



Roj: **STSJ M 11280/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:11280**

Id Cendoj: **28079340042018100646**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **06/11/2018**

Nº de Recurso: **598/2018**

Nº de Resolución: **765/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG: 28.079.00.4-2017/0043996

Procedimiento Recurso de Suplicación 598/2018

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid 1028/2017

Materia: Despido

Sentencia número: **765/2018**

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. MARÍA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME

Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid, a seis de noviembre de dos mil dieciocho, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 598/2018, formalizado por el Sr. Letrado D. Manuel Ruiz Briz en nombre y representación de la mercantil TONIMER S.L., contra la sentencia de fecha dieciséis de marzo de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, en sus autos número 1028/2017, seguidos a instancia de D^a Beatriz frente a FUNDACIÓN RAYO VALLECANO, FOGASA y la parte recurrente, sobre Despido, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARÍA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- La parte actora ha venido prestando sus servicios para la empresa TONIMER, S.L. con una antigüedad de 8-4-16, con la categoría profesional de Ayudante de cocina y devengando un salario mensual de 1.198,07 euros con prorrateo de pagas extras, en la cafetería de la FUNDACION RAYO VALLECANO.

SEGUNDO.- El día 10-8-10 FUNDACION RAYO VALLECANO y D. Luis Manuel suscribieron un contrato de arrendamiento de un negocio de cafetería ubicado en la Ciudad Deportiva de la Fundación, por un plazo de 5 años, prorrogable por plazos anuales, debiendo tramitar el arrendatario los permisos y licencias municipales necesarias para el desarrollo de la actividad.

El día 20-1-11 se firma una Adenda al contrato de arrendamiento de negocio destinado a cafetería, en el sentido de que el arrendatario cede a la empresa TONIMER, S.L. el arrendamiento del negocio, quedando esta empresa subrogada en los derechos y obligaciones que se derivan del contrato de 10-8-10.

TERCERO.- Mediante carta de fecha 1-6-17, la comunica a TONIMER que "A la vista de que el próximo 10 de agosto de 2017 se produce la finalización del contrato de arrendamiento para el destino de negocio de cafetería de la Ciudad Deportiva que fue suscrito por Ud. (Posterior subrogación por parte de la sociedad Tonimer, S.L.) con la Fundación Rayo Vallecano en fecha 10 de agosto de 2010 y de conformidad con lo dispuesto en la cláusula segunda del referido Acuerdo, venimos a trasladarle expresamente nuestra voluntad inequívoca y manifiesta de no prorrogar el referido contrato de arrendamiento".

CUARTO.- Con fecha 5-7-17 Tonimer envía un burofax a la Fundación indicando que como no les han comunicado los datos de la nueva empresa cesionaria, al amparo de lo que establece el artículo 43 V del Convenio Colectivo de Hostelería, les remiten la documentación acreditativa que establece dicho artículo para los supuestos de subrogaciones en colectividades, rogando que den traslado de dicha comunicación a la nueva empresa cesionaria. (Doc. 3 de Tonimer)

QUINTO.- Tonimer contesta que la referencia a la subrogación del servicio no corresponde con el contrato suscrito entre las partes, ya que no es un servicio de colectividades ni el origen del mismo surge por una contrata administrativa, no siendo referenciable el 43 V del Convenio Colectivo de Hostelería. Además les recuerdan el deber de devolver el inmueble libre y vacío de todos los elementos de su titularidad. (Doc. 4 de Tonimer)

SEXTO.- El 27-7-17 Tonimer comunica a la demandante que el día 10-8-17 finaliza el contrato de arrendamiento para el destino del negocio de cafetería, y que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 del ET, a partir del 11-8-17 se hará cargo de su centro de trabajo (Cafetería ciudad deportiva Rayo Vallecano), la actual titular de la concesión administrativa, la Fundación Rayo Vallecano, quien se subrogará en la relación laboral que mantiene con TONIMER. La misma comunicación entregó a los otros 4 trabajadores que prestaban servicios en la cafetería por cuenta de Tonimer (doc. 5 de Tonimer).

SÉPTIMO.- El 28-7-17 Tonimer comunica a la Fundación que ha comunicado a los trabajadores la fecha de efectos de la subrogación y que será la Fundación quien designe la empresa que se subrogará en la relación laboral (doc. 6)

OCTAVO.- La Fundación contesta mediante carta de fecha 7-8-17 que insiste en que el contrato de arrendamiento no se encuadra en ninguno de los supuestos del artículo 43 V del Convenio Colectivo de Hostelería, que no procede subrogación y que así se lo ha hecho saber a los trabajadores (doc. 7 de Tonimer).

