

**Processo C-300/23****Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

10 de maio de 2023

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia (Tribunal de Primeira Instância n.º 8 de Donostia) — San Sebastián (Espanha)

**Data da decisão de reenvio:**

27 de abril de 2023

**Recorrente:**

NB

**Recorrido:**

Kutxabank, S. A.

**Objeto do processo principal**

Pedido de declaração de nulidade de uma cláusula de um contrato de mútuo hipotecário, nos termos da qual os juros variáveis são calculados em função do Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (Índice de Referência dos Mútuos Hipotecários, a seguir «IRMH»), pelo facto de ter sido introduzida de forma não transparente e de ser abusiva.

**Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial**

Proteção dos consumidores — Interpretação da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 2003, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores — Interpretação da 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 — Cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores — Contrato de mútuo — Taxa de juro variável — Índice de Referência de Mútuos Hipotecários (IRMH) — Fiscalização da exigência de transparência pelo juiz nacional — Fiscalização do carácter abusivo da cláusula pelo juiz nacional — Consequências da declaração do carácter abusivo da cláusula

### 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 no mercado hipotecário espanhol, referia também que a sua simples utilização direta pressupunha a colocação da TAE 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 [?]
- 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, 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 [?]

- 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, aos n.ºs 2 e 125 das Conclusões do advogado-geral, de 10 de setembro de 2019 [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, 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, 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 [?]
- 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 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, 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 aceitado 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 aceite a inclusão da referida cláusula no âmbito de uma negociação individual [?]
- 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, 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 carácter 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 carácter 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 carácter 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 [?]

### **Disposições de direito da União invocadas**

Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores: considerandos décimo segundo, décimo terceiro, décimo nono, vigésimo e vigésimo quarto, e artigos 3.º, 5.º, 6.º e 7.º

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, artigo 7.º

### **Disposições de direito nacional invocadas**

a) *Real Decreto Legislativo n.º 1/2007, de 16 de novembro, que aprovou 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.º Direitos fundamentais dos consumidores e utentes. Constituem direitos fundamentais dos consumidores e utentes:

[...]

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

[...]

d) A prestação de informação correta sobre os diferentes bens ou serviços e a educação e divulgação para facilitar o conhecimento sobre a sua adequada utilização, consumo ou gozo.

Artigo 60.º Informação prévia ao contrato.

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

Artigo 80.º Requisitos das cláusulas não negociadas individualmente.

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 a permitir ao consumidor e utente o conhecimento, anterior à celebração do contrato, relativamente à sua existência e conteúdo. [...]
  - c) Boa-fé e garantia de um justo equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes, o que, em qualquer dos casos, 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.º 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.

Artigo 83.º 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 referidas cláusulas.

*b) 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), artigos 3.º, 5.º, n.ºs 5.º, 7.º, 8.º e 10.º O conteúdo destas disposições não é reproduzido.*

*c) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores (Lei 14/2013, de 27 de setembro, de apoio aos empresários), disposição adicional n.º 15*

*d) Código Civil, artigos 1303.º e 1306.º, n.º 2. O conteúdo destas disposições não é reproduzido.*

## Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Em 11 de setembro de 2006, o recorrente celebrou um contrato de mútuo hipotecário com a caixa económica KUTXABANK. Foi acordado o pagamento de juros variáveis calculados com base no IRMH acrescido de um diferencial positivo. Para definir o IRMH cajas, a cláusula 3-A desse contrato inspira-se na própria definição oficial desse índice, constante da Circular 5/1994, de 22 de julho de 1994, do Banco de Espanha, precisando que o IRMH aplicável ao contrato consiste na média simples das taxas de juro médias ponderadas pelo capital das operações de mútuo, acompanhadas de uma garantia hipotecária concedidos pelas caixas económicas de duração igual ou superior a três anos com vista à aquisição de habitação, cujo preço é livremente fixado, sem qualquer transformação, e que será tido em conta o último IRMH publicado pelo Banco de Espanha no mês anterior a cada data prevista para a revisão da taxa de juro, e subsidiariamente o último IRMH publicado pelo Banco de Espanha antes do mês anterior mencionado.
- 2 O órgão jurisdicional de reenvio faz uma descrição do método de cálculo e do funcionamento do IRMH, na qual sublinha os seguintes aspetos:
  - Desde 1994, o Banco de Espanha tem competência para definir quais os índices de referência oficiais que podem ser aplicados aos mútuos hipotecários de taxa variável. Através da sua Circular de 5/1994, o Banco de Espanha introduziu um anexo VIII na sua prévia Circular 8/1990, de 7 de setembro de 1990, a Entidades de Crédito, sobre transparência de las operaciones y protección de la clientela (Circular 8/1990 do Banco de Espanha, a instituições de crédito, relativa à transparência das operações e à proteção dos clientes). Neste novo anexo VIII, o IRMH [nas suas versões i) Bancos, ii) Cajas e iii) Conjunto de Entidades] era mencionado como um desses índices. A Lei 14/2013 dispôs que, a partir de 1 de novembro de 2013, deixariam de se publicar o IRMH Bancos e o IRMH Cajas, e que esses índices seriam substituídos nos contratos que os utilizavam pelo IRMH Entidades, de cálculo semelhante aos índices que desapareceram. Por conseguinte, o IRMH foi e continua a ser um dos índices oficiais supervisionados pelo Banco de Espanha e publicados mensalmente no Boletín Oficial del Estado.
  - A Circular 5/1994 do Banco de Espanha indica, no que respeita ao cálculo do IRMH, que as taxas médias escolhidas são taxas anuais efetivas [TAE], uma vez que refletem o **custo total** que o empréstimo representa para o mutuário porque incluem, para além da taxa nominal dos juros, outras rubricas financeiras a cargo do consumidor (comissões de abertura e de manutenção, prémio de seguro a contratar e encargos diversos ligadas à operação — custos de gestão, despesas de registo da hipoteca, etc.). Determinadas cláusulas que impunham ao consumidor algumas dessas rubricas financeiras foram declaradas abusivas.

- Esta mesma circular refere que, sendo o IRMH uma TAE, a sua utilização direta e simplesmente como taxa de juros contratuais pressuporia colocar a TAE da operação de mútuo hipotecário acima da taxa praticada pelo mercado. Para equiparar a TAE de tal operação à do mercado seria necessário aplicar um diferencial negativo, cujo valor variaria segundo as comissões da operação e a frequência das parcelas. Por outras palavras, enquanto a Euribor, outro índice de referência neste tipo de contratos de mútuo hipotecário, é uma taxa de juro nominal (TAN), o IRMH é uma taxa efetiva (TAE). As taxas efetivas são dados com valores superiores aos das taxas nominais (ou taxas simples). A TAE é sempre superior à TAN e a média das TAE (como é o caso do IRMH) é sempre superior à média das TAN.
  - No caso dos contratos que incluem o IRMH acrescido de um diferencial positivo, a soma destes dois valores é tomada como a TAN dos juros a pagar pelo consumidor ao qual, além disso, são aplicadas outras comissões e outros encargos. Assim, i) uma TAE (IRMH) é utilizada como TAN e ii) as comissões e outros encargos são cobrados ao consumidor duas vezes: em primeiro lugar, através da utilização de um IRMH no qual foram tidas em conta comissões e outros encargos aplicáveis aos mútuos concedidos anteriormente a partir dos quais esse índice é calculado, e, em segundo lugar, através da aplicação de comissões e outros encargos relacionados com o contrato concreto que esse consumidor celebra.
- 3 No que respeita à inclusão do IRMH no contrato controvertido, o órgão jurisdicional de reenvio sustenta, pelas seguintes razões, que a cláusula que introduz este índice não é transparente nem permitiu ao consumidor conhecer exatamente as consequências económicas da decisão que tomou:
- O consumidor médio, por si só, não está em condições de compreender conceitos essenciais como índice de referência, TAE ou TAN e também não conhece as circulares que o Banco de Espanha dirige às instituições financeiras.
  - As instituições financeiras não informavam da necessidade de aplicar ao IRMH um diferencial negativo, conforme indicado na Circular 5/1994. O órgão jurisdicional de reenvio salienta que esta circular não impõe a obrigação de aplicar esse diferencial negativo, mas que a circular alerta para o facto de que, na falta de aplicação desse diferencial negativo, a TAE da operação se situará acima da TAE média do mercado.
  - O contrato controvertido aparenta transcrever a definição do IRMH, mas omite a parte final que indica que as taxas de juro médias ponderadas com as quais o Banco de Espanha calcula a média simples que determina a taxa IRMH Cajas são taxas TAE,
  - Na comercialização das hipotecas indexadas ao IRMH, os bancos punham a tónica no montante reduzido do diferencial positivo aplicável ao IRMH quando comparado com o diferencial acrescido à Euribor nas hipotecas calculadas

segundo este índice, mas omitiam o facto de o IRMH ser, por si só, superior à Euribor.

