

LA APROXIMACIÓN CONDUCTUAL A LA
TRANSPARENCIA CONTRACTUAL EN LOS SERVICIOS
FINANCIEROS DE CRÉDITO

*THE BEHAVIORAL APPROACH TO CONTRACTUAL
TRANSPARENCY IN CREDIT FINANCIAL SERVICES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1492-1519



Antoni MUT
PIÑA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El deber de información se ha consagrado como la herramienta estrella del derecho contractual de consumo. Su proliferación a lo largo del ordenamiento jurídico es una realidad por pocos negada. Sin embargo, su utilización ha demostrado pocas evidencias de éxito. Lo que nos lleva a cuestionar la naturaleza de las premisas teóricas sobre las que se fundamenta. En especial, aquellas relacionadas con la imagen del consumidor medio adoptada tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Con el presente artículo, pretendemos cuestionar la eficacia de los deberes de información como herramientas encaminadas a evitar la celebración de contratos con clausulado asimétrico.

PALABRAS CLAVE: Deberes de información; asimetrías informativas; derecho contractual de consumo europeo; servicios financieros de créditos; contratación asimétrica; economía conductual; análisis económico del derecho.

ABSTRACT: *Disclosure information has been established as the main tool of Contractual Consumer Law. Its proliferation throughout the legal system is a reality that few deny. However, its use has shown little evidence of success. This reality leads us to question the nature of the theoretical premises on which it is based. Specially, those related to the image of the average consumer adopted both at the normative and jurisprudential level. The aim of this article is to question the effectiveness of disclosure information as a tool aimed to avoiding the conclusion of asymmetric contracts.*

KEY WORDS: *Disclosure Information; Information Asymmetry, European Consumer Contract Law; Financial Services; Behavioral Economics; Law and Economics.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN: UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA.- I. ¿Por qué el mercado no funciona por sí solo la presencia de clausulado asimétrico?.- A) El papel de la información en los modelos económicos.- B) Sobre la relación entre las asimetrías informativas y el clausulado abusivo.- III. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO DE CONSUMO.- I. Una visión de mercado: la tesis productivista.- IV. EL ESQUEMA NORMATIVO DE LA TRANSPARENCIA EN LOS SERVICIOS FINANCIEROS DE CRÉDITO.- I. La adhesión a la Unión Europea: el motor de la liberalización bancaria.- 2. La protección indirecta de la clientela bancaria.- 3. El sistema europeo de contratación con consumidores de créditos al consumo.- V. EL PARADIGMA DE RACIONALIDAD EN LOS DEBERES DE INFORMACIÓN.- I. ¿Es suficiente un cambio en el paradigma de racionalidad?.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es demostrar que las herramientas de transparencia, especialmente los deberes de información precontractual, contenidas en el derecho contractual europeo de consumo y, por tanto, en la normativa relativa a los servicios financieros de crédito, basan su funcionamiento en un paradigma de racionalidad incompatible con la realidad observable. De acuerdo con nuestra visión esto reduce la eficacia de la intervención, entendiendo por la misma a la capacidad de la norma de reducir las asimetrías informativas¹. Y explica el fenómeno de la proliferación de cláusulas contractuales abusivas en los mercados financieros de crédito.

Puesto que nos disponemos a analizar la capacidad de las herramientas de transparencia, entendiendo por las mismas a las disposiciones normativas encaminadas a garantizar y proteger la autonomía del consumidor, adherente o cliente de distorsiones en relación con la información necesaria para configurar su decisión, en primer lugar, presentaremos el problema desde un punto de vista económico. Ya que, en definitiva, la naturaleza del problema que este conjunto de reglas viene a resolver ha sido abordado, tradicionalmente, por dicha disciplina. En segundo lugar, analizaremos la ratio legis del derecho contractual de consumo europeo y de la normativa de transparencia relativa a los servicios financieros de crédito en el ordenamiento jurídico español. Pues, para analizar la eficacia de las normas debemos acotar el objetivo o razón de ser de las mismas con independencia de su efectividad institucional o el valor accidental que las mismas adquieren en el contexto normativo en que se ubican. Finalmente, evaluaremos si la presunción de racionalidad sobre la que estas se edifican es compatible con su

1 CAPELLA, JR.: "Elementos de análisis jurídico", Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 87-88.

• **Antoni Mut Piña**
Investigador predoctoral
Universidad de Barcelona
amut@ub.edu

pretensión de servir como determinante causal de la reducción de las asimetrías informativas en el mercado, lo que de aceptarse implicará corroborar su futilidad.

II. LA INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN: UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA.

Aunque los modelos económicos se conjugan muy bien con los postulados utilitaristas, los economistas han sido capaces de prescindir de anclajes morales en la construcción de sus modelos teóricos². Así pues, la asunción generalizada de que los agentes en el mercado actúan siguiendo sus preferencias sin que sea necesario entrar a valorar el contenido material de estas; llevó a John Kicks a afirmar que los economistas se habían liberado de todos los compromisos filosóficos³. Por lo tanto, incluso aceptando, como Martijn W. Hesselink señala, que muchas de las características clave del derecho contractual europeo parecen ser compatibles con los principales postulados de las teorías utilitaristas⁴. Es posible analizar su ratio legis no desde un enfoque político o filosófico sino desde el marco teórico económico. Esta es, en cierto modo, la tarea que pretendemos abordar mediante esta primera sección. En primer lugar, no solamente porqué la naturaleza del fenómeno de las asimetrías informativas sea nuclearmente económica sino porqué, como más adelante expondremos, la aparición de normas encaminadas a combatirla encuentra su fundamentación en razonamientos y lógicas de mercado. Y, en segundo término, porque la conceptualización económica, tanto de la problemática como de las intervenciones encaminadas a su corrección, nos brinda un marco de análisis poco común en la literatura jurídica española.

1. ¿Por qué el mercado no soluciona por sí solo la presencia de clausulado asimétrico?

El primer teorema fundamental del bienestar, que puede considerarse como el corolario de numerosos aportes, destacando, por su refinamiento, el trabajo de Kenneth Arrow⁵, determina que, si los mercados son completos y funcionan correctamente, el resultado al que llegan es eficiente en el sentido de Pareto^{6,7}.

2 GORDLEY, J.: "Contract Law in the Aristotelian Tradition", en AA.VV.: *The Theory of Contract Law* (coord. por P. BENSON), Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 268-333.

3 HICKS, J.: "Value and Capital: An Inquiry into Some Fundamental Principles of Economics Theory", Clarendon Press, Oxford, 1939.

4 HESSELINK, M.: "Contract theory and EU contract law", en AA.VV.: *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (coord. por C. TWIGG-FLESNER), Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 508-535.

5 ARROW, K y DEBREU, G.: "Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy", *Econometrica*, 1954, vol. 22, núm. 3, pp. 265-290.

6 Bajo una división óptima de Pareto, es imposible que mejore una parte individual sin que empeore otra.

7 MURIEL, V y RODRÍGUEZ, F.: "El fin social del contrato en tiempos de crisis: una aportación al debate pacta sunt servanda vs. rebus sic stantibus desde el análisis económico del Derecho", en AA.VV.: *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos* (coord. por R. LUQUIN), Wolter Kluwer, Madrid, 2020, pp. 697-714.

Esto implica que si estos son tan amplios que en ellos se puede comercializar cualquier bien o servicio y hay suficiente oferta y demanda, por lo que ningún agente tiene capacidad para influir en los precios, se convierten en un sistema de asignación de recursos en el que no es posible realizar nuevas distribuciones de bienes en que uno de los agentes mejore sin que otro empeore –mejoras paretianas–. El primer teorema fundamental, viene a constituir la correspondencia formal de la metafórica mano invisible de Adam Smith, y, por lo tanto, equivale a aceptar que, en el plano teórico, no es posible justificar a priori el intervencionismo de los poderes públicos en el funcionamiento de los mercados. Sin embargo, los supuestos en los que el teorema se fundamenta son en la realidad difícilmente alcanzables en su totalidad lo que da lugar a la aparición de los denominados fallos de mercado –bienes públicos, externalidades, asimetrías o poder de mercado–. El estudio y tratamiento de estos fallos de mercado ha llevado, incluso a las escuelas de pensamiento económico más liberales, a reconocer que, atendiendo a criterios de eficiencia, la intervención económica se encuentra justificada allí donde estos aparezcan.

