nº 40 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La reanudación de la actividad y nuevo alta en el RETA, convierte la extinción de la relación laboral por jubilación, en despido improcedente -Comentario a la STS de 29 de mayo de 2024-

The resumption of activity and new registration with RETA makes the termination of the employment relationship due to retirement an unfair dismissal. Commentary on the Supreme Court ruling of May 29, 2024

Andrea de Vicente Arias *Profesora Interina*
UPV-EHU (Fac. RRLL y Trabajo Social)
https://orcid.org/0000-0002-4554-2036

Cita Sugerida: DE VICENTE ARIAS, A.: «La reanudación de la actividad y nuevo alta en el RETA, convierte la extinción de la relación laboral por jubilación, en despido improcedente -Comentario a la STS de 29 de mayo de 2024-». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 40 (2024): 159-169.

Resumen

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2024 (Rec. 3821/2023) plantea que la jubilación de la persona física del empresario no trae causa por sí sola en la extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 49.1.g), incurriendo así en fraude de ley cuando el plazo que transcurre entre la baja y una eventual alta nueva en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos no puede calificarse de "razonable", por excesivamente breve, para considerar un cierre real y definitivo de la empresa. La relevancia del caso se proyecta desde una doble perspectiva: por un lado, desde el impacto histórico que tiene en nuestro sistema de Seguridad Social la tendencia hacia la sustitución de los contratos de naturaleza laboral por contratos de naturaleza mercantil en el sector del transporte de mercancías por carretera; y por otro, en términos de valor económico y oportunidad de transmitir la empresa "sin cargas" laborales en la etapa vital de fin de la actividad productiva.

Palabras clave

Jubilación; despido; deslaboralización; transporte de mercancías por carretera

Abstract

The Supreme Court ruling of May 29, 2024 (Rec. 3821/2023) suggests that the retirement of the business owner alone does not lead to the termination of the employment contract under Article 49.1.g), constituting fraud when the time between the deregistration and a new eventual registration in the Special Regime for Self-Employed Workers is excessively brief, making it impossible to consider a real and definitive closure of the business. The relevance of the case is seen from two perspectives: first, the historical impact on Spain's Social Security system, with the trend toward replacing labor contracts with commercial contracts in the road freight transport sector, and second, the economic value and opportunity to transfer the business "without labor burdens" in the final stage of productive activity.

Keywords

Retirement; dismissal; deregulation of labor relations; road freight transport

Fecha Recepción: 15/5/2024 - Fecha Revisión: 11/6/2024 - Fecha Aceptación: 12/6/2024
Pags. 159-169

1. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR JUBILACIÓN DEL EMPRESARIO: UN ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL DESDE EL MODELO DE PRODUCCIÓN DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

1.1. La causa extintiva del contrato de trabajo como factor facilitador del empleo fraudulento de la subcontratación laboral

Es ya conocida la nueva dimensión en la que la digitalización -entre otros factores- ha situado el problema de lo que se ha venido denominando "huida del Derecho del Trabajo". El auge del teletrabajo y la expansión de la figura del falso autónomo son quizás los ejemplos más paradigmáticos de los retos que plantea la sustitución del trabajo asalariado por fórmulas mercantiles. El esfuerzo que, especialmente durante la última década y más particularmente dese la crisis del COVID-19, han dedicado las y los legisladores, la judicatura, el mundo académico y la sociedad civil organizada corroboran las preocupaciones en este ámbito. Es esta razón y no otra por la que se sugiere una lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2024 (Rec. 3821/2023), sus hechos y la legislación desde esta perspectiva.

En ese orden de cuestiones, es interesante observar las causas que el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores -en adelante, ET- prevé para la extinción de la relación laboral en términos de evaluación de los costes empresariales de la expulsión de trabajadores y trabajadoras, y su sustitución por fórmulas mercantiles. Si bien es cierto que, al menos de partida, el margen otorgado al juego de la autonomía de la voluntad del empresario es escaso a la hora de dar finalizada una relación de trabajo, los impactos económicos entre unas y otras causas de extinción son en muchos casos sustancialmente diferentes.

