

LAS CLÁUSULAS IRPH SON TRANSPARENTES ¿O NO?*

Pascual Martínez Espín

*Profesor Titular Acreditado a Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 8 de enero de 2018

1. Introducción

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno, en Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre (CAS 1394/2016) ha estimado el recurso interpuesto por Kutxabank contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava que declaraba la nulidad de la cláusula IRPH (índice de referencia de préstamos hipotecarios).

En el caso litigioso, el cliente suscribió en 2007 un préstamo hipotecario a tipo variable (con una novación en 2009 para ampliar el plazo de amortización hasta 2048). Tras el transcurso de un año desde la formalización, durante el cual se aplicaría un tipo fijo del 4,25% anual, pasaría a aplicarse el tipo resultante de añadir un margen de 0,50 puntos al "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito" (es decir, el "IRPH de entidades").

Como tipo sustitutivo del índice pactado, ante la eventualidad de que dejara de publicarse, se estableció "el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las Cajas de Ahorros" (esto es, el "IRPH de cajas de ahorros").

Se ejercita una acción declarativa de nulidad por abusiva de la cláusula de cálculo del interés variable conforme al índice IRPH (y la de los intereses moratorios):

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.



La cláusula tercera bis, bajo la rúbrica «Margen», decía lo siguiente:

“Conjunto de Entidades: Para cada uno de los períodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el B.O.E. de 3-8-94. MARGEN, es el porcentaje a añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. EL MARGEN será cero coma cincuenta (0,50) puntos”.

A su vez, la cláusula tercera.bis 2.a) decía:

«El tipo que servirá para este cálculo se define en la Circular 7/99 del Banco de España de 29-6-99 y se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión».

Y la cláusula tercera bis.2.e), titulada «Interés Sustitutivo», decía:

«El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el citado tipo de referencia, y se tomará como tal, a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las Cajas de Ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el B.O.E. del 3-8-94, más un margen de cero coma cincuenta {0,50} puntos».

Declarado nulo el citado tipo de interés IRPH ENTIDADES, se solicita la aplicación de los artículos 1.753 y 1.755 del Código Civil, en relación con el artículo 83 TRLGDCU. En cuanto al índice sustitutivo establecido en las escrituras del préstamo, es decir, el IRPH Cajas, todos los argumentos que se plasman en la demanda con el objeto de probar la abusividad del IRPH Entidades se trasladan en su integridad para probar la abusividad del IRPH Cajas, al limitarse éste índice exclusivamente para el cálculo a las operaciones de las Cajas de Ahorro, ámbito más constreñido que las del conjunto de entidades.

Por tanto, entendiendo que es de interés la subsistencia del contrato de préstamo suscrito, se solicita que se declare la no existencia de intereses retributivos, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas (que en ejecución de sentencia serán determinadas) por razón de intereses ordinarios, en aplicación de UNA CLÁUSULA QUE SE DECLARE NULA, declarando abusivo, por lo tanto nulo, y sin que haya podido desplegar eficacia jurídica alguna en el contrato de préstamo.



2. Los precedentes

La magistrada-jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria dictó sentencia núm. 158/2015, de 15 de junio, por la que estimó íntegramente la demanda interpuesta y declaró la nulidad de la cláusula Tercera Bis del contrato de préstamo hipotecario que referencia el préstamo al IRPH Entidades y como índice sustitutivo al IRPH Cajas, para toda la vida del préstamo una vez superado el primer periodo de un año de vigencia del préstamo, manteniendo la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank S.A. La sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava dictó sentencia en fecha 10 de marzo de 2016, desestimó el recurso de apelación interpuesto, con expresa condena en costas.

Para ello, consideró resumidamente que: (i) La cláusula IRPH es una condición general de la contratación, ya que aunque consta la existencia de información precontractual, no se acreditó que hubiera negociación individual. Se trata de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato, ya que se refiere a la remuneración que debe satisfacer el cliente a la entidad bancaria por el préstamo. En consecuencia, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, pues no cabe el control del precio, sino que ha de limitarse al control de transparencia, que comprende el control de inclusión y el control de comprensibilidad. El IRPH es un índice oficial y no consta la manipulación de este índice por parte de las entidades bancarias. (ii) No obstante, se trata de una cláusula abusiva, porque no se ha proporcionado suficiente información al cliente sobre el cálculo del IRPH, ni sobre su comportamiento en los años anteriores, la diferencia con otros índices oficiales, gráficos, ni se le ofrecieron otros índices, como el Euribor, para que pudiera optar entre ellos. (iii) Esta falta de transparencia es suficiente para declarar la nulidad de la cláusula de interés remuneratorio.

