

# Revista Derecho Social y Empresa

**MONOGRÁFICO**

**REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES**

**Número 0, Enero 2014**



Cátedra UNESCO promoción  
Socio Laboral Fundación Sagardoy

*Dykinson, S.L.*

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

## **ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES**

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

**Revista Derecho Social y Empresa**  
**CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL**  
**FUNDACIÓN SAGARDOY**  
**EDITORIAL DYKINSON**

**DIRECTORA**

Pilar Núñez-Cortés Contreras

*Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Fundación Sagardoy*  
*Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Loyola Andalucía*

**SECRETARIA**

María Dolores Rubio de Medina  
*Doctora en Derecho*

**CONSEJO ASESOR**

**Presidente**

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Complutense (Madrid)*

**Miembros**

María del Mar Alarcón Castellanos

*Directora General de Trabajo de la Comunidad de Madrid*

Lourdes Arastey Sahún

*Magistrada Tribunal Supremo (Madrid)*

Philippe Auvergnon

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS, miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail de la Université Bordeaux (Francia)*

Marie Cécile Escande-Varniol

*Catedrática de Derecho del Trabajo, Université Lyon 2 (Francia)*

Carolina Gala Durán

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,*  
*Universidad Autónoma de Barcelona*

Santiago García Echevarría

*Catedrático de Política Económica de la Empresa, Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense (Madrid)*

Abbo Junker

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, Ludwig-Maximilians Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez  
*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,  
Universidad de Santiago Compostela*  
Antonio Ojeda Avilés  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla*  
Mariano Sampedro del Corral  
*Magistrado del Tribunal Supremo*  
Cristina Sánchez-Rodas Navarro  
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla*  
Esperanza Macarena Sierra Benítez  
*Profesora Contratada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla*  
Michelle Tiraboschi  
*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia) y  
Director Científico de ADAPT*  
Jorge Tua Fernández  
*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad, Universidad Autónoma de Madrid*  
Fernando Valdés Dal-Ré  
*Magistrado del Tribunal Constitucional*  
Luis Enrique de la Villa Gil  
*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma (Madrid)*

## COMITÉ EDITORIAL

- José Antonio Ariza Montes, *Profesor Titular de Área, Universidad Loyola Andalucía*  
Valentín Bote Álvarez-Carrasco, *Director General de Empleo, Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, Comunidad de Madrid*
- Macarena Castro Conte, *Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*  
Antonio Cebrián Carrillo, *Abogado, Socio Director, Domié Legal (Madrid)*  
Teresa Cervera Soto, *Directora de Recursos Humanos, Paradores de Turismo*  
Martin Froelich, *Attorney-at-law (Rechtsanwalt), Cologne (Alemania)*
- Martín Godino Reyes, *Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*  
María Jesús Herrera Duque, *Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid)*  
José Antonio Marcos Herrero, *Abogado, Agencia Sanitaria Costa del Sol (Málaga)*  
José Manuel Martín Martín, *Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*  
Ana Matorras Díaz-Caneja, *Profesora Agregada, Universidad Pontificia Comillas (Madrid)*  
María Luisa Molero Marañón, *Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*
- Rocío Molina González-Pumariiega, *Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*  
Horacio Molina Sánchez, *Profesor Titular de Área, Universidad Loyola Andalucía*  
Marta Montero Simó, *Profesora Titular de Área, Universidad Loyola Andalucía*  
Amanda Moreno Solana, *Profesora Ayudante, Universidad Carlos III (Madrid)*  
Leonor Victoria Pablos Fernández, *Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid)*  
Vicente Pérez Meyado, *Consejero Técnico, Ministerio de Empleo y Seguridad Social*  
Anselmo Presencio Fernández, *Director Recursos Humanos, Persan*  
Iván Rodríguez Cardo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Oviedo*
- Íñigo Sagardoy de Simón, *Doctor en Derecho, Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid)*  
Lavinia Serrani, *Editorial Coordinator of ADAPT International, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*  
Francesca Sperotti, *Research Fellow e Responsabile Relazioni Internazionali, ADAPT, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*  
Helmut Weber, *Consejero Técnico Jefe de Unidad, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Alemania)*

## **EVALUADORES EXTERNOS**

Francisco Alemán Páez, *Catedrático Acreditado de Trabajo y de la Seguridad Social,*  
*Universidad de Córdoba*

Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,*  
*Universidad de Sevilla*

José Manuel del Valle Villar, *Profesor Titular de Derecho de Trabajo,*  
*Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)*

José Luis Gil Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

María Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid)*

María Teresa Igartua Miró, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,*  
*Universidad de Sevilla*

Risa L. Lieberwitz, *Catedrática de Derecho del Trabajo,*  
*Cornell University, ILR School (USA)*

Paz Menéndez Sebastián, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,*  
*Universidad de Oviedo*

Jesús R. Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,*  
*Universidad Carlos III (Madrid)*

Jesús Nicolás Ramírez Sobrino, *Profesor Titular de Área de Comercialización e*  
*Investigación de Mercados, Universidad Loyola Andalucía*

Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,*  
*Universidad de Barcelona*

Tatiana Ushakova, *Doctora en Derecho,*  
*Acreditada como Profesora Titular de Ciencias Sociales y Jurídicas*

Teresa Velasco Portero, *Profesora Titular de Área, Universidad Loyola Andalucía*

## El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científico técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo.

La revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, ambos incluyen artículos académicos (Estudios), así como un barómetro del mercado de trabajo en España. El primer número de cada año tiene un contenido monográfico y versará sobre un tema predefinido por el Comité Editorial.

La revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las instrucciones de publicación de la revista.



# ÍNDICE

## *Presentación*

JUAN ANTONIO SAGARDOY

## ARTÍCULOS

**Una aproximación al despido colectivo como medida de reestructuración empresarial tras las últimas reformas laborales**

CAROLINA GALA DURÁN

**La información financiera en los procesos de reestructuración de grupos empresariales: las combinaciones de negocio bajo control común**

RAFAEL BAUTISTA MESA

**La reestructuración de plantillas al amparo de la reforma laboral-2012: consecuencias sobre la cultura organizacional**

ANTONIO ARIZA-MONTES, ANTONIO G. LEAL-MILLÁN Y ANTONIO L. LEAL-RODRÍGUEZ

**Mergers and acquisitions in Germany**

MARTIN FRÖHLICH

## BARÓMETRO DEL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA

**La situación del mercado de trabajo tras un lustro de crisis y un año de reforma**

JESÚS R. MERCADER UGUINA Y PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI



# PRESENTACIÓN



## Presentación

Para el mundo cultural la aparición de una Revista siempre es una buena noticia, ahora damos la buena nueva de esta Revista que se produce en el seno de la **Cátedra Unesco de Promoción socio-laboral**, de la **Fundación Sagardoy**, y que dirige la Prof. Pilar Núñez-Cortés. Ella ha sido, con la preciada colaboración de María Dolores Rubio, la artífice de lo que ahora ve la luz. La revista se publicará semestralmente para analizar técnica y críticamente temas socio-laborales y también de Seguridad Social. Y todo ello con un enfoque transnacional que en el mundo globalizado que vivimos resulta muy necesario. Dicho carácter se plasma también en que siempre habrá un artículo escrito en inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea. Examinaremos, con autores solventes, los debates a nivel internacional de los sistemas de relaciones industriales, las políticas de empleo y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad.

Hemos logrado, y agradecemos mucho su buena disposición, que el Comité Científico y el comité Editorial (cuyos componentes figuran en la propia Revista) esté formado por prestigiosos juristas y académicos de España y otros países de la UE y también de Estados Unidos. Queremos que el enfoque sea de altura intelectual, de rigor académico y de cercanía a la realidad para que sea útil a los lectores y especialmente a los destinatarios preferidos como son los Abogados, Docentes universitarios y Directores de RR HH.

En este número se aborda el tema monográfico de las reestructuraciones empresariales y escriben:

**Carolina Gala Durán** que en «Una aproximación al despido colectivo como medida de reestructuración empresarial tras las últimas reformas laborales», aborda en su estudio el objetivo de analizar, con cierto detalle, una de las vías de reestructuración empresarial más conocidas en la práctica empresarial, que se ha visto facilitada en los últimos años y que comporta graves consecuencias para los trabajadores afectados: el despido colectivo o expediente de regulación de empleo. En el artículo, se analizan los importantes cambios introducidos en este ámbito, especialmente por la reforma laboral de 2012, tanto desde la perspectiva sustantiva como procedimental, así como los criterios judiciales que están interpretando (y reinterpretando) el vigente marco legal.

**Rafael Bautista Mesa** que en su artículo titulado «La información financiera en los procesos de reestructuración de grupos empresariales: las combinaciones de negocio bajo control común», se centra en el debate existente sobre los dos enfoques valorativos que se pueden seguir para el registro de las operaciones de reestructuración: el valor contable y el valor razonable. Destacando la necesidad de una mayor investigación para la definición de los principios fundamentales que radican bajo las operaciones de combinación de negocio bajo control común.

Por su parte **Antonio Ariza-Montes**, **Antonio G. Leal-Millán** y **Antonio L. Leal-Rodríguez** en «La reestructuración de plantillas al amparo de la reforma laboral-2012: consecuencias sobre la cultura organizacional», destacan que todo proceso de reestructuración perturba el sistema de valores asentado en el seno de la organización, provocando efectos telúricos sobre los cimientos que basamentan la cultura organizacional; afectando de forma especial a las prácticas orientadas al desarrollo de los recursos humanos en la empresa.

**Martin Fröhlich** con su artículo escrito en inglés y titulado «Mergers and acquisitions in Germany», nos ofrece una visión general de la regulación de los acuerdos públicos y privados de fusiones y adquisiciones (M&A) en el Derecho alemán, analizando las M&A privadas, donde el vendedor y el potencial comprador pueden negociar directamente la transferencia de la empresa; y las M&A públicas, en las que la empresa pública cotizada en bolsa es adquirida de acuerdo con las respectivas normas de Derecho público.

Por último, **Jesús R. Mercader Uguina** y **Pablo Gimeno Díaz de Aauri**, nos ilustran con el informe titulado «La situación del mercado de trabajo tras un lustro de crisis y un año de reforma», que resume lo presentado en el más extenso Barómetro de Mercado de Trabajo en España publicado por el Instituto de Relaciones Laborales de la Fundación Sagardoy; en él se presentan sistematizados un elevado número de indicadores obtenidos siempre a través de la explotación de las estadísticas (fecha de cierre. noviembre de 2013).

Finalmente, me parece oportuno hacer unas breves reflexiones sobre un permanente tema como es el examen del papel que debe desempeñar el Derecho del Trabajo en los tiempos turbulentos que vivimos. Hace ya más de veinte años que tuve ocasión de reflexionar sobre ello y bueno será recordar algunas de las ideas expuestas hace ya tanto tiempo pero que tienen plena actualidad.

Con gran anticipación decía Sinzheimer en 1893, que el Derecho del Trabajo presupone una economía en la que se pueden desarrollar las fuerzas productivas existentes y en que las necesidades de los hombres puedan satisfacerse con su producto. El orden económico actual no cumple ya hoy con este sentido dado por la esencia de

la economía. Dispone de un aparato productivo como el mundo no ha visto jamás. Se ofrecen también una masa de bienes y posibilidades técnicas de producción para asegurar el mantenimiento en la forma adecuada de los hombres en los niveles culturales de hoy. Pero el sistema de esta economía ya no funciona. La fuerza del trabajo de las naciones está ociosa y no puede hacer sentir sus efectos. Hoy todo ello tiene una dramática confirmación en los millones de parados de los países industrializados y en los negros nubarrones que se divisan en el horizonte por la progresiva desviación productiva hacia los países del sudeste asiático y hacia el futuro gigante del XXI: China.

Es muy probable que muy pronto tengamos que hacer un ejercicio gimnástico al explicar en la Universidad la evolución del Derecho del Trabajo pues a la vez que expliquemos la dura y sangrienta cuna de las relaciones laborales en el siglo XIX, tengamos que decir que ello es hoy actualidad en todos esos países en los que los salarios no llegan a diez dólares diarios y los derechos mínimos laborales brillan por su ausencia.

Si eso es así, ¿qué hacer? ¿Bajar nuestras condiciones laborales a un nivel competitivo? Ello es impensable por la distancia casi infinita que existe entre nuestros sistemas y los de los países del Tercer Mundo. Pero indudablemente que ha llegado el momento de buscar nuevos frentes para un orden económico y orden laboral, que están indisolublemente unidos, de modo que el derrumbe del primero trae consigo el del segundo. La quiebra de los sistemas de Seguridad Social, especialmente respecto del paro, es un dato emblemático.

Por ello los polos se mueven entre “armar” el modelo, como preconizaba mi colega el profesor A. Baylos, o “desarbolarlo”, según piden muchas voces cargadas de economicismo.

Desde luego, armar hoy el modelo aún más de lo que está nos sitúa en el reino de la utopía pero intentar desarbolarlo todo el Derecho del Trabajo, haciendo tabla rasa de lo conseguido hasta ahora, es un suicidio social de imprevisibles consecuencias.

Por ello quizá sea más aconsejable “podar”. Podar es traumático, pero sin poda no hay futuro viable. Y la poda funcionará, queramos o no, porque el sistema no aguanta tal cual está; ya nada será igual. Lo que pasa es que la operación —siempre traumática, no nos engañemos— puede hacerse de forma ordenada o anárquica.

Y ¿cómo?, ¿con el consenso de los afectados?. Es ya un lugar común, pero necesita repetirse, que es lo deseable, aunque no sea lo necesario, y menos de modo global. No se puede pedir razonablemente autoinmolación. Pero decía lo de “modo global” porque entiendo que hay tres grandes bloques de temas: aquellos en los que el interés es común, como la productividad o el empleo; aquellos otros que aúnan intereses

### *Presentación*

diversos pero confluentes, como es la política salarial y el destino de los beneficios empresariales, y, finalmente, están aquellos en que los intereses son antagónicos y de muy difícil entendimiento, como son las contrataciones ideológicas sobre el modelo económico.

Pues bien, parece prudente avanzar lo más posible en los dos primeros y utilizar la legitimidad democrática del Parlamento para el tercero, y lo que quede de los otros. Y además con la urgencia que demanda la situación que atravesamos, que no es sólo de crisis económica, sino también de confianza y fe en el futuro.

Somos todos -parados, ocupados, amas de casa, pensionistas, niños- los afectados y todos tenemos derecho a tres cosas: que se nos dé un diagnóstico (por duro que sea) de la situación, que se nos enuncien los remedios que se proponen y que se tome una enérgica decisión de ponerlos en práctica. Que para ello se oiga y se pretenda un acuerdo con los principales, representantes de los afectados, es algo que debe intentarse y zanjarse con rapidez, pero todos los que están inmersos en el tema donde tienen al final su foro es en la sede de la soberanía nacional.

Y como las campanas tocan a rebato, todos los partidos deben asumir, con las actuaciones precisas, el hecho evidente de que sí hay una cuestión de Estado, hoy, es la de remontar la crisis. Y el Gobierno, como ha comenzado a hacer, tiene el deber insoslayable de tomar las medidas que crea necesarias.

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea  
Catedrático de Derecho del Trabajo

# ARTÍCULOS



# UNA APROXIMACIÓN AL DESPIDO COLECTIVO COMO MEDIDA DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS LABORALES

CAROLINA GALA DURÁN

*Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Barcelona*

Fecha de recepción: 21-10-2013

Fecha de aceptación: 11-11-2013

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. ASPECTOS GENERALES DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO. 3. TIPOS DE DESPIDO COLECTIVO, CONCEPTO Y CAUSAS JUSTIFICATIVAS. 4. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO. 4.1. Iniciativa y comunicación de la apertura del período de consultas. 4.2. La memoria explicativa. 4.3. El período de consultas. 4.3.1. Objetivo y contenidos. 4.3.2. La configuración de las partes. 4.3.3. El desarrollo del período de consultas. 4.3.4. El papel de la autoridad laboral. 4.3.5. La finalización del período de consultas. 4.3.6. El papel de la Inspección de Trabajo. 4.3.7. La notificación individual de los despidos. 5. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO COLECTIVO: SUJETOS LEGITIMADOS Y TRAMITACIÓN. 6. DESPIDO COLECTIVO Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. 7. CONCLUSIONES FINALES.

**RESUMEN:** Uno de los objetivos esenciales de las reformas laborales que se han aprobado en los últimos años ha sido ampliar el alcance de las medidas de reestructuración empresarial, destinadas a facilitar que una empresa, ante una situación de crisis, pueda adaptar las condiciones de trabajo de sus trabajadores. Medidas que, por otra parte, presentan un alcance diverso y que permiten tanto la modificación de las condiciones laborales (funciones, salario, jornada...), como la suspensión temporal de los contratos o el despido de los trabajadores. El objetivo de este trabajo es analizar, con cierto detalle, una de las vías de reestructuración empresarial más conocidas en la práctica empresarial, que se ha visto facilitada en los últimos años y que comporta graves consecuencias para los trabajadores afectados: el despido colectivo o expediente de regulación de empleo. De este modo, se analizan los importantes cambios introducidos en este ámbito, especialmente por la reforma laboral de 2012, tanto

desde la perspectiva sustantiva como procedimental, así como los criterios judiciales que están interpretando (y reinterpretando) el vigente marco legal.

**ABSTRACT:** One of the essential goals of the labor reforms that have been adopted in recent years has been to expand the scope of business restructuring measures aimed at facilitating a business, in a situation of crisis, can adapt their working conditions workers. Measures the other hand, present a diverse range allowing both the change of working conditions (functions, salary, hours...) and the temporary suspensions of contracts or dismissal of workers. The aim of this paper is to analyze, in some detail, on of the ways known corporate restructuring in business practice, which has been facilitated in recent years and that this has serious consequences for affected workers: collective dismissal. So we analyze the major changes in this area, especially in the 2012 labor reform, both substantive and procedural perspective and judicial criteria are interpreting (and reinterpreting) the existing legal framework.

**PALABRAS CLAVE:** reestructuración empresarial, despido.

**KEYWORDS:** corporate restructuring, dismissal.

## 1. INTRODUCCIÓN

La grave crisis económica que está viviendo nuestro país desde hace unos años ha venido acompañada de la aprobación de varias reformas laborales -años 2010<sup>1</sup>, 2011<sup>2</sup> y 2012<sup>3</sup>- que, al margen de compartir elementos formales -una discutible aprobación de urgencia vía Real Decreto-Ley-, y su enorme trascendencia, incorporan aspectos comunes; diferenciándose, no obstante, en el grado de intensidad con el que se incide en determinadas figuras laborales clave (si comparamos la reforma laboral del año 2010 con las posteriores).

Reformas laborales que, además, han afectado, de una forma muy importante, a instituciones esenciales del Derecho del Trabajo, tanto desde la perspectiva individual como colectiva, y que han hecho que la fisonomía de dicha disciplina haya variado, acercándose más a las necesidades e intereses de la empresa en ámbitos como, por ejemplo, la posible modificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores (nueva regulación de la movilidad funcional y geográfica y, sobre todo, de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que está permitiendo actualmente sustanciales rebajas salariales y/o cambios en la jornada de trabajo de los

---

1 RDL 10/2010, de 16 de junio, y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

2 RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

3 RDL 3/2012, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Téngase en cuenta que, a las reformas laborales citadas, cabe sumar otras normas (bastantes) que se han ido aprobando entre los años 2010 y 2013 y que han afectado cuestiones muy relevantes como el fomento del empleo juvenil, la intermediación laboral, la contratación o el despido. Sobre el alcance de la reforma laboral de 2012, vid, entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, "Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012", *Diario La Ley*, núm. 7833, 2012; M.E. CASAS BAAMONDE, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y F. VALDÉS DAL-RÉ, "La nueva reforma laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012 (La Ley 2639/2012); A. BLASCO PELLICER, L.M. CAMPS RUIZ, J.M. GOERLICH PESET, R. ROQUETA BUJ y T. SALA FRANCO, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, *Reforma laboral 2012*, Lex Nova, 2012; S. DEL REY GUANTER (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, Ed. La Ley, Madrid, 2013; A.V. SEMPERE NAVARRO y R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Claves de la reforma laboral*, Aranzadi, Madrid, 2012; y M.M. MIRÓN HERNÁNDEZ e I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (Coord.), *Últimas reformas en materia laboral, Seguridad Social y en el proceso laboral*, Ed. Huygens, Barcelona, 2013.

trabajadores...), la negociación colectiva (la nueva regulación de la ultraactividad de los convenios colectivos o de la inaplicación o descuelgue del convenio colectivo prevista en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>4</sup>...), la suspensión del contrato y la reducción temporal de la jornada de trabajo (nueva redacción del artículo 47 del ET) o el despido (a través de la supresión casi total de los salarios de tramitación, la reformulación parcial del despido por causas objetivas recogido en el artículo 52.d) del ET, la nueva configuración del despido colectivo...).

Cabe tener muy presente, por otra parte, que todas esas medidas tienen en común el que están dirigidas a facilitar, en mayor o menor grado, que una empresa pueda llevar a cabo, siempre que se den las causas justificativas previstas legalmente -definidas en algunos casos de la misma manera-, una modificación o reestructuración de las condiciones laborales de sus trabajadores, ya se concrete ésta, por ejemplo, en el traslado de una parte de la plantilla (artículo 40 del ET), una reducción salarial y/o una modificación de la jornada de trabajo (vía artículos 41 o 82.3 del ET, según el caso), la suspensión temporal de los contratos de trabajo o la reducción temporal de la jornada (artículo 47 del ET) o el despido de parte o la totalidad de la plantilla [artículos 51 y 52.c) del ET]. Medidas que, además, no se excluyen entre sí, por lo que es posible su uso combinado, según las circunstancias presentes en cada supuesto (así, en la práctica es posible encontrar empresas que han procedido simultáneamente al despido de una parte de la plantilla mediante un despido colectivo <artículo 51 del ET> y a una reducción del salario del resto, vía artículo 41 o 82.3 del ET).

En definitiva, la normativa laboral contempla diversas medidas -que han sido ampliadas, facilitándose su uso tras la reforma laboral de 2012-, que permiten que, ante la presencia de “causas empresariales” justificadas (económicas, técnicas, productivas u organizativas) que requieren o exigen proceder a una reestructuración de las condiciones laborales existentes hasta ese momento en la empresa, ésta pueda adoptar las decisiones oportunas.

Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo es analizar con un cierto detalle una de esas medidas de reestructuración empresarial, la más conocida probablemente, que ha sido aplicada, por desgracia, con frecuencia en los últimos años y, sin duda alguna, la de mayor gravedad desde la perspectiva de los propios trabajadores afectados: nos referimos al caso del despido colectivo o expediente de regulación de empleo.

---

<sup>4</sup> RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET

## 2. ASPECTOS GENERALES DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO

En este concreto ámbito, el primer elemento que resulta destacable es que el despido colectivo ha sido objeto de importantes modificaciones legales en los últimos tres años<sup>5</sup>, que se iniciaron con el RDL 10/2010, de 16 de junio, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, se intensificaron, con posterioridad, con el RDL 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>6</sup>, y que han concluido, al menos de momento, con el reciente RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Modificaciones legales que han construido un nuevo modelo de despido colectivo que se caracteriza, desde una perspectiva global, por las siguientes notas:

1<sup>a</sup>) La supresión del trámite de autorización del despido por parte de la autoridad laboral competente, salvo en el caso de fuerza mayor<sup>7</sup>; lo que hace que ya no nos encontremos ante un procedimiento administrativo sino ante un proceso de naturaleza

---

<sup>5</sup> Sobre la evolución de estas reformas, A.V. SEMPETE NAVARRO, “La reglamentación del Despido Colectivo”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2012 (formato electrónico), pp. 2 y ss.

<sup>6</sup> Al respecto, entre otros: A. BLASCO PELLICER, “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012”, en A. BLASCO PELLICER, L.M. CAMPS RUIZ, J.M. GOERLICH PESET, R. ROQUETA BUJ y T. SALA FRANCO, *La reforma...*, cit. pp. 163 y ss.; J.M. GOERLICH PESET, “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, *Reforma...*, cit. pp. 297 y ss.; M. MIÑARRO YANINI, “La flexibilización del despido colectivo por la Ley 3/2012 y su incidencia en la formulación de las causas justificantes: voluntad liberalizadora versus límites jurídicos y función judicial”, *Relaciones Laborales*, núm. 19-20, 2012 (formato electrónico), pp. 1 y ss.; J. CABEZA PEREIRO, “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pp. 183 y ss.; E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, “El despido colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2012 (formato electrónico), pp. 1 y ss.; A.V. SEMPETE NAVARRO, “La reglamentación...”, cit. pp. 5 y ss.; D. TOSCANI GIMÉNEZ, “Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 19-20 (formato electrónico), pp. 5 y ss.; J. APARICIO TOVAR, J., “Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pp. 149 y ss.; y B. VARELA AUTRÁN, “El despido colectivo en la nueva reforma laboral”, *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012 (La Ley 5496/2012), pp. 1 y ss.

<sup>7</sup> A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, cit. pp. 163, 167 y 168. Respecto a los antecedentes en esta cuestión, J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, cit. pp. 303-304. *Vid* también, con distintas perspectivas, J. CABEZA PEREIRO, “La supresión...”, cit. pp. 183 y ss., M.E. MARTÍN MORETA, “La autorización administrativa en el despido colectivo. La supresión de la autorización administrativa de los despidos colectivos”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013 (BIB 2013/19), pp. 1 y ss.; y D. TOSCANI GIMÉNEZ, “Las reformas...”, cit. p. 6.

no administrativa que exige el cumplimiento de ciertos trámites, recogidos en el artículo 51 del ET y en el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada<sup>8</sup>. Si el despido afecta a trabajadores de 50 o más años en empresas con beneficios también resulta aplicable lo previsto en la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. En la redacción dada por la modificación introducida por el art. 10 del RDL 5/2013 de 15 de marzo.

Cabe tener presente, sin embargo, que la desaparición de la autorización administrativa también comporta una reducción importante y la transformación del papel que juega la autoridad laboral en este marco, reconociéndole la nueva regulación exclusivamente las funciones de mediación, advertencia, recomendación y asistencia. Funciones que, por otra parte, sólo puede ejercer de una forma limitada, ya que, de hecho, la autoridad laboral no puede suspender ni paralizar un proceso de despido colectivo.

2ª) Se ha reducido, de una manera relevante, el poder de negociación e influencia de los representantes de los trabajadores, por cuanto al no existir ya la necesidad de una autorización administrativa, la empresa puede ahora, si se da la causa justificativa del despido y se sigue la tramitación correspondiente, llevar siempre a término su decisión inicial de despedir a los trabajadores. Se ha facilitado, en definitiva, el recurso por parte de la empresa a esta modalidad de despido y, como contrapartida, ha disminuido el poder de los representantes de los trabajadores.

3ª) Se han reconfigurado nuevamente las causas que pueden fundamentar que una empresa acuda a un despido colectivo; definiéndose actualmente en unos términos dirigidos -particularmente en el caso de la causa económica-, a intentar objetivar las causas y, sobre todo, a facilitar el acceso al despido; persiguiéndose legalmente, además, que lo único que, en caso de impugnación judicial, deba probar la empresa es que esas causas justificativas realmente están presentes. Con tal objetivo, ha desaparecido del artículo 51 del ET la exigencia de que la concurrencia de las causas deba afectar a la propia viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo. Sin embargo, como veremos más adelante, esa “voluntad legal” ya ha sido corregida por los Tribunales.

4ª) Mantiene una gran relevancia el período de consultas que debe desarrollarse necesariamente entre la empresa y los representantes de los trabajadores con carácter previo al despido, así como el deber de buena fe que debe regir dichas consultas y la documentación que debe servirle de base. Y ello por cuanto ciertos incumplimientos en esos ámbitos determinan la nulidad del propio despido, según lo establecido en el

---

<sup>8</sup> En adelante RPDC.

artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>9</sup>.

5<sup>a</sup>) Se difumina, en cierto grado, la relevancia de las denominadas medidas sociales de acompañamiento del despido, destinadas a atenuar las consecuencias derivadas para los trabajadores afectados, reduciéndose, por un lado, su presencia en las normas aplicables, y, por otro, transformándose, en algún caso, en la presentación obligatoria de un plan de recolocación externa, elaborado por una empresa especializada en recolocación o “outplacement” (artículo 51.10 del ET). En este marco, debemos tener presente el elevado coste -personal y profesional- que un despido supone para un trabajador, por lo que la reducción, al menos en las normas, de la trascendencia de este tipo de medidas atenuadoras resulta discutible y preocupante.

Y, 6<sup>a</sup>) por último, cabe poner de manifiesto que la regulación vigente conlleva una clara judicialización de los conflictos que puedan surgir en el marco de un despido colectivo, tanto desde la vertiente colectiva (representantes de los trabajadores y empresa) como individual (trabajadores despedidos y empresa); debiéndose seguir, respecto de ambas posibilidades, lo previsto en el artículo 124 de la LRJS. Judicialización que se debe, principalmente, a dos motivos: a) la existencia de aspectos en la nueva normativa -algunos de ellos de una gran relevancia (las causas justificativas y el contenido y desarrollo del período de consultas, por ejemplo)- que cabe calificar como confusos o ambiguos o que tienen un carácter abierto; y, b) sobre todo, porque la desaparición de la autorización administrativa hace que el único control posible de la validez o no de un despido colectivo quede ahora en manos de la jurisdicción social, en desarrollo, por otra parte, del propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución. De hecho, contamos ya en estos momentos con una nutrida doctrina de los Tribunales sobre cómo cabe interpretar diversos aspectos de la nueva regulación.

### **3. TIPOS DE DESPIDO COLECTIVO, CONCEPTO Y CAUSAS JUSTIFICATIVAS**

Con carácter previo, cabe recordar que en el artículo 51 del ET y el RPDC se contemplan dos tipos de despido colectivo, diferenciados por las causas que lo justifican, siendo el primero mucho más frecuente en la práctica que el segundo: a) el despido colectivo fundamentado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y, b) el despido colectivo por causa de fuerza mayor (artículo 51.7 del

---

<sup>9</sup> En adelante LRJS.

ET). En cada uno de ellos la tramitación, aunque presenta elementos comunes, es diferente, manteniéndose la autorización administrativa, como señalábamos páginas atrás, sólo en el caso del despido colectivo por causa de fuerza mayor<sup>10</sup>. Por su mayor presencia en la práctica empresarial, en este trabajo nos centraremos únicamente en el primer tipo de despido colectivo.

En primer lugar, respecto al propio concepto de despido colectivo, el artículo 51.1 del ET entiende por tal la extinción de contratos fundamentada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de 90 días, la extinción afecta a un número mínimo de trabajadores (umbrales). De este modo, si no se alcanza ese número mínimo, la vía extintiva no es el despido colectivo sino el despido por causas objetivas contemplado en el artículo 52.c) del ET, donde se establece que el contrato puede extinguirse cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 (actualmente existe una coincidencia de causas entre ambas vías extintivas) “y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo”. Aquí cabe realizar cuatro apuntes:

1º) El número mínimo de trabajadores que marca el límite entre el despido por causas objetivas y el despido colectivo (con la misma indemnización a pagar por parte de la empresa pero con una tramitación más compleja en el segundo caso) no ha sido alterado por las últimas reformas laborales y sigue dependiendo del número de trabajadores empleados en la empresa y, por consiguiente, de su dimensión. Así, la empresa debe acudir obligatoriamente al despido colectivo cuando la decisión extintiva afecta, al menos, a: a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupan menos de 100 trabajadores; b) el 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupan entre 100 y 300 trabajadores; y, c) 30 trabajadores en las empresas que ocupan más de 300 trabajadores. Para el cómputo de la plantilla se suma la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en la empresa el día en que se inicia el procedimiento de despido colectivo, con independencia de la modalidad contractual empleada (contrato indefinido, duración determinada, a tiempo parcial...).

2º) Para evitar fraudes, también se fija que, en el cómputo del número de extinciones de contratos antes visto, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c)<sup>11</sup> del ET, siempre que su número sea, al menos, de cinco. Con ello se

---

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión *vid* artículos 51.7 del ET y 31 a 33 del RPDC; y, entre otros, J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, *cit.* pp. 304-305.

<sup>11</sup> Que se refiere a la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato. *Vid*, entre otras, STS de 23 de abril de 2012 (Rº 2724/2011) y SAN de 4 de septiembre de 2013 (Rº 240/2013).

persigue evitar que la empresa eluda un despido colectivo recurriendo, por ejemplo, a despidos disciplinarios improcedentes (artículo 54 del ET).

3º) Con el mismo objetivo de prevenir fraudes, también se prevé que, cuando en períodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir el despido colectivo, una empresa realiza extinciones de contratos al amparo del artículo 52.c) del ET, en un número inferior a los umbrales antes mencionados, y sin que concurren causas nuevas que fundamenten tal actuación, esas nuevas extinciones contractuales se consideran efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efectos.

Y, 4º) en fin, también se entiende como despido colectivo aquél que implica la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla de una empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando tal decisión se toma como consecuencia del cese total de la actividad empresarial.

Y, en segundo lugar, no hay duda que una de las cuestiones más complicadas, tanto en la regulación anterior como en la vigente, es delimitar con una cierta claridad las causas que permiten que una empresa recurra válidamente a un despido colectivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), que, además, pueden concurrir de una forma separada o conjuntamente varias de ellas, según las circunstancias que se den en cada caso. Delimitación en la que, al igual que ocurría con la regulación anterior, también debe tenerse muy en cuenta la interpretación elaborada por los Tribunales. Partiendo de ello, conforme a lo previsto en la normativa, las causas justificativas de un despido colectivo son las siguientes:

a) Concorre una causa económica cuando de los resultados de la empresa se desprende una “situación económica negativa”, en supuestos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entiende que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Ello implica que:

- Es necesario que de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, recogiénose en el artículo 51 del ET dos ejemplos de lo que cabe interpretar como tal (“en casos tales como...”); tratándose, no obstante, de una lista abierta, lo que comporta, obviamente, que no se excluyen otros posibles supuestos en los que también exista una situación económica negativa.

- Se interpreta que se da una situación económica negativa cuando existen pérdidas actuales o previstas, que deberán demostrarse mediante la presentación de la documentación exigida en el artículo 4.3 del RPDC. Por tanto, la simple previsión de que pueden existir pérdidas permite actualmente

a una empresa acudir a un despido colectivo, siempre que tal situación de futuro sea convenientemente documentada y, en su caso, probada ante el correspondiente Juzgado o Tribunal. En este marco, los Tribunales han entendido, por ejemplo, que no existen pérdidas cuando las cuentas oficiales, aprobadas días después del inicio del período de consultas, no coinciden con las aportadas a los representantes de los trabajadores, deduciéndose, además, de la memoria explicativa que no concurría una situación económica negativa ya que la previsión recogida en la misma era favorable<sup>12</sup>, o cuando la empresa tuvo beneficios el año anterior y la previsión negativa se apoya únicamente en un trimestre<sup>13</sup>.

- Y, por último, se entiende que se da una situación económica negativa cuando se produce una disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas de la empresa. Y en todo caso (en un intento de objetivación de la causa) se considera que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Ello supone que: 1) una disminución persistente o continuada de las ventas de una empresa -que no necesariamente tiene que implicar una reducción relevante del nivel de ingresos- puede llevar al despido colectivo de una parte de su plantilla; 2) el parámetro son los ingresos ordinarios, no los extraordinarios derivados de una situación no habitual en la actividad empresarial (aun cuando no se define legalmente qué cabe interpretar por ingresos ordinarios y ello puede dar lugar, en algunos casos, a problemas interpretativos); 3) una reducción de los ingresos durante tres trimestres consecutivos es suficiente para proceder al despido, aunque los resultados de la empresa aporten beneficios<sup>14</sup>; 4) la utilización del parámetro de los tres trimestres no impide que se pueda probar la disminución persistente de los ingresos ordinarios o ventas por otra vía, es decir, el ET persigue objetivar este tipo concreto de causa para facilitar su identificación y aplicación y dar seguridad jurídica pero no impide otras pruebas (por ejemplo, un descenso muy significativo de ingresos ordinarios o ventas que no alcanza tres trimestres, o que se produce en trimestres no consecutivos...); 5) en relación con el parámetro de los trimestres, se requiere que durante nueve meses los ingresos ordinarios o ventas -trimestre a trimestre y en comparación con los

---

<sup>12</sup> STSJ de Madrid de 11 de julio de 2012 (AS 1775).

