

**La extinción de un contrato de trabajo por jubilación del empresario, cuando poco después el mismo empleador se da alta en el RETA con idéntica actividad y contrata a tres trabajadores distintos del actor, es un despido improcedente**

**La controversia litigiosa radica en determinar si se produce un despido cuando un empresario que se había jubilado y había extinguido el contrato de trabajo del actor al amparo del art. 49.1 g) del ET, siete meses y medio después de su jubilación vuelve a cursar su alta en el RETA y contrata a tres trabajadores distintos de aquél.**

Declara el Tribunal que la causa de extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario exige que se produzca el cese definitivo de la actividad de la empresa. Esa causa de extinción permite que el empresario pueda extinguir los contratos de sus trabajadores abonándoles una indemnización de únicamente un mes de salario. En el presente caso el empleador se jubiló y poco tiempo después cursó su alta en el RETA con la misma actividad comercial de transporte de mercancías por carretera y posteriormente contrató a tres trabajadores distintos del recurrente. A juicio de la Sala no se produjo un cese real y permanente de la actividad de la empresa, sino la utilización fraudulenta del art. 49.1 g) con la finalidad de extinguir el contrato de un trabajador que había prestado servicios durante varios años para ese empleador. En consecuencia, estima la demanda de despido, que declara improcedente.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 29/05/2024

Nº de Recurso: 3821/2023

Nº de Resolución: 744/2024

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Tipo de Resolución: Sentencia

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**SENTENCIA**

En Madrid, a 29 de mayo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Cecilio Salcedo Ballesteros, en nombre y representación de D. Apolonio contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada 1022/2023, en fecha 18 de mayo, en recurso de suplicación nº 2175/2022 interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de abril dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Motril 103/2022, procedimiento 524/2021, seguido a instancia de D. Apolonio contra D. Benito .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de abril de 2022, el Juzgado de lo Social número Uno de Motril, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda presentada por D. Apolonio frente a Benito DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a dichas demandadas de todos los pedimentos realizados en su contra".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- DON Apolonio con NIE NUM000 ha venido prestando servicios para la empresa Benito con la categoría profesional de conductor, a jornada de completa, con centro de trabajo en Motril y salario último de 66,99 euros/día en virtud de los siguientes contratos:

documento número 1 y 2 del actor - -

-1 de septiembre de 2011 al 30 de julio de 2012 Código 401 contrato temporal de obra y servicio.

-5 de septiembre de 2012 al 2 de agosto de 2013 Código 401 contrato temporal de obra y servicio.

- 2 de noviembre de 2013 al 31 de julio de 2014 Código 401 contrato temporal de obra y servicio.

-2 de, septiembre de 2014 al 31 de julio de 2015 Código 401 contrato temporal de obra y servicio.

- 24 de Octubre de 2015 al 12 de Octubre de 2020 Código 189 por conversión de contrato temporal en indefinido.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de septiembre de 2020 le fue notificada por la empresa la comunicación al trabajador con el siguiente contenido: -documento número del demandante-

"En Motril a 28 de septiembre de 2020:

Estimado Sr. D. Apolonio , me pongo en contacto con usted con la finalidad de comunicarle que con efectos del próximo 12/10/2020, quedará extinguida la relación laboral que le unía a esta empresa.

El motivo de la resolución del contrato, es el cese de actividad y mi baja por jubilación.

Todo ello se efectúa de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1 letra g) del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.- Al trabajador le fue abonado por la empresa en concepto de indemnización por extinción del contrato de trabajo por jubilación, un mes de salario por importe de 1720, 80 euros. ( hecho no discutido por las partes)

CUARTO.- El demandado D. Benito causó baja en el RETA el 12 de Octubre de 2020-documento número 5 de la demandada-y con fecha 16 de Octubre de 2020 se dictó por la Dirección Provincial del INSS, resolución por la que se reconocía al actor el derecho a la prestación por jubilación con efectos desde el 13 de Octubre de 2020 -documento número 6 de la demandada-

QUINTO.-Con fecha 1 de Junio de 2021 Benito procedió a darse de alta de nuevo en el RETA en la actividad de transportes de mercancías por carretera, y cuenta con tres trabajadores en alta uno con fecha 26 de Junio de 2021, un segundo con fecha 28 de junio de 2021 y un tercero con fecha 2 de Octubre de 2021 –documento número 9 a 11 de la demandada-