- 4 Em 4 de março de 2022, o recorrente apresentou uma petição inicial de processo comum em que pedia a declaração de nulidade, com fundamento no seu caráter abusivo, da cláusula que fixa o índice de referência IRMH como elemento do cálculo dos juros variáveis do seu mútuo.

### **Argumentos essenciais das partes no processo principal**

- 5 O recorrente alega que o pedido de decisão prejudicial é necessário visto que existem contradições entre, por um lado, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de março de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, e os Despachos de 17 de novembro de 2021, Gómez del Moral Guasch II, C-655/20, e Unión de Creditos Inmobiliarios, C-79/21, e, por outro, a interpretação destas decisões pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) (concretamente, os Acórdãos 595/2020, 596/2020, 597/2020, 598/2020 e 599/2020 de 12 de novembro de 2020, bem como as Decisões 42/2022, 43/2022, e 44/2022 de 27 de janeiro de 2022), através das quais o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) julgou inadmissíveis os recursos de cassação interpostos por consumidores que tinham pedido a declaração de nulidade, com fundamento no seu caráter abusivo, da cláusula que inclui o IRMH Cajas no contrato, pelo facto de o interesse no recurso se ter perdido visto que as questões suscitadas nesses recursos haviam sido decididas pelos Acórdãos 42/2022, 43/2022 e 44/2022, de 27 de janeiro de 2022.

### **Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial**

#### ***I) Quanto à exigência de transparência da inclusão do IRMH como elemento da cláusula relativa ao cálculo dos juros***

- 6 O órgão jurisdicional de reenvio cita as seguintes decisões do TJUE para descrever o quadro que define, em seu entender, as condições a preencher para que uma cláusula seja integrada de forma transparente no contrato:

- a) Acórdão de 3 de março de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18

N.º 52: cabe ao juiz nacional proceder às verificações necessárias à luz de todos os elementos factuais pertinentes, entre os quais a **publicidade e a informação facultadas pelo mutuante** no âmbito da negociação de um contrato de mútuo e, em especial, incumbe ao juiz nacional, quando analisa as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato, verificar se, no processo em causa, foram **comunicados ao consumidor todos os elementos** suscetíveis de ter incidência no alcance do seu compromisso que lhe permitam avaliar, designadamente, o custo total do seu empréstimo. Têm um papel decisivo nesta apreciação, por um lado, a questão de saber se as cláusulas estão redigidas de **maneira clara e compreensível** de modo que

permitam que um consumidor médio, conforme descrito no n.º 51 do presente acórdão, esteja em condições de avaliar esse custo e, por outro, a circunstância ligada à falta de menção, no contrato de crédito, de informações consideradas essenciais, à luz da natureza dos bens ou dos serviços objeto desse contrato.

N.º 53: no que respeita a uma cláusula como a que está em causa no presente processo, o facto de os **elementos principais** relativos ao cálculo do IRMH das caixas económicas espanholas serem facilmente **acessíveis** a qualquer pessoa que pretendesse contrair um mútuo hipotecário, uma vez que figuravam na Circular 8/1990 publicada no *Boletín Oficial del Estado*, permitia a um consumidor razoavelmente atento e avisado **compreender** que esse índice era calculado com base numa média das taxas dos mútuos hipotecários de duração superior a três anos para a aquisição de habitação, incluindo assim a média das margens e das despesas praticadas por essas instituições.

N.º 54: Para apreciar o carácter transparente da cláusula controvertida, é pertinente o facto de, nos termos da legislação nacional em vigor à data da celebração do contrato em causa no processo principal, as instituições de crédito estarem obrigadas a informar os consumidores sobre a **evolução** do IRMH das caixas económicas espanholas durante os **dois anos civis** anteriores à celebração dos contratos de mútuo e do último valor disponível. Essas informações são também suscetíveis de oferecer ao consumidor uma indicação objetiva sobre as consequências económicas decorrentes da aplicação desse índice e constituem um ponto de comparação útil entre o cálculo da taxa de juro variável baseado no IRMH das caixas económicas espanholas e outras fórmulas de cálculo das taxas de juro.

