

noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias; (v) la normativa de desarrollo en materia de establecimientos de cambio de moneda y gestión de transferencias (i.e., el Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito, que desarrolla el artículo 178 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; la Circular número 6/2001, de 29 de octubre, sobre Titulares de Establecimientos de Cambio de Moneda; y la Orden de 16 de noviembre de 2000); o (vi) el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio.

En aras de la seguridad jurídica sería conveniente que dichas normas fuesen igualmente objeto de modificación o derogación expresas, o que se adjuntase al nuevo texto una tabla de equivalencias, modificaciones y derogaciones, para evitar incoherencias o interpretaciones contradictorias en la aplicación de la futura ley.

Por último, cabe destacar que el Anteproyecto establece un régimen transitorio para establecimientos de cambio de moneda autorizados para la gestión de transferencias con el exterior antes del 25 de diciembre de 2007. Para poder seguir prestando los citados servicios, estos establecimientos deberán solicitar su autorización como entidad de crédito o entidad de pago antes del 30 de abril de 2011, debiendo aquellos que no la soliciten u obtengan cesar en su actividad en esa fecha. No obstante, la autorización no será precisa para su conversión en entidades de pago cuando (a) no se proceda a la ampliación del objeto social y (b) se acredite por la entidad el cumplimiento de los requisitos mínimos previstos en la nueva Ley y sus normas de desarrollo (Disposición transitoria segunda, apartado primero).

A diferencia de la versión inicial del Anteproyecto, (la publicada el 26 de enero), la actual prevé también un régimen transitorio para las demás personas jurídicas (distintas de los establecimientos de cambio de moneda) que vinieran desarrollando actividades propias de las entidades de pago con anterioridad al 25 de diciembre de 2007. Éstas podrán continuar prestando estos servicios en las condiciones actuales hasta el 30 de abril de 2011.

Tras esta fecha sólo podrán continuar en el ejercicio de tales actividades si han solicitado y obtenido autorización como entidades de crédito, entidades de dinero electrónico o entidades de pago (Disposición transitoria segunda, apartado segundo).

El Anteproyecto ha sido remitido al Consejo de Estado para su dictamen, tras lo cual comenzará su tramitación parlamentaria.

ANA RODRÍGUEZ ENCINAS (*)

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO Y CONCURSO

Consideraciones preliminares: con carácter general, el auto del juez de lo mercantil extingue por sí mismo los contratos de trabajo

Aún no es mucho el tiempo transcurrido desde el 1 de septiembre de 2004, fecha en que entró en vigor la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal (en adelante, «LC»), y ello explica en gran medida que todavía haya ciertas cuestiones que resulten controvertidas sobre la regulación de la LC en materia de extinción de contratos de trabajo y demás medidas laborales que han de tramitarse ante el juez de lo mercantil. El objeto del presente comentario es precisamente examinar, o al menos apuntar, algunas de esas cuestiones controvertidas; en ocasiones, las dudas interpretativas han sido prácticamente disipadas por los diferentes pronunciamientos judiciales y opiniones doctrinales, mientras que, otras veces, se sigue a la espera de una interpretación más asentada y mayoritariamente aceptada.

No está de más comenzar recordando los seguramente mayoritarios elogios que, sin perjuicio de importantes críticas a aspectos concretos, ha merecido la LC, al menos en su condición de gran obra legislativa que ha ordenado y, sobre todo, modernizado la regulación que el ordenamiento jurídico español establecía para los supuestos de insolvencia empresarial.

La presente y grave crisis económica ha convertido al Derecho Concursal en una de las disciplinas de más actualidad y de utilización más recurrente. Del

(*) Abogada del Área de Derecho Público y Procesal, Grupo de Práctica de Derecho de Defensa de la Competencia, de Uría Menéndez (Madrid).

mismo modo ha sucedido con el Derecho del Trabajo, que ahora incluiría también en su ámbito normativo a parte de la propia LC, dando así lugar al doctrinalmente denominado Derecho Consursal del Trabajo.

En efecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial (mediante la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de Reforma Consursal del Poder Judicial) atribuye al juez de lo mercantil jurisdicción para conocer de materias que con anterioridad eran de la competencia de la jurisdicción social pero que, por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento, no deben resolverse de forma autónoma y al margen del concurso. En todo caso, y tal y como se afirma en la Exposición de motivos de la LC, *«conciliando todo ello con la regulación material actualmente contenida en la legislación laboral»*.

En línea con lo apuntado, y centrándonos en lo relativo a la extinción colectiva de relaciones laborales, el artículo 8 de la LC dispone taxativamente que la jurisdicción del juez de lo mercantil es exclusiva y excluyente respecto de las *«acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado»*. A su vez, el artículo 57 bis del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, «ET»), añadido por la disposición adicional cuarta de la LC, establece que, en caso de concurso, a los supuestos de extinción colectiva de los contratos de trabajo se aplicarán las especialidades prevista en la LC.

En relación con ello, y con carácter preliminar, conviene advertir que el artículo 64 de la LC es prácticamente un calco del procedimiento establecido en el artículo 51 del ET para el despido colectivo (con la diferencia terminológica de «extinción colectiva» en lugar de referirse a despido colectivo o expedientes de regulación de empleo —el comúnmente denominado «ERE»—). Ello ha comportado que con frecuencia se haya dicho que el artículo 64 de la LC supone de hecho una judicialización de los EREs, si bien con alguna diferencia importante que no debe desdeñarse.

En concreto, en contraposición a lo que sucede con la resolución administrativa que dicta la autoridad laboral al aprobar un ERE (que, como es sabido, no extingue *per se* los contratos de trabajo, sino que deberá ser el empleador quien, aplicando dicha resolución, los extinga), el auto del juez de lo mercantil sí comporta por sí mismo la extinción

de los contratos de trabajo. Así se establece con carácter general, por ejemplo, en el importante auto de 30 de julio de 2007 del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Cádiz (que resolvió el expediente de extinción colectiva de la empresa Delphi Automotive Systems España, S.L. que tanta repercusión pública tuvo), que acoge la opinión doctrinal de Desdentado Bonete y el criterio sentado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de septiembre de 2005. A la vista de la naturaleza extintiva del auto del juez de lo mercantil que pone fin al expediente judicial de regulación de empleo, el auto mencionado realiza una importante consideración de carácter práctico: *«ello significa que frente a los términos genéricos de la solicitud de ERE y de la propia resolución (que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados [...]), en el expediente del art. 64 LC, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución [...]»*.

Sin perjuicio de lo anterior, el propio auto reconoce y precisa más adelante que *«pueden existir casos excepcionales en los que la resolución del Juez [de lo Mercantil] se asimile a la autorización de la Autoridad Laboral, cuando la decisión extintiva o suspensiva haya de diferirse en el tiempo»*; así sucedió en el concreto caso que se enjuició, ya que los trabajadores, de conformidad con el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, debían continuar prestando sus servicios para la empresa concursada durante un período de tiempo.

Competencia del juez de lo mercantil: despidos individuales versus extinciones colectivas (antes y después de la solicitud del concurso)

El apartado 1 del artículo 64 de la LC dispone que los expedientes de extinción colectiva de contratos de trabajo, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante aquél según la reglas establecidas en el propio artículo 64 de la LC.

En consecuencia, una primera clasificación, que cuenta con mayoritario respaldo jurisprudencial y doctrinal, permite afirmar que, habiéndose presentado la solicitud de concurso (y también si ha sido declarado el concurso por el juez de lo mercantil) (i) los despidos individuales se seguirán rigiendo por los artículos 54 y 55 del ET en el supuesto de

que hubiere motivos disciplinarios y por los artículos 52 y 53 del ET de concurrir causas objetivas, debiendo ser impugnados ante la jurisdicción social; mientras que (ii) los despidos colectivos se regirán por el procedimiento dispuesto en el artículo 64 de la LC y se tramitarán ante el juez de lo mercantil.