Así, con respecto al contenido de la sentencia objeto de análisis, es comprensible que el empresario optara por intentar la extinción del contrato de trabajo por jubilación prevista en el art.49.1.g) del ET, en lugar de recurrir a un despido por las cusas concurrentes previstas en nuestro ordenamiento jurídico, pues la primera únicamente conlleva el "abono de una cantidad equivalente a un mes de salario" (párrafo segundo del art.49.1. g) ET). El hecho de que él mismo reabriera el negocio apenas unos meses después, hace pensar en los "factores estimuladores de las contratas" a los que se refiere Beltrán de Heredia[1], en un interesante análisis en el que invita a poner el acento en el papel que la regulación laboral puede desempeñar a la hora de dificultar la subcontratación laboral y expulsión masiva del manto protector del Derecho del Trabajo[2] (esencialmente, arts. 42 a 44 ET).

Además, no ha de perderse de vista que los procesos de externalización operan bajo una lógica útil tanto para desarrollar una simple restructuración empresarial -a saber, que no conlleve cambios en la titularidad de la empresa u organización en cuestión-, como para facilitar operaciones de transmisión, fusión o escisión de la misma. La estrategia de "vaciamiento"[3] de la empresa es conocida como "venta de empresas en 0Kms" en América Latina desde hace más de dos décadas, y su experiencia revela un valor estratégico específico en un contexto de políticas liberales de atracción de inversión extranjera directa y privatización de servicios públicos. La obtención de una empresa

[1] Beltrán de Heredia, I.: "Trabajo externalizado: factores estimuladores de las contratas y posibles ámbitos de reforma legislativa", *Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. https://ignasibeltran.com/2018/05/29/trabajo-externalizado-factores-estimuladores-de-las-contratas-y-posibles-ambitos-de-reforma-legislativa

[2] Otros factores, añadidos por quien esto escribe en "Reforma laboral y subcontratación: una mirada desde el contexto internacional". (2023). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 7, 93-117. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/599

[3] Monereo Pérez, J.L.: *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2002, p. 5.

libre de personas trabajadoras, o al menos sin unos "costes laborales" excesivamente superiores al que puede ofrecer el mercado de trabajo en ese momento, puede suponer también un atractivo económico interesante en simples operaciones de transmisiones de empresas, quizás acontecidas, por qué no, con ocasión de la jubilación del empresario; pero resulta obvio que la instrumentalización de esta estrategia exige la evasión de los contenidos garantistas próximos a los dispuestos el art. 44 ET, sobre sucesión empresa, eludiendo una eventual subrogación empresarial o *sustitución patronal* -expresión latinoamericana- obligatoria[4]. Así, no sorprende que la sentencia objeto de análisis establezca también relación con ese mismo contenido normativo.

1.2. La importancia del sector del transporte de mercancías por carretera en el fraude laboral y de la Seguridad Social

La perspectiva de análisis sugerida en el apartado anterior, adquiere aún más sentido al observar el sector de actividad sobre el que actúa la sentencia que se comenta: el sector del transporte y, en concreto, el del transporte de mercancías por carretera. La importancia de esta actividad en la economía estatal y supraestatal es proporcional a la percepción de sus prácticas fraudulentas en el terreno de las relaciones de trabajo. A pesar de que la digitalización y el desarrollo de las plataformas digitales hayan puesto el acento en las problemáticas surgidas en el ámbito del transporte de viajeros y servicios de mensajería, recadería y reparto de correspondencia (los archiconocidos casos de empleo de falsos autónomos en Uber, Cabify, Glovo o Amazon), el recurso la subcontratación laboral es una práctica históricamente extendida en el sector del transporte de mercancías por carretera.

La vulneración de derechos laborales y la competencia desleal entre las empresas, han sido objeto de una amplia denuncia social por parte de distintas asociaciones defensa del sector. El observatorio del falso autónomo-UATAE denunciaba en su primer informe lanzado en 2020 que el 20% de las consultas que se hicieron correspondieron al sector del transporte, reparto y mensajería, siendo el 7% de ellos en ámbito del transporte y logística[5]. Antes, en el año 2019 fueron varios los medios de comunicación y de difusión sobre la temática quienes se hacían eco de las cifras que en este sentido denunciaba Tradime, la Asociación Empresarial de Transportes Discrecionales de Mercancías de Aragón. Según ésta, se habían identificado 11.000 camiones trabajando en régimen de falsa cooperativa de trabajo asociado.

