totalidad de las cantidades que ha pagado indebidamente a la demandada en aplicación de las referidas clausulas "i", "ii" y "iii", expuestas en el Hecho Quinto.

"B.3.b. Las cantidades pagadas indebidamente por mi mandante a terceros en aplicación de la referida Cláusula "ii", en relación a los gastos imputados al prestatario, conforme al desglose detallado en el apartado 2º del Hecho Quinto (5.2.)

"C. Condenar a la demandada al pago de todos los intereses devengados y de todas las costas causadas por el presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 16 de marzo de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Gerona, fue registrada con el n.º 539/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Francisco José Abajo Abril, en representación de Pirene Issuer Holdings Designated Activity Company, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Gerona dictó sentencia n.º 352/2018, de 12 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Salsiter S.L debo absolver y absuelvo a Pirene Issuer Holdings Designated Activity Company de las pretensiones deducidas contra la misma en el presente proceso, con imposición de las costas a la parte actora".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Salsiter, S.L. La representación de Pirene Issuer Holdings Designated Activity Company se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección n.º 1 de la Audiencia Provincial de Gerona, que lo tramitó con el número de rollo 321/2019 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 395/2019, de 23 de mayo, cuyo fallo dispone:

"Desestimar el recurso de apelación formulado por don Rodrigo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona, en los autos de Juicio ordinario 539/2018-A, con fecha 12 de diciembre de 2018, y CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la misma, condenando a la apelante al pago de las costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª María Angels Vila Reyner, en representación de Salsiter, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"MOTIVO PRIMERO del recurso extraordinario por infracción procesal: infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (469.1.2º). Se estima infringido el artículo 218.2 LEC".

El motivo del recurso de casación fue:

"MOTIVO PRIMERO del recurso de casación por interés casacional: infracción de los artículos 5 y 7 LCGC y, en consecuencia, de los artículos 9 y 10 del mismo cuerpo legal y 1303 CC. Existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de enero de 2022, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Pirene Issuer Holdings Designated Activity Company se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de marzo de 2023, en que ha tenido lugar. Debido a la huelga convocada por los Letrados de la Administración de Justicia, la notificación de la providencia de señalamiento se produjo con posterioridad a la fecha de la deliberación, votación y fallo. No obstante, una vez notificada dicha providencia, las partes no han alegado ningún perjuicio concreto derivado de este hecho, ni han puesto en conocimiento del tribunal la concurrencia de causas de recusación o de alguna otra circunstancia que pudiera determinar algún género de indefensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 28 de diciembre de 2005, la mercantil Cesallu, S.L. suscribió, como prestataria, una escritura de préstamo hipotecario con Banco de Sabadell, S.A. La hipoteca se constituyó sobre un total de dieciséis viviendas.

En el préstamo se pactó una cláusula de limitación de los intereses remuneratorios variables, una cláusula de gastos hipotecarios que imputaba al prestatario los gastos de tasación de los inmuebles hipotecados, los

gastos notariales y registrales por la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca, y los gastos de tramitación de la escritura, una cláusula de intereses moratorios, al tipo vigente en el momento de la mora incrementado en tres puntos, una cláusula de reclamación de posiciones deudoras, y otra de resolución o vencimiento anticipado por impago de alguna cuota de intereses o de amortización, cuyo texto aparece transcrito en los fundamentos de la sentencia de primera instancia que reproducimos *infra*.

2.- El 2 de abril de 2008, la actora, Salsiter, S.L., suscribió una escritura de compraventa de los citados inmuebles con subrogación en el préstamo garantizado por la hipoteca constituida sobre esos inmuebles. En dicha escritura intervinieron, además de la parte compradora y vendedora, Banco de Sabadell al objeto de aceptar la subrogación de la compradora.

En la estipulación segunda de esa escritura, en relación con el pago del precio de la compraventa, se hizo constar que la parte compradora (Salsitier) retenía la cantidad de 1.925.000 euros "para hacer frente a las obligaciones derivadas de la escritura de constitución de hipoteca, en la que se subroga, sin novación, en la misma forma y plazos convenidos en la escritura, copia de la cual manifiesta obra en su poder, aceptando completamente su contenido y asumiendo de forma solidaria la deuda personal dimanante del préstamo que grava las fincas y obligándose al cumplimiento de todos sus pactos y condiciones".