En esta línea se ha manifestado la doctrina científica; así, y entre otros, puede citarse a Ángel Blasco en su obra «El expediente concursal de regulación de empleo» (en *Anuario de Derecho Concursal* 14/2008), quien aclara que la exclusión de despidos individuales del ámbito del juez de lo mercantil tiene lugar aun cuando tales despidos se basen en la propia situación de insolvencia empresarial; Ignacio García-Perrote y Franco Muschi en el capítulo titulado «Medidas laborales en situaciones concursales», incluido en *Medidas laborales para empresas en crisis* (Aranzadi, 2009); o Jesús Mercader y M.^a Teresa Alameda en *Comentario de la Ley Concursal* (Ed. Civitas, tomo I, 2004).

Igualmente, diversos pronunciamientos judiciales han confirmado esta distribución competencial entre la jurisdicción social y la mercantil. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de junio de 2005 establece que «*teniendo en cuenta que las acciones que se ejercitan por los trabajadores son acciones de despido de naturaleza individual, fundadas en la circunstancia de la falta de ocupación efectiva, debe concluirse que su conocimiento no corresponde al Juez del Concurso, a quien sólo compete las extinciones de naturaleza colectiva; no siendo óbice para ello el hecho de que en el presente proceso, fruto de la acumulación de varios autos, se vean implicados 13 trabajadores*». En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 2 de febrero de 2006 y del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Las Palmas) de 30 de octubre de 2007, así como el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 29 de marzo de 2005.

Así pues, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51.1 de la LC, los procedimientos ante el orden social en que se juzguen despidos individuales —o incluso solicitudes de extinción de contratos de trabajo amparadas en los apartados a) o c) del artículo 50 del ET, no pudiendo ocasionalmente ser así respecto de procedimientos en que se accione por el apartado b) de dicho artículo, como se verá más adelante— en el que el deudor sea parte, y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso, continuarán hasta la firmeza

de la sentencia. Sin embargo, el propio artículo 51.1 de la LC prevé a continuación que el juez de lo mercantil podrá solicitar su acumulación cuando se estén tramitando en la instancia y si considera que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores. Por otra parte, y en virtud del artículo 8.3 de la LC, aunque el enjuiciamiento de despidos individuales compete al juez social, la ejecución de la sentencia resultante corresponderá al juez de lo mercantil en la medida en que dicha ejecución afecte a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado.

En sentido contrario, hay que afirmar que cuando se trate de despidos que afecten a varios trabajadores, y se superen los umbrales establecidos en el artículo 51 del ET para el despido colectivo, habrá de preceptivamente seguirse ante el juez de lo mercantil el procedimiento de extinción colectiva de contratos de trabajo regulado en el artículo 64 de la LC.

Se ha debatido qué sucede respecto de los EREs cuya tramitación se ha iniciado ante la autoridad laboral con carácter previo a la solicitud del concurso o a su declaración. Lo que se plantea es cuándo los EREs deben necesariamente plantearse ante el juez de lo mercantil: si una vez realizada la solicitud del concurso o tras la declaración de concurso. En opinión de Ángel Blasco, el artículo 64.1 de la LC (mencionado en el primer párrafo de este apartado) comportaría que los EREs «*iniciados antes de la solicitud del concurso deben seguir su tramitación ordinaria hasta su finalización, debiendo darse posteriormente a los créditos indemnizatorios, si los hubiere, el tratamiento concursal oportuno*». En cambio, otros autores, como Nuria Orellana Cano y F. Herrero Alarcón («Las pretensiones sociales en el concurso», cap. II, parte 7.^a, de *Memento Práctico Francis-Lefebvre: Procedimiento Laboral 2009-2010*), consideran que, tras la solicitud del concurso, los EREs que pudieren estar tramitándose con anterioridad frente a la autoridad laboral pasan a ser competencia del juez de lo mercantil.

