Processo C-265/22

Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.°, n.° 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça

Data de entrada:

20 de abril de 2022

Órgão jurisdicional de reenvio:

Juzgado de Primera Instancia n.° 17 de Palma de Mallorca (Tribunal de Primeira Instância n.° 17 de Palma de Maiorca, Espanha)

Data da decisão de reenvio:

19 de abril de 2022

Demandantes:

ZR

PI

Demandado:

Banco Santander, S. A.

Objeto do processo principal

Contrato de mútuo hipotecário indexado a uma taxa de juro variável — Pedido de declaração de nulidade de uma cláusula desse contrato nos termos da qual os juros variáveis são indexados ao Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (Índice de referência dos mútuos hipotecários, a seguir «IRPH») acrescido de um diferencial positivo — Eventual caráter abusivo dessa cláusula por ser contrária ao critério normativo da autoridade de regulação (Banco de Espanha) que prevê a necessidade de que o diferencial que acresce ao IRPH seja negativo para que a taxa anual equivalente (TAE) desse mútuo seja igual às TAE dos mútuos indexados à Euribor

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Pedido de decisão prejudicial de interpretação — Artigo 267.° TFUE — Proteção dos consumidores — Interpretação da Diretiva 93/13 CEE — Práticas comerciais

DOCUMENTO DE TRABALHO

desleais — Interpretação da Diretiva 2005/29/CE — Compatibilidade com a Diretiva 2005/29/CE de uma prática nacional que implica o afastamento do critério normativo estabelecido pela autoridade de regulação do setor financeiro em Espanha — Deslealdade da prática nacional enquanto indício para a eventual apreciação do seu caráter abusivo — Compatibilidade da jurisprudência nacional com as Diretivas 93/13/CEE e 2005/29/CE — Compatibilidade com as Diretivas 93/13/CEE e 2005/29/CE do facto de não se efetuar uma fiscalização da inclusão e do caráter abusivo de uma cláusula alegadamente abusiva e desleal

Questões prejudiciais

1ª: Tendo em conta que na elaboração do índice de juro variável «TAXA MÉDIA DOS MÚTUOS HIPOTECÁRIOS, DE DURAÇÃO SUPERIOR A TRÊS ANOS, DO CONJUNTO DAS ENTIDADES» são incluídas as comissões e os diferenciais que lhes são aplicados, que são incorporados na taxa de juro, de modo que são mais onerosos para o consumidor do que as outras taxas anuais equivalentes do mercado, e tendo em conta que, na Circular 5/1994 do Banco de Espanha, que é o critério normativo da autoridade de regulação, se estabelece a necessidade de que esses diferenciais sejam negativos, facto que foi omitido e que não foi cumprido pelas instituições financeiras de maneira generalizada, O AFASTAMENTO COMPLETO DO CRITÉRIO NORMATIVO DA AUTORIDADE DE REGULAÇÃO É CONTRÁRIO AOS **ARTIGOS 5.° E 7.° DA DIRETIVA 2005/29/CE**?

2ª: Caso se demonstre que o afastamento do critério normativo referido se opõe aos artigos 5.° e 7.° da Diretiva 29/2005/CE**,** em conformidade com a jurisprudência do TJUE no PROCESSO C-689/20, ESTA PRÁTICA DESLEAL CONSTITUI UM INDÍCIO NO ÂMBITO DA AVALIAÇÃO E DA APRECIAÇÃO DO CARÁTER ABUSIVO DA CLAUSULA E É CONTRÁRIA AOS ARTIGOS 3.° E 4.° DA DIRETIVA 93/13/CEE?

3ª: Se a Circular 5/1994 do Banco de Espanha, especifica do setor financeiro, mas não do conhecimento geral da população, não foi de todo tida em consideração, e este facto for declarado **contrário ao artigo 7.° da Diretiva 2005/29/CE,** CONSTITUI UM INDÍCIO NO ÂMBITO DA AVALIAÇÃO DO CARÁTER ABUSIVO EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 6.°, n.° 1 DA DIRETIVA 93/13/CEE, DEVENDO EFETUAR-SE UMA FISCALIZAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA A ESSE ÍNDICE COMPOSTO PELO «índice de referência e diferencial»?