N.º 55: o juiz nacional deverá verificar se, no âmbito da celebração do contrato em causa no processo principal, o profissional cumpriu efetivamente todas as obrigações de informação previstas pela regulamentação nacional.

N.º 56: o artigo 4.º, n.º 2, e o artigo 5.º da Diretiva 93/13 devem ser interpretados no sentido de que, para cumprir a exigência de transparência de uma cláusula contratual que fixa uma taxa de juro variável no âmbito de um contrato de mútuo hipotecário, essa cláusula deve não só ser inteligível nos planos formal e gramatical mas também permitir que um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, esteja em condições de compreender o funcionamento concreto do método de cálculo dessa taxa e avaliar assim, com base em critérios precisos e inteligíveis, as consequências económicas, potencialmente significativas, dessa cláusula nas suas obrigações financeiras. Constituem elementos especialmente pertinentes para efeitos da apreciação que o juiz nacional deve efetuar a este respeito, por um lado, o facto de os elementos principais relativos ao cálculo dessa taxa serem facilmente acessíveis a qualquer pessoa que pretenda

contrair um mútuo hipotecário, devido à publicação do método de cálculo da referida taxa, bem como, por outro, o fornecimento de informações sobre a evolução passada do índice com base no qual é calculada essa mesma taxa.

- b) Conclusões do advogado-geral apresentadas em 10 de setembro de 2019 no processo C-125/18

N.º 2: os consumidores não estão em condições de compreender determinados conceitos, como os de «taxa de juro» (fixa ou variável), de «índices de referência» ou de «taxa anual efetiva global» (TAE), e, em especial, as diferenças entre estes conceitos. É também o caso relativamente ao funcionamento ou ao cálculo concreto não só das taxas de juro variáveis, mas também das TAE com base nas quais são calculadas as taxas de IRMH, de modo que a informação prestada pelo profissional é essencial.

N.º 125: a fórmula de cálculo do IRMH Cajas é complexa e pouco transparente e, para cumprir as exigências de transparência, é necessário que o profissional forneça informações para que o consumidor possa tomar uma decisão com prudência e com pleno conhecimento de causa no que respeita ao método de cálculo, precisando não apenas a definição completa do índice de referência, mas também as disposições da regulamentação nacional pertinentes que determinam esse índice e sua evolução passada.

- c) Observações apresentadas pela Comissão no processo C-125/18

N.º 57: o profissional é obrigado a explicar ao consumidor como foi configurada a taxa de referência, qual foi a sua evolução passada e as previsões de futuro tanto quanto que seja possível saber.

- d) Despacho de 17 de novembro de 2021, Gómez del Moral Guasch II, C-655/20

N.º 1 do dispositivo: O artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e a exigência de transparência das cláusulas contratuais, no âmbito de um contrato de mútuo hipotecário, devem ser interpretados no sentido de que permitem ao profissional não incluir nesse contrato a definição completa do índice de referência que serve para calcular uma taxa de juro variável ou não fornecer ao consumidor, antes da celebração desse contrato, uma brochura informativa que contenha a evolução anterior desse índice, pelo facto de a informação relativa a esse índice ser objeto de publicação oficial, sempre que, tendo em conta os dados publicamente disponíveis e acessíveis e as informações fornecidas, se for o caso, pelo profissional, um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, esteja em condições de compreender o funcionamento concreto do modo de cálculo do índice de referência e avaliar assim, com base em critérios precisos e inteligíveis, as consequências

económicas, potencialmente significativas, dessa cláusula nas suas obrigações financeiras.