SEXTO.- Por el actor se presentó papeleta, de conciliación ante el CEMAC el 27 de julio de 2021, que se dio por intentada el 4 de agosto de 2021 ante la imposibilidad de su celebración ante la acumulación de expedientes provocada por la pandemia surgida por el COVID-19. Presentándose demanda el 20 de agosto de 2021

SÉPTIMO.- El actor no ostenta la condición de delegado de personal, delegado sindicales o miembro del comité de empresa, ni la han ostentado en el último año".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación de D. Apolonio se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 2023, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por DON Apolonio , contra Sentencia dictada el día 29 de abril de 2022 por el Juzgado de lo Social número 1 de Motril, en los Autos número 524/21 seguidos a su instancia, en reclamación sobre DESPIDO, contra Benito , debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.

No se realiza condena en costas por el presente recurso".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, por la representación de D. Apolonio , se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5106/2018, de 3 de octubre (recurso3888/2018).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso procedente. Se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 22 de mayo de 2024, en cuya fecha tuvo lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La controversia litigiosa radica en determinar si se produce un despido cuando un empresario que se había jubilado y había extinguido un contrato de trabajo al amparo del art. 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), siete meses y medio después de su jubilación vuelve a cursar su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA) y contrata a tres trabajadores distintos de aquél.

2.- Los datos esenciales para la resolución de este recurso son los siguientes:

- a) El demandante prestó servicios laborales como conductor para un empresario desde el año 2011.
  - b) El 28 de septiembre de 2020 el empleador le comunicó la extinción de su contrato trabajo por jubilación del empresario que tendría lugar el día 12 de octubre de 2020. Le abonó una indemnización de un mes de salario.
  - c) El empleador cursó su baja en el RETA el 12 de octubre de 2020 y se jubiló con efectos desde el día siguiente.
  - d) El día 1 de junio de 2021 el empresario cursó su alta en el RETA con la actividad de transportes de mercancía por carretera. Contrató a tres trabajadores distintos del actor los días 26 de junio, 28 de junio y 2 de octubre de 2021.
- 3.- Este trabajador interpuso demanda de despido contra D. Benito . La demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social. La sentencia del TSJ de Andalucía con sede en Granada 1022/2023, de 18 de mayo (rcud2175/2022) confirmó la sentencia desestimatoria de instancia.
- 4.- El actor formuló recurso de casación unificadora con un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 49.1.g) del ET. Argumenta que el cierre del negocio fue temporal, por lo que se produjo un despido improcedente.
- 5.- La parte demandada no se personó ante el TS. El Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso.

SEGUNDO.- 1.- Debemos examinar el requisito de contradicción exigido por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS). Se invoca de contraste la sentencia del TSJ de Cataluña 5106/2018, de 3 de octubre (recurso 3888/2018).

En ella concurren las siguientes circunstancias: en fecha 9 de mayo de 2017 el empleador comunicó a una dependiente de una tienda la extinción de su contrato de trabajo por la jubilación del empresario. La empresa regentaba una tienda dedicada a la venta de productos para animales.

El empresario causó baja en el RETA el 31 de mayo de 2017, produciéndose la baja de la actividad económica el 9 de mayo de 2017 y siéndole reconocida la pensión de jubilación con efectos de 10 de mayo de 2017.

El empresario volvió a darse de alta como autónomo el 1 de julio de 2017 y reabrió la tienda en septiembre de 2017 con la finalidad de vender el material sobrante en el momento de su jubilación. Causó nueva baja en el RETA el 30 de noviembre de 2017.

La sentencia referencial argumenta que, cuando el negocio continúa después de la jubilación, no puede entraren acción el art. 49.1.g) del ET y no pueden extinguirse válidamente los contratos de trabajo. El TSJ declara la improcedencia del despido. Considera irrelevante que la reapertura del negocio lo fuera solo con la intención de liquidar el material sobrante y que cesara la actividad a final de noviembre. Sostiene que hubiera sido preciso que el negocio se hubiera cerrado definitivamente al tiempo de la jubilación.

