



C/2023/1121

4.12.2023

**Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia — San Sebastián (Espanha) em 10 de maio de 2023 — NB/Kutxabank, SA**

**(Processo C-300/23, Kutxabank)**

(C/2023/1121)

*Língua do processo: espanhol*

**Órgão jurisdicional de reenvio**

Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia — San Sebastián

**Partes no processo principal**

*Recorrente:* NB

*Recorrido:* Kutxabank, SA

**Questões prejudiciais**

1. [...] Tendo em conta que o Banco de Espanha, na mesma Circular 5/1994, de 22 de julho, que integrou as taxas IRMH [Índice de Referência de Mútuos Hipotecários] no mercado hipotecário espanhol, referia também que a sua simples utilização direta pressupunha a colocação da TAE [taxa anual efetiva] da operação acima da TAE do mercado, e que era necessário, para evitar fazê-lo, incluir o diferencial negativo adequado, ignorar esse aviso e não incluir esse diferencial negativo pode ser entendido como um meio de gerar esse desequilíbrio, apesar da exigência de boa-fé prevista no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE <sup>(1)</sup> [?]
2. [...] O facto de as instituições financeiras aplicarem diferenciais negativos, coeficientes de redução ou percentagens de IRMH previstos pelo Banco de Espanha, apenas nos casos em que os contratos de mútuo hipotecário se destinam à aquisição de habitação protegida e são fiscalizados pela Administração Pública e, pelo contrário, não aplicarem esses diferenciais negativos, coeficientes de redução ou taxas de IRMH, quando o mútuo hipotecário contraído se destina à aquisição de uma habitação de preço não controlado, sem fiscalização da Administração Pública, pode constituir um meio para criar esse desequilíbrio, apesar da exigência de boa-fé prevista no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE [?]
3. [...] No caso de terem sido considerados abusivos os elementos constitutivos das TAE das operações de mútuo hipotecário que serviram para determinar a taxa IRMH Cajas, mês por mês, como é o caso da comissão de abertura ou determinados encargos a pagar ao profissional, é contrário ao artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE manter a validade da cláusula que inclui a taxa IRMH Cajas que foi determinada, mês por mês, com base em dados obtidos em aplicação de cláusulas declaradas abusivas [?]
4. [...] É contrária aos n.ºs 51, 52, 54 e 55 do Acórdão do TJUE C-125/18 <sup>(2)</sup>, de 3 de março de 2020, uma jurisprudência nacional, como a estabelecida pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), segundo a qual, sem que seja necessário proceder aos controlos e verificações exigidos por esses números, o juiz nacional deve considerar que a fiscalização da transparência de uma cláusula que inclui a taxa hipotecária IRMH no contrato celebrado por um consumidor e por um profissional é ultrapassada, em todos os casos, pelo facto de a definição dessa taxa hipotecária figurar no Boletín Oficial del Estado, concretamente na Circular 5/1994 do Banco de Espanha, publicada no Boletín Oficial del Estado n.º 184, de 3 de agosto de 1994, entre as páginas 25 106 e 25 111, dados que o consumidor desconhece [?]

<sup>(1)</sup> Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores — JO 1993, L 95, p. 29

<sup>(2)</sup> Acórdão de 3 de março de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138)

5. [...] Para respeitar a exigência de transparência de uma cláusula inserida num contrato de mútuo hipotecário com taxa de juro variável que remete os juros remuneratórios para um índice oficial como o IRMH e que, tendo em conta as características do seu cálculo, não reflete apenas os juros remuneratórios e exige a aplicação de um diferencial de cálculo complexo para a poder comparar com outros índices e que comporta para o consumidor o potencial risco de ter de suportar parcialmente o duplo pagamento das comissões bancárias, deve o artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação ou a uma jurisprudência que permite ao profissional não incluir no contrato, nem fornecer expressamente ao consumidor em tempo útil antes da sua celebração, as seguintes informações:
- a. que a taxa de juro de referência reflete não só os juros remuneratórios, mas também as comissões;
  - b. o aumento concreto daí resultante;
  - c. se, por sua vez, aplica um diferencial negativo à margem da taxa de juro de referência para compensar esse aumento.

