

EL ART. 63.3 LGDCU (LEY 3/2014) SE APLICA A CONTRATOS CELEBRADOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR¹

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

Fecha de publicación: 4 de junio de 2015

Es objeto de esta nota determinar si el art. 63.3 TRLGDCU², incorporado por la Ley 3/2014, y en la medida en que resulta aplicable a contratos de suministro o prestación de servicios esenciales en tracto sucesivo (energía, gas, telecomunicaciones), goza o no de eficacia retroactiva, de forma que la norma nueva se aplique o no a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor. Las consideraciones que se hacen valen también para otros contratos de tracto sucesivo.

1. Facturas en papel y facturas electrónicas

1. Respecto de 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-, de modo que «[L]a expedición de la factura electrónica estará condicionada a que su destinatario haya dado su consentimiento».

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

² Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

2. 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:

«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».

3. La modificación operada en el citado artículo contiene 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. 10 del RD 1619/2012.
4. Con la reforma operada por la Ley 3/2014 se singulariza la obligación de entregar la factura, que de otra manera se hallaba implícita en la general enumeración «recibo justificante, copia o documento acreditativo» a que se refiere el art. 63.1. Se configura la entrega de factura como una obligación específica y cumulativa a las anteriores, que no puede ser cumplida por ninguno de estos otros documentos justificativos. El consumidor tendrá derecho, ahora, a la recepción de un documento acreditativo de la contratación realizada y, además, de la factura. 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. El legislador hacía referencia a documentos «escritos» o en soporte papel.

2. Sobre la eficacia retroactiva de la norma

1. La Disposición transitoria única de la Ley 3/2014 reza así:

Las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014.

La lectura *prima facie* de la norma invita a concluir que ninguna clase de contrato celebrado con anterioridad a esta fecha se encuentra afectado por la norma nueva contenida en el art. 63.3. La nueva regulación protectora de los consumidores sólo afectaría a partir de la fecha señalada.

2. Pero esta interpretación sería apresurada. Voy a sostener que la Disposición transitoria única de la Ley 3/2014 *magis dixit quam voluit*, y que debe hacerse una reducción teleológica del alcance de la norma, provocando con ello una laguna de regulación respecto de la clase de contratos a los que a continuación me refiero.
3. En todas las normas de Derecho transitorio cuyo objeto son contratos hay que distinguir dos clases. Aquellas que se aplican a contratos de tracto único y las que se aplican a contratos de tracto sucesivo. No nos referimos con esta última expresión a contratos cuya ejecución está simplemente extendida o diferida en el tiempo, sino a los contratos en los que las prestaciones de ambas partes se van devengando a lo largo del tiempo, con carácter sinalagmático una de otra.
4. La norma transitoria transcrita tiene pleno sentido para los contratos de tracto único. De hecho, la inmensa mayoría de las disposiciones normativas de la Ley 3/2014 se refieren a contratos de tracto único, a la compraventa señaladamente, aunque tenga una ejecución diferida en el tiempo. En otros casos, incluso si se trata de preceptos en principio aplicables también a contratos de duración sucesiva, la norma nueva regula una contingencia puntual, que no puede tener sentido reproducir para actuaciones ya agotadas en el pasado. Por ejemplo, la regulación de los pagos adicionales en el art. 60 bis o de los cargos por utilización de medios de pago en el art. 60 ter, o la nueva regla de transmisión del riesgo en el art. 66 ter, aunque se aplicara a contratos de suministro de tracto sucesivo, o la prohibición de envíos no solicitados en el art. 66 quater. Incluso si el derecho de desistimiento de los arts. 68 y siguientes – en parte también reformado por la Ley 3/2014- se pudiera aplicar a contratos de tracto sucesivo, no podría reconstruirse un escenario de desistimiento nuevo para los contratos que se hubieran celebrado y perfeccionado conforme a la regulación precedente.

