

RESOLUCIÓN Expte. r 495/01, Couriers/Correos

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 1 de febrero de 2002.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 495/01 (2254/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; el Servicio, SDC) de Recurso contra el Acuerdo del Ilmo. Sr. Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 11 de julio de 2001, por el que se archivó la denuncia formulada por la Asociación Española de Couriers Internacionales (AECI) contra la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos (EPECT), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), por facturar el nuevo servicio denominado "Correo Urgente Internacional" sin repercutir al usuario el IVA correspondiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 16 de febrero de 2001 se recibió en el Servicio denuncia de la Asociación Española de Couriers Internacionales (AECI) contra la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos (EPECT) por supuestas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 LDC, en relación con el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal (LCD), y el artículo 82 del TUE.

Según la denuncia, la EPECT puso en marcha en el año 2000 un nuevo producto denominado "Correo Urgente Internacional" que, de acuerdo con sus características, es un servicio postal rápido, de valor añadido, no incluido en el ámbito del servicio postal universal (s.p.u.) y, por tanto, no reservado a la EPECT y que se estaría facturando sin repercutir al usuario el IVA correspondiente.

2. Con fecha 4 de abril de 2001 el Servicio acordó llevar a cabo una información reservada, para lo cual requirió información de la EPECT y de la Dirección General de Tributos. En cuanto a dicha Dirección, se preguntaba, en síntesis, si la exención del IVA, prevista en el artículo 13.A1.a) de la Directiva 77/388/CEE y el artículo 20.1.1 de la Ley Española del IVA, hay que entenderla aplicable a cualquier servicio postal prestado por la EPECT o, por el contrario, es sólo aplicable para los servicios reservados a la misma.

Resultado de dicha consulta, la Dirección General de Tributos remitió informe al Servicio en el que se señala que la exención del IVA prevista en el artículo 13.A.1.a) de la Directiva 77/388/CEE, de 17 de mayo de 1977, relativa al sistema común del IVA y el artículo 20.1.1 de la Ley española del IVA *"son de aplicación tanto a las operaciones efectuadas por los servicios públicos postales en el ejercicio de sus funciones públicas, que habría de entenderse que son los servicios correspondientes al s.p.u. prestados por la EPECT, como a otras prestaciones que la misma pueda efectuar en régimen de concurrencia con otros empresarios o profesionales"*.

3. A la vista del resultado de dichas diligencias, el Director del Servicio dictó un Acuerdo motivado, de fecha 11 de julio de 2001, en el que se declara el archivo de la denuncia y de las actuaciones por las razones que seguidamente se transcriben:

"El hecho que la AECl denuncia es la presunta violación por la EPECT de unas normas tributarias cuya interpretación corresponde en exclusiva al Ministerio de Hacienda y, dentro del Departamento, a la Dirección General de Tributos, de cuyo informe resulta que la facturación sin IVA que la EPECT realiza por su servicio denominado "Correo Urgente Internacional" es correcta al estar cubierta por la exención legal del IVA.

Al no resultar cierta la conducta denunciada, esto es, la violación de ciertas normas tributarias, procede sin necesidad de ulteriores consideraciones, acordar el archivo de la denuncia formulada por la AECl y de las actuaciones a que la misma ha dado lugar".

4. El 26 de julio de 2001 tuvo entrada en el Tribunal el Recurso contra el citado Acuerdo del Servicio, en el que se comienza alegando que dicho Acuerdo no se ajusta a Derecho y está basado únicamente en el informe de la Dirección General de Tributos, reiterándose seguidamente todas las manifestaciones hechas en el escrito de denuncia, entre las que se incluyen las relativas a la liberalización de los servicios postales en la Comunidad Europea por la Directiva 97/67 y la consiguiente Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales -incluyendo el "Correo Urgente Internacional" y dejando la exención tributaria de la EPECT solamente para los servicios reservados-; terminando con las siguientes alegaciones para que el Tribunal recuse el mencionado Acuerdo y ordene la tramitación del expediente, según lo expuesto en la denuncia:

"1. El Servicio postal "Correo Urgente Internacional" al que nos estamos refiriendo es un servicio postal de ámbito internacional. En este sentido, en el Artículo 13,A),1,a) de la Directiva 77/388/CEE se habla de "Exenciones en el interior del país" y de "Exenciones a favor de ciertas actividades de interés general". Y como hemos visto, en base a la nueva normativa postal, tanto interna como comunitaria, el servicio postal rápido internacional no tiene el carácter de una actividad de interés general.

