



INFORME SOBRE LA LICITUD DE EMITIR Y ENTREGAR FACTURA ELECTRÓNICA A LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN Y POSTERIOR FACTURACIÓN PERIÓDICA DE SERVICIOS Y SUMINISTROS DE TRACTO SUCESIVO COMO PRÁCTICA POR DEFECTO O EN BASE A LA INCORPORACIÓN DE UNA CLÁUSULA GENERAL PREDISPUESA, NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE E INCLUIDA EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN.

I. Consulta planteada

La Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, plantea consulta sobre la licitud, desde el punto de vista de consumo, de emitir y entregar factura electrónica a los consumidores en la contratación y posterior facturación periódica de servicios y suministros de tracto sucesivo (telecomunicaciones, electricidad, agua y gas) como práctica por defecto o en base a la incorporación de una cláusula general predispuesta, no negociada individualmente e incluida en un contrato de adhesión, por la que el consumidor acepta la facturación electrónica; tanto respecto de los contratos celebrados de manera presencial, como en los contratos celebrados a distancia y en los contratos electrónicos.

Examinada la consulta, y en función del interés general de la misma, la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición considera oportuno proceder a su tramitación de conformidad con el procedimiento aprobado en la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo.

II. Observaciones sobre el fondo del asunto

En relación con la consulta planteada por la Comunidad de Madrid se formulan las siguientes consideraciones:

La normativa de aplicación en materia de facturación, recogida en el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se procede a la aprobación del Reglamento por el que se regulan con carácter general las obligaciones de facturación, establece la obligación de empresarios y profesionales de expedir y entregar factura o justificante por las operaciones que realicen en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional (art. 1), y permite su expedición en formato electrónico siempre que se garantice su autenticidad, la integridad de su contenido y su



legibilidad (art. 8.1) y siempre que el destinatario haya manifestado su consentimiento a recibirlas a través de este medio (art. 9.2).

Esta regulación en el ámbito de la facturación, se establece sin perjuicio de los deberes que sean además exigidos a efectos de la defensa de los consumidores y usuarios, según lo dispuesto en la disposición adicional primera de dicho Real Decreto.

La normativa básica en materia de protección al consumidor, establecida a nivel estatal en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el primer párrafo de su artículo 63.3, añade una condición adicional para la emisión de factura electrónica por parte del empresario en el caso de que el destinatario sea un consumidor, exigiendo que este consentimiento previo sea expreso:

*“En los contratos con consumidores y usuarios, estos tendrán derecho a recibir la factura en papel. En su caso, la expedición de la factura electrónica **estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor**. La solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación.”*

Esta protección otorgada a los consumidores se completa con la gratuidad de este derecho a recibir factura en papel. Tal y como se indicaba en el Informe SGANAC/15421/2013/F, en respuesta a la consulta formulada desde la Agencia Catalana del Consumo, el cobro a las personas consumidoras por la emisión de facturas en papel es una práctica ilícita, y las cláusulas de este tenor incorporadas a las condiciones generales de un contrato de servicios pueden ser consideradas abusivas, pudiendo dar lugar, en su caso, a la apertura del correspondiente expediente sancionador. Posteriormente la Ley 3/2014, de 27 de marzo, modificó el artículo 63.3 del TRLGDCU para aclarar definitivamente esta cuestión, concretamente en su segundo párrafo:

“El derecho del consumidor y usuario a recibir la factura en papel no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna.”



De acuerdo con este marco legal y por lo que se refiere a la contratación electrónica de productos, servicios y suministros, el artículo 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico dispone que:

“Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en soporte electrónico”.

De esta disposición parece desprenderse que cuando el contrato se celebre por vía electrónica, la factura, y los posteriores recibos en su caso, podrían ser emitidos y enviados en formato electrónico por defecto, sin necesidad de consentimiento expreso, dado que el consentimiento se entiende implícitamente otorgado en la forma elegida por el consumidor para contratar. Sin embargo, el artículo 1 de esta misma Ley, que regula su objeto, establece en su apartado segundo que:

*“Las disposiciones contenidas en esta Ley se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional, **los intereses del consumidor**, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de defensa de la competencia.”*

Por lo tanto, el artículo 23.3 no afectará a las relaciones con consumidores, que continuarán rigiéndose por su régimen específico más beneficioso, y dicho artículo quedará constreñido a la contratación electrónica con clientes que no ostenten la condición de consumidor.

En consecuencia, el hecho de que la contratación de servicios y suministros se realice por vía electrónica no implica ninguna diferencia respecto a la contratación presencial en cuanto a la necesidad de consentimiento previo expreso para aceptar la facturación electrónica recogido en el artículo 63.3 del TRLGDCU, que forma parte del régimen general establecido para la contratación con consumidores y usuarios, sin que el régimen específico recogido en el texto refundido para la contratación a distancia (Libro II, Título III), haya eliminado dicho requisito aceptando el consentimiento tácito.

Sin embargo, el incremento que ha experimentado en los últimos años la contratación electrónica de servicios y suministros junto con la implantación de la gestión digital en las empresas, ha



dado lugar a prácticas de emisión y envío de facturas en formato electrónico a los consumidores y usuarios que no siempre se ajustan a lo anteriormente expuesto. En concreto, la consulta hace referencia a que diversas empresas de servicios incorporan en sus contratos de adhesión una cláusula de aceptación por parte del cliente de recibir la factura en formato electrónico.