La Sentencia del TSJ de Navarra 201/2022, de 31 de marzo de 2022 -que confirma el fallo del Juzgado de lo Social nº 1 de Pamplona- fue la primera sentencia que evidenció la utilización de cooperativas de trabajo asociado en el sector del transporte de mercancías por carretera como medio de abaratamiento de costes asociados a la mano de obra, y constituyó un ejemplo paradigmático de la dimensión del problema y de sus implicaciones para la Seguridad Social. En ella se determina la existencia de un fraude laboral operado a través de la cooperativa de trabajo asociado *Urbaser*, confirmando la vinculación laboral de 580 trabajadores de ésta con la empresa navarra de transporte Lodisna SL. De esta forma, el fallo resuelve de forma favorable el acta de liquidación de cuotas que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social - en adelante, ITSS- levantó el 25 de junio de 2019, por un importe de más de 4,3 millones de euros[6].

---

[4] De Vicente Arias, A.: "Crisis y multinacionales en américa latina: una revisión de los efectos de la subcontratación laboral en la protección del trabajador", *Revista de Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, núm. 1, 2016, p. 84.

[5] Observatorio del falso Autónomo- UATAE: Informe Anual "Las claves de los falsos autónomos en 2020". https://uatae.org/wp-content/uploads/2021/02/informe-anual-OBSERVATORIO-DEL-FALSO-AUTO%CC%81NOMO.pdf

[6] Breve comentario de la sentencia en el portal web de VLEX, en https://spanish.vlexblog.com/el-tribunal-superior-de-navarra-avala-la-condena-a-lodisna-por-contratar-a-580-falsos-autonomos-de-urbaser/; cabe señalar que el

La actuación de la ITSS no es casual. El Plan Director de la Inspección de Trabajo para el período 2018-2020[7] contemplaba una serie de medidas contra la utilización de la figura del falso autónomo, las falsas cooperativas y las "empresas buzón"[8], y hacía una referencia específica a la problemática del sector del trasporte[9]. Tras su vencimiento, el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 caminó en esa misma dirección, reincidiendo quizás en los efectos del empleo de los falsos autónomos, de las empresas buzón en la Seguridad Social[10].

La intensa producción legislativa dentro y fuera del Estado en torno a la lucha contra el fraude en el uso de fórmulas mercantiles para enmascarar verdaderas relaciones laborales, no viene sino a confirmar la importancia de la realidad subyacente en la vida judicial que nos rodea. No siendo este el espacio para hacer un repaso de tales esfuerzos, sí se quiere subrayar, por su específica relación con el sector del transporte de mercancías por carretera, la Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE, y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento (UE) nº 1024/2012[11].

En el mismo sentido, destaca la reciente reforma del Código Penal -en adelante, CP-, efectuada a través de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. El texto ha incorporado, entre otras, un nuevo tipo penal en materia laboral con sanciones que contemplan entre 6 meses y 6 años de cárcel, a quienes "impongan condiciones ilegales a sus

recorrido judicial del caso llegó a su fin recientemente, con el ATS 15485/2023 del 7 de noviembre de 2023 y la inadmisión del recurso de casación para unificación de la doctrina.

[7] Literal B y C del apartado nº5 de la Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020. https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/28/pdfs/BOE-A-2018-10653.pdf; El documento señala que se intensificarían "las actuaciones contra los denominados falsos autónomos y contra la "utilización" de forma fraudulenta de las distintas formas de organización social (cooperativas) para aprovecharse del legítimo derecho de opción que la normativa concede a las mismas, en cuanto al régimen de seguridad social aplicable, especialmente en las cooperativas de trabajo asociado, sirviendo estas para enmascarar verdaderas relaciones laborales con la mercantil que utiliza las citadas cooperativas, dado que no existe una autentica relación societaria".

[8] Destaca la definición que el mismo texto esboza de "las empresas buzón" como aquellas que se mantienen "sin actividad económica real en el país en el que tienen su sede, pero con actividad en otros Estados miembro de la Unión Europea, siendo su finalidad contratar a personas trabajadoras en el país de origen y desplazarlos a otros países de la UE con el único objetivo de abaratar costes salariales, de impuestos y de seguridad social de la mano de obra a los que tiene que hacer frente la empresa, lo que supone un exponente claro de la precarización de las relaciones laborales", en íbíd.

[9] "7. Reforzar la cooperación en la lucha contra la precariedad y el fraude Internacional".