Si atendemos al objeto de nuestro estudio, el fallo de mercado que nos interesa, o que explica que sea económicamente justificable que una parte de la relación contractual esté obligada a brindar a la otra cierta información, es la presencia de asimetrías informativas. De este modo, entenderemos que existe información asimétrica, siempre que nos encontremos ante una situación en la cual comprador y vendedor disponen de información diferente respecto a las condiciones o características de una determinada transacción. Veamos ahora como aborda dicha problemática la teoría económica.

A) *El papel de la información en los modelos económicos*

El estudio del papel de la información en la economía comienza, fundamentalmente, con el artículo de Gorge Stigler “The Economics of Information”⁸. En su intento por comprender la dispersión de precios, Stigler confirma que el papel de la información ha sido subestimado profundamente en los modelos económicos. Esto lleva al académico a destacar la importancia de tomar en consideración el costo de la información para el consumidor y a evidenciar cómo el vendedor asume el coste de eliminar la ignorancia de este mediante el uso de la publicidad o de intermediarios. En esencia, Stigler evidencia el papel central de la información proporcionada por la empresa y su importancia en la determinación del equilibrio de mercado.

Sin embargo, pese a la importancia del aporte de Stigler, fue Gorge Akerlof quien, unos años más tarde, confirmó que la presencia de asimetrías informativas

8 STIGLER, G.: “The Economics of Information”, *Journal of Political Economy*, 1961, vol. 69, núm. 3º, pp. 213-225.

en los mercados acaba impactando en la calidad de los productos allí negociados y, en consecuencia, en la eficiencia de los mercados como mecanismo de asignación de recursos⁹. El estudio de Akerlof se centra únicamente en los mercados con información asimétrica o, como indicábamos anteriormente, en los que los vendedores tienen más información que los compradores sobre la calidad del producto. El autor demostró que la presencia de este tipo de anomalías en el mercado podría conducir a una “selección adversa” de productos de mala calidad, y, por ende, cuando una parte de la relación económica supiera más que la otra o cuando retuviera información importante, que se iniciase una desescalada de la calidad de los productos negociados, expulsando productos de alta calidad en favor de otros de baja calidad. En definitiva, si compradores y vendedores no disponen de información completa se incumple uno de los requisitos básicos de la competencia perfecta, por lo que los mercados se tornan opacos y la inexistencia de transparencia enmarca las transacciones¹⁰.

La información a la que nos referimos puede concretarse en datos sobre el precio, cantidades, calidades de los bienes, servicios y factores de producción. En cualquier caso, los modelos teóricos de competencia perfecta entienden que dicha información está al alcance de todos los agentes del mercado y no solo eso, sino que su coste es de todo despreciable. Sin embargo, la información perfecta es una rara avis, lo que nos permite rechazar la validez de los análisis relativos al funcionamiento del mercado, como mínimo en períodos temporales reducidos si no incorporan la problemática asociada a la información y su importante rol en la determinación del equilibrio. En este contexto, el estudio de los mercados opacos se ha articulado mediante la singularización de los problemas que origina, por sí misma, la información imperfecta.

B) Sobre la relación entre las asimetrías informativas y el clausulado abusivo

La pregunta que surge en este punto es si es posible hacer equivalencias entre los hallazgos del modelo de Akerlof y la proliferación de cláusulas contractuales abusivas en los contratos de adhesión. De hecho, parece plausible presuponer que, ante la presencia de condiciones generales, si el predisponente conoce el contenido normativo del contrato, pero el adherente no, este último solamente entrará racionalmente en la negociación si cree que los costes que debe afrontar para acceder a la información y negociar son menores que los riesgos a los que se enfrenta¹¹. Este razonamiento explica porque muchas cláusulas ni son verificadas por los adherentes ni se toman como datos relevantes a los efectos de una posible

9 AKERLOF, G.: “The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, 1970, vol. 84, núm. 3, pp. 488-500.

10 HORTALÁ, J.: “Microeconomía”, Vicens Vivies, Barcelona, 2011, p. 528.

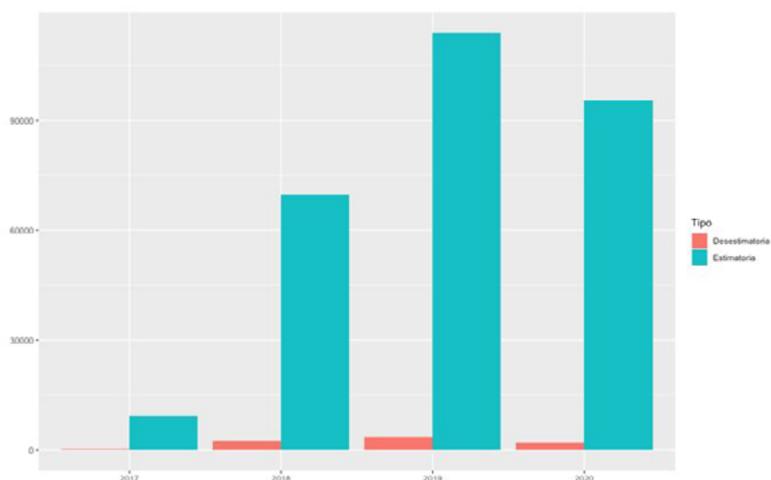
11 AYRES, I y SCHWARTZ, A.: “The No Reading Problem in Consumer Contract Law”, *Stanford Law Review*, 2014, vol. 66, núm. 3, pp. 545-609.

evaluación comparativa. Y incentiva que la parte que predispone el clausulado del contrato utilice términos menos ventajosos para el adherente, compitiendo en el mercado únicamente vía precio, lo que puede irrevocablemente desembocar en una pérdida de la calidad del clausulado general negociado en dicho mercado, confirmándose el proceso descrito por Akerlof.

Sin embargo, no parece muy realista entender un contrato de adhesión como un acuerdo voluntario. Como sostiene Victor P. Goldberg parece mucho más realista verlo, en cambio, como una legislación privada donde el proceso legislativo se delega a las partes¹². En este sentido, aunque se podrían establecer términos específicos para cada contrato mediante un proceso de negociación individualizado, los costes en tiempo y dinero asociados a dicho proceso únicamente son asumibles por la empresa, que, como "repeat player" que es, puede distribuirlos a medida que aumenta la contratación siempre que, evidentemente, mantenga uniforme el contenido contractual. Desde esta óptica, la determinación del contenido en los contratos de adhesión se desarrolla en un contexto que beneficia únicamente a aquella parte que es capaz de asumir los costes de producción del contrato.

Podríamos pensar que la concurrencia en un sistema de libre comercio es suficiente para limitar el poder de la empresa y sus incentivos a incluir términos contractualmente asimétricos. Después de todo, si el mercado es razonablemente competitivo, el mecanismo de competencia protege al consumidor del poder de mercado. Sin embargo, es fácilmente comprobable que esto apenas se corresponde con la realidad del tráfico jurídico, donde cada vez son más abundantes las cláusulas sesgadas a favor del empresario. Piénsese, por ejemplo, en la abundante casuística relativa a las cláusulas suelo, cuya condición de abusividad por pocos se pone en duda. No solo resulta alarmante la cantidad de contratos que contenían dicho clausulado tipo (Figura 1), sino la casi total omnipresencia de estas en el sector (Banco Sabadell, Liberbank, Banco Santander, Caja Rural, Ibercaja, Cajasur, Kutxabank, etc.)

12 GOLDBERG, V.: "Institutional change and the quasi-invisible hand", en AA.VV.: *Readings in the economics of contract law* (coord. por V. GOLDBERG), Cambridge Press, Cambridge, 1989, pp. 169-174.

Figura I. Número de sentencias sobre cláusulas suelo por año.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del CGPJ¹³.

INTERPRETACIÓN: Número de resoluciones en materia cláusulas suelo en España. Para los años 2017 a 2020. Con independencia del órgano judicial. Y diferenciados por el carácter de la sentencia (Estimatoria/Desestimatoria). El enorme volumen de sentencias nos permite en cierto modo evidenciar la efectividad institucional de la que goza la normativa relativa a la transparencia a pesar de su ineficacia.

