



Roj: **STSJ AND 11904/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:11904**

Id Cendoj: **41091340012017103485**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **3767/2016**

Nº de Resolución: **3670/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº 3767/16 IN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA.SRA.DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ.

ILMA.SRA.DÑA. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ.

ILMO.SR.DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

En Sevilla, a catorce de diciembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 3670 /17

En el recurso de suplicación interpuesto por el Ldo. D. Juan M^a Delgado Salazar en representación de Conteros Sevilla,, S.L. , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número nueve de Sevilla; ha sido Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Presidenta de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos número 42/15 se presentó demanda por D^a Encarnacion , D^a. Rosalia y D^a Celia , sobre despido, contra Activa Spa & Hotel, S.L. y Conteros Sevilla, S.L. , se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 16/03/16 por el Juzgado de referencia en que se estimó la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"1º) Las actoras Encarnacion , Rosalia y Celia , mayores de edad y con DNI respectivo número NUM000 , NUM001 y NUM002 , venían prestando sus servicios retribuidos para la demandada ACTIVA SPA & HOTEL SL desde el 19/4/2010, 1/12/2013 y 17/5/2010 respectivamente y con categoría profesional de esteticista, en el centro de trabajo sito en el Hotel EME Sevilla, perteneciente a la empresa CONTEROS SEVILLA S.L., en virtud de contratos temporales convertidos en indefinidos en las fechas respectivas de 18/1/2011, 14/8/2014 y 16/5/2012, realizando la primera una jornada laboral a tiempo completo con un salario a efectos de despido de 30,88 € al día, la segunda una jornada a tiempo parcial de 24 horas a la semana con un salario a efectos de despido de 18,53 € al día, y la tercera una jornada parcial de 36 horas a la semana con un salario a efectos de despido de 31,98 euros al día, resultando de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios.



2º) En fecha de 17/12/2007 se suscribió entre la empresa PROGRAYMA SLU, anterior propietaria del hotel EME y de la que se escindió la actual, y la demandada ACTIVA SPA & HOTEL SL un acuerdo de intenciones para la gestión y explotación de la zona de spa de algo más de 200 m² ubicada en el referido hotel (folios 315 y siguiente de las actuaciones).

Posteriormente, las empresas demandadas ACTIVA SPA & HOTEL SL y CONTEROS SEVILLA SL suscribieron el día 12/12/12 un contrato denominado de arrendamiento de industria para la cesión de un espacio físico del hotel, consistente en recepción, circuito termal, vestuario y tres cabinas de masajes e hidromasaje, para explotar por la primera un negocio de centro de salud y belleza, haciéndose constar en su cláusula primera que si bien el circuito termal no es objeto del arrendamiento, se permitiría su uso a los clientes del centro de salud y belleza, siempre que ello no ocasione incomodidad a los clientes del hotel (folios 317 a 320 de las actuaciones).

Finalmente, en fecha de 13/3/14 se suscribió entre las mismas partes un anexo al citado contrato por el cual se estipuló que el hotel, previa comunicación al arrendatario y siempre que no perturben el normal funcionamiento del negocio, podrá disponer de las instalaciones fuera del horario comercial establecido para ofrecer este servicio de forma restringida en exclusiva a sus clientes VIPS (folios 513 y siguiente).

No obstante, el circuito termal era explotado directamente por la empresa ACTIVA SPA & HOTEL SL.

3º) Con fecha 16.09.2014 la demandada CONTEROS SEVILLA, S.L. remitió a ACTIVA SPA & HOTEL, S.L. por burofax, que lo recibió al día siguiente, un escrito mediante el que le comunicaba su decisión de no renovar el contrato de arrendamiento de industria suscrito entre ambas llegado su vencimiento el 11.12.2014 (folio 506).

4º) Mediante burofax remitido el el 04.11.2014 (folio 509) la empresa ACTIVA SPA & HOTEL S.L requirió a CONTEROS SEVILLA, S.L. para que en plazo de diez días le comunicase si iban a cesar en la actividad o a continuarla de forma directa o a conceder la explotación a un tercero, en cuyo caso solicitaba les facilitase los datos de la nueva contrata al objeto de trasladarle la documentación pertinente a efectos de subrogación del personal.

5º) Mediante burofax remitido el 20.11.2014 por CONTEROS SEVILLA S.L. (folio 514) dicha empresa informó a ACTIVA SPA & HOTEL S.L que procedería al "cese de la actividad".

6º) Mediante burofax remitido el 25.11.2014 por ACTIVA SPA & HOTEL S.L (folio 516 y siguiente) dicha empresa comunicó a CONTEROS SEVILLA, S.L. los datos de identidad y laborales de las diez trabajadoras que prestaban servicios en el centro de salud y belleza que hasta ese momento explotaba en el EME Catedral Hotel, y le acompañaba la documentación al respecto que en dicho escrito se relaciona, a los efectos de que procediera a la subrogación.