3. La sentencia del TS

El recurso de casación de la entidad financiera se limitó a impugnar el pronunciamiento relativo a la nulidad de los intereses remuneratorios, aceptando la declaración de nulidad de los intereses de demora.

Los argumentos que esgrime la sentencia del TS para llegar a tal conclusión son los siguientes:

3.1. La cláusula de intereses variables como condición general de la contratación



A juicio de la parte recurrente, el tipo de interés, junto con el importe del capital prestado y el plazo de amortización, constituyen los elementos esenciales del contrato de préstamo, siempre son negociados entre la entidad y los clientes y por eso son distintos en cada operación, por lo que no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 1 LCGC para su calificación como condiciones generales de la contratación.

La sentencia recurrida declara que el tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo no fue negociado entre las partes y lo califica como condición general de la contratación.

Conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta la negociación individual, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal.

Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo en materia de cláusula suelo (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C- 308/15) o de hipoteca multidivisa (STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).

3.2. Disposición legal e imposibilidad de control de transparencia

En este segundo motivo se debate el alcance del control de transparencia aplicable a las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato. El recurrente alega, sintéticamente, que pese a que la sentencia reconoce que el consumidor fue informado suficientemente y con antelación a la firma del contrato de que el préstamo tenía un periodo de interés fijo y otro de interés variable calculable conforme al índice IRPH más un margen del 0,5%, introduce para el control de transparencia un elemento nuevo -el ofrecimiento de alternativas más favorables para el cliente-, que nada tiene que ver con la transparencia, esto es, con la comprensibilidad real del contenido de la cláusula contractual por parte del cliente, y que no forma parte de ese mecanismo de control de las condiciones generales de la contratación que definen el objeto principal del contrato. Igualmente, la Audiencia Provincial reprochó a la entidad prestamista no haber explicado el funcionamiento del IRPH, ni su comportamiento en los años anteriores, cuando tales cuestiones nada tienen que ver con el control de transparencia, repito, según la recurrente.



El IRPH-Entidades utilizado en el contrato litigioso es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación.

No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos¹. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil. La

¹ Según el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (LA LEY 20192/2011), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, los tipos de interés oficiales que podrán aplicar las entidades de crédito son los siguientes:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro ("IRPH de entidades").
- c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.
- d) Referencia interbancaria a un año (Euríbor).
- e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.
- f) El Míbor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre (LA LEY 4541/1998), sobre introducción del euro.

La Orden EHA/2899/2011 (LA LEY 20192/2011), en el marco de la reestructuración del sistema financiero español, suprimió algunos índices y creó otros, manteniendo algunos de ellos. Dichos índices oficiales se establecieron originariamente por la Circular 5/1994, de 22 de julio (LA LEY 2818/1994), a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990 (LA LEY 2445/1990), sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en virtud de la habilitación contenida en la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994 (LA LEY 1668/1994), sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Se suprimieron tres índices, que son el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos; el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros; y el tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. El primero y el segundo, respectivamente, son los comúnmente llamados "IRPH de bancos" e "IRPH de cajas de ahorros", que se han refundido en un solo índice para el conjunto de las entidades de crédito (el mencionado "IRPH de entidades"). El tercero es el conocido, de ordinario, como "IRPH CECA". Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013, el Banco de España dejó de publicar en su sede electrónica, y con el efecto de su desaparición completa, estos tres índices oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios, entendiéndose sustituida la referencia a los mismos, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en cada contrato de préstamo. En defecto del tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato, o en caso de que éste fuera alguno de los índices desaparecidos, la sustitución se realizaría por el "IRPH de entidades", aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo desaparecido y el anterior, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produjo la sustitución del tipo. LOPEZ JIMENEZ, J.M., "Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (IRPH) y control de transparencia (STS 669/2017, de 14 de diciembre de 2017)", Diario La Ley, Sección Comentarios de jurisprudencia, 18 de diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 9504/2017.



administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria.