- 7 Em seguida, o órgão jurisdicional de reenvio menciona a abordagem seguida pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) (Acórdãos proferidos em 12 de novembro de 2020) a respeito do Acórdão proferido no processo C-125/18 e segundo o qual a publicação no BOE da Circular 8/1990 e do modo de cálculo do IRMH Cajas serve, em todos os casos, para satisfazer a exigência de transparência quanto à composição e ao cálculo desse índice, conforme precisada no n.º 56 do referido acórdão. No que respeita ao Despacho de 17 de novembro de 2021, Gómez del Moral Guasch II, C-125/18, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) considera que a dispensa da obrigação do profissional de incluir no contrato a definição completa do IRMH é uma dispensa incondicional e aplicável em todo o caso.
- 8 O órgão jurisdicional de reenvio considera que esta posição do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) está errada pelas seguintes razões: i) a consulta no BOE da Circular 8/1990, — à qual o consumidor recorreria — não fornece informações sobre o IRMH Cajas, porque este foi introduzido nessa circular pela Circular 5/1994; ii) a consulta no BOE da Circular 5/1994 permite conhecer a definição de IRMH Cajas, mas não o seu método de cálculo, devendo o próprio consumidor deduzir, sem ter conhecimentos financeiros, que o IRMH é uma TAE que inclui os diferenciais, as comissões e os encargos; iii) o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) salienta o facto de que a publicação no BOE — referida no n.º 53 do Acórdão C-125/18 — permitia conhecer a forma como o IRMH Cajas era calculado, mas ignora os demais pormenores contidos noutros números desse acórdão, e iv) o próprio Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) não definiu corretamente o IRMH nos seus acórdãos e não distingue corretamente os conceitos de índice de referência, de taxa de juro e de TAE, confundindo, nos Acórdãos de 12 de novembro de 2020, o preço e o custo de um empréstimo, razão pela qual se pode deduzir que o consumidor médio também não está em condições de compreender esses conceitos e mecanismos complexos.
- 9 Tendo em conta todas estas considerações, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à questão de saber se a exigência de inclusão transparente da cláusula no contrato foi cumprida e formula, quanto a este ponto, a quarta, quinta, sexta, sétima, oitava, nona e décima questões prejudiciais.

## ***II) Quanto à eventual existência de uma prática enganosa na aceção da Diretiva 2005/29***

- 10 Segundo o artigo 7.º da Diretiva 2005/29, entende-se por prática enganosa aquela em que o profissional omite uma informação substancial que, se fosse do conhecimento do consumidor, o poderia ter levado a tomar uma decisão diferente da que acabou por tomar.

- 11 O órgão jurisdicional de reenvio considera que o facto de o profissional ter omitido as informações relevantes acima referidas na cláusula que inclui o IRMH Cajas no contrato, informações necessárias para avaliar as consequências económicas potencialmente significativas desse acordo, é suscetível de constituir uma prática enganosa, na aceção da Diretiva 2005/29, e um sinal de que o profissional não agiu de boa-fé, na aceção da Diretiva 93/13, criando assim um desequilíbrio em detrimento do consumidor.
- 12 Tendo em conta todas estas considerações, o órgão jurisdicional de reenvio formula, a este respeito, a décima primeira e décima segunda questões prejudiciais.

***III) Quanto à existência de um desequilíbrio entre os direitos e obrigações das partes, a despeito da exigência de boa-fé***

***III-1) Quanto à relação entre transparência e carácter abusivo***

- 13 Segundo o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, as cláusulas contratuais que não tenham sido objeto de negociação individual são consideradas abusivas quando, a despeito da exigência de boa-fé, derem origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.
- 14 O advogado-geral, no n.º 127 das suas Conclusões no processo C-125/18, entende que se deve considerar que, no caso de o órgão jurisdicional de reenvio chegar à conclusão de que a exigência de redação clara e compreensível das cláusulas contratuais e, portanto, de transparência, foi respeitada, isso não teria como consequência isentar da obrigação de submeter, em todo o caso, a cláusula controvertida a um exame do seu eventual carácter abusivo em termos de substância, tendo em conta a eventual existência de um desequilíbrio significativo criado, em detrimento do consumidor, entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes do contrato.
- 15 Segundo o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), mesmo que a cláusula relativa ao tipo IRMH Cajas não cumpra as exigências de transparência, isso não implica automaticamente que seja abusiva, uma vez que deve, além disso, ser sujeita à fiscalização do carácter abusivo, tal como definido no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13. Este critério está em contradição com o que foi anteriormente seguido pelo mesmo Tribunal e segundo a qual a falta de transparência da cláusula de taxa mínima implica necessariamente o seu carácter abusivo.
- 16 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, independentemente de a cláusula em questão cumprir ou não as exigências de transparência, há que examinar se é abusiva pelo facto de criar um desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes do contrato e pede ao Tribunal de Justiça que confirme que, se a cláusula relativa à taxa IRMH Cajas cumprir as exigências de transparência, o juiz nacional deve, em todo o

caso, submeter essa cláusula a um exame do seu eventual caráter abusivo em termos substantivos, tendo em conta a eventual existência desse desequilíbrio.

