

III LA LEY

# ACTUALIDAD Cívil

NÚM. 6 • JUNIO 2023



Director: Xavier O'Callaghan Muñoz  
Codirectora: Sonia Calaza López

III LA LEY

## Dirección, Coordinación, Comité Científico, Consejo de Redacción y Equipo Editorial



**Director:**

**Xavier O'Callaghan Muñoz**

*Catedrático de Derecho Civil*

*Magistrado del Tribunal Supremo*



**Co-Directora:**

**Sonia Calaza López**

*Catedrática de Derecho Procesal (UNED)*



**Coordinadora de Redacción:**

**Mercedes de Prada Rodríguez**

*Directora Académica del Centro de Estudios Garrigues*

**Coordinadora de Redacción:****Ana María Gómez Megías**

Responsable de Contenidos Revistas Dcho.Privado

LA LEY

**Comité Científico****Sección Nacional del Comité Científico****Cristina Amunategui Rodríguez.** Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid**José María Asencio Mellado.** Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Alicante.**Inmaculada Barral Viñals.** Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Barcelona.**Lorena Bachmaier Winter.** Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.**Silvia Barona Vilar.** Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia**Sergio Cámara Lapuente.** Catedrático de Derecho Civil. Universidad de La Rioja**Angel Francisco Carrasco Perera.** Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha**Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla.** Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla**Ignacio Colomer Hernández.** Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Pablo de Olavide**Matilde Cuena Casas.** Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid**Silvia Díaz Alabart.** Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid**Juan María Díaz Fraile.** Registrador. Magistrado del Tribunal Supremo.**Sara Díez Riaza.** Catedrática de Derecho Procesal. Universidad Pontificia de Comillas. ICADE**Andrés Domínguez Luelmo.** Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valladolid**María Paz García Rubio.** Catedrática de Derecho Civil. Santiago de Compostela**Jose Ramon García Vicente.** Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Salamanca**Cristina Guilarte Martín Calero.** Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid**Esther Gómez Calle.** Catedrática de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid**Eugenio Llamas Pombo.** Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Salamanca. Abogado