2.- Concorre el presupuesto procesal de contradicción incluso a fortiori (con mayor motivo). En ambos procesos los contratos de los trabajadores se extinguieron al amparo del art. 49.1.g) del ET por jubilación del empleador. En ambos casos, unos meses después de la jubilación se reanudó la misma actividad por el empresario, que volvió a cursar su alta en el RETA. La sentencia recurrida considera prudencial el plazo de siete meses y medio a efectos de considerar correctamente roto el vínculo laboral entre las partes, mientras que la sentencia de contraste argumenta que el cierre del negocio fue meramente temporal pues hubiera sido preciso que el negocio hubiera cerrado definitivamente al tiempo de la jubilación. Los fallos son contradictorios ya que, mientras la sentencia recurrida desestima la demanda de despido, la sentencia de contraste declara la improcedencia del despido.

TERCERO.- 1.- La sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 25 de abril de 2000, recurso 2118/1999, sentó la doctrina siguiente:

"1).- La extinción del contrato de trabajo por causa de jubilación que previene el art. 49-1-g), mencionado, exige no sólo que haya tenido lugar la jubilación del empresario, sino además que se haya producido como consecuencia de tal jubilación el cierre o cese de la actividad de la empresa. Esta exigencia no es, en modo alguno, exclusiva de la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario, sino que se aplica también a los otros supuestos de extinción previstos en dicho precepto cuando el empresario es una persona física, es decir a los supuestos de muerte o incapacidad del mismo. Esto es así, por cuanto que estas causas no justifican por sí solas la extinción de los contratos de trabajo, dado que tal justificación requiere que las mismas ocasionen, a su vez, el cese del negocio. Si éste continúa después de la jubilación, bien sea por haber sido transmitido a otra persona o entidad, bien por nombrar el jubilado a un gerente o encargado que lo dirija o explote, conservando él la propiedad del mismo, bien por seguir llevando él la dirección de la empresa, es obvio que no puede entrar en acción el art. 49-1-g), y por ende no pueden ser válidamente extinguidos los contratos de trabajo. Por ello el mandato contenido en este artículo se establece "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores"; lo cual está poniendo en evidencia que si se efectúa la transmisión de la empresa de acuerdo con este art. 44, los contratos de trabajo perviven. Siendo claro que lo mismo sucede cuando la empresa continúa después de la jubilación, sin necesidad de que se haya transmitido a otro empresario.

La razón esencial de esta extinción de las relaciones laborales no se centra tanto en la concurrencia de la jubilación del empresario individual (o su muerte o incapacidad), como en el hecho de que éstas hayan determinado la desaparición o cese de la actividad empresarial. Se produce así un doble encadenamiento causal: la jubilación (o la muerte o incapacidad) del empresario ocasiona el cierre de la explotación, y este cierre, provocado por aquella causa, justifica la extinción de los contratos de trabajo".

A continuación, añadimos: "2).- Es cierto que no es absolutamente necesario que el momento de la jubilación y el cierre de la empresa, con las subsiguientes extinciones de las relaciones de trabajo, sean totalmente coincidentes, puesto que entre uno y otros puede mediar un plazo prudencial. La finalidad de este plazo en los supuestos de jubilación es, fundamentalmente, el facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión; y la duración de tal plazo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, no pudiéndose fijar reglas generales aplicables a todos los supuestos. Pero es indiscutible que los siete años que en el caso de autos han transcurrido entre la jubilación y el cierre de la tienda, exceden por completo de cualquier clase de "plazo prudencial".

Posteriormente, esa doctrina se ha reiterado por las sentencias del TS de 9 de febrero de 2001, recurso 1106/2000 y 8 de junio de 2001, recurso 693/2000.

2.- La sentencia del TS 873/2016, de 20 octubre (rcud 978/2015), explica que el art. 49.1.g) del ET no señala ningún plazo para decidir la continuación o finalización de la actividad empresarial, por lo que debe entenderse implícita la existencia de un "plazo razonable". Esta Sala consideró razonable un plazo inferior al mes y mediodes de que se declaró incapaz al titular de una mercería hasta que comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por la incapacidad judicial del empleado.

La sentencia del TS 600/2023, de 27 septiembre (rcud 4408/2021) consideró razonable el plazo de 10 meses desde la fecha de reconocimiento de la situación de incapacidad permanente absoluta del empleador hasta el día de remisión al trabajador de un burofax comunicándole su cese.

