



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME VELAZQUEZ VIOQUE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 39/03 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de octubre de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA INICIADO POR LAS SOLICITUDES DE INTERVENCIÓN PRESENTADAS POR LAS ENTIDADES CAPCOM INTERNATIONAL, S.L. Y POR PRINTELCARD IBERICA, S.A. EN LAS QUE SE DENUNCIA A ALTRALINK TELECOM LLC E IDT SPAIN, S.L., RESPECTIVAMENTE, POR NO REPERCUTIR EL PAGO DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO EN SUS ACTIVIDADES EMPRESARIALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de agosto de 2003, esta Comisión recibió escrito de PRINTELCARD IBERICA, SA (en adelante PRINTELCARD) en virtud del cual se denuncia la existencia de posibles prácticas distorsionadoras de la libre competencia llevadas a cabo por parte de IDT SPAIN, SL (en adelante IDT) a través de un supuesto acto de competencia desleal, que se habría materializado en la comercialización al público de tarjetas telefónicas de prepago sin repercutir el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido al tipo impositivo vigente del 16%, no obstante tratarse de servicios de telecomunicaciones prestados en territorio de aplicación de dicho impuesto y sujetos al mismo según la legislación vigente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con la misma fecha, esta Comisión recibió escrito remitido por CAPCOM INTERNATIONAL, SL (en adelante CAPCOM) denunciando la existencia de posibles prácticas distorsionadoras de la libre competencia que habrían sido realizadas por ALTRALINK TELECOM LLC. (en adelante ALTRALINK), a través de un acto de competencia desleal, provocado por la venta/reventa de servicio telefónico fijo a locutorios, y ello sin repercutir el Impuesto sobre el Valor Añadido al tipo impositivo vigente del 16%, no obstante tratarse de servicios de telecomunicaciones prestados en territorio de aplicación de dicho impuesto y sujetos al mismo según la legislación vigente.

Segundo.- En sus escritos, los denunciantes señalan que las actividades que realizan las empresas denunciadas constituyen un servicio de telecomunicaciones sujeto al Impuesto sobre el Valor Añadido en los términos establecidos en el artículo 70 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante Ley IVA).

Los escritos determinan que el incumplimiento de la Ley IVA constituye un acto de competencia desleal que estaría causando una grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado.

Abundando en esta idea, hacen referencia al artículo 7 de la Ley 15/1989 de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), en virtud del cual se considera falseamiento de la libre competencia los actos de competencia desleal que distorsionen gravemente las condiciones de competencia del mercado y en los que esa grave distorsión afecte al interés público.

Por otro lado, los denunciantes señalan que esta Comisión es competente para analizar las solicitudes de intervención en función de las competencias enumeradas en el artículo 1.Dos de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante Ley 12/1997); entre otras, se destacan las competencias referidas en las letras c) y f) del artículo 1.Dos.2 de la referida Ley.

Tercero.- Por todo lo anterior, CAPCOM y PRINTELCARD solicitan a esta Comisión que determine si ha existido infracción o no por parte de los denunciados, ALTRALINK e IDT respectivamente, de las “(...) *normas que regulan la libre competencia por infracción de leyes tributarias, y que ordene el cese en las mencionadas actividades y adopte las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado.*”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Subsidiariamente y para el caso de que esta Comisión (...) estimara que no resulta competente para conocer de los hechos objeto del escrito, solicita que se pongan en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia o del órgano administrativo que fuera competente, con remisión del dictamen sobre la calificación que le merecen dichos hechos.”

Cuarto.- Con fecha 15 de septiembre de 2003, esta Comisión comunicó a los interesados la apertura de un trámite de información previa encaminado a conocer las circunstancias del caso concreto y a la conveniencia o no de iniciar un procedimiento ordinario a este respecto.

Debido a la identidad sustancial e íntima conexión que guardan las dos denuncias, se comunicó a los interesados su tramitación de forma conjunta.

A los anteriores Antecedentes de Hecho le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Ley 12/1997, en su artículo 1.Dos.1, así como el RD 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su artículo 4, habilitan a esta Comisión para actuar como garante de las condiciones de competencia efectiva en el sector de las Telecomunicaciones.

Entre las diversas funciones establecidas por la Ley 12/97, para el ejercicio de su objeto como dice el artículo 1.Dos.2, letra c) *velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, equilibrando, en su caso, la situaciones discriminatorias y asignando la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas.* De igual forma, de acuerdo con la letra f), deberá *“(...)adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta de servicios (...) y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios.”*

Segundo.- Las solicitudes de intervención que nos ocupan denuncian una actividad contraria a la libre competencia, consecuencia de actos de competencia desleal presuntamente realizados por los denunciados al no repercutir, en su actividad comercial, el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido al tipo impositivo vigente del 16%.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta las competencias referidas en el Fundamento de Derecho Primero, cumple señalar, tal como esta Comisión ha reiterado en diversas ocasiones, que los comportamientos de mera deslealtad competitiva pertenecen a una esfera competencial ajena a las funciones y atribuciones de esta Comisión.

