



Roj: **STS 3460/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3460**

Id Cendoj: **28079140012000101235**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2000**

Nº de Recurso: **2118/1999**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **LUIS GIL SUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Abril de dos mil.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado don Rafael C. Saez Cabo en nombre y representación de don David , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 23 de marzo de 1999, recaída en el recurso de suplicación num. 2906/98 de dicha Sala, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, dictada el 12 de marzo de 1998 en los autos de juicio num. 84/98, iniciados en virtud de demanda presentada por don David contra don Lorenzo , doña María Esther y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don David presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de Vizcaya, siendo ésta repartida al nº 8 de los mismos, en base a los siguientes hechos: El actor viene trabajando para los demandados, don Lorenzo , doña María Esther , desde el 1 de julio de 1972, aunque no fué dado de alta en la Seguridad Social hasta el 2 de julio de 1973, en el centro dedicado a ferretería, armería y artículos de caza y pesca, como dependiente. En fecha 30 de diciembre por conducto notarial recibe una carta en la que se procede a la extinción del contrato de trabajo por tener el demandado Sr. Lorenzo , que es quien firma la carta, más de 80 años. El actor estima que quien dirige el negocio es la hija del demandado y codemandada, doña María Esther . Se termina suplicando en la demanda se dicte sentencia en la que se declare nulo el despido y se condene a los demandados a que le readmitan en su puesto en las mismas condiciones anteriores al despido, o le abonen la indemnización pertinente, y en todo caso se le reintegran los salarios de tramitación dejados de percibir.

SEGUNDO.- El día 12 de marzo de 1998 se celebró el acto de juicio, con la participación de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a estas actuaciones.

TERCERO.- El Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao dictó sentencia el 12 de marzo de 1998 en la que acogiendo la excepción de falta de legitimación alegada por la codemandada Sra. María Esther , desestimó la demanda y absolvió a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. En esta sentencia se declaran los siguientes HECHOS PROBADOS: "1.- El actor, D. David , con DNI nº NUM000 , ha venido prestando sus servicios para la empresa para la empresa demandada -persona física- Lorenzo , dedicado a la actividad de ferretería, armería y artículos de caza y pesca, en el centro de trabajo de Pza. Juan José Mendizabal, nº 3 (Santurce), con una antigüedad de 02-07-73, categoría profesional de Dependiente y salario mensual de 220.800 ptas., incluyendo la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias. 2.- D. Lorenzo , nacido el 22-08-17 y afiliado al Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos (RETA), se jubiló en dicho Régimen el 01-03-90, si bien continuó al frente de su negocio hasta su cierre. 3.- La codemandada, Dª María Esther , hija del también demandado D. Lorenzo , ha prestado sus servicios en el negocio de su padre durante treinta años, habiendo figurado en alta en el RETA desde el 01-03-90 hasta el 31-12-97. 4.- Antes de las vacaciones de verano del año 1997, D. Lorenzo comunicó al actor su intención de cerrar el negocio por su condición de jubilado, ofreciéndole al actor la posibilidad de que él lo continuara en régimen



de arrendamiento, lo que éste rechazó, razón por la cual, desde el regreso de las vacaciones, se procedió a la liquidación de las existencias que había en el establecimiento. 5.- Con fecha 30-12-97 D. Lorenzo notificó al actor comunicación escrita fechada el 23-12-97, del siguiente tenor literal: "Estimando David ; como ya te comuniqué en nuestra conversación antes de las vacaciones de verano, tengo más de 80 años y me encuentro cansado, reiterándote ahora, de forma escrita, que el día 31-12-97 ceso en mi actividad empresarial en virtud de mi condición de jubilado. Por lo tanto, procedo a la extinción del contrato de trabajo a partir de la mencionada fecha (31-12-97), por jubilación y en base a lo establecido en el artículo 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, poniendo a tu disposición la suma de un mes de salario en concepto de indemnización y la liquidación de haberes correspondientes (que se acompaña en hoja anexa)". 6.- El actor no ostenta, ni ha ostentado, la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. 7.- Con fecha 14-01-98 la parte actora formuló papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, celebrándose el acto de conciliación, con el resultado que consta en el Acta unida a los autos, el día 28-01-98". El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: "FALLO: Que, acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la codemandada D^a María Esther debía desestimar la demanda por despido formulada por D. David , contra la empresa -persona física- D. Lorenzo , contra D^a María Esther y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, al acreditarse que la extinción del contrato de trabajo del actor se produce por la jubilación de su empresario y no por despido del trabajador".