3.- La sentencia del TS 528/2017, de 20 junio (rcud 1654/2015) argumenta:

"a).- Que el art. 49.1.g) ET "no señala plazo alguno para decidir la continuación o finalización de la actividad empresarial, sino que ha de entenderse implícita la existencia de un "plazo razonable" para adoptar tan trascendente decisión, tal como indefectiblemente vienen admitiendo la jurisprudencia y doctrina jurisprudencial, ya desde las lejanas fechas de los primeros pronunciamientos del extinguido Tribunal Central de Trabajo" ( STS 20/10/16 -rcud 978/15-); b).- Que la finalidad de tal plazo "es, fundamentalmente, el facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión; y la duración de tal plazo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso" ( SSTS 25/04/00 -rcud 2128/99-; y 09/02/01 -rcud 1106/00-), porque la "razón esencial de esta extinción de las relaciones laborales no se centra tanto en la concurrencia de la jubilación del empresario individual [o su muerte o incapacidad], como en el hecho de que éstas hayan determinado la desaparición o cese de la actividad empresarial" ( STS 14/02/01 -rcud 978/00-); y c).-Que la razonabilidad del mismo lógicamente ha de apreciarse -como se dijo- en función de las concretas circunstancias del caso, teniendo muy en cuenta la importancia -de todo orden- que corresponde a la decisión, la multitud de factores a considerar en ella y en todo caso la obvia complejidad que puede revestir la propia liquidación" ( STS 20/10/16 -rcud 978/15-)".

CUARTO.- 1.- La causa de extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario regulada en el art.49.1.g) del ET exige que, como consecuencia de la jubilación del empleador, se produzca el cese definitivo de la actividad de la empresa. Esa causa de extinción permite que el empresario que tiene la condición de persona física, cuando pierde esa fuente de ingresos por su jubilación, pueda extinguir los contratos de sus trabajadores abonándoles una indemnización de únicamente un mes de salario.

Tampoco tiene que cumplirlos trámites exigidos en otras causas de extinción de las relaciones laborales.

En la presente litis, el empleador se jubiló con fecha de efectos del 13 de octubre de 2020. Siete meses y medio después: el 1 de junio de 2021, cursó su alta en el RETA con la misma actividad comercial de transporte de mercancías por carretera y posteriormente contrató a tres trabajadores distintos del actor.

El breve lapso temporal transcurrido desde la jubilación del empleador hasta su alta en el RETA reanudando la actividad comercial anterior, unido al hecho de que contrató a tres trabajadores pero no volvió a contratar al demandante, que había prestado servicios para este empresario desde el año 2011, obliga a concluir, de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal, que no se produjo un cese real y permanente de la actividad de la empresa, la cual volvió a desarrollar la misma actividad siete meses y medio después de la jubilación del demandado. La reanudación de la misma actividad empresarial con otros trabajadores revela la utilización fraudulenta del art. 49.1.g) del ET con la finalidad de extinguir el contrato de un trabajador que había prestado servicios durante varios años para ese empleador.

El art. 49.1.g) del ET no permite que ese empleador pueda extinguir el contrato de un trabajador con una importante antigüedad en la empresa y, transcurrido un breve lapso temporal, reanudar idéntica actividad comercial con otros trabajadores distintos, debiendo concluir que se ha acreditado la existencia de una conducta fraudulenta de D. Benito .

Cuando el empleador reanudó la misma actividad empresarial y el actor tuvo conocimiento de que el cese no había sido definitivo, impugnó judicialmente la extinción de su contrato de trabajo, lo que excluye la caducidad de la acción de despido.

2.- Los anteriores argumentos obligan a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandante, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el recurso de suplicación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en el sentido de estimar el recurso de tal clase, revocar la sentencia de instancia y estimar la demanda de despido, que debe declararse improcedente. Sin condena al pago de costas ( art. 235 de la LRJS).

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Apolonio contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada 1022/2023, de 18 de mayo (rcud2175/2022). Casar y anular la sentencia recurrida.

2.- Resolver el recurso de suplicación interpuesto por D. Apolonio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de Motril 103/2022, de 29 de abril (procedimiento 524/2021) en el sentido de estimar el recurso de tal clase, revocar la sentencia de instancia y estimar la demanda de despido interpuesta por D. Apolonio contra D. Benito . Declarar como despido improcedente su cese, condenando a D. Benito a que readmita inmediatamente al actor en las mismas condiciones que regían, o bien, a elección de la empresa, a la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización legal. Todo ello con abono, en el caso de opción por la readmisión, de los salarios de tramitación que no haya percibido. Dicha opción deberá ejercitarse en cinco días a partir de la notificación de esta sentencia. Si no se opta, se entenderá que procede la readmisión.

Sin condena al pago de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.