

Plataformas digitales (todas) bajo vigilancia



JOSÉ
AYLLON

Socio de ECIIA

ECIIA

Recientemente la Comisión Europea ha iniciado una consulta pública en relación con su propuesta para la creación de una nueva herramienta legal destinada a reforzar la aplicación de la legislación de competencia en determinadas situaciones que, en su opinión, no pueden ser corregidas con la aplicación del artículo 101 (acuerdos restrictivos de la competencia) y 102 (abusos por empresas en posición dominante) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En el documento de la Comisión Europea se señala que, dicho instrumento, estaría destinado a identificar y prevenir determinados «riesgos estructurales» provocados por conductas unilaterales no dominantes o en estructuras de mercados oligopólicos con un mayor riesgo de colusión tácita, incluidos mercados que presentan una mayor transparencia debido al empleo de algoritmos con determinadas soluciones tecnológicas.

Frente a este tipo de riesgos, la Comisión Europea podría imponer soluciones estructurales (desinversión, venta a un tercero, etc.) o de comportamiento (restringir determinada actividad económica). En su propuesta, la Comisión Europea se cuida de señalar que dicha herramienta no se limitaría necesariamente a los mercados digitales.

Las empresas que actúan en el mercado como plataformas digitales deberían ser conscientes del impacto que este nuevo instrumento jurídico puede acabar teniendo en su actividad y que puede acabar reconfigurando no solo la aplicación de la legislación,



sino la de los mercados digitales. Como dato relevante para todos los operadores, la Comisión recuerda que este instrumento jurídico no se aplicaría únicamente a las grandes empresas.

Pero, ¿es necesario un régimen de competencia especial para controlar más a las plataformas digitales?

En otros términos, ¿no es suficiente con el artículo 101 y 102 TFUE para afrontar los problemas de competencia que plantean las plataformas digitales o son un fenómeno tan único en su especie que se requiere de un instrumental jurídico nuevo y distinto?

La propuesta de una nueva herramienta tiene defensores y detractores. Entre los primeros se encuentran aquellos que defienden que el mercado digital donde operan plataformas digitales es algo especial y requie-

re una aplicación del derecho de la competencia, también, especial. Los segundos, opinan en cambio que la legislación de competencia tiene los instrumentos adecuados y necesarios para solucionar cualquier alteración en los mercados.

No obstante, no parece que en el transcurso de los años desde que se aplica la legislación de competencia de la Unión Europea la Comisión Europea haya tenido excesivos problemas en adaptarse a todo tipo de situaciones y nuevos mercados, dado que el derecho de la competencia es muy flexible. De hecho, en los últimos años si han existido algunas críticas han sido sobre la dureza de la Comisión Europea en la aplicación del derecho de la competencia en el ámbito de los abusos de posición dominante a las grandes tecnológicas (Intel, Google Shopping, Google Android...).

Las empresas que actúan en el mercado como plataformas digitales deberían ser conscientes del impacto que este nuevo instrumento jurídico puede acabar teniendo en su actividad

Lo más llamativo de la propuesta de la Comisión Europea, es la ausencia de sanciones a las empresas que se vean implicadas en el procedimiento de aplicación de esta nueva herramienta jurídica

Sin embargo, la postura de la Comisión Europea parece ser claramente partidaria de una aplicación del derecho de la competencia todavía más contundente, en especial en los mercados digitales (aunque no solo) donde a su juicio se plantearían situaciones y conductas que no pueden abordarse adecuadamente con el artículo 101 y 102 del TFUE y de ahí la necesidad de un nuevo instrumento jurídico.

Ausencia de sanciones ¿pero menos seguridad jurídica?

Lo más llamativo de la propuesta de la Comisión Europea, es la ausencia de sanciones a las empresas que se vean implicadas en el procedimiento de aplicación de esta nueva herramienta jurídica.

En efecto, a la vista del documento de la Comisión Europea, la evaluación de impacto inicial insiste en la naturaleza no «punitiva», dado que las opciones consideradas no implican ningún procedimiento sancionador, ni multas, ni reclamaciones de daños.

Podríamos llegar a pensar que si no existe procedimiento ni sanción, la

Comisión Europea no necesita aplicar determinados principios sobre la carga de la prueba o incluso sobre determinados principios procesales que sí se aplican en un procedimiento sancionador del artículo 101 y 102 TFUE, lo que resultaría muy preocupante, aunque nada sorprendente teniendo en cuenta que alguna Autoridad de Competencia como la de Austria, ha propuesto recientemente «invertir la carga de la prueba» en los casos en los que «las investigaciones oficiales chocan rápidamente con límites naturales o técnicos» (!).