CUARTO.- Contra la anterior sentencia, el actor formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su sentencia de 23 de marzo de 1999, desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia recurrida.

QUINTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco, el Sr. David interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en los siguientes motivos: 1.- Contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 28 de noviembre de 1998. 2.- Infracción de los arts. 49.1.g), 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores.

SEXTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiendo sido impugnado por la parte recurrida, pese a haber sido ésta emplazada para tal fin, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente tal recurso.

SÉPTIMO.- Dada la trascendencia y complejidad del presente asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Sala General, fijándose finalmente para el día 12 de abril de 2000, la celebración de tales actos. El ponente, Excmo. Sr. don Antonio Martín Valverde votó en contra del criterio mayoritario de la Sala, por lo que se acordó asignar la ponencia al Excmo. Sr. don Luis Gil Suárez, Presidente de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor don David prestó servicios para la empresa demandada, perteneciente a don Lorenzo , que es un comercio dedicado a la venta al público de ferretería, armería y artículos de caza y pesca, que estaba ubicado en Santurce (Vizcaya). El demandante trabajó en este establecimiento desde julio de 1973, ostentando la categoría profesional de dependiente.

El Sr. Lorenzo , nacido el 22 de agosto de 1917, estuvo afiliado al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos (RETA), habiéndose jubilado en este Régimen el 1 de marzo de 1990, "si bien continuó al frente de su negocio hasta su cierre". María Esther , hija del anterior, también ha venido trabajando en el comercio referido, desde mucho tiempo atrás.

Antes de las vacaciones de verano de 1997, el Sr. Lorenzo comunicó al demandante que tenía intención de cerrar el negocio por su condición de jubilado, ofreciendo a dicho actor la posibilidad de que él continuara en régimen de arrendamiento, lo que éste rechazó. Por eso, desde el regreso de esas vacaciones, se procedió a la liquidación de las existencias que había en el establecimiento.

El 30 de diciembre de 1997 el Sr. Lorenzo entregó al demandante una comunicación escrita en la que, se manifestaba que "tengo más de 80 años y me encuentro cansado" y que "el día 31-12-97 ceso en mi actividad empresarial en virtud de mi condición de jubilado"; explicándole inmediatamente después que por ello "procedo a la extinción del contrato de trabajo a partir de la mencionada fecha (31-12-97), por jubilación y en base a lo establecido en el art. 49-1-g) del Estatuto de los Trabajadores, poniendo a tu disposición la suma de un mes de salario en concepto de indemnización".

No conforme con esta decisión, el Sr. David interpuso la demanda de despido origen de estas actuaciones. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao-Vizcaya de 12 de marzo de 1998, desestimó tal demanda;



siendo confirmada por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de marzo de 1999. Estas sentencias se basan fundamentalmente en la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1996.

Contra la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el actor interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina que ahora se analiza. En él se alega, como contrapuesta, la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988.

En tal sentencia los datos históricos del litigio son, en lo relevante para la decisión, sustancialmente iguales a los del presente caso. Se da en ella un prolongado intervalo entre jubilación y cese de la actividad empresarial, también concurre la circunstancia de que un hijo del jubilado ayudó a éste en la explotación del negocio después de la jubilación, y también los trabajadores cesados formularon demanda de despido. Sin embargo, la decisión adoptada es distinta a la de la sentencia recurrida; la Sala estimó en la citada sentencia de 28 de noviembre de 1988 que la jubilación del empresario al amparo del art. 49.1.g. del ET sólo puede ser causa de extinción del contrato de trabajo si se adopta dentro de un "plazo razonable" entre la misma y el cese de la actividad empresarial.