<sup>13</sup> STSJ de La Rioja de 27 de febrero de 2012 (Rº 18/2012). *Vid* también, entre otras, SAN de 30 de julio de 2013 (Rº 212/2013).

<sup>14</sup> SAN de 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013).

equivalentes del año anterior- hayan disminuido, pero no se fija en qué porcentaje, por lo que, teóricamente, sería suficiente con una reducción mínima continuada durante tres trimestres para acudir a un despido colectivo, aun cuando, a nuestro entender, debe aplicarse en este ámbito una interpretación restrictiva, que supondría exigir una cierta gravedad en la reducción, teniendo presente la importancia que una medida extintiva tiene para los trabajadores afectados así como el hecho que el artículo 51 del ET se refiere expresamente a la existencia de una situación económica negativa; y, 6) para el Tribunal Supremo, el artículo 51.1.2º del ET se refiere a tres trimestres consecutivos y no a los tres trimestres últimos<sup>15</sup>. De todos modos, el descenso del nivel de ingresos ordinarios o ventas debe plasmarse en la documentación que tiene que elaborar la empresa para tramitar el despido colectivo, conforme al artículo 4.4 del RPDC.

b) Concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción (estamos, nuevamente, ante una lista abierta)<sup>16</sup>.

c) Se dan causas organizativas cuando se producen cambios, entre otros, en el marco de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción<sup>17</sup> (incluidos los supuestos de externalización de la actividad empresarial mediante una subcontrata). Se trata, de nuevo, de una lista abierta.

Y, d) por último, las causas productivas se definen legalmente, también como lista abierta, como los cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado<sup>18</sup>.

Sin embargo, una vez vistas las causas justificativas del despido colectivo, y tal como adelantábamos páginas atrás, cabe hacer hincapié en que la nueva regulación pretende que, en el caso de impugnación judicial, la empresa sólo esté obligada a demostrar que concurre efectivamente la causa o causas alegadas, sin tener que justificar, además, la razonabilidad de la medida extintiva adoptada a los efectos de preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado (causa

---

<sup>15</sup> STS de 27 de mayo de 2013 (Rº 78/2013).

<sup>16</sup> Vid. J. APARICIO TOVAR, "Las causas...", *cit.* pp. 159-160.

<sup>17</sup> Al respecto, entre otras, SAN de 14 de septiembre de 2012 (ST nº 14/2012), 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013) y 11 de julio de 2013 (Rº 181/2013). Vid. J. APARICIO TOVAR, "Las causas...", *cit.* pp. 159-160.

<sup>18</sup> Entre otras, SAN de 11 y 30 de julio de 2013 (Rº 181 y 212/2013). Vid. J. APARICIO TOVAR, "Las causas...", *cit.* pp. 159-160.

económica) o bien una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (causas técnicas, organizativas o productivas)<sup>19</sup>, tal y como acontecía con la regulación anterior.

Cabe tener presente, sin embargo, que los Tribunales han corregido esa “voluntad” de la nueva normativa, exigiendo no sólo una causa justificativa sino también la presencia de una conexión de funcionalidad. En efecto, entre otras, en la SAN de 15 de octubre de 2012<sup>20</sup> se manifiesta que, en virtud de lo establecido en el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, es necesario que la finalidad del despido sea atender la necesidad de la empresa que lo justifica, es decir, que debe existir una conexión. Esto supone que la justificación del despido colectivo exige la concurrencia de tres elementos: 1º el supuesto de hecho que determina el despido (una situación económica negativa y/o los cambios productivos, técnicos u organizativos antes señalados); 2º la finalidad que se asigna a la medida extintiva (atender a la necesidad de amortizar puestos de trabajo con el fin de afrontar la situación económica negativa o los cambios técnicos, organizativos o productivos); y, 3º la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se le asigna, que deriva del propio Convenio 158 de la OIT. Ello implica, en fin, que la empresa no sólo debe probar la concurrencia de la causa justificativa propiamente dicha sino, además, que los efectos de la misma sobre los contratos determinan su extinción, y los criterios de selección de los trabajadores despedidos han de estar relacionados con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa justificativa alegada.

Y, por último, en la misma línea se pronuncia la SAN de 21 de noviembre de 2012<sup>21</sup>, al declarar que la reforma laboral de 2012 no supone que haya desaparecido la

---

<sup>19</sup> Así aparece con total claridad en la exposición de motivos del propio RDL 3/2012: “... se suprimen referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas...”.

<sup>20</sup> ST nº 112/2012.

<sup>21</sup> Rº 167/2012. También cabe mencionar, entre otras, la SAN de 18 de diciembre de 2012 (ST nº 257/2012), donde se recuerda nuevamente que la justificación del despido requiere tres elementos: a) acreditar la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos y servicios; b) determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos que se pretenden extinguir; y, c) probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad. También se afirma que la empresa debe acreditar que los contratos han devenido superfluos en términos económicos (que han perdido su objeto y causa, artículo 1261 del Código Civil), lo que se dará cuando la prestación laboral ha perdido su utilidad económica para la empresa, por causas objetivas sobrevenidas. Esta pérdida de eficacia económica deberá relacionarse normalmente con el devenir de la actividad de la empresa, cuya evolución

conexión de funcionalidad, ya que la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios de la empresa deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir, al ser esa relación el presupuesto constitutivo, a los efectos de cumplir el mandato del, ya citado, artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, que exige, de modo perentorio, que no se pondrá término a una relación laboral a menos que exista una causa justificada, relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

#### **4. EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO**

Un despido colectivo debe seguir, so pena de nulidad, el procedimiento recogido en los artículos 51 del ET y 2 y ss. del RPDC; procedimiento que no resulta sencillo y en el que están implicados, además de la propia empresa, en mayor o menor grado, los representantes de los trabajadores, la autoridad laboral (estatal o autonómica)<sup>22</sup>, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, el Fondo de Garantía Salarial y la Administración de la Seguridad Social.

##### **4.1. Iniciativa y comunicación de la apertura del período de consultas**

La iniciativa corresponde exclusivamente a la empresa y debe plasmarse en una comunicación escrita, dirigida a los trabajadores o a sus representantes (si existen), en la que se recoja la voluntad de comenzar el procedimiento de despido colectivo. A partir de ese momento se abre un plazo máximo, de 7 o 15 días<sup>23</sup>, durante el cual debe constituirse la comisión representativa de los trabajadores que participará en el desarrollo del posterior período de consultas. Transcurrido ese plazo, la empresa ya puede comunicar formalmente el inicio del período de consultas a los representantes de los trabajadores. En este punto, cabe tener presente que el que no se constituya la correspondiente comisión representativa no impide el inicio y el transcurso del período

---

puede comprobarse a través de la cifra de negocios. *Vid.*, también, entre otras, la SAN de 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013).

<sup>22</sup> Respecto a la distribución territorial de competencias en el marco de la autoridad laboral *vid* artículo 25 del RPDC.

<sup>23</sup> El plazo máximo es de 7 días, a contar desde la fecha de la comunicación escrita antes citada, cuando todos los centros de trabajo afectados por el despido cuentan con representantes legales de los trabajadores. Y es de 15 días cuando alguno de los centros de trabajo afectados no cuenta con dichos representantes.

de consultas, y que su constitución con posterioridad al inicio del citado período no comporta, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Obviamente, la citada comunicación de inicio del período de consultas debe realizarse también por escrito y con un contenido mínimo, conforme al artículo 51.2 del ET, y debe acompañarse necesariamente, según cuál sea la causa justificativa alegada, de la completa documentación fijada en los artículos 4 y 5 del RPDC.

En relación con el contenido mínimo de esta comunicación, aparece en los artículos 51.2 del ET y 3.1 del RPDC, donde se establece que se incluirán los siguientes elementos: a) la especificación de las causas del despido colectivo (no basta, por tanto, con una alusión genérica a la causa justificativa sino que es preciso recoger los datos, elementos, situaciones, etc., que fundamentan la decisión empresarial); b) el número y la clasificación profesional de los trabajadores afectados (puede incluirse una lista nominativa de trabajadores o bien designar simplemente el número y los grupos profesionales con suficiente claridad)<sup>24</sup>; c) el número y la clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente por la empresa en el último año<sup>25</sup>; d) el período previsto para la realización de los despidos (este requisito no se cumple si sólo se fija el día inicial pero no el final<sup>26</sup>); e) los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido (en este ámbito, se ha declarado la nulidad del despido cuando se ha acreditado que la mayoría de los afectados estaban afiliados a un determinado sindicato y una parte de ellos fueron previamente despedidos por causas objetivas<sup>27</sup> o cuando se omite la relación nominativa de los trabajadores afectados y los criterios para su selección<sup>28</sup>; en cambio, se ha admitido la validez de un despido donde hay más trabajadoras que trabajadores, ya que tal situación se justificó adecuadamente, excluyéndose cualquier trato discriminatorio<sup>29</sup>); f) una copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de la intención de iniciar el procedimiento de despido; y, g) los representantes de los trabajadores que integran la comisión representativa de los trabajadores y que formarán parte, en consecuencia, de la comisión negociadora del período de consultas (compuesta, obviamente por éstos y por la representación de la empresa). O, en su caso, se indicará que la comisión

---

<sup>24</sup> Cuando el procedimiento de despido afecta a más de un centro de trabajo, esta información debe estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y CC.AA.

<sup>25</sup> Cuando el procedimiento de despido afecta a más de un centro de trabajo, esta información debe estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y CC.AA.

<sup>26</sup> STSJ de Madrid de 25 de junio de 2012 (AS 1773).

<sup>27</sup> STSJ del País Vasco de 4 de septiembre de 2012 (AS 2013/6).

<sup>28</sup> STSJ de Madrid de 25 de junio de 2012 (AS 1773).

<sup>29</sup> STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (Jur 339065).

representativa mencionada no se ha constituido en los plazos previstos, antes apuntados.

Esta comunicación escrita debe ir acompañada, además, de una memoria explicativa de las causas del despido y de los restantes aspectos antes señalados, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos establecidos en los artículos 4 y 5 del RPDC. Asimismo, cuando el despido afecta a más de 50 trabajadores debe incluirse también un plan de recolocación externa, elaborado por una empresa de recolocación autorizada (plan regulado en los artículos 51.10 del ET y 9 del RPDC). Y, en fin, de forma simultánea a la entrega de la comunicación a los representantes de los trabajadores, la empresa debe solicitarles por escrito la emisión del informe previsto en el artículo 64.5.a) y b) del ET.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que la empresa debe hacer llegar, de forma simultánea y preferiblemente en un soporte informático, a la autoridad laboral competente una copia de esta segunda comunicación y de la documentación que la acompaña, así como del escrito de solicitud del informe regulado en el mencionado artículo 64.5.a) y b) del ET. Asimismo, le remitirá la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a una comisión específica<sup>30</sup>, a la que haremos referencia posteriormente. Y, en fin, cuando el despido afecta a trabajadores de 50 o más años en empresas con beneficios, a la documentación e información ya citadas se debe añadir la recogida en la disposición adicional 1ª del RPDC.

Asimismo, la autoridad laboral dará traslado de esta comunicación y de toda la documentación e información referida en el párrafo anterior a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a la Inspección de Trabajo a los efectos que emita el correspondiente informe preceptivo<sup>31</sup>. Y cuando el despido colectivo incluya a trabajadores con 55 o más años que no tuvieran la condición de mutualistas el día 1 de enero de 1967 (respecto de los que existe la obligación de abonar las cuotas de un convenio especial)<sup>32</sup>, también la pondrá en conocimiento de la Administración de la Seguridad Social.

Por último, en esta primera fase cabe tener presente dos elementos: a) según el artículo 6.4 del RPDC, si la comunicación escrita de apertura del período de consultas no reúne los requisitos exigidos, la autoridad laboral se lo advertirá a la empresa por escrito, especificando los mismos, y remitiendo copia de dicho escrito a los

---

<sup>30</sup> Artículo 6.1 y 2 del RPDC.

<sup>31</sup> Artículo 6.3 párrafo 1º del RPDC.

<sup>32</sup> Artículos 51.9 del ET y 6.3 párrafo 2º del RPDC.

representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo. Pero dicha advertencia no supone, en ningún caso, ni la paralización ni la suspensión del procedimiento de despido, lo que reduce enormemente su eficacia, aun cuando sí tendrá trascendencia en el proceso posterior de impugnación judicial; y, b) el informe de los representantes de los trabajadores previsto en el artículo 64 del ET, antes citado, debe remitirse en el plazo máximo de 15 días desde su solicitud, lo que supone que, en empresas de menos de 50 trabajadores, la duración del periodo de consultas y el plazo para remitir dicho informe coinciden, mientras que en las demás empresas, el informe se remitirá durante el periodo de consultas y, por tanto, puede formar parte de las propias consultas. Cabe preguntarse también qué ocurre si no se solicita dicho informe, circunstancia de la que puede advertir la autoridad laboral a la empresa, conforme a las nuevas funciones que le atribuye la nueva regulación. A estos efectos, puede afirmarse que esa omisión no parece que pudiera dar lugar a la nulidad de la decisión empresarial al no estar recogida la solicitud del informe dentro del contenido del artículo 51.2 del ET -que es el que determina la nulidad-, pudiendo comportar, sin embargo, una sanción administrativa, al haberse infringido el artículo 7.7 de la Ley de infracciones y sanciones del orden social<sup>33</sup>.

#### 4.2. La memoria explicativa

Como señalamos anteriormente, la empresa necesariamente debe elaborar y acompañar a la comunicación de apertura del periodo de consultas una memoria explicativa, cuyo contenido, bastante completo, cambia según la causa que se alega para justificar el despido.

En primer lugar, cuando la causa es económica, el artículo 4 del RPDC establece que la documentación presentada por la empresa incluirá una memoria explicativa que acredite, en la forma señalada en el propio precepto, los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa. Y para acreditar esos resultados, la empresa debe aportar siempre una documentación general<sup>34</sup> y, además, una

---

<sup>33</sup> A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 174. En adelante LISOS.

<sup>34</sup> Como documentación general, toda empresa puede aportar toda la documentación que a su derecho convenga a los efectos de demostrar que se encuentra en una situación económica negativa y, en particular, debe acompañar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos (integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría <artículo 4.2 del RPDC>) así como las

documentación específica en función de si su decisión extintiva se fundamenta en una previsión de pérdidas<sup>35</sup> o en la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas<sup>36</sup>, o bien se trata de un grupo de empresas con obligación de formular cuentas consolidadas, cuya sociedad dominante tiene su domicilio en España<sup>37</sup>.

En segundo lugar, cuando la empresa fundamenta el despido en causas técnicas, organizativas o productivas, la memoria explicativa debe acreditar la concurrencia de la causa, acompañando los correspondientes informes técnicos<sup>38</sup>. Es fácil constatar la menor preocupación del RPDC a la hora de especificar qué documentación debe adjuntarse, en este supuesto, a la correspondiente memoria explicativa.

En tercer lugar, cabe destacar que el interés que la norma reglamentaria muestra en torno al contenido de la documentación que la empresa debe aportar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral persigue un objetivo esencial, que es el de garantizar que el periodo de consultas cumpla su verdadera finalidad, que es el de intentar llegar a un acuerdo, al tener los citados representantes toda la información necesaria que les permite conocer la situación real de la empresa, al ser ésta precisamente la que motiva el despido. Resulta fundamental, por consiguiente, que la empresa cumpla adecuadamente esta parte del procedimiento de despido colectivo, para evitar su eventual nulidad. En definitiva, tal y como ha apuntado la doctrina<sup>39</sup>, debe facilitarse a los representantes de los trabajadores, ya inicialmente, toda la información y documentación constitutiva del objeto de la propia consulta, de forma que la obligación de documentación constituye una parte esencial del deber empresarial de información en el procedimiento de despido colectivo, que, vinculado a las consultas, conecta, sin duda, con el principio de buena fe que, por imperativo legal, debe presidir la negociación durante el periodo de consultas. La información se configura así como un presupuesto ineludible de las consultas.

---

cuentas provisionales al inicio del procedimiento de despido colectivo, firmadas por los administradores o representantes de la empresa.

<sup>35</sup> La empresa, además, de la documentación anterior, debe informar de los criterios utilizados para su estimación, así como presentar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esa previsión.

<sup>36</sup> La empresa debe aportar, además de la documentación general, la documentación fiscal o contable acreditativa de esa disminución durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación escrita de apertura del periodo de consultas, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

<sup>37</sup> Artículo 4.5 del RPDC.

<sup>38</sup> Artículo 5 del RPDC.

<sup>39</sup> A. BLASCO PELLICER, "La extinción...", *cit.* p. 171.

En concordancia con lo anterior, los Tribunales han declarado nulo el despido colectivo cuando la memoria explicativa presentada era genérica y no recogía ni datos ni cifras<sup>40</sup>, o cuando los datos contables no eran coincidentes entre las cuentas oficiales y las provisionales presentadas al inicio del periodo de consultas<sup>41</sup>; aunque también han señalado que la entrega de documentación económica estando avanzada la negociación o en el último día del periodo de consultas sólo determina la nulidad del despido si ha existido una protesta firme y contundente, que conste en acta, de los representantes de los trabajadores, no produciéndose la nulidad cuando aquéllos no han solicitado un plazo para examinar la documentación aportada tardíamente<sup>42</sup>. Y también han afirmado reiteradamente que el despido no puede ser nulo cuando la representación de los trabajadores ha adoptado una actitud pasiva, no reclamando a la empresa la documentación necesaria<sup>43</sup>. A lo que cabe añadir que, recientemente, la STS de 27 de mayo de 2013<sup>44</sup> ha aclarado que no todo incumplimiento en materia de documentación determina la nulidad del despido, ya que ese efecto sólo lo provoca la falta de aquélla trascendente para una negociación adecuadamente informada.

Por último, cabe señalar que la información y documentación debe entregarse con independencia que la decisión relativa al despido haya sido tomada por la empresa directamente o bien por la empresa que ejerce el control sobre aquélla. En consecuencia, cualquier justificación basada en que la empresa que tomó la decisión no ha facilitado la información necesaria no será tomada en cuenta<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> STS de 20 de marzo de 2013 (Rº 81/2012).

<sup>41</sup> STSJ de Madrid de 11 de julio de 2012 (AS 1775). Sobre esta cuestión, también, entre otras, SAN de 26 de julio de 2012 (ST nº 91/2012) y SSTSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (ST nº 653/2012 y 584/2012) y 11 de julio de 2012 (ST nº 542/2012).

<sup>42</sup> SAN de 30 de julio de 2013 (Rº 212/2013).

<sup>43</sup> Entre otras, SAN de 8 de julio de 2013 (Rº 180/2013).

<sup>44</sup> Rº 78/2013. Añadiendo que: "... la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor <ad solemnitatem>, y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse –razonablemente– aquellos documentos que se revelen <intrascendentes> a los efectos que la norma persigue –proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET-; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo <art. 63.2 LRJ y PAC) e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS]...".

<sup>45</sup> Artículo 51.8 del ET.

### **4.3. El período de consultas**

#### *4.3.1. Objetivo y contenidos*

Como veíamos antes, el objetivo del periodo de consultas es intentar llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, tomando como base toda la información y documentación que debe remitirles aquélla. Asimismo, en los artículos 51.2 del ET y 7.1 del RPDC se manifiesta que la consulta debe versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento (reguladas en los artículos 8 y 9 del RPDC y 51.10 del ET), y deberá negociarse, además, de buena fe. En este marco cabe señalar que:

a) El acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores no es obligatorio y, de hecho, será cada vez menos frecuente, ya que, aunque no exista ese acuerdo, la empresa puede llevar a la práctica su decisión inicial de despedir a los trabajadores. El periodo de consultas sigue siendo un elemento clave en el procedimiento de despido colectivo, pero lo es menos el hecho de que el mismo concluya con un acuerdo, lo que supone una devaluación del papel de los representantes de los trabajadores.

b) La consulta se desarrolla en el seno de una comisión negociadora, compuesta por la comisión representativa de los trabajadores a la que aludíamos páginas atrás y por la dirección de la empresa. Esta comisión negociadora es única, si bien de existir varios centros de trabajo en la empresa, quedará circunscrita exclusivamente a los centros afectados por el despido. Es importante señalar que esta comisión está integrada por un máximo de 13 miembros en representación de cada una de las partes.

c) La consulta, con una duración prevista legalmente, debe centrarse, como mínimo, en dos materias: por un lado, en las posibilidades de evitar el despido o reducir su alcance, y, por otro, en las medidas que pueden servir para atenuar sus efectos sobre los trabajadores a través del recurso a las denominadas medidas sociales de acompañamiento, como, por ejemplo, medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores despedidos<sup>46</sup>; exigiéndose, además, como hemos visto, obligatoriamente un plan de

---

<sup>46</sup> El artículo 8 del RPDC enumera las siguientes medidas posibles dirigidas a evitar o reducir los despidos: a) la recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forma parte; b) la movilidad funcional; c) la movilidad geográfica; d) las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; e) el recurso a la inaplicación o descuelgue respecto de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, conforme al artículo 82.3 del ET; f) las acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir

recolocación externa cuando el despido afecta a más de 50 trabajadores de la empresa<sup>47</sup>. En todo caso, al tratarse de un contenido mínimo, durante el período de consultas puede negociarse cualquier otra cuestión.

Y, d) durante el período de consultas las partes deben negociar de buena fe, concepto que, a pesar de su trascendencia, no se define legalmente. Deber que, en todo caso, constituye una especificación del deber general de buena fe que preside las relaciones laborales y, concretamente, del deber de negociar de buena fe que impregna toda fórmula de negociación colectiva. Y esa conexión supone también que, en este marco, resultan predicables los mismos criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido elaborando en torno al alcance del deber de buena fe en el marco de la negociación colectiva (artículo 89.1 del ET)<sup>48</sup>. Ello implica, entre otros elementos, que<sup>49</sup>: 1) se exige un serio y verdadero intento –especialmente por parte de la empresa– de alcanzar un acuerdo; 2) que exista una verdadera voluntad de diálogo, lo que supone debatir de forma eficaz todos los elementos que afectan a la medida propuesta; y, 3) que no resulta admisible que la empresa presente su posición inicial como la única posible o inamovible con lo que cualquier negociación carezca de sentido. El incumplimiento de este deber de buena fe determina la nulidad del despido. A lo que cabe añadir que, tal y como han recordado los Tribunales, este deber de buena fe alcanza no sólo a la empresa sino también a los representantes de los trabajadores<sup>50</sup>.

---

a la continuidad del proyecto empresarial; y, g) cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados por el despido. Y como medidas destinadas a atenuar las consecuencias del despido se citan: 1) el derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se fije; 2) la recolocación externa de los trabajadores; 3) las acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad; 4) la promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social; 5) las medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica; y, 6) las medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

<sup>47</sup> En el artículo 51.10 del ET se establece que el plan de recolocación, diseñado para un período mínimo de seis meses, debe incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador y búsqueda activa de empleo. El coste de elaboración va a cargo de la empresa, y la autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento (vid también el artículo 9 del RPDC).

<sup>48</sup> A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 173.

<sup>49</sup> Entre otras: SAN de 30 de julio de 2013 (Rº 212/2013), 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013) y 30 de julio de 2013 (Rº 212/2013), STS de 20 de marzo de 2013 (Rº 81/2012) y SSTSJ de Cataluña de 26 de junio de 2012 (ST nº 16/2012), Madrid de 22 de junio de 2012 (ST nº 584/2012) y de Aragón de 10 de diciembre de 2012 (Rº 527/2012) y 14 de enero de 2013 (Rº 715/2012).

<sup>50</sup> Entre otras: SAN de 15 de octubre de 2012.

#### *4.3.2. La configuración de las partes*

En este ámbito, la mayor complejidad se manifiesta desde la perspectiva de los trabajadores; así, conforme al artículo 51.2 del ET -que se remite al artículo 41.4 del ET, referido a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo-, esa representación corresponde, con carácter prioritario, a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerdan y siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados por el despido, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros implicados. Y, en defecto de lo anterior, la representación de los trabajadores se rige por las reglas siguientes, bastante complejas y no exentas de problemas, fijadas por el RDL 11/2013:

1ª) Si el despido afecta a un único centro de trabajo, la representación corresponde al comité de empresa o a los delegados de personal. Si en el centro de trabajo no existe representación legal de los trabajadores, éstos pueden optar por atribuir su representación a una comisión específica que puede estar integrada, a su elección, por un máximo de tres trabajadores de la propia empresa elegidos por ellos mismos democráticamente o por un máximo de tres componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa y que estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable<sup>51</sup>. En este último supuesto, la empresa puede atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrada, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrada tenga carácter intersectorial o sectorial.

2ª) Si el despido colectivo afecta a más de un centro de trabajo de la empresa, la representación de los trabajadores en el período de consultas corresponde, en primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esta función en el convenio colectivo aplicable. Y, en otro caso, se aplican las reglas siguientes:

a) Si todos los centros de trabajo afectados por el despido cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por éstos.

b) Si alguno de los centros de trabajo implicados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por los representantes legales de los trabajadores de los centros que cuentan con dichos

---

<sup>51</sup> En relación con esta comisión específica, los Tribunales han señalado que no determina la nulidad del despido el hecho de que la empresa no haya informado a los trabajadores de todas las opciones posibles – obviando expresamente la posible participación de los sindicatos-, cuando esa omisión no tuvo la suficiente entidad para desvirtuar el objetivo del período de consultas (SAN de 30 de julio de 2013, Rº 212/2013).

representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuentan con representantes opten por designar la comisión específica antes citada, en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones específicas, en proporción al número de trabajadores que representen. En el supuesto de que uno o varios de los centros de trabajo afectados por el despido que no cuentan con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión específica mencionada, se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

Y, c) finalmente, si ninguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones específicas designadas en los centros de trabajo, en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos los supuestos, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente, el número inicial de representantes de los trabajadores fuera superior a trece, éstos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen. Ello se debe a que, como vimos anteriormente, la comisión negociadora del período de consultas está integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

Por último, desde la perspectiva empresarial, su representación en el periodo de consultas la asume la propia de dirección de la empresa, aun cuando pueden existir especialidades cuando el despido tiene lugar en un grupo de empresas.

#### *4.3.3. El desarrollo del periodo de consultas*

Con el objetivo evidente de garantizar que el procedimiento de despido colectivo se desarrolla de una forma rápida y ágil, se prevé legalmente que el período de consultas debe tener una duración no superior a 30 días naturales o a 15 días naturales en el supuesto de empresas de menos de 50 trabajadores; estableciéndose, además, que: 1) en el momento de su inicio se fijará el calendario de reuniones a celebrar; 2) salvo pacto en contrario, la primera reunión se celebrará en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de la entrega de la comunicación de apertura del periodo de consultas por parte de la empresa; 3) en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores, salvo pacto en contrario, deben realizarse durante el periodo de consultas, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales; d) si se trata de una empresa de 50 o más trabajadores, nuevamente

salvo pacto en contrario, deben tener lugar, al menos, tres reuniones, separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales ni inferior a cuatro días naturales. En todo caso, se trata de un número mínimo de reuniones y, como hemos visto, dicho régimen actúa a falta de pacto en contrario de las partes, que pueden acordar de otra forma el número de reuniones y su intervalo.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que el periodo de consultas puede finalizar antes del plazo previsto, de darse dos circunstancias: a) si existe un acuerdo, momento en el que pueden darse por finalizadas las consultas; y, b) cuando las partes entienden que no resulta posible alcanzar un acuerdo, debiendo comunicarlo así expresamente a la autoridad laboral (en este último supuesto, desde la perspectiva empresarial, se debe ser especialmente escrupuloso con el cumplimiento del deber de negociar de buena fe, con el fin de evitar la declaración judicial posterior de nulidad del despido<sup>52</sup>).

Desde la perspectiva formal, cabe destacar que se exige que, de todas las reuniones celebradas durante el periodo de consultas, se levante acta, que deberán firmar todos los asistentes. Según los Tribunales, no tiene relevancia el hecho que las actas no estén firmadas por los representantes de los trabajadores cuando existió un requerimiento para ello por parte de la empresa, no se discutió su contenido, no se reclamaron y las reuniones efectivamente existieron<sup>53</sup>.

Por otra parte, respecto al régimen de adopción de un acuerdo durante el periodo de consultas, cabe destacar que éste requiere la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos supuestos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

Por último, cabe recordar que la empresa y la representación de los trabajadores pueden acordar, en cualquier momento del período de consultas, su sustitución por los procedimientos de mediación o arbitraje que sean de aplicación en la empresa, en particular los establecidos en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o autonómico. No obstante, esa mediación o arbitraje debe desarrollarse dentro del plazo máximo de duración fijado para el periodo de consultas. Nuevamente, con este último matiz, se pretende garantizar la rapidez del desarrollo de dicho periodo y, por consiguiente, del propio despido colectivo.

En fin, el periodo de consultas, que, como hemos visto, debe regirse por el principio de buena fe y ser rápido, puede finalizar de dos formas: con acuerdo con la

---

<sup>52</sup> Posibilidad ratificada en la SAN de 11 de julio de 2013 (Rº 181/2013). Como afirma D. MARTÍNEZ FONS, en este caso adquirirá particular relevancia la documentación de los desacuerdos a los efectos de constatar si se ha negociado o no de buena fe, en "Despido...", *cit.* p. 350.

<sup>53</sup> SAN de 10 de junio de 2013 (Rº 112/2013).

representación de los trabajadores o sin acuerdo, lo que supone dejar la decisión final sobre el despido únicamente en manos de la empresa.

#### 4.3.4. *El papel de la autoridad laboral*

Como ya hemos señalado, la supresión de la autorización administrativa comporta que el papel de la autoridad laboral se ha reducido y, a la vez, transformado en funciones de advertencia, recomendación, asistencia y mediación<sup>54</sup>.

En primer lugar, se atribuye a la autoridad laboral la obligación de velar por la efectividad del periodo de consultas y con tal fin puede remitir -por escrito- advertencias y recomendaciones a las partes que, inexplicablemente -al diluirse totalmente la eficacia de ese deber de “velar”-, en ningún caso paralizarán ni suspenderán el desarrollo del procedimiento de despido. Sin embargo, esas advertencias y recomendaciones podrán tener importancia en el proceso de impugnación judicial del despido y, en todo caso, sólo podrían dar lugar, si tuvieran la suficiente gravedad, a una sanción administrativa por la vía del artículo 7.7 de la LISOS<sup>55</sup>.

De darse estas advertencias o recomendaciones, deben remitirse tanto a la empresa como a la representación de los trabajadores, aun cuando se dirijan a una de las partes en particular, con el objetivo evidente de mantener la igualdad de las mismas en el desarrollo del periodo de consultas así como la imparcialidad de la propia autoridad laboral. También se prevé la obligación de que la empresa responda por escrito, antes de la finalización del periodo de consultas, sobre las advertencias o recomendaciones que le haya formulado la autoridad laboral, dando traslado también de una copia del escrito a los representantes de los trabajadores. Aquí cabe plantearse dos cuestiones: 1) no se prevé qué ocurre si la empresa no responde a la autoridad laboral o lo hace tardíamente, aun cuando, a nuestro entender, dicha conducta empresarial podría afectar al deber de negociar de buena fe e influir en el resultado del correspondiente proceso judicial de impugnación del despido; y, 2) sólo se exige de la empresa una respuesta escrita, cuando lo lógico sería reclamarlo también de la representación de los trabajadores, con independencia de que puedan ser mucho más habituales las recomendaciones o advertencias destinadas a la empresa, al ser ésta la que ha tomado la decisión de despedir.

---

<sup>54</sup> Al respecto, J. CABEZA PEREIRO, “La supresión...”, *cit.* pp. 187 y ss.; y J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, *cit.* p. 305.

<sup>55</sup> J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, *cit.* p. 307.

Por otra parte, también se establece que los representantes de los trabajadores pueden dirigir en cualquier momento del periodo de consultas observaciones a la autoridad laboral sobre las cuestiones que estimen oportunas. Y la autoridad laboral, a la vista de las mismas, podrá formular advertencias y recomendaciones a la empresa.

También cabe destacar que nada se fija respecto del contenido y alcance de esas advertencias y recomendaciones (las primeras parece que tendrían un tono más imperativo que las segundas), lo que determina que su papel en la práctica va a depender no sólo de las circunstancias del despido en concreto, sino también de la actitud –más o menos incisiva- de la representación de los trabajadores y de la propia autoridad laboral, que podrá decidir adoptar una posición más o menos comprometida en torno a este papel y respecto del resto de las funciones que le atribuyen el artículo 51 del ET y el RPDC. Y, en fin, no podemos ignorar que estas advertencias y recomendaciones pueden producirse exclusivamente durante el período de consultas, limitado temporalmente, lo que constituye un nuevo ejemplo de su papel condicionado y, por extensión, de la escasa relevancia que se atribuye, en la nueva regulación, a la propia autoridad laboral.

En segundo lugar, la autoridad laboral, durante el periodo de consultas, puede realizar, a solicitud de cualquiera de las partes o por propia iniciativa, funciones de asistencia. En especial, puede dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y, en su caso, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa obligatorio en el caso de despidos que afectan a más de 50 trabajadores, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa. En este marco cabe hacer algunas consideraciones: a) resulta interesante que esta labor la pueda realizar la autoridad laboral a petición de cualquiera de las partes -no de ambas- y por propia iniciativa, lo que facilita, sin duda, su efectiva puesta en práctica; b) cabe entender que esta labor de asistencia puede desarrollarse una o más veces durante el periodo de consultas; c) como ejemplos de esta labor, la norma cita las propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación externa, pero deja abiertas otras alternativas (habla de “en especial...”), en función de las circunstancias que puedan surgir en cada supuesto; d) resulta especialmente relevante que se mencionen las medidas sociales de acompañamiento y el plan de recolocación, donde esa asistencia no sólo puede ayudar a las partes que participan en el periodo de consultas sino, sobre todo, a los trabajadores afectados finalmente por el despido, por cuanto las propuestas o recomendaciones de la autoridad laboral pueden hacer que aquellas medidas y el plan resulten mejor diseñados y/o más completos; e) esta labor de asistencia puede realizarse con el apoyo de la Inspección de Trabajo; y, f) nuevamente, la efectividad real de esta labor de asistencia depende, en gran medida, de la actitud que adopte la correspondiente

autoridad laboral, es decir, más o menos intervencionista respecto al periodo de consultas.

Por otra parte, la autoridad laboral también puede desempeñar actuaciones de mediación, con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo; función de mediación que puede desarrollar con la asistencia y apoyo de la Inspección de Trabajo. Cabe tener presente, sin embargo, que esta mediación requiere la petición conjunta de ambas partes, lo que, lógicamente, aunque resulta comprensible, limita su efectividad. En este ámbito también se ha afirmado que, en ciertas circunstancias, la negativa a la petición de mediación de la autoridad laboral por la contraparte puede ser indicativa de que la negociación no se desarrolla bajo el principio de la buena fe<sup>56</sup>.