En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el art. 1.2 de la Directiva 93/13. Así lo indica también el preámbulo de la Directiva, cuando dice que: «(c)onsiderando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo». El Tribunal de Justicia de la Unión Europea "ha resaltado que, en todo caso, resulta esencial para el consumidor que el profesional le informe adecuadamente sobre las disposiciones legales o reglamentarias imperativas que resulten de aplicación (STJUE de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10 (LA LEY 43161/2012)), del mismo modo que, con carácter general, el hecho de que el contenido de los contratos predispuestos esté determinado por disposiciones reglamentarias imperativas (contratos regulados) no comporta la exención del deber de información que incumbe al profesional sobre aquellos aspectos o cuestiones de interés o relevancia para el consumidor (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 (LA LEY 16295/2013) y de 23 de octubre de 2014, asunto Alexandre SCHUL C-359/11 y C- 400/11)".

No puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente. Lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados.



Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública.

Las disposiciones legales y reglamentarias que lo desarrollan administrativamente no son objeto del control de transparencia a tenor de la Directiva 93/13/CEE. De igual modo, no se cuestiona la competencia del Banco de España para elaborar estos índices oficiales y establecer los procedimientos adecuados para su aplicación y control. En cambio, sí constituye un claro objeto del control de transparencia es la condición general de la contratación por la que el profesional incluye un índice de referencia oficial, de forma que la cláusula, así predispuesta, resulte redactada, tal y como dice la sentencia: «de un modo claro y comprensible y sea transparente».

En suma, ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales.

En cualquier caso, sí puede ser objeto de control de transparencia la cláusula que lo incorpora. La utilización del tipo o índice de referencia, como elemento específico de la cláusula predispuesta, queda comprendida en el marco del control de transparencia.

3.3. Control de inclusión y de transparencia

Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (sentencia 367/2017, de 8 de junio).

3.3.1. Control de inclusión

Analizada bajo este prisma la cláusula tercera bis del contrato objeto de litigio, se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que,



desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión, como también afirma la sentencia recurrida.

3.3.2. Control de transparencia

En cuanto al control de transparencia, se dice que el mismo obligaba a la prestamista a: (i) explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; (ii) poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y (iii) ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado. Como veremos a continuación, estos requerimientos no eran exigibles.

Para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía, aparte de las normas de transparencia bancaria antes transcritas, la Disposición Adicional Primera I-2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actual art. 85.3 TRLGCU), al exigir que: (i) se trate de un índice legal; y (ii) en el contrato se describa el modo de variación del tipo. Circunstancias ambas que se dan en el caso.

Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por



el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

3.4. No aplicación de los criterios exigidos por la Audiencia Provincial

No son exigibles a la entidad bancaria los requisitos que la Audiencia planteaba en su sentencia. A saber:

- No obligatoriedad de ofrecer varios índices oficiales. No se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables.

- Innecesariedad de explicación pormenorizada. No era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

- No necesario ofrecimiento de otros índices de referencia. Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí. La transparencia no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado.

- Comportamiento del Euribor más favorable para el consumidor. La Audiencia afirma que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor



que el IRPH², pero aparte de que dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia- que debe hacerse al tiempo de la celebración del contrato-, no tiene en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos, y esto, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor (por ejemplo, si lo habitual es EURIBOR+1 punto, en los préstamos con IRPH suelen comercializarse como IRPH+0,5 IRPH+0,25 puntos o incluso IRPH-0,20)³.

La Audiencia Provincial tampoco tiene en cuenta que los diferenciales tenían una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales, como la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos, etc. Por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro índice oficial.

Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más a priori a las entidades financieras es que el Euribor bajó más.

² Según datos del Banco de España a fin de octubre de 2017, el valor del "IRPH de entidades" fue del 1,904%, y el del Euríbor del -0,180%.

³ Pero resulta que el IRPH siempre está uno o dos puntos por encima del EURIBOR (por ejemplo, la última cotización del IRPH Entidades de octubre de 2017 ha sido del 1,904 % frente al -0,189 % del euríbor a 12 meses registrado en noviembre). Por tanto, un consumidor con un préstamo hipotecario referenciado a EURIBOR+1 pagaría en octubre del 2017 un interés de 0,811 puntos, mientras que un consumidor con IRPH-0,20 paga de interés por su préstamo un 1,704. Por tanto, una diferencia de casi un punto (0,9) entre el consumidor con un préstamo referenciado a EURIBOR+1 respecto a un consumidor con un préstamo de IRPH entidades-0,2.