4ª: É CONTRÁRIA AOS **ARTIGOS 3.°, n.° 1, 4.° E 5.° DA DIRETIVA 93/13/CEE** UMA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL QUE, À LUZ DA REGULAÇÃO ESPECÍFICA DO IRPH, [CONSIDERA QUE NÃO] CONSTITUI UMA PRÁTICA ABUSIVA NÃO APLICAR UM DIFERENCIAL NEGATIVO[,] APESAR DA NECESSIDADE IMPOSTA NO PREÂMBULO DA CIRCULAR DO BANCO DE ESPANHA, E DE, SENDO MENOS

DOCUMENTO DE TRABALHO

VANTAJOSO DO QUE TODAS AS TAXAS ANUAIS EQUIVALENTES EXISTENTES, O IRPH TER SIDO COMERCIALIZADO COMO SE FOSSE UM PRODUTO TÃO VANTAJOSO COMO A EURIBOR, SEM SE TER EM CONSIDERAÇÃO A NECESSIDADE DE SE ADICIONAR ESSE DIFERENCIAL NEGATIVO E, POR CONSEGUINTE, SER POSSÍVEL A CESSAÇÃO DOS CONTRATOS POR SE CONSIDERAREM NULAS AS CLÁUSULAS EM QUE SE PREVÊ A SUA APLICAÇÃO, E QUE, NO FUTURO, AS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS SE ABSTIVESSEM DE AS UTILIZAR, DADO QUE COMERCIALIZAR ESTE SERVIÇO COM CONSUMIDORES VULNERÁVEIS PODE AFETAR O [SEU] COMPORTAMENTO ECONÓMICO, ASSIM COMO DECLARAR-SE A SUA NÃO INCLUSÃO NOS CONTRATOS COMERCIAIS POR [SER] DESLEAL TÊ-LO INTEGRADO NO PREÇO DO JURO, O QUE É CONTRÁRIO **À DIRETIVA 2005/29/CE**?

5ª: É CONTRÁRIO AO **ARTIGO 6.°, n.° 1, DA DIRETIVA 93/13/CEE** NÃO REALIZAR UMA FISCALIZAÇÃO DA INCLUSÃO E DO CARÁTER ABUSIVO EM FACE DE UM DIFERENCIAL IMPOSTO DE FORMA OCULTA TENDO EM CONTA QUE, NA PROPOSTA APRESENTADA POR UMA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, O DIFERENCIAL DEVE SER NEGATIVO E QUE, DURANTE A FASE DE INFORMAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL, O CONSUMIDOR NÃO TOMOU CONHECIMENTO DO COMPORTAMENTO ECONÓMICO DO JURO APLICADO AO SEU MÚTUO, POR ISSO SER CONTRÁRIO À **DIRETIVA 29/2005/CE**?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 93/13/CEE, artigos 3.°, 4.°, 5.°, 6.° e 7.°

Diretiva 2005/29/CE, artigos 5.° e 7.°

Disposições de direito nacional invocadas

I. Real Decreto Legislativo n.° 1/2007, de 16 de novembro, que aprova o **Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias** (Texto revisto da Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Utentes e outras leis complementares; a seguir «TRLGDCU»). Deste texto revisto são referidas as seguintes disposições:

Artigo 8.° Direitos fundamentais dos consumidores e utentes.

1. Constituem direitos fundamentais dos consumidores e utentes e dos consumidores vulneráveis:

[…]

DOCUMENTO DE TRABALHO

b) A proteção dos seus legítimos interesses económicos e sociais, designadamente contra práticas comerciais desleais e a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos.

c) O pagamento de uma compensação pelos danos e a reparação dos prejuízos sofridos.

d) A prestação de informação correta sobre os diferentes bens ou serviços em formatos que garantam a sua acessibilidade e a educação e divulgação para facilitar o conhecimento sobre a sua adequada utilização, consumo ou gozo, bem como a tomada de decisões ideais para os seus interesses.

[…]

f) A proteção dos seus direitos mediante procedimentos eficazes, especialmente no que respeita aos consumidores vulneráveis.

2. Os direitos dos consumidores vulneráveis beneficiam de especial atenção, que é prevista por via regulamentar e pela legislação setorial aplicável em cada caso. Os poderes públicos devem promover políticas e ações destinadas a garantir os seus direitos em condições de igualdade, em conformidade com a situação particular de vulnerabilidade em que se encontrem, visando, em qualquer caso, evitar diligências suscetíveis de comprometer o exercício desses direitos.

NOTA EXPLICATIVA: Artigo 8.° com a redação resultante do artigo 1.°, n.° 2, da Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (Lei n.° 4/2022, de 25 de fevereiro de 1996, relativa à proteção dos consumidores e dos utentes em situação de vulnerabilidade social e económica).