El supuesto excepcional del artículo 64.10 de la LC: acciones individuales de extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1 b) del ET

Configurándose como excepción a cuanto se ha dicho en el apartado anterior, el artículo 64.10 de la LC establece que ciertas acciones individuales extintivas serán competencia del juez de lo mercantil. En efecto, el citado artículo 64.10 de la LC dispone que:

«Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1 (b) del ET tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

— Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.

— Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.

— Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores».

Entre los primeros extremos a destacar de esta regulación está el hecho de que únicamente entraría dentro de su ámbito de aplicación el apartado (b) del artículo 50.1 del ET, esto es, las solicitudes de trabajadores de extinción de sus contratos de trabajo en que aleguen falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Por otra parte, debe advertirse que los umbrales establecidos siguen la conocida escala numérica del artículo 51 del ET, con tres excepciones: (i) esta regla será de aplicación cuando se superen los límites antes indicados (mientras que en el artículo 51 del ET es suficiente con que «afecte al menos» a diez trabajadores en las empresas de menos de cien trabajadores); (ii) se incluyen aquellas acciones que afecten a la totalidad de la plantilla (no exigiéndose que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco); y, (iii) el tercer umbral se refiere a empresas de «más de 300» (mientras que el artículo 51 del ET incluye no sólo a éstas sino también a las que cuenten con trescientos) y el límite se fija en un veinticinco por ciento (en cambio, el artículo 51 del ET establece treinta trabajadores).

Son varias las cuestiones controvertidas con relación a este artículo 64.10 de la LC. Así, fue objeto de debate el cómputo de las acciones del artículo 50.1 (b) del ET que han de considerarse a los efectos de determinar si se superan los umbrales indicados. En relación con ello, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo se ha pronunciado ya en su sentencia de 21 de junio de 2007 confirmando la tesis mantenida por ciertos autores (Ignacio García-Perrote o Ángel Blasco), según la cual las acciones

iniciadas antes de la declaración del concurso no han de ser tenidas en cuenta a estos efectos (acciones que, a su vez, seguirán tramitándose ante la jurisdicción social). De este modo, se rechazaba la interpretación contraria (recogida, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de julio y 5 de octubre de 2005 y 23 de enero de 2007) que postulaba que debían computarse todas las acciones de esta naturaleza, incluso las anteriores a la solicitud de la declaración de concurso.

Por otra parte, se plantea cuál debe ser la indemnización que corresponde abonar en los supuestos de acciones del artículo 50.1 (b) del ET cuya resolución corresponda al juez de lo mercantil. En favor de considerar que deberá abonarse la indemnización prevista en el artículo 50.2 del ET (esto es, 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades) puede citarse la antes reseñada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de enero de 2007, la cual establece que la asimilación a la extinción colectiva de contratos de trabajo realizada por el artículo 64.10 de la LC tiene un carácter meramente procesal, no debiendo resultar afectada la regulación material o sustantiva de la extinción del contrato a instancias del trabajador. Pero este criterio de alguna doctrina de suplicación ha sido criticado por la doctrina científica, sosteniendo que deberá estarse a la indemnización prevista para los despidos colectivos (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades); en esta línea puede citarse a Aurelio Desdentado Bonete y Nuria Orellana Cano (*Los trabajadores ante el Concurso. Una guía práctica para laboristas*, Ed. Bomarzo, 2007) y a Jaime Segalés Fidalgo («La inexistencia de topes indemnizatorios para la extinción colectiva pactada en el contexto concursal (art. 64 LC)», *Aranzadi Social*, 2006).

