



TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE CRÉDITO HIPOTECARIO: UN ANÁLISIS ECONÓMICO

LAURA ALASCIO CARRASCO

PROFESORA DE LA UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA

WORKING PAPER 4/2023



**WORKING PAPERS
JEAN MONNET CHAIR**



 UNIVERSITAT DE BARCELONA

Abstract: This paper analyzes from an law and economics point of view, transparency in the mortgage credit market, based on Directive 2017/14 and Law 5/2019 that transposes the directive, regulating real estate credit contracts. The objective is to study what incentives the regulation generates and if, indeed, it increases consumer knowledge of this type of contract.

Title: Transparency in real estate credit market. An economic analysis.

Keywords: transparency, real estate market, consumer law.

Resumen: En este trabajo se analiza desde un punto de vista económico, la transparencia en el mercado de crédito hipotecario, a partir de la Directiva 2017/14 y la Ley 5/2019 que transpone la directiva, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El objetivo es estudiar qué incentivos genera la normativa y si, efectivamente, aumenta el conocimiento de los consumidores de este tipo de contratos.

Título: Transparencia en el mercado de crédito hipotecario: un análisis económico.

Palabras clave: transparencia, mercado de crédito hipotecario, derecho de consumo.

Resum: En aquest treball s'analitza des d'un punt de vista econòmic, la transparència en el mercat de crèdit hipotecari, a partir de la Directiva 2017/14 i la Llei 5/2019 que transposa la directiva, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari. L'objectiu és estudiar quins incentius genera la normativa i si, efectivament, augmenta el coneixement dels consumidors d'aquest tipus de de contractes.

Títol: Transparència en el mercat de crèdit hipotecari: una anàlisi econòmica.

Paraules clau: transparència, mercat de crèdit hipotecari, dret del consum.

<p>Esta contribución se presentó el 18 de noviembre de 2022 en el <i>Online Webinar</i> "Financial Services & Transparency", organizado por el Proyecto de Investigación del Ministerio de Innovación y Ciencia PID2021-127197NB-I00, financiado por MCIN/ AEI/ 10.13039/501100011033 y por FEDER "Una manera de hacer Europa" y la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo.</p>

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN	3
2. TRANSPARENCIA: LA PIEDRA ANGULAR DE LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS	4
3. TRANSPARENCIA EN CONTRATOS COMPLEJOS CON CONSUMIDORES	5
3.1. TIPO DE PRODUCTO Y MECANISMO DE FIJACIÓN DE PRECIO: RIESGO E INCERTIDUMBRE	6
3.2. INNOVACIÓN FINANCIERA	7
3.3. CONFLICTOS DE INTERÉS	8
3.4. FALTA DE COMPETENCIA	8
4. INCERTIDUMBRE Y SESGOS PSICOLÓGICOS EN LA TOMA DE DECISIONES	8
5. LA SOLUCIÓN EUROPEA	10
6. CONCLUSIONES	11
7. BIBLIOGRAFÍA	12

1. INTRODUCCIÓN

La gran crisis financiera de 2008 ya nos empieza a quedar lejos, pero sus consecuencias aún persisten: casi una década después se aprobó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con el objeto de abordar su problemática. El considerando III de la directiva se muestra así de contundente:

“La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzosas”.

En nuestro ordenamiento, la transposición se hizo dos años después, a través de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En su art. 1, la ley dispone que su objeto es el de la “protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir”. La redacción de la ley difiere del de la directiva, en el sentido que esta última tiene por objeto “contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca”.

Es decir, la directiva se refiere específicamente a contratos con consumidores, mientras que la ley 15/2019 se circunscribe a “personas físicas”. En realidad, de la regulación se desprende que estas personas físicas van a tener siempre la consideración

de consumidores, dado que los contratos que se regulan son entre personas físicas no profesionales y prestamistas profesionales sean personas físicas o jurídicas.

Nos encontramos, por tanto, ante una concreción del derecho de consumo dirigida a regular unos contratos muy concretos. Como sabemos, la normativa general de consumo (LGDCU) define, de forma general, los contratos de consumo por las partes que intervienen (profesional y no profesional) y no por el contenido del mismo, de manera que aplican a una multitud de contratos, desde los más simples hasta los más complejos.

