

Recuerda dicha sentencia que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva al definir la cláusula abusiva y hacer referencia a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (apartado 67) y que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido y que *“mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”* (68); continúa diciendo en el apartado 69: *“En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva (...) el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”*. Establece el apartado 70, que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas y en el apartado 71 que *“Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (...) De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional”*.

Partiendo de referida normativa y Jurisprudencia, se examinan las cláusulas respecto de las que se ha planteado el control de abusividad:

#### **Comisión de devolución**

La cláusula 9 de las Condiciones Generales del contrato que une a las partes, prevé comisión de devolución o comisión por impago de 20 € en caso de producirse el impago de alguna cuota a su vencimiento que motive que Cofidis tenga que efectuar gestiones de pago, comisión que se aplicará de una sola vez por cada cuota impagada y reclamada al cliente.

A la vista del contenido de referida cláusula, se ha de tener en cuenta, respecto de la comisión de devolución, que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente bancario, establece en su art. 3 al respecto de las Comisiones percibidas por servicios bancarios prestados por las entidades de crédito, que *“Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”*.

La Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 por lo que se refiere a este tipo de comisiones de reclamación de posiciones deudoras (pág. 69-70) considera que, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo sólo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que: i) su devengo está vinculado a la