7º) Mediante burofax remitido el 27.11.2014 por CONTEROS SEVILLA, S.L (folio 328) dicha empresa comunicó a ACTIVA SPA & HOTEL S.L que rechazaba íntegramente el contenido de la comunicación remitida por la misma el día 25.11.2014 y reiteraba su intención de cesar en la actividad.

8º) Con fecha de 25.11.2014 la demandada ACTIVA SPA & HOTEL S.L notificó a las actoras la extinción de sus contratos con efectos del 12.12.2014, con motivo de la rescisión del contrato de arrendamiento de industria que aquella tenía concertado con la demandada CONTEROS SEVILLA S.L para la explotación del centro de trabajo donde laboraban, e indicándoles que a partir de dicha fecha deberían pasar subrogadas a esta última empresa (documento acompañado con las demandas).

9º) Con fecha 10.12.2014 las demandantes y otras compañeras de trabajo remitieron burofax a CONTEROS SEVILLA, S.L. requiriéndole para que les indicara si iban a continuar trabajando en dicho centro con las mismas condiciones que antes, contestándoles el 12.12.2014 dicha empresa por burofax que una vez terminado el contrato de arrendamiento con ACTIVA SPA & HOTEL S.L procedería al cese de la actividad, rechazando por ello que existiera obligación de subrogarse (folio 721).

10º) A partir del 12.12.2014 la empresa CONTEROS SEVILLA, S.L. recuperó la posesión y uso de las instalaciones que, dentro del EME Catedral Hotel, había tenido cedidas a ACTIVA SPA & HOTEL, S.L., proporcionando a sus clientes un servicio denominado "Centro Termal y Bienestar", dotado de circuito termal (spa) -compuesto de piscina climatizada con cascada cervical y chorros laterales, ducha de inicio, relajante hammam y fuente de hielo-, y de "zona de relax".

11º) Las demandantes no son ni han sido representante legal de los trabajadores durante el año anterior al despido.



12º) Las actoras presentaron papeletas de conciliación ante el CMAC, cuyos actos se celebraron con resultado de "sin avenencia".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Conteros Sevilla S.L, habiéndose efectuado impugnación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia que estimo la demanda de la parte actora, contiene el siguiente fallo: Que estimando la demanda interpuesta por Encarnacion , Rosalia y Celia contra ACTIVA SPA & HOTEL SL y CONTEROS SEVILLA SL, en reclamación por DESPIDO, debo declarar y declaro el mismo IMPROCEDENTE, condenando a la empresa demandada CONTEROS SEVILLA SL a estar y pasar por esta declaración así como, a su elección, que deberá verificar en un plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, bien a readmitir a las actoras en sus puestos de trabajo con las mismas condiciones que tenían antes del despido, bien a que indemnice a Encarnacion en la cantidad de 5.434,88 €, a Rosalia en la cantidad de 662,45 € y a Celia en la cantidad de 5.508,56 €; más para el caso de que opte por la readmisión a que les abone los salarios dejados de percibir desde el día del despido (12/12/2014) hasta la notificación de esta sentencia; decretándose asimismo la libre absolución de ACTIVA SPA & HOTEL SL.

Frente a dicha sentencia, se alza en Suplicación la empresa CONTEROS SEVILLA SL invocando el tramite procesal de los apartados b) y c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO.- Por adecuado trámite procesal y cita expresa en el apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se solicita rectificación del contenido fáctico de la sentencia, proponiendo la modificación del hecho probado segundo, para que se suprima lo siguiente :No obstante, el circuito termal era explotado directamente por la empresa ACTIVA SPA & HOTEL SL. y sea sustituido por lo que a continuación se transcribe: "El circuito termal era explotado conjuntamente por las empresas ACTIVA SPA & HOTEL Y CONTEROS SEVILLA S.L., si bien la utilización de dicho circuito por la primera estaba condicionado por la prioritaria utilización por parte de los clientes del Hotel. Por otro lado, ACTIVA SPA & HOTEL S.L., explotaba además, de manera individual e independiente, los servicios de masajes y tratamientos de belleza."

No ha lugar a lo solicitado porque del documento invocado, obrante los folios 317 y siguientes, contrato de arrendamiento de industria de fecha 12/12/12, no se extrae lo que la recurrente propone, sin necesidad de acudir a conjeturas o suposiciones, en las que no puede basarse una revisión fáctica que, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación, sólo procede, según se desprende de lo dispuesto en los artículo 193 y 196 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , cuando de documental o pericial, previamente acotada, se desprende de manera palmaria y evidente error de valoración de la prueba por parte del juzgador de instancia, a quien corresponde en exclusiva la tarea de valoración probatoria por así disponerlo el artículo 97.2 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Ha de ser pues desestimado el único motivo de recurso que la recurrente plantea para revisar los hechos probados de la sentencia.