2. TRANSPARENCIA: LA PIEDRA ANGULAR DE LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Una de las características que tienen los contratos de consumo y, por ello, uno de los motivos que exista regulación específica para ellos, es que al ser una de las partes profesional y la otra no profesional, existe la posibilidad de que exista una disparidad entre ambos que haga que no se sitúen en plano de igualdad contractual. El profesional no sólo conoce mejor el servicio/ producto que comercializa sino que además es el que establece el contenido contractual. Existe por tanto, una asimetría informativa entre las partes contratantes que la regulación trata de paliar. En el caso del sector bancario esta asimetría es aún más acusada, motivo por el cual se ha ido abordando en particular por diversas instituciones. Así, por ejemplo, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios¹. En esta orden se pone de manifiesto que el fundamento de la defensa del cliente bancario es, por un lado, la regulación prudencial que tiene como objetivo garantizar la solvencia de las entidades y, por el otro la protección directa del cliente bancario, uno de los pilares de la cual es la normativa de transparencia.

También la jurisprudencia considera que una de las piezas fundamentales del sistema de protección de consumidores, en general y bancario en particular, es la transparencia. Tal como ha establecido el TS la transparencia tiene una doble vertiente:

- a) Transparencia formal
- b) Transparencia material

La transparencia formal o el control de incorporación es la posibilidad de conocimiento de las condiciones generales y la material es el conocimiento real y efectivo del conocimiento contractual².

Un aspecto crucial de la transparencia es que requiere de un esfuerzo activo por parte del profesional que es quien está en la posición de diseñar y redactar las condiciones generales y así lo recoge la normativa que, en el art. 80 de la LGDCU dispone

¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17015>

² Véase, por ejemplo Luis María Miranda Serrano, "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria", *InDret* 2.2018, pp. 1-80, disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1386.pdf>

que las cláusulas no negociadas individualmente deberán ser claras, concretas y sencillas en su redacción, además de accesibles y legibles. En este sentido, la letra deberá tener un tamaño mínimo de 2,5 milímetros y tener contraste suficiente con el color del fondo.

También se recogen obligaciones en cuanto al contenido de las mismas en la regulación de las cláusulas abusivas para asegurar la igualdad y evitar la desproporción de derechos y obligaciones de comprador y vendedor, el mismo art. 80 LGDCU establece que debe existir buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.

En la jurisprudencia, es la STS de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916) sobre la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia material, la que aplica un control de transparencia además del de incorporación. En este punto cabe remarcar que esto se ha interpretado como una especie de “transposición jurisprudencial” del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y que no se había transpuesto legislativamente en nuestro ordenamiento jurídico y era el que indicaba que “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.” por lo que estaba discutida la posibilidad de considerar abusiva la cláusula de fijación del precio³.

3. TRANSPARENCIA EN CONTRATOS COMPLEJOS CON CONSUMIDORES

Como decimos, la legislación de consumo (LGDCU) se aplica a una generalidad de contratos con una gran diversidad de objetos. Pero el legislador no es ajeno al hecho de que existen, no obstante, contratos que revisten una especial complejidad para el consumidor y algunos de ellos han sido objeto de regulación por parte del legislador europeo.

- a) Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.
- b) Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

³ A este respecto véase Sergio Cámara Lapuente, “Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016. Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *Indret* 1.2017 (disponible en <https://indret.com/doce-tesis-sobre-la-stjue-de-21-diciembre-2016/> y Nieves Fenoy Picón, “El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, 2018, p. 889).

- c) Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros

Podríamos considerarlos a todos como contratos financieros o bancarios. Aunque no existe una definición o regulación homogénea los podemos definir como aquéllos que se enmarcan dentro del sector bancario y tienen por objeto el préstamo de una cantidad de dinero, con o sin garantía accesoria o bien el encargo de la inversión de una cantidad de dinero⁴.

En todos ellos, la asimetría informativa se acrecienta por los siguientes motivos:

- a) Tipo de producto y mecanismo de fijación del precio: riesgo e incertidumbre
- b) Innovación financiera
- c) Conflictos de interés
- d) Competencia limitada entre proveedores

Veámoslo con más detalle.

