

No es abusiva la cláusula contenida en su contrato-tipo con los usuarios de los servicios de telefonía móvil y acceso a internet, que supedita la emisión de la factura en forma electrónica a la aquiescencia de cada cliente

No prospera el recurso de la Junta de Andalucía contra la sentencia que anuló la sanción que había impuesto a la mercantil demandante por incluir una cláusula abusiva en su contrato tipo con los usuarios de sus servicios de telefonía móvil y acceso a internet, con infracción del art. 63.3 de la LGDCU.

Declara la Sala que la cláusula no es oscura ni ambigua, supedita la emisión de la factura en forma electrónica a la aquiescencia de cada cliente, que éste puede cambiar de parecer en todo momento, y nada de ello lleva aparejado un coste adicional. El argumento de la Letrada de la Junta de Andalucía es que la cláusula está enunciada de tal manera que, salvo que el cliente diga otra cosa no se emitirá la factura en papel; es decir, que lo contractualmente establecido por defecto es la factura electrónica. El art. 63.3 de la LGDCU no exige que la regla contractual por defecto sea una u otra; tampoco que el consentimiento a recibir la factura en forma electrónica se haga de manera separada y específica, y no mediante la aceptación del contrato-tipo, en cuyo clausulado se incluye la posibilidad de optar en todo momento por una u otra forma de factura. La Ley no impone una determinada forma al consentimiento del cliente. La cláusula no llama a engaño, la libertad de elección del cliente por una forma u otra de factura no está coartada o condicionada.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 4.ª

SENTENCIA 367/2023, DE 21 DE MARZO DE 2023

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3566/2021

Ponente Excmo. Sr. LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ

En Madrid, a 21 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 3566/2021, promovido por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (CONSEJERÍA DE SANIDAD Y CONSUMO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA), representada y defendida por letrada de sus Servicios Jurídicos en virtud de la representación que legalmente ostenta, contra la sentencia de 15 de febrero de 2021, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el recurso n.º 177/2020, que estimó el recurso interpuesto contra la resolución de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Andalucía de 27 de enero de 2020.

Siendo parte recurrida PEPEMOBILE S.L. representada por la procuradora de los tribunales doña Lucía Agulla Lanza y defendida por la letrada doña Mónica Santos Arrontes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación tiene por objeto la sentencia de 15 de febrero de 2021, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

Andalucía, que estimó el procedimiento ordinario n.º 177/2020 interpuesto PEPEMOBILE, S.L. contra la resolución de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Andalucía de 27 de enero de 2020.

La sentencia ahora recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] F A L L A M O S

Que debemos estimar el recurso interpuesto por Pepemobile, S.L. representado por la Procuradora Sra. Blanco Bonilla y defendido por la Letrada Sra. Santos Arrontes contra la Resolución de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Andalucía de 27 de enero de 2020, que resuelve el recurso de alzada recaído contra la resolución de fecha 9 de octubre de 2018 del expediente: 41-000010-18- P que sanciona a Pepephone con una multa por un importe total de 60.001 €, por ser contraria al Ordenamiento Jurídico y por ello, se anula.

Se condena en costas a la parte vencida con el límite máximo de Mil euros (1.000). [...]"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de la Junta de Andalucía, presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se tuvo por personados y partes en concepto de recurrente a la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, y como recurrida a PEPEMOBILE, S.L.

CUARTO.- Por auto de 25 de mayo de 2022, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] PRIMERO.- Admitir a trámite el presente recurso de casación preparado por letrada de la Junta de Andalucía, contra la Sentencia de la Sección 1.ª, de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sevilla) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 15 de febrero de 2021 (recurso 177/2020).

SEGUNDO.- Precisar que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es que se determine, si puede considerarse válido el consentimiento expreso del consumidor en lo que respecta a la emisión de la factura vía electrónica, cuando se establezca su previsión a través de una condición general de la contratación, o es necesario un consentimiento separado y específico.

