



Roj: **STS 2247/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2247**

Id Cendoj: **28079130032024100119**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/04/2024**

Nº de Recurso: **4322/2021**

Nº de Resolución: **722/2024**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 8454/2021,**
ATS 3844/2022,
STS 2247/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 722/2024

Fecha de sentencia: 29/04/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4322/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/04/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 4322/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 722/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 29 de abril de 2024.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4322/2021, interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U., representada por el procurador D. Manuel Rincón Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Antonio Serrano Acitores, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en fecha 7 de abril de 2021 en el recurso contencioso-administrativo número 163/2019. Es parte recurrida la Junta de Andalucía, representada y defendida por la Sra. Letrada de la misma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Sección Tercera) dictó sentencia de fecha 7 de abril de 2021, desestimatoria del recurso promovido por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de fecha 18 de diciembre de 2018 que resolvía el expediente sancionador en materia de consumo 41-000055-18-P. Por dicha resolución se imponía a la demandante una sanción de multa por importe de 765.001 euros como autora responsable de la comisión de infracción por introducir cláusulas abusivas en los contratos.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 31 de mayo de 2021, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 23 de marzo de 2022 por el que se admite el recurso de casación, precisando que la cuestión en la que, en principio, 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.

En la resolución se identifican como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en los artículos 63.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre- y 9.2 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.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, quien ha presentado el correspondiente escrito, en el que tras desarrollar sus argumentaciones suplica de que se dicte sentencia por la que, de conformidad con el artículo 93.1 de la Ley de la Jurisdicción, se estime el recurso formulado y, en consecuencia, se anule la sentencia recurrida y, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, estime el recurso contencioso-administrativo de instancia, anulando la resolución impugnada.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que suplica que se desestime el recurso de casación interpuesto de contrario.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 29 de enero de 2024 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 16 de abril del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.



La mercantil Telefónica Móviles España, S.A.U. impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 7 de abril de 2021 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Sección Tercera) en materia de sanción por cláusulas abusivas en los contratos. La sentencia impugnada había desestimado el recurso contencioso administrativo que la citada empresa había interpuesto contra las sanciones impuestas por la Junta de Andalucía por inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 23 de marzo de 2022 que declaró de interés casacional 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.

Telefónica Móviles sostiene que la cláusula "Facturación" por la que se le ha sancionado no impone la factura electrónica, puesto que los usuarios pueden optar por recibir la factura en papel tanto en la contratación como posteriormente. La abogada de la Junta de Andalucía considera la sentencia conforme a derecho e insta la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

Telefónica Móviles fue sancionada por la Junta de Andalucía por una infracción muy grave en materia de consumo consistente en la inclusión de varias cláusulas abusivas en los contratos. Dichas cláusulas, en concreto las denominadas "facturación", "pago" y "suspensión temporal del servicio", se contemplaban en las condiciones generales de prestación móviles Movistar, en la oferta efectuada en las páginas web de Telefónica Móviles España. El auto de admisión del recurso de casación declaró de interés casacional exclusivamente la problemática relativa a la primera de dichas cláusulas, la relativa a "facturación", en relación con el consentimiento del cliente y consumidor para recibir la factura por vía electrónica. Ha de tenerse en cuenta que la cláusula sobre facturación presenta un elemento singular, la previsión del artículo 63.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLGDCU) en relación con el consentimiento del usuario, que no concurre en el caso de las otras dos cláusulas declaradas abusivas y dicha problemática es lo que ha justificado la admisión a trámite del recurso. Por todo ello el objeto exclusivo del recurso de casación está constituido por la cuestión relativa a la cláusula sobre facturación en relación con la factura electrónica y el consentimiento del consumidor.

Aunque en el apartado 2.2 del escrito de casación la parte se refiere a las tres cláusulas consideradas abusivas por la Administración al negar que concurren los caracteres para tal calificación y en el suplico se solicita la declaración de que no hubo cláusulas abusivas en relación con las tres así calificadas por la Administración sancionadora, el resto de la argumentación (apartado 1.1 y 3) se refieren de forma específica a la cuestión declarada de interés casacional por el auto de admisión.

