Centro de Estudios de Consumo

www.uclm.es/centro/cesco

LA BATALLA DEL PAPEL Y LA FACTURACIÓN ELECTRÓNICA: ALCANCE DEL ART. 63.3 LGDCU[1]

Ángel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 10 de julio de 2015

Índice del trabajo:

1. INTRODUCCIÓN; 2. FACTURAS BANCARIAS; *2.1. Definición de factura; 2.2 Definición de factura electrónica; 2.3. Comunicaciones de las entidades de crédito; 2.4 Aplicabilidad del art. 63 LGDCU; 2.5. Forma en la que deben realizarse las comunicaciones de las entidades de crédito. Conclusiones;* 3. IMPLICACIONES PRÁCTICAS DEL «CONSENTIMIENTO EXPRESO»; *3.1. Modos de manifestación del consentimiento: expreso y tácito; 3.2. La prestación del consentimiento para la recepción de facturas electrónicas; 3.3. La revocación del consentimiento expreso; 3.4 La renuncia a recibir la factura;* 4. CONCLUSIONES

1. Introducción

Desde CESCO hemos detectado un importante impacto mediático que ha adquirido últimamente la cuestión de la sustitución de la factura en papel por la factura electrónica en las relaciones contractuales con consumidores. Tenemos constancia de que ciertas entidades bancarias han informado recientemente a sus clientes de que dejarán de remitir la correspondencia por vía postal, sustituyéndose este canal de comunicación por correspondencia virtual.

Así, por ejemplo, en el caso de BBVA, según los folletos remitidos a los clientes, la modificación anunciada en abril opera automáticamente desde mediados de junio, salvo oposición previa y expresa del cliente. Si éste desea seguir recibiendo las comunicaciones por vía postal, debe llamar al número de teléfono indicado. Por tanto, la entidad no solicita el

[1] Trabajo realizado con la ayuda de financiación a Grupo de investigación del Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: GI20142888.

consentimiento, sino simplemente anuncia que a partir de determinada fecha el cliente dejará de recibir la correspondencia en papel.

En el caso del Banco Popular, la entidad «*propone dejar de remitir la correspondencia postal*». Si el cliente acepta dicha invitación, la tendrá disponible en su buzón electrónico o en la página web de la banca electrónica. Si, por el contrario, el cliente precisa seguir recibiendo las comunicaciones impresas, la entidad ruega que se lo haga saber por cualquiera de las dos vías: bien por teléfono o bien remitiendo un mensaje a la dirección electrónica indicada. En la comunicación se advierte que en caso de que el cliente precise la correspondencia en papel debe tener presente los gastos de correo.

Ciertamente, la sustitución indiscriminada de la factura en papel por la factura electrónica, sin mediar consentimiento expreso del consumidor, priva a, al menos, una cuarta parte de los hogares españoles de esta valiosa información al carecer aquellos de acceso a internet[2]. También hay que tener en cuenta que un importante porcentaje de personas mayores no han usado internet en su vida, por lo que la imposición de la correspondencia virtual en su caso supone despojarles directamente del acceso a sus facturas[3]. Y finalmente, la normativa actual no da soporte a este tipo de prácticas, como procedemos a explicar a continuación.

2. Facturas bancarias

2.1. Definición de factura

La legislación mercantil no ofrece ninguna definición del concepto de factura, ni siquiera el Código de Comercio establece normas específicas a este respecto. En relación con su vinculación con el objeto del contrato, GARRIGUES la definía como la «*lista de mercancías objeto de un contrato con la mención de sus características (naturaleza, calidad y tipo), su precio y su cantidad*». Por lo que respecta a su valor probatorio en el proceso civil, la jurisprudencia considera la factura como el documento probatorio de las mercancías o servicios prestados que sirve como requerimiento de pago por parte del acreedor al deudor. De conformidad con este carácter probatorio de una operación mercantil, la LOCM configura la factura como una obligación del contrato al estipular en su art. 11.2 que *«(…) cuando la perfección del contrato no sea simultánea con la entrega del objeto o cuando el comprador tenga la facultad de desistir del contrato, el comerciante deberá expedir factura, recibo u otro documento análogo en el que deberán constar los derechos o garantías especiales del comprador y*

[2] Según la encuesta del INE de 2014, el 74,4% de los hogares dispone de conexión a Internet. Fuente: http://www.ine.es/prensa/np864.pdf

[3] EL PAÍS, *El 64% de los mayores de 55 años no ha visitado Internet en su vida*, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/23/actualidad/1372020659_242125.html

la parte del precio que, en su caso, haya sido satisfecha». Asimismo, establece que «*las facturas se entenderán aceptadas en todos sus términos y reconocidas por sus destinatarios, cuando no hayan sido objeto de reparo en el plazo de los veinticinco días siguientes a su remisión*» (art. 14.2.II LOCM). También la legislación procesal civil hace referencia al concepto de factura, en particular, como documento válido para acreditar una deuda dineraria líquida, determinada, vencida y exigible (art. 812.1.2ª LEC).