En la misma fecha remitió una carta a los trabajadores en la que les indicaba que entre ambas empresas hay un contrato de arrendamiento de negocio que finaliza el día 10-8-17 y que no hay obligación de subrogar a la plantilla, que su empleador sigue siendo TONIMER (do. 8 de la fundación).

NOVENO.- El día 10-8-17 Tonimer entregó la llave de la cafetería en la oficina de la Fundación (doc.9).

Desde entonces la cafetería permanece cerrada al público, y el local ha sido usado una ocasión por los socios de la fundación para un acto privado.



DÉCIMO.- Respecto de los compañeros de la demandante, ha recaído sentencia en el Juzgado de lo Social nº 27 que declara despido improcedente y hace responsable del mismo a la Fundación por considerar que existe sucesión empresarial por reversión al titular Fundación Rayo Vallecano. La sentencia no es firme, por haber sido recurrida

UNDÉCIMO.- No consta que la parte demandante ostente o haya ostentado la condición de representante de los trabajadores.

DUODÉCIMO.- Se ha celebrado sin avenencia la conciliación ante el SMAC."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por D^a Beatriz contra TONIMER, S.L. y FUNDACION RAYO VALLECANO, debo declarar y declaro improcedente el despido de la parte actora condenando a la empresa TONIMER, S.L. a que, a su elección que deberá manifestar en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia, le readmita en su mismo puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 1.867,20 euros, entendiéndose que de no hacerlo en el plazo indicado opta por lo primero, y en caso de readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión. Y debo absolver a absuelvo a FUNDACION RAYO VALLECANO de las peticiones formuladas."

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte codemandada (TONIMER SL), formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte (FUNDACIÓN RAYO VALLECANO).

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 17/07/2018, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid de fecha 16 de marzo de 2018, estima parcialmente la demanda de la actora reconociendo su despido como improcedente, aunque únicamente condena a uno de los demandados a asumir las consecuencias de tal extinción.

Frente al fallo, se interpone el presente Recurso de Suplicación por la representación letrada de TONIMER S.L., habiéndose presentado escrito de impugnación por la parte codemandada FUNDACION RAYO VALLECANO.

SEGUNDO.- Se formulan como motivos del Recurso de Suplicación los que se indican seguidamente:

MOTIVO PRIMERO.- Con fundamento en el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que tiene por objeto "Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas".

En relación con esta petición, el Tribunal Supremo, Sala 4^a, en sentencia de 13 septiembre de 2018 establece lo siguiente:

" Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión



sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

Y en este sentido, la petición contenida en este primer motivo de recurso se concreta en tres apartados:

1º.-Afecta al hecho probado SEGUNDO de la sentencia cuyo tenor literal es el siguiente:

"El día 10-8-10 FUNDACION RAYO VALLECANO y D. Luis Manuel suscribieron un contrato de arrendamiento de un negocio de cafetería ubicado en la Ciudad Deportiva de la Fundación, por un plazo de 5 años, prorrogables por plazos anuales, debiendo tramitar el arrendatario los permisos y licencias municipales necesarios para el desarrollo de la actividad.

El día 20-1-11 se firma una Adenda al contrato de arrendamiento de negocio destinado a cafetería en el sentido de que el arrendatario cede a la empresa TONIMER S.L. el arrendamiento del negocio, quedando esta empresa subrogada en los derechos y obligaciones que se derivan del contrato de 10-8-10".

Proponiendo su ampliación en los siguientes términos:

"FUNDACION RAYO VALLECANO es titular -a los efectos que aquí interesa- de las instalaciones entre otras consistente en una cafetería ubicada en la Ciudad Deportiva Fundación Rayo Vallecana. Dichas instalaciones, INCLUIDA EXPRESAMENTE LA CAFETERIA, COCINA ANEJA Y BARRA, disponen de licencia municipal de PRIMERA OCUPACION Y FUNCIONAMIENTO DE FECHA 09 DE AGOSTO DE 2010 SIENDO TITULAR DE DICHA LICENCIA LA FUNDACION RAYO VALLECANO (Doc. 2 del ramo de prueba de la Fundación Rayo Vallecana, folio 402 a 404 de los autos).