3.- El 11 de junio de 2011, Salsiter, como prestataria, y Banco de Sabadell, como prestamista, suscribieron una nueva escritura de novación modificativa del préstamo hipotecario en que la primera se había subrogado. Ninguna de estas novaciones afectó a las cláusulas litigiosas (se ciñeron a las cláusulas de amortización - periodo de carencia, plazo y forma de amortización -, amortización anticipada, y modificación del diferencial, pactándose expresamente la invariabilidad de los demás pactos y cláusulas del préstamo hipotecario).

4.- El 27 de junio de 2016, Banco de Sabadell cedió a la entidad Pirene Issuer Holding Designated Activity Company los derechos de crédito del préstamo hipotecario.

5.- Salsitier formuló una demanda en la que solicitó que se declarase: (i) la nulidad de las siguientes cláusulas: limitación del tipo de interés variable (cláusula suelo); atribución de los gastos hipotecarios al prestatario a excepción de las primas de seguro contra incendios de la finca; reclamación de posiciones deudoras; resolución o vencimiento anticipado; e intereses de demora; y (ii) ello con base en alguno de los siguientes motivos: nulidad "al amparo de lo dispuesto en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación"; subsidiariamente, por quebrantar la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones y/o haberse impuesto por el banco con abuso de derecho o infracción de normativa imperativa; y en consecuencia (iii) se condenase a la demandada a eliminar las citadas cláusulas del contrato, a restituir el importe de lo indebidamente cobrado y a abonar a la demandante las cantidades pagadas por los gastos indebidamente imputados a la misma, y los intereses correspondientes.

6.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar, resumidamente, que: (i) Salsitier intervino en los contratos litigiosos como empresario; el préstamo sirvió para financiar la adquisición de inmuebles destinados al objeto social de la empresa (arrendamiento de inmuebles), por lo se trata de una operación netamente mercantil entre empresarios, de forma que no resulta de aplicación la normativa protectora de los consumidores; (ii) se trata de contratos de adhesión sin perjuicio de que determinadas cláusulas puedan haber sido negociadas individualmente por el prestatario original o por la ahora demandante, por lo que resulta procedente el control de incorporación o inclusión; (iii) en el caso se supera ese control porque la actora tuvo oportunidad real de conocer las cláusulas impugnadas ya que en la estipulación segunda de la escritura de subrogación en el préstamo hipotecario consta que la parte adquirente conoce y acepta el contenido del préstamo hipotecario que grava las fincas y asume sus condiciones; no cabe duda de la claridad y comprensibilidad de las cláusulas discutidas, ninguna de las cuales resulta ambigua, oscura o incomprensible:

"La cláusula Tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario señala que "A partir de la finalización del periodo de carencia, o una vez se haya procedido a la transmisión de las fincas hipotecadas, cualquiera que fuera lo que resultara de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable de interés ordinario, así como el sustitutivo, en ningún caso sería superior al 12 por ciento ni inferior al 2,75 por ciento". El párrafo está en negrita al final del apartado dedicado a "DIFERENCIAL", de forma que ni está oculto entre multitud de estipulaciones ni resulta incomprensible para el prestatario.

"La cláusula Quinta, relativa a los gastos que asume el prestatario enumera los mismos y lo hace de forma clara y comprensible, sin ambigüedad alguna. Lo mismo puede predicarse de la cláusula Cuarta apartado 6 en cuanto a la comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas: "En caso de demora igual o superior a cinco días en el pago de las cuotas del presente préstamo, se devengará una comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas de 25 euros"; de la Sexta Bis (Resolución anticipada por la entidad prestamista) en cuanto dispone que "...Podrá el Banco dar por vencido de pleno derecho el préstamo y exigibles

la totalidad de las obligaciones de pago que tenga contraídas la parte prestataria, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

"C) Cuando no se satisfaga por la parte prestataria alguna de las cuotas de interés o de amortización establecidas en esta escritura". E Igualmente de la Sexta (Intereses de demora) "Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán, desde su vencimiento intereses anuales de demora al tipo vigente en el momento de entrar la parte deudora en la situación de mora, incrementado en tres puntos".

