

Facturación y recaudación: escollos jurídicos para la apertura

Chacao desafía la jurisprudencia del Máximo Tribunal

Facturación y recaudación

El 23 de septiembre pasado, venció el plazo para que los interesados presentaran observaciones y comentarios sobre el proyecto de "Reglamento para la prestación de facilidades de facturación y recaudación a solicitud y por cuenta de los Operadores de Larga Distancia", sometido a consulta pública por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). El proyecto reglamentario presentado, pareciera tener por objeto crear la obligación –o quizás, según algunas interpretaciones, simplemente hacerla expresa– para los operadores de telefonía fija local (OLs) y de telefonía móvil (OMs), de llevar a cabo la facturación y recaudación correspondientes a todos los servicios prestados por los operadores de larga distancia (OLDs), cuando éstos así lo soliciten; siempre a cambio, claro está, de una contraprestación económica. La primera pregunta que cabe hacerse al respecto es ¿cómo puede una norma de rango sublegal crear tales obligaciones en cabeza de los OLs y de los OMs? Ciertamente, los problemas jurídicos que suscita la regulación propuesta no son pocos y obviamente los autores del proyecto reglamentario los han tenido presentes. Prueba de ello es que el texto que proponen para ser aprobado por el Ejecutivo Nacional reconoce y trata de salvar los dos escollos jurídicos esenciales que enfrenta la iniciativa regulatoria: (i) la necesidad de un sólido **asidero legal** para la exigibilidad de las obligaciones referidas y (ii) el cumplimiento del **deber formal** de emitir factura, establecido en la Ley del Impuesto al Valor Agregado particularmente para los contribuyentes prestadores de servicios, en concordancia con el Código Orgánico Tributario. **Para atender el problema del asidero legal**, el proyecto reglamentario califica los servicios de facturación y recaudación como "facilidades esenciales" asociadas a la interconexión, con lo cual los incluye entre los "recursos esenciales para la interconexión" previstos en el artículo 12 del Reglamento de Interconexión (RI); provocando –o revelando– consecuentemente la aplicabilidad del régimen legal de la interconexión y la legitimación de la obligación de los OLs y los OMs de prestar las facilidades de facturación y recaudación a los OLDs que así lo soliciten, como parte del contrato de interconexión. Por otro lado, aparentemente **para atender el problema del deber formal** de emitir factura, el proyecto reglamentario aclara que la facturación y recaudación la efectuarían los OLs y los OMs "por cuenta" de los OLDs; al parecer asumiendo que las exigencias formales de la legislación tributaria, respecto de la

facturación por parte de los contribuyentes del IVA, las cumplirían los OLs y los OMs al incluir en sus propias facturas las llamadas de larga distancia. Así, a la luz de lo expresado, no creemos que la reglamentación propuesta es inobjetable. En nuestra opinión, tres son los cuestionamientos fundamentales que podría confrontar el proyecto reglamentario comentado.

¿Son en realidad las facilidades de facturación y recaudación recursos esenciales para la interconexión?

Sobre este particular, es relevante destacar la pobreza del ordenamiento jurídico venezolano en cuanto al tratamiento de los servicios de facturación y recaudación como "facilidades esenciales" asociadas a la interconexión. En efecto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTEL) no ofrece precisión alguna al respecto: su regulación es de carácter general y principista. Tras una breve definición, la interconexión se establece como una obligación esencial para todo operador de redes públicas de telecomunicaciones, cuyo cumplimiento lo garantiza CONATEL en la medida "estrictamente necesaria". Por otra parte, el RI sólo define como "recurso esencial para la interconexión" a "la información necesaria para conciliar cuentas, facturar y cobrar a los abonados"; no se mencionan las labores mismas de facturación y de recaudación respecto de tales abonados. Y por último, el Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica (RASTB) establece claramente en su artículo 52 que las funciones de facturación y cobranza podrían ser contratadas con los OLs, de lo cual se infiere que los OLs no están obligados a prestar dichos servicios. Es que el único texto normativo del que podría derivarse un tal carácter esencial, es el artículo 21 literal g de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Sin entrar a ahondar en la interpretación de esta disposición comunitaria o acerca de su fuerza obligatoria, en ausencia de leyes internas que la traspongan, cabe preguntarse si en realidad la facturación y recaudación a los abonados puede considerarse, a los efectos del mercado venezolano de las telecomunicaciones, como una "facilidad esencial" a la interconexión. A este respecto, la doctrina no ha sido unánime, y ello se explica. En efecto, la cualidad esencial de determinada facilidad se asocia por lo general a su carácter imprescindible y a la inexistencia de alternativas factibles para su sustitución; en esto concuerda incluso el propio RI, que define en su artículo 2 lo que debe entenderse por "recurso esencial". Así, si se comparan los recursos enumerados en el