Por último, resulta cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%⁴. Salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios. De hecho, por las mismas razones por las que la Audiencia Provincial anula la referencia al IRPH podría haber anulado una referencia al Euribor, si su evolución hubiera sido más desfavorable para el consumidor.

La injusticia radica en que el IRPH siempre cotiza un punto o punto y medio por encima del Euribor, y ese es el problema de la falta de transparencia. El control de transparencia, tal y como lo ha entendido el TJUE, exige que la entidad bancaria informe al prestatario consumidor, no solo de que su índice, el IRPH, no es el habitual, que es distinto del EURIBOR, dándole una mínima explicación de cómo funciona, de lo verdaderamente relevante o importante para el consumidor, que es saber y conocer que el IRPH Entidades, por sus características, ha cotizado, cotiza y cotizará habitualmente por encima del EURIBOR; más que nada para que el consumidor así informado tenga la capacidad de decidir si quiere o no un préstamo referenciado a IRPH con un índice fijo o variable inferior, pero por el que habitualmente va a pagar más que con cualquier préstamo referenciado a EURIBOR⁵.

- El control de transparencia no se realiza con carácter retrospectivo. Hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos. En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos)

⁴ En el año 2006, año en el que se concertó el contrato objeto de la *litis*, el 84,14% de los préstamos hipotecarios fueron referenciados al Euribor, mientras que sólo el 11,47% lo fueron al IRPH; según los datos que refleja la Estadística Registral Inmobiliaria del propio Colegio de Registradores, año 2006.

⁵ PLAZA PENADES, J., “Luces y sombras de la Sentencia de Tribunal Supremo sobre la validez del IRPH: el voto particular”, Diario La Ley, Nº 9104, Sección Comentarios de jurisprudencia, 21 de diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.



saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando.

- El control de transparencia no predice comportamientos futuros. No cabe afirmar que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando resulta que el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2006 por un periodo de 35 años y se desconoce qué sucederá en los 24 años que todavía quedan para su extinción. Subyace bajo la argumentación del demandante/recurrido y de la Audiencia Provincial que la transparencia habría exigido que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo que por definición es imposible.

- Imposibilidad de control de precios. La Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible. Con este argumento también habría que declarar nulas las referencias al Euribor en otros préstamos si en cualquier etapa de su vigencia la evolución del Euribor hubiera sido menos favorable para el consumidor.

- Ausencia de manipulación. No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación⁶.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la cláusula contractual por la que se establece el interés remuneratorio con un tipo de referencia IRPH-Entidades más un margen del 0,50% no puede considerarse nula por falta de transparencia. El argumento principal de la sentencia es que la «mera referencia a un tipo o índice oficial no supone falta de transparencia», esto es, que la aplicación del control de transparencia en el presente caso comporta que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar dicho control, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto.

⁶ Uno de los motivos de controversia es la propia forma de cálculo del IRPH, conforme a la normativa de disciplina de entidades de crédito aplicable (antes, la citada Circular del Banco de España 8/1990 (LA LEY 2445/1990), en la redacción dada por la Circular 5/1994 (LA LEY 2818/1994); ahora, la Circular 5/2012, de 27 de junio (LA LEY 12040/2012), del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos), y la posible manipulación del índice.



La sentencia **concluye** que la mera referenciación a un índice oficial no supone falta de transparencia, pues el adherente puede conocer, sin especiales esfuerzos, cuál es el índice de referencia que resultará aplicado, entre los autorizados legalmente, y el precio del préstamo de manera sencilla, al sumar el índice y el diferencial.

4. Voto particular

La sentencia cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, que consideran que la cláusula que incorpora el IRPH no supera el control de transparencia. Pese a ello, consideran que el recurso de casación debería estimarse solo en parte, a fin de sustituir la referencia al IRPH por una referencia al Euribor, en vez de dejar el préstamo con interés cero, como había resuelto la Audiencia Provincial. Este voto particular deja abierta la puerta al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. El voto particular parte de la necesidad de realizar un previo y correcto enfoque metodológico de los presupuestos de aplicación del control de transparencia con relación a los especiales deberes de información que incumben al profesional, en nuestro caso, la entidad bancaria, cuando predispone un «índice de referencia» en su contratación financiera con los consumidores; en particular, en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca con relación al denominado IRPH-Entidades, como tipo o índice de referencia utilizado.