En cualquier caso, es en la legislación fiscal donde se encuentran las mejores referencias al concepto de factura y, especialmente, en materia de fiscalidad indirecta. Por un lado, la LGT configura la factura como obligación tributaria formal impuesta a los obligados tributarios en su art. 29.2.e, que impone «*la obligación de expedir y entregar facturas o documentos sustitutivos y conservar las facturas, documentos y justificantes que tengan relación con sus obligaciones tributarias*». Por otro lado, la factura constituye el documento a través del cual se efectúa la repercusión del IVA (art. 88. Dos LIVA), así como el documento cuya posesión faculta a su destinatario para practicar la deducción de las cantidades soportadas (art. 97. Uno LIVA). Sin embargo, esta regulación no ofrece una definición de factura, como tampoco lo hace la Directiva 112/2006/CE de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, que en su art. 218 («*concepto de factura*») se limita a precisar que «*los Estados miembros aceptarán como factura cualquier documento o mensaje en papel o en forma electrónica que cumpla las condiciones determinadas por el presente capítulo*». Entre estas condiciones, encontramos su carácter obligatorio en las entregas de bienes o prestaciones de servicios y pagos adelantados de unas y otros (art. 220 Directiva 112/2006/CE), y la incorporación de un contenido mínimo (art. 226 Directiva 112/2006/CE).

De conformidad con ello, el art. 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 (en adelante, RD 1619/2012), en relación con el art. 164.Uno.3ª LIVA, establece que «*los empresarios o profesionales están obligados a expedir factura y copia de esta por las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realicen en el desarrollo de su actividad, incluidas las no sujetas y las sujetas pero exentas del Impuesto, en los términos establecidos en este Reglamento y sin más excepciones que las previstas en él*». Así, el art. 3.2 del RD 1619/2012 puntualiza que no será obligatorio expedir factura «*cuando se trate de las prestaciones de servicios definidas en el artículo 20.uno.16.º y 18.º, apartados a) a n) de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido*», entre las que se hallan los depósitos en efectivo en sus diversas formas, incluidos los depósitos en cuenta corriente y cuentas de ahorro (exención que no se extiende a los servicios de gestión de cobro de créditos, letras de cambio, recibos y otros documentos); la

concesión de créditos y préstamos en dinero; las operaciones, incluida la gestión, relativas a préstamos o créditos; las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago, etc. En conclusión, cabe avanzar que las entidades financieras no están obligadas a emitir «*facturas*» por las operaciones señaladas. Por lo demás, tampoco existe obligación de emitir factura en supuestos en que no existe operación a efectos de IVA, esto es, cuando no se trate de «*entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional*» (art. 4 LIVA).

En fin, podemos concluir que **la factura es un documento probatorio del acuerdo de la entrega de bienes y prestaciones de servicios (y sus características esenciales) realizadas o a realizar por empresarios o profesionales con carácter oneroso, y del precio percibido o a percibir como contraprestación**.

2.2. Definición de factura electrónica

La Directiva 2001/115/CE el Consejo, de 20 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE con objeto de simplificar, modernizar y armonizar las condiciones impuestas a la facturación en relación con el impuesto sobre el valor añadido, simplificó y armonizó la expedición de facturas en el ámbito del IVA impulsando la facturación electrónica. El RD 1496/2003 de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, el RD 1496/2003), traspuso dicha Directiva al ordenamiento nacional, que como aquélla, establecía los requisitos de su expedición sin ofrecer aún ninguna definición específica (aún no existía si quiera el concepto de factura electrónica, sino que se hablaba de remisión electrónica de la factura).

Será la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (en adelante, la LMISI), la norma que aporte una definición legal de **factura electrónica** como *«(…) **documento electrónico que cumple con los requisitos legal y reglamentariamente exigibles a las facturas y que, además, garantiza la autenticidad de su origen y la integridad de su contenido, lo que impide el repudio de la factura por su emisor***» (art. 1 LMISI). Finalmente, el RD 1619/2012, que transpuso la Directiva 2010/45/UE por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta a las normas de facturación, define «*factura electrónica» como «aquella factura que se ajuste a lo establecido en este Reglamento y que haya sido expedida y recibida en formato*

electrónico» (art. 9). Siguiendo a GRACIA GARCÍA se trata de un «*documento electrónico tributario, con significado mercantil, que debe expedirse en aquellos casos en que lo exige la normativa fiscal por las operaciones de entrega de bienes o prestaciones de servicios realizados, que sirve de prueba de dichas operaciones y que es generado por medios informáticos en formato electrónico; que reemplaza al documento físico en papel y que conserva su mismo valor y efectos legales, e incorpora determinadas condiciones de seguridad proporcionadas por certificados digitales*». En esencia, es el equivalente funcional de la factura en papel que se remite por medios electrónicos y que posee unas características que aseguren su autenticidad e integridad (por ejemplo, mediante firma digital con certificados reconocidos).

En relación a los requisitos para la remisión de facturas por vía electrónica, el art. 17 del RD 1496/2003 exigía la aceptación expresa del destinatario al establecer que *«[L]a obligación de remisión de las facturas o documentos sustitutivos podrá ser cumplida por cualquier medio y, en particular, por medios electrónicos, siempre que en este caso el destinatario haya dado su consentimiento de forma expresa y los medios electrónicos utilizados en la transmisión garanticen la autenticidad del origen y la integridad de su contenido*». Sin embargo, el art. 9.2 del RD 1619/2012, que derogó el antes citado, exige únicamente el previo consentimiento del destinatario –no necesariamente expreso- al rezar *«[L]a expedición de la factura electrónica estará condicionada a que su destinatario haya dado su consentimiento».*

El emisor de la factura electrónica, al igual que si fuera en papel, tiene la obligación de conservar copias de la misma durante el plazo previsto en la Ley General Tributaria, de acuerdo con el art. 19.1 a) RD 1619/2012. El artículo 29.2, letra e) de la Ley General Tributaria, establece para los empresarios y profesionales la obligación de conservar las facturas, documentos y justificantes que tengan relación con sus obligaciones tributarias. Por su parte, el artículo 165.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece que dichos documentos deberán conservarse durante el plazo de prescripción del impuesto. Y con carácter general, el derecho de la Administración a exigir el pago de las deudas tributarias prescribe a los cuatro años (art. 66 LGT).