Con fecha 10 de agosto de 2010, la FUNDACION RAYO VALLECANO suscribió con D. Luis Manuel en el que después se subrogó la empresa TONIMER S.L. contrato de ARRENDAMIENTO DE NEGOCIO DE CAFETERIA, así como de la maquinaria y mobiliario que en el local se contienen, propiedad de Fundación Rayo Vallecana, relacionados en el documento 1 del ramo de prueba de la mercantil TONIMER S.L. (folios 161 a 171 de los autos) y en el documento 4 del ramo de prueba de la FUNDACION RAYO VALLECANO (folio 414 a 419 de los autos).

El mobiliario y los enseres son los siguientes:

INVENTARIO COCINA

1 MESA CENTRAL CON CAMARA DE ACERO INOXIDABLE INFRICO

1 MESA DE TRABJO DE ACERO INOXIDABLE

1 MESA FREGADERO

1 PILA DE AGUA CON PULSADOR

4 ESTANDERIAS DE ACERO INOXIDABLE

1 LAVAPLATOS

1 COCINA 4 FUEGOS CON PLANCHA MARCA BARON

2 FREIDORAS PRIXIS ECO-6

1 CAMPANA TEVEX 5 FLTROS

1 CONGELADOR LOBHER-PROFIT LINE

1 CAMARA FRIGORIFICA INFRICO (4 PUERTAS).



INVENTARIO SALA

1 FREGADERO CON ESCURRE PLATOS

1 BOTELLERO CON MESA MARCA INFRICO

1 MUEBLE FROTAL COMPLETO DE ACERO INOXIDABLE

1 PLANCHA ELECTRICA LAXON P-60

1 MAQUINA DE HIELO ITV-DNG-60ª

3 MESAS TABURETES

9 TABURETES

8 MESAS

32 SILLAS.

Todo ello con base en prueba documental consistente en los citados documentos.

Se accede parcialmente a la modificación/adición interesada, únicamente por lo que se refiere a incluir en la redacción dada en la sentencia al hecho probado segundo del listado de mobiliario y enseres que se cedían al Sr. Luis Manuel inicialmente y posteriormente a TONIMER S.L., en los términos que figuran en la propuesta realizada por el recurrente, ya que FUNDACION RAYO VALLECANO no aparece como titular de las instalaciones y sí como titular de un derecho de concesión administrativa otorgado a su favor por parte del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, y la Licencia de Primera Ocupación y Funcionamiento no se refiere a la cafetería aisladamente considerada y si a la misma dentro de la planta destinada a Ciudad Deportiva del Rayo Vallecano siendo definida la cafetería como actividad terciaria recreativa, destacando la Magistrada de instancia que respecto de la cafetería, el arrendatario "era quien debía tramitar los permisos y licencias municipales necesarios para el desarrollo de la actividad".

2º.-Afecta al hecho probado SEPTIMO de la sentencia cuyo tenor literal es el siguiente:

"El 28-7-17 Tonimer comunica a la Fundación que ha comunicado a los trabajadores la fecha de efectos de la subrogación y que será la Fundación quien designe la empresa que se subrogará en la relación laboral (doc. 6)"

Proponiendo su redacción en los siguientes términos:

"Con fecha 27 de julio de 2017, TONIMER S.L. comunicó a la plantilla en número de cinco, mediante carta que, con efectos del 11 de agosto de 2017 pasarán a formar parte de la plantilla de la empresa FUNDACION RAYO VALLECANO al ser la titular de negocio de cafetería donde prestan servicios dándoles de baja. Copia de dicha comunicación se envió igualmente a la FUNDACION RAYO VALLECANO en fecha 28-7-2017.

El servicio de cafetería se prestaba por un total de 5 trabajadores, todos los cuales fueron cesados"

No procede acceder a lo interesado, puesto que no existe una cita pormenorizada de los documentos (públicos o privados siempre que tengan carácter indubitado) o pericias que obren en autos y de los que se estima proviene la equivocación o el error atribuibles a la resolución que se impugna.

3º.-Afecta al hecho probado NOVENO de la sentencia cuyo tenor literal es el siguiente:

"El día 10-8-17 Tonimer entregó la llave de la cafetería en la oficina de la Fundación (doc. 9)

Desde entonces la cafetería permanece cerrada al público, y el local ha sido usado una ocasión por los socios de la fundación para un acto privado".

Proponiendo su redacción en los siguientes términos:

"El 10 de agosto de 2017 TONIMER S.L. entrega las llaves de la cafetería a los Representantes Legales de la Fundación Rayo Vallecano. En el momento de la devolución permanecen en el local los mismos enseres y mobiliario que en su momento se recibieron.