Esta incapacidad del mercado para dar coto y frenar dichas prácticas responde a varias razones. En primer lugar, porque los costes de información relacionados con la calidad del contrato son mucho más altos que los de obtener información sobre la posición del precio en el mercado. Esto explica no solo por qué una gran parte de los consumidores aceptan los términos y condiciones sin leerlos¹⁴, sino porqué, incluso, en esferas competitivas podemos observar una proliferación de cláusulas desventajosas para el consumidor. Además, si una parte minoritaria de los consumidores obtiene a través de una negociación más agresiva condiciones más beneficiosas, las empresas pueden discriminarlos contractualmente y mantener la barrera de información para otros clientes prácticamente intacta. Véase, el artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE¹⁵, que indica que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no

13 Datos estadísticos extraídos de la Base de Datos de la Estadística Judicial Online del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) relativos a los asuntos resueltos en materia de cláusulas suelo.

14 SEGGER-PIENING, S.: "No Need to Read: 'Self-Enforcing' Pre-Contractual Consumer Information in European and German Law, en AA.VV.: *Consumer Law and Economics* (coord. por K. MAHIS Y A. TOR), Springer, Switzerland, 2021, pp. 89-115.

15 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. «DOCE» núm. 95, de 21 de abril de 1993, páginas 29 a 34 (6 págs.).

excluirá la aplicación del artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. Lo que en cierta manera implica que se acepta la convivencia de cláusulas negociadas individualmente y condiciones generales de la contratación. Disposición que en apariencia puede beneficiar a los consumidores pero que en realidad diluye su poder de negociación, pues implica que los consumidores deberán asumir individualmente los costes tanto de información como de transacción.

Y, en segundo lugar, porque si los beneficios derivados del uso de condiciones contractuales asimétricas atraen a nuevos competidores al mercado, estos se verán obligados a mantener el nivel de calidad contractual del mercado, en buena medida debido al hecho que la información que se transmite con el precio no tiene un coste de procesamiento tan elevado como el de la comprensión del clausulado. En otras palabras, puesto que cuesta mucho más diferenciarse por las condiciones que por el precio, se impone una pseudo Ley de Gresham donde los contratos con malas condiciones contractuales expulsan a los buenos. Lo que, por otro lado, implica que incluso en el plano teórico sea justificable en atención a criterios de eficiencia la intervención pública. Sin embargo, antes de traer a colación para su análisis al conjunto de disposiciones normativas encaminadas a corregir el problema de la asimetría informativa en los mercados de servicios financieros de crédito, nos resultará útil evaluar el sustrato normativo en el que se desarrollan, a saber: el derecho contractual de consumo europeo. En el siguiente apartado analizaremos la visión con la que las instituciones europeas abordan dicha problemática lo que nos permitirá evaluar si, como hemos afirmado anteriormente, tiene si fundamentación en razonamientos y lógicas de mercado.

III. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO DE CONSUMO

De acuerdo con Hesselink¹⁶, el derecho contractual europeo puede ser entendido como mínimo en dos sentidos. Uno amplio incluiría a todas las normas de derecho contractual, con independencia de su origen, aplicables en el territorio de la Unión Europea, comprendiendo tanto las normas emanadas de los órganos legislativos europeos como las provenientes de los estados miembros y de los tratados y convenciones internacionales de los cuales los países miembros de la Unión son parte. Otro mucho más acotado, se constriñe únicamente a las normas de derecho contractual contenidas en el derecho de la Unión Europea, primario y secundario. Esto incluye a todas las directivas, reglamentos, tratados y principios reconocidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es a esta última acepción del término a la que nos referiremos. En este sentido, por derecho

16 HESSELINK, M.: "Five Political Ideas of European Contract Law", *European Review of Contract Law*, 2011, núm. 2, 295-313.

contractual de consumo europeo entenderemos al subconjunto de prerrogativas referentes a los contratos realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario (B2C), lo que excluye de este ámbito de aplicación a toda relación que se estipule entre particulares (C2C) o entre empresa entre sí (B2B)¹⁷.

El objetivo que pretendemos abordar durante este apartado es el de dar respuesta a la cuestión: ¿qué finalidad persigue el derecho contractual de consumo europeo? Sabemos que, en esencia, este busca garantizar y proteger la autonomía de la contraparte no profesional en la relación de consumo¹⁸ o, en otras palabras, la protección del consumidor frente a todos los problemas derivados de la contratación con comerciantes¹⁹. Estamos, por consiguiente, ante un conjunto de prerrogativas que brindan un régimen de protección categórica a la parte débil de la relación contractual durante la formación o la ejecución del contrato. Lo que permite reformular la cuestión del siguiente modo: ¿por qué la Unión Europea decide reglamentar un sector específico de las relaciones jurídicas del mercado con independencia de las necesidades de protección concreta de cada agente? La respuesta a esta pregunta la podemos encontrar, en cierto modo, gracias a la lectura económica realizada en el epígrafe anterior. El mercado por sí solo no resuelve los fallos de mercado asociados a la presencia de información asimétrica lo que justifica una intervención por parte de los poderes públicos encaminada a restablecer la asignación eficiente.

Aceptar esta premisa implica que el legislador europeo sigue en su intervención un esquema típicamente ordoliberal. En este sentido, las intervenciones de los poderes públicos en los mercados se limitan, únicamente, a aquellas que aseguran su correcto funcionamiento. Es decir, la intervención correctiva por parte del ordenamiento es bien vista si va encaminada a asegurar una asignación más eficiente de recursos en el marco del libre-mercado. Y matizo el termino ordoliberal por encima de liberal porque si bien el liberalismo clásico o la escuela austríaca conciben, en cierto modo, la intervención ante posibles fallos de mercado estas intervenciones son siempre con carácter ex post. El modelo ordoliberal, por otro lado, entiende que la competencia perfecta es una concepción puramente teórica y por lo tanto es necesario articular un cuerpo normativo que discipline al mercado más allá de garantizar la propiedad o la libertad de pactos.

Comprobemos, de este modo, si la UE desarrolla las herramientas de transparencia –(§I) la inclusión de acuerdos obligatorios en favor del consumidor,

17 REYES, MJ.: “Concepto y caracteres del derecho de consumo”, AA.VV.: *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Wolters Kluwer, España, 2009, pp. 145–155.

18 REICH, N., MICKLITZ, H.-W., ROTT, P. y TONNER, K.: *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 8-17.

19 DÍAZ ALBART, S.: “La contratación con consumidores”, en AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. por DÍAZ ALBART, S.), Editorial Reus, Madrid, 2016.

(§2) la divulgación obligatoria de información, (§3) facilitar el desistimiento unilateral por parte del consumidor y (§4) aplicar criterios interpretativos favorables a la parte contractual débil²⁰—siguiendo una tesis productivista. Lo que implica vincular unívocamente la protección al consumidor con el crecimiento económico y por lo tanto su uso se justifica en base a los criterios de eficiencia especificados en el apartado anterior.

I. Una visión de mercado: la tesis productivista.

La base jurídica sobre la que se justifican las normas de consumo promulgadas por la Unión Europea, que fundamentalmente se articula mediante un juego de remisiones entre el artículo 114 y el 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²¹ ya nos proporciona un primer indicio de que las normas en materia de protección de los consumidores tienen, esencialmente, la vocación de mejorar los resultados del mercado para la economía en su conjunto y, por ende, la protección que se brinda al consumidor resulta meramente incidental.

Véase, por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/2161²² relativa a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, que en su considerando primero estipula que “el artículo 169, apartado 1, y el artículo 169, apartado 2, letra a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que la Unión contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante las medidas que adopte en virtud de su artículo 114;” o la Directiva (UE) 2019/771²³ relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, que en su considerando segundo indica que “en el artículo 169, apartado 1, y apartado 2, letra a), del TFUE se establece que la Unión contribuirá a alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores, mediante las medidas que adopte en virtud del artículo 114 del TFUE en el marco de la realización del mercado interior.”

El Derecho Contractual de Consumo tiene, en origen, un carácter esencialmente finalista, en la medida que su voluntad es la de proteger la autonomía de los consumidores para que se desarrolle el mecanismo competencial de la forma

20 BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O.: “Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law”, *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, pp. 109–126.

21 Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 1 a 388 (388 págs.).

22 Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/113/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. «DOUE» núm. 328, de 18 de diciembre de 2019, páginas 7 a 28 (22 págs.).