– *III-2) Quanto às exigências de boa-fé e de equilíbrio*

- 17 Para examinar se a cláusula é abusiva quanto ao seu conteúdo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, Banco Primus C-421/14, indicou, no seu n.º 67, que, caso o órgão jurisdicional considere que uma cláusula contratual relativa ao método de cálculo dos juros ordinários não está redigida de maneira clara e compreensível na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13, incumbe-lhe verificar se essa cláusula é abusiva na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da referida diretiva, devendo, designadamente, comparar o método de cálculo da taxa dos juros ordinários prevista nesta cláusula e o montante efetivo da taxa daí resultante com os métodos de cálculo normalmente utilizados, a taxa de juro legal e as taxas de juro praticadas no mercado à data da celebração do contrato em causa no processo principal para mútuos de montante e duração equivalentes aos do contrato de mútuo em causa. No n.º 69 do Acórdão de 14 de março de 2013, Aziz, C-415/11, refere-se que o juiz nacional deve verificar se o profissional, ao tratar de forma leal e equitativa com o consumidor, podia razoavelmente esperar que ele aceitaria essa cláusula, na sequência de uma negociação individual.
- 18 O Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) considera que a cláusula relativa ao IRMH não pode criar desequilíbrio a despeito da exigência de boa-fé pelo facto de ser um índice oficial aprovado pela autoridade bancária, que foi, além disso, utilizado pelo governo central e por vários governos regionais como índice de referência no domínio do financiamento da habitação protegida.
- 19 O órgão jurisdicional de reenvio considera que uma coisa é o IRMH em abstrato enquanto índice oficial e outra é a sua inclusão no contrato para servir de cálculo dos juros variáveis e que, por essa razão, pouco importa que seja oficial, sendo necessário, além disso, ter em conta o facto de apenas os índices oficiais poderem ser utilizados nos contratos com taxas de juro variáveis. Por outro lado, nos casos de financiamento de habitação protegida, os bancos aplicam um diferencial negativo ao IRMH, provavelmente porque esse financiamento é supervisionado pela Administração Pública.
- 20 O órgão jurisdicional de reenvio considera que o caráter oficial do índice e o seu controlo pelo Banco de Espanha não são circunstâncias que permitam concluir que uma cláusula como a que está em causa no processo principal respeita as exigências de boa-fé e de justo equilíbrio impostas pela Diretiva 93/13. Além disso, duvida que o consumidor tenha aceite a cláusula controvertida no âmbito de uma negociação individual e depois de o profissional lhe ter fornecido todas as informações necessárias para compreender de que modo os seus juros eram calculados, nomeadamente a menção do diferencial negativo contida na Circular 5/1994 e a evolução desse índice durante, pelo menos, os dois anos anteriores.

- 21 O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber em que circunstâncias se pode considerar que uma cláusula respeita as exigências de boa-fé e de equilíbrio e formula, para esse efeito, a primeira, segunda, décima quarta, décima quinta, décima sexta, décima sétima e décima oitava questões prejudiciais.

***IV) Quanto à aplicação do artigo 6.º da Diretiva 93/13 às rubricas financeiras utilizadas para o cálculo do IRMH cujo pagamento não deveria ter sido imposto ao consumidor***

- 22 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que as taxas TAE entregues ao Banco de Espanha pelas caixas económicas para que este determinasse o IRMH Cajas do mês correspondente incluíam elementos cujo carácter abusivo já não é contestado, como certas despesas que eram imputadas ao consumidor e cujo pagamento cabia ao profissional, ou cuja legalidade é contestada, como a comissão de abertura.
- 23 Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio formula a terceira questão prejudicial a fim de saber se o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, nos termos do qual as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores, se opõe à validade de uma cláusula IRMH Cajas que foi determinada com base nos dados resultantes da utilização de determinadas cláusulas declaradas abusivas.