artículo 12 del RI con la facilidad de facturación y recaudación, salta a la vista que ésta última no parece asimilable a aquéllos. El origen y la terminación de las comunicaciones, la conmutación, la señalización, la transmisión, la asistencia a los abonados, la ubicación e incluso la información para conciliar cuentas, facturar y cobrar a los abonados, son absolutamente necesarios para la interconexión; sin tales elementos, la interconexión física y lógica de las redes, así como el acceso por parte de los usuarios de cada una de esas redes, a los abonados y servicios que dependen de otra, son simplemente imposibles. Por el contrario, la facturación y la recaudación no parecen ser del todo indispensables en Venezuela, ya que no sólo es posible que los operadores solicitantes de la interconexión realicen tales labores por sí mismos (asumiendo que cuentan con la información necesaria para ello, que sí es esencial sin duda alguna), en condiciones económicas y operativas eficientes, sino que tales servicios podría incluso proveerlos cualquiera de las empresas especializadas en gestión de cobranzas, que hoy abundan en el mercado venezolano. Todo esto permite pensar que de elevarse la cuestión al conocimiento de los tribunales competentes, el resultado no será predecible, independientemente de la opinión personal que cada quien pueda tener al respecto.

¿Puede el Estado imponer de manera intempestiva una carga económica como la que representa la obligación de proveer facilidades de facturación y recaudación?

La LOTEL fue aprobada en junio del año 2000, tras un laborioso proceso de consenso nacional. Para evitar posibles efectos adversos en el mercado y considerando la profundidad del proceso de liberalización que inauguraba el nuevo marco regulatorio, la LOTEL planteó un periodo transitorio durante el cual los operadores existentes a la fecha de entrada en vigencia de la ley, debían adaptar sus redes y sistemas. En particular, la adecuación de los sistemas de señalización se exigió en un plazo no mayor de 18 meses y la adecuación de los contratos de interconexión existentes se fijó dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación del RI; por otra parte, el RASBT estableció una serie de cronogramas para la implementación de todos los sistemas que harían posible la selección de los OLDs, el último de los cuales se cumplió el 5 de abril de 2002, es decir, casi dos años después de entrada en vigencia la LOTEL. Así, la iniciativa regulatoria presentada a consulta pública por CONATEL se produce de manera inesperada, una vez transcurrido el periodo transitorio anteriormente referido, siendo que el RI excluye las facilidades de facturación y recaudación de la enumeración de los recursos esenciales para la interconexión, y existiendo una disposición reglamentaria (el artículo 52 RASBT) que establece claramente el carácter facultativo de la prestación de los servicios de facturación y cobranza por parte de los OLs.

No obstante, de aprobarse el proyecto de Reglamento comentado, los OLs y los OMs quedarían obligados, a los ojos del regulador y de los OLDs, a adecuar sus sistemas de facturación y recaudación para ofrecer éstos servicios a todos los OLDs que así lo soliciten, a partir del 27 de noviembre de 2002. Como puede observarse, la imposición intempestiva de una tal carga económica –que por lo demás está atada a la suerte de un servicio prescindible y que tenderá a ser innecesario en la medida en que los OLDs entrantes se tornen autosuficientes o decidan cambiar de proveedor– constituye una medida que podría ser interpretada como discriminatoria y lesiva del principio de confianza legítima.

¿El deber formal de emitir factura, previsto en la Ley del IVA para los contribuyentes, puede cumplirse por un tercero en nombre y por cuenta del contribuyente obligado?

El artículo 10 de la Ley del IVA prevé la figura de los intermediarios, concebidos –en lo pertinente a los efectos de estas notas– como aquellos que “presten servicios por cuenta de terceros”. Se ha interpretado que dicho artículo, en concordancia con el artículo 4 del Reglamento de la Ley del IVA, obliga a los intermediarios que presten servicios por cuenta de terceros a que facturen por cuenta y nombre de tales terceros. Sin embargo, y al margen de lo correcto o conveniente de dicha interpretación, consideramos que el caso que nos ocupa no es el de un intermediario que, por cuenta de un tercero que es su mandante, presta servicios y los factura al receptor de los mismos. Nuestro caso es el de una empresa (OL o OM) que facturará al usuario final los cargos por servicios de telefonía efectivamente prestados por un tercero (OLD); no por ella como intermediario. De manera que, con base en esta última interpretación, no existiría identidad con el caso de los intermediarios y no sería aplicable el régimen jurídico que corresponde a éstos en materia de facturación. Ahora bien, planteada así la discusión, pareciera forzoso concluir que el deber formal de facturar legalmente establecido para todo contribuyente del IVA (en este caso los OLDs), no quedaría cumplido por el hecho de que los OMs u OLs incluyan en sus facturas los cargos por servicios de larga distancia prestados por terceros, según propone el proyecto de reglamento comentado. Es decir, a pesar de dicha inclusión, podría interpretarse que el deber formal de facturar permanecerá siempre en cabeza de los OLDs. Por otra parte, la Ley del IVA prevé la designación de los prestadores de servicios de telecomunicaciones como agentes de percepción. Si el SENIAT llevare a cabo dicha designación, todo operador de telecomunicaciones que sea designado como agente de percepción, deberá facturar sus servicios a los usuarios con un IVA adicional del 8%, es decir con un IVA total del 24% (16% + 8%), salvo que el usuario demuestre ser contribuyente ordinario del IVA o ser monocontribuyente. De manera que los OLD