2.3. Comunicaciones de las entidades de crédito

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (en adelante, la LSP), establece en su art. 18 los requisitos de información aplicables a los servicios de pago especificando que *«[E]l proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, toda la información y condiciones relativas a la prestación de los servicios de pago que en desarrollo de esta*

Ley se fijen (...)». De forma amplia determina la obligación del proveedor de servicios de pago de facilitar toda la información de forma «*fácilmente accesible*» para el usuario. Esta facilidad de acceso redirecciona el requisito de forma de entrega de la información a elementos y circunstancias subjetivas del usuario, pues qué sea fácilmente accesible para el usuario dependerá, esencialmente, de la infraestructura comunicativa y medios de comunicación de los que disponga o a los que tenga acceso.

Por su parte, el art. 19.2 LSP estipula, en relación a los gastos que pueden ser repercutidos excepcionalmente a los usuarios por la recepción de la información, que *«[E]l proveedor y el usuario de servicios de pago podrán acordar que se cobren gastos por la comunicación de información adicional o más frecuente, o por la transmisión de ésta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario del servicio de pago»*. Por lo que importa a este trabajo, se faculta al proveedor de servicios de pago al cobro de los gastos ocasionados como consecuencia de la transmisión de información por medios distintos a los especificados en el contrato marco. Ello supone que, en última instancia, es en el contrato marco donde se pactará la forma de comunicación de la información relativa a los servicios de pagos a la que queda vinculado el proveedor. En cualquier caso, si el proveedor decidiere modificar la forma de comunicación pactada en el contrato marco (modificación de las condiciones del contrato marco) deberá proponerlo de manera individualizada y en papel u otro soporte duradero, con una antelación no inferior a dos meses, advirtiendo al usuario que, de no oponerse antes de la fecha de entrada en vigor de la modificación, se considerará que ha aceptado la modificación (art. 22 LSP). Ello significa que, para la modificación del contrato marco, se permite la aceptación del usuario mediante una manifestación tácita de su consentimiento.

En este contexto, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, La Orden EHA/2899/2011), dispone que cuando la entidad de crédito tenga derecho a modificar unilateralmente cualquier término de un contrato de servicio bancario (excluidos los servicios de pago), deberá comunicarlo al cliente con una antelación mínima de un mes, si la duración inicial del contrato excede de este plazo, salvo que la modificación fuese favorable al cliente, en cuyo caso podrá aplicarla inmediatamente (art. 8.2).

Asimismo, la Orden EHA/2899/2011 establece en su art. 8.3 la obligación de facilitar a sus clientes en cada liquidación de intereses o comisiones que practiquen por sus servicios, un documento de liquidación que contenga la información precisa sobre la liquidación y el coste de la operación, así como los impuestos retenidos –en su caso- En el Anejo 4 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de

crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (en adelante, Circular), se incluyen los modelos normalizados de estas comunicaciones.

Por otro lado, la Circular determina en su norma undécima.3 la obligación de las entidades de crédito de proporcionar gratuitamente a sus clientes, como mínimo mensualmente, el extracto de todos los movimientos producidos en sus cuentas corrientes, salvo en el supuesto de que no se hubiera producido ningún movimiento dicho mes. La información mínima que deben contener estos extractos se halla en el Anejo 4 de la Circular. Sin embargo, no se establece ningún requisito específico respecto a la forma en que deben realizarse estas comunicaciones (liquidaciones y extractos) al prescribir el apartado 5 de la norma undécima de la Circular que se facilitarán «*en la forma convenida por las partes*». Con todo, esta remisión al acuerdo de voluntades resulta restringida por la precisión «*siempre que permita al cliente almacenar la información y reproducirla sin cambios*»; es decir, la forma de comunicación que pueden acordar las partes debe permitir al cliente, en todo caso, almacenar la información y reproducirla sin cambios. En suma, el modo en que se practiquen dichas comunicaciones deberá haberse pactado en el contrato marco, permitiéndose una pluralidad de modos de efectuar las comunicaciones, a diferencia de la derogada Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, cuya norma séptima únicamente permitía la remisión de las citadas comunicaciones de forma electrónica a solicitud del cliente o si así se contemplaba en el contrato, lo que muestra la intención del legislador de fomentar la utilización de los formatos electrónicos de comunicación.

Así las cosas, debemos diferenciar dos tipos de comunicaciones que debe realizar la entidad de crédito a sus clientes:

i. **Documentos de liquidación**: estos documentos tienen la finalidad de informar a los clientes de las liquidaciones de intereses o comisiones que practiquen las entidades por la prestación de sus servicios, incluidos los impuestos retenidos por la operación. Es decir, documentan la prestación de un servicio que tiene consideración de operación a efectos de IVA de conformidad con el art. 4 LIVA citado ut supra, lo que generaría en la entidad de crédito la obligación de emitir una factura de no ser por las excepciones previstas en el art. 3.2 del RD 1619/2012. Más aún, el art. 2.2 del RD 1619/2012 establece que *«[L]os gastos y deducciones por operaciones realizadas por entidades de crédito podrán justificarse a través del documento, extracto o nota de cargo expedido por la entidad en el que consten los datos propios de una factura salvo su número y serie»*. Ello significa que en el ámbito financiero los documentos entregados por

las entidades de crédito serán equivalentes a la factura como elemento probatorio, siempre y cuando contenga el contenido propio de una factura a excepción de su número y serie, lo cual va unido a las exenciones de la obligación de emitir factura del art. 3.2 del RD 1619/2012 en relación con el art. 20.Uno.18º LIVA. Todo lo expuesto nos conduce a concluir que los documentos de liquidación constituyen facturas o, mejor, documentos asimilados a las facturas, a los que debe aplicarse plenamente el régimen previsto para aquellas.