2. No es cierta la afirmación de que la interpretación de las normas tributarias corresponde en exclusiva al Ministerio de Hacienda, pues, en última instancia la interpretación de cualquier norma corresponde a los Tribunales de Justicia.

3. El Servicio de Defensa de la Competencia no puede renunciar a indagar los efectos anticompetitivos a que puede dar lugar una interpretación determinada de una norma fiscal que realiza un organismo público, sin tener en cuenta la liberalización de un sector y la promulgación posterior de una nueva normativa postal.

A este respecto, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los términos empleados para designar las exenciones previstas por el artículo 13 de la Sexta Directiva sobre el IVA deben ser objeto de interpretación estricta, por constituir excepciones al principio general de que el IVA se percibe sobre toda prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 1989, asunto 348/87, Stichting Uitvoering Finánciele Acties, repertorio pág. 1.737, apartado 13; de 12 de septiembre de 2000, C-358/97, Comisión/Irlanda, apartado 52; y de 18 de enero de 2001, C-150/99, Svenska staten/Stockholm Linöpark AB, apartado 25).

4. El Servicio de Defensa de la Competencia debe basarse en el principio de "Primacía del Ordenamiento Comunitario", que implica que cuando se deba aplicar la normativa comunitaria, tanto las autoridades nacionales de defensa de la competencia como los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de inaplicar la normativa española que sea contraria al Derecho comunitario (Sentencia Simmenthal, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C-106/1978). Igualmente, el Servicio de Defensa de la Competencia, por un lado, debe aplicar el principio comunitario de proporcionalidad para determinar en qué medida están justificadas determinadas restricciones a la competencia y, por otro lado, debe aplicar las normas internas a la luz y teniendo a su presencia la finalidad perseguida por las normas comunitarias que, ya en su transposición, ya en su propia interpretación, pueden haber sido incumplidas por el Estado español (Sentencia Marleasing, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C-106/89).

No se puede olvidar que el artículo 86.1 CE establece que "Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive".

El hecho de que la limitación de la competencia en el mercado de que se trate, haya sido creada o favorecida por disposiciones legislativas o reglamentarias, o por prácticas administrativas, no excluye en absoluto la aplicación del Art. 82 (Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975, asunto C-26/75, GENERAL MOTORS, repertorio pág. 1.367; de 16 de noviembre de 1977, asunto C-13/77, INNO, repertorio pág. 2.115; y de 20 de marzo de 1985, asunto C-41/83, Italia contra Comisión, repertorio pág. 880)."

5. Mediante escrito de 27 de julio de 2001 el Tribunal solicitó del Servicio, según lo dispuesto en el art. 48.1 LDC, la remisión del informe sobre el citado Recurso, así como las actuaciones seguidas hasta el Acuerdo de archivo.
6. El 1 de agosto de 2001 se recibieron en el Tribunal las actuaciones seguidas y el informe del Servicio, en el que concluye que se debe desestimar el Recurso por las razones expuestas en el Acuerdo de archivo, en cuanto a la falta de requisitos para examinar la existencia de actos desleales por parte de la EPECT. No obstante, puntualiza que su afirmación de que corresponde en exclusiva al Ministerio de Hacienda la interpretación de las normas tributarias la hace en el contexto del presente

procedimiento administrativo y en línea con los principios inspiradores de la Ley General Tributaria, teniendo en cuenta que ni el Servicio ni el Tribunal son Tribunales de Justicia y señalando cuáles son las vías de impugnación de sus decisiones.