Y en relación con la alegación de la buena fe contractual, tras el repaso a la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de esta sala de 28 de enero de 2017, rechaza las alegaciones de la demandante con base en los siguientes razonamientos:

"En el presente supuesto, nos encontramos con que la parte actora no ha aportado prueba alguna que justifique que las estipulaciones que denuncia tenían un carácter sorpresivo para la misma que hacía totalmente inaceptable el contrato por desnaturalizar sus expectativas económicas. Se trata de cláusulas que eran habituales en la contratación bancaria en el momento en que se suscribieron los contratos. La actora es una mercantil cuyo objeto social es el arrendamiento de inmuebles, al parecer destinados a los trabajadores de una industria cárnica con la que guarda relación empresarial. En el año 2011 se produjo una novación contractual en la que no se dejaron sin efecto ninguna de las cláusulas consideradas abusivas e inaceptables.

"La diligencia exigible a un empresario medio en la gestión de las obligaciones financieras que contrae, unida a la falta de especial complicación de la redacción de las escrituras tanto de préstamo como de subrogación en el mismo, determinan que no pueda hablarse, sin prueba de la concurrencia de circunstancias especiales, de que las cláusulas objetadas tenían un carácter sorprendente que hacía totalmente inaceptable el contrato para la actora por desnaturalizar sus expectativas económicas, sobre todo teniendo en cuenta que el administrador que suscribió el contrato por la mercantil actora tiene conocimientos especializados en el ámbito de dirección y administración de empresas".

7.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad demandante, el recurso de apelación fue desestimado por la Audiencia Provincial, que rechazó la pretensión de que la cláusula no superaba el control de incorporación, conclusión que razonó así:

"No es objeto de discusión que la parte actora no es consumidora y que, por lo tanto, la protección que merece es menos intensa que si lo fuera. Concretamente, a efectos de lo que aquí se discute, únicamente procede realizar el control de incorporación.

"Sostiene la apelante que, más allá de la comprensión literal de las cláusulas cuya nulidad reclama (que no niega) lo relevante es que no se incorporan a la escritura de subrogación, pues se encuentran en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria en la que se subroga la apelante y a cuyo contenido se remite la escritura de subrogación.

"Ciertamente así es, pero ello no ha de suponer, como pretende la apelante, la declaración de nulidad por defecto de incorporación. Partiendo de que las cláusulas controvertidas son claras en su redacción, hemos de entender que se incorporan a la escritura de subrogación por remisión de ésta a la de préstamo con garantía hipotecaria en su momento concedida al promotor y vendedor de las viviendas.

"La diligencia mínima exigible a un no consumidor le obliga a comprobar el contenido de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria en el que se subroga, sin que la apelante pueda pretender desconocer su contenido, ni que ese desconocimiento sea achacable a una falta de diligencia de la entidad financiera".

8.- Salsitier ha interpuesto contra la sentencia de la Audiencia un recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en un único motivo, y otro recurso de casación, también basado en un motivo, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Alteración del orden de resolución de los recursos interpuestos*

Esta Sala ha admitido la posibilidad de alterar el orden legal en el que, en principio, deberían resolverse los recursos (disposición final 16.ª 1. regla 6.ª LEC) y examinar en primer lugar el recurso de casación (sentencias 910/2011, de 21 de diciembre; 641/2012, de 6 de noviembre; 223/2014, de 28 de abril; 71/2016, de 17 de febrero; 634/2017, de 23 de noviembre; 170/2019, de 20 de marzo o 531/2021, de 14 de julio).

En el presente caso, a la vista del contenido de los respectivos motivos, resulta más lógico comenzar por el examen previo del recurso de casación interpuesto, pues en caso de estimación resultaría innecesario entrar a enjuiciar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación

TERCERO.- Formulación del motivo y admisibilidad.

1.- El motivo denuncia la infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), en relación con artículos 9 y 10 del mismo cuerpo legal y 1303 del Código civil. Justifica el interés casacional alegando la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales.