TERCERO.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, los artículos 63.3, 80.1, 82.1y 4 y 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el artículo 2bis de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información y el artículo 9.2 y la Disposición adicional primera (Deberes de facturación en otros ámbitos) del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. [...]"

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que, en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando:

"[...] que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlos y unirlos a los autos de su razón, y tenga por formulado recurso de casación contra la Sentencia de fecha 15 de febrero de 2021 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede de Sevilla en su Sección Primera, con base en las consideraciones contenidas en el cuerpo de este escrito y, tras los trámites de rigor, dicte Sentencia por la que estimando nuestro recurso, case y deje sin efecto la misma de conformidad con lo señalado por esta parte. [...]"

SEXTO.- Por providencia de 15 de septiembre de 2022, se dio traslado a la parte recurrida para que, en treinta días, formalizara el escrito de oposición.

Por la representación procesal de PEPEMOBILE S.L se presentó escrito de oposición al recurso de casación que finaliza suplicando a la Sala:

"[...] que tenga por presentado en tiempo y forma OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesta de contrario y tras los trámites oportunos, se dicte sentencia confirmando en su integridad la sentencia recurrida, y en consecuencia, se desestime la demanda en su día interpuesta. [...]"

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de 18 de enero de 2023, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para votación y fallo la audiencia del día 14 de marzo de 2023, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 15 de febrero de 2021.

Los antecedentes del asunto son como sigue. Mediante resolución de 9 de octubre de 2018, la Administración autonómica impuso una multa de 60.001 € a la entidad mercantil Pepemobile S.L., por incluir una cláusula abusiva en su contrato-tipo con los usuarios de sus servicios de telefonía móvil y acceso a Internet. Interpuesto recurso de alzada, fue desestimado por resolución de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Andalucía de 27 de enero de 2020. La cláusula tachada de abusiva por la Administración autonómica era del siguiente tenor:

"[...] El cliente consiente que PEPEPHONE le emita las facturas correspondientes al servicio en formato electrónico (Factura Electrónica), con firma digital oficial conforme a la ley vigente. Dichas facturas estarán disponibles mes a mes en el área de cliente Mipepephone, en la sección Facturas. El cliente podrá revocar este consentimiento en cualquier momento, teniendo derecho a solicitar la emisión de facturas en papel, comunicándolo formalmente mediante escrito dirigido al domicilio social de PEPEPHONE, sin quedar condicionado al pago de cantidad alguna. [...]"

El carácter abusivo, según la Administración autonómica, vendría dado por la vulneración de lo dispuesto en el art. 63.3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 (en adelante, LGDCU). Dicho precepto legal dispone:

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

Disconforme con ello, la citada entidad mercantil interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la sentencia ahora impugnada. Ésta entiende que la cláusula controvertida no contraviene lo ordenado por el art. 63.3 de la LGDCU, porque -con arreglo a dicha cláusula- la emisión

de la factura en forma electrónica queda en todo caso condicionada al consentimiento del usuario, el cual puede además modificar su preferencia al respecto en cualquier momento.

SEGUNDO.- Preparado el recurso de casación, fue admitido por la Sección Primera de esta Sala mediante auto de 25 de mayo de 2022, donde se declara como cuestión de interés casacional objetivo determinar si el consentimiento para recibir la factura en forma electrónica puede hacerse mediante aceptación de una condición general del contrato o si, por el contrario, requiere un consentimiento separado y específico.

TERCERO.- En el escrito de interposición del recurso de casación, la Letrada de la Junta de Andalucía comienza señalando que la cláusula sobre la factura del contrato-tipo de Pepemobile S.L. invierte el orden establecido en esta materia por el art. 63.3 de la LGDCU: mientras que éste condiciona la posibilidad de emisión de factura electrónica al consentimiento expreso del cliente, la cláusula utilizada por Pepemobile S.L. prevé que el cliente pueda pedir la factura en papel; lo que implica que, si nada dice, la factura se emitirá electrónicamente.