Artigo 60.° Informação prévia à celebração do contrato.

1. Antes de o consumidor e utente ficar vinculado por um contrato ou proposta correspondente, o empresário deverá fornecer-lhe, de maneira clara, compreensível e acessível, a informação relevante, verdadeira e suficiente sobre as características principais do contrato, designadamente sobre as suas condições jurídicas e económicas.

Sem prejuízo da regulamentação setorial eventualmente aplicável, os termos em que é prestada essa informação, principalmente quando se trate de consumidores vulneráveis, além de claros, compreensíveis, verdadeiros e suficientes, devem ser fornecidos de um modo facilmente acessível, garantindo, se for caso disso, a assistência necessária, de modo a assegurar a sua boa compreensão e a permitir a tomada das decisões ideais para os seus interesses.

DOCUMENTO DE TRABALHO

[NOTA EXPLICATIVA: artigo 60.°, n.° 1, alterado em conformidade com o artigo 1.°, n.° 8, da Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (Lei n.° 4/2022, de 25 de fevereiro de 1996, relativa à proteção dos consumidores e dos utentes em situação de vulnerabilidade social e económica)]

2. São relevantes os deveres de informação sobre os bens ou serviços previstos nesta norma e quaisquer outras que sejam aplicáveis e, além disso:

a) As características principais dos bens ou serviços, na medida adequada ao meio utilizado e aos bens ou serviços.

[…]

c) O preço total, incluindo todos os impostos e taxas. Se devido à natureza dos bens ou serviços o preço não pode ser razoavelmente calculado antecipadamente ou se está sujeito à elaboração de um orçamento, a maneira como o preço é calculado, bem como todos os custos suplementares de transporte, de expedição e entrega e postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de maneira antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficarão a cargo do consumidor.

Em toda a informação prestada ao consumidor e utente sobre o preço dos bens ou serviços, incluindo a publicidade, é comunicado o preço total, discriminando, se for o caso, o montante dos acréscimos ou reduções aplicáveis, das despesas repercutidas no consumidor e utente e das despesas suplementares relativas a serviços acessórios, financiamento, utilização de modos diversos de pagamento ou outras condições de pagamento semelhantes.

d) As modalidades de pagamento, entrega e execução, a data em que o empresário se compromete a entregar os bens ou a executar a prestação do serviço.

[…]

4. A informação pré-contratual deve ser prestada ao consumidor e utente de modo gratuito e, pelo menos, em castelhano e, se for caso disso, a pedido de qualquer das partes, deve igualmente ser redigida em qualquer uma das outras línguas oficiais do local da celebração do contrato.

[NOTA EXPLICATIVA: artigo 60.°, n.° 4, com a redação resultante do artigo 1.°, n.° 8, da Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (Lei n.° 4/2022, de 25 de fevereiro de 1996, relativa à proteção dos consumidores e dos utentes em situação de vulnerabilidade social e económica).]

Artigo 80.° Requisitos das cláusulas não negociadas individualmente.

DOCUMENTO DE TRABALHO

1. As cláusulas que não tenham sido objeto de negociação individual nos contratos celebrados com os consumidores e utentes, incluindo os contratos celebrados pela Administração Pública e pelas entidades e empresas dela dependentes, devem respeitar os seguintes requisitos:

a) Precisão, clareza e simplicidade na redação, que permita uma compreensão direta, sem remissões para textos ou documentos que não sejam disponibilizados previamente ou no momento da celebração do contrato, e aos quais, em todo o caso, deverá ser feita referência expressa no documento contratual.

b) Acessibilidade e legibilidade, de modo que permita ao consumidor e utente o conhecimento, anterior à celebração do contrato, relativamente à sua existência e conteúdo. Este requisito não se considera preenchido se o tamanho da letra do contrato for inferior a 1,5 mm ou se o contraste insuficiente com o fundo tornar difícil a sua leitura.

[…]

c) Ser conformes à boa-fé e garantir um justo equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes, o que, em qualquer caso, exclui a utilização de cláusulas abusivas.

2. Quando forem intentadas ações individuais, em caso de dúvida relativa ao sentido de uma cláusula, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor.

Artigo 82.° Conceito de cláusulas abusivas.

1. Consideram-se cláusulas abusivas todas as estipulações não negociadas individualmente e todas as práticas não expressamente consentidas que, contra os ditames da boa-fé, criem em detrimento do consumidor e utente um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.