Isto para permitir ao consumidor efetuar uma comparação efetiva entre as diferentes taxas de juro de referência possíveis e saber se, no contrato que vai celebrar, vai suportar o pagamento de comissões parcialmente duplicadas e em que montante e, sendo caso disso, contestá-las [?]

6. [...] É contrária ao n.º 57 das Observações da Comissão Europeia, de 31 de maio de 2018 [observações apresentadas pela Comissão no processo C-125/18], aos n.ºs 2 e 125 das Conclusões do advogado-geral, de 10 de setembro de 2019 <sup>(3)</sup> [n.ºs 2 e 125 das conclusões apresentadas em 10 de setembro de 2019 pelo advogado-geral no processo C-125/18], bem como aos n.ºs 51, 52, 54 e 55 do Acórdão do TJUE C-125/18, de 3 de março de 2020, uma jurisprudência nacional, como a estabelecida pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), segundo a qual o profissional contratante está isento de qualquer responsabilidade no que respeita à informação do consumidor quanto ao funcionamento do método de cálculo da taxa hipotecária IRMH e às consequências económicas daí decorrentes, ao transferi-la para o próprio consumidor, que, com o seu conhecimento financeiro nulo, tem de procurar por si próprio essa informação, localizando e compreendendo uma definição publicada no Boletín Oficial del Estado que nada refere expressamente quanto à inclusão do diferencial e dos encargos no índice em causa, circunstância que ele próprio deve deduzir a partir do conhecimento de que essa taxa hipotecária é determinada mensalmente através de uma média das TAE das operações de referência [?]
7. [...] Uma interpretação dos n.ºs 53 e 56 do Acórdão do TJUE C-125/18, segundo o qual a simples publicação da definição da taxa IRMH no BOE permite ao consumidor contratante saber que esta integra os diferenciais e os encargos aplicados pelas instituições, é compatível com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo a qual o consumidor se encontra numa situação de inferioridade em matéria de informação face ao profissional com quem contrata, e com o n.º 2 das Conclusões do advogado-geral, de 10 de maio de 2019 [punto 2 de las conclusiones presentadas el 10 de septiembre de 2019 por el Abogado General en el asunto C-125/18], segundo a qual o consumidor médio não está em condições de compreender determinados conceitos, como os de «taxa de juro», de «índices de referência» ou de «taxa anual efetiva» (TAE), e, em especial, as diferenças entre estes conceitos, e que o mesmo acontece com o funcionamento do cálculo concreto não só das taxas de juro variáveis, mas também dos índices de referência oficiais de mútuos hipotecários e das TAE com base nos quais essas taxas de juro são calculadas [?]
8. [...] É contrária à jurisprudência constante do TJUE, segundo a qual o consumidor se encontra numa posição de inferioridade em matéria de informação face ao profissional com quem contrata, e ao n.º 2 das Conclusões do advogado-geral, de 10 de setembro de 2019, uma interpretação dos n.ºs 53 e 56 do Acórdão do TJUE C-125/18, no sentido de que um consumidor pode saber que a taxa hipotecária de IRMH inclui diferenciais e encargos a partir da definição publicada no Boletín Oficial del Estado, quando é necessário que esse consumidor saiba o que é uma taxa TAE e o que ela representa para poder deduzir que, quando a taxa de IRMH Cajas é determinada a partir de uma média simples de taxas TAE, incluirá necessariamente as comissões, diferenciais e encargos aplicados pelas instituições [?]
9. [...] A dispensa da obrigação do profissional de incluir no contrato a definição completa do índice de referência que serve para calcular a taxa de juro variável e de fornecer uma brochura informativa com a evolução anterior desse índice, contida no Despacho do TJUE C-655/20 <sup>(4)</sup>, de 17 de novembro de 2021, é radical e incondicional ou se, pelo contrário, está subordinada ao facto de, com as informações fornecidas pelo profissional, o consumidor contratante já estar em condições de compreender o funcionamento do modo de cálculo do índice controvertido para poder assim avaliar, com base em critérios precisos e inteligíveis, as consequências económicas potencialmente significativas na sua economia [?]