Desde entonces, es decir, desde el 11/08/2017 la cafetería permanece cerrada al público y sus instalaciones han sido usadas en una ocasión por los socios".

No se acoge la petición contenida en el recurso, dando por reproducido el argumento vertido en relación con el hecho anterior.

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 193. c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que tiene por objeto "examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia".



A través de este motivo, la parte recurrente denuncia expresamente la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al considerar que la intención de las partes fue ceder un todo organizado (local, instalaciones y organización), siendo el objeto del arrendamiento de industria un complejo de elementos materiales con el mismo fin, concluyendo que habiendo revertido el arriendo, la Fundación debe hacerse cargo de la trabajadora, aunque haya decidido no continuar con la actividad, pese a que podía hacerlo.

El citado precepto, por lo que se refiere a la cuestión aquí debatida establece lo siguiente:

"Artículo 44. La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

No se discute la naturaleza jurídica del contrato que firmaron los hoy demandados denominado contrato de arrendamiento de negocio, en cuya cláusula primera relativa al objeto se especificaba claramente que "es objeto de este arrendamiento el negocio de cafetería que se ubica en la Ciudad Deportiva Rayo Vallecano, así como la maquinaria y mobiliario que en el local de contienen" y que se concretó en los siguientes:

INVENTARIO COCINA

1 MESA CENTRAL CON CAMARA DE ACERO INOXIDABLE INFRICO

1 MESA DE TRABJO DE ACERO INOXIDABLE

1 MESA FREGADERO

1 PILA DE AGUA CON PULSADOR

4 ESTANDERIAS DE ACERO INOXIDABLE

1 LAVAPLATOS

1 COCINA 4 FUEGOS CON PLANCHA MARCA BARON

2 FREIDORAS PRIXIS ECO-6

1 CAMPANA TEVEX 5 FLTROS

1 CONGELADOR LOBHER-PROFIT LINE

1 CAMARA FRIGORIFICA INFRICO (4 PUERTAS).

INVENTARIO SALA

1 FREGADERO CON ESCURRE PLATOS

1 BOTELLERO CON MESA MARCA INFRICO

1 MUEBLE FROTAL COMPLETO DE ACERO INOXIDABLE

1 PLANCHA ELECTRICA LAXON P-60

1 MAQUINA DE HIELO ITV-DNG-60ª

3 MESAS TABURETES

9 TABURETES

8 MESAS

32 SILLAS.

Tampoco se cuestiona que, por decisión unilateral de FUNDACION RAYO VALLECANO el citado contrato finalizó con efectos de 10 de agosto de 2010, procediendo TONIMER S.L. a la devolución del objeto de arrendamiento, discrepándose por el demandado recurrente que deba ser él quien asuma las consecuencias de la extinción de la relación laboral de la trabajadora demandante DOÑA Beatriz .



Ya esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 17 octubre de 2005 venía a establecer que:

"Para determinar, si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (...) para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 77/187 varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (...)

El hecho de que la empresa principal facilite a la contratista determinados elementos útiles o necesarios para la prestación del servicio, no constituye transmisión patrimonial de aquéllos, sino una mera puesta a disposición limitada y circunscrita a la ejecución del servicio (Sentencias del TS. 25.10.96 y de esta Sala de 18.5.00, y 10.11.03)".

Más concretamente, y para el tema de un arrendamiento de industria, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de 23 de mayo de 2017, ha efectuado un análisis sobre esta cuestión que se comparte por esta Sección de Sala; y así se recoge lo siguiente:

"... la STS, Sala 1ª, de 21 de febrero de 2000 asevera: ...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 nuestro caso los arrendadores...arrendaron a las personas físicas don Constancio y don Balbino, -quienes después constituyeron la sociedad ...no solo el local, -taberna y comedor-, sino también el propio negocio de comidas que ellos mismos venían explotando directamente cuando se celebró el contrato de arrendamiento ... Siendo así, el contrato de arrendamiento fue un arrendamiento de industria o negocio, y no únicamente un arrendamiento de local de negocio como sostiene la recurrente.