2. O facto de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objeto de negociação individual não exclui a aplicação das normas relativas às cláusulas abusivas ao resto do contrato.

Se o empresário alegar que uma determinada cláusula foi objeto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova.

3. O caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato ou de outro de que este dependa.

DOCUMENTO DE TRABALHO

4. Não obstante o previsto nos números anteriores, são sempre consideradas abusivas as cláusulas que, nos termos do disposto nos artigos 85.° a 90.°, inclusive:

a) vinculem o contrato à vontade do profissional,

b) restrinjam os direitos do consumidor e utente,

c) determinem a falta de reciprocidade no contrato,

d) exijam garantias desproporcionadas ao consumidor e utente ou sobre ele façam recair indevidamente o ónus da prova,

e) sejam desproporcionadas relativamente à celebração e execução do contrato, ou

f) sejam contrárias às regras de competência e de direito aplicáveis.

Artigo 83.° Nulidade das cláusulas abusivas e subsistência do contrato:

As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito e consideram-se não escritas. Para tal, após audição das partes, o juiz declara a nulidade das cláusulas abusivas incluídas no contrato; no entanto, o contrato continua a vincular as partes nos mesmos termos, caso possa subsistir sem as cláusulas abusivas.

As condições incluídas de modo não transparente nos contratos em detrimento dos consumidores são nulas de pleno direito. […]

II. Código Civil:

Artigo 1258.°: *«Os contratos são celebrados mediante simples consenso e, a partir desse momento, não obrigam apenas ao cumprimento das prestações expressamente acordadas, mas também de todas as consequências que, pela sua natureza, sejam conformes à boa-fé, aos usos e à lei».*

Artigo 1303.°: *«Declarada a nulidade de uma obrigação, deve ser reciprocamente restituído por cada um dos contratantes tudo o que tiver sido objeto do contrato, com os respetivos frutos, bem como o preço, acrescido de juros, sem prejuízo dos artigos seguintes».*

III. Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (Lei n.° 7/1998, de 13 de abril, relativa às Condições Contratuais Gerais)

Artigo 7.°:

«Não serão incluídas no contrato as seguintes condições gerais:

DOCUMENTO DE TRABALHO

a) aquelas de que o consumidor não tenha efetivamente tido a oportunidade de tomar conhecimento antes da celebração do contrato ou que não tenham sido assinadas, se for caso disso, nos termos do artigo 5.°

b) as condições ilegíveis, ambíguas, obscuras e incompreensíveis, exceto, no caso destas últimas, quando o aderente as tenha expressamente aceitado por escrito e quando respeitem a regulamentação específica relativa à transparência das cláusulas contratuais nesse domínio.»

Artigo 8.°:

«1. São nulas de pleno direito as condições gerais que, em prejuízo do aderente, contrariem as disposições da presente lei ou qualquer outra norma imperativa ou proibitiva, exceto se nelas se estabelecer outra sanção.

2. Em especial, são nulas as condições gerais abusivas nos contratos celebrados com um consumidor […].»

IV. *Circular do BANCO DE ESPANHA 5/1994, de 22 de julho, para as instituições de crédito, que altera a Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela [Circular 8/1990, relativa à transparência das operações e proteção dos clientes].*

***Preâmbulo**: «As taxas médias escolhidas são, em última análise, taxas anuais equivalentes. As taxas médias de mútuos hipotecários para aquisição de habitação de preço não controlado dos bancos e do conjunto das instituições são-no de modo rigoroso, uma vez que incorporam também o efeito das comissões. Por conseguinte, a sua mera utilização direta como taxas contratuais implicaria fixar a TAE da operação acima da taxa praticada pelo mercado. **Para equiparar a TAE desta última à do mercado seria necessário aplicar um diferencial negativo, cujo valor variaria consoante as comissões da operação e a frequência das prestações**.»*

V. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal [Lei n.° 3/1991, de 10 de janeiro de 1992, relativa à concorrência desleal]:

«Artigo 4.° Cláusula geral

1. Considera-se desleal qualquer comportamento objetivamente contrário às exigências da boa-fé.

Nas relações com os consumidores e utentes é contrário às exigências de boa-fé o comportamento de um empresário ou profissional contrário à diligência profissional, entendida como o nível de competência e de cuidados especiais que se pode esperar de um empresário segundo práticas honestas do mercado, que distorça ou seja suscetível de distorcer significativamente o comportamento económico do consumidor médio ou do membro médio do grupo destinatário da

DOCUMENTO DE TRABALHO

prática, se se tratar de uma prática comercial que vise um grupo específico de consumidores.