23 Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE. «DOUE» núm. 136, de 22 de mayo de 2019, páginas 28 a 50 (23 págs.).

más eficiente posible. Hesselink, llega a una conclusión similar, al afirmar que la vasta mayoría de las normas contractuales europeas constituyen elementos instrumentales destinados a la mejora del funcionamiento el mercado interior; siendo esta la razón por la que todo el derecho secundario que se desarrolla en esta materia se fundamenta en ocasiones parcialmente, pero en su gran mayoría totalmente en el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o en sus predecesores²⁴.

Esta visión de mercado también puede observarse en la “labelling doctrine” desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante sus primeros años de funcionamiento y en especial mediante el caso Cassis de Dijon²⁵ donde el tribunal estimó que la prohibición a la importación de bienes fundamentada en la protección del consumidor era desproporcionada y donde se indicaba que acorde al principio de proporcionalidad un esquema de protección menos intrusivo era mucho más adecuado. En definitiva, esto venía a significar que la prohibición de bienes debía ser una medida de ultima ratio. Y supeditaba la protección a los consumidores al resto de libertades económicas, verdadero núcleo del derecho económico europeo²⁶.

Sin embargo, el elemento clave que nos conduce a sostener que el Derecho contractual de consumo europeo configura un régimen de protección indirecto, supeditado a siempre a la no distorsión competencial del mercado, es el cambio de tendencia en lo referente al tipo de armonización efectuada. En los órdenes tuitivos las directivas de mínimos han sido el instrumento que tradicionalmente más se ha utilizado en lo que al establecimiento de estándares de protección se refiere. Piénsese, por ejemplo, en el marco del Derecho laboral, como la Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores (89/391/CEE)²⁷, aprobada en virtud del artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y según la cual se regulan determinados aspectos relativos a la salud y la seguridad en el trabajo donde los Estados miembros tienen libertad para agravar si con ello aumentan la protección de los trabajadores las condiciones en ella estipuladas o en la Directiva (UE) 2019/1158²⁸ del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la

24 HESSELINK, M.: La información en la contratación: una aproximación económica. cit., p. 1.

25 Sentencia de 20 de febrero de 1979, Cassis de Dijon, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42

26 BUSCH, C.: “The future of pre-contractual information duties: from behavioral insights to big data”, en VV.AA.: *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (coord. por C. TWIGG-FLESNER), Eldgar, Cheltenham, 2016, pp. 221-241.

27 Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. «DOCE» núm. 183, de 29 de junio de 1989, páginas 1 a 8 (8 págs.)

28 Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se

vida profesional de los progenitores y los cuidadores, en la que se especifica que los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores que las establecidas en la presente Directiva.

En este sentido, durante sus primeros años, el desarrollo de la política de protección a los consumidores se realiza vía armonización de mínimos. Es el caso de la Directiva 85/577/CEE²⁹ del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la Directiva 90/314/CEE³⁰ del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones y los circuitos combinados o la Directiva 93/13/CEE³¹ del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En todas ellas los estados miembros son libres para determinar diferentes niveles de protección, en particular para mantener niveles de protección superiores o bien para incrementarlos posteriormente.

El uso de esta técnica, sin embargo, como apuntan Reich y Micklitz requiere aceptar una cierta distorsión de la competencia asociada a la propia naturaleza de la técnica que permite restringir la entrada de competidores en el mercado mediante un aumento de los estándares. La propia armonización será, por ende, meramente parcial y podrá llegar a generar “desarmonías”³². En su regulación más reciente, sin embargo, es observable un viraje hacia la armonización total o completa. En este sentido, la Directiva 2008/48/CE³³ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, la Directiva 2011/83/UE³⁴ sobre los derechos de los consumidores o la Directiva 2005/29/CE³⁵ relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en

deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. «DOUE» núm. 188, de 12 de julio de 2019, páginas 79 a 93 (15 págs.).

- 29 Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Diario Oficial, núm L 372 de 31.12.1985, p. 31/33.
- 30 Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones y los circuitos combinados. Diario Oficial núm. L 158 de 23/06/1990 p. 59-64.
- 31 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. «DOCE» núm. 95, de 21 de abril de 1993, páginas 29 a 34 (6 págs.).
- 32 REICH, N., MICKLITZ, H.-W., ROTT, P. y TONNER, K.: *Naturaleza y características del derecho contractual europeo de consumo*. cit., p. 7.
- 33 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. «DOUE» núm. 133, de 22 de mayo de 2008, páginas 66 a 92 (27 págs.).
- 34 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. «DOUE» núm. 304, de 22 de noviembre de 2011, páginas 64 a 88 (25 págs.).
- 35 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE

sus relaciones con los consumidores en el mercado interior adoptan la premisa según la cual una armonización total es necesaria para garantizar que todos los consumidores de la Comunidad se beneficien de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior.

En definitiva, la Comisión Europea respalda el papel activo de las disposiciones europeas en el campo del derecho de los consumidores³⁶, en base a la idea de que las diferencias en las legislaciones nacionales obstaculizan el desarrollo del mercado interior. A la vista de la Comisión, las disparidades entre los Estados miembros en lo relativo a la regulación del Derecho contractual de consumo crea importantes obstáculos al mercado interior que afectan a las empresas y consumidores³⁷. El motivo principal, en definitiva, es evitar distorsiones de competencia mediante la unificación de los mercados nacionales para la venta de bienes y la provisión de servicios lo que nos condice ineludiblemente a aceptar la hipótesis productivista. Según el cual el libre comercio y la eficiencia de los mercados reporta per se el ansiado bienestar de los consumidores y la mejora en la calidad de vida de los ciudadanos. Y nos lleva a corroborar la idea según la cual instituciones defienden la correlación entre bienestar social y el crecimiento económico como piedra angular en la justificación de las intervenciones en materia contractual de consumo. Comprobemos ahora si esto es extrapolable a la regulación relativa a la transparencia de los servicios financieros de crédito en España.

IV. EL ESQUEMA NORMATIVO DE LA TRANSPARENCIA EN LOS SERVICIOS FINANCIEROS DE CRÉDITO

I. La adhesión a la Unión Europea: el motor de la liberalización bancaria

Si bien es cierto que el proceso de liberalización bancaria en España tiene sus antecedentes mediatos en los programas de renovación política y económica del año 1977³⁸, el proceso de adhesión comunitario que culminó en el año 1986³⁹ supuso un motor de avance más que remarcable en el proceso de liberalización

del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales). «DOUE» núm. 149, de 11 de junio de 2005, páginas 22 a 39 (18 págs.)

- 36 FAURE, M.: "Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, vol. 15, núm. 4, pp. 433-445.
- 37 SMITS, JM.: "Full harmonization of consumer law? A critique of the draft directive on consumer rights." *European Review of Private Law*, 2008, vol. 18, pp. 5-14.
- 38 Nos referimos al programa de actuación jurídica y política y el programa de saneamiento y reforma económica. Sendos programas fueron firmados por las principales fuerzas políticas del momento en el Palacio de la Moncloa el año 1977, por lo que también son conocidos como los Pactos de la Moncloa.
- 39 Documentos relativos a la adhesión del Reino de España y la República Portuguesa a las Comunidades Europeas, Dictamen de la Comisión, de 31 de mayo de 1985, relativo a las solicitudes de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de España y la República Portuguesa. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 302, 15 de noviembre de 1985.

de los servicios financieros. En este sentido, tras la firma del tratado de adhesión, España dispuso de un marco normativo de referencia con el que armonizarse lo que se tradujo, de acuerdo con Casado, Campoy y Chuliá, en un impulso renovado al proceso de liberalización y apertura financiera⁴⁰.

A pesar de que el Tratado de Roma ya preveía la creación de un gran mercado financiero europeo⁴¹, las directrices de este nuevo marco de referencia las podemos encontrar en el Acta Única Europea⁴² que, a su vez, recogía las ideas contenidas en el Libro Blanco sobre el Mercado Interior publicado por la Comisión en 1985⁴³. De este modo, se inició un proceso de levantamiento de los obstáculos a la libre circulación de capitales y a la libre prestación de servicios financieros mediante un proceso de armonización de mínimos que garantizaba el correcto funcionamiento del mercado interior a la par que aseguraba el principio de reconocimiento mutuo entre estados. En España, esto se tradujo en una profunda transformación del sistema financiero –reorganización administrativa, reducción gradual de la presencia del sector público en el sistema financiero, abandono de la especialización legal bancaria, etc.–.