7. Por Providencia del Tribunal, de 5 de septiembre de 2001, se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones, presentándose escrito por la denunciante con fecha 13 de septiembre y por la denunciada el 1 de octubre de 2001.
8. El Pleno del Tribunal, en sus sesiones de los días 18 de diciembre de 2001 y 10 de enero de 2002, deliberó y falló este Recurso, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
9. Son interesados:
 - Asociación Española de Couriers Internacionales (AECI)
 - Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos (EPECT)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente Recurso se ha interpuesto contra el Acuerdo, de 11 de julio de 2001, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se archivó la denuncia formulada por la hoy recurrente y pretende que se revise dicho Acuerdo y que, tras la tramitación correspondiente, se declare que la EPECT ha vulnerado los artículos 6 y 7 LDC y 82 TUE y se le imponga la sanción correspondiente.

Para fundamentar su pretensión, la recurrente alega, básicamente, los extremos que se recogen en el Antecedente de Hecho 4 de esta Resolución.

2. Es doctrina consolidada de este Tribunal que la tramitación de una información reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que el Servicio no tiene obligación de realizar todas las pesquisas posibles, siendo bastante que indague los elementos idóneos para fundamentar el acuerdo de incoar expediente o archivar la denuncia.

En este caso, del expediente se deduce que se ha llevado a cabo una información reservada, que el Servicio ha considerado suficiente para

adoptar, de forma fundada, el Acuerdo de archivo recurrido, según se verá seguidamente al analizar el fondo de las imputaciones denunciadas.

3. La cuestión que se plantea en este Recurso es si el Servicio estuvo acertado o no cuando resolvió archivar la denuncia por considerar suficiente el informe de la Dirección General de Tributos, del que resulta que la facturación sin IVA que realiza la EPECT por su servicio "Correo Urgente Internacional" es correcta al estar cubierta por la exención legal de dicho impuesto, por ser ésta una exención de tipo subjetivo.

Entendiendo, así, que no existía violación de la normativa tributaria y que no se producía, consiguientemente, ningún tipo de actuación desleal en el mercado, el Servicio acordó el archivo de la denuncia sin necesidad de entrar en ulteriores consideraciones.

4. Presentado el Recurso y al tener que examinar el Tribunal si la sumaria actuación por parte del Servicio fue suficiente para acordar el archivo de la denuncia, a la vista de la fundamentación del mismo realizada por la AECl, se observa que el Servicio y la Dirección General de Tributos han soslayado el hecho denunciado de que se ha producido un cambio fundamental en la ordenación del sector debido a la liberalización de determinados servicios postales en la Comunidad Europea por la Directiva 97/67, CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las reglas comunes para el desarrollo de los servicios postales comunitarios y la mejora de la calidad del servicio, y la consiguiente transposición en España por la Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (Ley Postal), que han supuesto un cambio radical en la configuración de los mismos en cuanto que han dado lugar a la apertura de la actividad postal a la libre competencia. En efecto, el artículo 4 de la Ley Postal dispone que el Servicio Urgente Internacional se prestará en régimen de libre competencia y el artículo 19, en consecuencia, reconoce a la EPECT únicamente "la exención de cuantos tributos graven su actividad vinculada a los servicios reservados" (subrayado del Tribunal). Luego no siendo ya el correo urgente internacional un servicio reservado, no cabe ninguna exención en el IVA ni la consiguiente discriminación respecto de los competidores privados.

5. Sin embargo, con independencia de que el ordenamiento jurídico interno haya transpuesto correctamente o no las Directivas comunitarias, como alega la recurrente en sus escritos ante el Tribunal, no puede negarse el hecho de que la denunciada en este expediente es la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos (EPECT) y que esta entidad, en cuyo Consejo de Administración se encuentran representantes del Ministerio de

Hacienda, al interpretar la normativa postal existente, contó con la aquiescencia tácita de las autoridades tributarias, que no se opusieron al lanzamiento del producto "Correo Urgente Internacional", sin cobrar el IVA, ni realizaron ninguna actuación tendente a que se cobrara dicho tributo, después. Esa actuación resulta conforme con la interpretación de los textos vigentes que hacen, posteriormente, las autoridades tributarias, tal como queda de manifiesto en la respuesta de la Dirección General de Tributos a la consulta efectuada, después, por el Servicio.