Y, por último, el artículo 51.3 del ET, con una finalidad de control, manifiesta que, cuando el despido afecta a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquéllos que constituyen su tráfico normal.

#### *4.3.5. La finalización del período de consultas*

Como afirmábamos páginas atrás, el período de consultas puede acabar de dos maneras: con o sin acuerdo, lo que deja la decisión final sobre el despido en manos de la empresa. Y, en todo caso, en el momento de su finalización, la empresa está obligada a comunicar a la autoridad laboral competente el resultado del período de consultas. Si se hubiera alcanzado un acuerdo, la empresa remitirá, asimismo, a la autoridad laboral una copia íntegra del mismo.

Cabe tener presente, sin embargo, que es obligatorio que la empresa, exista o no acuerdo, comunique por escrito a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión final en torno al despido y sus condiciones, actualizando, en su caso, los elementos de la comunicación de apertura del período de consultas. Ello significa que dicha comunicación debe incluir, como mínimo y con el suficiente detalle, los contenidos de la comunicación de inicio del período de consultas y que debe, evidentemente, ser congruente con ella, si bien, cabe interpretar que podrían incluirse otras cuestiones adicionales allí no previstas, como las medidas sociales de acompañamiento que se propone llevar a cabo y, en su caso, el plan de recolocación externa. Respecto a la congruencia exigida, ésta requiere que no puede incrementarse el número inicial de trabajadores afectados por el despido (sí disminuirse), ni tampoco

---

<sup>56</sup> D. MARTÍNEZ FONTS, “Despido...”, *cit.* p. 354, que cita a FALGUERA BARÓ.

incorporar medidas restrictivas que no hayan sido objeto de las consultas, pero, por el contrario, sí pueden incorporarse nuevas medidas de acompañamiento social<sup>57</sup>.

Esta comunicación debe producirse, como máximo, en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas, acompañándose de la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa y, en su caso, del plan de recolocación externa. En el supuesto de la autoridad laboral se adjuntarán, además, las actas de las reuniones del período de consultas. Es importante destacar que si transcurre ese plazo de 15 días y no se realiza la comunicación citada, el procedimiento de despido colectivo caduca, lo que impide a la empresa proceder al despido, sin perjuicio de que pueda volver a iniciar un nuevo procedimiento.

Por último, cabe afirmar que la autoridad laboral debe trasladar la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de Seguridad Social cuando el despido colectivo afecta a trabajadores con 55 o más años que no tienen la condición de mutualistas, haciendo constar la fecha en que la empresa le ha remitido dicha comunicación.

#### *4.3.6. El papel de la Inspección de Trabajo*

En relación con el papel que se atribuye actualmente a la Inspección de Trabajo en un procedimiento de despido colectivo cabe destacar que, según el artículo 11 del RPDC, aquélla debe elaborar un informe preceptivo -tomando como base toda la documentación que previamente le ha remitido la autoridad laboral-, que debe realizarse en el plazo improrrogable de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, y que queda incorporado al procedimiento. Este informe se realiza una vez acabado el periodo de consultas lo que hace que, en la práctica, su mayor virtualidad sea servir de prueba en una posterior impugnación judicial del despido y, particularmente, respecto al cumplimiento empresarial de las obligaciones referidas a la documentación y al desarrollo del periodo de consultas fijadas en el artículo 51.2 del ET, cuyo incumplimiento comporta la nulidad del despido.

Partiendo de lo anterior, cabe señalar que este informe de la Inspección de Trabajo se referirá a los extremos de la comunicación de inicio del periodo de consultas y al desarrollo de dicho periodo y con tal objetivo el artículo 11 del RPDC le

---

<sup>57</sup> A. BLASCO PELLICER, "La extinción...", *cit.* p. 176, quien defiende que sería incluso posible transformar una decisión de despido por una decisión de suspensión de contratos siempre que esta cuestión en el periodo de consultas.

atribuye ciertas funciones, algunas de ellas con un alcance poco delimitado<sup>58</sup>: 1) constatará que la documentación presentada por la empresa en relación con las causas del despido se ajusta a lo establecido en los artículos 4 y 5 del RPDC en función de la concreta causa justificativa alegada; 2) a los efectos de una posible impugnación de oficio del despido por parte de la autoridad laboral<sup>59</sup>, se informará cuando se compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas; 3) se informará si se considera que el acuerdo con los representantes de los trabajadores tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo, a los efectos de su valoración por la correspondiente entidad gestora; 4) se verificará si se ha cumplido lo previsto legal y reglamentariamente en relación con el desarrollo del periodo de consultas; 5) se constatará la inclusión de todos los extremos que deben estar presentes en la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas y, en particular, se verificará que los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del ET; y, 6) se informará sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido establecer y, en especial, se comprobará que las empresas obligadas hayan presentado el correspondiente plan de recolocación externa y que éste cumple los requisitos recogidos en el artículo 9 del RPDC. Cabe entender, que junto a estas actuaciones específicas, en el informe de la Inspección de Trabajo pueden incluirse otros elementos, al no incluirse una lista cerrada de materias.

En este marco es fácil constatar que resulta esencial el papel, más o menos activo, que asuma la Inspección de Trabajo a la hora de elaborar este informe preceptivo, pudiéndose limitar a una simple constatación formal de los elementos antes mencionados o, por el contrario, a una valoración más a fondo de todas esas cuestiones. Aun cuando, como afirmábamos anteriormente, este informe se produce a posteriori del periodo de consultas y no influye en la adopción de la decisión empresarial de proceder al despido, una actitud activa o pasiva sí tendrá trascendencia en el momento en que se impugna judicialmente el despido, por cuanto si bien dicho informe no tiene presunción de certeza, sí constituye una prueba relevante en el proceso judicial al provenir de un funcionario público imparcial en el ejercicio de sus competencias<sup>60</sup>.

Y, por otra parte, cabe señalar que la normativa vigente también atribuye otras funciones a la Inspección de Trabajo, de menor trascendencia, sin embargo, como son:

---

<sup>58</sup> A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* pp. 171-172. *Vid* también J. CABEZA PEREIRO, “La supresión...”, *cit.* pp. 191-192.

<sup>59</sup> Artículo 51.6 del ET.

<sup>60</sup> A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 172.

a) si durante el periodo de consultas la Inspección de Trabajo observa que la comunicación de apertura del citado período no reúne los requisitos exigidos, debe comunicarlo, antes de su finalización, a la autoridad laboral para que ésta formule la correspondiente advertencia, que, como vimos páginas atrás, no paraliza ni suspende el procedimiento de despido; b) también como señalamos anteriormente, la Inspección de Trabajo puede desempeñar una labor de asistencia y apoyo en las tareas de asistencia y mediación que corresponden a la autoridad laboral; y, c) por último, la Inspección de Trabajo también actúa como receptora de documentación y comunicaciones en varios momentos del procedimiento de despido<sup>61</sup>.

#### *4.3.7. La notificación individual de los despidos*

Este último paso del procedimiento de despido colectivo, que resulta obligatorio, se concreta en la notificación individual de los despidos por parte de la empresa a cada uno de los trabajadores afectados. Esta última fase se encuentra regulada en los artículos 51.4 del ET y 14 del RPDC, donde se establece que, tras la comunicación empresarial a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores de su decisión final sobre el despido, la empresa puede empezar a notificar los despidos de manera individual a los trabajadores, lo que debe hacer en los términos y condiciones previstos, para el despido por causas objetivas, en el artículo 53.1 del ET. Esto implica que se requiere una comunicación escrita, con expresión clara e inequívoca de la causa justificativa del despido (no bastaría una simple remisión a la comunicación realizada a los representantes de los trabajadores, aun cuando sí sería suficiente que a la referencia de la causa incorporada en cada comunicación individual se añadiese la entrega simultánea de la documentación correspondiente en cualquier tipo de soporte<sup>62</sup>), así como la puesta a disposición simultánea del trabajador de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades<sup>63</sup> que fija dicho precepto del ET. Asimismo, la empresa está obligada a conceder a cada trabajador un plazo de preaviso de 15 días, computado desde la entrega de la comunicación hasta la extinción del contrato, plazo que puede coincidir, total o parcialmente, con el plazo de 30 días al que nos referiremos a continuación. Sin embargo, este plazo de preaviso

---

<sup>61</sup> Artículos 6.3 y 6.4 del RPDC.

<sup>62</sup> A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 179; y J.M. GOERLICH PESET, “La extinción...”, *cit.* p. 310.

<sup>63</sup> No obstante, cabe recordar que si la causa alegada es la económica y la empresa no puede cumplir este requisito, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá no cumplirlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir el abono de la indemnización cuando la decisión extintiva se haga efectiva.

puede no darse, siendo sustituido por su equivalente económico, según el artículo 122.3 de la LRJS.

En todo caso, deben haber transcurrido, como mínimo, 30 días entre la fecha de la comunicación de inicio del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido; plazo que no es dispositivo para las partes y que también se aplica cuando se ha alcanzado un acuerdo (artículo 4 de la Directiva 98/59/CE).

Por último, cabe señalar que la empresa está obligada a dar una copia de la comunicación del despido a los representantes de los trabajadores, comportando la omisión de este trámite la improcedencia del despido.

## **5. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO COLECTIVO: SUJETOS LEGITIMADOS Y TRAMITACIÓN**

Las vías de impugnación de un despido colectivo ante la jurisdicción social son tres, con diferentes sujetos legitimados, y se encuentran reguladas en los artículos 51.6 del ET y 124 y 148.b) a 150 de la LRJS. Estas vías son: 1ª) la modalidad colectiva, donde están legitimados los representantes de los trabajadores (incluida la comisión específica que puede participar en el periodo de consultas, vista páginas atrás) y la propia empresa; 2ª) la modalidad individual, para la que sólo están legitimados los propios trabajadores afectados por el despido; y, 3ª) la impugnación de oficio llevada a cabo por la autoridad laboral cuando se ha alcanzado un acuerdo en el período de consultas.

En primer lugar, respecto a la modalidad colectiva, cabe realizar algunas consideraciones:

1ª) Están legitimados los representantes de los trabajadores (la representación unitaria y la representación sindical, siempre que ésta tenga implantación suficiente en el marco del despido colectivo, así como la comisión específica a la que aludimos páginas atrás) y la finalidad de la demanda es impugnar la decisión empresarial de despido, si bien dicha demanda sólo puede basarse en los motivos fijados en el artículo 124.2 de la LRJS, que son: a) que no concurre la causa justificativa indicada en la comunicación escrita; b) que no se ha realizado el periodo de consultas y/o entregado la documentación requerida legal y reglamentariamente (se ha incumplido, por tanto, lo establecido en el artículo 51.2 del ET y en su desarrollo reglamentario); c) que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; y, d) que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas. El plazo de impugnación es de 20 días (caducidad) a contar desde la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o desde la notificación a los

representantes de los trabajadores de la decisión final de la empresa. La legitimación pasiva recae sobre la empresa y, en caso de haber existido acuerdo durante el periodo de consultas, también sobre el resto de los firmantes. No se puede acudir a esta modalidad para debatir la aplicación de las reglas de prioridad de permanencia en la empresa ya que esta materia debe decidirse, obligatoriamente, a través de la modalidad individual<sup>64</sup>.

2ª) Cuando el despido no haya sido impugnado por los representantes de los trabajadores ni por la autoridad laboral, una vez transcurrido el plazo de caducidad de 20 días para el ejercicio de la acción por parte de los citados representantes, la empresa, en el plazo de 20 días desde la finalización del plazo anterior, puede interponer una demanda con el objetivo de que se declare su decisión ajustada a derecho y lograr así el efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del artículo 160.5 de la LRJS. La legitimación pasiva en este supuesto recae sobre los representantes de los trabajadores y la sentencia que se dicte tiene naturaleza declarativa.

3ª) Esta modalidad no requiere el recurso al trámite de conciliación previa y su planteamiento suspende el plazo de caducidad de la acción individual de despido. Asimismo, tiene carácter urgente<sup>65</sup> y preferente sobre cualquier otra demanda, salvo las relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Con el mismo propósito de urgencia, se establece que contra las resoluciones de tramitación que se dicten no cabe recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia, así como la obligatoria celebración del acto del juicio en el plazo de los 15 días siguientes a la admisión a trámite de la demanda<sup>66</sup>; debiéndose dictar la sentencia dentro de los 5 días siguientes a la celebración del juicio.

---

<sup>64</sup> SAN de 10 de junio de 2013 (Rº 112/2013).

<sup>65</sup> En el artículo 124.9 de la LRJS se establece que admitida a trámite la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma a la empresa y le requerirá para que, en el plazo de 5 días, presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral del resultado del mismo. En ese mismo requerimiento, se ordenará a la empresa que, en el plazo de 5 días, notifique a los trabajadores afectados la existencia del proceso planteado por los representantes de los trabajadores, para que, en el plazo de 15 días, comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia. En caso de negativa injustificada de la empresa a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de 3 días, con el apercibimiento de que de no cumplirse en plazo este segundo requerimiento se impondrán las medidas previstas en el artículo 75.5 de la LRJS, y se podrán tener por ciertos a los efectos del juicio posterior los hechos que pretende acreditar la parte demandante. Asimismo, al admitirse la demanda, el secretario judicial acordará recabar de la autoridad laboral copia del expediente administrativo relativo al despido.

<sup>66</sup> En la misma resolución de admisión a trámite de la demanda, el secretario judicial señalará el día y la hora en que haya de tener lugar la celebración del acto del juicio. Asimismo, acordará de oficio el previo

La competencia para resolver la demanda corresponde a la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia, si el conflicto se circunscribe al ámbito territorial de una CC.AA. o a la sala de lo social de la Audiencia Nacional si afecta a más de una CC.AA. Contra la sentencia es factible interponer un recurso de casación ordinaria ante la sala de lo social del Tribunal Supremo. La exclusión de los juzgados de lo social se justifica, en opinión de la doctrina<sup>67</sup>, por la facilidad y proximidad temporal del acceso a la casación y, por tanto, a la creación de doctrina jurisprudencial, dadas las dificultades que presentaría la vía ordinaria por los problemas técnicos que pudiera plantear la casación unificadora.

4ª) Si una vez presentada la demanda por los representantes de los trabajadores se plantea la impugnación de oficio por parte de la autoridad laboral, ésta se suspende, si bien la autoridad laboral está legitimada para ser parte en el proceso iniciado por los representantes de los trabajadores o por la empresa. La sentencia, una vez firme, tiene eficacia de cosa juzgada sobre el procedimiento de oficio pendiente de resolución.

5ª) La sentencia que se dicte puede declarar la decisión empresarial como ajustada a derecho, no ajustada a derecho o nula. Será ajustada a derecho cuando habiéndose cumplido con lo dispuesto en el artículo 51.2 del ET, la empresa acredita la concurrencia de la causa justificativa alegada. La decisión empresarial se declarará como no ajustada a derecho cuando la empresa no hubiera acreditado la concurrencia de dicha causa. Y será nula únicamente cuando la empresa no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET (no se haya cumplido debidamente el deber de información y documentación previsto legal y reglamentariamente, no se haya desarrollado adecuadamente el periodo de consultas, no se haya respetado el deber de buena fe...), así como cuando la decisión empresarial vulnera derechos fundamentales y libertades públicas (es decir cuando la propia decisión vulnera tales derechos o es discriminatoria y no cuando la posible vulneración o discriminación se produce a la hora de aplicar la empresa la decisión extintiva, notificándola individualmente a los trabajadores, en cuyo caso la modalidad es la impugnación individual). En este último supuesto, la sentencia declarará el derecho de los trabajadores a la reincorporación a su puesto de trabajo (artículo 123.2 y 3 de la LRJS).

Y, 6ª) por último, una vez firme la sentencia, se notificará a quienes hubieran sido parte y a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido que hubiesen

---

traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba (artículo 124.10 de la LRJS).

<sup>67</sup> A. BLASCO PELLICER, "La extinción...", *cit.* p. 198.

puesto en conocimiento del órgano judicial un domicilio a los efectos de notificaciones. También se notificará a la autoridad laboral, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso.

En segundo lugar, en relación con la modalidad individual, cuya finalidad es la impugnación del despido por los propios trabajadores afectados<sup>68</sup>, se aplican los artículos 120 a 123 de la LRJS (que regulan la modalidad procesal laboral especial sobre extinción por causas objetivas) y en lo no previsto, salvo incompatibilidad, lo recogido -respecto a la modalidad procesal de despido- en los artículos 102 a 113 de la LRJS, con ciertos matices:

a) La demanda se presenta, en todos los supuestos, ante el Juzgado de lo Social, requiere conciliación previa y la sentencia es susceptible de recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

b) Si el despido no se ha impugnado por la vía de la modalidad colectiva, se aplican las siguientes reglas específicas:

- El plazo para la impugnación individual -20 días- empieza una vez transcurrido el plazo de caducidad de 20 días fijado para el ejercicio de la acción por parte de los representantes de los trabajadores.

- Si la cuestión de debate, exclusiva o concurrente, es la prioridad de permanencia en la empresa a la hora de hacer efectivo el despido, debe demandarse también a los trabajadores cuya preferencia se debate.

- Y el despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de la LRJS, únicamente cuando la empresa no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET. Y también será nulo cuando no se hayan respetado las prioridades de permanencia establecidas en las leyes, el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. Esta última nulidad no afecta a las extinciones que, dentro del mismo despido, hayan respetado las mencionadas prioridades. Sin embargo, cabe tener en cuenta que el despido puede declararse nulo, procedente o improcedente, conforme a lo antes señalado y lo establecido en el artículo 122 de la LRJS.

Y, c) cuando el despido se hubiera impugnado mediante la modalidad colectiva, se aplican las siguientes reglas a la modalidad individual:

---

<sup>68</sup> Tal y como ha declarado la SAN de 11 de marzo de 2013 (ST nº 40/2013) no están legitimados los representantes unitarios, de forma individual o plural.

- El plazo de caducidad para la impugnación individual -20 días- empieza a contar desde la firmeza de la sentencia dictada en la modalidad colectiva o, en su caso, desde la conciliación judicial.

- La citada sentencia o el acuerdo de conciliación judicial tienen eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos queda limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hubieran sido objeto de la demanda formulada a través de la modalidad colectiva.

- Será nulo el despido acordado por la empresa sin respetar las prioridades de permanencia, si bien esta nulidad, como vimos antes, no afectará a las extinciones que, dentro del mismo despido, hubieran respetado las prioridades.

- Y, finalmente, cabe tener muy presente que si el despido ha sido declarado nulo en la modalidad colectiva, los efectos de cosa juzgada implicarán la nulidad del despido individual y, por consiguiente, la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo y el derecho a los salarios de tramitación, con la correspondiente compensación con la indemnización percibida por aquél. También es posible que, habiéndose calificado el despido como ajustado a derecho en el marco de la modalidad colectiva, el despido individual sea declarado nulo (por no respetar las reglas de prioridad de permanencia o por las causas fijadas en el artículo 122.2 de la LRJS) o improcedente (por inadecuada tramitación formal conforme al artículo 53.1 del ET). En el supuesto de nulidad, los efectos para el trabajador son los ya vistos, y si se declara la improcedencia, la empresa puede optar entre la readmisión y la indemnización. En el primer caso, existirán salarios de tramitación y en el segundo no (salvo que se trate de un representante de los trabajadores), con compensación cuando existan salarios de tramitación. En el caso de improcedencia, la indemnización pasa de los 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades a los 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades. Y, en fin, si el despido colectivo ha sido calificado como no ajustado a derecho en la vía colectiva, su efecto para los trabajadores será la nulidad o la improcedencia del despido, por los mismos motivos antes mencionados y con las mismas consecuencias.

Por último, también es posible que la autoridad laboral impugne de oficio la decisión empresarial, por la vía del procedimiento de oficio (artículos 148.b), 149 y 150 de la LRJS<sup>69</sup>), pero sólo sobre la base de causas específicas y con un carácter

---

<sup>69</sup> A modo de ejemplo, STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2013 (R° 12/2013).

condicionado, en su caso, como vimos anteriormente, a la presentación y resolución de la modalidad colectiva. Esta vía de impugnación sólo puede abrirse cuando ha existido un acuerdo en el período de consultas y la autoridad laboral considera que éste se ha logrado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a los efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo le hubiese informado de que la decisión empresarial puede tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por parte de los trabajadores afectados ante la inexistencia de una causa motivadora de la situación legal de desempleo. Es fácil concluir que, al limitarse la actuación de oficio, en el primer supuesto, a la existencia de un acuerdo en el periodo de consultas, la facultad de intervención judicial de la autoridad laboral se reduce ya que la nueva regulación no fomenta precisamente la adopción de dicho acuerdo. En todo caso, cabe hacer dos reflexiones: 1ª) este procedimiento de oficio sigue la tramitación del proceso laboral ordinario; y, 2ª) no se prevé un efecto suspensivo de la aplicación del acuerdo, por lo que cabe interpretar que la única vía para lograrlo es solicitar en la demanda de oficio, como medida cautelar, la suspensión de los efectos del acuerdo, con fundamento en el artículo 79 de la LRJS<sup>70</sup>.

## **6. DESPIDO COLECTIVO Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**

Aunque no entraremos en ello, sí cabe recordar que, en ciertos supuestos, una empresa inmersa en un procedimiento de despido colectivo debe cumplir algunas obligaciones adicionales vinculadas con el sistema de Seguridad Social. La primera obligación adicional se encuentra en el artículo 51.9 del ET e implica que cuando el despido afecta a una empresa no incurso en un procedimiento concursal e incluye a trabajadores con 55 o más años que no tenían la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, aquélla tiene la obligación, respecto de dichos trabajadores, de abonar las cuotas dirigidas a financiar un convenio especial en las condiciones fijadas en la disposición adicional 31ª de la Ley General de la Seguridad Social<sup>71</sup>. Ello supone, para la empresa, sumar a las indemnizaciones por despido el coste del correspondiente convenio especial.

La segunda obligación adicional aparece recogida en el artículo 51.11 del ET y en la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, y se refiere a la empresa con beneficios que realiza un despido que incluye a trabajadores de 50 o más años, en cuyo caso

---

<sup>70</sup> A. BLASCO PELLICER, “La extinción...”, *cit.* p. 176.

<sup>71</sup> En adelante LGSS.

aquella tiene la obligación de efectuar una aportación económica al Tesoro Público, con el objetivo de contribuir a sufragar el coste de las prestaciones por desempleo (del nivel contributivo y asistencial) que van a recibir dichos trabajadores. Deben cumplir esta obligación las empresas que cumplan los requisitos fijados en el apartado 1º de la mencionada disposición adicional 16ª, que son los siguientes: 1º) que se trate de una empresa de más de 100 trabajadores o de una empresa que forma parte de un grupo de empresas que emplea a ese número de trabajadores; 2º) que el porcentaje de trabajadores despedidos de 50 o más años sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de 50 o más años sobre el total de trabajadores de la empresa; y, 3ª) que, aun concurriendo las causas justificativas del despido, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes: a) que la empresa o el grupo de empresas hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que la empresa inicia el procedimiento de despido; y, b) que la empresa o el grupo de empresas obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha. La forma de cálculo del importe de la aportación que la empresa debe realizar al Tesoro Público, que puede ser elevado, aparece en los apartados 4º y 5º de la citada disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011.

Y, por último, también como obligaciones de Seguridad Social, pero con un contenido muy distinto y referido a todo despido colectivo, cabe mencionar la forma como se debe acreditar el despido a los efectos de que los trabajadores puedan acceder a las prestaciones por desempleo (disposición adicional 63ª de la LGSS), así como la obligación empresarial de comunicar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, a través de medios electrónicos y con carácter previo a su efectividad, el despido, en los términos fijados en los artículos 51 del ET y 22 del RD 625/1985, de 2 de abril, y en la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo. El incumplimiento de esta última obligación implica una infracción grave (artículo 22.13 de la LISOS).

## 7. CONCLUSIONES FINALES

No hay duda que las reformas llevadas a cabo en el ámbito del despido colectivo entre los años 2010 y 2013 responden a la voluntad de ampliar el margen de actuación empresarial y de facilitar su aplicación siempre que se den las causas justificativas para ello. Sin embargo, también cabe tener presente que elementos esenciales del despido colectivo (las propias causas que lo pueden justificar, los sujetos intervinientes en el período de consultas y su desarrollo, el alcance del deber de buena fe, el contenido adecuado de la documentación que debe aportar la empresa, la actitud que deben

adoptar las partes durante el período de consultas, los motivos de nulidad...), siguen sin definirse de una forma adecuada (es probable que, en algún caso, tal objetivo resulte imposible), lo que añade un cierto grado de incertidumbre en la propia regulación legal, que no ha venido precisamente a resolver, sino incluso a incrementar, el reciente RDL 11/2013.

Y a lo anterior cabe añadir la importante labor judicial desplegada en los últimos dos años, al instituirse el control judicial del despido colectivo en el único posible actualmente. Y esa actividad judicial está interpretando, pero también reinterpretando elementos clave de la nueva regulación legal, de tal manera que, ya en estos momentos, lo dispuesto en el artículo 51 del ET y en el RPDC no puede entenderse si no tenemos en cuenta la doctrina judicial y la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre esta materia.

En definitiva, deberemos estar muy atentos a las soluciones judiciales ya que serán éstas las que seguirán perfilando, interpretando y también reinterpretando el régimen legal del despido colectivo en los próximos años.

Carolina Gala Durán  
Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Barcelona  
carolina.gala@uab.es



# LA INFORMACIÓN FINANCIERA EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN DE GRUPOS EMPRESARIALES: LAS COMBINACIONES DE NEGOCIO BAJO CONTROL COMÚN

RAFAEL BAUTISTA MESA

*Profesor en Universidad Loyola de Andalucía*

Fecha de recepción: 11-11-2013

Fecha de aceptación: 20-11-2013

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL MARCO NORMATIVO DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA EN ESPAÑA. 3. LA REGULACIÓN CONTABLE DE LAS COMBINACIONES DE NEGOCIO. 3.1. Las combinaciones de negocio en las Normas Internacionales de Información Financiera y en el Plan General Contable. 3.2. La regulación de las combinaciones de negocio bajo control común. 4. DISCUSIÓN CONCEPTUAL: LOS CONCEPTOS DE COMBINACIÓN DE NEGOCIO Y DE CONTROL COMÚN. 5. ALTERNATIVAS DE VALORACIÓN Y PRESENTACIÓN EN LAS CUENTAS ANUALES. 5.1. Criterios de valoración: valor razonable frente a valor contable. 5.2. La determinación del valor del negocio adquirido en el método del valor contable. 5.3. Criterios de presentación en las cuentas anuales. 6. CONCLUSIONES FINALES. 7. BIBLIOGRAFÍA

**RESUMEN:** Tradicionalmente, las normas contables -y en particular, las normas internacionales de información financiera-, no han definido políticas contables aplicables a las operaciones de reestructuración de los grupos de empresa. Este trabajo analiza el debate existente en la actualidad sobre los dos enfoques valorativos que se pueden seguir para el registro de estas operaciones: el valor contable y el valor razonable. Como conclusión, el trabajo defiende la necesidad de una mayor investigación para la definición de los principios fundamentales que radican bajo las operaciones de combinación de negocio bajo control común, aunque valora los avances conseguidos en la definición de los criterios e indicadores que permitan diferenciar los tipos de transacciones.

**ABSTRACT:** Traditionally, accounting standards, especially the international financial reporting standards, have not defined accounting policies applicable to business groups restructuring operations. This paper analyzes the current debate on the two possible approaches: book value and fair value. In conclusion, the paper indicates the need for further research to define the principles that lie under business combination under common control, although appreciating the progress made in the definition of indicators to differentiate these kind of transactions.

**PALABRAS CLAVE:** combinaciones de negocio, control común, fusiones, adquisiciones, método de adquisición, método del valor contable.

**KEYWORDS:** combinaciones de negocio, control común, fusiones, adquisiciones, método de adquisición, método del valor contable.

## 1. INTRODUCCIÓN

Según Bolea (2009), actualmente estamos viviendo un proceso de reestructuración societaria de los grupos empresariales como consecuencia del nuevo escenario económico. Durante la época de expansión económica, un gran número de empresas llevaron a cabo una política de crecimiento y diversificación mediante la constitución de diferentes sociedades participadas en las que aislar los riesgos de cada nueva línea de negocio.

Actualmente, la crisis económica ha potenciado el fenómeno inverso que pretende la concentración y simplificación de los grupos empresariales para conseguir una mayor eficiencia operativa y fiscal, entre otros motivos. De hecho, las operaciones de concentración empresarial han aumentado en los últimos años no únicamente dentro de un mismo grupo de empresas, sino también entre diferentes grupos empresariales con el propósito de fortalecer las estructuras societarias para hacer frente a la contracción de los mercados (De Carlos et al., 2011).

Según Bolea (2009: 1) este tipo de reestructuraciones pueden requerir diversas operaciones mercantiles tales como la “transformación de sociedades, fusiones, escisiones totales o parciales, segregaciones, canjes de valores, aportaciones de activos, etc”. Según el citado autor, desde el punto de vista mercantil estas operaciones se ven afectadas por las novedades introducidas por Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; y desde la perspectiva fiscal, les resulta de aplicación el régimen especial de neutralidad fiscal definido por el R.D.L. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Desde el punto de vista de los requerimientos de información financiera, históricamente la normativa internacional<sup>1</sup> se ha centrado sólo en la regulación de las transacciones que afectaban a empresas de diferentes grupos económicos a través del registro de las llamadas “combinaciones de negocio” en la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 3, dejando a criterio de cada preparador el reconocimiento de las transacciones que afectaban a las empresas bajo control común, conforme a la jerarquía para operaciones prevista en la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 8 para operaciones para las cuales no existe una regulación expresa.

---

<sup>1</sup> Las Normas Internacionales emitidas por el International Accounting Standards Board (IASB), son conocidas como Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), las emitidas hasta julio de 2001, y Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), las siguientes, así como sus correspondientes interpretaciones, SIC y CINIIF, respectivamente.

Sin embargo, recientemente se ha reabierto el debate en torno a si las transacciones de reestructuración de grupos empresariales, o “combinaciones de negocio bajo control común” empleando terminología contable (BCUCC según sus siglas en inglés), tienen características diferenciales del resto de combinaciones de negocio y, por lo tanto, deben serles de aplicación unas normas de registro y valoración específicas. Según el European Accounting Financial Reporting Advisory Group -EFRAG-<sup>2</sup> (2011), las razones que motivan las combinaciones de negocio de entidades que previamente ya se encuentran bajo control común (reorganización para obtención de sinergias o reducir el coste fiscal del grupo) difieren de aquéllas que provocan dichas transacciones entre empresas independientes.

Para el IASB (2007: 3), la característica diferencial de este tipo de operaciones radica en el hecho de que “una combinación de negocio o negocios bajo control común es una combinación donde la parte dominante antes y después de la transacción es la misma”. Por lo tanto, independientemente de los diferentes motivos legales, fiscales o económicos que originan la transacción, se trata de operaciones de reorganización de grupos empresariales que no provocan cambios en la sustancia económica de la propiedad, es decir, en el control en última instancia del grupo según el Korean Accounting Standards Board -KASB- (2013), y que no generan beneficios ni pérdidas al grupo (KPMG, 2012).

Gran Thornton (2010: 1) resume los posibles casos de combinaciones bajo control común en los siguientes: (i) las combinaciones entre empresas subsidiarias de la misma matriz; (ii) la adquisición de un negocio de una entidad del mismo grupo; y (iii) otras transacciones que implican la creación de una nueva empresa matriz en la cabecera de un grupo. Por ejemplo, la venta de una división de una subsidiaria a la matriz o la transferencia de la participación en una subsidiaria a otra subsidiaria; en ambos casos, aunque la estructura legal de la participación cambia con la transacción, la sustancia económica de la propiedad sigue invariable (KPMG, 2012).

Como ya se ha anticipado, a nivel internacional no existe una regulación contable específica de este tipo de operaciones, que se dejan al criterio profesional de cada preparador, lo que redundaría en una pérdida de comparabilidad de la información financiera. Sin embargo, algunos reguladores locales han intentado cubrir este vacío mediante la emisión de interpretaciones (es el caso por ejemplo del KASB, del Hong

---

<sup>2</sup> Constituido en junio de 2001 por un conjunto de representantes de los usuarios y preparadores de la información financiera, así como representantes de la profesión auditora y de los reguladores locales, el EFRAG trabaja desde marzo de 2006 conjuntamente con la Comisión Europea proporcionándole consejo previo para la adopción de las normas internacionales de información financiera emitidas por el IASB (Deloitte, 2013).

Kong Institute of Certified Public Accountants con su Accounting Guideline 5 o del Accounting Standards Board sudafricano, en su GRAP 105).

En España, con mayor o menor grado de detalle, existe una normativa específica para este tipo de operaciones. No obstante, considerando que los estados financieros consolidados de los grupos cotizados en España se elaboran mediante la aplicación directa de las normas internacionales, las regulaciones locales en este sentido no resultan de aplicación para estas cuentas anuales que seguirán, como se verá a continuación, su propio juicio profesional para el reconocimiento de estas operaciones, según determina la NIIF 3.

Estamos, por lo tanto, ante una cuestión controvertida con elevado impacto en la realidad empresarial, aún no resuelta en la normativa internacional, lo que origina una reducción de la calidad de la información financiera debido a la pérdida de comparabilidad y a la posibilidad de estructuración de operaciones por parte de los preparadores.

El objetivo de este artículo consiste en analizar la regulación actual en la normativa española e internacional, así como las diferentes alternativas actuales de cambio que se barajan en el debate internacional para el reconocimiento de las operaciones de reestructuración societaria dentro de un grupo empresarial.

Para ello, el apartado 2 describe el actual marco normativo de la información financiera en España. El apartado 3 expone la regulación actualmente en vigor acerca del reconocimiento de las combinaciones de negocio en general y de aquellas entre empresas del mismo grupo, en particular. Los apartados 4 y 5 discuten las cuestiones más controvertidas que están siendo objeto de debate en la actualidad. Por último, finalizamos con las principales conclusiones alcanzadas.

## **2. EL MARCO NORMATIVO DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA EN ESPAÑA**

El Reglamento 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, estableció la obligatoriedad de aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera emitidas por el IASB y que expresamente fueran adoptadas por la Unión Europea, sobre las cuentas anuales consolidadas de los grupos de sociedades que tuvieran títulos admitidos a cotización oficial. Para el resto de empresas, incluyendo los estados financieros individuales de las empresas cotizadas, se dejó al criterio de los estados miembros la posibilidad de permitir o requerir la aplicación de la referida normativa internacional o la correspondiente normativa local.

En España, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, establece la coexistencia de los principios españoles con las normas internacionales, al establecer la obligatoriedad de elaboración de la información contable individual de todas las sociedades, incluidas las cotizadas, en el marco del Derecho Mercantil Contable español. En este proceso, la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, introdujo en el Código de Comercio y en la Ley de Sociedades Anónimas las modificaciones necesarias para asegurar la convergencia de la normativa española con la internacional facilitando la homogeneidad y comparabilidad de la información financiera.

El proceso de adaptación de la normativa española concluyó con la publicación del Plan General de Contabilidad (PGC), normal y para pequeñas y medianas empresas, por el Gobierno, a través de los Reales Decretos 1514/2007 y 1515/2007, de 16 de diciembre, respectivamente, y de las Normas para la Formulación de las Cuentas Consolidadas (NOFCAC), mediante el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

Según Cañibano y Herranz (2013), la adopción de los principios establecidos en las normas internacionales de información financiera, tanto de forma directa en las cuentas consolidadas cotizadas como indirecta mediante el PGC y las NOFCAC, supuso una modificación sustancial no sólo de los conceptos y los principios contables sino también de los objetivos de la información financiera. En opinión de los autores, en el modelo del IASB la elaboración de las normas de información financiera recae en órganos profesionales independientes, lo que supone que la contabilidad abandone los objetivos de política económica que en otros momentos ha podido tener, centrándose en su objetivo de proporcionar información útil para la toma de decisiones de los usuarios de los estados financieros.