podrían ser designados como agentes de percepción por el SENIAT, y en tal sentido estar obligados a facturar sus servicios con un IVA del 24%, salvo que el usuario demuestre ser contribuyente ordinario del IVA o ser monocontribuyente. Al enmarcar esta situación dentro del proyecto reglamentario presentado por CONATEL, inevitablemente se plantea otra interrogante: ¿Si los OLDs son designados por el SENIAT como agentes de percepción del IVA; podrían los OLDs trasladarle dicha responsabilidad legal a los OMs y OLs que se encontraran facturando por cuenta de tales OLDs en seguimiento de las pautas establecidas por el proyecto de reglamento de facturación propuesto por CONATEL? Pues, resulta sumamente difícil argumentar a favor de dicha posibilidad. En efecto, si resulta difícil afirmar, a la luz del estado actual del Derecho en Venezuela, que el deber formal personalísimo que tienen los contribuyentes de emitir factura pueda ser cumplido por terceros en nombre de los OLDs, más difícil es argumentar a favor de la posibilidad de trasladar el carácter de agente de percepción (sujetos pasivos responsables que sólo pueden ser designados por ley o por la autoridad competente previa autorización legal). Si los OLDs dejaren de cumplir con sus deberes como agentes de percepción, muy probablemente las sanciones establecidas en el Código Orgánico Tributario no se harían esperar. Así las cosas, consideramos que CONATEL debería trabajar muy coordinadamente con el SENIAT en su iniciativa de reglamentar la facturación de los OLDs.

Ordenanza de Chacao en entredicho

El 29 de octubre de 2002 entrará en vigencia la nueva Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda. La nueva ordenanza tiene por objeto “regular el impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar que se realicen en o desde la jurisdicción del Municipio Chacao del Estado Miranda, así como la Licencia para ejercer tales actividades”. El hecho imponible consistirá en el ejercicio habitual “de una o varias de las actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar”. La base imponible será “el monto de los ingresos

brutos percibidos durante el ejercicio fiscal” en el cual ocurra el hecho imponible. La alícuota impositiva aplicable dependerá de la actividad económica específica establecida en el Clasificador de Actividades Económicas que es parte integrante de la Ordenanza. El **Grupo XXIX** de dicho Clasificador de Actividades define como hechos imposables a las telecomunicaciones y la interconexión, gravando dichas actividades con el 1,5% de los ingresos brutos que les sean atribuibles.

Por otra parte, la Ordenanza prevé que el ejecutivo municipal dicte un reglamento especial “a efectos de atribuir el ingreso del contribuyente dedicado a la actividad de telecomunicaciones” y a “la explotación de todo sistema de comunicación”.

La Ordenanza hasta concede una rebaja especial del 50% del monto del impuesto causado por el ejercicio de actividades de telecomunicaciones al “nuevo contribuyente que establezca su centro principal de actividades en jurisdicción del Municipio Chacao” durante los 3 años siguientes a la entrada en vigencia de la misma.

Así, entre otras cosas, el Municipio Chacao desafía osadamente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la jurisprudencia reiterada de la extinta Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Justicia, según la cual ha quedado claramente establecido que la actividad de telecomunicaciones sólo puede ser gravada por el Poder Nacional, considerándose además que la reserva exclusiva otorgada al Poder Nacional por las Constituciones de 1961 y 1999, en cuanto a las actividades de telecomunicaciones, está referida a la potestad regulatoria y a la potestad tributaria. Tal criterio jurisprudencial del Máximo Tribunal se ha reproducido pacíficamente en las sentencias de los casos TELCEL CELULAR, C.A. del 16/7/1996; RADIO INDUSTRIAL 1160, C.A. del 11/11/1999; CANTV del 29/11/2000; CANTV del 23/5/2002 y CANTV del 19/6/2002.