5. Pero hay una diferencia apreciable entre una norma que impusiera un nuevo requisito de documentación puntual e irrepetible en un contrato de consumo (vrg. un nuevo modo de incorporar al contrato las cláusulas predispuestas) y una norma que impone un modo determinado de *producir sucesivamente actos contractuales repetitivos* como ocurre con la factura periódica, y precisamente cuando es la factura como tal el objeto de la nueva regulación, como es el caso del art. 63.3. También hay que distinguir entre una norma que regulara una conducta singular y otra que estableciera un *estatuto jurídico duradero referido a determinados tipos de conducta*; por ejemplo, el art. 66, cuando se refiere a la comparecencia personal del consumidor, y cuyo contenido de regulación no está condicionado a si el contrato se celebró antes o después de la norma que incorporó este art. 66.
6. A los contratos de tracto sucesivo que reúnen alguna de las dos condiciones singulares que acabamos de destacar los denomino *contratos de tracto sucesivo con regulación estatutaria*. También cuando me refiera a contratos sucesivos sin más, deberá entenderse que me estoy refiriendo a éstos.
7. Los contratos de tracto sucesivo de contenido estatutario no están sujetos a la disposición transitoria de la Ley 3/2014. Ésta sólo tiene sentido en contratos que se agotan en un intercambio único, simultáneo o de ejecución dilatada (por ejemplo, un servicio único de ejecución dilatada: reparación doméstica) o en contratos de cualquier clase (también de tracto sucesivo) cuando el contenido de la regulación nueva no es estatutario o periódico. El contrato de prestación de servicios esenciales en cualquier soporte de red es un contrato de tracto sucesivo.
8. Es absurdo pretender que después de 13 de junio de 2014 pueden existir contratos “vivos” en que se siga facturando en soporte electrónico sin haberse obtenido consentimiento especial y otros de nueva factura en que se haya procedido a recabar el consentimiento del art. 63.3. A los efectos de la norma, cada “devengo sinalagmático” debe equivaler a contrato nuevo, porque las nuevas facturas se emiten en el tiempo nuevo y recogen las remuneraciones devengadas en ese tiempo nuevo.
9. No sólo ocurre así con los contratos de prestación de servicios en red. También procede la misma consideración en la contratación financiera de tracto sucesivo con consumidores. Los “contratos bancarios” de cuenta corriente ni tan siquiera son contratos en sentido estricto. El servicio de caja no es un contrato. Lo será,

por ejemplo, la hipoteca celebrada antes de la fecha comentada, o el depósito a plazo. Pero el contrato para prestar el servicio de cuenta no lo es. Y si las liquidaciones de aquellos contratos exentos del art. 63.3 se comunican por medio del extracto de cuenta, en tal caso estarán a su vez sujetos al art. 63.3. Lo mismo ocurre con el contrato de crédito prestado por medio de tarjetas de crédito, que es un contrato de tracto sucesivo.

10. Desde otra perspectiva se llega a la misma solución. Podemos considerar que el derecho de revocar el consentimiento prestado es, en los términos de la Disposición Transitoria 1ª del Código Civil, un derecho que “aparece declarado por primera vez en [la LGDCU/2014]” y debe ser como tal reconocido “desde luego, aunque el hecho se verificara bajo la legislación anterior”. En consecuencia, como poco estarían sujetos los operadores a la carga de ofrecer una posibilidad real a sus usuarios de revocar el consentimiento expreso (y más aún si fue tácito) de recibir facturas en soporte distinto de papel.
11. Es decir, resulta *cuanto menos indiscutible* que el consumidor de servicios duraderos *puede revocar* su “consentimiento” a la facturación electrónica en los términos del art. 63.3 in fine. El Ordenamiento español devendría irracional si distinguiera entre un género de consumidores que puede, y otro que no puede, solicitar el cambio de facturación a papel. Esta discriminación sería arbitraria, e inconstitucional la norma que la impusiera.
12. Sostengo, entonces, que la Disposición transitoria única de la Ley 3/2014 ha de ser interpretada con el alcance de la Disposición transitoria 1ª del Código Civil, en la medida en que se trata de una norma que, aunque surgida en la contingencia histórica de 1889, expande su ámbito de aplicación como Derecho común a otros escenarios de sucesión de normas en el tiempo. En consecuencia, no existe ninguna contradicción de principios sostener que se rigen por el Derecho anterior “los derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen”, pero que al mismo tiempo los “derechos nuevos”, que se incorporan al haz de derechos y obligaciones del contrato antiguo, han de ser reconocidos con *retroactividad de grado medio* en la medida en que no se trate de situaciones ya consumadas y agotadas en sus efectos.
13. Si el derecho de revocación del art. 63.3 es un “derecho nuevo” del que no puede ser privado el consumidor en ningún caso, entonces tampoco puede ser privado del derecho de que *el operador le advierta de la adquisición por el cliente de este derecho nuevo*, porque la asimetría tan destacada que existe entre operador y cliente hace segura la conclusión de que el consumidor no conoce el