TERCERO.- Por tramite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se solicita el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en el artículo 44 de Estatuto de los Trabajadores en relación con la Directiva Comunitaria 2001/23, para defender, en esencia que no puede apreciarse que la recurrente haya sucedido a la empresa ACTIVA SPA & HOTEL SL. Por no concurrir ni el elemento subjetivo, ni el objetivo necesarios para apreciar la sucesión de empresa, toda vez que ni puede apreciarse cambio del antiguo empleador por otro nuevo toda vez que la recurrente no explota la actividad que explotaba la codemandada, ni esta transmitió mediante arrendamiento un conjunto patrimonial que permita la continuidad de actividad alguna, defendiendo que no arrendó la empresa CONTEROS SEVILLA a la codemandada absuelta, una industria o negocio, sino tan sólo los locales donde se ubica el circuito termal, por lo que se equivoca la sentencia de instancia que parte de la base de un de un arrendamiento de negocio o industria que revierte en el arrendador como consecuencia de la extinción de la relación arrendaticia, lo que, según la recurrente no se ha producido.

Dados los términos en que se plantea el recurso, resulta fundamental determinar si el arrendamiento suscrito entre las empresas codemandadas formalizado a través del contrato suscrito entre ambas, según se recoge en el hecho probado segundo de la sentencia que se recurre, hecho este que no ha logrado ser modificado ante el fracaso del motivo de recurso anteriormente estudiado, tuvo por objeto una industria o negocio o se trataba de un mero arrendamiento de local de negocio, donde la codemandada absuelta ejerció su actividad



La Sala 1ª del Tribunal Supremo en Sentencia núm. 729/2006 de 7 julio al respecto de lo que haya de considerarse arrendamiento de industria, se expresa en los siguientes términos: Señala la sentencia de 21 de febrero de 2000 que «la doctrina de esta Sala relativa a la distinción entre los arriendos de local de negocio y los de industria es absolutamente diáfana, destacando que mientras en los primeros se cede el elemento inmobiliario, es decir, un espacio construido y apto para que en él se explote el negocio, en los segundos el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora, por un lado el local, como soporte material y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial. En este sentido cabe citar las sentencias de 13 y 21 de diciembre de 1990 , 20 de septiembre de 1991 , 19 y 25 de mayo de 1992 , 17 de abril y 10 de mayo de 1993 , 22 de noviembre de 1994 y 8 de junio de 1998 , entre otras». En parecidos términos, la sentencia de 8 de junio de 1998 afirma que «la jurisprudencia mantenida de esta Sala de Casación Civil viene proclamando que los arriendos de locales para negocio se diferencian de los propios de industria, en que en los primeros lo que se cede es el elemento inmobiliario, en cambio, en los segundos (arrendamientos especiales), el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora; por un lado, el local, como soporte material y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial autónomo, sin que sea preciso que el arrendador aporte necesariamente todos los enseres y menajes para la comercialización de la actividad comercial a desarrollar, pues pueden ser ampliados o mejorados con los que aporte el arrendatario, incluso ser sustituidos, sin que ello afecte a la calificación y naturaleza del contrato como de locación industrial.

Partiendo de la definición que se extrae de la doctrina de las sentencias transcritas, no cabe duda de que, a tenor de los hechos probados de la sentencia que se impugna, completados con lo que de fáctico se contiene en la Fundamentación Jurídica de la misma, entre la recurrente y la empresa codemandada absuelta, no se suscribió un mero arrendamiento de local de negocio, sino un contrato de arrendamiento de industria, porque el objeto de la cesión en arrendamiento, no solo vino constituido por el local que constituía la sede física donde se ubicaba el centro de trabajo de las actoras, sino que se cedió también el centro de salud y belleza con todos los elementos que lo integraban, incluido el circuito termal, que aunque inicialmente se convino que el mismo no era objeto del arrendamiento, lo cierto es que la explotación de las instalaciones al mismo correspondientes, se realizó en todo momento directamente por la empresa Activa Spa, globalmente con la prestación de los tratamientos de belleza y masajes, hasta el punto que el hotel no podía utilizar por su cuenta dicho circuito, sino que remitía a sus clientes para que fueran atendidos por la arrendataria, instándole a que tuviera abierto el centro todos los días incluidos los domingos. Estas instalaciones son las que ha explotado la empleadora de las trabajadoras, la empresa Activa Spa, constituyendo todo ello un conjunto de medios materiales organizados destinados a la explotación inmediata del negocio que efectivamente se explotó según los pactos suscritos, tal como se narra en el hecho probado segundo de la sentencia que se combate y que tras terminar el arrendamiento, según se recoge en el hecho probado 10º, (no controvertido), la empresa CONTEROS SEVILLA, S.L. entidad recurrente recuperó, revirtiendo a ella la posesión y uso de las instalaciones que, dentro del EME Catedral Hotel, había tenido cedidas a ACTIVA SPA & HOTEL, S.L., comenzando ella directamente la explotación del negocio proporcionando a sus clientes un servicio denominado "Centro Termal y Bienestar", dotado de circuito termal (spa) -compuesto de piscina climatizada con cascada cervical y chorros laterales, ducha de inicio, relajante hammam y fuente de hielo-, y de "zona de relax", lo que si acaso, supuso ampliar los servicios que ya prestaba la empresa anterior, pero continuando en la actividad.

