Así, no

REFORMA LABORAL

Son muchas las razones

Eduardo Gutiérrez | Enrique Lillo

ECONOMISTA | ABOGADO. GABINETE INTERFEDERAL CCOO

06/09/2010

Subcapitalización y despido económico

El Gobierno y el legislador han publicado una Reforma Laboral invocando la seguridad jurídica de las empresas y acudiendo para ello al concepto de "Pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingreso". La cuestión importante consiste en determinar como se identifican las pérdidas actuales o previstas y la disminución persistente de ingresos. Para ello necesariamente habrá que acudir a los documentos empresariales de contabilidad, balance, cuentas de resultados, explotación, para verificar que existe la causa objetiva del despido económico.

Por ello resurgirá la discusión acerca de en que casos concretos una empresa tiene realmente resultados económicos negativos o pérdidas reales o previstas. Y es el caso que la disciplina contable ha alcanzado un extraordinario desarrollo en cuanto a creatividad societaria mercantil, por ello algún autor cualificado ha afirmado: *"El beneficio contable es una opinión, el flujo de caja generado un realidad"*[1]. Tanto que sobre el término de contabilidad creativa se ha afirmado lo siguiente: *"Podría decirse que es un eufemismo utilizado para evitar referirse a estas practicas por sus verdaderos nombres, artificios contables, manipulaciones contables, fraudes"*[2].

Esta situación real y existente provoca la suspicacia fundada de cualquier laboralista o sindicalista en lo relativo a los despidos económicos. Si de los estados contables normalizados se acumulan opiniones cautelosas, qué será, cuando de los "resultados previstos" se trate. De no tenerse en cuenta esta amplia y diversas discrecionalidad en la aplicación de los criterios contables y económicos, la reforma trasladara, aún mas intensamente, la volatilidad, las oscilaciones y las ansias por el resultado a corto plazo que anima a los inversores en los mercados financieros, al seno de la económica real y productiva, a las relaciones laborales que se verán sometidas a una inestabilidad permanente en cuanto a su duración, dependiendo exclusivamente del puro deseo empresarial sin posible defensa de los trabajadores, lo que resulta sencillamente incompatible con el art. 1 de la Constitución y con la propia doctrina del Tribunal Constitucional, así como con el convenio 158 de la OIT, entre otros.

Los modelos de negocio, y con ellos los modelos de financiación empresarial, han sufrido múltiples evoluciones. Echemos una rápida mirada a los que se encuentran en la esfera financiera, que como veremos han modificado profundamente la estructura de resultados empresariales. Podemos resumir las transformaciones financieras empresariales en dos grandes conjuntos, de un lado aquellas que explican la epidemia de endeudamiento ("apalancamiento financiero") que ha sido generalizada, provocando que los proyectos empresariales montados con créditos, y no con capitales propios, infectan por doquier a la estructura empresarial española. Ello se debe tan sólo a una adaptación a las circunstancias financieras que se han vivido en la última

década y media en España, UE y EEUU: la oferta indefinida de crédito, y a bajos tipos de interés que ha caracterizado el periodo previo a la crisis en la que vivimos.

El segundo tipo de transformaciones en la estructura financiera empresarial, no han sido como en el caso anterior, simplemente adaptativas, y obedecen a regulaciones muy pensadas y orientadas por las políticas económicas desarrolladas en las últimas décadas, que priorizan las facilidades para el capital, y el fácil endeudamiento. Las décadas de desregulación que venimos soportando, se nutren de decisivas regulaciones societarias favorecedoras de esta situación de endeudamiento, y de sustitución de recursos propios por créditos de los socios. No podemos olvidar que la deuda privada empresarial, triplica en estos momentos a la del sector público español.

En un marco ideológico que achacaba, y aún achaca, los problemas de bienestar, de empleo, de injusticia distributiva, a la excesiva intervención pública en los negocios privados, el Partido Popular nada mas llegar al gobierno en 1996, procedió por una vía legislativa de limitada calidad y transparencia democrática (Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica), a inventar una nueva definición de los recursos de capital para las empresas. En un hito de la desregulación societaria y mercantil, se aprobó una nueva forma de "capital y recursos propios" para las sociedades mercantiles: los Prestamos Participativos.