Se cumple, por consiguiente, el requisito de recurribilidad que impone el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- Según dispone el art. 49-1-g) del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo se extingue "por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario ...". En el caso examinado en este litigio se trata de la extinción del vínculo laboral por causa de jubilación del empresario; no cabe duda alguna de que se trata de esta clase de causa de extinción, pues así se expresa en la comunicación de cese, no poniéndolo en duda además ninguna de las partes y habiéndose centrado el debate sobre la misma. Por consiguiente, la única causa extintiva que se puede tomar en consideración, al resolver el presente recurso, es la jubilación del empresario.

Como se ha expuesto en el fundamento anterior, en el caso aquí enjuiciado el empresario se jubiló en el RETA en marzo de 1990, pero "continuó al frente de su negocio" en los años posteriores, hasta que procedió a cerrar dicho establecimiento a fines de diciembre de 1997, fecha en la que también extinguió el contrato de trabajo que le unía al trabajador demandante. Por ello, la cuestión esencial que se suscita en este juicio es la de esclarecer si el cese de este trabajador puede o no incardinarse sin obstáculos ni problemas en el mencionado art. 49-1-g del Estatuto de los Trabajadores; por cuanto que, como es obvio, si se mantiene el criterio de que la citada extinción contractual encaja en este precepto, se ha de entender que la misma es totalmente válida y conforme a ley, lo que obligaría a desestimar la demanda de despido entablada por el trabajador mencionado; mientras que si, por el contrario, se sostiene que el presente supuesto no puede incluirse en la referida norma, se tendría que declarar inadecuada y contraria a derecho la aludida extinción contractual y acoger favorablemente dicha demanda de despido.

La sentencia recurrida adopta la primera de las dos soluciones que se acaban de consignar, basándose fundamentalmente en la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1996. A pesar de ello, la Sala, constituida en pleno conforme al art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha llegado a la conclusión de que no puede seguirse manteniendo el criterio que sustenta esa sentencia de 9 de abril de 1996, dado que se reputa acertada la solución expresada en segundo lugar en el párrafo precedente, lo que supone que no es correcto el cese del demandante y debe declararse la improcedencia de tal despido con todas sus consecuencias legales.

TERCERO.- Las razones que conducen a adoptar esta decisión estimatoria de la demanda, son las siguientes:

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.

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".

3).- Si entre la comentada jubilación, de un lado, y la desaparición de la empresa y los ceses de los trabajadores, de otro, transcurren varios años, difícilmente puede sostenerse que existe entre ellos la necesaria relación de causalidad. Las extinciones dichas podrán ser debidas a cualquier causa, pero no a aquella jubilación acontecida mucho tiempo atrás. Se trataría, por tanto, no de una causa, sino de un mero pretexto o subterfugio.

Precisamente por ello tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han venido exigiendo el respeto del plazo prudencial o razonable mencionado, a pesar de que el art. 49-1-g) del Estatuto de los Trabajadores no lo impone explícitamente. Es obvio que si este precepto configura a la jubilación del empresario como causa de extinción del contrato, ello exige la existencia de relación de causalidad entre aquella y ésta, y si desde que tuvo lugar la primera hasta que se cerró la explotación y se extinguió el contrato han pasado varios años, no es posible afirmar que se da esa relación de causalidad.

La exigencia del respeto de dicho plazo razonable se apreció en las sentencias de esta Sala de 14 de julio y 28 de noviembre de 1988; y por su parte la sentencia de 18 de marzo de igual año manifiesta que lo que el precepto referido "autoriza es la terminación del contrato de jubilación del empresario, sin continuidad en la actividad empresarial", criterio que reitera la sentencia de 19 de mayo de 1988; así mismo la sentencia de 26 de mayo de 1988 declaró que cuando el artículo citado "permite la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario, no se está autorizando el cese de una actividad empresarial con aquella consecuencia extintiva, mientras se continúa, pese a la jubilación, en la explotación".