3.1. TIPO DE PRODUCTO Y MECANISMO DE FIJACIÓN DE PRECIO: RIESGO E INCERTIDUMBRE

Los contratos financieros tal como se han definido anteriormente y, en particular, los préstamos bancarios garantizados con hipoteca llevan aparejados un componente de riesgo e incertidumbre:

- a) Son contratos de larga duración con un gran compromiso financiero: suelen tener una duración de décadas y comprometer una gran parte del patrimonio del prestatario, que, al no tener los fondos necesarios se convierte en deudor de largo plazo.
- b) El mecanismo de fijación de precio es ciertamente complejo. El precio en los contratos de préstamo es el tipo de interés, la fijación del cual puede tomar varias formas:
 - Fijo o variable
 - Si es variable, determinar el índice de referencia
 - Existencia de techos o suelos en el tipo de interés
 - Mecanismos varios de amortizaciones y gastos asociados

Ello, además, lleva aparejada la gran incertidumbre que existe en cualquier momento sobre la evolución de los tipos de interés y la inflación, variables que afectan a la determinación del tipo de interés.

⁴ Véase, por ejemplo, José-Ramón De Blas Javaloyas, "Las acciones judiciales de reclamación en la contratación bancaria con consumidores y el control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, Núm. 1, Marzo 2018 pp. 1-35.

Es, por estos motivos, extremadamente complicado que incluso un consumidor razonablemente educado, entienda perfectamente el mecanismo de fijación de precios teniendo en cuenta que viene además determinado por unas variables económicas imposibles de conocer y, por tanto, inciertas. Como veremos más adelante, la gestión de la incertidumbre es también un reto en sí misma.

Existe una importante litigación en relación a estas cláusulas y a su posible abusividad o falta de transparencia. Así por ejemplo, véase David Vallespín Pérez⁵, para un análisis del recorrido judicial del índice IRPH que se utilizaba en los préstamos con garantía hipotecaria e interés variable en algunas ocasiones en lugar del EURIBOR, que es el índice de referencia más utilizado.

Asimismo, a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916) que ya se ha mencionado anteriormente, se declara la nulidad de las cláusulas suelo que imponían un tipo de interés mínimo, de nuevo en los préstamos con garantía hipotecaria e interés variable.

Igualmente, sobre los gastos de los préstamos hipotecarios puede consultarse Carlos Ballugera Gómez⁶.

3.2. INNOVACIÓN FINANCIERA

La asimetría informativa se acrecienta en el sector financiero por la innovación financiera. Los proveedores sirven tanto a grandes clientes institucionales como a clientes minoristas (consumidores). El abanico de productos y servicios es virtualmente ilimitado con el uso de instrumentos derivados. Éstos son instrumentos financieros altamente complejos y destinados a que los clientes institucionales (fondos de inversión, aseguradores, fondos de pensiones) gestionen mejor su riesgo. Sin embargo, algunos de estos instrumentos han sido comercializados también a clientes minoristas como swaps de tipos de interés, hipotecas indexadas a divisas o participaciones preferentes y deuda subordinada.

Todo ello intensifica el problema de que el consumidor minorista pueda entender perfectamente el producto que está comprando. De hecho, la ESMA va avisando periódicamente de los peligros de estos productos. Últimamente existe una preocupación por el marketing de determinados productos financieros⁷.

⁵ “El consumidor bancario ante el IRPH (una experiencia propia del «Dragon Khan»)”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, Núm. 1/2021, Junio 2021, pp.107-162.

⁶ “Distribución de gastos en la hipoteca y comisión de apertura. Comentario y resumen de la STJUE de 16 julio 2020”, *Revista de Derecho vLex*, Núm. 195, Agosto 2020.

⁷ <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-and-ncas-look-marketing-financial-products>

Además, muchos de estos productos han acabado en los tribunales por falta de transparencia o falta de información por parte de la entidad bancaria.