[10] V. "Objetivo 4. Luchar contra el fraude transnacional" y "Actuación 1.7 Falsos autónomos" en la Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023. https://www.boe.es/boe/dias/2021/12/03/pdfs/BOE-A-2021-20005.pdf ; sobre la problemáticas de las "empresas buzón", sirvan como referencias bibliográficas los textos de Llobera, M.: "Empresas ficticias y fraude social en la Unión Europea: nuevas normas y estrategias"; y de Contreras Hernández, O.: "Empresas buzón y *forum shopping*: ¿puede una ETT explotar las diferencias entre sistemas de seguridad social en la UE?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 10(2), 2022, pp. 10-42 y 43-65 respectivamente. También Conde Colmenero, P.: "Necesario y urgente refuerzo de la sostenibilidad en el sector del transporte de mercancías por carretera: mejora de las condiciones laborales y la protección social de las personas trabajadoras (particular referencia al desplazamiento de quienes conducen)", *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, 471, 2022, pp. 131-159. https://doi.org/10.51302/rtss.2022.6049

[11] V. Parra Gutiérrez, J. P.: "La directiva 2020/1057 sobre desplazamiento de trabajadores en el sector de transporte por carretera. Primeros pasos de una regulación necesaria y esperada", *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 4(1), 2023, pp. 93-110. https://doi.org/10.20318/labos.2023.7640

trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa" (art.311.2 CP). Pese a tratarse de una modificación aparentemente orientada a la problemática planteada por los conocidos *Riders* o más ampliamente las relaciones de trabajo en la plataforma digitales[12], nada impide que despliegue sus efectos también en el ámbito del transporte de mercancías por carretera[13].

2. LA STS DE 29 DE MAYO DE 2024 (REC. 3821/2023)

2.1. Identificación, objeto de la litis y recorrido judicial

La Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo dicta el 29 de mayo de 2024 la sentencia Nº 744/2024, Rec. 3821/2023, que a continuación se comenta, siendo ponente Juan Molins García-Atance.

El origen del conflicto se sitúa en el momento en que el demandante, D. Apolonio, tiene conocimiento del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos -en adelante, RETA- y reinicio de la actividad de quien fuera su jefe desde 2011, apenas 7 meses y medio después de que éste (D. Benito) extinguiera el contrato de trabajo que unía a ambos con motivo de su jubilación; además, el empresario contrata a tres nuevos trabajadores. La controversia litigiosa radica así en determinar si, a la luz de los hechos descritos, estamos ante un despido y no una mera extinción de un contrato de trabajo al amparo del art. 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores.

D. Apolonio decide interponer demanda por despido improcedente ante el Juzgado de lo Social número uno de Motril, que dicta sentencia desestimatoria el 29 de abril de 2022, absolviendo a D. Benito de los procedimientos realizados en su contra. Contra la misma D. Apolonio formula recurso de suplicación, pero la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, dicta con fecha 18 de mayo de 2023, nueva sentencia desestimatoria.

Así, la sentencia ante la que nos encontramos es la resultante de la admisión a trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina que D. Apolonio formaliza tras aquella, mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5106/2018, de 3 de octubre (recurso 3888/2018).

2.2. Pasajes decisivos y Sentencia de contraste

La sentencia determina en su Fundamento de Derecho primero -en adelante, FD- que son esenciales los siguientes datos:

— que el demandante presta servicios laborales como conductor para un empresario desde el año 2011.

— que el 28 de septiembre de 2020 el empleador le comunica la extinción de su contrato trabajo por jubilación tendría lugar el día 12 de octubre de 2020 le abona una indemnización de un mes de salario.

[12] Tal y como que se desprende del texto de su Exposición de Motivos, en la que señala que "La (sic) incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos que a tal condición reconoce, con carácter de indisponibles e irrenunciables, la legislación laboral" .

[13] Fernández Nieto, L. A.: "Los delitos contra los derechos de los trabajadores. El «tipo especial» del nuevo artículo 311.2º del Código Penal", *Diario La Ley, nº 10279*, 2023.

— que el empleador cursa baja en el RETA el 12 de octubre de 2020, jubilándose con efectos desde el día siguiente.

— y, por último, que el día 1 de junio de 2021 el empresario cursa nueva alta en el RETA con la actividad de transportes de mercancía por carretera, contratando a tres trabajadores distintos del actor los días 26 de junio, 28 de junio y 2 de octubre de 2021.

En definitiva, subraya como decisivas tres circunstancias: la antigüedad del trabajador, el aparente cumplimiento en tiempo y forma de los requisitos exigibles en una extinción de contrato de trabajo por jubilación del empresario, y las fechas en que cursa baja en el RETA por jubilación y posterior nueva alta.