Las políticas económicas y financieras deben articularse a través de otras vías fiscales, mercantiles, bancarias, etc. (Cañibano y Herranz, 2013). No obstante, de forma indirecta, proporcionar información útil a los inversores favorece el desarrollo económico de un país y la correcta distribución de su renta puesto que “al suministrar información útil para la toma de decisiones, la contabilidad contribuye a aumentar la confianza entre ahorradores e inversores, haciendo posible el correcto funcionamiento de los mercados de capitales y de las instituciones y unidades económicas” (Tua, 2009: 4).

En el caso de las combinaciones de negocio en general, y entre empresas del mismo grupo, en particular, las premisas del modelo contable del IASB tienen significativas consecuencias especialmente en lo relativo a la búsqueda de la imagen fiel

y la prevalencia del fondo económico de las transacciones por encima de su forma mercantil.

En primer lugar, la necesidad de que la información financiera sea útil para la toma de decisiones actuales implica la prevalencia de la imagen fiel de los activos y pasivos y, por lo tanto, la posibilidad de reconocimiento de los elementos del balance por su valor actual frente al tradicional coste histórico. Según Camfferman y Zeff (2007), el IASB se orientó hacia un enfoque de balance centrado en el valor de los activos y pasivos, muy alejado del tradicional enfoque basado en la cuenta de resultados consistente en la correcta distribución temporal de los ingresos y gastos de acuerdo con su devengo contable. El nuevo modelo contable es, por lo tanto, un modelo predictivo frente a los modelos de control tradicionales basados en que la información financiera permita la evaluación del rendimiento de las empresas por parte de los accionistas (Tua, 2006). En el caso de las operaciones de combinación de negocio, como se expondrá a continuación, el método contable prescribe en general el reconocimiento de los negocios adquiridos a su valor de mercado en la fecha de adquisición.

En segundo lugar, el nuevo modelo contable prescribe que la información financiera debe reflejar las operaciones económicas independientemente de cuál haya sido la forma jurídica en la que se haya materializado. Por lo tanto, dos operaciones de combinación de negocio que revistan la misma forma mercantil (fusión, absorción, compraventa de activos y pasivos, etc.), en ocasiones pueden no implicar el mismo registro contable. El ejemplo paradigmático lo encontramos en el caso de las “adquisiciones inversas” en las que la sociedad adquirente a efectos contables no coincide con la adquirente jurídica (Cañibano y Herranz, 2013). Pero también en el caso de las combinaciones de negocio bajo control común, en las que, como se verá a lo largo del trabajo, el momento en que se haya adquirido el control del negocio adquirido es la clave para decidir la forma en la que debe registrarse la operación.

### **3. LA REGULACIÓN CONTABLE DE LAS COMBINACIONES DE NEGOCIO**

En el marco regulatorio contable español conviven, por lo tanto, las normas internacionales publicadas por el IASB que, previa aprobación por parte de la autoridad europea, son de aplicación obligatoria a las cuentas consolidadas de los grupos cotizados, con el PGC y las NOFCAC, aplicables al resto de estados financieros publicados.

Aunque ambos cuerpos normativos tienen una vocación convergente, según lo establece la Ley 16/2007, de 4 de julio, y así lo consiguen en cuanto al registro de las

combinaciones de negocio stricto sensu, la actual regulación en materia específica de combinaciones de negocio difiere en lo relativo a las combinaciones entre empresas bajo el control común dentro de un mismo grupo empresarial.

### **3.1. Las combinaciones de negocio en las Normas Internacionales de Información Financiera y en el Plan General Contable**

En marzo de 2004 la NIIF 3 “Combinaciones de negocio”, emitida por el IASB, sustituyó a la anterior NIC 22, emitida en 2001, y a tres interpretaciones (SIC 9 “Combinaciones de Negocios-Clasificación como adquisiciones o como unión de intereses”, SIC-22 “Combinaciones de Negocios-Ajustes Posteriores de los Valores Razonables y fondo de comercio inicial” y SIC-28 “Combinaciones de Negocios-Fecha de Intercambio y Valor Razonable de los Instrumentos de Patrimonio”). Según Hambert et al. (2011), la NIIF 3 ha sido la norma cuya publicación ha provocado el mayor impacto entre las empresas en el proceso de adopción de las normas internacionales.

En junio de 2005, el IASB y el Financial Accounting Standards Board -FASB- norteamericano publicaron conjuntamente un proyecto de sustitución de la NIIF 3 y de modificación de la NIC 27 sobre estados financieros consolidados y separados, que concluyó con la publicación de la definitiva la NIIF 3 en enero de 2008. Salvo por cambios menores producidos como consecuencia de innovaciones de otras normas, ésta es la versión que en sus aspectos más significativos conocemos en la actualidad. Esta modificación de la NIIF 3 junto con la modificación de la NIC 27, fueron adoptadas en Europa mediante, respectivamente, los Reglamentos (CE) n.º 495/2009 y 494/2009 de la Comisión, de 3 de junio de 2009 y provocaron en España la modificación de la Norma de Registro y Valoración (NRV) 19ª del PGC sobre combinaciones de negocio en las cuentas individuales y, al mismo tiempo, de las NOFCAC, mediante el R.D. 1159/2010, de 17 de septiembre.

El principio fundamental que impera en el reconocimiento de las combinaciones de negocio, tanto bajo la NIIF 3 como bajo la NRV 19ª del PGC, es que la sociedad adquirente debe registrar los activos y pasivos adquiridos por su valor razonable. Cualquier diferencia entre el precio pagado en la transacción y el valor del negocio adquirido, deberá ser reconocida por separado. Si la diferencia es positiva, el sobreprecio se registrará como un fondo de comercio en el activo de la sociedad adquirente. Si la diferencia es negativa, la entidad adquirente se reconocerá un ingreso en su cuenta de resultados, no sin antes, según advierte la norma, comprobar la corrección de la valoración efectuada para los activos y pasivos adquiridos.

El método de adquisición, por lo tanto, supone una ruptura respecto al principio de reconocimiento inicial de los activos a su precio de adquisición más los costes de transacción derivados, aplicable con carácter general salvo ciertas excepciones como pueden ser los activos subvencionados. El motivo que justifica la aplicación de este método se basa en el hecho de que lo adquirido es realmente el control sobre un conjunto de recursos o negocio, es decir, algo más que un elemento simple y aislado. De hecho, la NIIF 3.2.(b) expresamente excluye de su ámbito de aplicación “la adquisición de un activo o un grupo de activos que no constituya un negocio. En estos casos la entidad adquirente identificará y reconocerá los activos identificables individualmente adquiridos (...) y pasivos asumidos. El coste del grupo deberá distribuirse entre los activos identificables individualmente y los pasivos sobre la base de sus valores razonables relativos en la fecha de la compra. Esta transacción o suceso no dará lugar a un fondo de comercio”.

Precisando el concepto de negocio, la NIIF 3.B5 se refiere a “insumos y procesos aplicados a los mismos que tienen la capacidad de crear productos. Aunque los negocios generalmente tienen productos, éstos no se requieren para que un conjunto integrado cumpla las condiciones para ser considerado como un negocio”.

Por lo tanto, la NIIF 3 entiende que al adquirir un negocio es posible que el precio de compra difiera del valor razonable de los activos y pasivos identificables tomados de forma aislada, debido a que el comprador ha incluido en su valoración los rendimientos futuros de su inversión derivados del uso capacidad conjunto de dichos elementos, e incluso, de su interacción con los recursos presentes con anterioridad en la empresa que pueden derivar en la obtención de sinergias.

Una vez permitido el reconocimiento de los activos y pasivos adquiridos a su valor razonable y, por lo tanto, el registro del posible fondo de comercio, otra cuestión controvertida fue la necesidad o no de reconocer su pérdida de valor a lo largo del tiempo. La NIIF 3 introdujo como novedad significativa el hecho de permitir la no amortización del fondo de comercio en base a un criterio sistemático. Como alternativa se aceptó la obligatoriedad de realizar el correspondiente test de deterioro con carácter, al menos, anual<sup>3</sup>. También en EE.UU., hasta la adopción de la SFAS 142 en 2001, el fondo de comercio surgido en una operación de combinación de negocio debía ser amortizado en un determinado período de tiempo (Hambert et al., 2011). Esta norma también modificó este criterio por otro basado únicamente en la realización de un test de deterioro, modelo en el que se basa la NIIF 3.

---

<sup>3</sup> Por el contrario, la NIIF para pymes sí obliga a la amortización sistemática del fondo de comercio en un plazo no superior a 10 años.

No obstante, la NIIF 3 excluye del alcance de la norma a las combinaciones bajo control común, por lo que no son aplicables directamente los criterios generales de las combinaciones de negocios. La Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, aún no de aplicación en España, únicamente hace una breve mención a las operaciones bajo control común y desde la perspectiva de cuentas consolidadas, que no individuales.

### **3.2. La regulación de las combinaciones de negocio bajo control común**

La regulación contable de las operaciones de combinación empresariales ha tenido tradicionalmente un reto relevante en cuanto al tratamiento de las combinaciones de negocio cuando las empresas intervinientes en dichas operaciones previamente estaban ya vinculadas por una relación de dominio político.

El proceso de precisión regulatoria de este tipo de operaciones en el ámbito de las NIIF ha sido más lento que en el caso de las normas españolas. La NIC 27 trata parcialmente estas operaciones en sus párrafos 13 y 14, mientras que la NIIF 3, como ya se ha anticipado, las excluye expresamente de su ámbito de aplicación. Ello obliga a la “gerencia a usar su juicio profesional para el desarrollo de una política contable que resultara relevante y fiable, de acuerdo con la NIC 8.10-12.” (Gran Thornton, 2010: 2).

No obstante, en 2007 el IASB incluyó en su agenda el estudio de la regulación de las combinaciones de negocio bajo control común, aunque sin obtener resultados. Tras las nuevas peticiones para reactivar el proyecto, no ha sido hasta 2011 cuando el IASB lo ha aceptado como un “proyecto de investigación” calificándolo como de carácter prioritario (IASB, 2013: 1). Aunque aún no ha habido resultados, las investigaciones recientes llevadas a cabo a nivel internacional han sido relevantes, especialmente de la mano del EFRAG, el Organismo Italiano di Contabilità (OIC) y del KASB.

En general, parece haber consenso acerca de que la aplicación de la NIIF 3 a las combinaciones de negocio bajo control común no resulta apropiada, por tres razones principales. En primer lugar debido a las características especiales de este tipo de operaciones, entre las que el EFRAG (2011: v) destaca que la ausencia de fuerzas de mercado “aunque no invalida enteramente el uso de la NIIF 3, sí podría restringir el reconocimiento del fondo de comercio y otros activos intangibles dado que podrían no representar una medida fiable”. En este mismo sentido, la consulta 5 del BOICAC 86/2011 insiste en que “en las operaciones entre empresas del grupo, la ausencia de

intereses contrapuestos requiere extremar la cautela en dicho análisis para evitar que una sucesión de negocios jurídicos y su correspondiente registro contable pudiera ser el medio empleado para contravenir el principio del precio de adquisición, o se emplease para dar cobertura a infracciones de normas imperativas reguladoras de las sociedades de capital, como la prohibición de devolución de aportaciones al margen de una reducción de capital o los límites a la distribución de beneficios y entrega a cuenta de dividendos”.

En segundo lugar, “porque las necesidades de los usuarios ante este tipo de operaciones pueden ser diferentes” (EFRAG, 2011: v). En este sentido se manifiesta el Australian Accounting Standards Board (AASB) en su respuesta a la consulta planteada por el EFRAG en octubre de 2011, al afirmar que las necesidades de información de los usuarios de las combinaciones de negocio bajo control común podrían ser específicas e incluso que las necesidades de los socios minoritarios podrían también diferir respecto a las de los accionistas mayoritarios.

Por último, como ya se ha adelantado, “porque las operaciones bajo control común son llevadas a cabo con propósitos normalmente diferentes al resto de combinaciones de negocio” (EFRAG, 2011: v).

En España, la NRV 21<sup>a</sup> del PGC trató de cubrir el vacío regulatorio en este tipo de operaciones. Hasta ese momento, el ICAC había realizado el intento en el Borrador de Normas de Contabilidad Aplicables a las Fusiones y Escisiones de Sociedades publicado en el BOICAC nº 14/2003, así como mediante la emisión de interpretaciones en 2001, 2003 y 2005 muy discutidas al incorporar conceptos como la prevalencia del fondo sobre la forma, que aún no estaban adoptados por la legislación mercantil (Navarro y Vallauré, 2007).

La NRV 21<sup>a</sup> distingue el caso particular de las operaciones de combinación de negocio entre empresas que previamente pertenecían al mismo grupo (en los términos definidos por el art. 42 del Código de Comercio), de aquellas otras operaciones de combinación entre empresas independientes reguladas por la NRV 19<sup>a</sup>. En este sentido es importante precisar el concepto de grupo en la legislación española que, como resume la consulta 1 del BOICAC 83/2010, puede diferir según la fuente: (i) el art. 42 del Código de Comercio se refiere al llamado grupo de subordinación, formado por una sociedad dominante y otras dependientes o por una sociedad dominante y una entidad de propósito especial; (ii) el art. 260 del R.D.L. 1/2010 (TRLSC) así como la Norma de Elaboración de Cuentas Anuales (NECA) 13<sup>a</sup> del Plan General Contable, añaden también el llamado grupo de coordinación.

Según se resume en la exposición de motivos del R.D. 1159/2010 esta norma tuvo como objetivo “sistematizar la doctrina del ICAC sobre el mantenimiento del valor contable precedente e incorporar, en su caso, la valoración en términos

consolidados en todas aquellas operaciones en que se produce un desplazamiento de elementos patrimoniales constitutivos de un negocio entre las sociedades del grupo”.

Según Bazán (2011: 69), los criterios de la NRV 21<sup>a</sup> rompen, salvo en sus excepciones, con el criterio del valor razonable del método de adquisición regulado en la NRV 19<sup>a</sup> del PGC, estableciendo con carácter general una diferente fecha de la operación así como unos valores distintos para su registro, por no tener la misma la condición de combinación de negocio al no haber cambio de control. La justificación, según la citada autora, se encuentra en que “en este caso estamos ante una mera reorganización jurídica del grupo de empresas que integran una unidad económica: un conjunto de elementos patrimoniales que se transmiten en bloque de un sujeto contable a otro, sin que en esencia se produzca una variación de la unidad económica preexistente”.

Esta regulación específica fue precisada por el R.D. 1159/2010 modificando la redacción de la NRV 21<sup>a</sup> e incluyendo excepciones en relación con las operaciones de fusión entre sociedades dominante y dependiente: “La reforma que ahora se aprueba, continuando con la técnica de normalización de las operaciones entre empresas del grupo iniciada en el nuevo Plan, deja fuera del alcance de la Norma de Registro y Valoración 19<sup>a</sup> las operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria entre empresas del grupo, que se regulan en el apartado 2 de la Norma de Registro y Valoración 21<sup>a</sup>, siempre que se cumplan los requisitos que más adelante se detallan”.

Las excepciones al método del valor contable introducidas en la NRV 21<sup>a</sup> en su apartado 2.2.1 son aplicables a las fusiones entre una dominante y una dependiente, directa o indirecta: “cuando la vinculación dominante-dependiente, previa a la fusión, trae causa de la transmisión entre empresas del grupo de las acciones o participaciones de la dependiente, sin que esta operación origine un nuevo subgrupo obligado a consolidar, el método de adquisición se aplicará tomando como fecha de referencia aquella en que se produce la citada vinculación, siempre que la contraprestación entregada sea distinta a los instrumentos de patrimonio de la adquirente. Se aplicará este mismo criterio en los supuestos de dominio indirecto, cuando la dominante deba compensar a otras sociedades del grupo que no participan en la operación por la pérdida que, en caso contrario, se produciría en el patrimonio neto de estas últimas”.

No obstante, la problemática suscitada por este tipo de operaciones se mantiene después de la modificación de la NRV 21<sup>a</sup>, habiendo requerido de la respuesta por parte del ICAC a numerosas consultas especialmente en su BOICAC 85. Actualmente, el Instituto está considerando la posibilidad de elaborar una resolución con la que se

agrupen las interpretaciones realizadas mediante consultas sobre operaciones entre empresas del grupo y se cubran las posibles inconsistencias detectadas<sup>4</sup>.

El tratamiento prescrito en la NRV 21<sup>a</sup> se refiere al registro únicamente en las cuentas individuales de las sociedades implicadas. A nivel consolidado, “los estados financieros consolidados de la matriz no se verán impactados por una transacción bajo control común. Cualquier diferencia entre los importes recibidos o transferidos por la matriz y el valor en libros del grupo adquirido o vendido serían eliminados en la consolidación, sin que ninguna ganancia o pérdida fuera registrada. Por lo tanto, las empresas no necesitarán el uso de su juicio profesional para determinar la naturaleza de la transacción” (KASB, 2013: 38).

En definitiva, la regulación específica de las combinaciones de negocio bajo control común ha estado sometida a una gran controversia, como lo demuestran los procesos de consulta abiertos a nivel internacional, así como el elevado número de excepciones, interpretaciones y documentos de trabajo publicados por los diferentes reguladores locales cuya problemática principal será analizada en los apartados siguientes.

#### **4. DISCUSIÓN CONCEPTUAL: LOS CONCEPTOS DE COMBINACIÓN DE NEGOCIO Y DE CONTROL COMÚN**

Según el Indonesian Financial Accounting Standards (IFAS), es importante delimitar claramente el ámbito de aplicación de la regulación de las combinaciones de negocio bajo control común. Determinar la naturaleza de los activos y pasivos objetos de la transacción no siempre es fácil y más, como dice el IASB (2013), si consideramos que la empresa matriz tiene un papel dominante sobre la transacción.

En este sentido, el IFAS ha revisado su norma SFAS 38 en 2012, modificando incluso el nombre de la misma, que ha pasado de llamarse “Reestructuraciones de entidades bajo control común” a “Combinaciones de negocio de entidades bajo control común”. Con ello pretende evitar el uso de esta normativa para las transacciones de una mera agrupación de activos y pasivos. Esto significa, añade, “que los activos o la combinación de activos y pasivos de la entidad adquirida interactúan entre ellos y, significativamente, con las personas que operan con los activos del negocio” (PwC Indonesia, 2013: 2).

---

<sup>4</sup> Comentario realizado por Ana María Martínez-Pina García, presidenta del ICAC, en la IV Jornada del Foro AECA de Instrumentos Financieros (24 de octubre de 2013), disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=wYChg6Kpgo&list=PLbX2kBrACrD2j4WF1ngD9qaxa2VP9zAMB&index=2>.

Tampoco resulta fácil distinguir cuál es la empresa adquirente en la operación, tal y como indica el Australian Accounting Standards Board -AASB- (2012: 8) al afirmar que dada la variada naturaleza de las transacciones bajo control común, es probable que el adquirente no pueda ser identificado en todas las ocasiones. Por ejemplo, en los casos de creación de una nueva empresa a la que se trasfiere un negocio y que quedará bajo el mismo control común, la Consulta 19 del BOICAC 85/2011 aclara que una empresa de nueva creación nunca podrá ser considerada como adquirente en una combinación de negocio regulada por la norma general de combinaciones de negocio (NRV 19<sup>a</sup>) en la medida en que no sea más que un vehículo creado por los antiguos propietarios del grupo para la reorganización del mismo. Entonces, este tipo de operaciones caerán bajo el ámbito de las operaciones entre empresas del grupo reguladas por la NRV 21<sup>a</sup>, reconociéndose la transacción según sus valores contables previos.

En el mismo sentido, según el KASB (2013: 33-34), las operaciones de reorganización empresarial mediante las cuales una empresa matriz se reorganiza colocando una nueva empresa en la cima del grupo no se registrarán de acuerdo con las normas de combinaciones de negocio, ni se considerarán por lo tanto, dentro de los casos de combinaciones de negocio bajo control común, a menos que los socios mayoritarios tengan algún tipo de acuerdo contractual. Además, en este tipo de operaciones la nueva sociedad matriz no suele tener actividad por lo que no puede considerarse un negocio a combinar.

En cuanto al concepto de control, según el IASB (2013: 4), también “existen problemas de aplicación en la definición de control común, especialmente cuando el control es ejercido por un grupo de individuos o miembros de una familia”. El KASB (2013) considera que la existencia de un acuerdo contractual es un factor clave a la hora de determinar si existe control común o no, excepto en el caso de grupos familiares. Así, este regulador considera que “grupos de control derivados de relaciones familiares muy cercanas deberían ser considerados como relaciones de control común en función de las circunstancias específicas de cada caso”. Sin embargo, añade que aquellas entidades que comparten un número elevado de accionistas no pueden ser sujetos de control común y, por lo tanto, las combinaciones entre dichas entidades deben caer bajo el ámbito de aplicación general de la NIIF 3.

Como se ha mencionado con anterioridad, la NIIF 3 exige que para que una operación sea considerada bajo control común es necesario que el control no lo sea por un período transitorio. Algunas investigaciones (p.ej. KASB, 2013) advierten del riesgo de que se estructuren operaciones haciendo que durante un breve período de tiempo anterior a la combinación las entidades objeto de transacción se encuentran bajo control conjunto.

## 5. ALTERNATIVAS DE VALORACIÓN Y PRESENTACIÓN EN LAS CUENTAS ANUALES

### 5.1. Criterios de valoración: valor razonable frente a valor contable

La aplicación del método de adquisición en las normas generales de combinaciones de negocio ha sido criticada desde su introducción. Entre las críticas, por ejemplo, las entidades bancarias consideran que valorar a valor de mercado los préstamos concedidos a clientes, que se gestionan con la intención de mantenerlos hasta el vencimiento, provocan incrementos en los importes de los fondos de comercio generados por las fusiones, con unas consecuencias negativas sobre los ratios de capital mínimo de las entidades (Garver, 2011).

Según Bohusova y Svoboda (2009: 23), la aplicación apropiada del método de adquisición en una combinación de negocios requiere que los valores razonables “(i) se basen en información temporalmente apropiada, (ii) generada por fuentes independientes y (iii) usada por miembros del mercado en decisiones de formación de precios”. En el caso de las combinaciones de negocio entre entidades bajo control común, la falta de independencia de las partes involucradas en la transacción puede influir en la formación de los precios de la misma y, por lo tanto, en la generación de diferencias de combinación que no representen la imagen fiel del negocio adquirido.

Frente al método anterior, el método del valor contable (conocido como *predecessor accounting method* según terminología anglosajona) supone el reconocimiento de los activos y pasivos involucrados en la operación de fusión por sus valores contables previos a la operación. Según el KASB (2013) este método supone el reconocimiento de cualquier diferencia entre el valor contable de los activos y pasivos asumidos y el coste de la combinación directamente en patrimonio neto, sin que aparezca ningún nuevo fondo de comercio (o diferencia negativa) como consecuencia de la operación. Así mismo, y a diferencia también del método de adquisición, la baja de cualquier otro activo como forma de pago será registrada a su valor contable, no procediéndose a su ajuste previo a valor razonable, tal y como prescribe el método de adquisición (el Accounting Standards Board –ASB– sudafricano lo especifica en su GRAP 105, párr. 34).

Encontramos algunos partidarios de que esta diferencia reconocida directamente en el patrimonio neto sea “reciclada en la cuenta de pérdidas y ganancias” en el caso en que el adquirente vuelva a transmitir el negocio adquirido a un tercero. Por ejemplo, el antiguo SFAS 38 del IFAS prescribía este tratamiento, aunque finalmente ha sido

modificado para permanecer siempre como reservas (PwC Indonesia, 2013), de forma similar a como las NIC 16 y 38 impiden que las plusvalías de los activos no corrientes se trasladen al resultado del ejercicio en caso de seguir el modelo de revalorización.

La justificación para la utilización del método del valor contable radica en el hecho de que la operación no provoca ninguna alteración en las relaciones económicas dentro del grupo. Otra cuestión sujeta a debate es cuál debe ser el valor contable a considerar para este tipo de operaciones, como se analizará en el siguiente apartado. En este sentido, según PriceWaterhouseCoopers (2011) el método del valor contable (aunque es más fácil de aplicar ya que no requiere de la estimación de los valores razonables) también puede presentar una serie de dificultades: (i) derivadas de que la entidad matriz no elabore estados financieros consolidados; (ii) de que lo haga no cumpliendo con la normativa IFRS; o (iii) en situaciones en las que el control común en última instancia se mantenga por una persona física en lugar de por una sociedad.

Definidas las características de los métodos de adquisición y del valor contable la pregunta que surge es si se puede delimitar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos en unas transacciones como las de combinación bajo control común que pueden presentarse en una gran variedad de escenarios económicos y jurídicos. En este sentido, un número significativo de remitentes al documento de consulta emitido por el EFRAG en 2011, respondieron que el método de adquisición únicamente debería ser de aplicación cuando la transacción tuviera substancia económica. Aunque se reconoce la dificultad para determinar los casos en que tal circunstancia se produce, el EFRAG (2012) resume que esto tiene lugar cuando los intereses de la propiedad han cambiado: “por ejemplo, cuando (i) han entrado nuevos propietarios; (ii) los porcentajes de participación sobre las empresas combinadas se ha modificado; (iii) los intereses minoritarios se han visto alterados; y (iv) el precio de la transacción no se ha fijado a valor razonable” (EFRAG, 2012: párr. 77).

El KASB profundiza en cuáles deben ser los factores a considerar para evaluar si la transacción tiene sustancia económica: “(i) el propósito de la transacción; (ii) la participación de partes externas al grupo en la transacción; (iii) si la transacción se ha llevado a cabo al valor razonable; (iv) las actividades actuales de las empresas envueltas en la transacción; (v) si la transacción va a poner a las entidades afectadas juntas bajo una entidad que no existía antes; (vi) si hay un cambio en los perfiles de riesgo para los acreedores; y (vii) hasta qué punto los flujos de caja de la entidad adquirente van a verse modificados como consecuencia de la transacción” (KASB, 2013: 156).

El tercer método de valoración, aunque con un apoyo limitado, supondría el reconocimiento de los activos y pasivos de todas las sociedades intervinientes en la combinación, a sus respectivos valores razonables. Es lo que en inglés se conoce como *fresh start method* y es en ocasiones defendido para el caso en que la fusión diera lugar a

una nueva entidad. En EE.UU., durante las discusiones posteriores a la publicación del SFAS 141, aunque en número muy reducido, algunos participantes indicaron su preferencia por el *fresh start method* como alternativa al método de adquisición para determinados tipos de fusiones, especialmente aquéllas en las que la identificación del adquirente resulta de mayor dificultad (por ejemplo, en el caso de combinaciones entre empresas mutualistas). No obstante, esta posibilidad se ha descartado tradicionalmente por los excesivos costes de aplicación que supone para los preparadores, especialmente para aquellas entidades que están inmersas de forma recurrente en procesos de combinación de este tipo (FASB, 2007: párr. B66).

No existe consenso acerca de cuáles deben ser los criterios para decidir el uso los tres posibles métodos de valoración en el caso de las transacciones bajo control común cuya variedad, como se ha anticipado, es elevada. El *staff paper* del IASB de 2013 resume las opiniones del EFRAG y del KASB según las cuales deberían ser las diferencias en la composición del accionariado del grupo, en definitiva, la naturaleza de los usuarios de la información financiera, las que determinarían el método a escoger. Bajo este criterio, la elección del método de adquisición cobra más relevancia cuanto mayor sea el porcentaje de socios minoritarios (IASB, 2013: 6).

El KASB (2013: 147), por su parte, sugiere que la clave para decidir acerca del método a escoger se encuentra en entender si la transacción altera la configuración de los flujos de caja futuros del grupo, ya que sólo en ese caso estaría justificado el uso del método de adquisición previsto para el resto de combinaciones de negocio por la NIIF 3. El KASB, por ejemplo, propone el uso del valor contable para operaciones bajo control común tales como fusiones, venta de acciones, transferencias de negocios o escisiones mediante la distribución proporcional de acciones. Por otro lado, plantea el uso del valor razonable para operaciones bajo control común que impliquen la creación de una nueva entidad o la escisión de un negocio mediante la distribución no proporcional a los accionistas (KASB, 2013: 55).

## **5.2. La determinación del valor del negocio adquirido en el método del valor contable**

En el caso de escoger el segundo de los métodos anteriores, el método del valor contable o *predecessor accounting method*, actualmente se debate también acerca de cuál debe ser la fuente de donde tomar el valor contable del negocio adquirido para el registro de la transacción de combinación. Las cuatro alternativas serían las siguientes: (i) el valor contable en los estados financieros individuales de la entidad transmitente; (ii) en las cuentas individuales de la entidad transferida; (iii) en las cuentas consolidadas de la sociedad dominante intermedia del grupo; o (iv) en las cuentas

consolidadas la de la última dominante. La encuesta dirigida por el KASB entre algunos reguladores nacionales y firmas de auditoría, confirma la existencia de diferentes opiniones acerca de este asunto (IASB, 2013: 5).

En España, el R.D. 1159/2010 anticipa en su exposición de motivos que “cuando en la operación no intervenga la empresa dominante, o la dominante de un subgrupo, y su dependiente, las cuentas anuales a considerar a estos efectos serán las del grupo o subgrupo mayor en el que se integren los citados elementos patrimoniales cuya sociedad dominante sea española. En el supuesto de que las citadas cuentas no se formularan, al amparo de cualquiera de los motivos de dispensa previstos en las normas de consolidación o por el hecho de no existir obligación de consolidar, se tomarán los valores existentes antes de realizarse la operación en las cuentas anuales individuales”.

La dificultad de este tratamiento en España proviene de la coexistencia de los principios de las normas internacionales para las cuentas consolidadas cotizadas y de la normativa derivada del Código de Comercio para el resto de estados financieros. Efectivamente, la consulta 21 del BOICAC 85/2011, incide en que los valores contables consolidados a observar para dar cumplimiento a los criterios recogidos en la NRV 21<sup>a</sup> en cuanto al valor del negocio adquirido bajo control común, deberían ser los elaborados conforme a las NOFCAC españolas y no aplicando las normas internacionales de contabilidad. Aunque la exposición de motivos del R.D. 1159/2010 alude a la aplicación del principio de importancia relativa para evitar sobrecostes a los preparadores que hayan elaborado las cuentas consolidadas en base a criterios internacionales, la citada consulta incide en que sólo se podrán utilizar cuentas elaboradas bajo los principios internacionales en aquello que no difiera significativamente de los criterios contenidos en las normas españolas.

Considerando que, a pesar de la vocación de convergencia, existen diferencias relevantes entre las normas internacionales y el PGC español, este tratamiento en España ineludiblemente puede derivar en un sobrecoste para el preparador en el caso de las combinaciones de negocio bajo control común. Es por ello por lo que otros reguladores como el IFAS, por ejemplo, se oponen a esta metodología argumentando las dificultades de su aplicabilidad para los preparadores, y requieren que en la aplicación del método del valor contable los activos y pasivos asumidos en las combinaciones de negocio bajo control común sean registrados a los valores que tuvieran en los estados financieros de la empresa adquirida (PwC Indonesia, 2013: 2).

Otra cuestión relevante que surge en este momento es qué hacer con los posibles fondos de comercio registrados previamente en relación con el negocio que ahora se transmite bajo control común. En la discusión se suele aludir a una práctica permitida bajo los principios americanos para las combinaciones de negocio con carácter general

que constituyen una diferencia significativa con respecto a las normas internacionales al aplicar el método de adquisición. Es el llamado *push down approach* que prescribe el reconocimiento en la entidad adquirida de las variaciones de valoración de sus activos y pasivos a valor razonable así como el posible fondo de comercio surgido de la transacción, contra reservas. Este tratamiento es aplicable tanto si la sociedad adquirida permanece de forma independiente como si se integra dentro del balance de la sociedad adquirente y, evidentemente, no tiene impacto en los estados financieros consolidados.

Los principios estadounidenses prescriben este tratamiento para las combinaciones de negocio stricto sensu en determinados casos, especialmente aquellos en las que se adquiere un control muy significativo de la entidad adquirida, superior al 95%, y se permite opcionalmente su uso cuando el control supera el 80%. El IASB, por su parte, prohíbe este tratamiento.

Aunque este método se ha discutido tradicionalmente para las combinaciones de negocio con carácter general bajo el método de adquisición, también tiene sus implicaciones al analizar el tratamiento de los posibles fondos de comercio previos que hubieran surgido en la adquisición a terceros del negocio que ahora se transfiere entre empresas bajo control común. En esos casos, el llamado *push down approach* considera el posible fondo de comercio que hubiera surgido bajo aquellas circunstancias y que se encuentra registrado en las cuentas consolidadas, como una parte del valor contable del negocio transferido en la aplicación del método del valor contable.

Es decir, siendo los valores a considerar en el método del valor contable aquéllos en los estados financieros consolidados de la entidad matriz que tiene el control común para el cual se preparen estados financieros consolidados, “si la adquirida ha estado bajo control común desde su constitución, estos valores deberían ser los mismos que en sus propios estados financieros. Si fue adquirida previamente en una combinación de negocios, los valores en los estados consolidados deberían ser usados incluyendo el fondo de comercio” que pudiera haberse generado en dicha combinación (KASB, 2013: 35).

### 5.3. Criterios de presentación en las cuentas anuales

Según el IASB (2013: 5), existen también diferentes opiniones acerca de la forma de integración de los resultados de las empresas combinadas. Según el KASB (2013: 35-36), se puede optar por una doble alternativa a la hora de presentar los resultados de las empresas combinadas dentro de los estados consolidados. La primera, conocida como el método de la unión de intereses (o *pooling of interests method* por su denominación en inglés), consiste en la integración de los resultados desde el comienzo

del ejercicio, aunque la combinación se hubiera producido en el transcurso del mismo. Este método es permitido en algunos países (p.ej. Indonesia) y asume que las entidades siempre han estado vinculadas por lo que los resultados del ejercicio de la entidad adquirida serán incluidos íntegramente en los estados financieros consolidados y las cuentas del ejercicio anterior serán reexpresadas.

La segunda alternativa consiste en el reconocimiento de los resultados de la sociedad adquirida únicamente desde la fecha de la transacción sin reexpresar tampoco las cantidades del ejercicio anterior.

## 6. CONCLUSIONES FINALES

El tratamiento contable de los procesos de reorganización empresarial se debate en la actualidad entre dos formas de registro: la valoración de los activos y pasivos adquiridos a su valor razonable (método de adquisición), con el consiguiente reconocimiento del posible fondo de comercio o el ingreso por diferencia negativa, o el registro del negocio adquirido al valor contable que previamente tenía en los estados financieros del grupo (método del valor contable). Según este último método, cualquier diferencia entre el precio pagado y el valor contable reconocido, se registrará directamente en las reservas de la sociedad adquirente.

En nuestra opinión, no todas las reorganizaciones societarias comportan las mismas consecuencias económicas, por lo que el método de adquisición podría ser válido para determinadas operaciones. En efecto, aquellos casos en los que los porcentajes de participación en el accionariado se han visto modificados, con la entrada de nuevos propietarios o con la modificación de los intereses minoritarios, no dudamos de la substancia económica de la transacción y, por lo tanto, de que los valores razonables sigan representando la mejor valoración posible.

Salvo algunas indicaciones contenidas en la NIC 27, la normativa internacional deja en la actualidad esta decisión al criterio de cada preparador lo que, en nuestra opinión, tiene importantes consecuencias. Por un lado, provoca una reducción de la calidad de la información financiera al reducir la comparabilidad para los usuarios y, por otro, tiene implicaciones derivadas del uso de los estados financieros individuales como, por ejemplo, en la definición de la política de dividendos.