ii. **Extracto de movimientos de cuentas corrientes**: se trata de documentos meramente expresivos de los movimientos habidos en la cuenta durante el mes de referencia. No informan de la prestación de ningún servicio *strictu sensu* al cliente y, en ningún caso, de carácter oneroso (como exigiría el art. 4 LIVA para considerar la existencia de una operación que pudiera hacer nacer la obligación de emitir una factura). Por tanto, comprendemos que estos documentos no pueden ser asimilados a las facturas ni sometidos a su régimen.

Con todo, existen servicios de pagos o productos bancarios que, por sus condiciones, generan intereses o comisiones sólo en determinadas circunstancias. En tales casos, las comunicaciones relativas al producto podrán calificarse como documentos de liquidación en unos casos, o como extractos en otros. Así, por ejemplo, las tarjetas de crédito suelen devengar intereses remuneratorios exclusivamente cuando se proyecte el pago más allá del horizonte de un mes. De conformidad con lo expuesto, las comunicaciones relativas a la tarjeta de crédito que no contengan la prestación onerosa de ningún servicio (disposiciones pagaderas antes del transcurso de un mes) tendrán consideración de extractos de movimientos. Por el contrario, aquellas comunicaciones que alberguen información relativa a la prestación de un servicio oneroso con expresión de las cuantías devengadas (intereses remuneratorios, moratorios, comisiones e impuestos –en su caso-) tendrán la consideración de documentos de liquidación. En fin, en materia de tarjetas de crédito, sólo las comunicaciones que contengan información relativa a la liquidación de intereses o al cobro de comisiones, tendrá carácter de documento de liquidación y, en consecuencia, únicamente ellos serán documentos asimilados a las facturas.

2.4. Aplicabilidad del art. 63 LGDCU

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, Ley 3/2014), ha introducido en un nuevo apartado 3 en su art. 63 quedando redactado como sigue:

> *«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».*

La modificación operada en el citado artículo comporta la inclusión de una mención específica del derecho del consumidor a obtener la factura en formato papel, detallando que la entrega de factura electrónica a un consumidor exigirá su consentimiento expreso, a diferencia del consentimiento que se exigirá a personas que no ostenten la condición de consumidor, en cuyo caso bastará su consentimiento (incluso tácito) de conformidad con el art. el art. 10 del RD 1619/2012.

Los apartados 1 y 2, que componían el art. 63 antes de la reciente reforma de la Ley 3/2014, hacen referencia a la obligación del empresario o profesional de documentar el contrato celebrado, incluida la contratación electrónica y telefónica. Esta documentación del contrato puede efectuarse en distintos formatos (recibo, factura, o documento acreditativo) estableciendo la equivalencia con la forma escrita de cualquier otro soporte duradero. Ahora bien, con GARCÍA VICENTE debemos entender que el legislador distingue entre la forma *«escrita»* y *«cualquier otro soporte de naturaleza duradera»*, empleando diversas denominaciones. En el caso particular del art. 63, las

denominaciones con las que significa forma escrita son *«recibo justificante, copia o documento acreditativo»* (entre los que cabía incluir la factura) y *«escritura pública»*. Por otro lado, la obligación del profesional o empresario de emitir factura, recibo o documento análogo (albarán de entrega, tique de compra o resguardo acreditativo) en materia de contratación con consumidores tiene como finalidad acreditar la celebración del contrato y sus principales rasgos, así como valor justificativo del cumplimiento de la prestación de ambas partes o de alguna de ellas. Esta obligación de entregar un documento justificativo concreta una exigencia de la buena fe contractual, toda vez que corresponde al deudor la carga de la prueba del pago, resultando razonable, pues, que el acreedor se obligue a documentar de algún modo el pago recibido.

Con la reforma operada por la Ley 3/2014 se singulariza la obligación de entregar la factura, que se hallaba implícita en la general enumeración *«recibo justificante, copia o documento acreditativo»;* por varios motivos:

i. Se configura la entrega de factura como una obligación específica y cumulativa a las anteriores, que no puede ser cumplida por ninguno de esos documentos justificativos. El consumidor tendrá derecho, ahora, a la recepción de un documento acreditativo de la contratación realizada y, además, de la factura.

ii. La factura es ahora tratada en sentido estricto, no como documento justificativo de la contratación, sino como documento tributario a cuya expedición están obligados determinados profesionales y empresarios, en los términos expuestos en el apartado 1.1 de este trabajo.

iii. Se introduce en la normativa de consumidores las modificaciones operadas en materia de obligaciones de facturación (RD 1619/2012), introduciendo en la LGDCU la *«nueva»* modalidad de facturación, a saber, la factura electrónica, pues se entendía que con la expresión *«recibo justificante, copia o documento acreditativo»* (en la que se comprendía la factura) el legislador hacía referencia a documentos *«escritos»* o en soporte papel.

En esencia, se trata de dar cabida a los dos formatos de expedición de facturas electrónicas en la LGDCU, estableciendo una preferencia o principio de subsidiariedad respecto a la factura en papel, que constituye el derecho primigenio del consumidor, que podrá ser mutado a la recepción de la factura electrónica si, y sólo si, en el consumidor presta su consentimiento expreso.