2.- En su desarrollo se aduce, resumidamente, que las cláusulas impugnadas sí superaban el control de incorporación en los términos exigidos por la jurisprudencia.

3.- Los óbices de inadmisibilidad alegados en el escrito de oposición al recurso no pueden ser atendidos, pues la alegación sobre la no incorporación de las cláusulas litigiosas formó parte del debate procesal desde el momento de su iniciación a través de la demanda rectora de este procedimiento, en la que figuraba una pretensión específica sobre dicha cuestión.

CUARTO.- Decisión de la sala.El control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Desestimación

1.- El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, aunque el adherente no tenga la condición de consumidor (por todas, sentencia 12/2020, de 15 de enero), control que, en consecuencia, es procedente también en este caso en el que la cláusula controvertida tiene el carácter de condición general de contratación.

2.- Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes (arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica generalmente no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos recientemente por la sala). La misma consideración debe hacerse respecto del resto de las cláusulas impugnadas (sobre gastos, reclamación de posiciones deudoras, vencimiento anticipado e intereses de demora), cuya redacción, como ya apreciaron los tribunales de instancia, resulta gramaticalmente clara, sin poder apreciar en las mismas la tacha de ser ilegibles o incomprensibles.

Como resumimos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, y hemos reiterado en la 449/2022, de 31 de mayo, la cláusula supera el control de incorporación cuando los adherentes "tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública, y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción [...] Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC".

3.- En este caso, como ya apreciamos en la sentencia 405/2021, de 15 de junio, al resolver un supuesto similar al de la litis, si la prestataria reconoció expresamente en la escritura de subrogación que conocía y aceptaba el clausulado de la escritura de constitución de la hipoteca que garantizaba el préstamo en el que se subrogaba, sin novación, incluso que una copia de esta escritura obraba en su poder, difícilmente puede mantenerse que, cuando menos, no tuvo oportunidad de conocer la existencia de la cláusula suelo. Otra cosa es que pudiera ser más o menos consciente de su carga jurídica y económica, pero eso es control de transparencia, no de inclusión, y no cabe en un contrato entre profesionales.

En consecuencia, desde el punto de vista de la cognoscibilidad a que hacíamos antes referencia, debemos confirmar la conclusión de la sentencia recurrida sobre la superación del control de incorporación, en los términos de los arts. 5 y 7 LCGC, puesto que la demandante tuvo posibilidad real y efectiva, con un mínimo de diligencia, de conocer la existencia de las cláusulas impugnadas.

Razones por las cuales debemos desestimar el recurso de casación y entrar a examinar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal**QUINTO.- Formulación y admisibilidad del único motivo del recurso.**

1.- *Planteamiento.* El motivo, introducido al amparo del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invoca la infracción del art. 218.2 de dicha ley, al incurrir la sentencia en el defecto de falta de motivación.

2.- En su desarrollo se alega que esa infracción se habría producido porque la Audiencia no ha dado respuesta a una de las cuestiones sometidas a debate, en concreto, la suscitada por la recurrente tanto en la demanda como en el recurso de apelación sobre la aplicación del principio de buena fe como parámetro de interpretación contractual y fundamento jurídico para la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas, alegación que no obtuvo respuesta judicial alguna en la sentencia recurrida.

3.- *Admisibilidad.* En su escrito de oposición al recurso, la recurrida alega como óbice para la admisión del recurso el hecho de que la alegación sobre la buena fe contractual solo fue realizada por la apelante en la demanda inicial, pero no en el recurso de apelación que se habría centrado exclusivamente en las alegaciones sobre la falta de prueba solicitada, error en la valoración de la prueba, la calificación del contrato como un contrato de adhesión y en la nulidad de las cláusulas.

Este óbice procesal no puede ser acogido, no solo porque guarda más relación con la prosperabilidad del recurso que con su admisión, sino porque parte de una premisa incorrecta. La alegación de la demandante sobre el principio de la buena fe contractual como posible fundamento de la nulidad de las cláusulas litigiosas no solo la adujo en el escrito de su demanda inicial, sino que también la mantuvo, a la vista de su rechazo por el juzgado de primera instancia, en el escrito del recurso de apelación, como resulta sin duda alguna de la lectura de su texto, a través de una argumentación explícita y extensa (vid. páginas 9 y siguientes).