En España, aunque la regulación es más precisa para los estados financieros individuales con la publicación de la NRV 21ª en la que se prescribe el uso, con algunas excepciones, del método del valor contable para las transacciones entre empresas del grupo, el debate sigue abierto como lo demuestran las excepciones incluidas en la NRV 21ª y el prolijo número de consultas respondidas por el ICAC.

En nuestra opinión, las reglas establecidas por el PGC y el ICAC constituyen excepciones al método general del valor razonable con la intención de evitar la revaluación de los activos mediante determinadas operaciones entre empresas vinculadas. Para ello, mientras que en el resto de operaciones entre partes vinculadas sigue rigiendo el principio del valor razonable, para las operaciones de aportación de un negocio sin contraprestación monetaria se han introducido en las cuentas individuales los efectos derivados de un concepto de entidad más amplio como es el grupo. Es decir, se han tratado de aplicar principios más propios de las cuentas consolidadas en los estados financieros individuales de las sociedades, únicamente para este tipo de operaciones. Según López y Villanueva (2011), el problema de fondo radica en que en España se han tratado de establecer un conjunto de reglas muy complejas sin haber definido previamente los principios que subyacen a las mismas.

Las investigaciones recientes del EFRAG y del KASB, han supuesto un avance en la definición de los indicadores que distinguen las combinaciones de negocio en general de aquéllas que tienen lugar entre empresas bajo control común. Su aplicación redundaría, por un lado, en un aumento de la percepción de seguridad jurídica por parte de preparadores, usuarios y auditores, en los términos definidos por Molina y Tua (2010) en su estudio sobre las preferencias por los sistemas contables basados en reglas frente a los basados en principios. Aunque el aumento del grado de detalle de la norma podría facilitar la adaptación de las operaciones por parte de los preparadores según sus intereses individuales, consideramos que los indicadores propuestos son suficientemente genéricos como para no incrementar significativamente el riesgo de estructuración de operaciones. Por otro lado, mejoraría la comparabilidad de los estados financieros y, por lo tanto, la utilidad de los mismos para los usuarios.

No obstante, consideramos que la regulación internacional debe seguir avanzando en la definición de los principios generales aplicables a estas transacciones, así como de ejemplos ilustrativos de dichos principios. De acuerdo con Deloitte (2012), en su respuesta al EFRAG, sigue siendo necesario desarrollar una guía basada en principios previamente a la definición de normas específicas sobre las combinaciones de negocio bajo control común.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ACCOUNTING STANDARDS BOARD (ASB), “Accounting Standards Board. Standard on Generally Recognised Accounting Practice. Transfer of Functions between Entities under Common Control (GRAP 105)”, 2010, disponible en <http://oag.treasury.gov.za/Publications/06.%20GRAP/01.%20Standards/02.%20Approved%20and%20not%20effective%20standards/GRAP%20105%20Transfer%20of>

%20Functions%20Between%20Entities%20Under%20Common%20Control%20-%20Original.pdf.

AUSTRALIAN ACCOUNTING STANDARDS BOARD (AASB), “AASB Staff Comments on EFRAG Discussion Paper – Accounting for Business Combinations under Common Control”, 2012, disponible en [http://www.efrag.org/files/BCUCC/Comment\\_Letters/CL\\_3\\_-\\_AASB.pdf](http://www.efrag.org/files/BCUCC/Comment_Letters/CL_3_-_AASB.pdf).

H. BOHUSOVA y P.SVOBODA, “IFRS and US GAAP Convergence in Area of Mergers and Acquisitions”, *Economics and Management*, núm. 14, 2009, pp. 20-41.

J. BOLEA MEROÑO, “Reestructuraciones empresariales en tiempos de crisis”, 2009, disponible en [http://www.garrigues.com/es/publicaciones/articulos/Paginas/articulos\\_12789.aspx](http://www.garrigues.com/es/publicaciones/articulos/Paginas/articulos_12789.aspx).

K. CAMFFERMAN y S. ZEFF (Eds.), *Financial reporting and global capital markets- a history of the international accounting standards committee, 1973-2000*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

L. CAÑIBANO CALVO y F. HERRANZ MARTIN, “Principios versus reglas en las normas contables. La crisis del ladrillo”, *Consejeros*, núm. 80, 2013, pp. 56-62.

L. DE CARLOS BERTRAN, D.I. RIPLEY, A. VENTOSO DEL RINCON y E. BAGARÍA MATEOS, “Procesos de Reorganización Empresarial: Algunas Propuestas de Lege Ferenda”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número especial en homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, pp. 194-198.

DELOITTE, “A Roadmap to Accounting for Business Combinations and Related Topics”, 2009, disponible en [http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedStates/Local%20Content/Articles/AERS/Accounting-Standards-Communications/us\\_assur\\_Business\\_Combinations\\_Roadmap1209.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedStates/Local%20Content/Articles/AERS/Accounting-Standards-Communications/us_assur_Business_Combinations_Roadmap1209.pdf).

DELOITTE, “Comment letter on discussion paper on business combinations under common control”, 2012, disponible en [http://www.iasplus.com/en/publications/global/comment-letters/2012/deloitte-comment-letter-on-discussion-paper-on-business-combinations-under-common-controls/at\\_download/file/dtclcommoncontrol042012.pdf](http://www.iasplus.com/en/publications/global/comment-letters/2012/deloitte-comment-letter-on-discussion-paper-on-business-combinations-under-common-controls/at_download/file/dtclcommoncontrol042012.pdf).

DELOITTE, “IASPlus”, 2013, disponible en <http://www.iasplus.com/en/resources/regional/efrag>.

EUROPEAN FINANCIAL REPORTING ADVISORY GROUP (EFRAG), “Accounting for Business Combinations under Common Control. Discussion Paper”, 2011, disponible en [http://www.efrag.org/files/BCUCC/BCUCC\\_DP.pdf](http://www.efrag.org/files/BCUCC/BCUCC_DP.pdf).

EUROPEAN FINANCIAL REPORTING ADVISORY GROUP (EFRAG), “Accounting for Business Combinations under Common Control. Feedback Statement”, 2012, disponible en

[http://www.efrag.org/files/BCUCC/BCUCC\\_feedback\\_statement\\_final.pdf](http://www.efrag.org/files/BCUCC/BCUCC_feedback_statement_final.pdf).

FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (FASB), “Statement of Financial Accounting Standards No. 141 (revised 2007). Business Combinations”. diciembre 2007, disponible en

<http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175820919432&blobheader=application%2Fpdf>.

GRANT THORNTON, “Technical Accounting Alert. Common control business combinations”, 2010, disponible en

[http://www.grantthornton.com.au/files/ta\\_alert\\_2010-02\\_common\\_control\\_business\\_combinations.pdf](http://www.grantthornton.com.au/files/ta_alert_2010-02_common_control_business_combinations.pdf).

R. GARVER, “AM&A Resurgence? Not so fast”, *US Banker*, febrero 2011, pp. 12-13.

M. HAMBERG, M. PAANANEN y J. NOVAK, “The Adoption of IFRS 3: The Effects of Managerial Discretion and Stock Market Reactions”, *European Accounting Review*, núm. 20 (2), 2011, pp. 263-288.

IASEMINARS, “Business Combinations Under Common Control”, 2013, disponible en

[http://www.iaseminars.com/latest/134\\_business\\_combinations\\_under\\_common\\_control](http://www.iaseminars.com/latest/134_business_combinations_under_common_control).

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB), “12 December 2007 Board Meeting Information for Observers”, 2007, disponible en <http://www.ifrs.org/Current-Projects/IASB-Projects/Common-Control-Transactions/Meeting-Summaries-and-Observer-Notes/Documents/AP0712b05cobs.pdf>.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB), “Business combinations under common control. Research project status update. Staff Paper, IASB Meeting”, 2013, disponible en

<http://www.ifrs.org/Meetings/MeetingDocs/IASB/2013/September/14-Business%20combinations%20under%20common%20control.pdf>.

KOREAN ACCOUNTING STANDARDS BOARD (KASB), “Research report No 33. Critical Perspectives in Accounting for Business Combinations Under Common Control”, 2013, disponible en [www.kasb.or.kr](http://www.kasb.or.kr).

KPMG International, "Accounting outlook. October 2012", 2012, disponible en <http://www.kpmg.com/ID/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Accounting-Outlook-October-2012.pdf>.

S. LOPEZ MAGALLON y E. VILLANUEVA, "Modificaciones en las Normas para la formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas y primera reforma del Plan General de Contabilidad y del Plan General de Contabilidad para Pequeñas y Medianas Empresas (I)", 2011, *Revista Auditores*, núm. 16, p. 46.

J. MARTINEZ NARRO y A. VALLAURE FERNANDEZ, "La nueva regulación contable de las operaciones entre empresas del grupo", *Estrategia financiera*, núm. 245, 2007, pp. 63-68.

H. MOLINA SANCHEZ y J. TUA PEREDA, "Reglas versus principios contables, ¿son modelos compatibles?", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 39 (146), 2010, pp. 259-287.

PRICEWATERHOUSECOOPERS AUSTRALIA, "Accounting for group reorganizations - Understanding business combinations under common control", 2010, disponible en <http://www.pwc.com.au/assurance/ifrs/assets/guidance-accounting-standards/back-to-basics/Back-to-Basics-Control-Jan12.pdf>.

PRICEWATERHOUSECOOPERS INDONESIA, "A Practical Guide to New IFAS for 2013", 2013, disponible en <https://www.pwc.com/id/en/publications/assets/practical-guide-to-new-psaks-for-2013.pdf>.

J. TUA PEREDA, "Ante la reforma de nuestro ordenamiento: nuevas formas, nuevos conceptos. Un ensayo", *Revista de Contabilidad-Spanish Accounting Review*, núm. 9 (18), 2006, pp. 145-175.

J. TUA PEREDA, "Contabilidad y Desarrollo Económico. El papel de los Modelos Contables de Predicción. Especial referencia a las NIC's", Ponencia presentada en el Simposio "Análisis y propuestas creativas ante los retos del nuevo entorno empresarial", *Universidad ICESI y Revista Estudios Gerenciales*, 2009, disponible en [http://www.elcriterio.com/revista/ajoica/contenidos\\_4/contabilidad\\_y\\_desarrollo\\_cali\\_09.pdf](http://www.elcriterio.com/revista/ajoica/contenidos_4/contabilidad_y_desarrollo_cali_09.pdf).

Rafael Bautista Mesa  
Profesor en Universidad Loyola Andalucía  
rbautista@uloyola.es

# LA REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS AL AMPARO DE LA REFORMA LABORAL-2012: CONSECUENCIAS SOBRE LA CULTURA ORGANIZACIONAL

ANTONIO ARIZA-MONTES <sup>(\*)</sup>, ANTONIO G. LEAL-MILLÁN <sup>(\*\*)</sup>

Y ANTONIO L. LEAL-RODRÍGUEZ <sup>(\*\*\*)</sup>

*(\*) Profesor Titular de Área, Universidad Loyola Andalucía,*

*(\*\*) Catedrático, Universidad de Sevilla,*

*(\*\*\*) Investigador, Universidad Loyola Andalucía*

Fecha de recepción: 18-10-2013

Fecha de aceptación: 11-11-2013

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: LA CULTURA ORGANIZACIONAL EN UN CONTEXTO DE CRISIS. 2. LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL AL AMPARO DE LA REFORMA LABORAL DE 2012. 3. CONSECUENCIAS IMPREVISTAS DEL AJUSTE DE PLANTILLAS: EL DETERIORO DE LA CULTURA ORGANIZACIONAL. 4. LA INFLUENCIA DE LA REFORMA LABORAL SEGÚN LA TIPOLOGÍA DE CULTURA ORGANIZACIONAL. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La situación de crisis por la que atraviesa Europa desde hace años ha provocado un aumento considerable de los procesos de reestructuración empresarial, muchos de los cuales implican un redimensionamiento de plantillas al amparo de las nuevas oportunidades que ofrece la reforma laboral de 2012. Todo proceso de reestructuración perturba el sistema de valores asentado en el seno de la organización y, por consiguiente, provoca efectos telúricos sobre los cimientos que basamentan la cultura organizacional. Precisamente, en este trabajo se pone de manifiesto que las facilidades que ofrece la reforma laboral para acometer procesos de reestructuración y redimensionamiento de plantillas provoca consecuencias directas sobre los valores en los que se sustenta la cultura organizativa, afectando así a la posibilidad de aplicar ciertas prácticas orientadas al desarrollo de los recursos humanos en la empresa.

**ABSTRACT:** The crisis situation that Europe is facing since several years ago has resulted in a significant increase in corporate restructuring processes, many of which imply downsizing. This is being accomplished under cover of the new opportunities provided by the 2012 labor reform. Every restructuring process disrupts the system of values within the organization and therefore causes telluric effects on the foundations that shape organizational culture. Precisely, this work reveals that the facilities the labor reform offers to undertake restructuring and downsizing processes it provokes direct consequences on the values that sustain the organizational culture, and hence, affect to the possibility of applying certain practices oriented to the development of the human resources within the company.

**PALABRAS CLAVE:** reforma laboral, valores, cultura organizativa, reestructuración.

**KEYWORDS:** labor reform, values, organizational culture, restructuring process.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA CULTURA ORGANIZACIONAL EN UN CONTEXTO DE CRISIS

La situación de crisis por la que atraviesa Europa desde hace años ha provocado un aumento considerable de los procesos de reestructuración empresarial, muchos de los cuales implican un redimensionamiento de plantillas al amparo de las nuevas oportunidades que ofrece la reforma laboral de 2012<sup>1</sup>. A diferencia de otros países, el ajuste del mercado de trabajo en España durante la crisis se ha materializado vía la extinción masiva de los contratos de naturaleza temporal y por el recurso al despido, anteponiendo estas medidas a otras de consecuencias menos punzantes como podría ser la reducción de jornada. A modo de ejemplo se pueden aportar algunos datos acerca de la tramitación de expedientes de regulación de empleo en España. De este modo, según el Ministerio de Empleo, en 2012 se autorizaron 33.075 EREs, lo que supone un 56,3% más que en el año anterior. La última reforma laboral, lejos de resolver el problema, ha impulsado algunas cifras al alza. Así, los expedientes autorizados “por aplicación de medidas económicas”, es decir, por motivos como prevenir posibles pérdidas, pasaron de 5.971 en 2011 a 15.807 en 2012, un aumento del 163%.

Estas cifras ponen de relieve que la reforma laboral operada por Real Decreto-Ley 3/2012 y ratificada por la Ley 3/2012 es indudablemente controvertida, resultando complicado evaluar la dimensión de su repercusión futura en el derecho del trabajo que se ha venido utilizando durante los últimos veinte años. De modo incuestionable, parece peliagudo no aproximarse a dicha reforma sin hacer alguna reflexión de tipo político o de oportunidad, comentarios que irían desde la timidez de la misma, ya que para algunos se ha quedado bien corta, hasta asegurar que constituye el mayor ataque a los derechos de los trabajadores y al escenario de relaciones laborales vigente en este país.

Con reforma o sin ella, todo proceso de reestructuración, en general, y más aún si este afecta a las condiciones laborales de los empleados, en particular, perturba el sistema de valores asentado en el seno de la organización y, por consiguiente, provoca efectos telúricos sobre los cimientos que basamentan la cultura organizacional. Hablar de cultura organizacional en un contexto de cambio traumático resulta sumamente complejo, debido sobre todo al carácter idiosincrático de cada organización (Ribes,

---

<sup>1</sup> Según Media Responsable (2009), la formación, junto con la reestructuración de plantillas son los ámbitos de gestión que más afectados se están viendo en España como consecuencia de la última crisis económico-financiera y productiva que empieza en 2008.

(2012). Así, organizaciones que a simple vista parecen similares, pueden variar de forma significativa en cuanto a su estructura de valores subyacentes (Chatman, 1989), ya que las empresas proyectan las personalidades únicas y las experiencias intransferibles de aquellos que trabajan en ellas (Pettigrew, 1979; Schein, 1983), reflejando parcialmente las circunstancias únicas de su creación (Pettigrew, 1979) y las personalidades de sus fundadores (Schein, 1983).

## **2. LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL AL AMPARO DE LA REFORMA LABORAL DE 2012**

En tiempos de incertidumbre las empresas demandan a sus empleados cada vez mayor compromiso organizativo, implicación emocional, lealtad institucional, etc. (Lucía et al., 2012). Pero a cambio, algunas de ellas sólo ofrecen inestabilidad, precariedad, desconfianza... Parece poco probable que se atiendan con diligencia y buena disposición de ánimo estas demandas cuando se ha firmado un “contrato basura”, o cuando se trabajan incontables horas en la economía sumergida a cambio de un salario paupérrimo. Para recoger hay que sembrar. Desde la perspectiva de la teoría del intercambio los empleados responderán con un cierto grado de compromiso a las condiciones que ofrecen las empresas, generándose así un ambiente que contribuye a moldear la cultura organizativa predominante en la organización.

Los procesos de reestructuración empresarial, sobre todo aquellos que derivan en adelgazamientos de plantillas, alteran este equilibrio inestable, con independencia de cuáles sean los motivos que justifican su implantación: decisiones de externalización, deslocalización industrial, modificación de las condiciones laborales (flexibilidad, salarios...) o cambios en los procesos de negocio, por ejemplo, como consecuencia de la implementación de nuevas tecnologías. Desde este punto de vista se configura en un pilar crítico de la política de personal, al constituir uno de los mayores retos que deben afrontar los gestores organizativos (Wilkowska, 2003), dadas sus consecuencias inmediatas tanto a nivel interno como externo (Marr y García, 1997).

La reestructuración de plantillas no siempre finaliza en despidos traumáticos, sino que también puede materializarse a través de reasignaciones de personas a puestos con el propósito de racionalizar los procesos y actividades organizacionales (Freeman, 1994). Según Claver y Fernández (2006) existen dos estrategias básicas de reestructuración de plantillas: una estrategia de recorte y otra de reorganización o rediseño. La primera se fundamenta en una reducción intencionada del número de empleados, que va más allá de la mera disminución del volumen de empleo por causas naturales. La segunda se basa en la reconfiguración funcional y organizativa de la empresa, es decir, la reasignación de personas a puestos para un mejor ajuste persona-

puesto. Sobre este asunto, un estudio realizado por el IESE (2002) pone de relieve que las prácticas más utilizadas en las empresas españolas para acometer procesos de reestructuración son, por este orden, las prejubilaciones, las bajas incentivadas, la movilidad funcional, la recolocación, los contratos flexibles, los contratos temporales y los contratos de relevo.

Sin duda, la reciente reforma laboral ha allanado el camino a los procesos de reestructuración de plantillas fundamentados en la modificación de las condiciones laborales. El cambio sustancial en las cláusulas pactadas provoca un efecto directo sobre el estado emocional del empleado, alterando los parámetros éticos y morales sobre los que cimentaba su relación de intercambio con la empresa. Como señala Simón del Burgo (1999), los empleados de toda empresa firman un contrato doble: uno formal, escrito y rubricado, y otro conocido como contrato psicológico, que es el que regula las relaciones emotivas ente la empresa y el trabajador, recogiendo cuáles son las expectativas de este con respecto a su trabajo y la organización que se lo proporciona. Los procesos de reestructuración empresarial quiebran las cláusulas del contrato psicológico, al introducirse nuevos valores y nuevas formas de hacer las cosas. Esta ruptura suele venir acompañada de resistencia al cambio y actitudes de desconfianza, tensión y hostilidad.

Las posibilidades que ofrece la reforma laboral en este sentido son amplias, aunque casi todas apelan al concepto de flexiseguridad, también conocido como el “modelo laboral danés”. La esencia de este modelo implica una nueva forma de concebir las relaciones entre trabajadores y empresarios donde se obtenga mayor flexibilidad para todos (empresa y trabajador) y mayor seguridad para todos (empresa y trabajador): «La reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos». La música suena bien, pero la efectividad de la letra del discurso quizás desafine más de la cuenta, debido a que las medidas incluidas en las reformas de 2010 y 2012, especialmente esta última, se orientan claramente hacia la flexibilidad y muy poco a la seguridad (Alujas y Barbancho, 2013). La paradoja radica en recurrir a incrementar la flexibilidad de salida a través del abaratamiento de los costes del despido, para lograr mayor estabilidad en el empleo (Toscani, 2012). La eficacia del modelo flexiseguro depende en última instancia de la existencia de una sólida base de confianza entre empresarios y trabajadores. Más aún tras la importante novedad que introduce la reforma laboral, según la cual el desajuste entre las competencias personales del empleado y las exigencias del puesto de trabajo puede conducir a la extinción del contrato por causas objetivas, fundamentándose

precisamente en la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas ocurridas en su puesto de trabajo, siempre y cuando dichos cambios sean razonables (letra b del art. 52 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). A pesar de que el modelo está produciendo buenos resultados en algunos países europeos la pregunta que cabría hacerse es: ¿realmente resulta coherente con las características del mercado de trabajo español y con una cultura donde está más que enraizada la búsqueda de un trabajo de por vida que garantice la seguridad y la estabilidad a largo plazo?

Los períodos de crisis económica no vienen solos. Suelen acompañarse de una profunda crisis de valores, al aceptarse y justificarse conductas y actitudes inadmisibles en tiempos de bonanza. Apelando a la necesidad de adaptarse a la situación, las empresas recurren a las extinciones contractuales o, de forma menos traumática, a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuyas exigencias y trámites legales vienen establecidos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Estas condiciones hacen referencia a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial, al sistema de trabajo y rendimiento y a las funciones que desempeña el trabajador, siempre y cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley. La modificación de estas condiciones se justifica en la obligación de armonizar la dimensión de la plantilla con las necesidades productivas de la empresa. Algunas de las herramientas a disposición de la empresa para aumentar la flexibilidad que han ganado protagonismo tras la reforma laboral de 2012 se resumen a continuación.

La *flexibilidad funcional* persigue que los empleados puedan realizar tareas multifuncionales, facilitando así la aplicación de prácticas como el trabajo en equipo o la rotación de tareas. Con anterioridad a la reforma de 2012, la categoría laboral constituía uno de los elementos básicos del contrato de trabajo, al definir cuál es el contenido del mismo y la posición del trabajador en la empresa, en un conjunto relativamente pequeño de tareas y responsabilidades con respecto a categorías inferiores y superiores, aunque fuesen del mismo grupo. La reforma establece ahora que por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional, fijándose como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Con la nueva clasificación en grupos profesionales, al ser mayor el conjunto en el que se encuadra al trabajador, la rigidez se ve diluida, aumentando la polivalencia que directamente puede exigir el empresario, ya que no habrá amparo en la movilidad funcional encuadrable en el artículo 39 del

Estatuto de los Trabajadores el pasar a hacer otras funciones de las inicialmente pactadas siempre y cuando pertenezcan al mismo grupo.

*Aumento del peso de la negociación individual frente a la colectiva.* Con la reforma laboral la negociación colectiva pierde fuelle respecto a la negociación individual, ya que “las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”. En el día a día esto significa que el empresario puede modificar las condiciones de trabajo respecto a horario, jornada laboral, sistema de turnos, política de remuneración, funciones a realizar... Esta modificación supone una herramienta de gran utilidad a las empresas que piensen realizar una reestructuración profunda.

Otro instrumento a disposición de los gestores organizativos para poner en marcha procesos de reestructuración empresarial es la conversión de contratos a tiempo completo en *contratos a tiempo parcial*. El Real Decreto 3/2012 considera el trabajo a tiempo parcial –tanto en su configuración más conocida (en la que se trabaja un porcentaje de la jornada habitual) como en la menos utilizada (donde se contrata por un número de horas inferior al de la jornada anual y estas se distribuyen de forma irregular durante el año según las necesidades de la empresa)– un mecanismo relevante en la organización flexible del trabajo, tanto para el ajuste de las necesidades de fuerza de trabajo de la empresa, como en la adaptación del tiempo de trabajo a las demandas profesionales y personales de los trabajadores, a la vez que representa una fórmula eficaz de redistribución del empleo. La nueva redacción concede al empresario mayor flexibilidad para organizar la fuerza de trabajo, ya que permite prolongar de forma inmediata la jornada de un trabajador temporal cuando en la norma anterior sólo se permitía ampliar la jornada a tiempo parcial en el caso de que el contrato fuera de duración indefinida y se hubiera formalizado un pacto expreso con el empresario: las denominadas horas complementarias.

Otra medida de flexibilidad a disposición de la empresa que se fomenta con la reforma laboral es el *teletrabajo o trabajo a distancia*, dando mayor contenido al colectivo de trabajadores que, de forma total o preponderante, prestan sus servicios en el propio domicilio o en el lugar libremente escogido por ellos<sup>2</sup>. A efectos

---

<sup>2</sup> A pesar de la limitada penetración del teletrabajo en España, algunas compañías como Repsol están convencidas de las bondades de esta práctica para conseguir una empresa cada vez más competitiva, moderna, flexible y adaptada a las nuevas necesidades y estilos de vida de las sociedades en las que opera. En este sentido, el Programa de Teletrabajo iniciado en la Compañía en el año 2008 ha permitido que en junio de 2012 el número de teletrabajadores de Repsol ya supere las 800 personas solo en España, al mismo tiempo que se ha impulsado una evolución de la cultura presencial a un estilo de trabajo basado en

organizativos, el teletrabajo presenta ventajas como el ahorro de costes para la empresa y de tiempo y dinero para el trabajador, menor estrés, mayor flexibilidad, etc.; pero también conlleva una serie de inconvenientes que se traducen en mayor precariedad laboral, dificultad para el desempeño del trabajo y un posible empobrecimiento personal al desvincularse en parte el trabajador de la empresa, produciéndose una desconexión de su realidad social (Ariza, 2002). Con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, se introducen cambios en la regulación del teletrabajo, incorporando nuevos derechos y obligaciones para equiparar a los empleados que ejercen su actividad laboral en su domicilio con los que lo hacen en el seno de la empresa. En concreto, la Ley modifica el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, que hasta ahora se denominaba “contrato de trabajo a domicilio” y en el texto actual pasa a llamarse “trabajo a distancia”. La nueva redacción concreta algunos aspectos, asegurándose que los trabajadores a distancia tendrán idénticos derechos a aquellos compañeros que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones. Lo que seguro que no logrará ningún cambio normativo es solidificar el grado de vinculación emocional del teletrabajador, cuyo diluido contacto con la realidad empresarial, y con el ambiente social que se respira entre los compañeros de trabajo, necesariamente ha de afectar a su escala de valores en comparación con la de los empleados a tiempo completo que prestan sus servicios en las propias instalaciones de la empresa.

Además de la flexibilidad funcional a la que se ha hecho referencia en párrafos anteriores, la reforma laboral también facilita la flexibilidad numérica al introducir cambios sustanciales en relación con la contratación que afectan tanto a la política de *adquisición* como de *eliminación* de competencias. Respecto a la adquisición de competencias, la reforma laboral permite a los gestores de recursos humanos inmersos en un proceso de reestructuración la deslocalización del empleo, sustituyendo a trabajadores estrechamente vinculados con la empresa por otros ligados contractualmente de un modo más débil gracias a las nuevas posibilidades que ofrece la normativa en cuanto a los contratos para la formación y el aprendizaje y, entre otras cosas, el reforzado papel de las empresas de trabajo temporal como agentes de intermediación laboral. Por lo que respecta a las ETTs, la reforma laboral refuerza el

---

el compromiso, orientado a la eficiencia y a los objetivos (Repsol, 2012). Al mismo tiempo, otras compañías como Telefónica han realizado movimientos recientes en sentido contrario. La operadora ha reducido el número de teletrabajadores en el seno de la compañía en más de un 62%, de tal modo que en 2013 el grupo de empleados de Telefónica España que trabaja desde casa ronda los 700 frente a los 1.866 que había registrados a finales de 2012.

papel de estas al adquirir mayor protagonismo en la intermediación laboral dado que se les atribuye funciones de intermediación y recolocación, lo que supone que en la práctica actúen como agencias de colocación. El “intercambio de cromos” planteado en este párrafo resulta ahora más sencillo porque el texto de la reforma laboral reduce las barreras legales para el ajuste de plantillas en función de las circunstancias empresariales, tanto por la relajación de los requisitos exigidos como por su efecto sobre el coste de tales decisiones.

En esa búsqueda del santo grial que la reforma laboral denomina flexiseguridad también se ven afectados algunos aspectos de la política de *compensación y beneficios*, materias que como se puede inferir provocan efectos inmediatos sobre el empleado, sobre sus expectativas y sobre los valores que sustentan su conducta diaria. Dos de los aspectos más controvertidos en este sentido son las cláusulas de descuelgue salarial y los salarios de tramitación. La cláusula de descuelgue salarial establece expresamente que los salarios de los trabajadores se pueden ajustar cuando afecten “de manera sensible” a los balances de la empresa. Con esta herramienta a su disposición, las empresas con pérdidas podrían reducir el salario de la plantilla, incluso por debajo de lo estipulado en el convenio de empresa, en vez de recurrir al expediente de regulación de empleo. Otro ámbito de la política de compensación que otorga mayor flexibilidad a la empresa es la eliminación de los salarios de tramitación. Tal y como se indicó anteriormente, con el soporte regulador de las relaciones de trabajo que existía previamente, muchas empresas utilizaban el “despido exprés” como una fórmula rápida para despedir a un empleado y evitar así el coste de los salarios de tramitación. La empresa alegaba alguna causa disciplinaria para despedir al afectado y, acto seguido, reconocía la improcedencia del despido, procediendo al abono de la indemnización de 45 días por año de trabajo. Con tal argucia, en caso de una posterior impugnación del despido por una sentencia favorable al trabajador, la empresa se ahorra los salarios de tramitación generados desde el despido hasta el fallo definitivo. Con la nueva Ley no se devengan salarios de tramitación por el período transcurrido entre el despido y la sentencia. En el caso de que el despido sea declarado improcedente la empresa sólo está obligada a abonar la indemnización correspondiente, pero no dichos salarios. La única excepción a esta norma se produce cuando la empresa opte por la readmisión del trabajador tras una sentencia de despido improcedente, o cuando el despedido sea un representante legal de los trabajadores. En este último caso, la opción última corresponde al trabajador, devengándose salarios de tramitación tanto si opta por la readmisión como si lo hace por la indemnización.

Pese a los mensajes bienintencionados acerca de la importancia del capital humano para el éxito organizacional –que en muchos casos sólo obedecen a una retórica discursiva adaptada a los tiempos que corren– lo cierto es que la reforma

laboral concede al empresario un margen de maniobra mucho más vasto que le permite, si así lo desea, modificar condiciones laborales tan sensibles como el tipo de contrato, la dedicación, la movilidad funcional, el salario, etc. Para los trabajadores, esta metamorfosis del ecosistema laboral implica una modificación substancial en la manera de percibir el trabajo y el significado del mismo, afectando significativamente al conjunto de normas, valores y pautas de conducta que, de manera formal o informal, determinan gran parte del comportamiento de los individuos en la empresa. Por agregación, esta alteración del sistema de valores individual generará un efecto inmediato sobre la cultura organizacional.

### **3. CONSECUENCIAS IMPREVISTAS DEL AJUSTE DE PLANTILLAS: EL DETERIORO DE LA CULTURA ORGANIZACIONAL**

Desde un enfoque humanístico, la relación directa entre las condiciones laborales y las actitudes individuales concede mayor protagonismo a las personas y a los grupos sociales, relegando a un segundo plano los factores técnicos y formales en favor de los aspectos de naturaleza más psicológica y sociológica. El punto de partida para la comprensión de las teorías de la organización orientadas a las relaciones humanas –y por tanto con enfoque social– pueden situarse en las explicaciones estructurales formuladas por autores como Taylor o Weber. En el intento de aplicar estos enfoques a la realidad, se produjo un conflicto entre las expectativas suscitadas y las limitaciones que encerraban dichas teorías estructurales. Las inadecuaciones e insuficiencias que se detectaron condujeron a intentos de superarlas, y es en este contexto donde surge la Escuela de Relaciones Humanas, un paradigma que destaca la importancia capital del grupo de trabajo –informal– en todo lo referente a niveles de productividad, con un funcionamiento situado al margen de los reglamentos oficiales y de los incentivos formales. Entre los continuadores de la Escuela de Relaciones Humanas aparece en la década de los cincuenta la denominada Escuela del Comportamiento Humano en las organizaciones –Simon, Barnard, Likert, Argyris– o el Enfoque Antropológico en los ochenta –Schein, Ouchi, Hofstede–, que subrayan la trascendencia de las creencias compartidas por los miembros para el éxito organizativo. Todas estas teorías, explícita o implícitamente, adoptan como hipótesis prescriptiva la necesidad de alcanzar un cierto nivel de congruencia entre la estructura organizativa y las necesidades psicológicas de los empleados. Un tema fundamental que subyace bajo esta hipótesis es la importancia de gestionar de manera proactiva la cultura organizacional, un asunto de engorrosa argamasa cuando la organización acomete reestructuraciones de plantillas que finalizan en un empobrecimiento de las condiciones laborales de los trabajadores.

En las empresas -como en cualquier construcción social- pueden apreciarse formas de percepción de determinados valores que se convierten en costumbres informalizadas. De manera más o menos acentuada se establecen diferencias respecto a otras organizaciones en la forma de pensar y de comportarse de sus miembros. Esta circunstancia se refleja en expresiones tales como *en esta organización se hace así*, y permite apreciar que el que opina de esta forma está reflejando una conducta, en cierta medida, asumida y generalizada. Este conjunto de hechos se concreta a comienzos de los ochenta en torno al concepto de *cultura organizativa*, situándose como centro de atención, tanto para la ciencia sociológica como para la propia praxis empresarial. Posteriormente, la cultura organizativa empieza a relacionarse con los activos tangibles e intangibles, llegando ésta a ser el punto de cohesión de los intangibles, tal y cómo propone Leal (1991), al definir la cultura organizacional como el conjunto de creencias, expectativas y principios fundamentales o básicos, compartidos por los miembros de una organización. Estas creencias y expectativas producen reglas de conducta (normas) que configuran poderosamente la conducta de los individuos y grupos de la organización, y de esta forma la diferencia de otras organizaciones.

Aunque la cultura organizacional es un concepto complejo que presenta diversidad de significados, los investigadores sobre este tema suelen coincidir en que la cultura organizativa es algo fundamentalmente intangible, y a menudo difícilmente descifrable a primera vista. Se trata de una realidad tipo iceberg, donde lo que se manifiesta por encima de la superficie es una porción minúscula del conjunto, un todo integrado por componentes mucho más profundos. De este modo, en un primer nivel de análisis se hallan las manifestaciones culturales, el conjunto de elementos que presentan un mayor grado de visibilidad y son asumidos de forma consciente por los miembros de la organización (Sathe, 1983; Schein, 1988). Siguiendo a Dyer (1985), son los aspectos más tangibles de la cultura, lo que una persona oye, ve y siente cuando contacta inicialmente con una organización: símbolos, ritos, personalidad del equipo directivo, el estilo de comunicación interna y externa... En el nivel intermedio se situarían los elementos intangibles que subyacen en las manifestaciones externas (ideales, objetivos, visión...) y que inicialmente son individuales, pero que mediante un proceso de aprendizaje pasan a formar parte del grupo como un valor cultural; por ejemplo, los mitos que recuerdan sucesos importantes o el clima organizacional. Finalmente, la base del iceberg estaría formada en su nivel nuclear y más profundo por los valores, o aquello que la organización considera que está bien o está mal y que se extiende a los diversos ámbitos organizativos, tanto internos como externos. Estos valores van calando gradualmente en el subconsciente hasta convertirse en presunciones o creencias firmemente asentadas en los miembros del grupo, convirtiéndose en costumbres y modos de hacer inconscientes y automáticos.