En el plano crediticio este proceso de reforma se desarrolló de forma dual –liberalizador y tuitivo–. De este modo, a la par que se reducía la intervención administrativa y el control sobre los tipos de interés y las comisiones, se promovió el refuerzo de la vigilancia sobre el mercado y la aprobación de un amplio abanico de normas encaminadas a asegurar la protección de los inversores y, en última instancia, del propio sistema de crédito, como veremos a continuación.

2. La protección indirecta de la clientela bancaria

La liberalización del sector bancario comportó la paulatina desaparición de la intervención estatal sobre tipos de interés y comisiones bancarias en un proceso que se inició con la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981⁴⁴ –como indicábamos, con carácter previo a la adhesión comunitaria– sobre liberalización de tipos de interés en la que se transitaba de un régimen de tipos de interés máximos y comisiones libres a uno de tipos de intereses libres y comisiones máximas y que terminó con la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987⁴⁵ sobre liberalización de

40 CASADO, J. C., ALBERTO, J., CHULIÁ, C.: “La regulación financiera española desde la adhesión a la Unión Europea”, Banco de España, 1995.

41 Así en su artículo 3. c) promulga la supresión de obstáculos a la libre circulación de capitales para la creación de un mercado común europeo.

42 Acta Única Europea. Diario Oficial, núm. L 169 de 29.6.1987, p. 1/28.

43 Comisión Europea (1985). Completing the internal market: White paper from the Commission to the European Council. COM/85/0310 FINAL.

44 Orden de 17 de enero de 1981 sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo. «BOE» núm. 16, de 19 de enero de 1981, páginas 1191 a 1193 (3 págs.).

45 Orden de 3 de marzo de 1987 sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de depósito. «BOE» núm. 55, de 5 de marzo de 1987, páginas 6604 a 6606

tipos de interés y comisiones mediante la cual intereses y comisiones podían ser fijadas libremente.

Esta mayor libertad en el funcionamiento de los mercados aumentó la necesidad de asegurar la transparencia en el proceso de contratación. La lógica que se siguió fue la siguiente: ante la imposibilidad de los consumidores de acceder al proceso contractual en condiciones de igualdad –piénsese que estamos ante mercados donde la capacidad de negociación del cliente es ínfima y donde impera la contratación en masa– para que la adhesión permita el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y asegure el correcto funcionamiento del mercado es necesario, como especificábamos anteriormente, romper con toda asimetría informativa.

Por ello, el proceso de liberalización de intereses y comisiones bancarias vino acompañado de la promulgación de la normativa sectorial de transparencia bancaria. Normativa que se integró en un marco más general de protección de la clientela bancaria aprobado en el ejercicio de las tareas de supervisión otorgadas al Banco de España y al Ministerio de Economía y Hacienda.

La normativa sectorial de transparencia bancaria se desarrolló, como hemos indicado, mediante Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España en base a la facultad otorgada a estos por el artículo 48.2 de la Ley 26/1988⁴⁶, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. La normativa se centraba, básicamente, en la delimitación de los deberes informativos que las Entidades de crédito debían cumplir durante las fases precontractual, contractual y de ejecución. En este sentido, la Orden de 1988⁴⁷ sobre la información que las Entidades de depósito deben incluir en sus contratos con clientes tomó la obligación de entrega del contrato contenida en la ya citada Orden del 1987 e incluyó el contenido mínimo que debían integrar los contratos de las operaciones tanto pasivas como activas –los actualmente denominados servicios financieros de crédito, objeto del presente estudio– que debía estar integrado por: el tipo de interés nominal, la periodicidad del devengo de intereses, las comisiones y los gastos repercutibles. La Orden del 1989⁴⁸ sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito extendió este contenido mínimo a todas las entidades de crédito y refundió las Ordenes de 1987 y 1988, antes citadas. Ese mismo año se instauró, en lo concerniente

(3 págs.).

46 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. «BOE» núm. 182, de 30 de julio de 1988, páginas 23524 a 23534 (11 págs.).

47 Orden de 16 de junio de 1988 sobre información que las Entidades de depósito deben incluir en sus contratos con clientes. «BOE» núm. 145, de 17 de junio de 1988, páginas 19029 a 19029 (1 pág.).

48 Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito. «BOE» núm. 303, de 19 de diciembre de 1989, páginas 39289 a 39292 (4 págs.).

a la publicidad, un régimen de autorización previa mediante la Orden de 12 de diciembre de 1989.

En ellas podemos atisbar el carácter accidental de la información precontractual como un medio de protección a los clientes bancarios. En concreto, la Orden del 1989 se expresaba en los siguientes términos: “una mejor información a la clientela sentará las bases de una mayor competencia entre entidades”. A la luz de esto, resulta evidente que la normativa de transparencia bancaria tenía por objetivo no la protección al cliente sino la supervisión de las entidades y el correcto desarrollo competencial del mercado.

La Orden del 1989 se completó con la Orden de 5 de mayo de 1994⁴⁹ sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios en ella se concretaba el clausulado mínimo a integrar y se obligaba a las entidades a entregar un folleto informativo inicial en el que se especificquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos con garantía hipotecaria sobre vivienda concertados por personas físicas y cuya cuantía no rebasase los 25 millones de pesetas. De nuevo se confirma la línea antes evidenciada puesto que de la literalidad del texto de desprendía lo siguiente: “téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas”. De nuevo se confirma como la protección que se brinda a la clientela mediante la normativa sectorial de transparencia bancaria es efecto y no causa de la misma⁵⁰.

La crisis financiera internacional iniciada el 2008 propició que se iniciara un cambio de paradigma en el tratamiento de las relaciones cliente-entidad. Mediante la aprobación de la Ley 2/2011⁵¹, de 4 de marzo, de Economía Sostenible se trató dar un avance en materia de transparencia bancaria. Por un lado, se fomentó del crédito responsable mediante la preceptiva evaluación de solvencia y la promulgación de prácticas dirigidas a garantizar la concesión responsable de préstamos. Y por el otro, se continuó recurriendo al Ministerio de Economía y Hacienda para adecuar el nivel de protección de los ahora usuarios de servicios financieros –hasta la fecha, clientes–. En materia de publicidad de transitó a un sistema de disciplina mediante

49 Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. «BOE» núm. 112, de 11 de mayo de 1994, páginas 14444 a 14449 (6 págs.).

50 Esta idea de la transparencia de mercado la encontramos sobradamente desarrollada en Inmaculada BARRAL, I.: “Los contrataos de crédito inmobiliario: Control de transparencia vs control de abusividad”, Aranzadi, Navarra, 2020.

51 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. «BOE» núm. 55, de 05/03/2011.

la aprobación de la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, desarrollada por la Circular 6/2010, de 28 de setiembre.

Esta continuidad en lo que respecta a la configuración reglamentaria de las medidas de protección a la clientela, acabó por desembocar en la Orden EHA/2899/2011⁵², de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que vino a derogar a las dos Órdenes Ministeriales anteriores a la par que refundía su contenido siguiendo la línea argumental marcada hasta el momento. De hecho, la Orden indica en su exposición de motivos que la correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de protección para los clientes que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente. De este modo, se mantiene la idea de proteger al cliente –obligando a la entidad a facilitarle la información necesaria para la toma de decisiones– en la medida que este es una pieza clave para el funcionamiento eficiente del mercado.

3. El sistema europeo de contratación con consumidores de créditos al consumo

Como indicábamos el objetivo prioritario de las instituciones comunitarias en lo referente a servicios financieros ha sido la creación de un mercado único. En este contexto de voluntad armonizadora de los mercados, la aproximación de legislaciones en materia de créditos al consumo iniciada con la aprobación de la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo contempló desde sus orígenes el desarrollo de una política de información que sirviera como herramienta de tuición hacia los consumidores. La lógica seguida por el legislador europeo era la de paliar la complejidad de los servicios financieros facilitando al consumidor la información necesaria para permitirle tomar una decisión fundada sobre la oportunidad de adquirir el producto financiero más eficiente. De este modo, tanto la ya citada Directiva 87/102/CEE en materia de crédito al consumo, como sus modificaciones en el 1990 y en el 1998 establecieron las bases de un sistema de información enfocado en asegurar la eficiencia del mercado y los beneficios indirectos que esto reportaba a los consumidores.

