

LA WEB RESPONDE

# La jubilación es forzosa sólo por convenio colectivo

No procede la extinción del contrato del trabajador en edad de jubilarse si no lo contempla el convenio, explican los expertos de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

M. Serraller, Madrid

La empresa no puede extinguir el contrato del empleado que se niega a jubilarse si no lo incluye el convenio. Así lo explican Sonia Cortés, Francisco Conde, Jorge Aranz, María Ángeles Moreno, Victoria Villanueva y Cecilia Hernández, bajo la dirección y coordinación de Manuel Luque y Ana Campos, del Centro de Gestión del Conocimiento Laboral de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. El foro completo está en [www.expansion.com](http://www.expansion.com).

**Tengo un empleado que con 72 años se niega a jubilarse. Ha sido muy valioso pero ya le cuesta hacer frente a muchas actividades, y pide que le despidamos si no lo queremos. Obviamente busca la indemnización máxima. ¿Un acuerdo. Nuestro convenio es el de Oficinas y Despachos. ¿Que hacer?**

La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (65 años), no es una alternativa contemplada en el convenio colectivo de aplicación. Consecuentemente, no previendo el convenio la posibilidad de imponer unilateralmente al empleado su jubilación, aún cuando éste cumpla con todos los requisitos fijados en la normativa de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva, la empresa deberá seguir empleando al mismo.

**Si un empresario se jubila anticipadamente, teniendo cotizados los 35 años, y su deseo es cerrar la empresa, ¿sus empleados se van a la calle sin indemnización?**

El artículo 49.1 g) del Estatuto de los Trabajadores prevé como causa de extinción del contrato, entre otras, la jubilación del empresario (persona física titular del negocio), con un derecho de los trabajadores a percibir una indemnización equivalente a un mes de salario (no a un mes de salario por año de servicio). Se vincula mayoritariamente -aunque haya algunos pronunciamientos en sentido contrario- esta posibilidad de extinción al reconocimiento al empresario

**El salario regulador para el cálculo de la indemnización por despido es el vigente en el momento**



En empresas de menos de 25 trabajadores, el Fogasa abona el 40% de la indemnización legal.

de la condición de jubilado, con la consiguiente pensión de jubilación; y se establece que dicho reconocimiento ha de producirse en el régimen de la Seguridad Social en el cual esté encuadrado el empresario por el ejercicio de la actividad empresarial a la cual estén vinculados los contratos de trabajo que se hayan de extinguir.

Es indiferente a estos efectos que la jubilación se produzca a la edad ordinaria de jubilación, posteriormente o incluso anticipadamente. No obstante, ha de producirse, junto con la jubilación del empresario, el cese efectivo de la actividad empresarial, sin que pueda ser continuada ni por el propio empresario como titular del negocio, ni por un tercero al que se transmitiera.

**Un trabajador ha tenido diferentes jornadas (número de horas semanales) a lo largo de la relación contractual con la empresa. ¿Cómo se calcula su indemnización?**

El salario regulador para el cálculo de la indemnización por despido debe ser el vigente en el momento en que se extingue la relación laboral, independientemente de las vicisitudes que hayan afectado a la jornada o el salario previamente. Si se hubiera modificado el porcentaje de jornada a realizar y en consecuencia el salario a percibir por el trabajador -tanto al alza como a la baja-, la indemnización se calculará con arreglo al salario del momento del despido, salvo que se trate de una reducción de jornada por razón de guarda legal o cuidado de familiares del artículo 37.5 del

## Responsabilidad subsidiaria del Fogasa

**Reconoció el despido improcedente acepto el pago parcial (25%) de la indemnización y la firma de un "acuerdo transaccional" en el que la empresa se compromete a abonar el resto cuando firme la escritura de venta de un piso. Han pasado diez meses y no ha habido pagos ni se ha vendido el piso. La empresa es una sociedad anónima que ya no tiene actividad, aunque no se ha "liquidado". ¿Cómo reclamar?**

Lo acordado en conciliación tiene fuerza vinculante sin necesidad de ratificación ante el juez. El acuerdo transaccional se debe ejecutar ante el Juzgado de lo Social en cuya circunscripción se hubiera constituido el título. Para que se derive la responsabilidad subsidiaria del Fogasa es necesario que exista resolución judicial, administrativa o acuerdo alcanzado en conciliación judicial (artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores). Es necesario que el cumplimiento del acuerdo conciliatorio extrajudicial se haga valer por la vía ejecutiva para obtener una condena judicial que habilite la responsabilidad (subsidiaria del Fogasa).