**Consuelo Madrigal Martínez-Pereda.** Fiscal del Tribunal Supremo

**Juan José Marín López.** Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

**Manuel Jesús Marín López.** Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

**M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.** Magistrada del Tribunal Supremo

**Agustín Pérez-Cruz Martín.** Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Oviedo

**Vicente Pérez Daudí.** Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona

**Andrea Planchadell Gargallo.** Catedrática de Derecho Procesal. Universidad Jaume I. Universidad de Castellón

**Nicolás Rodríguez García.** Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca

**Eduardo Vázquez De Castro.** Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Cantabria

**Pedro José Vela Torres.** Magistrado del Tribunal Supremo

**Fátima Yáñez Vivero.** Catedrática de Derecho Civil. Universidad Nacional de Educación a Distancia

**Mariano Yzquierdo Tolsada.** Catedrático de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid

**Juan Antonio Xiol Ríos.** Magistrado del Tribunal Constitucional

## Sección Internacional del Comité Científico

**Profra. Katerina Beckempter.** Catedrática de Derecho procesal de la Universidad de Leipzig (Alemania)

**Prof. Rémy Cabrillac.** Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Montpellier (Francia)

**Profra. Elena D Alessandro.** Catedrática de Derecho procesal de la Universidad de Turin (Italia)

**Profesora Aida Kemelmajer De Carlucci.** Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Mendoza (Argentina)

**Luca Lupària Donati.** Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Milán (Italia)

**Profra. Doerte Poelzig.** Catedrática de Derecho procesal de la Universidad de Hamburgo (Alemania)

**Virginia Zambrano.** Catedrática de Derecho Privado Comparado de la Universidad de Salerno (Italia)

## Consejo de Redacción

### Sección Nacional del Consejo de Redacción

**Carmen-Alicia Calaza López.** Notaria. Doctora en Derecho

**Araceli Donado Vara.** Profra. Titular de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

**Alicia González Navarro.** Profra. Titular de Derecho Procesal. Universidad de La Laguna

**Silvia Pereira Puigvert.** Profra. Titular de Derecho Procesal. Universidad de Gerona.

**Verónica López Yagües.** Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Alicante

**Fernanda Moretón Sanz.** Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

**Antonio José Quesada Sánchez.** Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga

**Julio Sigüenza López.** Prof. Titular de Derecho Procesal. Universidad de Murcia

**Estrella Toral Lara.** Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Salamanca

### Sección Internacional del Consejo de Redacción

**Angelo Danilo de Santis.** Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Roma Tre (Italia)

**Angelo Federico.** Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Messina (Italia)

**Marco Gradi.** Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Messina (Italia)

**Paulo Mota Pinto.** Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Coimbra (Portugal)

**Carlo Pilia.** Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Cagliari (Italia)

**Giovanni F. Priori Posada.** Catedrático de Derecho procesal de la Universidad Pontificia Católica del Perú

**Vicenzo Veridicchio.** Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sannio (Italia)

**Elena Zucconi Galli Fonseca.** Catedrática de Derecho procesal de la Universidad de Bolonia (Italia)

## Presentación

**Actualidad Civil** es una Revista mensual editada por LA LEY que cuenta con una larga trayectoria de prestigio científico, rigor profesional y calidad editorial. Entre sus números, tanto los del pasado siglo, como los del primer cuarto de esta centuria, encontramos a los mejores juristas —entre académicos y profesionales— de nuestro país. Los autores y editores de LA LEY somos muy conscientes de la transcendencia de la investigación científica como motor de cambio del mundo, así como de su imprescindible traslación al cotidiano ejercicio de nuestros derechos e intereses legítimos.

La Revista **Actualidad Civil** —que asienta sus raíces en una dual dirección y coordinación conformada, respectivamente, por prestigiosos académicos —Sonia Calaza y Xabier O’Callaghan— y relevantes profesionales —Mercedes De Prada y Ana María Gómez Megías—, así como por tres órganos de orientación, gestión y edición: Comité Científico, Consejo de Redacción y Equipo Editorial, integra, entre sus secciones, toda la estructura —ordinaria y orgánica— del Derecho Civil, columna vertebral del ordenamiento jurídico, incluyendo también el Derecho Internacional Privado, y debidamente asistidos del Derecho Procesal, para aquellos supuestos en que hubiere discrepancias, controversias o, de forma menos disonante, interpretaciones divergentes del Derecho sustantivo; y del Derecho Mercantil, en aquellas materias que necesariamente comparte con el Derecho Civil. Sus ocho Secciones dan buena muestra del contenido de la Revista. Al término de este documento, se enumeran estas Secciones con expresa mención de sus Coordinadores.

La Revista **Actualidad Civil** tiene como finalidad prioritaria la investigación científica. La cobertura temática de **Actualidad Civil** se centra —como se ha anticipado— en el Derecho Civil. Esta Revista se encuentra dirigida a un público amplio y heterogéneo, tanto de la órbita jurídica —Notarios, Registradores, Magistrados, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Abogados del Estado, Abogados, Procuradores, Graduados sociales— como de cualquier otra rama del conocimiento científico —extra muros de la Legislación, la Doctrina jurídica y la Jurisprudencia— que se relacionen —por su profesión: Médicos, Enfermeros, Psiquiatras, Psicólogos, Mediadores, Árbitros, Economistas, etc.— con el Derecho, y a la sociedad en su conjunto.

Los contenidos de **Actualidad Civil** responden a la nomenclatura de sus **ocho Secciones**. Cada sección está coordinada por un Académico o Profesional —en función de la temática abordada— y responde a los siguientes contenidos:



**Persona y Derecho: PyD**

**Coordinadora:**

**D.ª Mercedes Llorente Sánchez-Arjona**

*Profesora Titular de Derecho Procesal*



**Obligaciones y Contratos: OyC**

**Coordinador:**

**Mateo C. Juan Gómez**

*Socio de Buades Legal. Profesor Asociado Universidad de las Islas Baleares (UIB)*



**Derechos Reales e Hipotecario: DReH**

**Coordinadora:**

**D.ª Carolina del Carmen Castillo Martínez**

*Magistrada y Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Valencia*



**Familia y Sucesiones: FyS**

**Coordinadora:**

**Belén Ureña Carazo**

*Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Marbella*

*Doctora en Derecho*



**Consumidores y Usuarios: CyU**

**Coordinador:**

**D. José María Fernández Seijo**

*Magistrado*



***Derecho Internacional Privado: DIPriv***

**Coordinador:**

**D. Javier Carrascosa González**

*Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia*



***Derecho Inmobiliario: DIInmb***

**Coordinador:**

**D. Alejandro Fuentes Lojo**

*Profesor y Abogado*



***Derecho Digital: DDig***

**Coordinador:**

**D. Álvaro Perea González**

*Letrado de la Administración de Justicia*

# Derecho de Contratos

## A fondo

### Sobre la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios, la doctrina del TJUE y la STS 816/2023 de 29 de mayo: ¿el desenlace? (1)

On the initial placement fee of mortgage loans, the case law of the Court of Justice of the European Union and Spanish Supreme Court ruling 816/2023 of 29 May: the outcome?