Las ideas básicas del voto particular son las siguientes:

4.1. El control de legalidad que deriva de la transparencia es independiente y autónomo del plano administrativo que configura tanto la fórmula o el método de cálculo del índice de referencia, como el procedimiento tendente a garantizar su integridad, fiabilidad e independencia. El control de transparencia se proyecta en el «plano sustantivo» del enjuiciamiento de la validez de la cláusula predispuesta, conforme a los citados deberes de información que incumben al predisponente. En cambio, para la sentencia, en los supuestos de referencia a estos índices oficiales el plano de la disposición legal o administrativa de dichos índices no sólo se superpone al plano sustantivo del control de transparencia, sino que acaba por «integrarlo» o «subsumirlo».

4.2. El objeto del control de transparencia no es, como señala la diferencia, ni «el interés remuneratorio como precio del contrato de préstamo», ni su composición por el tipo de índice de referencia más el diferencial pactados en el caso de interés variable, sino el mismo «tipo o índice de referencia» como elemento específico susceptible del control de transparencia, esto es, de «comportar» unos deberes de información que permitan y faciliten al prestatario su comprensibilidad material y valorar las consecuencias



económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume.

4.3. El control de transparencia no puede reconducirse hacia conceptos más amplios o generales que no permiten valorar al prestatario, de un modo directo, fácil y accesible, esto es, sin necesidad de realizar un posterior análisis minucioso o pormenorizado del elemento en cuestión, las consecuencias económicas que se derivan de la peculiaridad y funcionamiento del «propio» índice de referencia aplicado por la entidad bancaria. La proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, simplificándolo en atención a criterios de valoración que conducen, presumen o alteran el contenido de dicho control resulta no ajustada a derecho, en opinión del voto particular.

4.4. Con relación al alcance del deber de transparencia, cabe plantearse si el profesional que utiliza el índice de referencia IRPH Entidades, como índice que responde a una configuración propia y diferenciada respecto de otros índices de referencia de posible utilización, sólo debe establecer la mera referencia a este índice oficial en la cláusula predispuesta, o bien, de forma extensiva, establecer el alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice de referencia, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación. El voto particular aboga por una valoración extensiva de los deberes de información que incumben al profesional, como tal, y que van más allá de la mera referencia de este índice oficial en la cláusula predispuesta.

4.5. La cláusula de interés variable es una condición general de la contratación. Por lo que cumple con los requisitos para ser objeto del control de transparencia propio de las cláusulas predispuestas que configura el profesional en su contratación con los consumidores. Dicho control alcanza, por tanto, al tipo o índice de referencia utilizado, en nuestro caso el citado IRPH-Entidades, sin que tampoco sea un óbice para la aplicación del control de transparencia que dicho índice constituya un «elemento esencial» del contrato de préstamo celebrado.

4.6. Con relación a la proyección o aplicación del control de transparencia en el presente caso, resulta fundamental atender al plano del cumplimiento de los deberes de información que incumben al profesional, tal y como dispone, de un modo extensivo, el citado art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, en particular desde perspectiva valorativa de la «publicidad e información proporcionados por el prestamista» (entre otras, STJUE de 26 de febrero de 2015, Matei, C- 143/13). La entidad bancaria «no proporcionó información específica o adicional» al consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de



este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado. Como señalan ambas instancias, resulta acreditada esta ausencia de información tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato. Así, en la oferta vinculante, la única referencia informativa al respecto fue la propia denominación del tipo o índice: «IRPH TOTAL ENTIDADES». Mientras que en la escritura pública del préstamo, su referencia a informativa se limitó a su definición genérica como: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años... concedidos por el conjunto de entidades de crédito». Definición que concuerda con la que es suministrada por el Banco de España en la Circular 5/94 y se publica en el Boletín Oficial del Estado.