Así pues nos encontramos ante un arrendamiento de industria y no porque tal haya sido el nomen iuris que se otorgó al contrato por quienes lo suscribieron, sino porque efectivamente, no se cedió el mero espacio físico donde llevar a cabo la explotación de un negocio, sino que se cedió también, como ya se ha dicho, el conjunto de medios materiales organizados y necesarios para la explotación y al termino del arrendamiento, todo ello, como unidad productiva, ha revertido a la propietaria, pasando ella a explotar el negocio directamente, por lo que en atención a lo dispuesto en el artículo 44 de Estatuto de los Trabajadores , se ha producido un cambio en la titularidad con sucesión de empresa y a su vez la subrogación del arrendador en la posición del arrendatario respecto a las trabajadoras de este, en este caso las actoras , de cuyo despido ha de responder; por ello ha de ser desestimado el motivo de recurso que se estudia, al hilo con lo ya resuelto en esta Sala por la Sentencia de fecha trece de Junio de dos mil diecisiete dictada en el RECURSO 2425/16 que también desestimo el recurso de CONTEROS SEVILLA condenada en la instancia, en proceso de despido de otra trabajadora que se encontraba en idéntica situación que las que aquí son actoras.

CUARTO.- Por tramite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se solicita, en el último motivo de recurso el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones deportivas y gimnasios, defendiendo la recurrente que no es de aplicación tal norma, porque no se aplica a la actividad de la empresa Activa Spa & Hotel S.L. el Convenio Colectivo meritado, sino el de Peluquerías Institutos de Belleza y



Gimnasios que no contempla la subrogación empresarial en los términos del artículo 25 del primer Convenio Colectivo citado. Es cierto que a tenor del artículo 1 del Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones deportivas y gimnasios que determina su abito funcional, es bien dudoso que sea aplicable tal Convenio Colectivo a la actividad de la empresa codemandada, cuya actividad no es la de prestar servicios relacionados con el ejercicio físico, incluyendo entre ellos la práctica física deportiva, de manera amateur, voluntaria o profesional y la práctica física recreativa o de ocio deportivo, que parece la esencia de la actividad a la que se aplica el Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones deportivas y gimnasios; pero en todo caso y aunque se aplicara dicho Convenio Colectivo, la norma concreta que la sentencia de instancia cita a mayor abundamiento, (así lo dice expresamente), no es de aplicación al supuesto enjuiciado, porque dicha norma se refiere supuestos de sucesión por concesiones o contratas que no es el caso examinado, en el que la subrogación empresarial, se produce ex lege en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de Estatuto de los Trabajadores , por haber revertido a la recurrente la industria o negocio que constituyó el objeto de contrato de arrendamiento terminado, continuando tal empresa en la actividad tras la reversión, lo que ha resultad acreditado, si bien, tampoco sería tan determinante la continuación en la actividad porque, como declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 febrero 1991 , si bien referido a las concesiones, pero con criterio que resultaría extrapolable a los arrendamiento de industria cuando el arrendado recupera por fin del arrendamiento la industria arrendada,; Lo decisivo, para que exista subrogación, no puede estar en que el titular continúe la actividad, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el substratum objetivo de la empresa. Iría por ello contra el fin perseguido por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , que estriba en garantizar la estabilidad en el empleo y asegurar de este modo los derechos de los trabajadores.,

Corolario de lo expuesto y conforme a lo que se ha razonado, se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida que no contiene las infracciones que se le imputan.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la codemandada Conteros Sevilla, S.L. , contra la sentencia dictada en los autos nº 42/15 por el Juzgado de lo Social número nueve de los de Sevilla , en virtud de demanda formulada por D^a Encarnacion , D^a Rosalia y D^a Celia , contra Activa Spa & Hotel S.L. y Conteros Sevilla, S.L., debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) Exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) Referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) Que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Se condena a la empresa recurrente, al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios al impugnante de su recurso en cuantía de 500.-euros- más IVA que, en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias.



Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Sevilla a 14/12/17.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