

020654



CSJ-BJ-SS

**Adquisición de Vivienda
y Cláusulas Abusivas.**

La integración del Derecho español a través
del Derecho europeo y comparado.

Texto:

JAVIER DOMÍNGUEZ ROMERO

Prólogo:

FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ



Derecho Privado

ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado

JAVIER DOMÍNGUEZ ROMERO



DERECHO
COLECCIÓN **14** PRIVADO

Primera edición: enero de 2018

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © Javier Domínguez Romero
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

NIPO: 786-18-003-7
ISBN: 978-84-340-2458-8
Depósito legal: M-1170-2018

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



ÍNDICE

PRÓLOGO	15
ABREVIATURAS	25
ACRÓNIMOS DE REVISTAS Y PUBLICACIONES JURÍDICAS	37
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN. VIVIENDA COMO BIEN Y COMO DERECHO	
1.1. Bien de consumo y bien social: actuación legislativa	41
1.2. Derecho a la vivienda: protección judicial	54
CAPÍTULO 2. CUESTIONES NUCLEARES. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN Y CONTORNOS DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD	
2.1. Planteamiento. Unificación y actualización normativa de la contratación privada	61
2.2. Cláusulas no negociadas individualmente	71
2.2.1. Rasgos característicos, con especial referencia a los instrumentos de modernización	72
2.2.2. Precisiones conceptuales. <i>Onus probandi</i> de la negociación, en el sistema nacional y en el moderno Derecho contractual europeo	78
2.2.3. Una revisión del control de abusividad que prescinda del requisito de no negociación singular: el ejemplo británico	85
2.3. Elementos configuradores del carácter abusivo y factores determinantes para su apreciación	92
2.3.1. Parámetros y factores de control en Derecho europeo y nacional, así como en los instrumentos modernizadores	94

2.3.2.	Interpretación jurisprudencial europea y nacional	109
A)	Desequilibrio contractual importante y factores ponderativos	110
B)	Desequilibrio contrario a la buena fe y contextualización. Referencia a las cláusulas sorprendentes	113
2.4.	Límites a la consideración de abusividad	119
2.4.1.	Cláusulas declarativas	120
A)	Matices a la exclusión	126
B)	Servicios públicos	129
2.4.2.	Cláusulas sobre elementos esenciales	136
A)	Objeto principal del contrato, relación calidad-precio y transparencia: aclaraciones al respecto	142
A.I)	Elementos <i>ex</i> artículo 4.2 Directiva 93/13: interpretación del Tribunal de Justicia y enfoques determinativos	144
A.II)	Alcance de la exigencia de transparencia	149
B)	La exención de contraste de abusividad en el <i>Soft Law</i> y en Reino Unido	155
C)	La operatividad de la exención en España. Especial referencia al «control de transparencia»	
C.I)	Discusión nacional previa a la Sentencia <i>Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid</i>	166
C.II)	Pronunciamiento del Tribunal de Justicia y ulteriores resoluciones del Tribunal Supremo	173
 CAPÍTULO 3. CONTROL DE OFICIO. SANCIONES Y CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD		
3.1.	Control de oficio del carácter abusivo	197
3.1.1.	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el examen <i>ex officio</i> de las cláusulas abusivas	
A)	De la inicial atribución <i>facultativa</i> a <i>deber</i> judicial ...	198
B)	Control <i>imperativo</i> y primer límite. Examen en monitorio	201
C)	Debate contradictorio (segundo límite) y control en apelación	208
D)	Examen en sede ejecutiva	211

3.1.2. Traslación nacional de la jurisprudencia europea	213
A) Monitorio	215
B) Ejecución	220
C) Apelación	225
3.2. Sanción a la abusividad y consecuencias: sistema nacional, europeo y modernizador desde la jurisprudencia	231
3.2.1. Mecanismo correctivo y efectividad de su declaración judicial	
A) Carencia vinculatoria de la cláusula abusiva	231
B) Eficacia retroactiva de la declarada nulidad por abusividad y su discutida limitación: de la STS 9.5.2013 a la Sentencia <i>Gutiérrez Naranjo y otros</i>	242
3.2.2. El contrato desprovisto de contenido abusivo	258
A) Fundamento y naturaleza de la regla de nulidad parcial	261
B) Criterios sobre la subsistencia del contrato parcialmente nulo	
B.I) Planteamiento. <i>Statu quo</i> nacional	267
B.II) Jurisprudencia europea y consideraciones al respecto	270
B.III) Criterios adoptados por los instrumentos modernizadores	274
C) Reglamentación sustitutiva	278
C.I) Integración y moderación vedadas por la jurisprudencia europea. Consideraciones al respecto	280
C.II) Integración admitida por el Tribunal de Justicia. Situación nacional con la reforma operada por Ley 3/2014	288