Por ejemplo, STS, de 8 de julio de 2014 (ES:TS:2014:2666) declara nulo un contrato de swap de tipo de interés celebrado por una entidad bancaria con consumidores. Este contrato se suscribió el 31 de julio de 2008 y tenía el objetivo de proteger a los consumidores de las subidas de los tipos de interés en relación con el préstamo con garantía hipotecaria que habían celebrado anteriormente. El swap o permuta financiera de tipo de interés es un contrato extraordinariamente complejo en el cual no se garantiza nada en particular. Se trata de la permuta del pago de un interés fijo por un interés variable (no necesariamente vinculado a otro contrato referido a un principal que tampoco necesariamente ha cambiado de manos), en el cual los pagos son liquidaciones de las diferencias entre estos dos tipos de interés.

3.3. CONFLICTOS DE INTERÉS

Como veremos más adelante, uno de los requisitos de los proveedores de productos y servicios financieros es que ofrezcan a los potenciales clientes una información adecuada sobre los productos y servicios. En estos casos, la información puede incluir también un asesoramiento sobre el producto más adecuado para las necesidades de los clientes. Puede existir, por tanto, un conflicto de interés del proveedor quien tiene la obligación de informar al cliente, así como de asesorarle, pero a la vez está constreñido por la propia política comercial de la empresa, quien en cada momento tiene sus intereses en comercializar uno u otro producto. De hecho, la ESMA ha publicado varias recomendaciones a la hora de comercializar determinados productos complejos⁸.

3.4. FALTA DE COMPETENCIA

No podemos obviar que también para el proveedor los productos y servicios financieros son también arriesgados y existe la posibilidad de que el cliente acabe incumplimiento sus obligaciones derivadas del préstamo. Por ello, además de por la intensa regulación que tienen estas entidades, existe poca competencia entre proveedores.

4. INCERTIDUMBRE Y SESGOS PSICOLÓGICOS EN LA TOMA DE DECISIONES

La gestión de la incertidumbre es capital en los contratos financieros. No se trata solo de que estos contratos sean sustantivamente complejos, sino que requieren lidiar con escenarios inciertos y tomar decisiones en esos escenarios. En un primer momento, la

⁸ ESMA/2016/902 https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-902_statement_brrd_0.pdf o ESMA/2014/146 https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/ipisc_complex_products_-_opinion_20140105.pdf

teoría económica postulaba que los individuos toman decisiones de forma racional, lo cual implica que maximizan su utilidad⁹.

Que la toma de decisiones sea racional implica que el individuo:

- a) Tiene preferencias transitivas y completas: es decir, tiene preferencias sobre todas las posibilidades y además están ordenadas.
- b) Tiene información completa sobre las preferencias
- c) Es adversa al riesgo, es decir, prefiere situaciones seguras a aquellas en las que existe incertidumbre (por ejemplo, prefiere 50 euros a una lotería en la que pueda ganar 100 euros o 0 euros con una probabilidad del 50% respectivamente).

A simple vista podemos ver que la teoría del individuo racional no se va a poder cumplir: ni nuestras preferencias son racionales, ni existe información completa. Además, al parecer las personas no son adversas al riesgo sino adversas a la pérdida (es decir, prefieren no perder a ganar).

Por ello cuando analizamos cómo se toman las decisiones bajo incertidumbre, debemos tener en cuenta este hecho. En este sentido, el psicólogo ganador del premio Nobel de economía Daniel Kahneman, propone el concepto de “racionalidad limitada”. En este sentido, nuestro cerebro tiene dos modos de procesar la información: el rápido y el lento. El rápido es intuitivo, utiliza atajos para tomar decisiones (“heurística”) y el lento es racional y lógico. Se da la circunstancia que la gran mayoría de decisiones las tomamos con el sistema rápido, por lo que no procesamos toda la información disponible de forma racional sino intuitiva¹⁰.

Ello da lugar a lo que se denominan “sesgos psicológicos” como, por ejemplo, exceso de confianza, sesgos de confirmación, ilusión de control o sesgos de disponibilidad. Todos ellos impiden procesar la información de manera exhaustiva pero deben tenerse en cuenta¹¹,

⁹ En este caso no debemos confundir “utilidad” con egoísmo: la utilidad es todo aquello que, de forma general, produce felicidad y puede incluir motivaciones altruistas, ver Gary S. Becker, “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, *Journal of Political Economy*, Vol. 101, No. 3 (Jun., 1993), pp. 385-409, disponible en <https://www.jstor.org/stable/2138769>.