4).- Si se admite que la jubilación actúe como causa extintiva de los contratos de trabajo cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde que aquella tuvo lugar, en realidad lo que tal jubilación produciría en relación a esos contratos sería una verdadera novación de los mismos, pues con este sistema éstos quedarían sujetos, a partir de tal jubilación, a una condición resolutoria potestativa, dado que se dejaría a la voluntad del empresario jubilado la facultad de disponer la extinción de los contratos cuando le pareciese oportuno. Y ni existe base legal alguna que permita apreciar la existencia de esa novación, ni está admitido en nuestro ordenamiento laboral que el contrato de trabajo esté sujeto a una condición resolutoria potestativa dependiente de la voluntad del empresario, dado lo que establecen los arts. 15 y 49 del Estatuto de los Trabajadores.

5).- Es cierto que es posible distinguir la condición de empresario y la de simple propietario de un negocio. Pero para poder estimar que este propietario no actúa como empresario, normalmente es preciso que aparezca un gerente, gestor o encargado que desempeñe la función de regentar o dirigir la empresa; si no aparece ningún gestor o encargado malamente puede sostenerse que el propietario de la explotación se limita a actuar como tal y no como verdadero empresario. Es más, cuando un empresario ha venido actuando toda su vida con esa condición y carácter, si la explotación continúa después de jubilarse en el RETA, sin que él nombre a nadie que, sustituyéndole, dirija el negocio, no es posible estimar lógicamente que desde esa jubilación ya no actúa como empresario.

No es acertado mantener que el hecho de que el INSS haya otorgado al empresario la pensión de jubilación del RETA acredite, mientras no se pruebe nada en contra, que el mismo ha cesado desde tal otorgamiento en su actividad empresarial. Lo único que acredita tal concesión es que el interesado cumple los requisitos de afiliación, cotización, carencia y edad que la ley exige a tal fin; pero no demuestra nada en orden a que el mismo haya cesado realmente en su trabajo.

Por otra parte, el reconocimiento de esa pensión por el INSS no puede constituir prueba alguna, ni presunción de ningún tipo relativa al dato fáctico de la no continuación de la actividad propia del empresario, frente al



trabajador o trabajadores de la empresa, los cuales no han tenido intervención alguna en dicho reconocimiento, al efectuarse éste sin que ellos hayan sido oídos ni hayan podido formular ninguna clase de alegación.

7).- Pero es que, además, aún cuando se hubiese acreditado plenamente que el Sr. Lorenzo , después de su jubilación dejó de llevar a cabo cualquier clase de actividad empresarial, limitándose a realizar la actuación propia de un simple propietario, tampoco existiría en tal caso razón alguna para estimar que era válida y conforme a ley la extinción del vínculo laboral del actor, toda vez que, como se expuso en el número 1 de este razonamiento jurídico, para la validez de tal extinción no basta con que se produzca la jubilación, sino que es necesario además que, dentro de un plazo prudencial, haya tenido lugar el cierre de la empresa, y es evidente que si esta explotación ha continuado, aunque el jubilado se haya limitado a actuar como mero propietario de la misma, no se ha producido durante muchos años el segundo requisito mencionado; y cuando el cierre del negocio aconteció ya había transcurrido, en exceso, cualquier tipo de plazo razonable.

8).- Si se considera válida la extinción del contrato de trabajo por causa de jubilación del empresario muchos años después de haber tenido lugar tal jubilación, sería obligado aplicar la misma pauta o criterio a los casos de muerte o incapacidad que también regula el art. 49-1-g); y esta extensión de la solución comentada sería sumamente peligrosa, puesto que supondría otorgar a este precepto una amplitud desmesurada, incluyendo en él supuestos de extinción contractual no previstos realmente en el mismo.