Con respecto al primero de los elementos señalados, la antigüedad, destaca la consideración global aproximada que la sentencia hace de la antigüedad del trabajador, dado que a pesar de que en el FD 1.2 y el FD 4.1 se señala que el trabajador presta servicios desde 2011, en realidad no lo hace de forma ininterrumpida, tal y como se reitera en los hechos probados expuestos en el segundo de los Antecedentes de Hecho. Si bien es cierto que esta inexactitud no supone alteración ni modificación alguna para el fallo, ha de decirse que, el trabajador firma cuatro contratos temporales por obra y servicio entre el 1 de septiembre del 2011 y el 31 de julio de 2015, con interrupciones entre ellos de hasta tres meses (plazo que media entre el segundo y el tercero de tales contratos). De hecho, la parte actora comienza a prestar servicios para el empresario de forma interrumpida a través de la conversión del contrato temporal en indefinido el 24 de octubre de 2015. Quizás se podría interpretar que el tribunal quiere explicar la eventual fraudulenta decisión del empresario la hora de extinguir su relación por la vía de la jubilación dado el peso específico del coste de la indemnización que tendría el despido improcedente según el art. 53 ET y la Disposición transitoria undécima del ET, dada la antigüedad.

Seguidamente, el texto, incorpora el contenido literal del escrito por el que el empresario comunica la extinción de la relación laboral, indicando la causa ("el cese de actividad y mi baja por jubilación") y dejando constancia que transcurren 15 días -desde que se emite la comunicación hasta que se produce la extinción de la relación laboral -entre el 28 de septiembre y el 12 de octubre de 2020-; además, el párrafo siguiente específica que, como dicta la norma señalada y sin que tal hecho haya sido objeto de discusión, la empresa abona al trabajador "en concepto de indemnización por extinción del contrato de trabajo por jubilación, un mes de salario". Todo ello "de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1 letra g) del Estatuto de los Trabajadores";

Finalmente, y con respecto al tercero de los elementos, ha de decirse que la forma en que la sentencia expone los plazos clave de altas y bajas en el RETA es particularmente nítida: en el mismo párrafo y en apenas tres líneas se detalla que D. Benito causa baja en el RETA el 12 de Octubre de 2020, nueva alta el 1 de Junio del 2021, y tres altas nuevas correspondientes a tres trabajadores nuevos el 26 de Junio, el 28 de Junio y el 2 de Octubre de 2021 respectivamente ; y lo hace en la misma actividad que venía desarrollando con anterioridad a su jubilación, a saber, el transporte de mercancías por carretera.

La sentencia de contraste que se invoca en el recurso de casación para la unificación de la doctrina presentado ante el TS por la parte actora (ya que recordemos, ni el Juzgado de lo Social nº Uno de Motril 103/2022, de 29 de abril ni el TSJA con sede en Granada aprecian actuación en fraude de ley por parte del empresario), es la STSJ de Cataluña del 3 de octubre de 2018 (rec. 3888/2018). En ella se describe de nuevo un despido al amparo del art.49.1.g) y una jubilación cuya actividad se interrumpe apenas dos meses después de haber causado la baja en el RETA (del 9 de mayo al 1

de julio). Esta nueva alta en el RETA vendría motivada por el interés del empresario en "liquidar el material sobrante" antes de cerrar el negocio de forma definitiva y se mantendría, por tanto, únicamente durante el tiempo necesario (la apertura de la tienda se produce n septiembre de 2017 y la nueva baja en el Reta el 30 de noviembre de 2017), pero el fallo de la sentencia no consideró esto relevante a efectos de la reclamación. Así, el fallo de la sentencia referencial argumenta que independientemente de la motivación, "cuando el negocio continúa después de la jubilación, no puede entrar en acción el art. 49.1.g) del ET y no pueden extinguirse válidamente los contratos de trabajo", declarando así la improcedencia del despido del trabajador.

La sentencia objeto de análisis establece así la concurrencia del presupuesto procesal de contradicción -señala que "incluso *a fortiori* (con mayor motivo)"-, dado que "En ambos procesos los contratos de los trabajadores se extinguieron al amparo del art. 49.1.g) del ET por jubilación del empleador" (*sic*) y "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" (*sic*). El texto destaca así la contradicción entre ambos fallos, toda vez que "la sentencia recurrida desestima la demanda de despido" al contemplar que 7 meses y medio es tiempo suficiente para dar por roto el vínculo laboral y "la sentencia de contraste declara la improcedencia del despido", al calificar como temporal el cierre de un negocio que, si bien tuvo una duración menor, tampoco se produjo al tiempo de la jubilación del empresario.