¹⁰ Daniel Kahneman, “Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics”, *The American Economic Review*, Vol. 93, No. 5 (Dec., 2003), pp. 1449-1475 disponible en <https://www.jstor.org/stable/3132137>.

¹¹ Véase por ejemplo Richard H Thaler, *Behavioral Economics: Past, Present and Future* (May 27, 2016). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2790606> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2790606> para una explicación del funcionamiento de estos sesgos.

5. LA SOLUCIÓN EUROPEA

El legislador europeo se ha ocupado de los créditos con garantía hipotecaria en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

En ella, se ha abordado la transparencia desde dos perspectivas:

- a) Establece deberes de ética que debe respetar el prestamista.
- b) Aumenta la obligación de proveer de información al cliente minorista

En su art. 7, la directiva establece normas de conducta para los proveedores y específicamente indica que “los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados actúen de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores.” Asimismo, el mismo artículo establece que la política remunerativa no ofrecerá incentivos a asumir más riesgos de los que el cliente puede asumir e “incorporará medidas para evitar los conflictos de interés, en particular estableciendo que la remuneración no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas”. El art. 9 establece que el personal de los proveedores de estos créditos deberá tener un nivel de competencia y conocimientos adecuados. En otras palabras, deben saber lo que venden.

Por otro lado, a partir del artículo 10 la directiva entra en detalle sobre la información que se debe poner a disposición del cliente, desde la publicidad, información general e información precontractual. El art. 16 rubricado “explicaciones adecuadas” indica que “Los Estados miembros velarán por que los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito o los representantes designados faciliten al consumidor explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos de crédito que se ofrecen, y sobre todo posible servicio o servicios accesorios, al objeto de que el consumidor pueda calibrar si dichos contratos y servicios accesorios se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera.”.

Asimismo, el art. 6 de la directiva establece que los estados miembros (no los proveedores de servicios) fomentarán “la educación de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de crédito hipotecario”. A este respecto la CNMV tiene un portal de educación financiera, <http://www.finanzasparatodos.es/> aunque se desconoce el alcance que está teniendo.

En cuanto a la transposición de la directiva, la Ley 5/2019 lo ha hecho regulando menos de lo que regula la directiva, pero a la vez regulando otros conceptos que no están expresamente en la propia directiva¹².

¹² Véase Carmen Senés Motilla, “La ley de los contratos de crédito inmobiliario: aspectos sustantivos y procesales”, *Justicia*, 2019 Núm. 1. pp. 23-78.

En lo que aquí interesa, tanto la directiva como la ley española abordan el problema de la transparencia imponiendo más obligaciones de información al prestatario. Ambas normativas prevén que esta información debe ser adecuada y el prestatario debe poder entenderla, de nuevo se impone una obligación sobre el prestamista sin tener en cuenta los mecanismos de toma de decisiones, en particular, tal como se ha comentado más arriba, el hecho de que no necesariamente el individuo va a procesar toda la información de forma racional y lógica. En este sentido Longo Martínez¹³ apunta que medidas como la de registrar las condiciones generales de los préstamos en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación no supone ninguna mejora en la transparencia, dado que el prestatario debería contrastar las condiciones generales de su contrato con aquellas efectivamente registradas. Asimismo y, en general, la información que se proporciona es “exhaustiva” pero ello no implica que el prestatario vaya a estar mejor informado, sino que la sobreinformación puede provocar el efecto contrario (p. 58).

Algo en lo que debemos incidir es en el papel del notario, en el sentido que éste, antes de la formalización del contrato, verificará que la información ha sido puesta en conocimiento del prestatario y además tomará nota de las cuestiones que este plantee. Como indica Longo (p. 59), la personalización del asesoramiento notarial está condicionada al efectivo planteamiento de dichas preguntas o cuestiones, lo cual presupone un entendimiento previo del contrato y sus circunstancias.

Vemos, por tanto, que ni la directiva europea ni la norma de transposición abordan el problema de la racionalidad limitada en la toma de decisiones ni los sesgos psicológicos que esta provoca.