SEXTO.- *Decisión de la sala. Falta de motivación suficiente de la sentencia. Estimación.*

1.- La motivación de las resoluciones judiciales constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la CE. Se corresponde con el derecho de todas las personas a obtener una respuesta fundada de los tribunales de justicia, al tiempo que constituye una expresión de la sujeción de los jueces al imperio de la ley, en el ejercicio de sus exclusivas funciones jurisdiccionales (art. 117.1 CE).

Esta exigencia de motivación, consagrada normativamente en los arts. 120.3 de la Constitución y 218.2 LEC, cumple tres funciones fundamentales en un Estado de Derecho: garantizar la aplicación de la ley al margen de cualquier clase de arbitrariedad, comprobando que la resolución judicial que zanja el conflicto responde a una razonada aplicación del ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE); permitir el control jurisdiccional interno a través del régimen legal de los recursos preestablecidos, y la consideración de la persona como centro del sistema merecedora de explicaciones dimanantes de la Administración de Justicia, de manera tal que tenga constancia de las razones por mor de las cuales se estiman o desestiman sus pretensiones (sentencias 465/2019, de 17 de septiembre y 438/2021, de 22 de junio, y 706/2021, de 19 de octubre, entre otras).

La motivación ha de ser manifestación suficiente de la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión tomada, al margen de que satisfaga o no los intereses y pretensiones de las partes (sentencias del Tribunal Constitucional - SSTC- 14/91, 28/94, 153/95 y 33/96 y sentencias de esta sala 889/2010, de 12 de enero de 2011 y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras). En consecuencia, se vulnera tan ineludible exigencia cuando (i) no hay motivación - carencia total -, (ii) cuando es completamente insuficiente, y también (iii) cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico (sentencia 180/2011, de 17 de marzo).

Como hemos declarado en la sentencia 278/2022, de 31 de marzo (con cita de otras anteriores), al resumir la doctrina constitucional sobre el deber de motivación:

"El Tribunal Constitucional ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. [...] sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (SSTC 108/2001, de 23 de abril, y 68/2011, de 16 de mayo).

"De este modo, "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla" (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 736/2013, de 3 de diciembre)".



2.- En el caso, la sentencia de apelación desestima la pretensión de la declaración de nulidad de las cláusulas impugnadas de la demandante al apreciar que, dado que no tiene la cualidad de consumidora, la protección que merece es menos intensa que si lo fuera, de forma que únicamente procede hacer un control de incorporación respecto de esas cláusulas; y concluye que en el caso las cláusulas controvertidas superan los requisitos propios de ese control de incorporación porque su redacción es clara, se incorporan a la escritura de subrogación por remisión de ésta a la de préstamo hipotecario, y por la diligencia mínima exigible al demandante no consumidor, que no puede alegar que su desconocimiento de las cláusulas del contrato en que se subroga sea atribuible a la falta de diligencia de la entidad financiera.

Con ello la sentencia recurrida da respuesta a una de las pretensiones de la demandante (la declaración de no incorporación de esas cláusulas al contrato). Pero, por el contrario, no explica ni aporta razón alguna que permita entender cuál fue el sustento jurídico-lógico que condujo a la Audiencia a negar la declaración de nulidad de aquellas cláusulas con base en la alegación del principio de buena fe contractual. Nada hay en la fundamentación de la sentencia que permita desvelar las concretas razones por las que la Audiencia deniega la pretensión de nulidad basado en ese fundamento, a la que no se refiere en forma alguna. En suma, la Audiencia omite por completo la razón de esta decisión (desestimación tácita), pues no razona en modo alguno, si quiera sea de forma sumaria, su procedencia, ni cabe deducir de forma implícita tales razones de otras consideraciones de la resolución impugnada. La *ratio decidendi* de este extremo de la resolución quedó plenamente silenciada en la sentencia.

3.- La consecuencia es que debemos estimar el motivo del recurso extraordinario de infracción procesal y, en consecuencia, dejar sin efecto la sentencia de la Audiencia, para dictar una nueva sentencia, conforme a la disposición final decimosexta, apartado 1, regla 7.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que demos contestación a la pretensión de la demandante y apelante basada en la infracción del principio de la buena fe contractual.