2.3. Normativa aplicable al caso y jurisprudencia relacionada

La sentencia especifica en el FD 3 fundamentalmente tres SSTS, siendo el elemento común de fondo en todas ellas la determinación del lapso temporal que supone el cierre real de un negocio y no una interrupción temporal del mismo.

La sentencia que aquí se comenta, señala que la doctrina que sentó el Pleno de la Sala Social del TS de 25 de abril de 2000 (rec. 2118/1999)[14] establece que la extinción del contrato de trabajo por causa de jubilación que previene el art. 49.1.g), exige no sólo la efectiva jubilación del empresario, sino que la misma haya tenido como consecuencia el cierre o cese de la actividad de la empresa. El texto refuerza esta interpretación en sus líneas siguientes, argumentando que el hecho de que el propio art. 49.1.g) establezca su mandato "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores" -sobre la sucesión de empresa-, y recoja además de la jubilación, las circunstancias de muerte o incapacidad de la persona física del empresario como hechos igualmente causantes de la extinción, viene a evidenciar que si la empresa continua, incluso al margen de su titularidad, los contratos de trabajo perviven. El tribunal dirime que, por tanto, la extinción de la relación laboral al amparo del artículo señalado, ha de entenderse que concurre cuando se produce "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".

Esta línea doctrinal ha guiado numerosos pronunciamientos desde hace casi dos décadas, y de acuerdo con ella se viene estableciendo que la concepción separada de ambas circunstancias (la jubilación y el cierre del negocio) invita a contemplar igualmente de forma diferenciada los tiempos en que una y otra pueden tener lugar. A pesar de que la coincidencia de ambas pudiera ser aconsejable, la sentencia contempla la posibilidad de que el momento de la jubilación y el momento del cierre de la empresa sean diferentes. Así, se reitera que tanto la STS 873/2016, de 20 octubre (rcud 978/2015), como la STS 528/2017, de 20 junio (rcud 1654/2015) inciden en que el art. 49.1.g) no establece plazo alguno para la decisión de la continuación o finalización de la actividad empresarial, si bien puede

[14] Posteriormente reiterada por las SSTS de 9 de febrero de 2001, rec. 106/2000 y 8 de junio de 2001, rec. 693/2000.

considerarse implícito que entre ambos pueda mediar un plazo. Se trata de un plazo que la STS de 25 de abril de 2000 (rec. 2118/1999) califica de "prudencial" y dependiente de las concretas causas concurrentes, toda vez que éstas imposibilitan la fijación de reglas generales para todos los supuestos (SSTS 25/04/00, rcud 2128/99; y 09/02/01, rcud 1106/00), pero que tienen en cualquier caso la virtud de compartir objetivo: facilitar el proceso de liquidación de la empresa o su transmisión.

En realidad, el resto de SSTS en las que se fundamenta el fallo del litigio entre D. Benito y D. Apolonio, hablan de "plazos razonables" (las SSTS 873/2016 de 20 de octubre , rcud 978/2015; 600/2023 de 27 de septiembre, rcud.4408/202; y 528/2017 de 20 de junio, rcud 1654/2015), siendo la última de ellas quien subraya en su literal c. que la razonabilidad del mismo habría de apreciarse en cada 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-)" (FD 3.3.). De este modo tenemos que:

— según la STS de 25 de abril de 2000 (rec. 2118/1999), el transcurso de 7 años entre la jubilación y el cierre de la tienda en cuestión, exceden "por completo de cualquier clase de *plazo prudencial*";

— según la STS 873/2016, de 20 octubre (rcud 978/2015), es razonable "un plazo inferior al mes y medio desde 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";

— y según la STS 600/2023, de 27 septiembre (rcud 4408/2021) es 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.

En el caso de la STS del 29 de mayo de 2024 (rec. 3821/2023) que aquí se examina, destaca que junto al plazo que transcurre entre la baja y nueva alta del empresario e el RETA, el tribunal haya querido considerar la contratación de tres trabajadores nuevos para la reflexión de la razonabilidad del plazo que media entre la jubilación de este y el cierre definitivo de la empresa.

2.4. Decisión del tribunal y valoración crítica

Previo al fallo, la sentencia recuerda en el FD 4.1 y tal y como se ha expuesto en líneas precedentes, que la causa de extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario regulada en el art.49.1.g) exige que la jubilación del empleador produzca el "cese real y permanente" de la actividad de la empresa, hecho que no concurre a la luz de tres elementos: el breve espacio temporal que transcurre entre la jubilación del empleador hasta su nueva alta en el RETA (siete meses y medio); el hecho que de forma más o menos inmediata cursara el alta de tres trabajadores nuevos pero no del demandante, y que todo ello sucediera en el mismo sector de actividad en el que se desenvolvía con anterioridad a su jubilación -a saber, el transporte de mercancías por carretera-.