4.7. El índice de referencia IRPH-Entidades tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace «idóneo» como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado⁷. Exigencia que ya venía implícita en el curso de su autorización legal o administrativa desde la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre (Anexo VII, donde expresamente se contemplaba que: «[...] en préstamos a interés variable se debería a identificar, entre otros, el tipo de interés aplicable en especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial, su último valor disponible en y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, la Tasa Anual Equivalente con indicación del intervalo en el que razonablemente pueda moverse».

4.8. Con relación a la extensión del control de transparencia:

a) La «apreciación» del carácter abusivo de la cláusula debe realizarse de un «modo sistemático». Esto es, como establecen las citadas sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13 y la de 30 de abril de 2014, Kásler, C-26/13, de forma que se tengan en cuenta «todos los elementos» que puedan tener incidencia en el alcance del compromiso asumido por el consumidor. Extensión que alcanza, por tanto, a la valoración de la publicidad e información proporcionada por el prestamista, al examen

⁷ «Esta dificultad o complejidad no se mide de acuerdo con parámetros concretos o subjetivos relativos al "grado de comprensión" que en cada caso concreto pueda presentar el consumidor afectado, conforme a su nivel de formación o especialización, sino que atiende, por la propia naturaleza del control de transparencia, a un parámetro "abstracto" de comprensibilidad referenciado, necesariamente, en la posición del "consumidor medio" que, por definición, no tiene una formación específica acerca de la configuración y funcionamiento de estos índices de referencia (entre otras, STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14 (LA LEY 110120/2015))».



sistemático de la cláusula en cuestión, con relación al resto de las condiciones generales del contrato y, por supuesto, a la información suministrada por el prestamista con relación a la comprensibilidad de los elementos aritméticos empleados en la reglamentación predispuesta. Resulta incorrecto, tal y como hace la sentencia, «limitar» el control de transparencia hacia formulaciones más amplias y genéricas del IRPH-Entidades, como su reconducción al concepto de intereses remuneratorios del préstamo, o a la mera composición descriptiva del interés variable, formulaciones que desatienden o no reflejan tanto la importancia o incidencia que tiene este índice de referencia para valorar el alcance del compromiso que realmente asume el consumidor, como la «dificultad» o «complejidad implícita» de dicho elemento y, en consecuencia, la posibilidad de facilitar o procurar la correcta comprensión por parte del adherente.

b) Esta extensión del control de transparencia no sólo es cuantitativa, respecto del análisis de todos los elementos relevantes, sino también «temporal». Es decir, como señalan la SSTJUE de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb, C-92/11, la citada sentencia de 30 de abril de 2014, y la más reciente de 20 de septiembre de 2017, caso Andriuc y otros, C-186/16, dicha extensión debe alcanzar a todas las fases de formación del contrato, con especial atención a la denominada fase precontractual; en donde la información que se le debe suministrar al consumidor reviste una importancia fundamental para que este pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato. En el presente caso, ha resultado acreditado que el profesional «no suministró» información específica acerca de la peculiar configuración del índice IRPH-Entidades y de su funcionamiento concreto en el contrato ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato.

4.9. El control de transparencia se configura como control objetivable y abstracto de la validez de la cláusula predispuesta, en clara correspondencia con el estándar de formación del «consumidor medio», según las SSTS 241/2013, de 9 de mayo, 464/2013 de 8 de septiembre, 367/2017, de 8 de junio y la más reciente 608/2017, de 15 de noviembre, que expresamente declara: «[...]En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. «Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo».



Conforme a ello, el profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales se le exige un «plus» de información, o de exigencia de transparencia, que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá concertar el contrato, sin necesidad, desde la asimetría de información existente, de realizar por el mismo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. De ahí que esta exigencia comporte que el elemento que presenta cierta complejidad sea objeto de una información «principal» y «comprensible» en la formación y perfección del contrato. (Por todas las citadas SSTs 464/2013, de 8 de septiembre y 608/2017, de 15 de noviembre).

4.10. En el caso de IRPH-Entidades, esta exigencia de transparencia se «proyecta» sobre la información relevante y específica que el profesional debe suministrar acerca del alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice que es utilizado en la cláusula predispuesta. Como destaca la STJUE de 20 de septiembre, el profesional es quien dispone de la experiencia y de los conocimientos adecuados.