CUARTO.- Por todo lo dicho, es claro que la sentencia recurrida ha vulnerado el precepto tantas veces citado, lo que conduce a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina entablado por el demandante, dado lo que prescribe el art. 226 de la Ley de Procedimiento Laboral y visto el dictamen del Ministerio Fiscal, por lo que ha de ser casada y anulada dicha sentencia. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, se ha de acoger favorablemente la demanda de despido formulada por el Sr. David , y declarar la improcedencia de dicho despido, condenando al empresario demandado don Lorenzo al cumplimiento de las obligaciones que establece el número 1 del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, en la forma y condiciones que este precepto establece.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Letrado don Rafael C. Saez Cabo en nombre y representación de don David , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 23 de marzo de 1999, recaída en el recurso de suplicación num. 2906/98 de dicha Sala, y en consecuencia casamos y anulamos esta sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco. Y resolviendo el debate planteado en suplicación, acogemos favorablemente tal recurso de suplicación, estimamos la demanda de despido formulada por don David y declaramos la improcedencia del despido de que éste fue objeto; por ello, condenamos al empresario demandado, don Lorenzo , a que o bien readmita al citado trabajador en su puesto de trabajo, o bien le abone una indemnización por tal despido por valor de ocho millones tres mil doscientas cuarenta y tres pesetas (8.003.243 ptas.); el derecho a optar entre una u otra solución corresponde al citado empresario, el cual deberá ejercitarlo en el plazo de cinco días contados desde la notificación de la presente sentencia; así mismo condenamos al demandado Sr. Lorenzo a que abone al actor una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que dicho demandante hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuese anterior a esta misma sentencia, ello sin perjuicio de que dicho empresario demandado ejercite el derecho que le otorga el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores. Se mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida en el que se acoge la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada doña María Esther , el cual pronunciamiento no ha sido objeto de impugnación en este recurso de casación para la unificación de doctrina. Sin costas.-

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Gil Suárez y el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado don Antonio Martín Valverde hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON ANTONIO MARTIN VALVERDE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO Nº 2118/1999, DE FECHA 25 DE ABRIL DE 2000.

Discrepo respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala, aun compartiendo el planteamiento del tema de la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario que en ella se hace, y también buena parte de sus razonamientos.

Coincido con la sentencia en que existe contradicción entre la sentencia de suplicación impugnada en el caso y la sentencia aportada para comparación con ella. Estoy de acuerdo igualmente con el parecer de la mayoría en la valoración de los precedentes sobre la cuestión en litigio.

Coincido asimismo con la resolución adoptada en que la jubilación del empresario individual no es la causa directa de la extinción del contrato de trabajo a que se refiere el art. 49.1.g. del Estatuto de los Trabajadores (ET). Ciertamente, tal acontecimiento de la vida profesional del empresario sólo extingue el contrato de trabajo, como se afirma en la sentencia de la que se discrepa, cuando ha dado lugar al cese total o parcial de actividades de la empresa; de no ser así la jubilación da paso bien a un cambio de titularidad de la empresa, si ésta ha sido transmitida mediante uno u otro negocio jurídico, bien al mantenimiento de la relación contractual de trabajo con el mismo empresario jubilado. La jubilación del empresario no afecta, en suma, a la condición de propietario de una empresa ni tampoco a la condición de titular de la misma, sino únicamente a la circunstancia de prestar trabajo en ella de manera habitual como trabajador autónomo o por cuenta propia.

No estoy de acuerdo, en cambio, con la tesis de la sentencia de que el transcurso de un "plazo prudencial" máximo entre la jubilación del empresario y la extinción del contrato de trabajo rompa el nexo de causalidad mediata que ha de existir entre aquélla y ésta. Tal requisito de "plazo prudencial", como reconoce la sentencia de la que se discrepa, no está expresado en el texto del art. 49.1.g. del ET. Y tampoco, a mi juicio, debe considerarse implícito en el mismo como exigencia lógica. La jubilación no es solamente el 'acto' de transición de la vida activa plena al retiro parcial o total de la misma, sino que es también una 'situación' en la que se permanece de forma continuada, y que, pudiéramos decir si vale la expresión, se consolida con el tiempo. En supuestos como el del caso, en que el dueño de un pequeño comercio decide por 'cansancio' cerrar el establecimiento después de haber trabajado en él por cuenta propia, y tras unos años de mantenerlo abierto supervisando a distancia su marcha, el nexo entre jubilación y extinción del contrato de trabajo no me parece que se haya roto, sino antes al contrario que se ha reforzado con el paso de los años.