Por todo ello, el fallo estima 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 (rcud. 2175/2022), revocando la sentencia de instancia y estimando la demanda de despido interpuesta por D. Apolonio contra D. Benito. Declara así como despido improcedente el cese de D. Apolonio y establece que D. Benito podrá optar por readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían en el momento de los hechos, o bien, proceder a la

extinción de la relación laboral, con abono de los salarios de tramitación que no haya percibido o de la indemnización legal oportuna, respectivamente.

El fallo resulta, a nuestro juicio, enteramente acertado, por varios motivos. Por un lado, el tribunal se hace eco del espíritu garantista del art. 49 ET, apoyándose de forma debida en la doctrina consolidada desde la STS del 25 de abril de 2000, toda vez que deja patente la oportunidad de la sentencia de contraste que evoca el recurso de casación para la unificación de la doctrina. Al hacerlo, evita que efectivamente el art. 49.1.g) pueda emplearse de forma fraudulenta para evitar las consecuencias económicas con carácter indemnizatorio que un despido pudiera ocasionar, hecho del que parece plenamente consciente al señalar que tal causa de extinción "permite que el empresario que tiene la condición de persona física (…) pueda extinguir los contratos de sus trabajadores abonándoles una indemnización de únicamente un mes de salario" y sorteando al mismo tiempo "cumplir los trámites exigidos en otras causas de extinción de las relaciones laborales".

La sentencia, añade que el art. 49.1.g) prevé tal indemnización - probablemente "escueta"-, en favor de un empresario que al jubilarse pierde la fuente de ingresos que le permite sostener los contratos de trabajo que mantenía hasta el momento, hecho que no parece acontecer en nuestro caso, toda vez que éste contrata a tres trabajadores en sustitución de D. Apolonio. Considerando aún acertado el fallo del tribunal, la reflexión que estas líneas inspiran tienen que ver con la función que cumplen las indemnizaciones previstas para el conjunto de los y las trabajadoras en el marco normativo laboral, con independencia del motivo de la extinción del contrato de trabajo; dicho de otra forma, si la indemnización ejerciera una función protectora para las personas trabajadoras ante un previsible tiempo de desempleo no deseado, al margen del carácter más o menos forzoso de la decisión del empresario ¿por qué la norma entiende que la indemnización ha de ser diferente según la causa que la origina?, ¿se está forzando así a las personas trabajadoras a abandonar una empresa antes incluso de lo necesario ante lo imprevisible de una situación de jubilación? Los dilemas que suscita la situación no son pocos, si bien es cierto que los mismos derivan no tanto del fallo de la sentencia, como del contenido del ordenamiento jurídico. Ha de añadirse además que la STJUE (Sala Segunda), de 11 de julio de 2024, Asunto C-196/23 - del que se tuvo conocimiento apenas unas horas después del cierre de este comentario- no hace sino añadir dudas con respecto al contenido expuesto[15].

Otra de las reflexiones que motiva el caso, está relacionada con el carácter "casual" de la detección del fraude en cuestión. Aunque no se puede saber el modo en que el actor tiene conocimiento del reinicio de la actividad de su antiguo empleador, éste parece fortuito y lo cierto es que sin él la justicia no hubiera tenido la oportunidad de actuar. Se trata de una circunstancia particularmente interesante dadas las implicaciones del fraude descrito para nuestro sistema de Seguridad Social, entre otros. Lo que se plantea es si no es posible introducir mecanismos automáticos de detección de incidencias en el propio sistema a través del que operan las altas y las bajas en el RETA, permitiendo así actuaciones de oficio desde la ITSS.