[…]

*Artigo 7.° **Omissões enganosas***

1. A omissão ou ocultação da informação necessária para que o destinatário tome ou possa tomar uma decisão esclarecida sobre o seu comportamento económico é considerada desleal. Também é desleal se a informação apresentada for pouco clara, ininteligível, ambígua, tardia, ou se não referir a intenção comercial dessa prática, se esta não se puder depreender do contexto.

2. Na determinação do caráter enganoso dos atos referidos no número anterior, ter-se-á em conta o contexto factual em que ocorrem, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação utilizado.»

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

1 Em 12 de maio de 2006, ZR e PI celebraram com a instituição financeira BANCO SANTANDER, S. A. (anteriormente, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S. A., «BANESTO») um contrato de mútuo com garantia hipotecária para um capital de 197 934,54 euros e com o pagamento de juros variáveis calculados por referência ao IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios [Índice de referência dos mútuos hipotecários]). O IRPH prevê o acréscimo, alternativamente, de +0,20 pontos percentuais ou de +0,50 pontos percentuais consoante a taxa utilizada seja a denominada "taxa de referência" ou a "taxa de referência substitutiva" (esta segunda é aplicável quando o Banco de Espanha não publica a primeira, "taxa de referência", em tempo útil).

2 Em 13 de fevereiro de 2020, ZR e PI apresentaram no órgão jurisdicional de reenvio (Juzgado de Primera Instancia n.° 17 de Palma de Mallorca [Tribunal de Primeira Instância n.° 17 de Palma de Maiorca]) uma ação ordinária contra a instituição financeira BANCO SANTANDER, S. A. Na ação solicita-se a declaração de nulidade, com fundamento no seu caráter abusivo, da cláusula 3ª-A do contrato de mútuo hipotecário. Como pedidos associados ao anterior, solicita-se: (i) a eliminação do IRPH do contrato de mútuo hipotecário celebrado com a instituição; (ii) que o banco reembolse o prejuízo financeiro resultante desta aplicação do IRPH em relação ao custo mais baixo que o mútuo teria tido se a Euribor tivesse sido aplicada; (iii) que seja recalculado de modo efetivo o quadro de amortização do mútuo, quadro que deve doravante ser aplicado até ao fim do contrato, e (iv) a condenação do demandado nas despesas.

3 Em especial, os demandantes pedem a declaração de nulidade, com fundamento no seu caráter abusivo, da seguinte cláusula (3.ª-A) que consta do contrato de mútuo hipotecário:

DOCUMENTO DE TRABALHO

«TERCEIRA-A:

3.ª -A. - TAXA DE JURO VARIÁVEL

3 a.1. - Periodicidade das revisões: *Cada período de* ***12*** *meses posterior à data final do período de juros inicial indicado na Cláusula 3.ª é designado "período de juros".*

3. a.2. - Diferenciais e arredondamentos*: Em cada período de juros até ao termo do contrato aplica-se uma taxa de juro nominal correspondente à soma resultante do acréscimo de* ***0,20 pontos*** *à "taxa de referência" ou de* ***0,50*** *pontos à "taxa de referência substitutiva".*

3. a.***3. - Taxa de referência e taxa de referência substitutiva:***

A TAXA de referência é a "TAXA MÉDIA DOS MÚTUOS HIPOTECÁRIOS, DE DURAÇÃO SUPERIOR A TRÊS ANOS, DO CONJUNTO DAS ENTIDADES", definida como a média simples das taxas de juro médias ponderadas pelos montantes principais das operações de mútuo com garantia hipotecária de prazo igual ou superior a três anos para aquisição de habitação a preço não controlado, que tenham sido iniciados ou renovados pelos bancos, caixas económicas e sociedades de mútuo hipotecário no mês a que diz respeito o índice, tomando como referência a última destas Taxas Médias publicadas pelo Banco de Espanha no BOE [Jornal Oficial do Estado, Espanha] antes do início de cada novo período de juros e nos três meses civis anteriores ao mesmo.

A taxa de referência substitutiva é a "TAXA MÉDIA DOS MÚTUOS HIPOTECÁRIOS, DE DURAÇÃO SUPERIOR A TRÊS ANOS, DOS BANCOS", definida como a média simples das taxas de juro médias ponderadas pelos montantes principais das operações de mútuo com garantia hipotecária de prazo igual ou superior a três anos para aquisição de habitação a preço não controlado, que tenham sido iniciados ou renovados pelo conjunto dos bancos, no mês a que diz respeito o índice, tomando como referência a última destas Taxas Médias publicadas pelo Banco de Espanha no BOE antes do início de cada novo período de juros e nos três meses civis anteriores ao mesmo.