En relación con la sanción por la cláusula sobre facturación, la sentencia de instancia razona del siguiente modo:

" **TERCERO.-** En relación con el fondo del asunto, la mercantil recurrente sostiene la inexistencia de las infracciones imputadas, pues no concurren en las cláusulas controvertidas los requisitos que se han de cumplir para ser consideradas abusivas, al tratarse simplemente de condiciones generales de la contratación cuyo contenido es lícito, y al haber obrado conforme a Derecho, respetando en todo momento la normativa tuitiva de consumidores y usuarios, y actuando conforme al principio de buena fe.

Pasamos a analizar las cláusulas en cuestión. En primer lugar la cláusula "Facturación", considerada abusiva al vulnerar lo dispuesto en el art. 63.3 TRLGDCU y al suponer la imposición de una renuncia o limitación de los derechos del consumidor (art. 86.7 TRLGDCU), así como por vulnerar el principio de transparencia contenido en el art. 80.1.a) TRLGDCU. Incide el acto impugnado en el texto "En el caso de elegir la domiciliación bancaria como método de pago, la contratación de este servicio conlleva la aceptación por parte del cliente de recibir la correspondiente factura en formato electrónico". Por su parte, la recurrente alega que en la propia cláusula se establece que "Sin perjuicio de lo anterior, el Cliente podrá escoger, en cualquier momento, la recepción de la factura en formato papel solicitándolo a través de www.movistar.es o mediante una llamada al Número de Atención Personal 1004"; y que con la modificación realizada en la Condición General de "Facturación" de la versión MS.CO.O/29.05.18, la cláusula en cuestión quedó redactada del modo que a continuación se expone: "En el caso de elegir la domiciliación bancaria como método de pago, la contratación de este servicio conlleva la aceptación por parte del cliente de recibir la correspondiente factura en formato electrónico, no obstante su derecho a optar por la factura en papel en la contratación." Por lo que -concluye- Telefónica no impone a los consumidores la forma de recibir su factura, ya que estos cuentan con la posibilidad de solicitar de forma totalmente gratuita la factura en papel, ya sea en el momento de la contratación en el establecimiento



correspondiente, o en cualquier momento posterior a este a través de cualquiera de los siguientes medios: (i) www.movistar.es (ii) 1004; (iii) tiendas.

Opone la Letrada de la Junta de Andalucía que se impone, que no propone, al recurrente la factura electrónica, esto es, se le señala que puede optar por el papel, mientras que la Ley, lo que recoge, según su interpretación literal, es que el consumidor no tiene que ejercitar ningún derecho de opción para recibir la factura en papel, esto es, que si nada manifiesta o sin ejercitar opción la reciba en papel ex artículo 63.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007. Por lo tanto, no se propone al recurrente la factura electrónica, y dada la naturaleza de las condiciones generales de contratación, el consumidor tan sólo puede aceptar sin reservas tales condiciones, o no contratar. Tampoco existe consentimiento del consumidor para la factura electrónica, puesto que el cliente, no ofrece un consentimiento a dicha forma de facturación, tal y como exige el artículo 63.3 que dispone que "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 en la que podrá realizarse dicha revocación". El consumidor tan sólo consiente a todas las condiciones generales de la contratación por lo que se trata de un consentimiento deducido, utilizando opciones que debería rechazar para obtener la facturación en papel.

Pues bien, el artículo 63.3 del RDL 1/2007 dispone: "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.

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

A su vez el artículo 9.2 del Real Decreto 1619/2012 indica que "La expedición de la factura electrónica estará condicionada a que su destinatario haya dado su consentimiento".

Del juego de estos preceptos entendemos que asiste la razón a la Administración demandada, pues si el consumidor no se manifiesta de manera expresa optando por la factura en papel o por la factura electrónica, la empresa no puede disponer de ese derecho del consumidor de elegir una opción u otra en base a un consentimiento tácito, imponiendo la factura electrónica y limitando así los derechos básicos del consumidor regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, es decir, por defecto se establece la factura electrónica. En este caso, la cláusula en cuestión debe calificarse como abusiva, pues ya no se propone sino que se impone la factura electrónica, en perjuicio de aquellos consumidores, varios millones, que no tienen acceso a Internet o no saben como usar la conexión. Por tanto, es un hecho real que muchos consumidores reciben factura electrónica de forma predispuesta en una cláusula general contenida en un contrato de adhesión sin haberla aceptado expresamente como exigen los artículos 63.3 del RDL 1/2007 y 9.2 del RD 1619/2012., pudiendo encuadrarse dicha cláusula 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, según el cual "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." En segundo término, la Condición General de "Facturación" de la versión MS.CO.O/29.05.18 por la que se establece la posibilidad de optar por la factura en papel fue incorporada con posterioridad a los hechos que motivaron el presente procedimiento sancionador, pero en cualquier caso, como se dijo, la norma está dando prevalencia a la factura en papel y solo cuando concurra un consentimiento expreso se podrá expedir la factura electrónica.