En conclusión

Las empresas y especialmente las plataformas digitales (de todos los tamaños) no deberían obviar la enorme trascendencia de esta propuesta de la Comisión Europea sobre una nueva herramienta de competencia y cuyo resultado futuro va sin duda a reconfigurar no sólo la normativa de competencia, sino la totalidad de los mercados digitales en la UE y ello a pesar de que en estos momentos hay más preguntas que respuestas.



JOSÉ MANUEL
PUMAR

Socio de Andersen

ANDERSEN TAX & LEGAL

Desde el año 2012, la normativa del Impuesto sobre Sociedades recoge una limitación de carácter general para la deducibilidad de los gastos financieros netos, según la cual el importe de estos no puede sobrepasar el 30 % del beneficio operativo, permitiéndose, no obstante, la deducción de hasta un millón de euros (franquicia).

En su momento, antes de su implementación legislativa, la medida se venía justificando fundamentalmente por dos motivos concretos. El primero, para frenar la erosión de las bases imponibles en los grupos multinacionales, que vía prestamos inter-compañías, podían artísticamente situar el gasto financiero en soberanías fiscales de alta tributación y el ingreso financiero en soberanías de baja tributación, con el consiguiente ahorro fiscal a nivel de Grupo. Una segunda justificación la constituyó la penalización que fiscalmente venían sufriendo las compañías poco apalancadas frente a las apalancadas, pues en las primeras la retribución del capital, vía dividendos, no constituía un gasto deducible, mientras que, en las segundas, la retribución de la financiación ajena

El COVID-19 y la necesidad y oportunidad de revisar la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros

La situación actual hace aconsejable una revisión de la norma que limita la deducción de los gastos financieros

Los reproches anteriores se hacen muchos más intensos en los momentos actuales con la crisis sobrevinida del COVID-19

en forma de intereses sí constituía un gasto deducible. Por tanto, las compañías que se autofinanciaban soportaban, en igualdad de condiciones, una mayor presión fiscal que aquellas que se apalancaban.

Otras dos razones para justificar la medida

A las razones anteriores, el legislador español justificó la medida en dos motivos más. Uno de carácter estrictamente fiscal, es decir, recaudatorio, en un momento (año 2012) el que existía un importante déficit público que había que corregir, y otro, de carácter extrafiscal, para poner un freno al endeudamiento empresarial excesivo, que había sido un factor que agudizó en España la crisis económica de 2008.

La norma implantada se amparaba en todas esas consideraciones, si bien, valga la expresión, «matando moscas a cañonazos». En primer lugar, porque la misma no se limitó a los grupos multinacionales, en los que se podía producir una erosión de bases imponibles a nivel de Grupo. En segundo lugar, porque a través de la franquicia de un millón de euros, de facto, quedaron al margen de la limitación las pymes, discriminando negativamente a las no pymes. En tercer lugar, porque el límite considerado (30% del beneficio operativo), de aplicación a cualquier empresa, no tomaba en consideración el sector en el que la misma operase, y sabido es que existen sectores de la actividad con un largo ciclo de recuperación de las inversiones, que son mucho más intensivos que otros en

capital (concesionarias, inmobiliarias patrimoniales, energías renovables, etc.). Por último, porque la norma venía a tener efectos retroactivos, al menos en grado medio, pues de la limitación implantada no quedaban excluidos los gastos financieros correspondientes a financiación otorgada con anterioridad.

Una presión fiscal inasumible

Los reproches anteriores se hacen muchos más intensos en los momentos actuales con la crisis sobrevinida del COVID-19, que a buen seguro hará aumentar el endeudamiento de muchas empresas y la reducción de sus beneficios y, por tanto, del beneficio operativo sobre el que se calcula el límite deducibilidad de los gastos financieros.

Esta situación pudiera originar en determinadas empresas una presión fiscal inasumible, no solo desde un punto de vista material, sino también desde un punto de vista jurídico, al verse abocadas a tener que tributar en el Impuesto sobre Sociedades sobre una magnitud (base imponible) que, a consecuencia de la limitación comentada –y de otras muchas más–, se estaría apartando extraordinariamente del beneficio y, por tanto, de su verdadera capacidad económica, llegando incluso a tener que tributar por dicho impuesto con importantes pérdidas.

La situación actual hace aconsejable una revisión de la norma que limita la deducción de los gastos financieros, como pudiera ser, aunque fuese de forma transitoria, elevando el límite del 30% del beneficio operativo. No abordar dicha revisión puede provocar en la situación actual que el Impuesto sobre Sociedades llegue a tener carácter confiscatorio, carácter este que no debiera quedar enervado con el argumento fácil, e irreal, de muchos casos, de que el gasto no deducido en un período impositivo puede ser deducido en períodos futuros en los que no se supere el límite del 30% del beneficio operativo, pues la no superación de dicho límite, para muchas empresas que operan en determinados sectores de actividad, constituye sencillamente algo casi imposible.