En cualquier caso, el fallo de la sentencia refuerza su valor cuando se contempla desde el concreto sector de actividad en el que interviene. Como se planteaba al inicio de este análisis, es bien conocida la incidencia que el en su día calificado como recurso "patológico" a la subcontratación laboral ejerce sobre el sector del transporte de mercancías por carretera. La tendencia creciente de

[15] Como bien señala Emilio De Castro Marín, la diferencia de tratamiento en materia indemnizatoria que emana del art. 49.1.g) ET por el mero hecho de participar de un proceso extintivo colectivo o individual, genera serias dudas acerca de su compatibilidad con el derecho a la igualdad de trato. V. Castro Marín, E.: "Extinción de contrato de trabajo por jubilación de empresario persona física, despido colectivo y aplicación de la Directiva 98/59: STJUE (Sala Segunda), de 11 de julio de 2024, asunto c-196/23", BRIEFS AEDTSS, Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024; https://www.aedtss.com/extincion-del-contrato-de-trabajo-por-jubilacion-de-empresario-persona-fisica-despido-colectivo-y-aplicacion-de-la-directiva-98-59/.

sustitución de contratos de trabajo por contratos mercantiles - materializados hoy en el abuso de la fórmula del llamado "falso autónomo"- tiene como consecuencia la limitación del alcance de las relaciones laborales en el sector, por lo que, si bien no parece que sea este el interés de D. Benito - recordemos que casi tan pronto como reinicia su actividad cursa el alta de tres nuevos trabajadores en el RGSS -, un fallo en sentido contrario podría funcionar como factor estimulador de la externalización productiva en el mismo, dando lugar al empleo de esta fórmula de extinción contractual con el específico ánimo descrito. Más aún, en este contexto, la desestimación del recurso interpuesto por D. Apolonio, hubiera servido igualmente a los objetivos descritos, toda vez que refuerza la idea de los costes "innecesarios" derivados del contrato de trabajo en los procesos de transmisión de empresas, idea que adquiere cuerpo en nuestro caso a través de los costes ligados a la antigüedad de nuestro trabajador.

En definitiva, la sentencia es a nuestro juicio acertada desde todo punto de vista: garantista, doctrinal, de contexto y con una fuerte vocación de futuro y sostenibilidad de nuestro sistema de Seguridad Social.

3. BIBLIOGRAFÍA

Beltrán de Heredia, I.: "Trabajo externalizado: factores estimuladores de las contratas y posibles ámbitos de reforma legislativa", *Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. https://ignasibeltran.com/2018/05/29/trabajo-externalizado-factores-estimuladores-de-las-contratas-y-posibles-ambitos-de-reforma-legislativa.

Castro Marín, E.: "Extinción de contrato de trabajo por jubilación de empresario persona física, despido colectivo y aplicación de la Directiva 98/59: STJUE (Sala Segunda), de 11 de julio de 2024, asunto c-196/23", BRIEFS AEDTSS, Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024; https://www.aedtss.com/extincion-del-contrato-de-trabajo-por-jubilacion-de-empresario-persona-fisica-despido-colectivo-y-aplicacion-de-la-directiva-98-59/.

Conde Colmenero, P.: "Necesario y urgente refuerzo de la sostenibilidad en el sector del transporte de mercancías por carretera: mejora de las condiciones laborales y la protección social de las personas trabajadoras (particular referencia al desplazamiento de quienes conducen)", *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, 471, 2022, pp. 131-159. https://doi.org/10.51302/rtss.2022.6049

Contreras Hernández, O.: "Empresas buzón y *forum shopping*: ¿puede una ETT explotar las diferencias entre sistemas de seguridad social en la UE?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 10(2), 2022, 43-65

De Vicente Arias, A: "Reforma laboral y subcontratación: una mirada desde el contexto internacional". (2023). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 7, 93-117. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/599

De Vicente Arias, A.: "Crisis y multinacionales en américa latina: una revisión de los efectos de la subcontratación laboral en la protección del trabajador", *Revista de Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, núm. 1, 2016, p. 84.

Fernández Nieto, L. A.: "Los delitos contra los derechos de los trabajadores. El «tipo especial» del nuevo artículo 311.2º del Código Penal", *Diario La Ley, nº 10279*, 2023.

Llobera, M.: "Empresas ficticias y fraude social en la Unión Europea: nuevas normas y estrategias", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 10(2), 2022, pp. 10-42.

Monereo Pérez, J.L.: *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2002, p. 5.

Observatorio del falso Autónomo- UATAE: Informe Anual "Las claves de los falsos autónomos en 2020". https://uatae.org/wp-content/uploads/2021/02/informe-anual-OBSERVATORIO-DEL-FALSO-AUTO%CC%81NOMO.pdf

Parra Gutiérrez, J. P.: "La directiva 2020/1057 sobre desplazamiento de trabajadores en el sector de transporte por carretera. Primeros pasos de una regulación necesaria y esperada", *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 4(1), 2023, pp. 93-110. https://doi.org/10.20318/labos.2023.7640