2.5. *Forma en la que deben realizarse las comunicaciones de las entidades de crédito. Conclusiones*

En opinión del que suscribe esta nota, la determinación de la forma en que deben efectuarse las comunicaciones bancarias depende de la naturaleza de dichas comunicaciones, siendo así que aquellas comunicaciones que tengan naturaleza compartida con las facturas estarán sometidas a su régimen, y, aquellas que no puedan calificarse como facturas deberán remitirse como prescriba su normativa sectorial. Por tanto, la conformidad con la normativa vigente de las diferentes campañas de sustitución de las comunicaciones postales que hemos citado en la introducción a este artículo dependerá de la naturaleza de las mismas, y así:

a. **Documentos de liquidación**: como tuvimos ocasión de exponer en el apartado 1.3, son documentos asimilados a las facturas, por lo que, su remisión deberá realizarse:

- *Contratación con consumidores*: en virtud del art. 63.3 LGDCU la entrega del documento de liquidación deberá realizarse en soporte papel, sin poder constituir ello ningún coste para el consumidor. Tan sólo podrá expedirse la factura electrónica previo consentimiento expreso del consumidor (consentimiento que requiere una manifestación activa y positiva del consumidor, a diferencia del consentimiento tácito o presunto).
- *Contratación con no consumidores*: de conformidad con la norma undécima 5 de la Circular, en relación con el art. 9.2 del RD 1619/2012, la remisión del documento de liquidación podrá efectuarse en la forma convenida por las partes, estando condicionada su expedición en formato electrónico al consentimiento del destinatario (consentimiento que podrá ser tácito).

b. **Extractos de movimientos de cuentas corrientes**: estas comunicaciones deberán realizar según la forma convenida en el contrato marco, que debe permitir, en todo caso, almacenar la información y reproducirla sin cambios (norma undécima 5 de la Circular). En caso de que el método pactado fuera el formato papel, y la entidad tuviera derecho de modificación unilateral del pacto, deberá ésta comunicarlo al cliente en un plazo mínimo de un mes, art. 8.2 de la Orden EHA/2899/2011. Si se tratare de modificaciones de un contrato marco de un servicio de pago, el art. 22 LSP impone la previa comunicación con una antelación de dos meses, cabiendo el consentimiento tácito del cliente si no manifestara su oposición antes de la entrada en vigor de la modificación.

c. **Documentos mixtos**: en cuanto a la forma de remisión de la documentación, podemos incluir una nueva categoría, consecuencia la práctica bancaria, a saber, el envío conjunto en un mismo documento de información relativa a liquidaciones de operaciones y a meros movimientos. En estos casos, la entidad podrá optar entre:

- *Continuar con el envío conjunto de dichas comunicaciones*, en cuyo caso serán asimiladas a las facturas, teniendo derecho el consumidor a obtener tales comunicaciones en soporte papel (criterios del art. 63.3 LGDCU), por no poderse sustraer el contenido de las liquidaciones a su naturaleza *«facturable»*. Esta extensión de la naturaleza de documento de liquidación a todo el documento, incluida la parte informativa de los movimientos, es coherente con el principio pro consumidor, que impone la interpretación a favor del consumidor de las normas de protección de este colectivo, así como la interpretación estricta de sus excepciones (art. 51 CE).
- *Proceder a la separación de dichas comunicaciones*, caso en el que las comunicaciones deberán efectuarse de conformidad con las reglas de las dos principales categorías de comunicaciones bancarias, a saber, documentos de liquidación y extractos de movimientos.

3. Implicaciones prácticas del «*consentimiento expreso*»

3.1. Modos de manifestación del consentimiento: expreso y tácito

El consentimiento es un acto valorativo de manifestación expresa o tácita de la voluntad. La diferencia entre el consentimiento expreso y el consentimiento tácito radica en la forma en que se exterioriza la declaración de voluntad. En el primer caso se realiza en forma directa y explícita por medio de la palabra hablada, escrita, o mediante alguna acción positiva del sujeto en este sentido; en el segundo caso se deduce de actos o hechos que revelen declaración de voluntad.

La manifestación del consentimiento tácito habitualmente se regula como la ausencia de oposición del sujeto a la circunstancia sobre la que deba manifestar su voluntad. Es decir, el silencio puede constituir una forma de consentimiento tácito, cuando lo normal es que alguien hable, o se manifieste al menos contrario a seguir con el negocio que a través de sus hechos externos parece evidentemente que está concluyendo. Así ocurre, por ejemplo, en el art. 14.2 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, por el que en determinadas circunstancias podrá considerarse concedido el consentimiento del sujeto para el

tratamiento de sus datos si no se opone a ello en treinta días. Lo mismo sucede en el art. 22 LSP, que permite considerar otorgado el consentimiento del cliente si no se opusiera a la modificación propuesta del contrato marco antes de la fecha prevista para su entrada en vigor. Con todo, el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura la conformidad del agente, exigiéndose además la realidad de un acto que ponga de relieve su deseo o voluntad sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial en materia de aceptación tácita de realización de obras o instalaciones en elementos comunes en el marco del régimen de propiedad horizontal ha reiterado que «*el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente, sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento, por requerirse actos de positivo valor demostrativo, de una voluntad determinada en tal sentido, exigiendo el consentimiento tácito la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones en ese carácter meramente negativo del silencio, que sólo adquiere relevancia jurídica cuando de antemano es tenido en cuenta por la Ley para asignarle un cierto efecto (...) el silencio absoluto no es productor de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o voluntad de las partes se le reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado sólo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad*» (recopilación doctrinal efectuada en la STS de 19 diciembre 1990, RJ 1990\10287).