CAPÍTULO 4. CLAUSULADO ABUSIVO EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y PRÉSTAMO HIPOTECARIO SUSCRITOS PARA VIVIENDA

4.1. Planteamiento	297
4.2. Apuntes sobre el listado de cláusulas abusivas nacional, europeo y modernizador	301

4.3. Tipología destacable en el contrato de compraventa de vivienda ...	304
4.3.1. Atribución de competencia jurisdiccional: sumisión expresa	
A) Tratamiento nacional y europeo. Apreciación de oficio de su carácter abusivo y problemática procesal ...	305
B) Tratamiento en los instrumentos de modernización ...	310
4.3.2. Retención de cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda: arras y pena convencional	
A) Planteamiento y precisiones conceptuales	312
B) Retención por renuncia a la celebración o a la ejecución del contrato	317
C) Retención por incumplimiento resolutorio	320
4.3.3. Alteraciones durante la construcción: facultad de modificación unilateral y declaración de conformidad predispuesta	
A) Visión panorámica y derecho de información	324
B) Potestad reservada de variación	329
C) Emisión de irreal aquiescencia	331
4.3.4. Plazo de entrega de la vivienda	
A) Acerca de la esencialidad de la puntual entrega y el control de abusividad	334
B) Irregularidades sobre el tiempo de cumplimiento y análisis de su eventual carácter abusivo	342
4.3.5. Repercusión de gastos al consumidor adquirente de vivienda	
A) Consideraciones generales	346
B) Gastos tributarios. Especial referencia a la plusvalía municipal.....	351
C) Gastos relativos a la implantación de servicios necesarios	360
D) Gastos para preparar la titulación de la compraventa	
D.I) Delimitación con los gastos de escrituración y su posible abusividad	361
D.II) Gastos relacionados con el <i>préstamo promotor</i> . Imposición de subrogación hipotecaria	367
D.III) Otros gastos preparatorios de la titulación	374

4.4. Tipología destacable en el préstamo hipotecario que financia la adquisición de vivienda	
4.4.1. Consideraciones comunes: marco normativo. Análisis crítico de la regulación relativa a la <i>financiación no bancaria</i> y los servicios de intermediación financiera	381
4.4.2. Estipulaciones que rigen el pago del préstamo	
A) Sistema amortizativo. Especial referencia al <i>sistema francés</i> y la amortización negativa	393
B) Base de cálculo de intereses ordinarios. Consideración especial del <i>método 365/360</i>	403
C) Cláusula suelo	415
C.I) Consideración de condición general susceptible de control en el ámbito de tutela de los consumidores	416
C.II) Criterios jurisprudenciales sobre su carácter abusivo	421
C.III) Incidencia procedimental interna de la Sentencia <i>Gutiérrez Naranjo y otros</i> . Medios excepcionales de reparación	428
C.III.a) Observaciones previas	430
C.III.b) Análisis procedimental circunstanciado	432
C.III.c) Revisión y responsabilidad patrimonial estatal	443
4.4.3. Intereses de demora y pacto de anatocismo	459
A) Cláusula de interés moratorio	
A.I) Regulación nacional y modernizadora europea sobre los intereses de demora	460
A.II) Límite legal en préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual y cuestiones prejudiciales europeas acerca del recálculo de intereses ..	464
A.III) Valoración de su eventual carácter abusivo y consecuencias de apreciarlo desde la jurisprudencia europea y nacional	469
B) Cláusula de capitalización de intereses	
B.I) Tratamiento nacional (vigente y propuesto) del anatocismo y prohibición de capitalizar ciertos intereses moratorios	475

	Páginas
B.II) Intereses anatocísticos en el moderno Derecho contractual europeo	477
B.III) Consideración de abusividad del pacto de anatocismo	479
4.4.4. Vencimiento anticipado del préstamo hipotecario	481
A) Por impago de términos amortizativos y primas de seguros	
A.I) La estipulada facultad de anticipar el vencimiento por incumplimiento del prestatario: criterios jurisprudenciales (nacional y europeo) sobre su licitud y traslación a la tipología objeto de análisis	482
A.II) Ejecución hipotecaria e intereses futuros: cuestiones de abusividad en la reclamación asociada al vencimiento por impago de cuotas del préstamo	488
A.III) Suscripción de seguros y <i>cross default</i>	496
B) Por no inscripción registral de la hipoteca, actos de disposición sobre el bien objeto de garantía y alteraciones en el patrimonio acreditado	501
4.4.5. Cláusula de gastos del préstamo hipotecario	504
CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES	507
TABLA DE RESOLUCIONES CITADAS	513
BIBLIOGRAFÍA	535