Sin embargo, a finales de los noventa la Comisión trajo a colación la necesidad de modificar este esquema normativo. En buena medida a resultas de evaluar los informes relativos a la aplicación de la directiva 87/102/CE en los que se hacía constancia de la ineficiencia de esta para dar respuesta a la realidad actual del

52 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. «BOE» núm. 261, de 29 de octubre de 2011, páginas 113242 a 113283 (42 págs.)

mercado del crédito al consumidor. El objetivo de la revisión era la creación de un mercado más eficiente y transparente que en el ámbito de la asimetría informativa debería concretarse en una definición de información más completa al consumidor y a los posibles avalistas. Este nuevo impulso legislativo se concretó en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores presentada por la Comisión el 11 de setiembre de 2002. Tras seis años de tramitación dicha propuesta culminó en la aprobación de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se derogaba la ya citada Directiva del 1987.

La Ley 16/2011⁵³, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo transpone finalmente la directiva 2008/48/CE. Esta dedica su capítulo segundo a la concreción de los deberes de transparencia impuestos a los prestamistas en todas las fases de la contratación –publicidad, oferta, información precontractual y asistencia previa al contrato– así como, las obligaciones de evaluación de la solvencia del consumidor; y su capítulo cuarto a la configuración mínima del contrato imponiendo, en este sentido, deberes de forma y contenido mínimos. Sin embargo, en la Directiva 2008/48/CE, se descartó expresamente la regulación de los créditos inmobiliarios (art. 2.2 letras a y b), y de forma paralela, la Directiva 2014/17/UE⁵⁴, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial iniciaba su andadura con la Propuesta de Directiva de 31 de marzo de 2011.

Esta última, queda finalmente transpuesta en la Ley 5/2019⁵⁵, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Que constituye la última pieza de lo que Díaz Alabart ha denominado el sistema europeo de contratación con consumidores de créditos al consumo. Entre ambas es posible observar un cierto paralelismo, en cuanto a los aspectos concretos que regulan y también en relación con los mecanismos de control que establecen, atisbando una cierta complementariedad que, por otro lado, ha sido ampliamente buscada por el legislador europeo en su afán por dar cohesión y unidad al mercado de los servicios financieros de crédito. La Ley 5/2019 vino acompañada por la aprobación de la Orden ECE/482/2019⁵⁶, de 26 de abril, por la que se modificaba la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los

53 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. «BOE» núm. 151, de 25/06/2011.

54 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010. «DOUE» núm. 60, de 28 de febrero de 2014, páginas 34 a 85 (52 págs.)

55 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2019, páginas 26329 a 26399 (71 págs.)

56 Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. «BOE» núm. 102, de 29 de abril de 2019, páginas 43131 a 43146 (16 págs.)

servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Dicha Orden sitúa a las normas sectoriales –desarrolladas en el epígrafe anterior– como normas de desarrollo de la Ley 5/2019, convirtiéndose, en cierto modo, parte de la transparencia bancaria en ley formal.

Más, este nuevo sistema europeo de contratación con consumidores de créditos al consumo estructurado mediante la Directiva 2008/48/CE y la Directiva 2014/17/UE no abandona la tesis productivista y, por ende, perpetúa el ideal de transparencia de mercado. Pues si bien si incorpora, en especial la Directiva 2014/17/UE, ciertos elementos que rebajan los criterios de racionalidad que se imputan al consumidor, mediante la simplificación y estandarización de la información, mantiene un abanico de herramientas no intrusivas (integración de la publicidad, información precontractual, contenido mínimo del contrato, oferta vinculante, análisis de la solvencia, etc.), más centradas en la forma que en el fondo de las transacciones. Este afán por mantener la neutralidad revela que la UE todavía justifica la imposición de deberes informativos en base a que el mercado funcione correctamente cuando los agentes implicados en las decisiones económicas se encuentran simétricamente ubicados a efectos informativos⁵⁷. Y, en definitiva, viene a confirmar que lo indicado en relación con el derecho contractual de consumo europeo es extrapolable a la normativa de servicios financieros de crédito con consumidores en el contexto español.

V. EL PARADIGMA DE RACIONALIDAD EN LOS DEBERES DE INFORMACIÓN

Hemos podido comprobar como la información, así como sus efectos en la economía y en la toma de decisiones ha sido objeto de interés por parte del estudio económico desde sus orígenes. Así como, una de las hipótesis más restrictivas del modelo de competencia perfecta es la condición de información perfecta o completa. De acuerdo con dicho modelo, es necesario que todos los participantes en el mercado se encuentran óptimamente informados para alcanzar un equilibrio competitivo. Sin embargo, la información perfecta es un planteamiento más bien teórico que en la práctica se da en escasas ocasiones. Los mercados, por lo general, destacan por tener una naturaleza más opaca.

57 MANSO-HUALDE, T.: "El consumidor ignora el contenido de su contrato. La falta de lectura en los contratos de adhesión". *InDret*, 2019, vol. 4.

Es por ello por lo que, desde sus orígenes^{58,59}, la normativa de consumo ha consagrado el derecho a la información como un fundamento esencial de la protección contractual del consumidor tanto en su normativa general⁶⁰ como sectorial⁶¹. La información se rebela incluso como requisito indispensable para la eficacia jurídica en materia de contratación entre consumidores y empresarios⁶² hasta el punto de poder afirmar que nos encontramos ante un neoformalismo contractual⁶³. De acuerdo con la tesis productivista, la voluntad del legislador, en este sentido, es la de romper las asimetrías que provoca el hecho de que el profesional, en el ejercicio de su actividad económica, obtiene y comprende la información a un coste menor. Esta realidad se agrava a medida que nos sumergimos en sectores donde es observable un alto grado de complejidad técnica en sus productos y servicios. Es el caso de los servicios financieros que por causa de la especificidad y/o complejidad de los productos y servicios prestados, el consumidor se convierte en parte especialmente vulnerable considerando sus escasos conocimientos financieros⁶⁴. También hemos podido comprobar como estas asimetrías informativas no se producen únicamente en relación con las características del bien o servicio objeto del contrato, sino también con el clausulado del mismo, con especial énfasis si nos encontramos ante cláusulas generales de contratación inseridas en contratos de adhesión.

La tesis productivista, sin embargo, implica que el ordenamiento concede al consumidor un papel de importancia nuclear en relación con la eficacia de la norma. Entendiendo por eficacia a la capacidad de esta para funcionar como determinante causal de la reducción de la asimetría informativa existente entre partes en los contratos de servicios financieros de crédito. Resulta lógico, llegados a este punto, cuestionar si la imagen del consumidor adoptada por la normativa – que no es otra que la del consumidor medio como un agente racional que maximiza sus decisiones atendiendo a un criterio de utilidad– es adecuada o no.

El paradigma actual de protección del consumidor en lo referente a la articulación de deberes de información durante el iter contractual se basa, fundamentalmente,

58 ESCAJEDO, L.: “La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, 2007, vol. 70, pp. 225–254.

59 ERRERO JIMÉNEZ, M.: “Los programas comunitarios de protección del consumidor (1975-2020)”, *Revista de estudios económicos y empresariales*, 2017, núm. 29, pp. 177-220.

60 Véase, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

61 DÍAZ ALBART, S.: “La contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas”, en AA.VV.: *Manual de Derecho de Consumo* (coord. por DÍAZ ALBART, S.), Editorial Reus, Madrid, 2016.

62 DOMÍNGUEZ-ALCHAUD, V.: “El derecho de información como garantía en la contratación de los consumidores y usuarios”. *Revista de Derecho*, 2008, núm. 3, pp. 393–407.

63 ARROYO AMAYUELAS, E.: “¿Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo?” *Anuario de Derecho Civil*, 2008, vol. 61, pp. 519–542.