***V) Quanto aos efeitos da declaração de nulidade por ser abusiva a cláusula IRMH no caso de o contrato não poder subsistir sem essa cláusula***

- 24 Se o órgão jurisdicional de reenvio concluir que a cláusula IRMH não cumpre as exigências de transparência, deve remeter para o artigo 83.º do TRLGDCU e para o artigo 5.º, n.º 5, da Lei n.º 7/1998, que, após a alteração introduzida pela Ley 5/2019, de 15 de marzo, de regulación de los contratos de crédito inmobiliario (Lei 5/2019, de 15 de março, que regula os contratos de crédito imobiliário), dispõem que as condições incluídas de modo não transparente nos contratos em detrimento dos consumidores são nulas de pleno direito. O Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) considera que o artigo 83.º do TRLGDCU e o artigo 5.º, n.º 5, da Lei n.º 7/98 não podem ser aplicados retroativamente.
- 25 Por sua vez, o Despacho do Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2021, Gómez del Moral Guasch II, C-655/20, em consonância com os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2019, Dziubak, C-260/18, e de 8 de setembro de 2022, D.B.P. e o. (Crédito hipotecário expresso em divisas), C-80/21 a C-82/21, estabelece no n.º 3 do dispositivo que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que exige que o juiz nacional dê ao consumidor a possibilidade de escolher entre, por um lado, a revisão de um contrato mediante a substituição de uma cláusula contratual que fixa uma taxa de juro variável declarada abusiva por uma cláusula que remete para um índice previsto por lei de carácter supletivo e, por outro, a anulação do contrato de mútuo hipotecário no seu todo, quando este não possa subsistir sem essa cláusula.

- 26 Quanto ao índice previsto por lei a título supletivo (IRMH Entidades em vez do IRMH Cajas), importa salientar que a disposição adicional n.º 15 da Lei 14/2013 visava assegurar que o desaparecimento pacífico das taxas IRMH Cajas e IRMH Bancos mantivesse o equilíbrio das prestações existentes nesse momento e ordenava a substituição da taxa IRMH Cajas pela taxa IRMH Entidades acrescida de um diferencial equivalente à média aritmética das diferenças entre a taxa IRMH Cajas e a taxa IRMH Entidades, calculadas com base nos dados disponíveis entre a data da elaboração do contrato e a data em que a substituição da taxa teve efetivamente lugar.
- 27 Se a declaração do carácter abusivo da cláusula IRMH Cajas implicar o reconhecimento de que essa cláusula criava uma situação de desequilíbrio de prestações entre as partes, coloca-se a questão de saber se uma norma supletiva destinada a manter o equilíbrio existente (a disposição adicional n.º 15 da Lei n.º 14/2013) é adequada para atingir o objetivo de a declaração do carácter abusivo restabelecer o equilíbrio de prestações entre as partes.
- 28 Por outro lado, na medida em que o Banco de Espanha considera que todas as críticas que podem ser feitas à taxa IRMH Cajas teriam sido evitadas se o diferencial negativo correspondente tivesse sido incluído, o órgão jurisdicional de reenvio considera que pode ser compatível com o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 o facto de, uma vez declarada abusiva a cláusula que inclui no contrato a taxa IRMH Cajas, o juiz nacional suprir retroativamente o diferencial realmente incorporado pelo diferencial negativo que deveria ter sido integrado no contrato, com restituição ao consumidor do que lhe foi indevidamente retirado, acrescido de juros, a fim de evitar a nulidade do contrato e de transformar o contrato no contrato que deveria ter sido subscrito de acordo com a advertência do Banco de Espanha.
- 29 No caso de o consumidor optar pela nulidade do contrato, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à aplicabilidade do artigo 1303.º do Código Civil ou do artigo 1306.º, n.º 2, do mesmo. O artigo 1303.º do Código Civil levaria a que às partes fossem restituídas o que reciprocamente receberam ao abrigo do contrato anulado, acrescido de juros, o que significa que a instituição, responsável pela infração que determinou essa nulidade, seria beneficiada uma vez que recuperaria a totalidade do empréstimo acrescido de juros calculados à taxa de juro legal, que é superior à prevista no contrato e é aplicável ao montante total do empréstimo desde o primeiro dia. Ora, se se tiver em conta que se está trata de um contrato de adesão que contém condições gerais cujo conteúdo é inegociável e que foram impostas exclusivamente pelo profissional, o órgão jurisdicional de reenvio considera que o profissional é o único responsável pela causa ilícita que levou à nulidade do contrato e que há que aplicar o artigo 1306.º, n.º 2, do Código Civil.
- 30 Tendo em conta todas estas considerações, o órgão jurisdicional de reenvio formula, a este respeito, a décima terceira, décima nona, vigésima, vigésima primeira e vigésima segunda questões prejudiciais.