Efectivamente, el legislador habilita a la Comisión para conocer y pronunciarse a título principal con relación a comportamientos que atentan contra la libre competencia, pudiendo adoptar las medidas necesarias para restablecer el juego competitivo.

Sin embargo, las conductas desleales no vulneran “*per se*” los niveles de competencia efectiva en los mercados afectados. Pese a ello, sí que son susceptibles de constituir un falseamiento de la misma. Así, la LDC, en su artículo 7, así como la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 3 de noviembre de 1995, prevén la posibilidad de que un comportamiento desleal vulnere las exigencias de la libre competencia si la conducta en cuestión rebasa el ámbito de la mera deslealtad y tiene un impacto significativo sobre el mercado, perturbando sensiblemente su normal funcionamiento.

Es la presencia de este nexo indirecto y cualificado lo que legitima la intervención de esta Comisión en materia de competencia desleal, intervención ésta que se efectuará no a título principal, como corresponde a los tribunales ordinarios, sino a título incidental, a los efectos de resolver sobre una conducta anticompetitiva provocada por un presunto comportamiento desleal de especial relevancia que sea susceptible de alterar las condiciones de competencia efectiva en el mercado.

Tercero.- Una vez delimitadas las funciones de esta Comisión en materia de competencia desleal, se ha de analizar el supuesto de hecho objeto de esta información previa.

Como venimos repitiendo, en las solicitudes de intervención de CAPCOM y de PRINTELCARD, se considera que los operadores denunciados realizan un acto de competencia desleal al no repercutir el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido en sus actividades comerciales.

Efectivamente, la denuncia se produce a raíz de un presunto fraude tributario que podría desembocar en un ilícito penal. De acuerdo con las funciones de esta Comisión, en ningún caso se puede considerar que la misma sea competente para determinar la existencia o no de este tipo de ilícitos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos del Estado, por el que se crea y se establecen las funciones de la Agencia Tributaria, ésta será el órgano competente para investigar los hechos aquí denunciados y determinar la existencia o no de una infracción tributaria y, en el caso de producirse, su consecuente sanción.

De igual forma, como ya se ha considerado, existe la posibilidad de que la infracción tributaria suponga un ilícito penal. En efecto, de acuerdo con el artículo 77.6 de la Ley General Tributaria, *“en los supuestos en que la Administración tributaria estime que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.*

La sentencia condenatoria de la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa.

De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria continuará el expediente sancionador con base en los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.”

Por tanto, el órgano competente para determinar la existencia de una posible infracción tributaria y, en el caso de considerar que esas infracciones pudieran constituir delito contra la Hacienda Pública, remitir a la jurisdicción penal, será la Agencia Tributaria. En el supuesto de que esta Administración considere que, efectivamente, existe la infracción tributaria y tome las medidas que estime oportunas, será cuando esta Comisión deba analizar si las actuaciones objeto de infracción pueden considerarse actos de competencia desleal que distorsionan gravemente las condiciones de competencia del mercado y si esa distorsión afecta al interés público, suponiendo una actividad contraria a la libre competencia.

Por consiguiente, en la actualidad, sin haber determinado la Agencia Tributaria la existencia o no de una infracción tributaria por los hechos denunciados por CAPCOM y PRINTELCARD, la Comisión no es competente para analizar la existencia de una posible actuación contraria a la libre competencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En razón de todo lo anteriormente expuesto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de las funciones reconocidas en el artículo 1.Dos, apartado 1, y apartado 2, letras c) y f), de la Ley 12/1997,

RESUELVE

Primero.- Remitir a la Agencia Tributaria las solicitudes de intervención presentadas por CAPCOM INTERNATIONAL, S.L. y por PRINTELCARD IBERICA, S.A. contra ALTRALINK TELECOM LLC e IDT SPAIN, S.L., respectivamente, relativas a un presunto fraude tributario consecuencia de que estas entidades podrían no estar repercutiendo el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido en sus actividades empresariales.

Segundo.- Archivar el periodo de información previa abierto por esta Comisión. No obstante, una vez que la Agencia Tributaria haya determinado la existencia o no de una infracción tributaria y actúe en consecuencia, esta Comisión, dentro de sus competencias, determinará si estos hechos constituyen prácticas contrarias a la libre competencia.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Velázquez Vioque

Carlos Bustelo García del Real