Para cumplir con esta exigencia de información, tal y como se señaló en la STS 241/2013, de 9 de mayo, el profesional puede recurrir a diversos parámetros de comprensibilidad del elemento en cuestión, sin que, en principio, haya un listado taxativo o jerárquico de los mismos. Sin embargo, conviene puntualizar que la citada STJUE de 20 de septiembre de 2017, con relación a la comprensión de estos mecanismos que versan sobre una operativa financiera, caso de la variación en el tipo de cambio de una divisa, pero también de la aplicación de un índice de referencia, resalta el «deber» del profesional de proporcionar los «posibles escenarios» que comporte la aplicación de dichos mecanismos. Así, en su considerando 50, declara: «[...]Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».



Por lo demás, siguiendo el método de aplicación que lleva a cabo la citada sentencia, en su considerando 58, nos recuerda, de acuerdo con el art. 3.1 en relación con el 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que el control de transparencia, debe hacerse también: «[...]en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición».

Este parámetro resulta relevante en el presente caso, en donde el profesional, sin duda, conocía la peculiar configuración de este índice, respecto de otros posibles índices oficiales que resultaban de aplicación, su incidencia específica en el contrato celebrado, así como el carácter residual de su utilización, pues el 84,14% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año 2006, año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euríbor como índice aplicable, mientras que sólo el 11,47% de los préstamos hipotecarios se referenciaban al índice IRPH. Con lo que el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues recordemos que las variaciones del Euríbor, desde el año 2000, fueron objeto de difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH.

4.11. La exigencia del deber de transparencia tiene como función «restablecer» la simetría de información que de forma consustancial se ve alterada por este modo de contrato. Para que el consumidor medio, sin necesidad de realizar un análisis pormenorizado y minucioso de los elementos esenciales del contrato, pueda contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que asume.

Se trata de que «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, pueda estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» (entre otras, STJUE de 14 de marzo de 2013).

En el presente caso, esta exigencia o deber del profesional a tenor del contenido de aplicación del control de transparencia no se ha cumplido, por lo que debe concluirse que la cláusula predispuesta objeto de la presente litis es abusiva y, por tanto, ineficaz.

En efecto, dada la complejidad del índice de referencia IRPH Entidades para la comprensibilidad del consumidor medio, los conocimientos y experiencia del profesional y las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, éste debió



realizar el plus de información que le era exigible acerca del alcance y funcionamiento concreto que dicho índice comportaba para las obligaciones financieras que iba a asumir el consumidor.

Dicha información no se supe con la mera referencia del índice, o su reconducción hacia conceptos más amplios y, a su vez, genéricos o simplemente descriptivos, sino que requiere explicar la peculiaridad de la configuración de éste índice respecto de otros posibles índices de aplicación, y el funcionamiento concreto de su mecanismo de aplicación, en especial los escenarios anteriores acerca de cómo había evolucionado dicho índice y su comportamiento razonablemente previsible en el momento de la contratación.

El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, que desde su aplicación, el IRPH-Entidades se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, caso del Euríbor.

Por tanto, para el voto particular la aplicación del control de transparencia debía haber comportado la declaración de abusividad de la cláusula objeto de la presente litis y, en consecuencia, la estimación parcial del recurso de casación en el sentido de que declarada la abusividad de la cláusula, conforme a la STS 608/2017, de 15 de diciembre, sobre la "hipoteca multidivisa", el índice de referencia que resultaría aplicable sería el Euríbor, opinión con la que me identifico.

En conclusión, la sentencia supone un paso atrás respecto de la doctrina sobre el control de transparencia que había establecido recientemente la Sentencia sobre multidivisa (STS 608/2017, de 15 de diciembre). Por un lado, porque contradice la doctrina del TJUE en materia de transparencia, con el riesgo de que se vuelva a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre este tema. Por otro porque sostiene el Reglamento 2016/1011/UE y la Directiva 2014/17/UE (LA LEY 2640/2014), que, desde un punto de vista de los deberes de información y transparencia al consumidor, no basta con explicar a qué índice está sometido o referenciado un préstamo hipotecario o cómo funciona dicho índice, sino que hay que explicarle al consumidor lo que más le importa y lo que más le afecta: “las “principales consecuencias económicas y jurídicas” que tiene su índice en comparación con otros, lo que no se produce en el presente caso, a pesar de lo que diga el TS.