Tanto a taxa de referência como a taxa de referência substitutiva são descritas no Anexo VIII da Circular 8/90 do Banco de Espanha.

A taxa de referência de substituição é utilizada quando, em todas as circunstâncias, o Banco de Espanha não tiver publicado no [BOE] a taxa de referência nos três meses civis anteriores ao início de cada novo período de juros. No final do período de juros a que se refere esta circunstância, a taxa de juro aplicável, para o período seguinte, é determinada novamente segundo a taxa de referência acordada.»

4 Na sua contestação, a instituição demandada contesta a petição, pedindo que seja julgada improcedente na sua totalidade.

DOCUMENTO DE TRABALHO

Argumentos essenciais das partes no processo principal

5 No âmbito do processo principal, os consumidores demandantes pedem, em aplicação da regulamentação espanhola e europeia de defesa dos consumidores e utentes, designadamente, a declaração de nulidade com fundamento no seu caráter abusivo da cláusula que impõe indiscriminadamente a taxa de juro variável do IRPH acrescido de um diferencial positivo, que o mutuário celebrou com a instituição financeira demandada, conjuntamente com o reembolso do que foi indevidamente pago em aplicação da mesma e como consequência inerente à declaração de nulidade ao abrigo do artigo 1303.° do Código Civil e do princípio da não vinculação do consumidor às cláusulas abusivas estabelecido no artigo 6.°, n.° 1, da Diretiva 13/93/CEE. Os efeitos pedidos consistem no reembolso dos montantes pagos nos termos da cláusula exposta.

Os demandantes alegam que deve ser declarada a nulidade dessa cláusula com fundamento no seu caráter abusivo. Como fundamento que dá origem a este **pedido de decisão prejudicial submetido a este respeito**, indicam que, no momento da aplicação da taxa de juro variável, de modo inesperado e, por conseguinte, contrário à boa-fé e criando um desequilíbrio, **é ocultado ao consumidor o critério normativo previsto no preâmbulo da Circular do Banco de Espanha 5/1994 que declara que terá de ser aplicado um diferencial negativo para igualar a TAE do IRPH. Acrescente-se, a título de experiência desta magistrada neste tribunal especializado, acima referido, que a imposição de um diferencial positivo com esta taxa de juro variável não constitui um acontecimento pontual, mas sim uma prática corrente das instituições bancárias.**

6 Por seu turno, a instituição financeira opôs-se ao pedido invocando de maneira geral a validade da cláusula, por considerar que supera a fiscalização relativa ao conteúdo, à inclusão e à transparência, alegando que a cláusula foi acordada entre as partes.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

7 As principais **questões jurídicas** suscitadas neste processo são:

1°. Se tivermos em conta o conteúdo literal do Preâmbulo da Circular 5/1994 do Banco de Espanha, a discussão centra-se no facto de as instituições bancárias terem tentado comercializar o IRPH, como refere o demandante, como se se tratasse de um índice mais vantajoso do que a Euribor, quando o IRPH implica que as operações que lhe estão sujeitas serão sempre mais onerosas para o consumidor uma vez que os dados que as instituições bancárias fornecem mensalmente ao Banco de Espanha tendo em vista a sua publicação são sempre *«uma média do conjunto das operações»* assumindo-se que, em todas estas, foram incluídas as comissões, incluindo os diferenciais aplicados, que são incorporados na taxa de juro e foram utilizados diferenciais +0,20 ou 0,25 ou 0,50. **Diferenciais relativamente aos quais se afirma, no Preâmbulo dessa circular, que será**

DOCUMENTO DE TRABALHO

necessário que sejam de caráter negativo para igualar as TAE do IRPH com as outras do mercado.

Tal não foi cumprido ao prever-se na escritura um diferencial POSITIVO: será aplicada uma taxa de juro nominal que consistirá no valor resultante do acréscimo de 0,20 pontos à «*taxa de referência*» ou 0,50 pontos à «*taxa de referência substitutiva*».

Poder-se-ia considerar que este facto constituiu um incumprimento, ele próprio constitutivo de uma omissão enganosa, suscetível de ter causado prejuízo ao consumidor contratante, uma vez que, se soubesse que é necessário aplicar uma taxa negativa para equilibrar o índice que estava a contratualizar com a Euribor e outra TAE de mercado, nunca o teria escolhido.