A renglón seguido observa la recurrente que lo anterior no se ve enervado por el deber legal que pesa sobre los empresarios de emitir sus facturas en forma electrónica, tal como establece el art. 2 bis de la Ley 56/2007, sobre medidas de impulso a la Sociedad de la Información; precepto legal que fue introducido por la Ley 25/2013, de impulso de la factura electrónica. Según la recurrente, esta norma tiene un ámbito subjetivo de aplicación distinto al del art. 63.3 de la LGDCU, pues se refiere principalmente a las relaciones entre empresarios. Además, el mencionado deber legal de emitir la factura en forma electrónica debe entenderse sin perjuicio de lo que disponen otras regulaciones legales especiales, como es la de defensa de los consumidores y usuarios.

En fin, tras recordar los requisitos exigidos para considerar que una cláusula es abusiva y sostener que todos ellos concurren en el presente caso, la recurrente cita varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia en apoyo de su postura y hace, asimismo, varias consideraciones estadísticas sobre la necesidad de atajar conductas empresariales que tratan de imponer la factura electrónica a sus clientes.

CUARTO.- El escrito de oposición al recurso de casación de Pepemobile S.L., tras subrayar que lo discutido en este litigio es si la cláusula controvertida puede calificarse legalmente de abusiva, observa que todos sus contratos incluyen el acceso a Internet. De aquí infiere que sus clientes tienen, en principio, familiaridad con el entorno digital y que las consideraciones estadísticas de la recurrente sobre conductas empresariales condenables no le son de aplicación.

Dicho lo anterior, la recurrida se limita a recordar que la cláusula aquí discutida es muy clara y que permite al cliente optar entre una forma u otra de factura, modificar su preferencia en cualquier momento y, además, hacerlo sin coste adicional alguno.

QUINTO.- Abordando ya el tema litigioso, esta Sala no alcanza a ver qué buena razón hay para criticar la sentencia impugnada, ni para sostener que la cláusula sobre la emisión de la factura en el contrato-tipo de Pepemobile S.L. con sus clientes contraviene lo ordenado en el art. 63.3 de la LGDCU.

Dicha entidad mercantil, demandante en la instancia y ahora recurrida, está en lo cierto cuando dice que esa cláusula no es oscura ni ambigua, que supedita la emisión de la factura en forma electrónica a la aquiescencia de cada cliente, que éste puede cambiar de parecer en todo momento y que nada de ello lleva aparejado un coste adicional. En estas condiciones, el único verdadero argumento de la Letrada de la Junta de Andalucía, ahora recurrente en casación, es que la cláusula está enunciada de tal manera que, salvo que el cliente diga otra cosa no se emitirá la factura en papel; es decir, que lo contractualmente establecido por defecto es la factura electrónica. Pero la verdad es que el art. 63.3 de la LGDCU no exige que la regla contractual por defecto sea una u otra. Tampoco exige, como se pregunta en el auto de admisión de este recurso de casación, que el consentimiento a recibir la

factura en forma electrónica se haga de manera separada y específica; y no mediante la aceptación del contrato-tipo, en cuyo clausulado se incluye la posibilidad de optar en todo momento por una u otra forma de factura. La ley, en este supuesto, no impone una determinada forma al consentimiento del cliente.

Más bien, lo relevante, como muy atinadamente ha señalado la Sala de instancia, es que la cláusula no llama a engaño y que la libertad de elección del cliente por una forma u otra de factura no está coartada o condicionada. Así las cosas, no cabe apreciar ninguna vulneración del art. 63.3 de la LGDCU ni, por consiguiente, afirmar que la cláusula aquí examinada es abusiva. Este recurso de casación no puede prosperar.

SEXTO.- A la vista de cuanto queda expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo debe ser que el art. 63.3 de la LGDCU no exige un consentimiento separado y específico del cliente para recibir la factura en forma electrónica, siempre que del clausulado del contrato-tipo resulte de manera clara que puede optar libremente y sin costes adicionales por una u otra forma de factura: electrónica o en papel.

SÉPTIMO.- Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 15 de febrero de 2021, sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.