<sup>(3)</sup> Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2019:695)

<sup>(4)</sup> Despacho de 17 de novembro de 2021, Gómez del Moral Guasch II (C-655/20, EU:C:2021:943)

10. [...] Essa dispensa abrange também os casos em que a inclusão no contrato da definição completa do índice de referência a utilizar para o cálculo da taxa de juro variável e o fornecimento da brochura informativa com a evolução anterior desse índice são exigidos pela legislação nacional em vigor à data da celebração do contrato [?]
11. [...] Sendo aplicável a Diretiva 2005/29/CE<sup>(5)</sup> relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, pode-se considerar uma prática enganosa à luz do seu artigo 7.º a omissão pelo profissional de informações tão relevantes como o funcionamento específico do método de cálculo das taxas IRMH, a sua determinação com base nas taxas TAE das transações de referência, o que leva a incluir no seu valor os diferenciais, as comissões e os encargos médios dessas transações, a sua evolução permanente para além da Euribor ao longo de todos os anos decorridos desde a criação da mesma, e a existência de um aviso do Banco de Espanha às instituições financeiras quanto à necessidade de incorporar um diferencial negativo para evitar que a TAE da operação se situe acima da TAE no mercado [?]
12. [...] No caso de o juiz nacional concluir que a prática levada a cabo pelo profissional se revelou enganosa à luz da Diretiva [2005/29/CE], deve-se considerar, diretamente, que o seu comportamento cria esse desequilíbrio significativo a despeito da exigência de boa-fé referida no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE, ou, pelo contrário, é compatível um profissional atuar de forma enganosa à luz da Diretiva [2005/29/CE] e de boa-fé à luz da Diretiva 93/13/CEE [?]
13. [...] É contrária ao princípio da efetividade uma jurisprudência nacional, como a estabelecida pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), segundo a qual, ao declarar a falta de transparência da cláusula que integra a taxa IRMH Cajas no contrato celebrado entre um consumidor e um profissional, não há que aplicar retroativamente as disposições do artigo 83.º do Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Texto revisto da Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Utentes) e do artigo 5.º, n.º 5, da Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (Lei n.º 7/1998, de 13 de abril, relativa às condições contratuais gerais), implicando assim dois níveis de proteção contra uma mesma cláusula abusiva, um para os consumidores que celebraram um contrato antes dessa alteração e o outro para os consumidores que celebraram contratos depois dessa alteração [?]
14. [...] É contrária ao princípio da efetividade uma jurisprudência nacional, como a do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), segundo a qual, a falta de transparência de uma cláusula relativa ao preço do contrato, como a cláusula de taxa mínima, implica o seu caráter abusivo, uma vez que contém um elemento enganoso, enquanto que a falta de transparência da cláusula que inclui a taxa IRMH Cajas no contrato, cláusula que afeta igualmente o preço do contrato, não implica o seu caráter abusivo [?]
15. [...] É contrária ao n.º 69 do Acórdão do TJUE C-415/11<sup>(6)</sup>, de 14 de março, e ao conceito de desequilíbrio «a despeito da exigência de boa-fé», uma jurisprudência nacional, como a do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), que considera ilógico sustentar que o profissional não agiu de boa-fé quando utilizou uma taxa hipotecária oficial regulamentada pelo Banco de Espanha e habitualmente utilizada pela Administração Pública nos seus planos de habitação protegida, deduzindo assim, em todos os casos, a existência de boa-fé por parte do profissional, sem que seja necessário colocar a questão de saber se o profissional podia compreender que o consumidor, tratado leal e equitativamente, teria aceiteado a cláusula controvertida no âmbito de uma negociação individual [?]
16. [...] No âmbito de um litígio relativo à inclusão no contrato de uma taxa hipotecária IRMH Cajas com vista à determinação da remuneração do contrato, deve o n.º 69 do Acórdão do TJUE C-415/11, de 14 de março, ser interpretado no sentido de que o juiz nacional deve interrogar-se se o profissional podia compreender que o consumidor, entendendo o funcionamento do método de cálculo da taxa IRMH Cajas, conhecia a evolução da taxa IRMH Cajas pelo menos nos dois anos anteriores à contratação, e informado de que o Banco de Espanha, na sua Circular 5/94, advertia para a necessidade de introduzir, sendo caso disso, um diferencial negativo, advertência que não tencionava seguir, este teria aceiteado a inclusão da referida cláusula no âmbito de uma negociação individual [?]