Mediante el R.D.7/1996 de 7 de junio, en su artículo 20, se dieron legalidad a los Préstamos participativos, que como su nombre indica son "prestamos retribuidos" y costosos para la empresa que los recibe. La norma equiparó estos préstamos de los socios a las aportaciones del capital privado, al concederlos la calidad de "fondos propios", esto es equivalente, societaria y mercantilmente a las aportaciones de capital social. Estos préstamos, implican una retribución garantizada, y una costosa forma de capitalizar las empresas, que desde entonces han procedido a sustituir aportaciones de capital, por préstamos en volumen que en algunas empresas, supone hasta en 5 y 10 veces el Capital Social. Una regulación que el PSOE, ha mantenido con la Ley 16/2997, de 4 de julio.DA3ª) añadiendo meras correcciones contables – ya no son recursos propios, y si patrimonio neto a efectos concúrsales – que no corrigen el núcleo del problema: los socios se llevan en forma de intereses lo que no son sino "beneficios disfrazados" de costes financieros.

En un marco como este – niveles de capitalización opacos, desconocidos, y sin publicidad[3] sobre el músculo financiero de las empresas - el tráfico mercantil se ve muy afectado, amen de situar a los proyectos empresariales en el "abismo financiero", que los accionistas pueden desencadenar con tan solo modificar el tipo de interés que cobran a sus empresas por el capital que no aportan, y sólo prestan.

La norma que equipara el capital empresarial con los préstamos, esta en la base de la paradójica evolución de los ingresos por el Impuesto de Sociedades en el primer semestre del presente 2010, que se deprimen a pesar de presentar, sobre todo las grandes empresas, resultados empresariales en crecimiento. Esta nueva situación – habilitada en 1996 – ha provocado lo que la doctrina fiscal califica como "subcapitalización", que provoca como declara un erudito español sobre fiscalidad de grupos empresariales y multinacionales, una ***"transferencia disfrazada de beneficios"***, a favor de los socios, que desde aquella fecha, han sustituido capital, por prestamos, por los que cobran suculentos intereses, incluso en situaciones de perdidas de la actividad ordinaria propia del objeto social de la empresa.

La imagen contable de estas nuevas fisonomías empresariales, genera cuentas de resultados de la actividad ordinaria (EBITDA), que siendo positivos, tras deducir los intereses abonados a los socios (no olvidemos "transferencias disfrazadas de beneficios empresariales"), y otros gastos ficticios como las amortizaciones (recuperación de la inversión empresarial realizada) se transforman en "resultados empresariales negativos" (EBIT).

De esta forma volvemos al principio del problema: *¿Cómo definimos los resultados empresariales negativos o pérdidas?,* si gran parte de los mismos, podrían ser, lo son en nuestra experiencia de asesores socio-laborales, resultado de una política de sustitución de capital por prestamos de los socios, que fijan de forma unilateral, y con la discrecionalidad absoluta los tipos que les cobran a la empresa por dichos prestamos (hasta 8,5 p.p, por encima del euribor en alguno de los operadores telefónicos españoles).

El umbral mínimo sería exigir, con un régimen sancionador suficiente, la obligatoria inscripción de dichos préstamos y sus modificaciones (tipos de interés, condiciones de amortización, etc) en el registro mercantil. De no ser así, el despido por causas económicas negativas, cuando conste en balance que la empresa esta sostenida con préstamos de los socios, debería ser improcedente. De esta forma, cabria discriminar en cada caso, que hay de resultados empresariales involuntarios, o de "fabricación" a medida de los mismos. Un problema que no se circunscribe a los préstamos participados, sino también a los precios de transferencia entre empresas vinculadas (grupos empresariales, que hoy están corroyendo las bases imponibles de los estados occidentales, en beneficio de las empresas transnacionales), que determinan la aparición de perdidas en aquella unidad jurídica que la cabecera del holding del grupo considere oportuno[4]. Un problema al que ha ido haciendo frente de manera claramente insuficiente a través de la doctrina judicial del levantamiento del velo, sin que se haya abordado el análisis jurídico de la situación generalizada de "subcapitalización" que ha inundado el modelo de negocio empresarial español.