En último lugar, no es pacífico el modo en que ha de interpretarse el encaje de las acciones del artículo 50.1 (b) del ET en el procedimiento de extinción colectiva de contratos de trabajo del artículo 64 de la LC. Una interpretación razonable de este tipo de acciones debería llevar a una adaptación flexible del procedimiento de extinción colectiva establecido con carácter general. Así, y a modo de ejemplo, se podría valorar si en estos casos es también necesario presentar el plan social sobre incidencia de las medidas laborales propuestas —exigible en empresas de más de 50 trabajadores—; o, permitir que intervengan en el período de consultas, además de la administración concursal y los representantes

de los trabajadores, los propios trabajadores interesados en demostrar el impago salarial.

Solicitud de la extinción colectiva de la totalidad de los contratos de trabajo con anterioridad al informe de la administración concursal

Entre las cuestiones que han generado un mayor debate en la práctica hay que destacar la de la posibilidad de solicitar o no la extinción colectiva de contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla con anterioridad a la emisión del informe de la administración concursal. En concreto, se ha planteado cuál debe ser la interpretación del apartado 3 del artículo 64 LC, cuyo tenor literal dispone que *«la adopción de la medidas previstas en el apartado anterior [esto es, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo] sólo podrá solicitarse del Juez del Concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración del concurso»*. Según el artículo 74, apartados 1 y 2, de la LC, el plazo para la presentación de tal informe por los administradores concursales es de dos meses (prorrogable a tres) desde la fecha en que se produzca la aceptación de dos de los administradores.

Como vía alternativa que en cierto modo podría acelerar la puesta en marcha del procedimiento de extinción colectiva de contratos de trabajo, el artículo 44.4 de la LC permitiría a la administración concursal solicitar al juez de lo mercantil el cierre o cese de actividad total o parcial de la empresa concursada. Sin embargo, esta vía no siempre ha resultado ser operativa, puesto que el funcionamiento de la administración concursal en ocasiones no es lo suficientemente ágil ante la necesidad de adoptar este tipo de medidas, o bien porque dicha administración concursal puede legítimamente no compartir la necesidad de extinguir los contratos de trabajo.

Afortunadamente, son ya varios los juzgados de lo mercantil que han ido huyendo de una interpretación en exceso literal del artículo 64.3 de la LC y, en la medida en que se aporten motivos suficientes, permiten la solicitud de la extinción colectiva de contratos de trabajo antes de la emisión del

informe de la administración concursal cuando se trata de extinciones que afectan a la totalidad de la plantilla. El hecho de que se admitan anticipadamente tales solicitudes en caso de extinciones que afectan a todos los trabajadores de la empresa es especialmente relevante, ya que, precisamente, dicha circunstancia se esgrimía en un principio como impedimento para aplicar la salvedad o excepción del artículo 64.3 de la LC al entenderse que dejaba de existir el factor de viabilidad futura de la empresa.

Es muy ilustrativo, en este sentido, el tantas veces citado importante auto del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Cádiz de 30 de julio de 2007, el cual, en un supuesto de extinción de la totalidad de los contratos de trabajo, se decanta por una interpretación flexible del artículo 64.3 de la LC en los siguientes términos: *«Que se presente la solicitud una vez emitido el informe de la administración concursal, aunque puede hacerse con anterioridad cuando se acredite que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa (artículo 64.3 LC), lo que ha de entenderse de forma flexible, en línea con la interpretación que de la expresión “viabilidad futura de la empresa” se hace en la STS (Sala Cuarta) de 14 de junio de 1996. Como señala Desdentado Bonete, se trata de una referencia optimista, cuando es lo cierto que la empresa puede estar en una situación de inviabilidad irreversible y por eso es preciso proceder cuanto antes a la extinción de los contratos de trabajo. El precepto debe interpretarse, según dicho autor, entendiéndose que los efectos negativos a los que se refiere el precepto no son sólo los que comprometan la viabilidad futura de las empresas, sino los que sean susceptibles de causar daño a la masa activa y a los propios trabajadores, así como los que perjudiquen el logro de los objetivos del concurso»*. Tal admisión anticipada de la solicitud de extinción colectiva de los contratos de trabajo se refleja también en el auto del mismo juzgado de 5 de mayo de 2006, y en los autos de 3 de marzo de 2005 y 8 de mayo de 2006 del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao.