SÉPTIMO.- *La buena fe como parámetro de interpretación contractual. Desestimación.*

1.- Como hemos señalado, en la demanda se incluía también, con carácter subsidiario, la pretensión de la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas por quebrantar la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones y/o haberse impuesto por el banco con abuso de derecho. Pretensión que fue desestimada en primera instancia por las razones reseñadas *supra*, y reproducida en el recurso de apelación. Ahora, tras haber acordado la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, debemos confirmar la decisión del juez *a quo* por las razones que exponemos a continuación.

2.- Como declaramos en las sentencias 367/2016, de 3 de junio, 30/2017, de 18 de enero, 57/2017, de 30 de enero, y 594/2017, de 7 de noviembre, vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe.

Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias - publicidad, actos preparatorios, etc.- se derivan de la naturaleza del contrato).

3.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; 1141/2006, de 15 de noviembre; 273/2016, de 23 de abril; y 594/2017, de 7 de noviembre). Pero siempre ha de tenerse en cuenta que, en el estado actual de nuestro Derecho, el régimen de protección del adherente no consumidor frente a las cláusulas sorprendentes no puede tener la misma intensidad que la protección del consumidor.

4.- Si analizamos el presente caso conforme a tales parámetros, hemos de partir necesariamente (i) del respeto a los hechos declarados probados en la instancia, y (ii) de la confirmación del pronunciamiento de la Audiencia de que la cláusula supera el control de incorporación, según resulta de la desestimación de las alegaciones sobre esta cuestión contenidas en los recursos de apelación y casación. Junto a ello debe destacarse que ni el juzgado de primera instancia ni la Audiencia Provincial han realizado ningún pronunciamiento del que se derive

que consideren probado que hubiera un déficit de información sobre las cláusulas litigiosas con ocasión de la formalización de la compraventa con subrogación que le impidiese conocer su existencia, máxime cuando fue la propia demandante la que declaró en dicho instrumento público, bajo la fe notarial, que conocía y aceptaba el contenido de la escritura de constitución de hipoteca que garantizaba el préstamo en que se subrogaba, y que una copia de esa escritura obraba en su poder.

Ni el juzgado ni la Audiencia declararon que la incorporación de las cláusulas impugnadas se impusiera por la demandada de mala fe para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios, ni puede ello inferirse de las circunstancias del caso. Como destacó la sentencia de primera instancia: (i) se trata de cláusulas que eran habituales en la contratación bancaria en el momento en que se suscribieron los contratos; (ii) la actora es una mercantil cuyo objeto social es el arrendamiento de inmuebles; (iii) en el año 2011 se produjo una novación contractual en la que no se dejaron sin efecto ninguna de las cláusulas consideradas ahora abusivas e inaceptables; y (iv) la diligencia exigible a un empresario medio en la gestión de las obligaciones financieras que contrae, unida a la falta de especial complicación de la redacción de las escrituras tanto de préstamo como de subrogación en el mismo, determinan que no pueda hablarse de que las cláusulas objetadas tenían un carácter sorprendente para la actora por desnaturalizar sus expectativas económicas.

Por lo que no podemos afirmar que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista. De manera que no puede afirmarse que en este caso las condiciones generales cuestionadas comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente. Ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los arts. 1.256 y 1.258 CC y 57 CCom.

5.- En consecuencia, debemos confirmar la sentencia de primera instancia en su integridad.

OCTAVO.- *Costas y depósitos*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido estimado, y las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente. Las costas derivadas del recurso de apelación deben también imponerse a la apelante al haber sido íntegramente confirmada la sentencia de primera instancia.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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 extraordinario por infracción procesal y desestimar el recurso de casación interpuesto por Salsilter, S.L. contra la sentencia n.º 395/2019, de 23 de mayo, dictada por la Sección n.º 1 de la Audiencia Provincial de Gerona, en el recurso de apelación núm. 321/2019, y confirmamos íntegramente la sentencia de primera instancia.

2.º- No imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, y condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso de casación y a la apelante al pago de las costas de la apelación, así como la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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.