Resulta, por tanto, que la EPECT actuó con un considerable grado de confianza legítima al aplicar las normas tributarias vigentes en el momento de los hechos. Es cierto que, como señala la recurrente, la interpretación de dichas normas no corresponde exclusivamente a las autoridades tributarias, pero no es menos cierto que, a efectos prácticos, en el momento de lanzamiento de un nuevo producto, y ante la ausencia de otra interpretación auténtica de las normas, Correos no pudo dejar de basarse en la interpretación de dichas autoridades. Por ello, aunque no sean enteramente correctos los argumentos del Servicio, en el sentido de que no ha existido vulneración de norma ya que las autoridades fiscales, intérpretes de las normas fiscales, consideran que no se ha producido la mencionada vulneración, dicho Servicio ha actuado correctamente al no imputar la infracción de la LDC a la EPECT, ya que ésta obró con la confianza razonable de que su conducta resultaba amparada por la aplicación de una Ley. En consecuencia, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que debe desestimar el Recurso.

6. De todo lo señalado en el FJ 4 se deduce que procede instar a las autoridades competentes a que analicen la legislación del IVA en la materia, de forma que resulte compatible con la normativa comunitaria europea, no confunda los servicios que deben ser prestados en régimen público con aquéllos que deben prestarse en libre competencia y evite las claras distorsiones que podrían derivarse de la exclusión de la aplicación del IVA a estos últimos.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría,

HA RESUELTO

Único.- Desestimar el Recurso interpuesto por la Asociación Española de Couriers Internacionales (AECI) contra el Acuerdo del Servicio de

Defensa de la Competencia de 11 de julio de 2001, Acuerdo que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS VOCALES SRES. CASTAÑEDA BONICHE Y COMENGE PUIG A LA RESOLUCIÓN DEL EXPTE. r 495/01, COURIERS/CORREOS.

Lamentamos discrepar de la mayoría del Tribunal por considerar que los hechos denunciados podrían distorsionar gravemente las condiciones de competencia en el incipiente mercado liberalizado del correo urgente internacional y que, por las razones que seguidamente exponemos, un atento análisis de las actuaciones en este expediente debería haber llevado a estimar el Recurso.

En primer lugar, hemos de señalar la contradicción en que incurre la Resolución de la mayoría porque en el Fundamento Jurídico 4 da la razón totalmente a la recurrente, al reconocer que son ciertos los argumentos principales en que basaba tanto la denuncia como el Recurso -el cambio fundamental en la ordenación del sector debido a la liberalización de determinados servicios por la Ley Postal, como el correo urgente internacional, que suponía terminar con la exención del IVA de que gozaba la EPECT cuando era un servicio reservado- mientras que en el Fundamento Jurídico 5 considera que, estando los hechos denunciados suficientemente claros, en el sentido de que no hubo vulneración de la norma tributaria porque la EPECT obró con un considerable grado de confianza legítima, no procede realizar ninguna investigación adicional, sino desestimar el Recurso.

Pues bien, basta la lectura de las alegaciones de las partes ante el Tribunal para comprender que en el presente caso concurren no sólo una delicada cuestión de valoración jurídica sobre la no sujeción y la exención parcial en las normativas comunitaria y española del IVA, ante la evolución producida en la regulación del sector postal, concretamente en el servicio postal rápido internacional, sino también que tan distintas apreciaciones se basan en versiones diferentes de los hechos, como son las relativas a las características de los productos o servicios

en cuestión. Por lo tanto, ante versiones contradictorias de los hechos y de su calificación, creemos que lo procedente era ordenar la incoación de expediente para investigar todas las cuestiones que resultaran relevantes mediante, precisamente, la apertura del procedimiento contradictorio.

Pero existen, además, razones adicionales de peso, coincidentes en buena medida con las alegadas por la recurrente, que abundan en tal apreciación. Así, el importante principio de la primacía del Ordenamiento Comunitario sobre el Derecho nacional (Sentencias del TJCE *Walt Wilhelm*, *Simmenthal* y *Marleasing*). A este respecto, la recurrente alega acertadamente que el artículo 86.1 TUE dispone que "Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las *empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos*, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive" (subrayado nuestro).

Por otra parte, como alega la recurrente, la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales (98/C 39/02 -DOCE 6 de febrero de 1998- ap. 5.4), ha declarado que, "en la medida en que se encuentren dentro de los límites del sector reservado, tal como se define en la Directiva, los derechos especiales o exclusivos, a primera vista, estarán justificados con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 86" (subrayado nuestro).