En otro orden de cosas, la STS (Sala de lo Social) de 22 diciembre 2010 (RJ 2011\1609) expresa que «*[L]a doctrina civilista admite sin restricciones el consentimiento tácito, siempre que ello pueda inferirse con claridad de la conducta de la correspondiente parte contratante, de tal suerte que esta inferencia sea lógica y se ajuste a lo prevenido en los arts. 1249 y 1253 del Código Civil, (...) el consentimiento puede ser expreso, tácito y presunto, pudiendo también considerarse como manifestación de voluntad el silencio cuando el que calla debe hablar; el consentimiento tácito exige la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente, pudiendo inferirse de los "facta concludentia" o actos claros e inequívocos que revelen la voluntad de consentir; y en la STS-1ª de 26 de Mayo de 1986 (RJ 1986, 2822) puede leerse que "existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que, al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como*

expresión de la voluntad interna; en definitiva, se trata de los llamados hechos concluyentes ("facta concludentia") y, como tales, inequívocos que, sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir, lo da a conocer sin asomos de duda».

De esta doctrina jurisprudencial podemos inferir las siguientes reglas respecto a la manifestación del consentimiento:

i. El consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura la conformidad del agente;

ii. El carácter negativo del silencio (falta de oposición) sólo tiene relevancia jurídica cuando así sea previsto normativamente o en acuerdo inter partes; cuando, junto a hechos positivos precedentes permita inferir la voluntad del sujeto; o cuando el que calle debiera hablar;

iii. El consentimiento tácito cursa como una modalidad de los hechos concluyentes, que se producen cuando el sujeto, sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que, al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna;

iv. A *sensu contrario,* el consentimiento expreso será, a grandes rasgos, aquel que se manifieste positivamente por el sujeto, de forma verbal, escrita, o mediante los mecanismos ofrecidos en el seno de la contratación electrónica o en otro soporte. En este sentido, el nuevo art. 101.1 («*consentimiento expreso*») de la LGDCU explicita que *«[E]n ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación podrá considerarse como aceptación de ésta*». Este artículo insiste en la imposibilidad de considerar consentimiento expreso el derivado de la inactividad, silencio o actitud pasiva del consumidor (caracteres propios del consentimiento tácito), lo que comporta la exigencia de una acción positiva del consumidor para el otorgamiento del consentimiento expreso.

3.2. La prestación del consentimiento para la recepción de facturas electrónicas

En relación con los requisitos de prestación del consentimiento para la recepción de facturas electrónicas, debe atenderse Informe de la Dirección General de Tributos sobre la forma en que el destinatario de la factura electrónica debe prestar su consentimiento, de 16 de enero de 2013. El art. 9.2 del RD 1619/2012 exige para la remisión de facturas electrónicas, exclusivamente, el consentimiento (incluido tácito, al no efectuarse ninguna matización) del destinatario. Dicho informe hace manifiesto que la propia

Comisión Europea ha interpretado el precepto referido en sus notas aclaratorias sobre la interpretación de los artículos de la directiva armonizada en materia de facturación, con el siguiente tenor: *«[D]ado que procede aplicar el mismo trato a la facturación en papel y la facturación electrónica, para determinar la aceptación de una factura electrónica por el destinatario se podrían aplicar criterios similares a los que se aplican para determinar la aceptación de una factura en papel. Cabe citar, entre otros, cualquier aceptación por escrito, ya sea formal o no, o el acuerdo tácito mediante, por ejemplo, el procesamiento o el pago de la factura recibida».*

De conformidad con ello, la Dirección General de Tributos sostiene que *«[E]s evidente que habiendo quedado superada la necesidad de que el consentimiento se realice, en todo caso, de forma expresa y se formalice en un documento escrito, la aceptación, tal y como establece la Comisión Europea en su nota aclaratoria, podrá ser expresa o tácita. No obstante, la necesidad de que el destinatario disponga de los conocimientos y equipos necesarios para la recepción de la factura electrónica precisa que esta aceptación expresa o tácita constituya un consentimiento informado, pues necesariamente aquel que estuviera recibiendo las facturas en papel deberá haber tenido que ser previamente informado por ese mismo medio por parte del expedidor de, que a partir de la fecha en que quede constancia de su aceptación, se procederá a la remisión de facturas en formato electrónico. El consentimiento informado deberá precisar la forma en que una vez aceptado se procederá a recibir la factura electrónica, así como, la posibilidad de que el destinatario, que haya dado su consentimiento expreso o tácito pueda revocarlo y la forma en que podrá realizarse esa revocación. (…) Será necesaria la constancia expresa (por ejemplo, mediante la remisión expresa de la aceptación o, en su caso, de la no aceptación, de la factura electrónica) o tácita (por ejemplo, mediante la constatación de que el destinatario ha accedido a la página web o portal electrónico del expedidor en el que se ponen a su disposición la facturas electrónicas y no ha comunicado su rechazo a la recepción de las facturas electrónicas) de que el destinatario ha dado su consentimiento informado a la factura electrónica».*

En suma, el consentimiento que debe manifestar el destinatario de una factura electrónica que no ostente la condición de consumidor:

i. Habrá de ser un consentimiento informado; es decir, previamente debe haber sido informado de la forma de remisión de facturas electrónicas, la fecha a partir de la cual se procederá a la expedición electrónica, la forma en que debe manifestar su consentimiento o, en su caso, cuándo se entenderá que éste ha sido prestado, y el procedimiento para revocar dicho consentimiento;

ii. Podrá ser expreso o tácito;

iii. Se acepta como consentimiento tácito en este ámbito el procesamiento o el pago de la factura recibida por medios electrónicos, la constatación del acceso por parte del destinatario a la factura electrónica a través del portal del expedidor, la no oposición a la recepción electrónica, etc.;

iv. Se considera consentimiento expreso la remisión documental –por cualquier medio escrito formal o no formal- de la aceptación, etc.;

v. En cualquier caso, será necesario que el destinatario disponga de los conocimientos y equipos necesarios para la recepción de la factura electrónica.