(5) Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («Diretiva relativa às práticas comerciais desleais») — JO 2005, L 149, p. 22

(6) Acórdão de 14 de março de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164)

17. [...] No que respeita à cláusula que inclui a taxa IRMH Cajas no contrato celebrado por um profissional e um consumidor, deve o n.º 67 do Acórdão do TJUE C-421/14 <sup>(7)</sup>, de 26 de janeiro de 2017, ser interpretado no sentido de que, para apreciar a existência de um desequilíbrio a despeito da exigência de boa-fé, o juiz nacional deve comparar o seu método de cálculo com o método utilizado para a determinação da taxa Euribor, de implantação maioritária, e com as taxas efetivas daí resultantes para mútuos de montante e duração equivalentes [?]
18. [...] No que respeita à cláusula que inclui a taxa IRMH Cajas no contrato celebrado por um profissional e um consumidor, e para efeitos da apreciação da existência de um desequilíbrio a despeito da exigência de boa-fé, nos termos do n.º 67 do Acórdão do TJUE C-421/14, de 26 de janeiro de 2017, é relevante o facto de a taxa efetiva que resulta da determinação da taxa Euribor representar o preço pelo qual as instituições adquirem o dinheiro que posteriormente fornecem aos seus clientes, na medida em que a taxa efetiva resultante da determinação da taxa IRMH Cajas, sempre superior, representa o custo total pago pelos clientes a quem as caixas de poupanças emprestaram esse dinheiro [?]
19. [...] É contrário ao artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE que, uma vez declarado o caráter abusivo da cláusula que inclui a taxa hipotecária IRMH Cajas no contrato celebrado entre um profissional e um consumidor e não podendo o contrato subsistir após expurgado dessa cláusula, esta seja substituída em conformidade com a disposição adicional n.º 15 da Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Lei 14/2013, de 27 de setembro, de apoio aos empresários e à sua internacionalização), substituição que levaria a manter, em benefício do profissional, a mesma situação de desequilíbrio anulada pelo juiz nacional, tendo em conta que essa norma supletiva estava prevista para a substituição pacífica do índice e visava que essa substituição não alterasse a situação existente antes do desaparecimento desse índice [?]
20. [...] Tendo em conta que, segundo o entendimento do Banco de Espanha, todas as críticas que podem ser feitas à taxa hipotecária IRMH Cajas teriam sido neutralizadas se o diferencial negativo correspondente tivesse sido incorporado, deve o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE ser interpretado no sentido de que, uma vez declarado o caráter abusivo da cláusula que inclui a taxa hipotecária IRMH Cajas no contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, não se opõe a que o juiz nacional suprima retroativamente o diferencial incorporado pelo diferencial negativo que deveria ter sido integrado no momento da contratação, com restituição ao consumidor do que lhe foi indevidamente retirado, acrescido de juros, a fim de afastar a nulidade do contrato e transformar o contrato no que deveria ter sido subscrito de acordo com a advertência do Banco de Espanha [?]
21. [...] É contrário ao artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE que, uma vez declarado o caráter abusivo da cláusula que inclui a taxa hipotecária IRMH Cajas no contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, e declarado nulo o contrato por impossibilidade da sua subsistência uma expurgado dessa cláusula, se definam os efeitos do artigo 1303.º do Código Civil de modo que o infrator beneficie da devolução da totalidade do montante mutuado, com juros legais superiores aos previstos no contrato, e aplicáveis sobre a totalidade do montante mutuados a partir do primeiro dia [?]
22. [...] Tendo em conta o facto de que se trata de um contrato de adesão, constituído por condições gerais não negociadas impostas pelo profissional, e sendo da sua exclusiva responsabilidade o facto de ter introduzido cláusulas abusivas relativas a elementos do caráter essencial do preço, deve o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE ser interpretado no sentido de que é o profissional o responsável pela causa ilícita que levou à nulidade integral do contrato e que, por conseguinte, seja aplicável o artigo 1306.º, n.º 2, do Código Civil [?]

---

(7) Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60)