Si bien, como se ha indicado, el Real Decreto 1619/2012 admite el consentimiento tácito a la hora de aceptar la facturación electrónica, no puede entenderse aplicable cuando la parte contratante sea un consumidor, ya que el TRLGDCU ofrece un plus de protección mediante el consentimiento previo expreso. En tal sentido, el artículo 101 del TRLGDCU indica que:

“En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación podrá considerarse como aceptación de ésta”.

En consecuencia, en virtud de este artículo no se puede considerar consentimiento expreso el derivado de la inactividad, silencio o actitud pasiva del consumidor (caracteres propios del consentimiento tácito).

En esa misma línea, se admitiría el uso de las denominadas opciones de inclusión, como mecanismo de manifestación expresa del consentimiento del usuario, al deber ejercer una acción positiva para expresar su voluntad, como es el seleccionar una casilla que previamente no estaba marcada. A sensu contrario, no se admitirán las opciones previamente marcadas por el empresario.

Por lo que se refiere a la práctica de incorporar en el contrato de adhesión una cláusula de aceptación por parte del cliente en cuanto a la recepción de la factura correspondiente en formato electrónico como una condición más del mismo, ello no dejaría más opción al consumidor que aceptar la facturación electrónica si quiere celebrar el contrato, por lo que para que fuese aceptable sería necesario el marcaje positivo de una casilla o una firma específica, a no ser que el empresario pruebe que la cláusula en cuestión ha sido negociada individualmente.

En resumen, la normativa aplicable, tal y como se ha dicho, establece, con carácter general, que en la contratación de servicios y suministros con consumidores y usuarios, la emisión de facturas y recibos en formato electrónico requiere el consentimiento expreso del consumidor y usuario, por lo tanto, la emisión de factura electrónica por defecto, la inclusión de cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión en las que el consumidor acepta la emisión de facturas y recibos



en formato electrónico y/o la remisión a la página web de la empresa para acceder y descargar las mismas, constituirían prácticas no conformes con la citada normativa de protección al consumidor.

En sentido contrario, será lícita la inclusión de dichas cláusulas en el contrato u oferta del empresario siempre que figuren como una opción no predispuesta que el consumidor puede aceptar o no, debiendo el empresario informar de forma clara y suficiente tanto sobre la posibilidad de revocar el consentimiento otorgado, como del derecho a recibir factura en papel sin coste alguno que tienen los consumidores.

Por último, procede valorar el posible carácter abusivo de este tipo de prácticas. La legalidad de las cláusulas de este tenor, incorporadas en este caso a las condiciones generales de un contrato de servicios, deben examinarse a la luz de las disposiciones que en materia de cláusulas abusivas se recogen en el TRLGDCU.

De conformidad con las disposiciones del texto refundido, para que una cláusula de un contrato pueda ser considerada como abusiva se tienen que dar tres requisitos: que no exista negociación individual de las cláusulas del contrato, que se produzca en contra de la buena fe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y que las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa, lleven a tal conclusión. Así se desprende del artículo 82 del TRLGDCU que establece la denominada cláusula general y dispone al efecto lo siguiente:

“Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.



3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Además, el apartado 4 de este artículo 82 del TRLGDCU está referido a la denominada lista negra de cláusulas abusivas recogida en los artículos 85 a 90 del mismo, es decir aquellas cláusulas que en cualquier circunstancia son abusivas:

“4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.”*

Por otra parte, la declaración de nulidad por abusiva de una condición general corresponde, en principio, a los jueces (art. 83 TRLGDCU), sin perjuicio de la función de control y calificación que corresponde, respectivamente, a notarios y registradores (art. 23 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, art. 84 del TRLGDCU y art. 258.2 de la Ley Hipotecaria).

A las autoridades de consumo les corresponde la potestad sancionadora en materia de cláusulas abusivas, quienes podrán sancionar al profesional que utilice cláusulas abusivas en los contratos (art. 49.1, letra i del TRLGDCU).

Partiendo de estas premisas, en el supuesto debatido cabe concluir que estamos en presencia de una cláusula abusiva por los siguientes motivos: se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociada individualmente y que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe. En concreto, dicha cláusula puede encuadrarse en el supuesto



contemplado en el apartado 86.7 del TRLGDCU, que contempla las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, y dispone al efecto lo siguiente:

“En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: ... 7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.”

III. Conclusión:

En función de las consideraciones formuladas anteriormente, cabe responder a la consulta formulada por la Comunidad de Madrid en los siguientes términos:

Se considera ilícita y abusiva la práctica consistente en emitir y entregar factura en formato electrónico a los consumidores en la contratación y posterior facturación periódica de servicios y suministros de tracto sucesivo (telecomunicaciones, electricidad, agua y gas), tanto por defecto como en base a la incorporación de una cláusula general predispuesta, no negociada individualmente e incluida en un contrato de adhesión, por la que el consumidor acepta la facturación electrónica, con independencia de que la contratación se realice de manera presencial o a distancia, incluida la contratación electrónica, de conformidad con la previsión recogida en los artículos 82 y 86.7 del TRLGDCU.

Por excepción a lo anterior, la condición general o práctica que recoja la aceptación expresa de la facturación electrónica, podrá considerarse lícita siempre que sea independiente del contrato de servicios, el cual no quedará condicionado a la aceptación de tal condición general por el consumidor y, siempre que, la misma aceptación vaya precedida de una información suficiente del empresario al consumidor sobre la posibilidad de revocación por parte de este y de la forma de llevarla a cabo, teniendo en cuenta además que tanto la revocación como la recepción en papel de las facturas deberán ser gratuitas.

Madrid, 18 de mayo de 2016