Os bancos utilizaram o engodo do reduzido diferencial de 0 %, de 0,25 % ou de 0,5% que ofereciam em mútuos indexados ao IRPH para que o consumidor aceitasse este índice, sem saber que, na realidade, ia pagar mais juros, e sem informar que o preâmbulo da circular que regula o IRPH torna necessário que o diferencial seja negativo, aspeto este que foi omitido.

Não se trata de compensar clientes do IRPH com clientes da Euribor, mas sim do facto de o banco não ter explicado nem ter informado os consumidores demandantes que, enquanto a Euribor estava a 2 %, o IRPH estava a 4 %, pelo que, mesmo que aceitasse um diferencial de 0,5 %, pagaria mais pela sua hipoteca.

Segundo a recente jurisprudência do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) na matéria, não se sabe se, no futuro, o IRPH vai estar abaixo da Euribor, pelo que não se pode afirmar que é mais prejudicial para o cliente, mas se se omite o facto de o Banco de Espanha tornar necessário que o diferencial seja negativo, age-se em violação da boa-fé e criando um desequilíbrio entre as partes.

2.° A Lei da Concorrência (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal [Lei n.° 3/1991, de 10 de janeiro, relativa à Concorrência Desleal]) condena qualquer comportamento contrário à boa-fé, como é o caso desta prática comercial do presente processo, e que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) revelou, consistente na comercialização com diferenciais distintos dos da Euribor, um pouco inferiores, como isco comercial, facto que implica uma omissão enganosa e, por conseguinte, desleal, uma vez que a ocultação destas informações, que o Banco de Espanha considera necessárias para que seja uma taxa de juro mais equitativa, serviu para que os consumidores [não] pudessem tomar uma decisão relativa ao seu comportamento económico com o devido conhecimento de causa.

3.° A declaração de nulidade prevista abrange qualquer cláusula de juro variável que, sem um índice negativo, não poderá subsistir pelo facto de não superarem a fiscalização da transparência a que está sujeita a cláusula de juro variável.

DOCUMENTO DE TRABALHO

4.° A doutrina jurídica considera que o facto de os preâmbulos não terem valor normativo direto para regular situações e relações jurídicas não implica, porém, que não tenham outro tipo de valor ou que sejam totalmente indiferentes do ponto de vista jurídico. Afirma-se que constituem o veículo formal pelo qual aquela geralmente se expressa para evidenciar a intenção que presidiu à adoção da lei, que é visada na denominada interpretação autêntica da vontade do legislador.

Aplicando no presente processo a interpretação autêntica da circular, a regulamentação do IRPH visava que se comercializasse com índices negativos, o que leva este órgão jurisdicional a questionar se esta prática comercial é enganosa, uma vez que foi omitida em detrimento do consumidor e foram aplicados índices positivos.

Questão semelhante foi já discutida no Tribunal de Justiça da União Europeia, que decidiu a favor do consumidor.

O Acórdão do TJUE de 16 de janeiro de 2014, no processo C-226/12, no âmbito da interpretação do artigo 3.°, n.° 1, da Diretiva 93/13, declarou que a existência de um «desequilíbrio significativo» não exige necessariamente que os custos impostos ao consumidor por uma cláusula contratual tenham em relação a este uma incidência económica significativa face ao montante da operação em causa, podendo resultar simplesmente de uma lesão suficientemente grave da situação jurídica na qual esse consumidor, enquanto parte no contrato, é colocado por força das disposições nacionais aplicáveis, seja sob a forma de uma restrição do conteúdo dos direitos que, segundo essas disposições, para ele resultam desse contrato, ou de um entrave ao exercício dos mesmos, ou ainda pelo facto de lhe ser imposta uma obrigação suplementar, não prevista pelas regras nacionais.