Desde este punto de análisis hay que hacer notar que, en más ocasiones de lo que resultaría deseable, los responsables que acometen procesos de reestructuración de plantillas concentran sus energías en los *hard factors* (redefinición de funciones y responsabilidades, cambios en los procedimientos operativos, etc.), relegando a un segundo plano, cuando no obviando por completo, los *soft factors* que erosionan directamente el nivel nuclear de la cultura organizacional. Según Montealegre y Calderón (2007), cuando una empresa tiene que enfrentar una situación de crisis que alienta la necesidad de cambio, éste generalmente comienza por la redefinición del direccionamiento estratégico, afectando con ello la estructura organizativa, los procesos y los procedimientos, lo que en esencia trasciende hasta afectar los valores básicos, las creencias, los hábitos y el sistema de significados, esto es, la cultura de la empresa. Estos elementos que conforman la ética organizativa —es decir, una forma de pensar y actuar tanto de manera individual como grupal—, deben ser considerados con extrema sensibilidad en todo proceso de reestructuración, pues son tan reales como los elementos tangibles y deben estar sujetos a una gestión y control. Esta recomendación llega al extremo de que muchos procesos de reestructuración, viables desde el punto de vista financiero, fracasen por no haber cuidado el desarrollo del sistema social, es decir, por haberse despreocupado de los aspectos humanos relativos a la cultura organizacional, concentrando prácticamente la totalidad de los esfuerzos en la planificación estratégica y financiera del proceso de ajuste de personal.

No se puede olvidar que todo proceso de reestructuración supone cambios profundos en las estructuras organizativas. La intensidad de estos cambios determina la necesidad e intervención para facilitar el proceso de adaptación a las nuevas circunstancias. ¿Pero existe alguien tan ingenuo como para creer que un trabajador puede acomodarse a la pérdida de estabilidad o seguridad laboral, al cambio de dedicación o a una reducción salarial sin más, sin que ello repercuta en sus valores y actitudes personales y, por ende, en su posicionamiento individual con respecto a la empresa? Ni mucho menos, los problemas culturales que se derivan de la reestructuración pueden dar lugar a descensos de la productividad originados por la desmotivación de los empleados, por el aumento del absentismo o por la rotación de empleados clave.

En este sentido hay que tener muy presente que los efectos perniciosos no se circunscriben a los afectados directamente, sino que también afligen a los empleados que continúan trabajando en la organización. En referencia a uno de los procesos de reestructuración más extremos, la fusión y adquisición de empresas, Schweiger, Ivancevich y Power (1987) identifican cuáles son las principales preocupaciones que surgen entre los trabajadores afectados, contribuyendo de forma determinante a moldear una nueva cultura organizacional. La más importante de todas ellas es la

reducción de la sensación de seguridad, una inquietud que deriva en obsesión y en la necesidad de protegerse a toda costa de los cambios, ya que piensan que estos van a perjudicarles. Nada vuelve a ser igual, ni siquiera para los trabajadores que no han resultado damnificados por las medidas y tienen la fortuna de permanecer en la empresa. Estos empleados suelen padecer lo que se conoce como el síndrome del superviviente, convulsionándose en su ánimo una bruma de resentimiento y rechazo hacia la organización. De este modo, tal y como indican Muñoz y Sánchez (2009), en lugar de fomentarse la competitividad empresarial, lo que se puede originar es una erosión del resultado. Estos autores apuntan al estrés como una de las experiencias más comunes a las que deben enfrentarse los supervivientes, un estrés derivado del sentimiento de culpa, de injusticia y de inseguridad. En determinadas ocasiones, el estrés puede incluso acentuarse si los trabajadores perciben que su carga de trabajo va a verse incrementada, o si se producen modificaciones importantes respecto a las condiciones previas al ajuste del empleo (por ejemplo, un cambio en sus responsabilidades). Todo ello puede venir acompañado de actitudes de desconfianza, de falta de motivación o de baja moral causadas por la incertidumbre, así como de preocupación por la posibilidad de recortes futuros de los que el trabajador no salga indemne. En definitiva, el panorama laboral de los supervivientes se descompone de tal modo que estos ven peligrar su concepción de un empleo estable y de un entorno de trabajo favorable, lo cual es posible que desemboque en un situación peyorativa (Armstrong-Stassen, 1998; Sahdev, 2003).

Este clima de inseguridad –facilitado por las oportunidades que ofrece la reforma laboral de 2012– constituye un paso atrás en los modelos de gestión más actuales, ya que la organización se verá obligada a retroceder desde el paradigma basado en el desarrollo individual propio de la postmodernidad, hacia el paradigma previo de la modernidad cimentado sobre el control del trabajador (ver Cuadro 1).

Cuadro 1. Visión moderna y postmoderna de la delegación de autoridad

Valores	Paradigma de la modernidad: CONTROL	Paradigma de la postmodernidad: DESARROLLO
<b>Control</b>	Supervisión orientada a corregir desviaciones de la norma	Supervisión orientada a facilitar el autocontrol, autonomía y responsabilidad
<b>Apoyo</b>	Ayudar a disimular errores y alabar falsamente ideas de otros	Ayudar en la ejecución de ideas y aprender de los errores
<b>Integridad</b>	Intransigencia ante las creencias propias. Ceder jamás	Disposición a modificar cuando se cree estar equivocado o hay posibilidades de mejorar
<b>Respeto</b>	Acatar los razonamientos de otros sin discutirlos, sobre todo si son jefes	Confiar en que todos tenemos interés y capacidad de aprender (incluso los jefes)
<b>Seguridad en uno mismo</b>	Mostrar capacidad para ganar, persuadir y firmeza, sobre todo con subordinados	Mostrar capacidad para afirmar y someter a juicio los criterios. Ser vulnerable sin sentirse intimidado

Fuente: García y Dolan (1997) y Díaz (2005).

Precisamente, tal y como se verá en el apartado siguiente, la mayoría de los arquetipos culturales que existen en la bibliografía científica establecen modelos que se diferencian por el grado de restricción individual (o de autonomía) que imponen (o que conceden) a sus miembros. Tras el redimensionamiento de la plantilla se producirá un cambio de paradigma –que virará desde la confianza hacia el control– donde la única forma viable de gestión consistirá en funcionar a partir de un sistema de reglas, procedimientos y estructuras orientadas a tratar de garantizar la eficiencia, circunstancia que difícilmente se logrará sin la plena entrega y compromiso de los empleados que permanecen en la empresa.

#### **4. LA INFLUENCIA DE LA REFORMA LABORAL SEGÚN LA TIPOLOGÍA DE CULTURA ORGANIZACIONAL**

Schein (1985) define la cultura organizacional como un modelo de creencias y asunciones básicas que son compartidas por los distintos miembros de una organización. Comprende por lo tanto la forma correcta de pensar, actuar, relacionarse y comportarse dentro de una entidad.

Las diferentes políticas o medidas adoptadas por el área de recursos humanos pueden ejercer una influencia positiva o negativa sobre la cultura organizacional. La propia cultura de la organización constituye un aspecto fundamental que los responsables de recursos humanos tienen en cuenta a la hora de la selección de personal. Lógicamente, tratarán de incorporar a aquéllos candidatos que mejor encajen con la cultura de la firma. Análogamente, es posible que algún empleado se vea en la tesitura de abandonar la empresa al sentir que la cultura de la misma no se encuentra en consonancia con sus propios valores y creencias.

Las empresas, como consecuencia del dinamismo y la turbulencia que caracterizan al entorno actual en el que operan, se están viendo envueltas en una dinámica marcada por niveles crecientes de competencia, complejidad y globalización. En este agitado escenario, las organizaciones deben optar por el camino de la flexibilidad y ser capaces de orientar o saber adaptar su cultura a los incesantes cambios impuestos por el mercado y la sociedad. Cambios en el entorno de la firma como podrían ser la entrada en vigor de una nueva legislación en materia de política laboral, ejercerán generalmente un impacto importante en la estructura y cultura de la compañía.

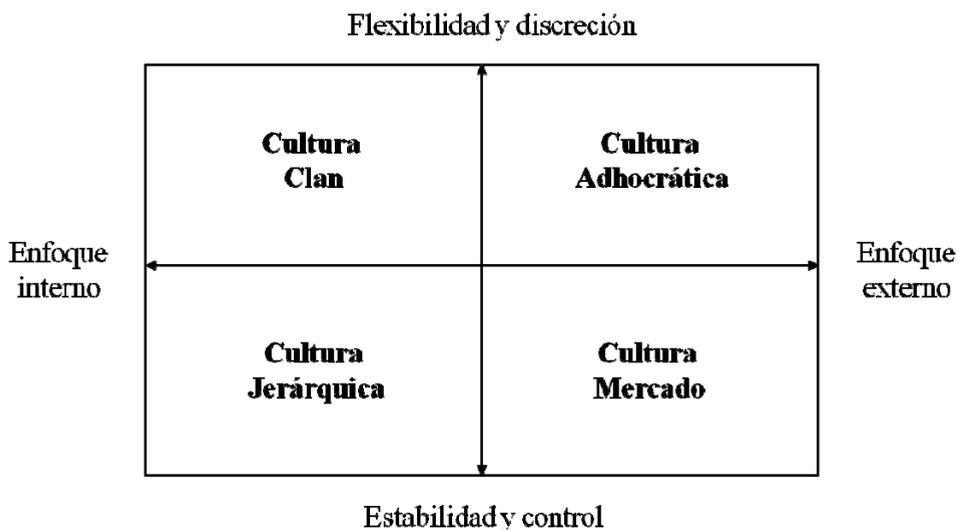
En un intento de clasificar o llevar a cabo un determinado orden dentro de este algo desregulado campo de la cultura organizacional, se han sustentado diversas teorías sobre cómo modelizar la cultura de las organizaciones. Una propuesta atractiva y de relativa actualidad es el modelo de Cameron y Quinn (1999). Puede resultar interesante encuadrar la coyuntura derivada de la actual reforma laboral con el marco de las tipologías culturales propuesto por estos autores.

Cameron y Quinn (1999) definen cuatro tipologías culturales: Clan, Adhocrática, Mercado y Jerárquica. El marco se compone de dos dimensiones: en primer lugar la que diferencia el enfoque de la flexibilidad, la discreción y el dinamismo (propio de organizaciones cambiantes, dinámicas y orgánicas) del enfoque de la estabilidad, el control y el orden (más indicado para organizaciones que tienden a ser más estables, predecibles, y en cierto modo rutinizadas y mecánicas). La segunda dimensión diferencia el enfoque de la orientación interna, la integración y la unidad (característico de organizaciones que persiguen una cierta armonía interna) del enfoque

de la orientación externa, la diferenciación y la rivalidad (propio de aquellas organizaciones que ponen mayor énfasis en la interacción y la competencia).

Juntas, estas dos dimensiones conforman cuatro cuadrantes, tal y como ilustra la Figura 1. Cada uno de estos cuadrantes representa una serie de suposiciones opuestas, competidoras o contradictorias entre sí, de ahí que este modelo fuera bautizado con el nombre de Marco de los Valores Competidores (*Competing Values Framework, CVF*). Las diferentes tipologías culturales que dan nombre a cada uno de los cuadrantes se corresponden con diferentes formas organizativas basadas en la literatura: la cultura Jerárquica de Weber (1947); la cultura Mercado de Williamson (1975); la cultura Clan de Ouchi (1981) y la cultura Adhocrática de Mintzberg (1986).

Figura 1. Tipologías de culturas organizacionales de Cameron y Quinn (1999)



La cultura **Adhocrática** está caracterizada por ser un entorno de trabajo dinámico, creativo y orientado al emprendimiento, donde las personas se implican y corren riesgos. El liderazgo en estas organizaciones suele ser de tipo visionario, innovador y orientado al riesgo. El pegamento que mantiene cohesionadas a estas organizaciones es el compromiso con la experimentación y la innovación. Se pone un especial énfasis en el hecho de estar en primera línea en cuanto a desarrollo de nuevo conocimiento. El éxito se asocia a la consecución de productos y servicios únicos y originales. Esta cultura pone por lo tanto el énfasis sobre la flexibilidad y la orientación al cambio. Además está orientada al exterior. Esta tipología cultural es muy habitual en empresas que operan en contextos altamente cambiantes o dinámicos.

La cultura **Clan** también apunta hacia la flexibilidad, sin embargo, está orientada internamente. Esta cultura está tipificada como un lugar o entorno amigable para trabajar. Constituye casi una extensión de la familia donde los líderes ejercen de coaches o mentores, ostentando una postura casi paternal. La organización se sostiene por medio de valores como la lealtad, la tradición y la colaboración. El éxito de la organización se define en términos de clima interno, al cual se le otorga una especial importancia. Estas organizaciones se caracterizan por el fomento del trabajo en equipo, un elevado compromiso de la organización hacia sus empleados y viceversa.

La cultura **Mercado** se dirige al fomento de la estabilidad y el control, y está orientada al exterior. Esta cultura congrega o abraza valores tales como la competitividad o la consecución de metas u objetivos. En esta tipología cultural, los líderes son duros, exigentes y difíciles de conducir. El pegamento que mantiene unidas a estas organizaciones es el énfasis en la victoria. El éxito se define en términos de cuota de mercado y penetración en el mismo. Desplazar a la competencia y convertirse en líder del mercado son las principales aspiraciones de estas organizaciones.

Finalmente, la cultura **Jerárquica** también está enfocada hacia la estabilidad y el control, pero con una orientación claramente interna o hacia la propia organización. Sus principales características son la eficiencia y una elevada reglamentación. Las organizaciones con esta tipología cultural se caracterizan por ser un lugar de trabajo altamente formalizado y estructurado, donde la actividad diaria está guiada por procedimientos y procesos bien definidos. Los líderes han de ser buenos coordinadores, organizadores y expertos en eficiencia. Las preocupaciones a largo plazo de estas organizaciones son la estabilidad, la predictibilidad y la eficiencia. Las reglas formales y las políticas son las que mantienen a estas organizaciones unidas.

No resulta descabellado pensar que la reforma laboral 2012 está produciendo efectos diferentes para cada una de las distintas tipologías culturales referidas en el marco de Cameron y Quinn (1999). Probablemente las empresas que salen peor paradas son aquellas que giran en torno a las tipologías culturales Jerárquica y Mercado. Estas tipologías culturales, más conservadoras, orientadas hacia el control y la búsqueda de la estabilidad, y donde priman valores como la eficiencia, la competitividad y el logro de objetivos serán más propensas a sufrir las consecuencias de políticas laborales más agresivas. Por el contrario, aquellas organizaciones más flexibles y asidas a las tipologías culturales Clan y Adhocrática, debido a su mayor orientación y compromiso hacia sus empleados, adoptarán medidas y políticas laborales menos duras o perversas. De este modo, las distintas tipologías culturales pueden reaccionar de maneras diferentes ante una política laboral tomada por la empresa. Ello dependerá fundamentalmente de los valores específicos que se hallen imbricados o asociados a dicha cultura.

## 5. CONCLUSIONES

Asentándose en el principio de libertad de empresa –enunciado en el artículo 38 de la Constitución Española–, algunos autores consideran que el empresario debería gozar de amplias facultades para pactar con sus trabajadores las mejores condiciones para afrontar situaciones de crisis como la que se atraviesa en España desde hace años. Sin embargo, según Salido (2011) esta prerrogativa se encuentra muy mermada por el ordenamiento jurídico, hasta el punto de que tales facultades y aun los posibles acuerdos que con base en ellas podrían suscribirse para evitar la más drástica de las decisiones (las extinciones contractuales) sean declarados contrarios a derecho y, por tanto, inaplicables. Pese a la solidez del argumento previo, este planteamiento se sustenta sobre una base de improbable cumplimiento a nivel general: el comportamiento ético del empresario. Lamentablemente existen numerosos ejemplos recientes de empresarios (algunos de ellos ocupando altos cargos en los órganos de representación patronal) que han situado sus intereses particulares por encima de los objetivos empresariales.

En demasiadas ocasiones, el redimensionamiento de plantilla no constituye una decisión a vida o muerte desde el punto de vista de la supervivencia empresarial, sino que se acomete exclusivamente con el propósito de optimizar la cuenta de resultados, tratando de maximizar el valor de la compañía para los accionistas. Desde este punto de vista se considera que al disponer de menos empleados se producirá un aumento del resultado económico, motivado por el recorte de los costes laborales o por alcanzar un tamaño organizativo más adecuado (Cascio et al., 1997; De Meuse et al., 2004). No obstante, a pesar de los beneficios asociados a esta medida, existe un importante debate concerniente a la cuestión de si realmente es “rentable” adoptar esta práctica que, sin duda, es notablemente traumática para los trabajadores (Brockner et al., 1992; Morris et al., 1999). En este sentido, Muñoz y Sánchez (2009) sugieren que a la hora de adoptar decisiones sobre ajuste de plantillas, las empresas deben evaluar toda una serie de efectos negativos para los empleados que sobreviven (inseguridad, resentimiento, falta de motivación) o la pérdida de trabajadores “clave”, lo cual puede desembocar finalmente en una merma del resultado empresarial. No debe olvidarse que muchas de las teorías de gestión más modernas postulan que en el contexto de competitividad global que caracteriza al mundo hoy día se requieren diseños estructurales que promuevan una mayor autonomía de trabajo, la descentralización de responsabilidades y una alta profesionalización de los empleados. La flexibilidad de estructuras implica el reconocimiento de la importancia del crecimiento del ámbito informal para facilitar nuevas formas de cooperación, la comunicación y la movilización de saberes. Estos

nuevos espacios organizacionales no sólo demandan un cambio radical de mentalidad, sino que también reclaman la construcción de nuevas identidades y representaciones de los individuos y de los grupos que interactúan en las empresas (Barba, 2000).

Pese a la lógica abrumadora del argumento previo, la reforma laboral ha flexibilizado las limitaciones del “ius variandi” empresarial –menos trámites y requisitos en relación con la movilidad funcional o geográfica, menos limitaciones para introducir modificaciones sustanciales en los contratos de trabajo o en la extinción de estos, menos restricciones a la hora de enmendar la política de compensación, etc.– favoreciendo de este modo los procesos de reestructuración y redimensionamiento de plantillas, ya vayan enfocados a garantizar la viabilidad económica de la empresa en tiempos de crisis o, de manera más prosaica, a optimizar la gestión económico-financiera con la finalidad última de maximizar el beneficio.

Pero este cambio no resulta neutro. Al contrario, tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, el ajuste de plantillas provoca consecuencias directas sobre los valores en los que se sustenta la cultura organizativa, obstruyendo la implementación de prácticas de gestión modernas y orientadas al desarrollo. Las prácticas de recursos humanos de alto compromiso -inspiradas en el modelo de gestión japonés (Ouchi, 1981)- aspiran a gestionar eficazmente la cultura organizacional en aras a ensanchar el nivel de compromiso del trabajador con la empresa. En este contexto, el contrato psicológico fundamentado en la equidad y confianza entre ambas partes desempeña un papel protagonista, hasta el punto de que las prácticas de recursos humanos se insertan en la gestión de la cultura de la empresa con el objetivo último de que el empleado trabaje efectivamente dentro y para esta cultura (Guest, 2002), por ejemplo, poniendo énfasis en la selección, la formación, la comunicación, la seguridad del empleo o los procesos de promoción interna (Celma, 2011).

Tal y como sugiere Díaz (2005), ser competitivo en el siglo XXI entraña, no solo tener mayor y mejor tecnología, o cambiar constantemente la estructura; eso no es suficiente, implica organizaciones flexibles con individuos que aprendan más rápido y de manera permanente, que trabajen integrados, jefes que sin dejar su responsabilidad, tengan suficiente confianza en sus subordinados como para delegarles toma de decisiones, y empleados con suficiente confianza en la organización como para participar, innovar y cambiar. Ante esta realidad, los cambios organizacionales tienen que girar alrededor del individuo y de los valores que pueden movilizarlos hacia una nueva cultura donde prime la delegación de autoridad, los sistemas de comunicación abierta, la participación, la colaboración y el aprendizaje continuo, etc. Este idílico panorama se nubla ante el campo de posibilidades abierto por la reforma laboral operada por Real Decreto Ley 3/2012 y ratificada por la Ley 3/2012. Al incorporar nuevas reglas de juego que embadurnan el tablero donde se dirimen las relaciones

laborales en la empresa, se inocula el virus de la desconfianza entre los trabajadores que sobreviven al proceso, contaminando de manera irreversible los valores sobre los que estos sustentan su conducta diaria.

Seguramente, como suele ocurrir en la mayoría de los casos, la postura más inteligente para ahondar en el análisis de esta coyuntura consiste en huir de los extremos. No conviene caer en el extremismo de satanizar a la reforma y tacharla de malvada. En palabras de Juan Antonio Sagardoy, Catedrático de Derecho del Trabajo y Presidente de Honor de Sagardoy Abogados, “la reforma laboral no es malvada ni diabólica”. Argumentó este experto que “Ningún empresario despierta sin motivo: nadie contrata a quien no necesita, ni nadie despierta a quien necesita. Lo que la reforma trata es de frenar los efectos económicos sobre la crisis y establecer un marco jurídico que facilite la creación de empleo”. Por lo tanto, esta reforma laboral no puede ser considerada buena o mala per sé, sino que en función de los valores inherentes a las empresas que se acogen a ella, se apreciarán unas consecuencias u otras.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

J.A. ALUJAS y F. BARBANCHO, “Incidencia de las reformas laborales sobre la contratación en un contexto de crisis económica”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 264, 2013, pp 121-146.

J.A. ARIZA-MONTES, “Conciliación de la vida privada y la actividad profesional la alternativa del teletrabajo”, *Revista de fomento social*, núm. 228, 2002, pp. 629-652.

M. ARMSTRONG-STASSEN, “The effect of gender and organizational level on how survivors appraise and cope with organizational downsizing”, *The Journal of Applied Behavioral Science*, Vol. 34, núm. 2, 1998, pp. 125-143.

A. BARBA, “Cambio organizacional y cambio en los paradigmas de la administración”, *IZTAPALAPA*, núm. 48, 2000, pp. 11-34.

J. BROCKNER, S. GROVER, T.F. REED y R.L. DEWITT, “Layoffs, job insecurity, and survivors’ work effort: Evidence of an inverted-U relationship”, *Academy of Management Journal*, núm. 35, 1992, pp. 413-425.

K. CAMERON y R. QUINN, *Diagnosing and Changing Organizational Culture. Based on the Competing Values Framework*, Addison-Wesley, Boston, MA, 1999.

W.F. CASCIO, C.E. YOUNG, y J.R. MORRIS, “Financial consequences of employment-change decisions in major U. S. corporations”, *Academy of Management Journal*, núm. 40, 1997, pp. 1175-1189.

M.D. CELMA, *El impacto sobre los trabajadores de una gestión de recursos humanos socialmente responsable. Un análisis para Catalunya*, Universitat de Girona, Girona, 2011.

J.A. CHATMAN, “Improving interactional organizational research”, *The Academy of Management Review*, núm. 14, 1989, pp. 333-349.

E. CLAVER, y J.A. FERNÁNDEZ, “Nuevas perspectivas en los procesos de reestructuración de plantillas”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 12, núm. 3, 2006, pp. 111-131.

K.P. DE MEUSE, T.J. BERGMANN, P.A. VANDERHEIDEN y C.E. RORAFF, “New evidence regarding organizational downsizing and a firm’s financial performance: a long-term analysis”, *Journal of Managerial Issues*, núm. 16, 2004, pp. 155-77.

J. DIAZ, “Cambio organizacional: Una aproximación por valores”, *Revista Venezolana de Gerencia (RVG)*, núm. 32, 2005, pp. 605-627.

W.G. DYER, “The Cycle of Cultural Evolution in Organizations”, en KILMANN, R. H., SAXTON, M. J. SERPA, R. y Asociados (eds.), *Gaining Control of the Corporate Culture*, Jossey Bass, San Francisco, 1985.

S.J. FREEMAN, “Organizational downsizing as convergence or reorientation: implications for human resource management”. *Human Resource Management*, Vol. 32, núm. 2, 1994, pp. 213-238.

S. GARCIA y S.L. DOLAN, *La dirección por valores*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

D.E. GUEST, “Human resource management, corporate performance and employee wellbeing: building the worker into HRM”, *Journal of Industrial Relations*, Vol. 44, núm. 3, 2002, pp. 335-358.

C. HANDY, *La organización por dentro*, Deusto, Bilbao, 1993.

IESE, *Las mejores prácticas (Best Practices) en los procesos de reestructuración de plantillas*, IESE Business School, Madrid, 2002.

A. LEAL, *Conocer la cultura de las organizaciones: una base para la estrategia y el cambio*, Actualidad Editorial, Madrid, 1991.

A. LUCIA, J.A. ARIZA y A.C. MORALES, “La implicación emocional en el puesto de trabajo. un estudio empírico”, *Intangible Capital*, Vol. 8 (2), 2012, pp. 364-405.

R. MARR y S. GARCIA, *La dirección corporativa de los recursos humanos*, Díaz de Santos, Madrid, 1997.

H. MINTZBERG, *El Poder en la Organización*, Ariel Economía, Barcelona, 1986.

J.V. MONTEALEGRE y G. CALDERÓN, “Relaciones entre actitud hacia el cambio y cultura organizacional”, *Innovar*, Vol. 17, núm. 29, 2007, pp. 49-70.

J.R. MORRIS, W.F. CASCIO y C.E. YOUNG, “Questions and Answers about who did it, how many did it, and who benefited from it”, *Organizational Dynamics*, núm. 27, 1999, pp. 78-87.

F. MUÑOZ y J. SANCHEZ, *La reducción de empleo y sus consecuencias en los resultados: un análisis de las empresas españolas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009.

W. OUCHI, *Theory Z*, Addison-Wesley, Chicago, 1981.

A.M. PETTIGREW, “On studying organizational cultures”, *Academy of Management Review*, núm. 24, 1979, pp. 570-581.

REPSOL, *El libro blanco del teletrabajo en Repsol*, 2012, Disponible en [http://www.repsol.com/imagenes/es\\_es/libro\\_blanco\\_tcm7-627218.pdf](http://www.repsol.com/imagenes/es_es/libro_blanco_tcm7-627218.pdf).

G. RIBES, *Análisis de las variables organizativas que influyen en los procesos de fusión y adquisición de empresas. El caso de la industria auxiliar del automóvil*, Universitat Politècnica de Valencia, Valencia, 2009.

K. SAHDEV, “Survivors’ reactions to downsizing: The importance of contextual factors Kusum”, *Human Resource Management Journal*, Vol. 13, núm. 4, 2003, pp. 56-74.

J.A. SAGARDOY, (conferencia): “La reforma laboral: ¿reforma o transición?”: [http://ifuturo.org/es/actividades/conferencia\\_ficha.asp?id=1519&accion=ficha&gclid=CNGFoIqnrkCFZPItAodKDIA-w](http://ifuturo.org/es/actividades/conferencia_ficha.asp?id=1519&accion=ficha&gclid=CNGFoIqnrkCFZPItAodKDIA-w).

J.L. SALIDO, “Importancia del capital humano en los procesos de reestructuración empresarial”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 3, 2011.

V. SATHE, “Implications of Corporate Culture: a manager’s Guide to Action”, *Organizational Dynamics*, Vol. 12, núm. 2, 1983, pp. 5-23.

E.H. SCHEIN, “The role of the founder in creating organizational culture”, *Organizational Dynamics*, Vol. 12, núm. 1, 1983, pp. 13-28.

E.H. SCHEIN, *La cultura empresarial y el liderazgo: una visión dinámica*, Plaza y Janés Editores, S.A., Barcelona, 1988.

E.H. SCHEIN, *Organizational Culture and Leadership*, Jossey-Bass, San Francisco, CA., 1985.

D.L. SCHWEIGER, J.M. IVANCEVICH y F.R. POWER, “Executive actions for managing human resources before and after acquisition”, *Academy of Management Executive*, Vol. 1, núm. 2, 1987, pp. 127-138.

S. SIMON DEL BURGO, “¿Por qué fracasan las fusiones y adquisiciones?, ¿los ejecutivos son víctimas o verdugos?”, *Harvard-Deusto Finanzas y Contabilidad*, núm. 28, 1999, pp. 50-56.

D. TOSCANI, “El fomento de la contratación indefinida”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 116, 2012, pp. 13-34.

M. WEBER, *The Theory of Social and Economic Organizations*, The Free Press, Glencoe, 1947.

I. WILKOWSKA, “Corporate restructuring and human resource management: a case study of the banking sector in Britain”, *7<sup>th</sup> Conference on International Human Resource Management*, 4-6 de junio de 2003, “Exploring the Mosaic: Developing the Discipline.” University of Limerick, Irlanda.

O.E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, New York, 1975.

Antonio Ariza Montes  
Profesor Titular de Área, Universidad Loyola Andalucía  
ariza@uloyola.es

Antonio G. Leal Millán  
Catedrático, Universidad de Sevilla  
aleal@us.es

Antonio L. Leal Rodríguez  
Investigador, Universidad Loyola Andalucía  
alleal@uloyola.es



# MERGERS AND ACQUISITIONS IN GERMANY

DR. MARTIN FRÖHLICH

*Attorney-at-law (Rechtsanwalt), Cologne (Germany)*

Fecha de recepción: 25-09-2013

Fecha de aceptación: 24-10-2013

**SUMARIO:** 1. GENERAL MATTERS: PRIVATE AND PUBLIC M&A. 2. PRIVATE TRANSACTION. 2.1. Deal Structure: Share Deal / Asset Deal. 2.2. Pre-Sale Agreements. 2.2.1. Confidentiality Agreements. 2.2.2. Exclusivity Agreements. 2.2.3. Letter of Intent. 2.2.4. Liability. 2.3. Due Diligence. 2.4. The Purchase Agreement. 2.5. Closing. 3. PUBLIC TAKEOVER. 3.1. Regulatory Framework. 3.2. Offer Procedure. Terms of the Offer. 3.4. Frustrating Actions.

**RESUMEN:** Este artículo ofrece una visión general de la regulación de los acuerdos públicos y privados de fusiones y adquisiciones (M & A) en el Derecho alemán. El término M & A se aplica a todos los tipos de adquisiciones corporativas, incluyendo tanto los supuestos de buy-outs (compra de acciones de una sociedad con el fin de controlarla), como las joint ventures (especie de partnership formada por varias empresas para operaciones concretas) y las adquisiciones públicas. Los acuerdos pueden dividirse en dos categorías: las M&A privadas, donde el vendedor y el potencial comprador pueden negociar directamente la transferencia de la empresa, o por otra parte las M & A públicas, en las que la empresa pública cotizada en bolsa es adquirida de acuerdo con las respectivas normas de Derecho público.

**ABSTRACT:** This article gives a general overview of private and public mergers and acquisitions (M&A) deals under German law. The term M&A applies to all types of corporate acquisitions, including management buy-outs, joint ventures or public takeovers. Deals can be divided into two categories: private M&A deals, where the seller and the potential purchaser directly negotiate the transfer of the company, or (ii) public M&A deals, in which the a listed public company is acquired in accordance with the public takeover rules.

*Martin Fröblich*

**PALABRAS CLAVE:** Fusiones y adquisiciones; acuerdo privado; acuerdo público; OPA.

**KEYWORDS:** mergers & acquisitions, private deal; public deal; takeover bid.

## 1. GENERAL MATTERS: PRIVATE AND PUBLIC M&A

One of the most fundamental distinctions within the M&A sector is the contrast between Private and Public M&A transactions. Whereas Private M&A describes transactions in which the target is not a listed company, Public M&A deals with transactions involving a listed entity. The most notable difference between private and public transactions is that public transactions are subject to public takeover regulation, while private transactions do not face such restrictions. Many public takeovers may involve buying interests from a great number of parties, which are unknown to the bidder in advance. In contrast, private transactions only involve a limited number of preselected bidders. Thus, both the negotiation situation as well as the legal aspects that have to be considered differ greatly between Public and Private M&A transactions. In Germany, most companies are private companies (“German *Mittelstand*”) owned by families or financial investors. Thus, most M&A transactions in Germany fall in the group of private M&A.<sup>1</sup>

There is no specific “M&A law” in Germany. The general framework for M&A transactions is set by the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) and mandatory corporate law (Limited Liability Companies Act, GmbHG; Stock Corporations Act, AktG). The parties to a M&A agreement, will always intent to exclude the BGB-provisions to the extent possible and establish their own concept of guarantees and remedies.

## 2. PRIVATE TRANSACTION

### 2.1. Deal Structure: Share Deal / Asset Deal

A private deal may be structured as a share deal, an asset deal, or a combination of both. The decision on the deal structure will depend on the specific legal situation and the individual requirements of the respective parties. Corporate, employment and tax law aspects are also likely to influence the deal structure.

A share deal involves the acquisition of the target entity’s shares. This way, all of its assets, liabilities and legal relationships are transferred indirectly to the purchaser. The main advantage of such deal structure is its relative simplicity. The structure may

---

<sup>1</sup> SCHULZ/WASMEIER, *The Law of Business Organizations*, Springer, 2012, p. 116

cause difficulties where the target is part of a wider group; problems may arise with regard to the separation of the entity. Intra-group arrangements such as domination and profit and loss transfer agreements will have to be identified and terminated. The purchaser will, further, have to make sure that all assets, legal permits and contractual relationships are available after closing. This requires entering into a detailed analysis of the change of control provisions in the respective documents. Finally, the need for a carve-out may arise if the seller wants to retain a part of the business, and numerous provisions protecting the purchaser against potential hidden liabilities will have to be incorporated in the agreement.

In an asset deal, the relevant assets and liabilities of the target are transferred directly to the purchaser, which generally will be able to choose the items it would like to acquire. This freedom, however, is not without problems: If a commercial business is acquired by way of an asset deal and continued under the same commercial name (“*Firma*”), the German Commercial Code (*Handelsgesetzbuch*, HGB) holds the purchaser jointly and severally liable for all liabilities incurred by the seller in the conduct of the business.<sup>2</sup> The parties may, however, agree to exclude this liability, which subsequently will be notified to the creditors or will preferably be published in the commercial register. From a tax law perspective, the purchaser of the business will be liable for any business taxes and withholding taxes that were incurred from the beginning of the last calendar year prior to the acquisition and which are assessed within one year from the notification of the acquisition to the competent authorities. With regards to employment law, the transfer of a business or a part thereof will also trigger an automatic transfer of the rights and obligations under the relevant employment relationships.<sup>3</sup>

## 2.2. Pre-Sale Agreements

A typical M&A transaction does not begin with the acquisition agreement rather it involves a number of pre-sale agreements that establish a framework for further negotiations which is safe in both legal and economic terms. Common pre-sale

---

<sup>2</sup> If a purchaser acquires a business and continues under its previous name, the purchaser assumes, in general, by operation of law all liabilities of the seller. Cf. HOPT, in BAUMBACH/HOPT, *HGB*, C.H. Beck, 2012, § 25.

<sup>3</sup> Cf. WEIDENKAFF, in PALANDT, *BGB*, C.H. Beck, 2013, § 613a.

agreements are confidentiality agreements, exclusivity agreements and letters of intent will usually play the most prominent role.<sup>4</sup>

### *2.2.1. Confidentiality Agreements*

Under German law, the commencement of negotiations imposes pre-contractual obligations upon the parties to respect each other's due rights and interests.<sup>5</sup> That generally includes the obligation to keep disclosed information confidential.<sup>6</sup> Nonetheless, due to the general nature of these pre-contractual obligations, the parties will usually conclude separate confidentiality agreements that specify the requirements under which sensitive information may be disclosed. Such agreements contain a definition of confidential information, limitations on the parties' rights to use or disclose such information and an obligation to return or destroy data, should the transaction fail. If the transaction is successfully completed, the confidentiality agreement is typically replaced by confidentiality provisions in the share purchase agreement and/or a shareholder agreement, the latter in the case of a joint venture.