Derecho nuevo. Este deber de comunicar fluye naturalmente del deber implícito de buena fe que impone el art. 65.

14. Ahora bien, si no debe estar sujeto a discusión que el consumidor puede en todo caso revocar su consentimiento a efectos del art. 63.3, con independencia de la fecha de contratación, y, por ende, en este escenario el precepto salta por encima de la barrera de la disposición transitoria, entonces tampoco subsiste ya razón para que no se haga lo mismo con el *resto* del contenido de regulación del precepto.
15. Las consideraciones que se han hecho se acomodan igualmente a los principios contenidos en la Disposición transitoria 4ª del Código Civil. Conforme a la misma, las “acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir [la nueva ley] subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer a lo dispuesto en [la nueva ley]”. Repárese que en lo que afecta a la emisión de facturas sucesivas, la ejecución de este acto de cumplimiento es en el pleno sentido una “acción no ejercitada”, y el modo en que debe emitirse y comunicarse es un “procedimiento” por el que se ejecuta la acción conforme a la ley nueva. La circunstancia de que el nuevo “procedimiento” sea más o menos costoso para el emitente de la factura no es un extremo que haya sido considerado relevante por la norma transitoria.
16. ¿Cuál es la presuposición implícita que sustenta la nueva regla de la LCU en materia de facturas? Sin duda, la reflexión actualizada que hace el legislador y de la que infiere que la prestación de consentimientos por el consumidor por medio de mecanismos de *opting out* no es un procedimiento que asegure que el consumidor ha prestado un consentimiento genuino.

El silencio no puede valer como aceptación en los contratos de tracto sucesivo, especialmente cuando comporta una modificación tan sensible en el *status quo* contractual preexistente.

17. Si la norma no tuviera efectos retroactivos, se distinguiría absurdamente entre el *status* jurídico del consumidor que continúa la relación comercial con el operador preexistente y el cliente que cambia de operador después del 13 de junio de 2014, volviéndose a introducir una discriminación arbitraria en este particular. No ya sólo la discriminación entre clientes de diversos operadores, sino del mismo operador. Como se expresaba Federico DE CASTRO, han de tener efecto retroactivo “las disposiciones que tengan como objeto establecer un régimen

general y uniforme; en cuanto sólo concediéndoles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta” (*Derecho Civil de España*, I, 1984, pag. 652).

“De este modo, los derechos cuyo ejercicio es duradero quedan fundamentalmente sometidos a las nuevas disposiciones. Hay, en este caso, la admisión clara del efecto retroactivo. Se acepta esta alteración de la eficacia de las relaciones jurídicas, creadas al amparo de la legislación derogada, por la necesidad de uniformar la vida jurídica y de no demorar, con exceso, la implantación completa de la nueva regulación jurídica. Se conserva la existencia y la naturaleza de los derechos subjetivos ya nacidos, pero se acomoda su funcionamiento a las nuevas reglas generales” (DE CASTRO, *ibídem*, pag. 667).

18. La última consideración que procede es la de los costes. Una aplicación retroactiva podría cuestionarse cuando resultasen desproporcionados los costes de adaptación por los operadores. Pero ostensiblemente no lo serán. Todo se reduce a ofrecer a los clientes un sistema de *opt-in* por la facturación electrónica, como tendrán que hacerlo con todos los clientes que capten a partir de la entrada en vigor de la norma. El coste es seguramente marginal. Más que el coste, los operadores que luchen por negar la retroactividad de esta norma están dando pruebas de la sospecha de que los consumidores puedan optar mayoritariamente por una facturación en papel.