64 GIL-VERNET, L. “La comercialización a distancia de servicios financieros: especial énfasis en la protección del consumidor y su control regulatorio”, *Atelier*, Barcelona, 2016, pp. 37.

en la imagen del consumidor del modelo económico neoliberal, es decir, tiene al “homo oeconomicus” como base normativa⁶⁵. Esto explica que la aproximación tradicional del legislador a la problemática de la asimetría informativa haya sido la adopción de la doctrina del “full-disclosure” que se resume en facilitar al consumidor toda la información que consideraba necesaria para que este pudiera tomar una decisión racional y por ende informada con anterioridad al momento de la conclusión del contrato⁶⁶. Sin embargo, el legislador en la aplicación de dicho modelo tiene que hacer frente a dos cuestiones clave.

En primer lugar, se ve obligado a determinar un nivel concreto de información óptimo que maximice las decisiones del consumidor. Un criterio puramente teórico podría ser aquel que se sitúa en el punto exacto donde el valor marginal esperado de una unidad adicional de información se iguala con el coste marginal derivado de continuar informándose. Sin embargo, dicho criterio comporta grandes problemas de orden práctico, en su gran mayoría ligados a la imposibilidad material de conocer el beneficio marginal de seguir informándose si no conocemos el conjunto de información completo. En este sentido, al tiempo que estamos reconociendo la necesidad de información nos asalta la duda de cuanta información debe ser facilitada, para que la decisión tomada por los agentes sea racional, esto es tanto como querer determinar que más información no hubiera variado la decisión llevada a término por los consumidores⁶⁷. Sabiendo que no facilitar la suficiente información conlleva la ruptura de la elección racional, y abrumarlo con un exceso provoca que el coste de procesarla lo lleve al mismo punto, es decir, que el consumidor únicamente aspire a satisfacer sus necesidades y no a maximizar su utilidad⁶⁸. Si, por el contrario, se impone una obligación general de informar nos topamos ante la problemática de concretar el concepto jurídico indeterminado de consumidor medio al que debemos adecuar el contenido de nuestra información corriendo el riesgo de desatender las necesidades informativas de grandes grupos poblacionales tal y como exponen autores como Lasarte⁶⁹.

La segunda gran cuestión es la de atribuir una determinada racionalidad a la conducta del consumidor. El paradigma de la elección racional⁷⁰ ha demostrado estar muy alejado de la realidad observable. Las decisiones que toman los individuos no siempre maximizan su utilidad, son raramente previsible y las preferencias en

65 SEGGER-PIENING, S.: *La información en la contratación: una aproximación económica*. cit., p. 5.

66 BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O. *Naturaleza y características del derecho contractual europeo de consumo*, cit., p. 8.

67 RAGA-GIL, J.: “La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor.” en AA.VV.: *Derecho renovado del Consumidor. Entre la economía y el derecho*, Dilex S.L., Madrid, 2011, pp. 31–55.

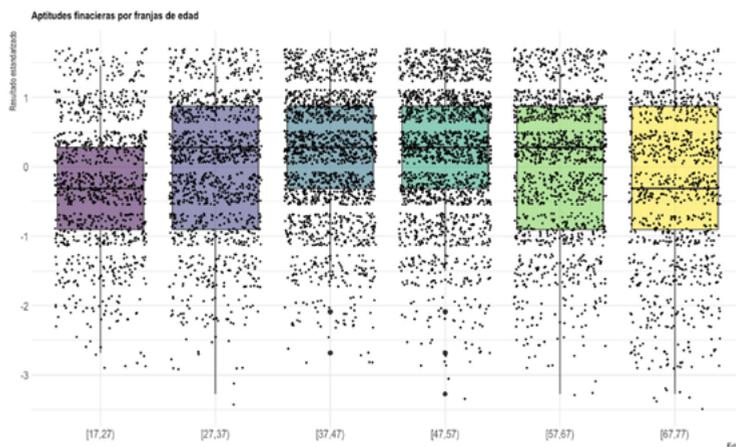
68 HOWARD, L.: “‘Good’ Warnings, Bad Products, and Cognitive Limitations”, *UCLA L. REV.* núm. 41, 1993, pp. 1193-1211.

69 LASARTE, C. y TORREJÓN, J.: “Manual sobre protección de consumidores y usuario”, Madrid, Dykinson, 2019.

70 Fuertemente entroncada en la hipótesis de la utilidad esperada de Bernoulli, el teorema de Bayes o la “mano invisible” de Adam Smith de acuerdo con BAISCH, R., y WEBER, R.: “Investment Suitability Requirements in the Light of Behavioural Findings”, en VV. AA: *Challenges for a Legal Framework coping with ambiguous Risk Perception* (coord. por KLAUS MATHIS), Springer International Publishing, 2015, pp. 159-192.

las que se basan tienden a ser inconsistentes⁷¹. En base a las evidencias observadas en el campo del análisis conductual se pone en duda la utilidad práctica de los deberes de información pre-contractual⁷². En este sentido, son varias las premisas utilizadas por los autores para evidenciar el fracaso de la estructuración actual de los deberes de información. Las más habituales se centran mayoritariamente en la idea de que los consumidores normalmente o bien caen en la paradoja de no lectura⁷³, o bien no comprenden la información⁷⁴ (Figura 2), o incluso si la comprenden no la utilizan en el sentido que le otorga la norma⁷⁵ que no es otra que garantizar el correcto funcionamiento del mercado y la competencia facilitando la comparabilidad entre productos y empresas⁷⁶.

Figura 2. Aptitudes financieras por franjas de edad.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la encuesta de aptitudes financieras (CNMV)⁷⁷

INTERPRETACIÓN: En el gráfico se han representado los resultados obtenidos (8.554 observaciones) por el Banco de España (BdE) y la Comisión Nacional

- 71 NATHIS, K. y TOR, A.: "Consumer Law and Economics", Springer International Publishing, Springer, Switzerland, 2021.
- 72 HOWELLS, G. G., TWIGG-FLESNER, C., y WILHELMSSON, T.: "Pre-Contractual Information Duties and the Right of Withdrawal", en VV.AA.: *Rethinking EU consumer law*, Routledge, 2018, pp. 49-129.
- 73 AYRES, I y SCHWARTZ, A.: *La información en la contratación: una aproximación económica*. cit., p. 4.
- 74 BEN-SHAHAR, O. y SCHNEIDER, C.: "The failure of mandated disclosure", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 159, núm. 3, 2011, pp. 647-749.
- 75 LONDON ECONOMICS, VAA CONSULTING y IPSOS MORI.: "Consumer vulnerability across key markets in the European Union", Final report, January 2016.
- 76 MARANDOLA, G., PROESTAKIS, A., LORENÇO, J. y VAN BAVEL, R.: "Applying behavioural insight to encourage consumer switching o financial products", EU publications, 2020.
- 77 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Encuesta de competencias financieras (ECF) 2016.

del Mercado de Valores (CNMV) durante la realización de la Encuesta de Competencias Financieras (ECF), realizada en el marco del Plan de Educación Financiera. La encuesta mide el conocimiento y la comprensión de conceptos financieros de la población española de entre 18 y 79 años mediante 8 cuestiones centradas en evaluar los conocimientos del encuestado en relación con su comprensión de la inflación, el interés compuesto o la diversificación de riesgos. En el podemos observar que existen patrones de respuesta diferenciados entre preguntas cuando se comparan distintos grupos de edad siendo los grupos [17,27) y [67,77) los que reportan peores resultados.

Estas dos realidades nos llevan a cuestionar si la divulgación obligatoria de información mejora, en efecto, la toma de decisiones de los consumidores. De hecho, autores como Ben-Shahar han llegado a afirmar, al respecto, que la gran paradoja del Disclosure Empire es que a medida que prolifera su uso, también crecen las evidencias respecto a su ineficacia. En definitiva, el modelo de elección racional ha demostrado estar muy alejado de la realidad observable. Pues obliga al legislador a, en primer lugar, determinar un nivel óptimo de información y en segundo lugar a asumir que el consumidor actuará con una determinada racionalidad. La eficacia de la norma queda por lo tanto puesta en duda si de acuerdo con lo aquí expuesto esta pretende ser el determinante causal de la reducción de la asimetría informativa.