No comparto tampoco las razones que atienden a las consecuencias prácticas o de interpretación teleológica que la sentencia aduce. El riesgo de fraude empresarial a los derechos de los trabajadores no existe en el caso. Por el contrario, la consecuencia que muy probablemente se derivará de la exigencia del requisito de "plazo prudencial" es el adelantamiento de las decisiones empresariales de extinción del contrato de trabajo por jubilación. Nadie gana con ello; ni el empresario, forzado a una liquidación apresurada del negocio; ni el trabajador, que pierde la oportunidad de mantener el puesto de trabajo durante los años de intervalo entre la jubilación y el cese del negocio; ni el sistema de empresas y el empleo generado en el mismo, obligado a la desaparición prematura de muchas de sus unidades.

La argumentación detallada de esta posición discrepante se expone a continuación, en fundamentos o considerandos numerados. El primero y el segundo se dedican a la exposición de los hechos del caso y al juicio de contradicción, mientras que los restantes exponen los argumentos de esta posición minoritaria.

PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre si la jubilación del empresario puede ser invocada como causa de extinción del contrato de trabajo, al amparo del art. 49.1.g. del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuando entre el momento en que la misma se produjo y el cese de la actividad de la empresa ha transcurrido un período prolongado de tiempo, más allá del plazo requerido para la liquidación del negocio.

Las circunstancias concretas que concurren en el litigio, y que deben ser tenidas en cuenta para la decisión del mismo, son las siguientes: a) el demandado, titular de una empresa comercial de ferretería, armería, caza y pesca, se jubiló en el Régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) en marzo de 1990, a los 72 años de edad (hecho probado 1º); b) una vez jubilado continuó como empresario titular del negocio hasta el cierre del mismo en 1997 (hecho probado 2º), contando con la ayuda de una hija que había venido prestando servicios en la tienda desde tiempo atrás, y que siguió haciéndolo hasta la fecha del cierre (hecho probado 3º); c) antes de las vacaciones de verano de 1997 el demandado comunicó al actor, dependiente de comercio con antigüedad superior a veinte años de servicios al demandado, la intención de clausurar definitivamente el negocio, con ofrecimiento como alternativa al cierre de que el propio dependiente continuara como arrendatario del negocio (hecho probado 4º); d) tal ofrecimiento del empresario fue rechazado por el trabajador (hecho probado 4º);



e) al regreso de las vacaciones de verano se procedió a la liquidación de existencias (hecho probado 4º); y f) transcurrido el período de liquidación, el 30 de diciembre de 1997 el demandado notificó al actor la extinción del contrato de trabajo por causa de su jubilación, con efectos de 31 de diciembre de 1997 (hecho probado 5º).

SEGUNDO.- La sentencia recurrida ha dado una respuesta afirmativa a la cuestión litigiosa, afirmando que el intervalo transcurrido entre la jubilación y el cierre de la actividad empresarial no perjudica el derecho del empresario a dar por terminada la relación de trabajo con base en el art. 49.1.g. del ET. Invoca en favor de la resolución adoptada la doctrina de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1996.

La sentencia aportada para comparación con la recurrida es la dictada también por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo con fecha 28 de noviembre de 1988. En tal sentencia los datos históricos del litigio son, en lo relevante para la decisión, sustancialmente iguales a las del presente caso. Se da en ella un prolongado intervalo entre jubilación y cese de la actividad empresarial; también concurre la circunstancia de existencia de ayuda familiar en la gestión diaria de la explotación de un hijo del jubilado; y la reclamación planteada por el trabajador es la misma de aplicación de la regulación ordinaria del despido y no de la regulación específica de la extinción por jubilación del empresario. Sin embargo, la decisión adoptada es distinta a la de la sentencia recurrida; la Sala estimó en la citada sentencia de 28 de noviembre de 1988 que la jubilación del empresario al amparo del art. 49.1.g. del ET sólo puede ser causa de extinción del contrato de trabajo si se adopta dentro de un "plazo razonable" entre la misma y el cese de la actividad empresarial.

TERCERO.- A juicio de quien suscribe este voto particular, la mejor solución de la cuestión controvertida es la que ha dado la sentencia impugnada, por lo que el recurso, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, hubiera debido ser desestimado.