[...]" (fundamento de derecho tercero)

TERCERO.- Sobre la sanción por la cláusula sobre facturación.

Sostiene en casación la mercantil recurrente, como ya lo hizo en su recurso de instancia, que la cláusula sobre facturación no impone al cliente la factura electrónica. En efecto, tras la aceptación de las condiciones generales, en las que se prevé la factura electrónica en caso de optar por la domiciliación bancaria, el consumidor puede solicitar la factura en papel de forma totalmente gratuita en el propio momento de la contratación o en cualquier momento posterior en su página web, por vía telefónica (en el teléfono gratuito de atención al cliente) o en tiendas.

Asimismo, Telefónica Móviles afirma que no concurren los requisitos necesarios para declarar abusivas las cláusulas controvertidas, puesto que no producen un desequilibrio relevante entre las partes en perjuicio del consumidor y usuario. Así, el consumidor ha otorgado su consentimiento expreso para recibir la factura



electrónica al aceptar las condiciones generales de contratación, las cuales están a disposición del cliente en el momento de su firma. Por ello, sostiene la recurrente, ésta y las restantes cláusulas calificadas de abusivas cumplen con las exigencias de la Directiva 93/13, no son contrarias a la buena fe ni producen un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

La argumentación no puede prosperar debido a la exigencia del tenor literal del artículo 63.3 del TRLGDCU. Este precepto dice lo siguiente:

" **Artículo 63. Confirmación documental de la contratación realizada.**

1. En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación.

2. Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera.

3. 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.

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

Pues bien, tal y como han entendido tanto la Administración sancionadora como la Sala de instancia, el precepto legal contiene dos exigencias expresas que no han sido respetadas. La primera es que la recepción de la factura en papel es considerada un derecho incondicionado del usuario. Y, en segundo lugar, que la renuncia a dicho derecho no solo ha de ser expresa, sino que ha de manifestarse mediante un procedimiento directamente contemplado en la propia ley.

En efecto, el derecho a recibir la factura en papel, como literalmente establece la norma, es ya difícilmente compatible con la inclusión en las condiciones generales de un contrato de adhesión, cuya aceptación es forzosa e incondicionada en un primer momento en este tipo de contratación, aunque sea posible, como sucede en el caso de la oferta de Telefónica, optar tras su firma por una solución distinta.

Pero es que, además, la renuncia a dicho derecho aceptando la expedición de factura electrónica ha de ser expresa, puesto que la empresa ha de haber "obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor" y mediando un determinado procedimiento. Así, el precepto requiere que sea la empresa emisora la que solicite el consentimiento y dicha solicitud debe precisar tanto la forma de recepción de la factura electrónica como la posibilidad y procedimiento para revocar el consentimiento a recibir una factura electrónica en vez de en papel.

Como resulta evidente, el que la renuncia al derecho a recibir la factura en papel y la aceptación de la factura electrónica por parte del consumidor deba ser solicitado de manera expresa por la empresa y recabando además determinada información sobre la recepción de la factura electrónica, la revocación del consentimiento excluye absolutamente la posibilidad de que la factura electrónica sea incluida en las condiciones generales del contrato, de necesaria e incondicionada aceptación previa a cualquier cambio u opción posterior.

No cabe duda, por todo lo dicho, que la cláusula sobre facturación vulnera de manera directa lo establecido por el referido precepto legal al limitar de manera sustancial el derecho del usuario a recibir la factura en papel. Debe por ello ser considerada, como hizo la Administración sancionadora, una cláusula abusiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.7 del TRLGDCU, que califica de como tales a cualquier "renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario", además de las enumeradas previamente en los restantes apartados del propio precepto

CUARTO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con los razonamientos expuestos en el anterior fundamento de derecho hemos de desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de abril de 2021.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 y 4 se imponen las costas a la parte recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que en su caso corresponda.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la sentencia de 7 de abril de 2021 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla (Sección Tercera) en el recurso contencioso-administrativo 163/2019.
2. Confirmar la sentencia objeto de recurso.
3. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