El art. 63.3 LGDCU ofrece una **protección reforzada a los consumidores en materia de aceptación de la percepción de facturas electrónicas**, al exigir la manifestación expresa de su consentimiento en este sentido, a diferencia del art. 9.2 del RD 1619/2012. Lo cierto es que el art. 63.3 LGDCU contiene alguna previsión de lo que, en materia de consumidores, se requerirá para recabar el consentimiento expreso del consumidor al expresar que *«[L]a 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*»:

i. El empresario o profesional deberá ofrecer una solicitud del consentimiento (previsiblemente en modelos normalizados);

ii. Dicha solicitud deberá contener la forma de recepción de la factura electrónica y la opción de revocación que asiste al consumidor, así como la forma de ejercerla;

iii. El hecho de que la «*solicitud*» deba precisar dicha información parece indicar que deberá otorgarse en forma escrita o en soporte duradero (grabación) en la que se adviertan dichas circunstancias, y se recabe el consentimiento del consumidor mediante firma manuscrita, firma electrónica, grabación en la que manifieste verbalmente su asentimiento, el marcado de una casilla marcando una casilla de opt-in, etc.;

iv. Con todo, ni este precepto ni el art. 60 bis (que se refiere a otra hipótesis de «*consentimiento expreso*») requieren que el consentimiento expreso se preste en documento separado de aquel donde se contiene la aceptación del consumidor al contrato;

v. La carga de la prueba de que se ha obtenido ese consentimiento recae en quien afirma que este consentimiento existe, esto es, en la contraparte no consumidora.

En este contexto, merece la pena destacar que las opciones de inclusión («*opt-in*») constituyen un mecanismo de manifestación expresa del consentimiento del usuario, al deber ejercer una acción positiva para la manifestación de su voluntad, como es seleccionar una casilla que previamente no estaba marcada. Pero repárese que el mecanismo de selección opt-in no puede ser a su vez electrónico, salvo que el consumidor haya aceptado que el contrato se documente en un soporte duradero, o sea él quien inicie el proceso de contratación on-line o de cambio de condiciones de comunicación a través de la página web del prestador de servicios. Por el mismo motivo, la opción por defecto (que se produce cuando la casilla aparece premarcada, de forma que, de no desmarcarla, se entiende que el usuario consiente) no constituye una manifestación expresa del consentimiento, sino tácita, toda vez que el consentimiento no requiere del usuario ninguna acción positiva, sino más bien lo contrario, es la denegación del consentimiento lo que requiere una actitud activa del sujeto. En otras palabras, cuando el consentimiento expreso pretenda obtenerse mediante el procedimiento de "marcaje en casilla", ésta no podrá ser entregada al cliente previamente marcada; se trata de una aplicación analógica razonable extraída de lo dispuesto en el art. 15 del RD 1720/2007, que aprueba el desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos personales.

¿Existe un consentimiento expreso cuando éste se ha prestado mediante la suscripción de una condición general de la contratación (cláusula individualmente no negociada), aceptada y cubierta por la firma del contrato? ¿Hace falta un consentimiento no sólo "expreso" sino "separado"?. ¿Bastaría que la cláusula predispuesta en que se "consiente" la facturación electrónica estuviera especialmente "destacada" dentro del formulario? En mi opinión, no se trata de un asunto relativo al "destaque" de la cláusula, sino si ha de estar o no cubierta por la misma firma con la que se cubren el resto de las condiciones generales. Creemos que no basta, porque entonces el consentimiento no es más expreso por ello que el que se presta al resto de cláusulas predispuestas. Todavía más, creo que no es bastante que esté cubierta la cláusula por la misma firma del contrato, porque de otra forma el consumidor no tendría más opción que aceptar la facturación electrónica si quiere aceptar el contrato como un todo. En consecuencia, es precisa una opción de consentimiento especial, que puede ser un marcaje positivo de una casilla o una firma específica. Salvo que el empresario – que pretende que basta la firma del contrato- pruebe que la cláusula en cuestión ha sido objeto de negociación individual con el cliente.

La disponibilidad por la empresa de la dirección electrónica del cliente no equivale a consentimiento expreso. Tampoco el ingreso del cliente en el "área reservada" de la web de la firma.

3.3. La revocación del consentimiento expreso

El art. 63.3 de la Ley de Consumidores no regula el procedimiento por el que se podrá emitir y recibir la orden de revocación del consentimiento expreso prestado por el consumidor. A tal efecto consideramos aplicable por analogía el art. 17 del RD 1720/2007. La revocación ha de poder realizarse por un medio sencillo, gratuito, que no implique ingreso alguno para el operador ni coste adicional para el cliente. Además, el consumidor debe ser informado de que su consentimiento es libremente revocable, así como de la forma en la pueda hacerlo para que su revocación surta efectos.