Para fundamentar en derecho esta posición, que confirma la línea doctrinal iniciada en nuestra sentencia de 9 de abril de 1996 en la que se ha apoyado la recurrida y se aparta por tanto de la posición sostenida en la sentencia de contraste, debemos precisar primero el alcance de la jubilación del empresario como causa de extinción del contrato de trabajo, y nos referiremos en un segundo momento a la valoración del intervalo entre jubilación y cese de actividad desde el punto de vista de los derechos e intereses de los sujetos de la relación de trabajo.

CUARTO.- El art. 49.1.g. del ET incluye en la lista de causas de extinción del contrato de trabajo "la muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante". El párrafo segundo de este apartado del art. 49.1.g. del ET precisa que "en los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario", añadiéndose en el párrafo siguiente que "en los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del art. 51 de esta Ley", donde se regula el despido colectivo por necesidades de la empresa.

La interpretación finalista y sistemática de este precepto legal lleva a la conclusión, compartida con la decisión de la mayoría, de que la jubilación del empresario que constituye uno de los supuestos del mismo es únicamente la jubilación que comporta cese de la actividad empresarial.

La jubilación seguida de continuidad del negocio o empresa con otro titular ha de ser encuadrada, como se encarga de aclarar el propio art. 49.1.g. del ET, dentro del cambio de titularidad de la empresa al que es de aplicación el art. 44 del ET. Por otra parte, la jubilación del empresario en la que éste mantiene en activo el negocio y sigue como titular del mismo, aunque deje de prestar trabajo en él, tampoco debe ser causa de extinción del contrato de trabajo. Mientras el negocio o la empresa continúen y no se suprima el puesto de trabajo ocupado por el trabajador al que vaya dirigida la decisión extintiva del contrato de trabajo no debe apreciarse la causa de extinción del art. 49.1.g. del ET. Despedir o dar por terminada la relación laboral de un trabajador por jubilación del empresario sólo es una necesidad o exigencia del funcionamiento de la empresa cuando tal jubilación va acompañada del cierre de la empresa o del cese de su actividad.

Al mismo resultado interpretativo conduce el canon de la interpretación sistemática. Todos los restantes supuestos del precepto legal del art. 49.1.g. del ET que acompañan a la jubilación del empresario son por definición supuestos de cese de explotación o actividad empresarial. Lo son la muerte del empresario y su incapacidad sin que haya sucesores en la empresa a los que aplicar el art. 44 del ET. Y lo es también, tras los correspondientes procedimientos liquidatorios, la extinción de la personalidad jurídica del contratante, cuando el empresario tiene esta condición.

En suma, este dato del cese de la actividad empresarial, y de la consiguiente amortización de los puestos de trabajo existentes en ella, debe concurrir también en la jubilación del empresario justificativa de la extinción



del contrato de trabajo. La disposición legal no lo dice expresamente, pero se deduce sin especial dificultad de su contexto y de su propósito.

QUINTO.- El análisis de la jubilación del empresario como causa de extinción del contrato de trabajo aconseja, además, prestar atención al requisito expresamente exigido en el art. 49.1.g. del ET de que la jubilación haya sido obtenida "en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social". Dicho régimen de Seguridad Social será habitualmente, y así sucede en este litigio, el Régimen especial de los trabajadores autónomos.

Al igual que en el Régimen general, el reconocimiento del derecho a la jubilación en el RETA está condicionado, además de al cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años, al "cese en el trabajo" (art. 42 del Decreto 2530/1970, de 30 de agosto). El cese en el trabajo mencionado en el art. 42 del Decreto 2530/1970 ha de referirse lógicamente al trabajo que da lugar a la afiliación y alta en el RETA, que es el trabajo por cuenta propia o autónomo realizado "de forma habitual, personal y directa" (art. 2.1. del Decreto 2530/1970). No es razonable exigir para la jubilación en el RETA - y no lo hace, en verdad, la posición de la mayoría de la Sala - el cese total y absoluto en toda actividad útil o productiva ; requisito que no se exige en el Régimen general (art. 165.1 de la Ley general de la Seguridad Social), y que, aparte de inconveniente desde el punto de vista individual, sería claramente antieconómico desde el punto de vista del interés general.