La directiva que sí tiene en cuenta estos factores es la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, también denominada Mifid II, en que en su anexo II se define al cliente profesional como “cliente que posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones”. Aquí el concepto fundamental es el poder “valorar correctamente los riesgos”, es decir, poder tomar decisiones informadas en escenarios de incertidumbre, lo cual implica, básicamente operar con los principios de la probabilidad, algo extremadamente complejo, puesto que naturalmente los seres humanos buscamos la certeza.

6. CONCLUSIONES

Idealmente, debería garantizarse la transparencia antes de la celebración del contrato, de manera que el prestatario conociera perfectamente su contenido. No obstante, la

¹³ “Un año de vigencia de la Ley de Crédito Inmobiliario”, *La Notaría* 1-2/2020, pp. 56-60.

complejidad de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, en especial, su funcionamiento bajo condiciones de incertidumbre hace que, en la práctica, los problemas relacionados con los mismos y su potencial falta de transparencia, se estén abordando *ex post*, cuando llegan a sede judicial. Esto es lo que ha venido ocurriendo con las diversas cláusulas que se han ido impugnando (cláusulas suelo, gastos del contrato, índices de referencia).

No parece que la nueva regulación sobre préstamos hipotecarios vaya a resultar diferente. La normativa abunda en la información que el cliente debe recibir, pero no que necesariamente la vaya a entender mejor. Por ello, las disputas que surjan de este tipo de contratos muy probablemente acaben dirimiéndose en sede judicial, es decir, *ex post*, una vez se hayan celebrado y se estén ejecutando.

Aunque esto podría parecer sub-óptimo, ya que lo mejor sería que el consumidor celebrara el contrato perfectamente informado, en realidad se trata de un coste diferido: si en su contrato hay cláusulas abusivas deberá litigarlo en el futuro, una vez se conozca de cuáles se trata. Ello no está exento de problemas, pues el consumidor deberá efectivamente tener el conocimiento de la posible abusividad e iniciar esas acciones judiciales. En todo caso, ello no debe ser óbice para que se siga avanzando en la educación financiera y que el consumidor pueda tener conocimiento y entendimiento de esos contratos complejos que son más comunes en nuestro ordenamiento.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: “Distribución de gastos en la hipoteca y comisión de apertura. Comentario y resumen de la STJUE de 16 julio 2020”, *Revista de Derecho vLex*, Núm. 195, Agosto 2020.
- BECKER, Gary S.: “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, *Journal of Political Economy*, Vol. 101, No. 3 (Jun., 1993), pp. 385-409, disponible en <https://www.jstor.org/stable/2138769>
- BLAS JAVALOYAS, José-Ramón De: “Las acciones judiciales de reclamación en la contratación bancaria con consumidores y el control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, Núm. 1, Marzo 2018 pp. 1-35.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016. Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *InDret* 1.2017 (disponible en <https://indret.com/doce-tesis-sobre-la-stjue-de-21-diciembre-2016/>)
- FENOY PICÓN, Nieves: “El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la

doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, 2018, pp. 855-1049.

KAHNEMAN, Daniel: “Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics”, *The American Economic Review*, Vol. 93, No. 5 (Dec., 2003), pp. 1449-1475 disponible en <https://www.jstor.org/stable/3132137>

LONGO MARTÍNEZ, Antonio: “Un año de vigencia de la Ley de Crédito Inmobiliario”, *La Notaría* 1-2/2020, pp. 56-60.

MIRANDA SERRANO, Luis María: “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *InDret* 2.2018, pp. 1-80, disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1386.pdf>

SENÉS MOTILLA, Carmen: “La ley de los contratos de crédito inmobiliario: aspectos sustantivos y procesales”, *Justicia*, 2019 Núm. 1. pp. 23-78.

THALER, Richard H.: *Behavioral Economics: Past, Present and Future* (May 27, 2016). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2790606> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2790606>

VALLESPÍN PÉREZ, David: “El consumidor bancario ante el IRPH (una experiencia propia del «Dragon Khan»)", *Justicia: Revista de derecho procesal*, Núm. 1/2021, Junio 2021, pp. 107-162.



Este obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).