3.4. La renuncia a recibir la factura

La cláusula contractual que contenga una renuncia a recibir factura o cualquier otro documento acreditativo de la operación se considera abusiva, en virtud del art. 86.6 LGDCU. No obstante, lo que sanciona el legislador en esta disposición es la renuncia anticipada y general, y no la eventual renuncia posterior a la celebración del contrato. Por tanto, la norma presume la falta de libertad y consciencia del consumidor al tiempo de la renuncia simultánea a la celebración del contrato, pero no impide que luego éste pueda decidir no recibir la factura.

4. Conclusiones

1. No todas las comunicaciones efectuadas por las entidades de crédito a sus clientes pueden ser consideradas facturas. En concreto, los extractos de movimientos de cuentas corrientes, toda vez que no documentan la prestación de un servicio a título oneroso de la entidad, no pueden ser considerados ni asimilados a las facturas, sino que constituyen una obligación específica de información de las entidades de crédito impuesta en la norma undécima.3 de la Circular.

2. Por este motivo, los extractos de movimientos de cuentas corrientes no se hallan dentro del régimen de aplicación del nuevo art. 63.3 LGDCU, no siendo, por ende, obligatorio para la entidad de crédito entregar los reiterados extractos de movimientos de cuentas corrientes en soporte papel.

3. La forma en que dichos extractos hayan de ser remitidos por la entidad debe estar determinada en el contrato marco; si la entidad deseara modificar la forma de remisión de información al cliente establecida en tal contrato marco, ésta deberá advertir al cliente en un plazo mínimo de un mes (art. 8.2 de la Orden EHA/2899/2011) si tuviera derecho a la modificación unilateral; o de dos meses si se tratara de un contrato marco de un servicio de pago (22 LSP). En ambos casos, cabrá modificar la forma de comunicación mediante el consentimiento tácito del consumidor, en el primer caso porque no se prohíbe lo contrario; y en el segundo, porque se prevé específicamente que se entenderá otorgado su consentimiento si no manifestara su oposición antes de la entrada en vigor de la modificación. En estos casos, la manifestación tácita del consentimiento tendrá lugar mediante la no oposición o silencio del cliente durante el plazo que medie entre la advertencia de la entidad de crédito y la fecha de la modificación, esto es, el silencio tendrá efecto de confirmación del consentimiento a la modificación propuesta.

4. Por el contrario, los documentos de liquidación sí pueden ser considerados o asimilados a las facturas, debido a que documentan la prestación de un servicio prestado al cliente a título oneroso y la contraprestación de dicho servicio, esto es, documentan la prestación de un servicio que tiene consideración de operación a efectos de IVA (art. 4 LIVA). En este sentido, los documentos de liquidación deben ser subsumidos en el régimen jurídico aplicable a las facturas –en lo que no sea incompatible con sus especificidades-.

5. El art. 63.3 resulta de aplicación a los documentos de liquidación, teniendo derecho los consumidores a recibir estos documentos en soporte papel, quedando condicionada la recepción de la factura electrónica o documento de liquidación por medios electrónicos al consentimiento expreso del consumidor. Nótese que, cuando el cliente no ostente la condición de consumidor, el consentimiento podrá ser tácito, pues no resulta de aplicación la ley especial (art. 63.3 LGDCU) sino el régimen general aplicable a la factura electrónica (art. 9.2 RD 1619/2012) por el principio *lex specialis derogat legi generali*.

6. Si el empresario decide incluir en un mismo documento o documentos los extractos de movimientos y los documentos de liquidación, el soporte correspondiente estará sujeto al art. 63.3.

7. Por tanto, la conformidad con la normativa vigente de las campañas de sustitución de la correspondencia postal llevadas a cabo por algunas de las entidades de crédito, a las que nos hemos referido en la introducción dependerá de la naturaleza de los documentos remitidos.

8. El consentimiento expreso al que se refiere el art. 63.3 LGDCU debe ser manifestado mediante una acción positiva del sujeto, entendiendo por tal cualquier manifestación verbal o escrita, como puede ser la firma manuscrita de la propuesta de modificación del medio de comunicación, sin que baste la firma del contrato marco que contenga una cláusula predispuesta en la que se determine que la forma de remisión de estos documentos será electrónica, el marcado de una casilla (opción de inclusión), etc. Con todo, deberá ser un consentimiento informado, esto es, previamente el cliente debe haber sido informado de la forma de remisión de los documentos de liquidación, la fecha a partir de la cual se procederá a la expedición electrónica, el procedimiento para revocar dicho consentimiento y, en todo caso, deberá disponer de los conocimientos y equipos necesarios para la recepción estos documentos electrónicamente.

9. El consentimiento no es expreso en el sentido legal si la aceptación a que se refiere el art. 63.3 no está especialmente cubierta por una firma específica – distinta de la que cubre el resto de las condiciones generales y de la que cubre el contrato-, cuando el consentimiento ha sido prestado en una cláusula no negociada (condición general).

10. La disponibilidad por la empresa de la dirección electrónica del cliente no equivale a consentimiento expreso. Tampoco el ingreso del cliente en el "área reservada" de la web de la firma.

11. Para la revocación del consentimiento expreso consideramos aplicable por analogía el art. 17 del RD 1720/2007. La revocación ha de poder realizarse por un medio sencillo, gratuito, que no implique ingreso alguno para el operador ni coste adicional para el cliente.

12. En conclusión, sólo resulta de aplicación el art. 63.3 LGDCU a los documentos de liquidación teniendo, pues, el consumidor derecho a su percepción en papel, salvo que otorgue su consentimiento expreso a la recepción por medios electrónicos. Contrariamente, los extractos de movimientos de cuenta corriente podrán ser remitidos electrónicamente si el cliente no se opusiere a tal decisión de la entidad.