Indemnización en extinciones colectivas de contratos de trabajo: sujeción a límites o flexibilidad en la determinación de su cuantía

El interés del conjunto de los acreedores ha sido repetidamente invocado por quienes sostienen que las indemnizaciones correspondientes a la extinción colectiva de contratos de trabajo en una situación concursal no deberían superar los 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensua-

lidades. En esta línea, Segalés Fidalgo, en la obra antes reseñada, argumenta que ello se desprende del artículo 43 de la LC, precepto que establece que *«en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso»*.

Sin embargo, la tesis contraria cuenta con un mayor respaldo doctrinal y jurisprudencial. Cabe citar, en este sentido, la conocida sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de septiembre de 2006 que, con numerosos argumentos, confirma la validez de establecer indemnizaciones superiores (en ese supuesto el acuerdo por el que concluyó el periodo de consultas fijó una indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 27 mensualidades). En la misma línea se han pronunciado el auto del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao de 8 de mayo de 2008; el auto del juzgado de lo mercantil de Vitoria de 19 de diciembre de 2005; o, el tantas veces citado auto del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Cádiz de 30 de julio de 2007 (si bien es cierto que éste último convalida el acuerdo de 45 días de salario por año de servicio más un posible complemento lineal, teniendo en cuenta que los fondos los aportaría el socio único de la concursada, sin afectar a la masa activa del concurso).

Desde el punto de vista doctrinal, cabe citar, entre otros, al magistrado del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao, Edmundo Rodríguez Achútegui (*«Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal»*, comentario 10/2005 del *Repertorio de Jurisprudencia*, Ed. Aranzadi), a Jesús Mercader Ugina y M.^a Teresa Alameda en la obra antes citada (quienes consideran decisivo el hecho de que el límite de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, que se incluía en el Proyecto de Ley Concursal de 2002 fuera posteriormente suprimido sin aparecer en la versión publicada de la LC), o, de nuevo, a Ángel Blasco. Éste último afirma que *«no cabe otra solución que admitir la posibilidad de que en el acuerdo de consultas se pacten indemnizaciones superiores a las legales, precisamente porque quien las pacta es la administración concursal que representa los intereses generales del concurso, entre ellos los de los acreedores. Sostener lo contrario implicaría, en mi opinión, desnaturalizar, vía interpretativa, la naturaleza y contenido de las propias consultas. Cuestión distinta sería que la Ley hubiese puesto límites, pero hay que reconocer que no lo ha hecho»*.

Cabe señalar, para finalizar, que las diversas dudas que aún puedan existir sobre la extinción colectiva de contratos de trabajo en el marco de la LC, deberían encontrar respuesta en una ponderada y razonable conjugación de los diversos intereses que confluyen en las complejas situaciones de insolvencia empresarial.

JUAN REYES HERREROS (*)

EL AJUSTE SECUNDARIO EN LAS OPERACIONES VINCULADAS

Introducción

La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal modificó la regulación de las operaciones vinculadas contenida en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades («LIS») con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de diciembre de 2006.

La anterior regulación del artículo 16 de la LIS establecía que la Administración tributaria podía valorar, dentro del periodo de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiera correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.

La actual redacción del artículo 16.1.1º de la LIS, aprobada por la Ley 36/2006, establece que las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado.

En consecuencia, el régimen de las operaciones vinculadas previsto en el artículo 16.1.1º de la LIS pasa de ser una «potestad valorativa» de la Administración tributaria, ejercitable únicamente cuando se producía una menor tributación en España o un diferimiento de esa tributación, a configurarse ahora como una verdadera norma de valoración, de aplicación obligatoria para el sujeto pasivo.

(*) Abogado del Área de Derecho Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).