Where the target company is not a party to the confidentiality agreement, it is often declared that the agreement has been concluded to the benefit of the target (*Vertrag zugunsten Dritter*)<sup>7</sup>, so that the target company may directly enforce against the purchaser the rights and remedies under the confidentiality agreement.<sup>8</sup> Another common clause reverses the burden of proof for unauthorized disclosure in favour of the disclosing party (i.e. the seller), thus making it easier to recover damages. Furthermore, concerning the consequences of a breach, contractual penalties are common and generally permitted under German law.<sup>9</sup> Non-solicitation clauses which prohibit the prospective purchasers from headhunting employees or approaching customers and suppliers, are common as well. However, the enforceability of such provisions that concern employees is unlikely. For the purpose of legal certainty, such

---

<sup>4</sup> DENNY, in PETER FC BEGG (Ed.), *Corporate Acquisitions and Mergers*, Supp 1/2010, Kluwer Law International, p. 36.

<sup>5</sup> The roman law principle of *culpa en contrahendo* was incorporated into the German Civil Code in § 311 para. 2, cf. GRÜNEBERG, in PALANDT *BGB*, *op.cit.*, § 311.

<sup>6</sup> Federal Court of Justice (BGH), NJW 1961, 1308; EMMERICH, in *Münchener Kommentar BGB*, C.H. Beck, 2010, § 311 No 66.

<sup>7</sup> An agreement to the benefit of a hir person (*Vertrag zugunsten Dritter*) is codified in § 328 BGB; cf. WESTERMANN, in ERMANN, *BGB*, Dr. Otto Schmidt, 2011, § 328.

<sup>8</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 38.

<sup>9</sup> Cf. §§ 339 BGB ss; SCHAUB, in ERMANN, *BGB*, *op. cit.*, §§ 339 ss.

provisions should only prohibit active solicitation without preventing employees from approaching a new employer on their own initiative.<sup>10</sup>

### *2.2.2. Exclusivity Agreements*

If the negotiations are limited to only one purchaser, it is common to agree on exclusivity agreements. Generally speaking, the seller promises to refrain from preparing or entering into any other transactions that could pose a threat to the respective deal. Sometimes, these agreements even oblige the seller not only to provide all documents necessary for the due diligence, but also to negotiate in good faith so as to reach a final agreement. In order to maintain a strong bargaining position and to prevent unreasonably long lock-outs of other parties, the seller will usually insist on including a provision governing the termination of the exclusivity agreement.<sup>11</sup> Thus, the seller may put an end to the negotiations if the circumstances indicate that the purchaser is no longer engaged either in general or with relation to the initially contemplated terms. Often, a breach of the exclusivity agreement will be remedied by compensating expenses and damages, and by paying contractual penalties.

### *2.2.3. Letter of Intent*

The term designates different types of pre-sale documents that serve to record matters such as the state of discussions, general principles of the deal or envisaged timetables. It serves as a basis for the final acquisition agreement.<sup>12</sup> The titles of such documents are wide ranging (“letter of understanding”, “memorandum”, etc.). However, letters of intent commonly only tend to be concluded if negotiations take place between no more than two parties. Since a letter of intent will often contain a mixture of binding and non-binding provisions, the extent to which it creates legal obligations is not always easy to determine. In this respect, substance prevails over form, and the document is construed according to the expressed or implied intentions of the parties. Typically, the binding provisions will not address core issues of the deal, but rather refer to fairly peripheral matters such as confidentiality.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 39.

<sup>11</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 40.

<sup>12</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 42.

<sup>13</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 42.

#### *2.2.4. Liability*

As mentioned before, under German law, the mere entering into negotiations results in a reciprocal obligation to take account of the due rights and interests of the other party. Any wilful or negligent breach of these pre-contractual obligations may result in a claim for damages. The amount of damages is generally limited to the loss as compared to a hypothetical situation in which the breach has not occurred.<sup>14</sup> The types and the content of pre-contractual obligations have been formed by the courts over a long period of time, but some disputes remain. Within the context of an M&A transaction, the most important group of obligations refer to confidentiality issues that are addressed by clauses concerning non-solicitation, disclosure, misrepresentation, and the breaking-off of negotiations.<sup>15</sup>

### **2.3. Due Diligence**

Under German law, there is no general requirement for a purchaser to carry out a due diligence on a target. There is, however, a practical necessity of carrying out a due diligence, since the prospective purchaser will usually want to reduce the risk of unpleasant surprises after the signing of the deal.<sup>16</sup> A failure to undertake a due diligence might threaten not only the economic benefits of the transaction, but will also leave the purchaser's management open to personal liability on the grounds that they have failed to act with the necessary degree of care. Often a due diligence will be required in connection with the financing of the deal.

The scope of a due diligence will largely depend on the circumstances of the particular case, including the nature of the target's business, the familiarity of the purchaser therewith, and the scope of the transaction.<sup>17</sup> For the most part, it will have to deal with the same issues as in other jurisdictions. Typical areas of due diligence are change of control provisions, financing, tax risks, merger control issues, compliance with laws, employee issues, IP/IT issues, corporate housekeeping, title to shares in group companies, integration into the sellers' group which would need to be

---

<sup>14</sup> §§ 249 BGB ss.

<sup>15</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 44 s.

<sup>16</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 48.

<sup>17</sup> KOFFKA, in EILERS/KOFFKA/MACKENSEN, *Private Equity, Unternehmenskauf, Finanzierung, Restrukturierung, Exitstrategien*, C.H. Beck, 2012, p. 36; DENNY, *op.cit.*, p. 49.

terminated post closing as well as domination and profit transfer agreements<sup>18</sup> which are very common due to tax benefits.<sup>19</sup> These agreements not only need to be terminated correctly with effect from closing of the acquisition at the very latest, but their ongoing implications may also need to be reflected in the purchase price mechanism. A further frequent point of interest is the tracing of titles to shares, especially where a GmbH is concerned. This is because it is extremely rare for a GmbH to issue share certificates or maintain any form of share register. The company has to register a shareholders' list with the company's commercial register (§ 16 GmbHG)<sup>20</sup>. Such list, however, may be incorrect and does therefore not constitute sufficient evidence regarding the title in shares. There is no "public faith" in the correctness of the shareholders' list. Therefore, a *bona fide* acquisition of shares in a German GmbH is only possible under very strict conditions.<sup>21</sup>

## 2.4. The Purchase Agreement

The core document of any transaction is the share/asset purchase agreement.

Most purchase agreements, must be notarized in an M&A transaction in order to be valid. Mandatory corporate law (§ 15 paras. 3 and 4 Limited Liability Companies Act) set forth that the share purchase agreement as well as the actual transfer of the shares<sup>22</sup> must be notarized.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> In Germany, a profit and loss transfer agreement obliges one party to transfer its entire profit to another company (*Gewinnabführungsvertrag*). German law obliges the other party to compensate any net losses the company transferring its profit may have. Such profit and loss transfer agreements are normally agreed together with a domination agreement (*Beherrschungsvertrag*) under which the transferring company also agrees to be managed by another, "controlling" company, cf. HÜFFER, *Aktiengesetz*, C.H. Beck, 2012, §§ 291 ss;

<sup>19</sup> *Koffka*, in EILERS/KOFFKA/MACKENSEN, *op.cit.*, p. 38.

<sup>20</sup> Cf. BAYER, in LUTTER/HOMMELHOFF, *GmbHG*, Dr Otto Schmidt, 2012, § 16; HUECK/FASTRICH, BAUMBACH/HUECK, *GmbHG*, C.H.Beck, 2010, § 16.

<sup>21</sup> § 16 para 3 GmbHG; cf. BAYER, in LUTTER/HOMMELHOFF, *op. cit.*, § 16; HUECK/FASTRICH, *op.cit.*, § 16.

<sup>22</sup> Under German law, the principle of abstraction (*Abstraktionsprinzip*) requires to differentiate between the obligation to transfer ownership in an asset (*Verpflichtungsgeschäft*) and the actual transfer of ownership with effect in rem (*Verfügungsgeschäft*). Cf. OECHSLER, in *Münchener Kommentar BGB*, *op.cit.*, § 929 No 2 ss.

<sup>23</sup> Cf. BAYER, in LUTTER/HOMMELHOFF, *op.cit.*, § 15; HUECK/FASTRICH, in BAUMBACH/HUECK, *op.cit.*, § 15.

In a share deal, the specification of the target shares is the first and most important step in the purchase agreement. In addition, the agreement on the transfer of the ownership has to contain a complete list of rights and obligations linked to the specific share. An asset deal on the other hand requires that the assets which are being transferred are specified in the purchase agreement by listing each and all of them exhaustively (*Bestimmtheitsgrundsatz*). A asset purchase agreement requires notarization if among the assets to be transferred are real estate or shares in a GmbH. Further, an asset purchase agreement requires notarization if the seller, by virtue of such agreement, sells and transfers its entire assets.

Where the need for notarization is triggered by a particular aspect of a transaction (e.g. it involves a share in a GmbH, § 15 para. 3 and 4 GmbHG), it will apply to the entire transaction, i.e. not only the (share) purchase agreement requires notarization but also all ancillary agreement. It is often difficult to determine what exactly constitutes the entire transaction for this purpose. As a general rule, where one part of a transaction requires notarization and another by itself does not, both parts must be notarized if they are interdependent in the sense that the parties would not be willing to conclude one without the other.<sup>24</sup> Where the parties fail to comply with the notarization requirement, the transaction will be null and void, even with respect to ancillary documents that have in fact been notarized.

Notarization of an agreement entails the parties appearing before a notary and the entire agreement -including all schedules, appendices and exhibits and all ancillary agreement being read aloud to the parties in the presence of the notary-. The agreement becomes binding only once everything has been read aloud and the notarial deed has been signed by the parties and the notary. Since reading a lengthy agreement takes time (many hours), it is essential that the parties factor this reading time into their overall timing considerations.<sup>25</sup>

Once the assets or shares have been specified in the purchase agreement, the parties will, as in any jurisdiction, have to determine the consideration payable. Two methods have, in general, evolved in private M&A transactions (i) the closing accounts mechanism and (ii) the locked box mechanism.

Under a closing accounts adjustment mechanism, the purchase price will be based on the target's value at the moment of closing. In the share purchase agreement, the parties agree on a preliminary purchase price and a formula to adjust such purchase price based on financial statements to be prepared as of the Closing date

---

<sup>24</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 76.

<sup>25</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 77.

(closing accounts). On that basis, the preliminary purchase price will be increased or decreased based depending on certain positions in the closing accounts.<sup>26</sup>

In a locked box mechanism, the purchase price is based on the last available financial statements (effective date). All profits and losses following such effective date are taken over by the purchaser. The seller therefore guarantees that the effective date statements are true and correct, that no dividends, capital measures etc have occurred between effective date and signing, and the seller (i) guarantees that no such measures have occurred between effective date and signing and (ii) covenants that no such measures will occur between signing and closing (no leakage covenant).<sup>27</sup> The target is purchased in the state as it was at the effective date and treated as a “locked box”.<sup>28</sup>

On the other hand, if the parties have stipulated a locked box mechanism, the consideration payable will depend on the target’s value at the moment of signing. This way, the exact amount of the consideration payable will already be known at the moment of signing.

The purchase price will be calculated on basis of the enterprise value agreed upon by the parties. The enterprise value is typically determined on basis of either the Discounted Cash Flow method (i.e. the determination of expected future cash flow) or an EBITDA (earnings before interest, taxes, depreciations and amortisations) multiple. The purchase price payable will correspond to the enterprise value “net debt” (i.e. enterprise value plus the company’s cash less its financial debt). The so determined purchase price is the company’s equity value.<sup>29</sup>

M&A agreements are usually made subject to a great variety of possible conditions precedents (closing conditions) such as the receipt of regulatory clearances, the obtaining of third-party consents or the rectification of a defect of the target that has come to light during the due diligence. Only upon fulfilment (or waiver by the purchaser) of the closing conditions, the parties will proceed with the closing of the transaction. The agreement further provide for a mechanism of rescission if the closing conditions are not fulfilled (or waived) by a certain date (the long stop date).<sup>30</sup>

While such defects that are revealed before signing can be addressed by the parties right away, other defects that occur after signing need to be addressed separately. Thus a warranty regime is required. However, the warranty system of the German Civil

---

<sup>26</sup> SCHRADER, in EILERS/KOFFKA/MACKENSEN, *op.cit.*, p. 56.

<sup>27</sup> SCHRADER, in EILERS/KOFFKA/MACKENSEN, *op.cit.*, p. 61.

<sup>28</sup> SCHULZ/WASMEIER, *The Law...*, *op.cit.*, p. 121.

<sup>29</sup> Cf. SCHRADER, in EILERS/KOFFKA/MACKENSEN, *op.cit.*, p. 56.

<sup>30</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 89.

Code does not, in general, meet the needs of an M&A transaction.<sup>31</sup> This is why in a vast majority of the transactions, independent contractual warranties are stipulated while the statutory warranty regime is dispensed. The implementation of warranties strongly depends on the parties' bargaining position. Finally, the purchase agreement also stipulates the legal consequences in case of breach of the contractual warranties. Typically, the share purchase agreement would include, *inter alia*, the following guarantees:

The shares are validly owned by the seller, free from any third party rights and freely transferable (title guarantee),

No insolvency of the target is pending or threatened,

The last financial statements were set up in accordance with generally accepted accounting principles and statutory law (IFRS, German GAAP) and give a true and fair view of the financial and earnings situation of the target, no liabilities other than contained in the financial statements,

Information regarding assets such as material agreements, intellectual property rights, real estate, employees and compliance with laws are true and correct.

Tax guarantee.

Such guarantees are typically given as of the signing and closing date.<sup>32</sup>

Remedies for a breach of a guarantee would be (i) specific performance, and (ii) damages. The claim for damages will typically be subject to a *de minimis* amount (i.e. only claims above such amount may be enforced against the seller) and a liability cap (purchase price for title guarantee; certain percentage of purchase price for business guarantees).

Besides the warranties, the purchase agreement may include indemnities for the benefit of the seller and the purchaser. Among the widely-used indemnities in favour of the purchaser are tax indemnities and environmental indemnities as well as several other indemnities that deal with known risks such as pending actions or potential product liability claims. On the other hand, indemnification may also be stipulated in favour of the seller. Apart from the commonly used indemnification clauses, the possible necessity under German law to terminate an existing domination agreement that involves the target entity requires specific indemnifications. The purchaser has to be indemnified in respect of all claims of the target under the domination agreement.

---

<sup>31</sup> KOFFKA, in EILERS/KOFFKA/MACKENSEN, *op.cit.*, p. 37.

<sup>32</sup> Cf. SCHULZ/WASMEIER, *op.cit.*, p. 122.

In particular, the target may question the accuracy of the annual financial statements and in this way may influence the purchase price.<sup>33</sup>

While the parties generally add to their legal duties by means of contractual warranties and indemnifications, they may also want to limit their liability. This especially applies to the scope of warranties that are limited for example by using terms or caps. Yet the parties' liability towards each other cannot be excluded entirely. Liability for fraud or intentional conduct for example cannot be waived under German law.

## 2.5. Closing

The signing of the purchase agreement is followed by the closing phase. In order to finalise the transaction, the parties will agree on the transfer of ownership of the shares or assets. This transfer requires different steps depending on the type of shares or assets to be transferred.

In a share deal, the transfer of shares depends on the legal entity involved. While interests in a partnership only require the parties to reach an agreement in whatever form<sup>34</sup>, interests in a German limited liability company (GmbH) require the transfer agreement to be notarized in order to be valid (see above Section 2.4). In addition, transfers need to be notified to the company's commercial register. As regards stock corporations (*Aktiengesellschaft*), bearer shares (*Inhaberaktien*) are transferred by agreement of the parties and, as the case may be, by delivery of share certificates. Registered shares (*Namensaktien*) can be transferred in the same way but may also be transferred by endorsement.<sup>35</sup>

In an asset deal, the principle of abstraction (*Abstraktionsprinzip*) must be observed with respect to the transfer of the various assets (see 2.4 above). Whereas in most legal systems the conclusion of the purchase agreement involves the transfer of the property, both steps are legally separated and generally independent under German law.<sup>36</sup> As a consequence, the transfer of real property only occurs after registration of the transfer in the land register (*Grundbuch*) (§§ 873, 925 BGB). In the same way, movables need to be

---

<sup>33</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 92.

<sup>34</sup> HOPT, in BAUMBACH/HOPT, *op.cit.*, § 105 No. 71.

<sup>35</sup> Cf. §§ 66 ss. AktG.

<sup>36</sup> Cf. OECHSLER, in *Münchener Kommentar BGB*, *op.cit.*, § 929 No 2 ss.

delivered to the purchaser or there must be some form of surrogate for delivery for the transfer of property to be perfected. Receivables as well as intellectual property rights are transferred by an assignment agreement between seller and purchaser and without the agreement having to comply with any particular form.<sup>37</sup>

### 3. PUBLIC TAKEOVER

In the current legislation on public, the European Takeover Directive<sup>38</sup> was implemented.

#### 3.1. Regulatory Framework

Public takeover offers for securities of a German company whose shares are admitted to trading on a regulated market of the European Union or an official or regulated market in Germany are subject to the Securities Acquisition and Takeover Act (*Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz*, WpÜG). The act is substantiated by several ordinances of which the Takeover Act Offer Ordinance (*WpÜG-Angebotsverordnung*) is the most prominent one. The ordinance provides further details on the required contents of the offer document and the price to be offered by the bidder in case of a takeover bid. Furthermore, the ordinance substantiates the circumstances of compulsory offers and explains the conditions under which there is no obligation to make an offer.

Besides this there are the Stock Corporation Act (*Aktiengesetz*, AktG) and the Securities Trading Act (*Wertpapierhandelsgesetz*, WpHG) which contain relevant rules for takeovers. The Securities Supervision Division of the Federal Agency for Financial Services Supervision (*BaFin*) monitors the procedures that apply to takeover bids for listed companies. It checks the offer documents for completeness and obvious infringements to the procedure. In such a case, the BaFin may prohibit the offer or bid (§ 15 WpÜG).

The main purposes of the WpÜG are to protect the minority shareholders of the target company,<sup>39</sup> to ensure transparency and equal treatment of all shareholders.<sup>40</sup> A

---

<sup>37</sup> DENNY, *op.cit.*, p. 99.

<sup>38</sup> Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids.

<sup>39</sup> SCHULZ/WASMEIER, *The law of Business*, *op.cit.*, p. 125.

public offer is mandatory if a shareholder has acquired more than 30% of the shares in the target company (§ 29 para 1, § 35 para 2 WpÜG).

### 3.2. Offer Procedure

The bidder has to inform the BaFin and all German stock exchanges that list securities of the bidder, the target or other companies. Then the offeror must publish its decision to make an offer. The publication has to take place in German, via the Internet and by way of an electronic information dissemination system with a wide circulation among credit institutions, financial services institutions and banks. The publication needs to occur without undue delay (*unverzüglich*). The offeror must disclose its intent to launch an offer as well as the target's identity, the securities that will be subject to the offer and finally the internet address at which the offer document is published (§ 10 WpÜG).

After announcement of the offer, the bidder has to provide the offer document to the BaFin (§ 11 WpÜG). This contains further information, which serves to enable the shareholder to identify the terms and conditions of the offer. The shareholder should be in a position to decide whether or not to accept the offer.<sup>41</sup> Among other things, the offer document must incorporate a valuation method, provide information on the financial background of the bidder as well as on the bidder's motivation to obtain interests of the target as well as the period in which the offer may be accepted (§ 11 WpÜG). The BaFin reviews the document. Only if the bidder obtains the BaFin's approval, he will be allowed to publish the offer document (§ 14 para. 2 WpÜG).

The target's management and supervisory boards must respond to the offer within a period of two weeks (§ 27 WpÜG). They especially have to give their view on the type and amount of the consideration payable, the impact of the offer on the target's business and employees, their representatives and the location, as well as the terms and conditions of work. They also have to take a view on the bidder's motivation and prompt the board members that hold interests in the target to disclose whether or not they intend to accept the offer.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> VERSTEEGEN, in HIRTE/VON BÜLOW, *Kölner Kommentar WpÜG*, Heymann, C. , 2010, § 1 No 11.

<sup>41</sup> SEYDEL, in *Kölner Kommentar WpÜG, op.cit.*, § 11 No 2 ss.

<sup>42</sup> HIRTE, in *Kölner Kommentar WpÜG, op.cit.*, § 27 No 45.

In contrast to the target's management and supervisory board, which are obliged to respond, there is no such obligation for the shareholders or an obligation to accept the bidder's offer. They may respond at their sole discretion to the offer within a period of four to ten days, the exact duration being determined by the bidder. Any amendment of the offer document causes this period to be extended (§21 WpÜG). The bidder is subject to disclosure obligations (§23 WpÜG). During the acceptance period the bidder has to regularly inform the bidder on the number of interests held and obtained. In addition, at the end of the acceptance period, the bidder must publish the final results.

### **3.3. Terms of the Offer**

The offer procedure is complemented by several requirements to the terms of the offer. The requirements imposed by the Securities Acquisition and Takeover Act differ significantly between mandatory offers, voluntary takeover offers voluntary offers regarding only party of the shares.<sup>43</sup> Mandatory offers have to address all shares and shareholders of the target. On the contrary, those offers which are voluntary because they do not involve taking control of the target in turn may be limited to certain types or a certain amount of shares. The terms of takeover and mandatory offers are subject to specific requirements concerning the consideration payable, the conditions permitted and the financing involved.

The consideration payable must consist of either cash or shares being admitted to trading on the official or regulated market in Germany or on the regulated market of a member of the European Union (§ 31 WpÜG). However, if the bidder has acquired at least 5% of the target's interests against payment in cash within the six months that precede the announcement date or within the period between the announcement date and the end of the acceptance period, then the consideration payable offered by the bidder must at least alternatively be in cash (§ 31 para 3 WpÜG). The consideration payable must at least amount to the average stock exchange price of the target's interests during the three months that precede the announcement date (§ 31 para 1 WpÜG). In case the bidder or its associated entities have paid or offered to pay a higher price within the last six months preceding the announcement date, the consideration payable must at least equal the amount of the offered price (§ 31 para 5 WpÜG).

While there are strict rules in order to determine the consideration payable, this does not apply to the conditions that the bidder imposes to his offer. Whereas in case

---

<sup>43</sup> VON BÜLOW, in *Kölner Kommentar WpÜG*, *op.cit.*, § 29 No 15 ss.; DENNY, *op.cit.*, p. 106.

of mandatory offers, the only admissible condition is the receipt of regulatory approvals, there are no such restrictions when it comes to voluntary offers.<sup>44</sup> Thus a common condition is that the bidder makes his offer subject to an acceptance threshold often amounting to 30% (control), 50% (majority) or 75% (super majority).<sup>45</sup> The threshold cannot be increased but may be reduced within the acceptance period. As a consequence, shareholders having already accepted the offer prior to the reduction of the threshold are allowed to revoke their acceptance.

The bidder has to give information on the financing of his offer. To underline its serious intent, the bidder has to provide for financing that covers its offer entirely. If the offer is in cash also, a securities service enterprise independent of the bidder has to confirm its capacity to pay the required amounts. In order to do so, the securities service may ask the bidder to provide for securities. This serves to protect the interests of the shareholders that accept the bidder's offer.

### **3.4. Frustrating Actions**

In order to protect the bidder, certain restrictions are imposed on the target's management board after the announcement of a takeover is made. The management board is not allowed to undertake frustrating actions. It has to act as a reasonable and prudent manager of a company not being addressed by a takeover offer. That does not permit trying to find a third party investor in order to prevent the takeover offer.<sup>46</sup> The executive board is allowed to take such actions that the shareholders' meeting has decided on before the announcement of the offer or such actions which are decided by the supervisory board even after the announcement.<sup>47</sup>

Dr. Martin Fröhlich  
Attorney-at-law (Rechtsanwalt)  
martin.froehlich@freshfields.com

---

<sup>44</sup> HASSELBACH, in *Kölner Kommentar WpÜG, op.cit.*, § 18 No 13 ss.

<sup>45</sup> HASSELBACH, in *Kölner Kommentar WpÜG, op.cit.*, § 18 No 26.

<sup>46</sup> HIRTE, in *Kölner Kommentar WpÜG, op. cit.*, § 33 No 74.

<sup>47</sup> HIRTE, in *Kölner Kommentar WpÜG, op.cit.*, § 33 No 78.

**BARÓMETRO  
DEL MERCADO DE TRABAJO  
EN ESPAÑA**



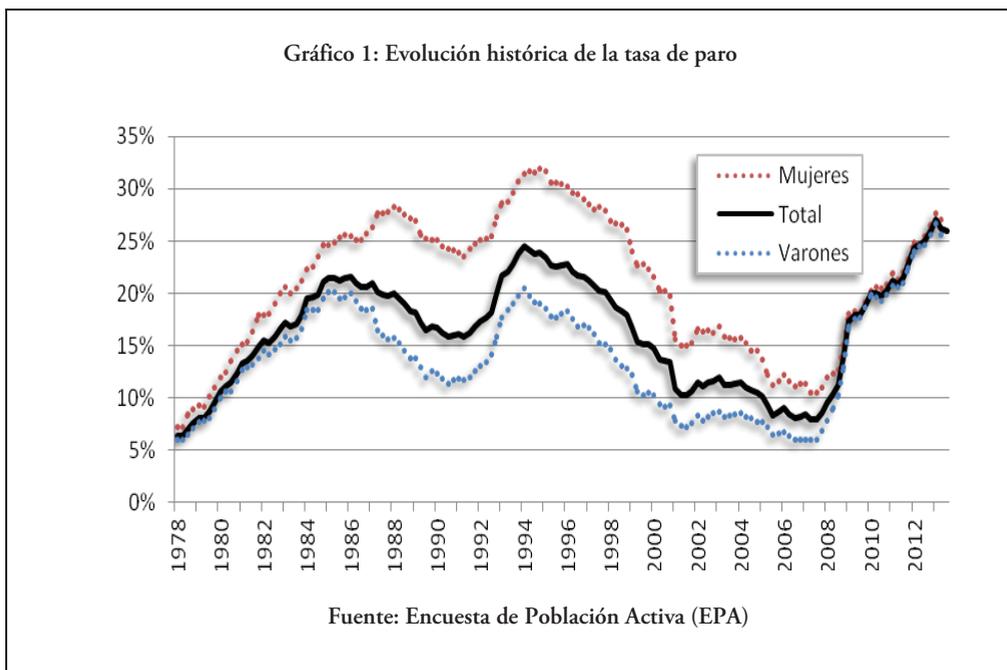
# LA SITUACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO TRAS UN LUSTRO DE CRISIS Y UN AÑO DE REFORMA

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI  
*Universidad Carlos III de Madrid*

## 1. INTRODUCCIÓN

En cita atribuida al profesor Fred Menger *"If you torture data sufficiently, it will confess to almost anything"* (si torturas los datos lo suficiente, acabarán confesando cualquier cosa). El análisis de las estadísticas sobre cualquier realidad social está sujeto, sin duda, a múltiples interpretaciones. En las siguientes páginas trataremos, de realizar una evaluación que resume lo presentado en el más extenso Barómetro publicado por el Instituto de Relaciones Laborales de la Fundación Sagardoy. Se presentan sistematizados un elevado número de indicadores obtenidos siempre a través de la explotación de las estadísticas oficiales y cuando se ha estimado necesario, se ponen de relieve la explicaciones que los autores consideramos más razonables para explicar la información ofrecida.

La información numérica sobre la realidad laboral española es, lamentablemente, portada en la prensa general y económica desde hace ya algunos años. Casi a diario se ofrece el último dato actualizado, que parece dejar anticuado el anterior. Sin embargo, un análisis más sosegado permite ver que las variables analizadas siguen, por lo general, tendencias que se mantienen en el tiempo, con lo que si además del crudo dato se ofrece un cierto análisis sobre su contexto, el valor del mismo se mantiene al menos unos meses. En todo caso, es ineludible en un trabajo de estas características tener en cuenta el momento en el que se ha cerrado -noviembre de 2013-, para saber cuál es la información disponible.

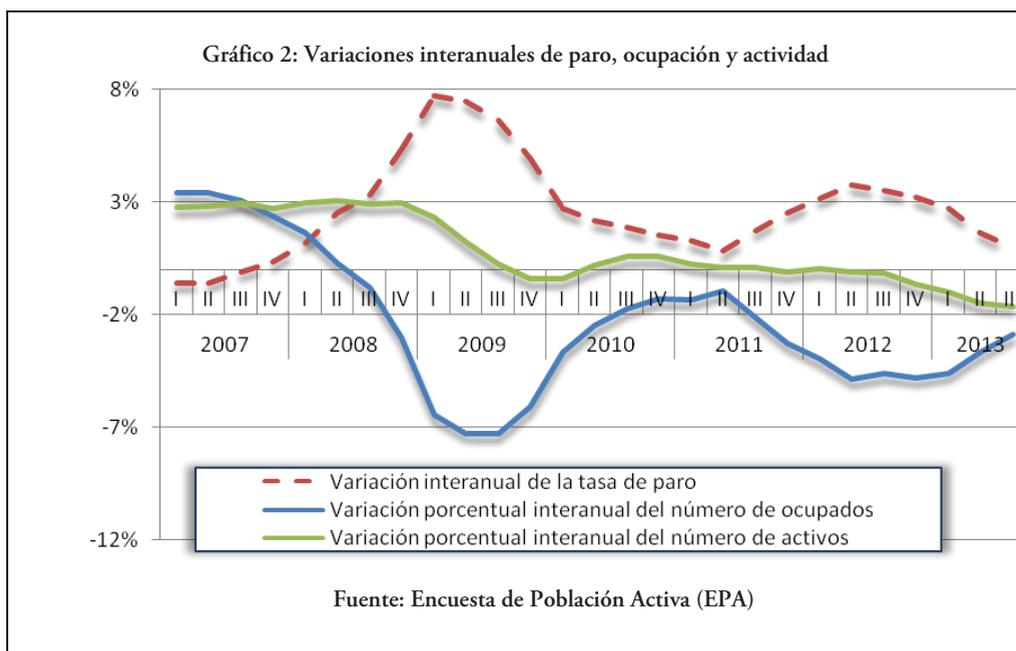


El dato más llamativo en las portadas, la cifra de 5,9 millones de personas que arroja la última Encuesta de Población Activa, se encuentra en niveles que marcan una triste plusmarca en la historia de nuestro país, no sólo por el número en sí mismo, sino también en lo referente a la relación de esa magnitud con el total de población que quiere trabajar. La tasa de paro alcanzó el primer trimestre de este año su máximo histórico, y aún hoy es el cuarto valor más elevado de toda la serie histórica, que consta de 149 datos desde el tercer trimestre de 1976. La cara positiva, o al menos no tan negativa puede encontrarse en un análisis por sexos; nunca antes desde el incremento de la tasa de paro en la primera mitad de los años 80 había sido tan reducida la diferencia entre hombres y mujeres. Aunque la explicación de esta reducción se encuentra en la composición sectorial del incremento del paro.

## 2. EMPLEO Y DESEMPLEO

A lo largo de estos cinco años de crisis económica, especialmente dañina para el empleo, los componentes de la tasa de desempleo han ido variando su importancia. La tasa de paro se calcula como la proporción de las personas que pueden y quieren trabajar, y que no encuentran un puesto de trabajo, por lo que a su nivel afectan tanto el número de puestos de trabajo que se creen o destruyan como las incorporaciones o

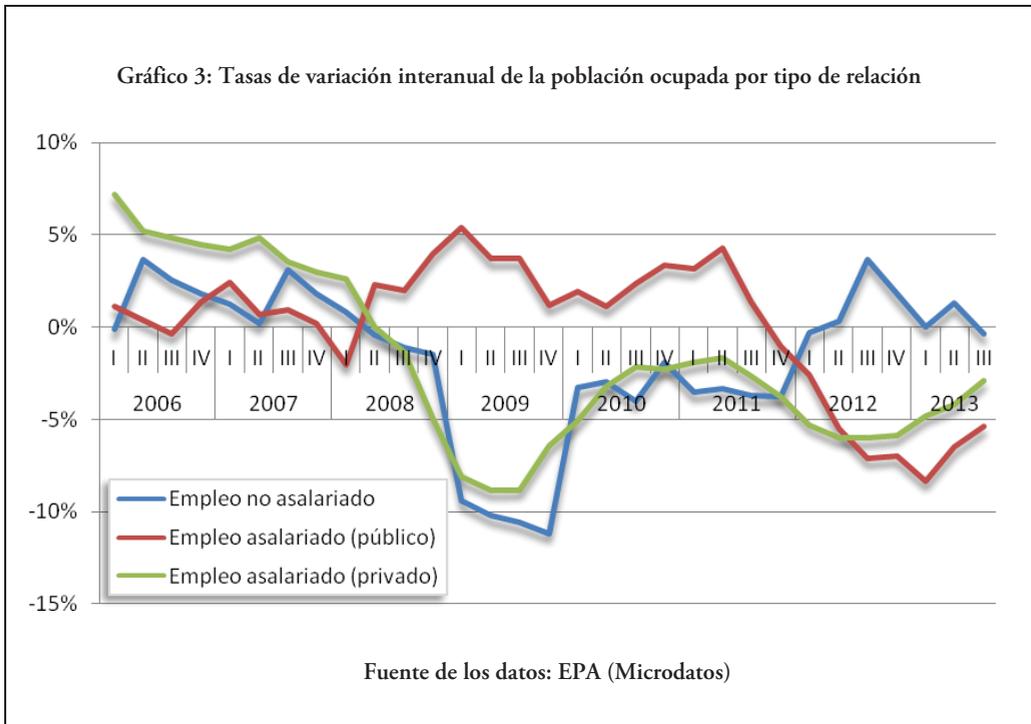
salidas a la población activa (que es precisamente aquella que tiene capacidad, voluntad y disposición para realizar una actividad productiva). Puede apreciarse en el **Gráfico 2** que, en términos interanuales -lo que permite eliminar el efecto de la estacionalidad, aunque genera cierto retardo en la detección de los cambios de tendencia, sin tener que aplicar cálculos matemáticos que admiten distintos mecanismos técnicos de ajuste- el incremento del paro comenzó el último trimestre de 2007, momento en el que aún se generaban puestos de trabajo. El primer dato de pérdida de ocupación se produce en el tercer trimestre de 2008, momento en el que la población activa aún mantiene un crecimiento relativamente fuerte de en torno al 3%. A finales del año 2009 la población activa se estanca, e incluso en los últimos tres trimestres cae, lo que ha permitido que a lo largo de este año se haya desacelerado notablemente el crecimiento del número de parados, a pesar de que la destrucción de empleo se ha frenado en menor medida.