I. ¿Es suficiente un cambio en el paradigma de racionalidad?

En verdad, las instituciones comunitarias ya han interiorizado que la doctrina del “full-disclosure” difícilmente cumple con sus objetivos. En primer lugar, porqué la sobrecarga de información que genera incrementa el coste de acceso a la información y lleva a los consumidores a caer en la paradoja de no lectura, afirmar, en este sentido, que la divulgación de la información basta por sí sola como mecanismo de reequilibrio contractual y de protección al consumidor es de todo ingenuo pues la sobreabundancia informativa en vez de paliar la protección agrava la vulnerabilidad⁷⁸. Y el problema no termina aquí, pues dicha visión requiere asumir que el nivel de formación de los consumidores es suficiente para procesar y utilizar en el sentido esperado la información facilitada, lo que difícilmente se ajusta a las observaciones. Esto ha llevado a incluir en las últimas modificaciones legislativas la opinión generalizada de que resulta necesario paliar dicha problemática mediante la simplificación de la información facilitada. Piénsese, por ejemplo, en como la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 introduce la Ficha Europea de Información Normalizada, o en como la Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo cuando

⁷⁸ MANSO-HUALDE, T.: *El paradigma de racionalidad en los deberes de información*. cit., p. 16.

introduce el sistema de información Normalizada Europea sobre el crédito al consumo. Pero, en definitiva, dichas mediadas siguen referidas al mismo paradigma de racionalidad. Presuponen el hecho que el consumidor como agente racional intentará maximizar su utilidad. Por lo tanto, aplacan o bien el coste, intentando estandarizar y mejorar la comparabilidad de las condiciones de los servicios financieros; o bien, sus aptitudes o conocimientos, mediante la simplificación del lenguaje, mas en cierto modo implican que una vez superados dichos lastres, el consumidor disciplinará a los mercados mediante sus elecciones.

Sin embargo, la economía conductual se ha afanado en demostrar que el paradigma de racionalidad utilizada en los modelos económicos clásicos no contempla en su configuración los sesgos conductuales de los consumidores⁷⁹. Esto implica aceptar, como hemos ido viendo, que los consumidores tienen un atención y racionalidad limitadas que ponen en jaque la efectividad de las herramientas de transparencia.

Planteémonos, llegados a este punto, si una aproximación que se sustente en un paradigma de racionalidad diferente puede en cierto modo salvar las limitaciones aquí contempladas. Esto es en cierto modo lo que propugnan los “behaviorally informed disclosures”. Esta es la línea seguida por los marcadores de índices de riesgo de los productos de seguro e inversión que la ley obliga a aportar en la comercialización de productos financieros. La Orden ECC/2316/2015⁸⁰, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros establece un método para determinar el riesgo de los productos financieros que transmite los datos no sólo del citado riesgo sino también de la liquidez y complejidad. Mediante los índices de riesgos se pretende resumir de forma unidimensional las características en términos de riesgo de un determinado producto. En cierto modo, también es la lógica que subyace bajo la promoción del uso de la Tasa Anual Equivalente en la contratación de los servicios financieros de crédito⁸¹, pues mediante la misma se incluye en un solo término numérico la tasa de interés nominal, así como los costes y comisiones asociadas al crédito, y permite comparar de forma homogénea el coste o rendimiento financiero de diferentes productos. Pero, a pesar de que la simplicidad de estos métodos permite mejorar tanto la transparencia como la comparabilidad de los productos, su carácter unidimensional también implica escoger un método de agregación de la información concreto y, por ende, la selección y priorización de una determinada información sobre otra. En este sentido, la pérdida o prelación de determinada

79 Véase por ejemplo: KAHNEMAN, D.: “Thinking, Fast and Slow”, MacMillian, 2011; o SUNSTEIN, C.: Choosing not to Choose: Understanding the Value of Choice”, Oxford University Press, 2015.

80 Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros. «BOE» núm. 265, de 5 de noviembre de 2015, páginas 104567 a 104580 (14 págs.).

81 Artículo 4.3 c) y 11.2 (3) de la Directiva 2008/48/CE y la Directiva 2014/17/UE, respectivamente.

información asociada a la simplificación puede acabar por agravar la problemática en el sentido expuesto por Goldberg.

A modo de resumen, podemos decir que, en ausencia de regulación, la problemática del clausulado abusivo se origina porqué el coste de informarse sobre determinados aspectos de la relación contractual es mayor que el de otros y en presencia de “behaviorally informed disclosures” porqué se cae en la trampa de determinar “qué” es información y el predisponente puede “esconder” el clausulado asimétrico tras el resto de las características. Esta tensión parece irresoluble. Lo que nos hace pensar que estamos ante un nudo gordiano.

Adoptar un nuevo paradigma en lo que la imagen del consumidor se refiere puede ayudar a reducir los costes asociados al acceso a la información. Simplificándola y combatiendo los sesgos conductuales. Esto, hasta cierto punto, ayudará a garantizar y proteger la autonomía del consumidor, adherente o cliente de distorsiones en la información necesaria para configurar su decisión. Sin embargo, los límites de dicho modelo de protección siguen siendo más que evidentes. Mientras la arena en que se negocien los contratos de adhesión sea un terreno que incentive la inclusión de clausulado asimétrico los remedios que recaigan únicamente en la conducta del consumidor serán insuficientes. En otras palabras, mientras la empresa siempre pueda competir a través de los elementos principales del contrato (precio, tipo de interés, grado de apalancamiento, disponibilidad temporal del capital) a costa de un clausulado que les sea favorable (cláusula suelo, de vencimiento anticipado, interés de demora leonino, índices de referencia manipulables...) y el coste de adquisición de la información sea menor para los primeros que para los segundos la competencia no constituirá un sistema de protección eficiente de los intereses de los consumidores. La protección indirecta únicamente es marco de tuición eficaz si (1) los agentes en el mercado son sujetos racionales y (2) el coste al que adquirieran la información es nulo. En este caso, y en ausencia de otros fallos de mercado, en especial del poder de mercado, sí que el consumidor podría disciplinar al mercado mediante su elección y sería correcto asociar bienestar y crecimiento económico como propugna la tesis productivista. Si, como sucede, la adquisición y el procesamiento de la información tiene un coste, ya sea en tiempo o en dinero, y la conducta del consumidor es más bien errática y sesgada, las herramientas de transparencia son remedios que pueden ayudar a proteger la autonomía de la voluntad pero que en ningún caso garantizan que el predisponente no aproveche la asimetría tanto en lo relativo al poder de negociación como a la informativa para hacer una asignación asimétrica de los riesgos asociados a la relación contractual.

VI. CONCLUSIONES

Mediante el presente trabajo hemos querido evidenciar lo siguiente. El derecho contractual de consumo europeo y, por consiguiente, la regulación en materia de servicios financieros de crédito adopta una serie de herramientas de transparencia con el objetivo de aplacar la problemática de las asimetrías informativas. Mediante dicho esquema adopta la denominada tesis productivista según la cual el bienestar del consumidor, en su acepción amplia –equiparable a ciudadano–, se vincula directamente con el crecimiento económico y por lo tanto el ordenamiento debe asegurar la eficiencia del mercado como sistema de asignación de recursos. Sin embargo, la eficacia de dichas herramientas se supedita al papel que el consumidor desempeña en el marco del sistema de mercado. Donde, en un marco de competencia el consumidor mediante su elección disciplina a los mercados. Por lo que la imagen que el ordenamiento tenga de este condicionará el éxito de las medidas adoptadas. En este sentido, cabe argumentar que la racionalidad que los modelos económicos clásicos imputan al consumidor y en la que se fundamenta el derecho contractual de consumo constituye un paradigma poco coherente con la realidad observable. La vulnerabilidad informativa entendida como la incapacidad para comprender la información, el coste de esta o los sesgos conductuales del consumidor son barreras al pleno funcionamiento de las herramientas como motores del libre desarrollo de la autonomía del consumidor y, por ende, del buen funcionamiento del sistema de libre mercado. Algunos autores e iniciativas legislativas plantean reconfigurar la imagen del consumidor y adaptarla de manera que se ajuste en mayor medida a la realidad. Sin embargo, creemos que plantear un cambio de paradigma en lo que a la figura del consumidor se refiere no será suficiente si lo que se pretende es acabar con la presencia de cláusulas abusivas en el mercado de servicios financieros de crédito. Pues, ante todo, el problema en origen es que el sistema de determinación del contenido del contrato se encuentra únicamente en manos de una de las partes y la competencia empuja a competir vía elementos con menor coste informativo, en esencia mediante el precio. Lo que incentiva la repercusión del coste de la competencia a través de la inclusión clausulado asimétrico en el contrato.