**Mateo C. Juan Gómez**

Socio Buades Legal  
mateo.juan@buadeslegal.com

**Resumen:** El Pleno del Tribunal Supremo se pronunció el 23 de enero de 2019, estableciendo una doctrina en torno a la comisión de apertura de los préstamos hipotecarios, en virtud de la cual consideraba que ésta forma parte de la dimensión esencial del contrato, al formar parte del «precio», lo que impide su control de abusividad. En cuanto a la transparencia, si bien afirmaba que era preciso un control efectivo, entendía que para la superación del mismo revestían gran relevancia determinados factores casi automáticos como: la observancia de la normativa sectorial; la conciencia social de la existencia de este tipo de cláusulas; su redacción sencilla y la cuantificación de un coste que es inicial del préstamo y, por tanto, de gran interés para el consumidor en el estudio de la operación; o el carácter inherente o consustancial de los servicios. Por su parte, TJUE se ha pronunciado en distintas resoluciones (primero en STJUE de 16 de julio de 2020 y después, recientemente, en STJUE de 16 de marzo de 2023), sobre la necesidad de realizar efectivos controles de transparencia y contenido sobre la comisión de apertura, en lo que muchos operadores y tribunales han considerado una refutación de la doctrina del Tribunal Supremo. No obstante, en la STS de 29 de mayo, el Alto Tribunal se reafirma sustancialmente en sus tesis, con la única salvedad sustancial de reconocer que la

*comisión de apertura no forma parte del elemento esencial del contrato, lo que genera la necesidad de operar un control de abusividad.*

**Palabras clave:** Préstamo hipotecario, comisión de apertura, transparencia, abusividad, nulidad, consumidor, contraprestación, carga de la prueba.

**Abstract:** *The Plenary of the Spanish Supreme Court handed down a judgment on 23 January 2019, setting case law on the initial mortgage loan placement fee, as a result of which it ruled that the fee in question forms part of the essential dimension of the contract, by virtue of being included in the "price", thus preventing its consideration as unfair. In terms of transparency, although the court held that effective control was necessary, it was of the understanding that certain quasi-automatic factors were highly relevant to surmount such a requirement, namely: compliance with sectoral regulations; social awareness of the existence of clauses of this nature; the simple wording and quantification of a cost that initiates the loan and, as such, of great interest to the consumer when examining the transaction; and the inherent or consubstantial nature of the services. For its part, the Court of Justice of the European Union has ruled in various judgments (first in the decision it handed down on 16 July 2020 and more recently in that of 16 March 2023) on the need to carry out effective control of the transparency and content of the placement fee, in what many operators and courts have seen as a rebuttal of the case law of the Spanish Supreme Court. However, in the latter's ruling of 29 May, Spain's highest court substantially stands by its theses, the only meaningful caveat being that of recognizing that the placement fee is not part of the essential element of the contract, which creates a need to control its fairness.*

**Keywords:** Mortgage loan, initial placement fee, transparency, unfairness, nullity, consumer, consideration, burden of proof

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han sucedido aluviones de demandas pretendiendo la declaración de nulidad de la comisión de apertura, denunciando su presunto carácter ambiguo, no transparente, y su naturaleza desproporcionada; principalmente ante la falta de un detalle de los servicios prestados por la entidad financiera, para los que sirve de contrapartida.

Como si de un frontón se tratase, la «pelota» ha ido «pasándose» de las audiencias provinciales al Tribunal Supremo, de éste de nuevo a las audiencias, éstas al TJUE, el TJUE de nuevo a las audiencias provinciales, éstas de nuevo al Tribunal Supremo, éste al TJUE y, finalmente, éste de nuevo al Tribunal Supremo.

En el marco de este «intercambio de golpes», el pasado 18 de abril publicamos un artículo (2) interpretando la STJUE de 16 de marzo de 2023 y analizando si a raíz de esta sentencia el Tribunal Supremo debía virar sustancialmente su doctrina (asentada en las SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019), o no. Ya anticipábamos entonces que el verdadero interrogante, el «*punctum saliens*» del extenso debate que ha rodeado en los últimos años a la comisión de apertura no es tanto, a nuestro parecer, la respuesta que había conferido el TJUE a las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo —algunas respuestas son directas, otras son sumamente ambiguas—; como la propia interpretación que realizase el tribunal nacional a la luz de las respuestas ofrecidas por la Sentencia del TJUE. No cabe obviar que, en función de la interpretación que ofreciera el Alto Tribunal y al abrigo del principio de interpretación conforme (3), la proliferación de Sentencias contradictorias en el seno de la jurisprudencia menor, podía (y puede) mantenerse como una constante.

En contra de la opinión mayoritaria de los operadores jurídicos y de la interpretación efectuada por el grueso de las audiencias provinciales (4), nos aventuramos ya entonces a señalar que la doctrina fijada por el TJUE y la consolidada por el Tribunal Supremo eran perfectamente compatibles, en lo esencial. De hecho afirmábamos que «*el TJUE ha dado un auténtico balón de oxígeno al TS*».

Las discrepancias se observaban con claridad únicamente en cuestiones menores o accesorias. Entre éstas se cuenta, por ejemplo, la condición de la comisión de elemento esencial del contrato (precio), argumentario algo forzado del Tribunal Supremo, que fue rebatido claramente por el TJUE, exigiendo que se practique un control de contenido de la cláusula...pero no perdamos de vista que el núcleo gordiano de la cuestión siempre