El gráfico muestra como en el segundo trimestre de 2012, coincidiendo con la reforma laboral iniciada mediante el RD-L 3/2012, se detiene la aceleración de pérdida de puestos de trabajo, pero -al margen de que la atribución de una relación de causalidad requiere análisis mucho más complejos- aún no se ha producido el inicio de

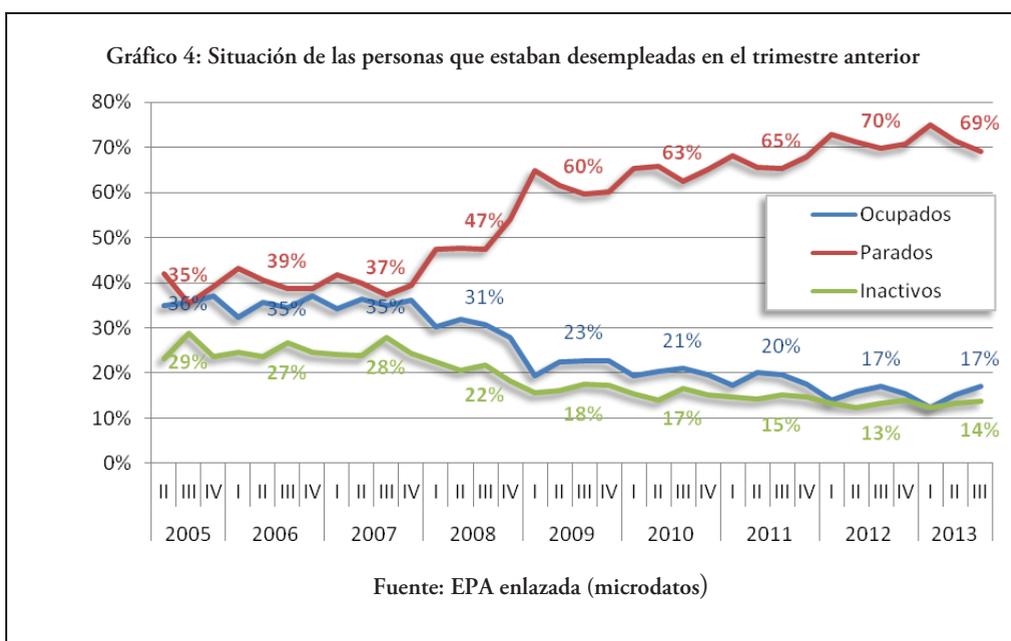
la recuperación de los niveles de empleo: en la última EPA se registraron casi un 3% menos de ocupados que en el tercer trimestre de 2012. El resultado de todo ello es que hoy tienen un empleo en España 3,7 millones de personas menos que en el tercer trimestre de 2007 y hay 4,1 millones más de parados.

La descomposición de estos datos permite múltiples puntos de vista. Como muestra el **Gráfico 3**, mientras que el empleo no asalariado muestra un comportamiento razonablemente positivo -aunque no termina de consolidar crecimientos positivos-, los asalariados de uno y otro sector parecen comenzar su camino hacia la recuperación.



Desde una perspectiva sectorial, tomando como referencia los primeros meses de 2008 -los cambios metodológicos en el Catálogo Nacional de Actividades Económicas dificultan realizar comparaciones homogéneas más lejanas-, y empleando la agrupación en 21 categorías que hace el propio INE, sólo tres ramas concentran el 86% de la pérdida total de ocupación. El sector de la construcción ha sido responsable del 46,3% del total de puestos de trabajo destruidos desde entonces, lo que explica en gran medida la homogeneización de las tasas de paro por sexos -es este un sector

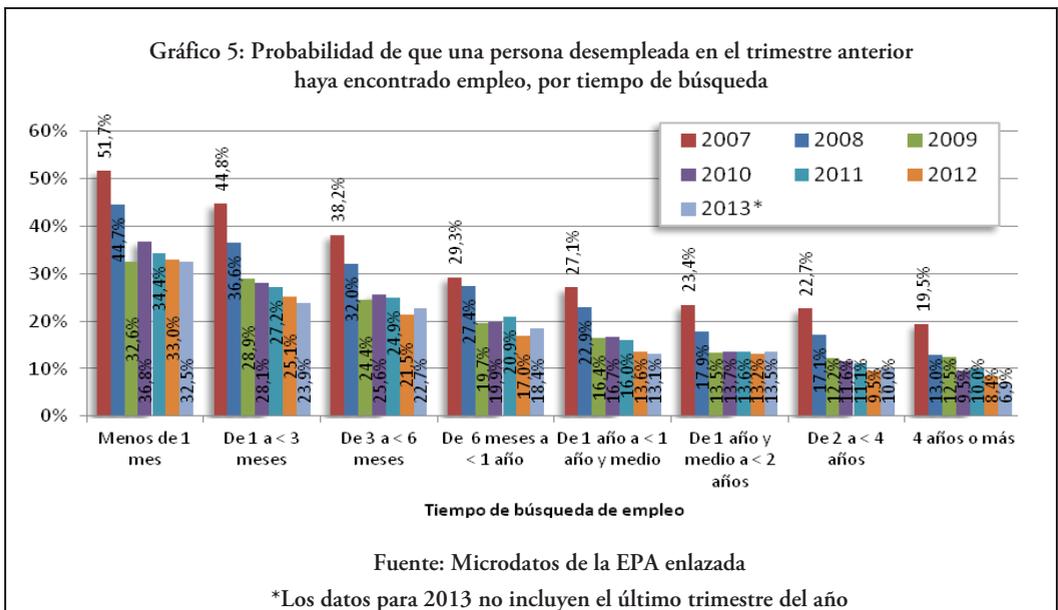
eminentemente masculino-, seguido de la industria manufacturera (con un 28,5% del empleo total) y de la agrupación de comercio y talleres de reparación de vehículos (11,2%). De hecho, hasta entrado el año 2011 estos sectores destruyeron en torno al 100% de los puestos de trabajo que se habían perdido (pues el resto de sectores se compensaban entre sí, con actividades como la Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria, o las actividades sanitarias y de servicios sociales creando empleo). Consecuentemente puede afirmarse que la responsabilidad de estos sectores a la actual destrucción de empleo, aun siendo importante, es relativamente menor: en el año 2012 las actividades más directamente relacionadas con la actividad pública -las mismas que creaban empleo en los primeros años- han supuesto conjuntamente el 43% de la destrucción total de puestos de trabajo de la economía española.



La consecuencia de este empeoramiento de la situación del mercado de trabajo tiene un impacto directo en las probabilidades de abandonar la situación de desempleo. El **Gráfico 4**, elaborado a partir de la explotación de datos de la EPA enlazada (que aprovecha que la encuesta se realiza a cada hogar durante seis trimestres consecutivos, con lo que permite conocer los cambios que se producen en la situación de cada individuo) puede entenderse como la probabilidad de que una persona que se encuentra desempleada en un determinado trimestre se encuentra en cada una de las

situaciones indicadas: si en el tercer trimestre de 2013 sólo un 17% de quienes estaban desempleados en el trimestre anterior encontraron una ocupación, antes del inicio de la crisis la probabilidad de pasar del paro a un empleo era más del doble. Consecuentemente, las probabilidades de seguir desempleado en el siguiente trimestre son ahora de aproximadamente un 70%, mientras antes de 2008 no llegaban al 40%.

En consecuencia, el desempleo de larga duración se ha incrementado preocupantemente en los últimos años. En el tercer trimestre de 2007, sólo una cuarta parte de los desempleados habían dejado su ocupación hacía más de un año, mientras que la última EPA eleva este grupo hasta casi la mitad del total de los parados que se encuentra en dicha situación. Esto supone un problema coyuntural, pues cuanto más tiempo pasa un trabajador en el paro, menores son sus posibilidades de salir de él. Como muestra con claridad el **Gráfico 5**, no sólo se han ido reduciendo conforme ha avanzado la crisis las probabilidades de que un desempleado encuentre empleo en el trimestre siguiente, sino que ha crecido la penalización que sufren los trabajadores que más tiempo llevan buscando empleo en relación a los más recientes: así, si en 2007 la probabilidad de un desempleado de estar ocupado en el trimestre siguiente fue de del 51% en caso de llevar un mes de búsqueda frente al 19,5%, si llevaba más de cuatro años (2,6 veces más), con los datos disponibles de 2013 dicha probabilidad ha caído hasta niveles en los que la posibilidad para los buscadores más recientes cuadruplica sobradamente la de los de más larga duración en el paro.



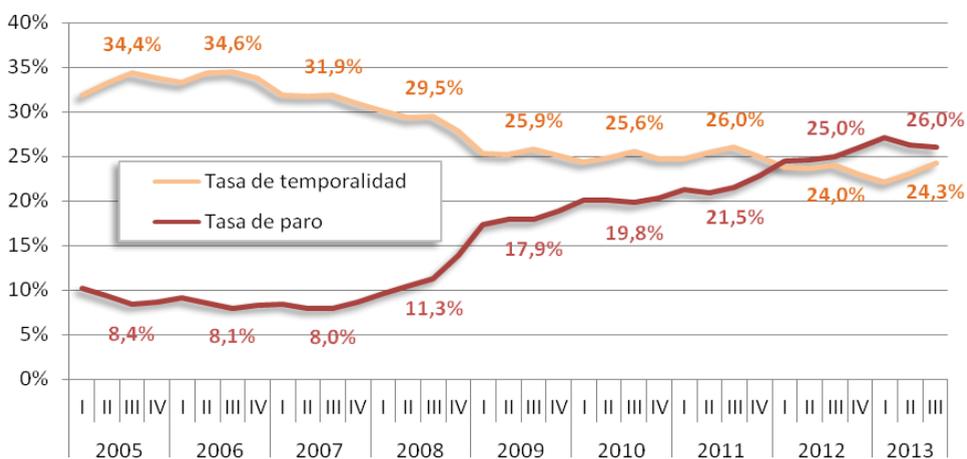
Es por último preciso hacer una mención al trabajo a tiempo parcial, pues dentro del desolador panorama del mercado laboral español, muestra una tendencia positiva, que ha elevado su participación en la ocupación desde el 12% al 16% en los últimos años, de modo que pese a la destrucción de empleo generalizada, existen hoy más ocupados con esta jornada de los que había en 2007. No obstante, debe señalarse que más que una opción vital o una muestra de flexibilidad, se trata de una forma de reparto del trabajo, por cuanto que más de dos tercios de los así ocupados lo son por no haber encontrado un empleo a tiempo completo, lo que supone el doble que antes de la crisis.

### **3. LA DUALIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO**

Uno de los aspectos que mayor preocupación produce en todos los diagnósticos que se realizan sobre el mercado español, tanto desde ámbitos académicos como desde instituciones internacionales, es el de la dualidad, o lo que es lo mismo, la fortísima segmentación que existe, al tener un muy importante número de trabajadores un vínculo contractual de naturaleza temporal.

La tasa de temporalidad española ha estado en niveles superiores al 30% desde los años noventa, y sólo a partir de 2006 se ha producido una reducción relevante de la tasa. Aunque es cierto que coincide con la introducción de algunas medidas legislativas, en el **Gráfico 6** permite afirmar que existe una intensa relación con el nivel de desempleo de la economía. A diferencia de otras crisis anteriores, en las que alcanzando altos niveles de paro la temporalidad apenas se redujo, en esta presenta una simetría casi perfecta, de tal modo que el incremento de la tasa de desempleo hasta los máximos de en torno al 26% también ha supuesto la reducción de la tasa de temporalidad a tasas desconocidas desde los años ochenta del siglo pasado, inferiores al 25%, que por otra parte aún son muy elevadas en términos comparados.

Gráfico 6: Tasas de paro y temporalidad



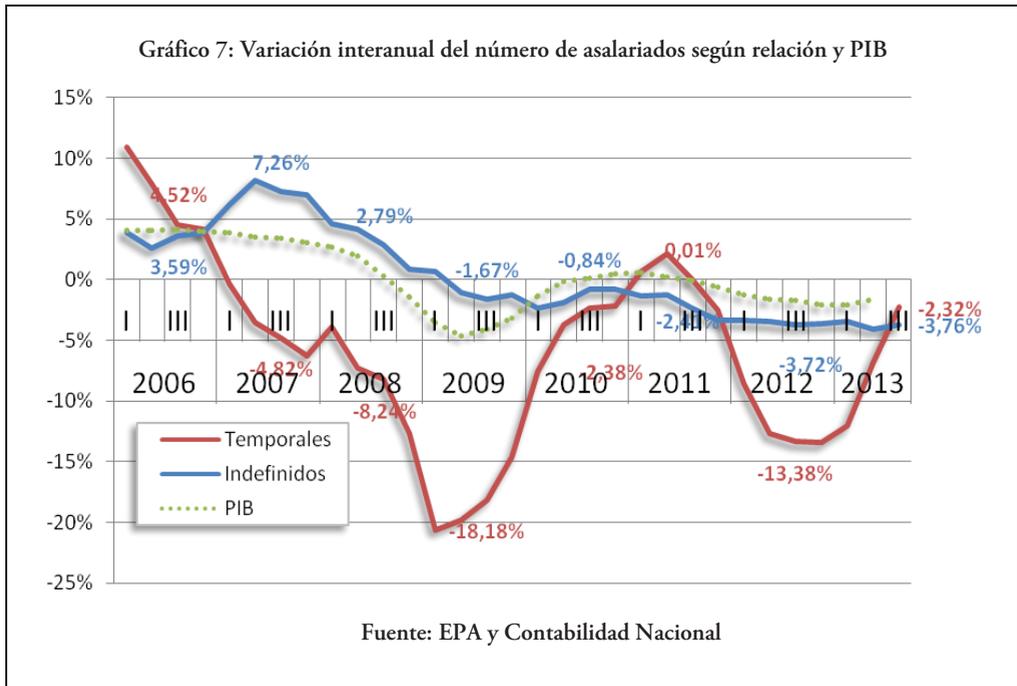
Fuente de los datos: Encuesta de Población Activa (EPA)

La importancia de esta dualidad no se limita a una situación de mayor incertidumbre sobre la situación laboral para los trabajadores en este tipo de ocupaciones, sino que realmente les coloca ante mayores riesgos: además de la correlación de situaciones de desempleo con la estacionalidad de la economía, las probabilidades de que un trabajador temporal pase a estar sin ocupación de ninguna clase en el trimestre siguiente oscilan en niveles en torno al 23% (según el momento del año) mientras que para un trabajador indefinido es tan sólo del 4%.

La temporalidad es además responsable de la sobre reacción del nivel de empleo ante cambios pequeños en el producto interior bruto. El Gráfico 7 permite apreciar como en los momentos en los que se han producido las caídas del PIB el impacto en el trabajo indefinido ha sido moderado y con cierto retardo, mientras que el número de asalariados temporales se ha producido con mucha intensidad y respondiendo más a la tendencia de la variación del PIB que a su valor. Cuando empezó a desacelerarse el crecimiento en 2007, aunque todavía era positivo, ya comenzó la destrucción de empleo temporal; cuando efectivamente la economía se contrajo, a partir de 2009, se disparó dicha pérdida de ocupados no permanentes, y cuando, en 2010 y 2011 la evolución de dicho indicado macroeconómico apuntaba a la recuperación, incluso

llegó a producirse un incremento del número de asalariados temporales, de la misma forma que ocurre en la actualidad. Es previsible que en los próximos trimestres comience a verse un incremento positivo de los contratos temporales, mientras que el empleo indefinido seguirá en niveles negativos hasta que se consolide la recuperación económica.

Desde la perspectiva más dinámica que ofrecen los datos del registro de contratos de los Servicios Públicos de Empleo, se corrobora la intuición señalada. La contratación indefinida, que siempre ha sido residual en número -debe tenerse en cuenta que durante la vigencia de un vínculo de esta naturaleza pueden producirse innumerables contratos temporales- se ha visto reducida; ante la relajación que en la práctica se da del principio de causalidad en la contratación temporal, es lógico que los empresarios, en un contexto de incertidumbre sobre el futuro, sean reacios a comprometerse con vínculos de más larga duración. Así, conforme a los últimos datos, menos del 4% de los contratos iniciales son indefinidos, dos puntos porcentuales menos que antes del inicio de la crisis. Si se incluyen en el cómputo las conversiones de contratos temporales en indefinidos el porcentaje se eleva hasta algo más del 5,5%, pero también sigue lejos de los niveles de 2007, que se encontraban en torno al 13%. Debe señalarse además que la existencia de diferentes modalidades de contratación indefinida no parece tener particular incidencia en las políticas de recursos humanos de las empresas. A pesar de un aparente pero leve impulso inicial de la contratación indefinida tras la supresión del Contrato de Fomento de la contratación indefinida, la generalización de la indemnización de 33 días para el caso de despido improcedente y la aparición del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, sigue siendo predominante el uso de contratos temporales, aunque existe una leve recuperación del empleo sin término prefijado en las empresas de menor tamaño (hasta 50 trabajadores). Estos, por su parte, se concentran -aproximadamente el 80% del total de los registrados- en las figuras del contrato por obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. Las restantes figuras (interinidad, formativos y otras de menor importancia), suman el 15% del total.

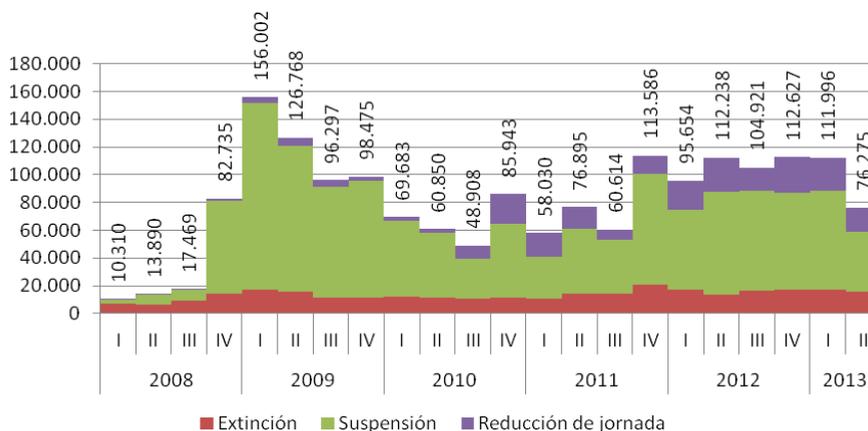


#### 4. REGULACIÓN DE EMPLEO

Ante una situación económica adversa, las empresas, para sobrevivir, necesitan con frecuencia ajustar sus estructuras y sistemas de producción. Entre los ajustes, evidentemente, se encuentran los relacionados con el trabajo, que desde la perspectiva de costes tienen una importancia ciertamente significativa. Los ajustes pueden tener una naturaleza temporal, como las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada, o definitiva, extinguiendo los contratos de trabajo.

En el **Gráfico 8** se muestra como el incremento provocado a partir de 2008, cuando los efectos de la crisis financiera empiezan a trasladarse al mercado de trabajo de forma más nítida, se concentra en las formas no extintivas de la regulación de empleo. Comienza en primer lugar a crecer el uso de los procedimientos en los que se procede a la suspensión de contratos temporales y posteriormente, primero con más suavidad a partir de 2010 y después con claridad desde 2012, las reducciones de jornada, respondiendo así a los estímulos legislativos que se hicieron en dicho sentido.

Gráfico 8: Trabajadores afectados por procedimientos de regulación de empleo, según tipo



Fuente de los datos: INE/Boletín de estadísticas laborales

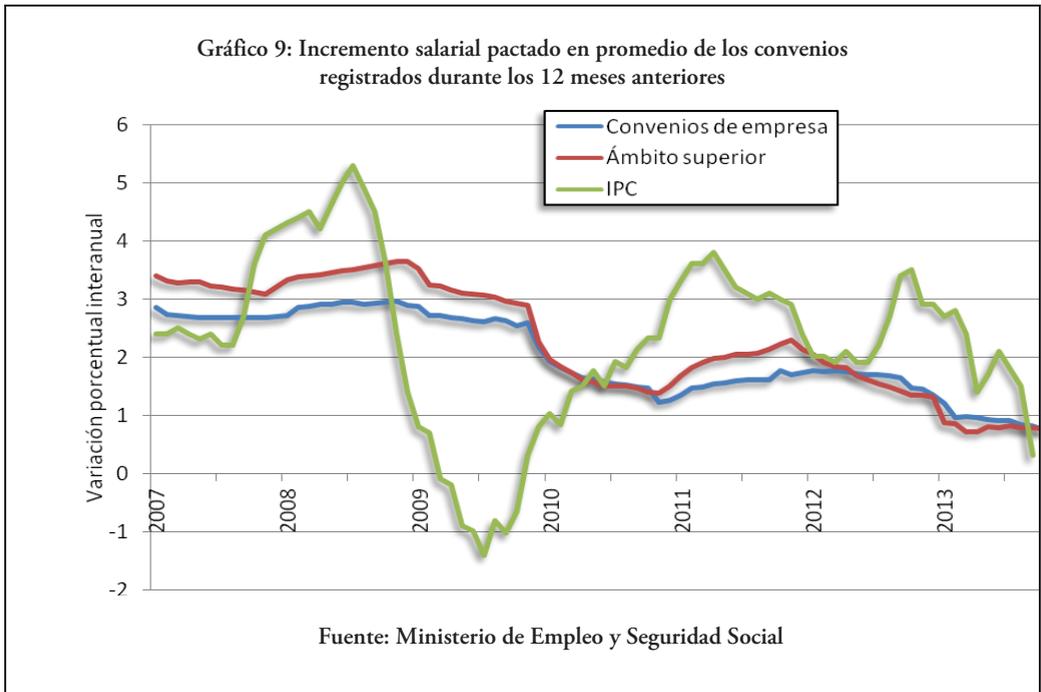
Consecuentemente, el porcentaje de procedimientos extintivos ha perdido peso tanto en número de expedientes (a partir de la reforma pierden la naturaleza administrativa, aunque es frecuente que se siga empleando la denominación tradicional) como en trabajadores afectados. Hoy en los primeros meses de 2013 sólo el 17% de los trabajadores afectados por alguna clase de procedimiento de regulación ha perdido su empleo, mientras que el 20% ha visto reducida su jornada y el restante 63% soporta una suspensión temporal de su contrato de trabajo.

## 5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La situación de crisis económica profunda, en todo caso, dificulta que se alcancen acuerdos. Al margen de la existencia de retrasos en el registro -los datos de negociación colectiva no se consideran oficiales hasta transcurridos tres años, pues se clasifican por el inicio de efectos económicos y no es infrecuente que se pacten efectos retroactivos- que sobrevaloran la caída de acuerdos firmados, puede verse como los momentos de mayor destrucción de empleo suponen un número de acuerdos más reducido. La existencia de grandes centrales sindicales y patronales con influencia en todo el

territorio y en prácticamente todos los sectores hace que el número de acuerdos firmados sea muy sensible a la situación global de la economía y al clima de mayor o menor entendimiento que exista en cada situación.

La caída es notable, pues en el último lustro se ha pasado de aproximadamente 6.000 convenios colectivos (de los cuales algo menos de 5000 eran empresariales y el resto sectoriales) a menos de la mitad. En los últimos doce meses, aunque se apunta una leve tendencia al aumento de acuerdos, apenas se superan los 2500. Si se tiene en cuenta que la tendencia ha sido siempre creciente, puede afirmarse que se ha producido un retroceso de al menos una década en la cobertura por nuevos convenios; ello no significa, sin embargo, la existencia de un vacío generalizado en la regulación de las relaciones laborales: al margen de que muchos convenios pueden estar tácitamente prorrogados, hasta el pasado 7 de julio la llamada ultraactividad produjo plenos efectos, y aún denunciados, no es infrecuente el acuerdo, al amparo de la propia ley, de prórroga de contenidos en tanto se negocia un nuevo convenio colectivo de trabajo.



En relación a las condiciones económicas pactadas, se aprecia la clara tendencia hacia moderación salarial: aunque a lo largo de 2009, durante la breve deflación, los

salarios pactados siguieron creciendo prácticamente al mismo ritmo, progresivamente se ha producido una reducción de la tasa de aumento de los mismos. Debe tenerse en cuenta que en aras a una mayor claridad del gráfico, cada dato representa el año inmediatamente anterior, por lo que los cambios de tendencia se observan con cierta lentitud. En todo caso, sin cambios bruscos, la progresión es clara: el promedio de los convenios firmados durante los últimos meses ya es inferior al 1%, frente a una inflación que se mantiene en niveles entre el 2% y el 3%, al margen de la caída de los últimos meses. Ante una perspectiva de deflación o al menos ausencia de inflación, es difícil prever el comportamiento negocial, pues el retroceso de salarios nominales encontrará posiblemente una fuerte resistencia.

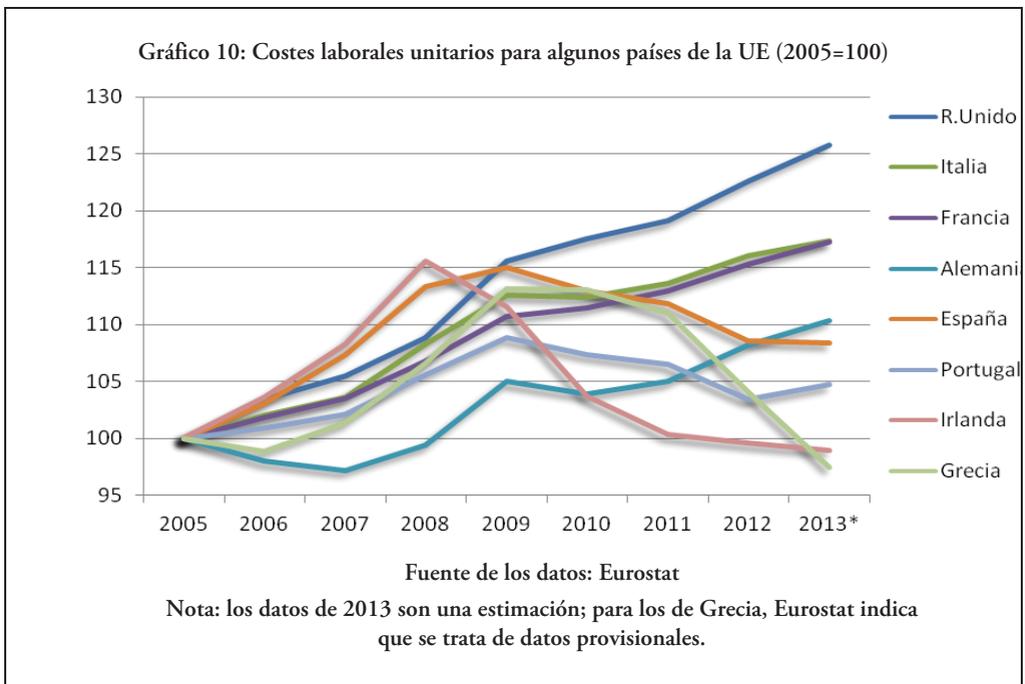
## **6. COSTES LABORALES**

La competitividad de la economía resulta clave para la generación de empleo. La contención de costes laborales -acompañada de un adecuado grado de competencia interempresarial que reduzca los márgenes empresariales- es imprescindible para el incremento de las exportaciones y del consumo interno. La evolución de los costes laborales resulta por ello una variable de máximo interés para obtener una visión completa del mercado de trabajo.

Los costes laborales por hora trabajada, que permiten una correcta comparación intertemporal al no verse afectados por variaciones en la duración de la jornada, mantuvieron, en términos reales, un crecimiento más o menos constante -al margen de las variaciones estacionales- hasta el año 2009, produciéndose a partir de este instante una inversión de la tendencia. La serie real, con niveles de precios de 2011, indica como desde el máximo de 20,1 euros por hora de aquel año, los costes se han reducido en un 6,68% hasta el segundo trimestre de este año.

Dentro de la evolución de los costes laborales, puede señalarse que los costes de despido no se han incrementado tanto como cabría esperar por la afectación de trabajadores con contrato indefinido y gran antigüedad: a lo largo de 2010 sí que se produjo un incremento del coste medio por trabajador despedido, que llegó a superar los 23.500 euros, pero los últimos datos han vuelto a situarse en la horquilla de 15.000 a 16.000 euros, que era la existente en 2008. En todo caso, los efectos de reducción de costes de la reforma laboral tardarán en producir efecto sobre esta estadística, puesto que las disposiciones transitorias minoran el impacto sobre trabajadores contratados con anterioridad.

No obstante, debe indicarse que una reducción de los costes laborales no implica por sí misma una ganancia de competitividad, pues debe tenerse en cuenta que la productividad no es constante. De este modo, si los costes laborales crecen pero en menor medida que la productividad, se estará ganando competitividad, al menos en un plano teórico. De hecho, la visión completa de la ganancia de productividad necesariamente tiene que hacerse en términos comparativos. El concepto de costes laborales unitarios (CLUs), que toma en consideración el cociente entre la productividad y los costes laborales, permite evaluar -si se mantiene constante la estructura productiva, pues en realidad habría que valorarla producto por producto- las ganancias o pérdidas de competitividad.



El **Gráfico 10**, que toma como índice la situación de partida en 2005, muestra que, mientras que R. Unido, Alemania, Francia o Italia han mantenido una senda más o menos estable de crecimiento de sus costes laborales unitarios, otros países como España, Portugal, Irlanda o Grecia tuvieron un primer momento de crecimiento acelerado y a partir de 2008, coincidiendo con la crisis económica global, comenzaron un proceso de ajuste. De este modo, tras los últimos años en que la moderación salarial ha permitido reducir el importe de los gastos que debe afrontar una empresa española

en relación a una unidad de producto (medida en euros), nuestro país se encuentra en una posición competitiva mejor respecto a importantes economías europeas en comparación a la que tenía en 2005. La continuidad de la evolución de esta variable puede permitir mejorar la capacidad exportadora de las empresas, aunque debe interpretarse con cautela, pues los cambios que se están produciendo en la estructura productiva dificultan enormemente las comparaciones.

## 7. CONFLICTIVIDAD LABORAL

La concurrencia de circunstancias tan negativas sobre la economía como las que actualmente afectan a la española puede tener un efecto colateral adverso, que refuerce el impacto negativo sobre el mercado de trabajo. La alta tasa de desempleo, la escasez de recursos en las empresas y la necesidad de afrontar ajustes a la baja en las condiciones de trabajo, pueden incrementar los conflictos en las relaciones laborales, lo que a su vez puede tener efectos negativos en la productividad y competitividad de las empresas, agravando los problemas de desempleo.

Los datos disponibles sobre conciliación administrativa -requisito necesario con carácter general para la presentación de una demanda ante la jurisdicción social- muestran cómo, primero en 2008 se produjo un incremento de los asuntos planteados del 37% respecto a 2007, empujado tanto por los despidos (36%, lo que supone 42.500 papeletas adicionales) como por las reclamaciones de cantidad, que aumentaron un 46% (764.200 asuntos más), que posteriormente se reforzó en 2009, para llegar a un total de 536.194, marcando un máximo histórico en la serie (que registra datos desde 1995), lo que supone un incremento adicional sobre los niveles de 2007 de un 20%. En este segundo año, como era de esperar a la luz de los datos de destrucción de empleo que se han analizado más arriba, aumentaron de forma notable los asuntos por despido, que en 2010 volvieron a niveles inferiores a 2008. Durante ese tercer año de crisis los asuntos presentados en conciliación individual por la terminación del contrato se situaron “sólo” un 25% por encima de los niveles de 2007.

La supresión del llamado despido exprés y los salarios de tramitación por la reforma laboral del año 2012, unido a los problemas fiscales -la indemnización por despido superior a los 20 días de salario por año de servicio sólo está exenta del IRPF si se acuerda en conciliación administrativa o ante el juez de lo social, siempre con el límite de la prevista para el despido improcedente-, incrementaron en 2012 enormemente el número de conciliaciones por despido, sin que esto pueda

interpretarse automáticamente como un aumento de la conflictividad en el ámbito de las relaciones laborales; de hecho, casi todo el incremento se ha producido en asuntos que finalmente se resuelven con avenencia. Las reclamaciones de cantidad apenas crecieron un 2%, y las de los restantes motivos un 4% respecto al año anterior.

Un efecto de las reformas de 2010 y 2012, que avanzaron en la dirección de clarificar las causas de despido por causas objetivas para facilitar su calificación como procedente (y consiguientemente la menor indemnización) parece estar produciendo sus efectos sobre las resoluciones judiciales. En el año 2009, en que la situación de la economía y el empleo fue ciertamente muy negativa, un 40% de las resoluciones judiciales en materia de despido fueron total o parcialmente favorables al trabajador, y sólo un 11% desfavorables, lográndose la conciliación en un 23% de los casos (el porcentaje restante corresponde a desistimientos y otras causas, que conjuntamente suman un 26%, porcentaje que se ha mantenido razonablemente constante). En el primer semestre de 2013, los casos de sentencia total o parcialmente favorables al trabajadores en asuntos de despido han caído diez puntos, y aunque las desfavorables siguen siendo infrecuentes -de hecho también han caído en dos puntos- la conciliación judicial ahora es mucho más frecuente, alcanzando el 36% de estos asuntos por despido.

Por último, dentro del análisis de la conflictividad laboral es preciso hacer una alusión a la estadística de huelgas. La primera fase de la crisis económica aumentó estas, de modo que si en 2006 se perdían aproximadamente 900.000 jornadas de trabajo por este motivo, con la participación de unos 500.000 trabajadores, en 2009 se superó 1.500.000 jornadas y los 700.000 trabajadores participantes. Sin embargo, tras esta primera fase de cierta agitación social, se produjo una progresiva reducción de la conflictividad, llegándose a niveles de aproximadamente la mitad que en 2006. Sin embargo, a partir del segundo trimestre de 2012 vuelve a repuntar con gran velocidad tanto el número de jornadas perdidas, que parece haber detenido su aumento, aunque aún es pronto para afirmar que la tendencia es decreciente. Tras los meses de junio y julio de 2013, el promedio de pérdida es de 1,3 millones de jornadas anuales con la participación de medio millón de trabajadores.

Jesús R. Mercader Uguina  
Universidad Carlos III de Madrid  
jmercader@der-pr.uc3m.es

Pablo Gimeno Díaz de Aauri  
Universidad Carlos III de Madrid  
pgimeno@der-pr.uc3m.es

# INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la Norma AENOR UNE 50-133-94 (equivalente a ISO 215:1986) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la Norma AENOR UNE 50-104-94 (equivalente a ISO 690:1987) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) aconsejar su publicación; b) desaconsejar su publicación; c) proponer algunos cambios. Derechos Social y Empresa no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derecho Social y Empresa comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos Social y Empresa. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**md.rubio.de.medina@gmail.com**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Derecho Social y Empresa establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

**Libros:** A. OJEDA AVILÉS, *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.

**Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** M. SIERRA BENÍTEZ, “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en VV.AA., *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, directora P. Núñez-Cortés Contreras, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.

**Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** J. GARCÍA VIÑA, “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101-124.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: J. GARCÍA VIÑA, “Situación de la violencia...” cit.

## PUBLISHING GUIDELINES IN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instructions for authors established following the standard AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1.5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1.5 spaces. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to anonymous and external referees that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derecho Social y Empresa will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derecho Social y Empresa as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while it is being considered for publication in Derecho Social y Empresa. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails ([md.rubio.de.medina@gmail.com](mailto:md.rubio.de.medina@gmail.com)). In order to facilitate the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, the following details should be included as listed: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

**Books:** A. OJEDA AVILÉS, *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.

**Articles included in collective works. :** M. SIERRA BENÍTEZ, "La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia", en VV.AA., *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, directora P. Núñez-Cortés Contreras, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.

**Articles included in periodic publications:** J. H. HOWELL, "Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past", *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006 , pp. 501-505.

In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression cit.. As for instance, J. GARCÍA VIÑA, "Situation of violence..." cit.



UNIVERSIDAD  
**LOYOLA**  
ANDALUCÍA

Una universidad con valores...

PASIÓN POR CONOCER  
SERVICIO  
UNIVERSALIDAD Y APERTURA  
EXCELENCIA  
EXIGENCIA  
COMPROMISO  
LIDERAZGO Y DIÁLOGO  
INTERNACIONAL

A partir del curso 2013-2014

Campus Córdoba  
ETEÁ  
C/ Escritor Castilla Aguayo, 4  
14004 Córdoba  
Tel. 957 222 100

[www.uloyola.es](http://www.uloyola.es)

Campus Sevilla  
Palmas Altas  
C/ Energía Solar, 1  
41014 Sevilla  
Tel. 955 641 600