Este tipo de cese en el trabajo autónomo habitual, personal y directo es compatible en principio con el mantenimiento de la propiedad de la empresa y con la labor de supervisión de la actividad de la misma. Una cosa es ser empresario individual o persona física titular de una empresa y otra cosa es ser trabajador autónomo que dedica su esfuerzo personal continuo a la organización productiva propia. Una y otra cualidad pueden y suelen coincidir. Pero también es frecuente que aparezcan separadas. El Decreto 2530/1970 reconoce esta posibilidad de que el empresario individual no sea o deje de ser trabajador autónomo en su art. 2.3, que presume la condición de trabajador autónomo en "quien ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo", pero admite expresamente la prueba en contrario, y la exclusión consiguiente del RETA de empresarios individuales que no aportan a su negocio de manera habitual trabajo "personal y directo".

El cese en el trabajo autónomo al que obliga el RETA como condición de la jubilación es, por consiguiente, el del trabajo personal y permanente, pero no el de la supervisión o control a distancia de la marcha de la misma. Tal labor de supervisión o control a distancia, propia y exclusiva de quien es titular de un negocio, concurre en el supuesto de la sentencia recurrida y también en la sentencia de contraste. Ello se pone de relieve en el hecho de que en ambos casos el empresario jubilado se valió de la ayuda de un familiar para la gestión diaria y permanente, y de que en ambos casos la entidad gestora a quien compete en vía administrativa el reconocimiento de situaciones de necesidad y del derecho a prestaciones otorgara y mantuviera la pensión de jubilación, hay que suponer que tras las correspondientes comprobaciones del cumplimiento inicial y continuado de los requisitos exigidos en la legislación.

SEXTO.- A los argumentos anteriores de interpretación finalista y de interpretación sistemática debemos añadir, para la justificación de este voto particular, otros argumentos en favor de la solución adoptada, que resultan de la observación de las consecuencias para los interesados y para el conjunto de la economía de las dos tesis en presencia.

La tesis de la exigencia de continuidad entre la jubilación del empresario y el cese de la actividad empresarial, dejando a salvo un breve plazo de liquidación, tiene el inconveniente de que puede precipitar tanto el cese como la liquidación en condiciones desventajosas de aquellas empresas o negocios viables en las que no se encuentre en seguida un empresario que suceda al jubilado, con las consiguientes pérdidas de utilidad que de ello derivan. Este efecto negativo de estímulo al cese y liquidación precipitada de una empresa viable no se traduce en ventaja para nadie, ya que el trabajador al servicio de la misma perderá el empleo antes de lo que lo perdería de consentir un intervalo más o menos prolongado entre jubilación y cierre, habiendo de enfrentarse así, en el caso típico, a una búsqueda de otro empleo en condiciones más apremiantes.

Otra consecuencia inconveniente de la tesis de la inmediación entre jubilación del empresario y extinción del contrato de trabajo es, a nuestro juicio, que, en supuestos como el presente en que tal inmediación no se produce, el empresario afronta en un momento de la vida en que pueden resultarles particularmente gravosas indemnizaciones de extinción de idéntica cuantía a las del despido disciplinario declarado improcedente. Esta equiparación no resulta lógica si se tiene en cuenta que este supuesto de extinción del contrato de trabajo se encuentra sin duda más próximo de los despidos o extinciones procedentes por amortización de puesto de trabajo que del despido disciplinario improcedente, y que las consecuencias de una conducta socialmente reprochable como la del despido improcedente no deben ser equiparadas a las de una extinción del contrato de trabajo por cierre de empresa debido a jubilación del empresario.



En definitiva, la posición que se defiende en este voto consistente en permitir que el empresario jubilado siga por un tiempo como titular del negocio o empresa, y al frente del mismo en una labor de supervisión y no de gestión diaria y permanente, permite superar los inconvenientes anteriores, y tiene además la ventaja adicional de que facilita a los empresarios individuales una transición sin brusquedad de la vida activa al retiro completo de toda actividad.

En conclusión, el recurso, a nuestro entender, debió ser desestimado.

Madrid, 25 de abril de 2000

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