Por seu turno, no processo C-689/20 afirma-se: *«24. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (n.os 43 e 44, do Acórdão no processo C-453/10, Pereničová e Perenič, bem como n.os 48 a 50, do Acórdão no processo C-109/17, Bankia), a aceitação de uma cláusula contratual em consequência da adoção de uma prática comercial desleal na aceção da Diretiva 2005/29 constitui um elemento para apreciar o caráter abusivo nos termos do artigo 4.° da Diretiva 93/13.»*

No que respeita à **relação entre a regulamentação comunitária e a regulamentação espanhola**, o órgão jurisdicional de reenvio salienta o seguinte:

Um índice como o IRPH, nas suas diferentes modalidades, em relação a outros existentes no mercado como, por exemplo, a Euribor, implica que as operações que lhe estão sujeitas serão sempre mais onerosas para o consumidor uma vez que os dados que as instituições bancárias fornecem mensalmente ao Banco de Espanha tendo em vista a sua publicação, são sempre *«uma média do conjunto das operações»* assumindo-se que, em todas estas, foram incluídas as comissões, incluindo os diferenciais aplicados, que são incorporados na taxa de juro.

DOCUMENTO DE TRABALHO

Por conseguinte, pode questionar-se se seria desleal e contrário à regulamentação da União Europeia não explicar a proposta como se refere no processo C-689/20. A inclusão de uma cláusula contratual na sequência da aplicação de uma prática comercial desleal, na aceção da Diretiva 2005/29, constitui um indício no âmbito da apreciação do caráter abusivo nos termos do artigo 4.° da Diretiva 93/13 e, se SE TORNAR NECESSÁRIO, como indica o Banco de Espanha no preâmbulo da Circular 5/994, a sua omissão deve igualmente constituir um indício, no âmbito da apreciação do seu caráter abusivo à luz do artigo 4.° da Diretiva 93/13, que indica que uma prática comercial será desleal se for contrária à boa-fé quando se oculte algo sobre o comportamento económico de uma operação, e define comportamento económico como «qualquer atuação do consumidor que lhe permita avaliar propostas diferentes sobre os produtos ou serviços que lhe são disponibilizados».

Considerando o artigo 5.°, n.° 2, alínea b), da Diretiva [2005/29/CE], relativo à distorção substancial do comportamento económico do consumidor médio, o modo como, no presente processo, se verifica uma distorção substancial ocorre quando não se procede a uma interpretação autêntica da norma estabelecida pela autoridade de regulação (Banco de Espanha) que, no que diz respeito à configuração da taxa de juros a pagar, pressupõe que é necessário aplicar juros negativos e isso não é feito.

Do mesmo modo, parece razoável considerar que elaborar um índice de referência acrescido de um diferencial que é mais prejudicial para o consumidor, a que se soma o facto de não ter sido informado, é contrário às leis relativas à proteção dos consumidores e à Diretiva 93/13, lidas em conjugação com a Diretiva 29/2005.

No que respeita à jurisprudência do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), o órgão jurisdicional de reenvio analisa:

a) A jurisprudência do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) sobre cláusulas contrárias à boa-fé e que criam um desequilíbrio por serem inesperadas.

Em particular, refere-se ao **Acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) de 3 de junho de 2016**. Nesse acórdão é expressamente admitida a possibilidade de excluir do contrato as cláusulas inesperadas. Com efeito, quando afirma que é defensável que o princípio geral da boa-fé do artigo 1258.° do Código Civil possa ser invocado enquanto norma moderadora do conteúdo contratual suscetível de afastar as cláusulas que alteram sub-repticiamente o conteúdo do contrato que o aderente podia razoavelmente imaginar em conformidade com a sua natureza e a sua funcionalidade, procede a uma aplicação da denominada regra das «cláusulas inesperadas» segundo a qual não são válidas as cláusulas que se afiguram de tal modo inusitadas em função das circunstâncias e da natureza do contrato que o aderente não poderia razoavelmente contar com a sua existência.

O **Acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) de 7 de novembro de 2017** atribui um sentido semelhante ao acórdão anterior.

DOCUMENTO DE TRABALHO

a) A jurisprudência relativa às cláusulas abusivas: a dupla fiscalização da transparência.

O órgão jurisdicional de reenvio indica que o pedido de decisão prejudicial submetido tem por objeto a dupla fiscalização da transparência instituída pelo **Acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) de 9 de maio de 2013**, em que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) proferiu uma jurisprudência abundante relativa à «cláusula de taxa mínima» nos mútuos hipotecários celebrados com os consumidores e sobre a prática desleal de ocultação de um diferencial negativo que deve ser objeto de uma dupla fiscalização da transparência por se tratar de uma cláusula abusiva com o fundamento de que é contrária à Diretiva 2005/29/CE e à Ley 3/1991 de competencia desleal [Lei n.° 3/1991, de 10 de janeiro de 1992, relativa à concorrência desleal], conjugadas com a Diretiva 93/13/CEE.

DOCUMENTO DE TRABALHO