Estatuto de los Trabajadores, en cuyo caso el salario a tener en cuenta debe ser el de su jornada ordinaria anterior a la reducción. Ahora bien, si la diferencia entre jornadas semanales no se debe a una reducción o ampliación de la jornada del contrato sino de una distribución irregular de la jornada anual, debería tomarse el salario anual total y, a partir de éste, obtener el salario diario para calcular la indemnización.

**¿Puede la empresa que ha despedido a un trabajador e indemnizado por el mismo solicitar una indemnización del fondo de garantía salarial por dicho despido?**

En las empresas de menos de 25 trabajadores, el Fogasa abona el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 del Estatuto (despido colectivo ERE) o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52 (despido individual por causas objetivas) o conforme al art. 64 de la Ley Concursal. La prestación del Fogasa puede solicitarla el trabajador (y la empresa sólo le pagaría el 60% de la indemnización) o, puede solicitarlo la empresa si ésta ya abonó el 100% de la indemnización al trabajador, en cuyo caso necesitará una autorización expresa por escrito del trabajador despedido.

Expansion.com

Plantee todas sus dudas sobre fiscal en los foros de [www.expansion.com](http://www.expansion.com)

OPINIÓN

Ana Alpera

## Responsabilidad de los prestadores de servicios

El Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de diciembre de 2009 (sentencia nº 773/2009) ha dado un giro a la interpretación que hasta ahora habían mantenido nuestros tribunales sobre la responsabilidad que tienen los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos proporcionados por el destinatario de este servicio por la información almacenada a petición de dicho destinatario (por ejemplo, los titulares de páginas web en las que los usuarios pueden "colgar" comentarios, artículos, otros contenidos o enlaces a otras páginas web).

La citada sentencia del Tribunal Supremo resuelve el conflicto entre la SGAE y la Asociación de Internautas que en su página web contenía direcciones de otras página web (en concreto, [www.putasgae.org](http://www.putasgae.org) y [www.antisgae.internautas.org](http://www.antisgae.internautas.org)) e insultos de sus asociados dirigidos a la SGAE y a su presidente (entre otros improprios se les llamaba "sanguijuelas sgaeras", "pandilla de mafiosos", "cánallas" y "matones a sueldo"). A juicio del Supremo, la asociación sí era responsable de dichos contenidos por ser manifiestamente delictivos.

Hasta ahora los tribunales españoles venían considerando que los prestadores de servicios de intermediación únicamente podían ser considerados responsables si tenían conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos. Conforme a los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2004 de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) dicho conocimiento efectivo solo podía obtenerse cuando un órgano competente hubiese declarado la ilicitud de los contenidos.

**Para que se cumpla el requisito del conocimiento efectivo basta cualquier medio**

**No siempre será fácil establecer cuándo un contenido es manifiestamente ilícito**

Muestra de ello es la resolución de 11 septiembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Auto número 582/2008) en el conocido caso *sharemula* (página web que facilita enlaces a sitios web de descarga de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual sin autorización de sus titulares). En dicho supuesto la Audiencia, en aplicación del artículo 17 de LSSI,

consideró que no existiendo ninguna resolución estableciendo la ilicitud de los contenidos, el prestador de servicios no tenía el "conocimiento efectivo" que se requería para que pudiera declararse responsable respecto a las páginas web de descarga de películas, música y otro tipo de obras de propiedad intelectual a la que remitían o "enlazaban".

En la sentencia de 9 de diciembre de 2009, el Tribunal Supremo por primera vez considera que para entender cumplido el requisito del conocimiento efectivo basta cualquier medio, sin que necesariamente tenga que haberse dictado una resolución judicial declarando la ilicitud por parte de un órgano competente.

En concreto, el Supremo pone de relieve que el "conocimiento efectivo" puede obtenerse de hechos o circunstancias aptos para posibilitar aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Asimismo, a juicio del Tribunal Supremo la interpretación que han realizado los tribunales hasta ahora no es conforme con la Directiva 2000/31/CE. Efectivamente, España era el único país de la Unión Europea en el que se exigía una declaración judicial para que los prestadores de servicios de intermediación tuvieran el conocimiento efectivo que requería la Directiva para que se les considerase responsables. Con este cambio de criterio jurisprudencial los prestadores de servicios deberán estar más atentos a los contenidos que alojen. No obstante, no siempre será fácil establecer cuándo un determinado contenido es manifiestamente ilícito.

Asociada de Baker & McKenzie.