Mantener en vigor, y en las condiciones actuales, el uso y abuso de los "prestamos participados", supondrá alentar desde los poderes políticos el "chantaje empresarial", que de forma recurrente toma forma de ultimátum, en numerosos expedientes de regulación de empleo, en el que las empresas son sostenidas por sus socios, las empresas dominantes, o cabeceras del holding, de turno en el "abismo financiero". Muchas de las empresas españolas están afectadas de "subcapitalización", y presentan resultados de la rentabilidad operativa, esto es de actividades ordinarias de su objeto social (EBITDA), con saldo positivos, que posteriormente con estructuras de capital financiadas en lugar de con aportaciones de capital con prestamos de los socios (personas físicas o entidades jurídicas), succionan estos beneficios, en forma de rentas pasivas, o intereses por sus prestamos, y hacen que las mismas empresas presenten resultados de explotación antes de impuestos, claramente negativos (EBIT).

Si se llegase a confirmar que seis meses de pérdidas, o incluso un ejercicio completo, habilitaría el derecho a despedir a trabajadores de las empresas, el ejecutivo estaría fabricando una bomba de despidos de consecuencias incalculables, no sólo para los derechos laborales, sino para la confianza, estabilidad, y potencialidad de recaudación fiscal y económica.

En el medio plazo, será conveniente analizar si los préstamos participados puedan utilizarse hasta unos límites sobre activos, o sobre los recursos propios de las empresas. Es otra tarea necesaria para reconstruir un marco creíble, transparente, que genere confianza, y sea socialmente

responsable para la actividad empresarial privada, y claro esta para recomponer un proyecto socialdemócrata creíble que integre los mecanismos de mercado, pero sin sucumbir a sus deseos.

Aunque suene extraño, necesitamos limitar el capitalismo a crédito. No debería ser necesaria la alusión a la función social de la riqueza y la propiedad, que en un pacto colectivo de estado acordamos incorporar a nuestra carta magna. Las evidencias acumuladas en los tres últimos años, deberían valer para conseguir nuevas aptitudes políticas de los representantes del capital, y comprometidas con el futuro común de la sociedad española. Para caminar en esa dirección será imprescindible un atento análisis del alcance y extensión de las regulaciones neo-liberales, no sólo en relación con la fiscalidad, los derechos laborales, sino también, como hemos expuesto en la estructura financiera, mercantil y societaria, que nos permita recuperar los niveles de transparencia, seguridad y confianza, al conjunto de la ciudadanía.

En definitiva entendemos que hay que: *"evitar que, embriagados con el discurso de la competencia, el mercado, y la sociedad civil que tan necesarios son en la organización de la(s) actividade(s), olvidemos, sin embargo, que ha sido necesario transformar radicalmente las categorías del Derecho privado, produciendo mutaciones sustanciales, entre otros en el Derecho de propiedad para que la competencia y el mercado sean posibles"*[5]. ◆

NOTAS

[1] J. Pérez Ramírez Jefe de División de Regulación Contable "Normas de Información Financiera de Banco España. Estudios de Derecho Judicial nº 119/2007. Consejo General del Poder Judicial.

[2] Blasco 1998 citado en "*Aproximación a la contabilidad. Estados contables y lecturas de balances*". Carlos Tamarit de Castro. Jefe de Estudios del Instituto de Estudios Fiscales. Estudio de Derecho Judicial nº 119/2007. Consejo General del Poder Judicial.

[3] No existe obligación de registro público (como nos ha confirmado el Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, en consulta específica realizada por los autores de este articulo) para los préstamos participados que reciben las empresas, generando una opacidad en la estructura financiera de las empresas, que es contraproducente para la transparencia, la seguridad y confianza económica, de inversores, proveedores y trabajadores.

[4] La doctrina entiende que estas normas se deberán aplicar: *"cuando a través de un análisis sustancia vs forma se ligue a la conclusión de que a través de la operación vinculada se pretendió ocultar una distribución de dividendos o una aportación de capital (o cualquier otra operación secundaria"*. FONDO Y FORMA EN LA OPERACIONES VINCULADAS. LXIV Semana de Estudios de Derecho Financiero. Eduardo Sanz Gadea.

[5] Tomas de la Cuadra Salcedo, *En las Palabras y las Cosas ¿Liberalización o regulación?.Un mercado para la electricidad*. J.Fabra. Marcial Pons, 2004.