Tiene también toda la razón la recurrente cuando alega que, de acuerdo con la doctrina del TJCE de la eficacia directa de las Directivas, desde la entrada en vigor de la Ley Postal debe ser de aplicación directa lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva del IVA, que dice: "No obstante, cuando efectúen tales actividades u operaciones (*los entes públicos*) deberán ser considerados como sujetos pasivos en cuanto a dichas actividades u operaciones, en la medida en que el hecho de no considerarlos sujetos pasivos lleve a distorsiones graves de la competencia" (subrayado nuestro).

Que la distorsión de la competencia es grave, resulta evidente en este mercado recientemente liberalizado pues, de mantenerse la práctica denunciada, con el consiguiente tratamiento fiscal discriminatorio entre operadores públicos y privados, quedaría la competencia eliminada y la reciente liberalización absolutamente sin efecto.

Precisamente, a este respecto, es necesario tener en cuenta la doctrina constante de los Tribunales de la Unión Europea y de este mismo relativa a la especial responsabilidad que incumbe a las empresas con posición de dominio en el mantenimiento de una competencia efectiva. Pues bien, en este caso, el

monopolio estatal en el mercado relacionado de los servicios postales es prácticamente total y, en consecuencia, los posibles actos de competencia desleal -de la que parecen existir tan claros indicios- quedarían, en su caso, subsumidos en el abuso de posición dominante, prohibido por el artículo 6 LDC. Finalmente y volviendo sobre las ideas expuestas al inicio de este voto, creemos que, por la misma razón de la mencionada especial responsabilidad de la empresa pública con posición de dominio, no cabe admitir en modo alguno, en las circunstancias del caso, el razonamiento de la mayoría, señalado reiteradamente en el FJ 5, de que hubiera existido vulneración del principio de confianza legítima -argumento que no había sido esgrimido por las partes- incluso desde el momento de lanzamiento del producto, dada la presencia de representantes del Ministerio de Hacienda en el Consejo de Administración de la EPECT. En efecto, como ha dejado claro nuestro Tribunal Supremo (ver, por ejemplo, su Sentencia de 10 de mayo de 1999) el principio de confianza legítima comporta "*... que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones*" (subrayado nuestro). Y en su Sentencia de 1 de febrero de 1999 recuerda que "*este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma*" (subrayado nuestro). En fin, como señala el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencia de 16 de diciembre de 1999) este principio "*se concibe como una reacción del juez frente a actuaciones irregulares tanto del Poder Legislativo, como de la Administración, caracterizadas por sorprender la confianza del destinatario, en materias tan dispares como cambios normativos sorpresivos en supuestos de intervención económica...*" (subrayado nuestro).

En el presente asunto, si bien es cierto que con posterioridad a los hechos denunciados la respuesta de la Dirección General de Tributos ante la consulta efectuada por el Servicio daba una interpretación que resultaba conforme con la actuación que había tenido la EPECT, está claro que no existe en la etapa correspondiente a los hechos denunciados por parte de ninguna autoridad pública de la Comunidad Europea, ni española, cambio normativo alguno que pudiera dar a entender que la denunciada se vio sorprendida en su actuación. Más bien parece que sucedió todo lo contrario, con el largo proceso de tramitación de la Directiva liberalizadora del Parlamento y del Consejo, y de la consiguiente aparición de la importante Ley Postal.

En todo caso, la consideración de si hubo infracción del principio de confianza legítima, debería limitarse al momento procesal de establecer, llegados a ese punto, la responsabilidad administrativa del imputado, pero no, a la vista de cuanto antecede, a la hora de decidir la apertura de un expediente -que es lo que ahora se discute- cuyo objeto consiste en garantizar la libertad de competencia en el mercado, que es el interés público protegido.

Por todo ello, insistimos en que, dada la disparidad de las versiones de ambas partes sobre la relevante cuestión denunciada, debería haberse acordado la estimación del presente Recurso para que el Servicio, incoando el correspondiente expediente contradictorio, investigara debidamente los importantes indicios señalados.

Madrid, 4 de febrero de 2002.