Ahora bien, el arrendamiento lo fue de un "negocio familiar", no de una "empresa". El matiz resulta esencial, en orden a valorar en esta jurisdicción laboral las consecuencias de dicho arrendamiento y de su reversión. La calificación conforme a la legislación civil de un contrato como un arrendamiento de industria o de negocio, no supone la consideración de dicho negocio como una empresa, laboralmente hablando, ni implica que el objeto del contrato haya sido la cesión o transmisión de una empresa en funcionamiento. El concepto de empresario lo contiene el artículo 1.2 del ET, y lo son todas las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, -que son los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena-. Siendo así, hemos de afirmar que la recurrente...no era empresario cuando celebraron el contrato de arrendamiento de su negocio en funcionamiento. No figuran de alta como tales empresarios, ni consta que tuvieran ningún trabajador prestando servicios para ellos en su local de comidas. Puesto que la recurrente no era empresaria, lo que arrendó ...fue su negocio de comidas, pero en ningún caso una empresa. Los arrendatarios no se hicieron cargo de ninguna empresa, ni subrogaron a ningún trabajador, sino que asumieron la continuación del negocio de comidas, pasando posteriormente a constituirse como una persona jurídica y a convertirse ellos en empresarios, mediante la contratación de trabajadores por cuenta ajena.

...Téngase en cuenta que el fenómeno sucesorio tiene lugar entre empresas, y en él intervienen un antiguo y un nuevo empresario, como se aprecia de la lectura del apartado primero del artículo 44 del ET.

Los arrendatarios no adquirieron la condición de "empresarios" en el momento en que suscribieron el primer contrato de arrendamiento de negocio o industria, puesto que los arrendadores no ostentaban dicha condición,

sino que se convirtieron en empresarios posteriormente mediante la contratación de trabajadores por cuenta ajena.

La arrendadora no tenía la condición empresaria, por lo que no pudo transmitir una empresa a los arrendadores, ni pudo ser "cedente" en los términos contemplados en los artículos y 2 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad...

...la arrendadora ahora recurrente no era una empresaria cuando celebró el contrato de arrendamiento, de manera que ni los arrendadores fueron cedentes de una empresa, ni los arrendatarios adquirieron una empresa por la mera suscripción de dicho contrato.

D.- Una vez alcanzada por este Tribunal las conclusiones hasta ahora expuestas, se plantea la cuestión de qué consecuencia jurídica puede tener para la arrendadora no empresaria la reversión del contrato de arrendamiento de negocio cuando los arrendatarios han creado una auténtica empresa mediante la contratación de un buen número de trabajadores. La conclusión es que la arrendadora no debe responder de la extinción de esas relaciones laborales constituidas por los arrendatarios. La Sra. Matilde nunca fue empresaria, por lo que no puede convertirse en ello por la simple reversión del contrato de arrendamiento, salvo que sus propias actuaciones permitan afirmar que ha pasado a tener la condición de empleador...

Esta falta de automatismo entre la reversión del arrendamiento de industria y la adquisición de la condición de empresario por parte del arrendador ya ha sido puesta de manifiesto por los TSJ españoles.

Véase en este sentido la reciente STSJ de Cataluña de fecha 23 de mayo de 2016, recurso 1097/21016, ponente Macarena Martínez Miranda: "De este modo, si bien en los supuestos de arrendamiento de industria se ha venido aceptando la subrogación empresarial cuando aquélla se venía explotando por el arrendador antes del arriendo, pasando a hacerse cargo el arrendatario de los trabajadores que allí prestaban servicio ...la extinción del arrendamiento no siempre convierte al arrendador en empresario. Al respecto, resulta esencial la recuperación por el arrendador de la explotación del establecimiento arrendado, no operando la referida sucesión si el arrendador se limita a ejercer los derechos dominicales o de otra naturaleza que le confieren título para su ulterior arrendamiento a terceros. Ello impone dirimir sobre las concretas circunstancias fácticas que concurrieron en el objeto del recurso, tanto de forma anterior, como coetánea y posterior, a la medida extintiva empresarial.

Desde un prisma de lógica empresarial se alcanza la misma convicción, puesto que quien ha obtenido un beneficio ...con los servicios de los trabajadores demandantes ha sido la mercantil condenada, y no la arrendadora, la cual percibía una renta pactada al margen de cualquier beneficio empresarial. Quienes asumieron la aventura empresarial, en el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa, - artículo 38 de la CE -, con sus riesgos y sus ventajas patrimoniales, fueron los arrendatarios del negocio de restauración, por lo que deben ser ellos quienes respondan de las obligaciones que se derivan de las relaciones laborales que únicamente ellos concertaron. Los arrendadores del negocio no eran sus socios, por lo que no pueden ahora pretender repartir con ellos el abono de las cargas empresariales, -indemnizaciones o salarios de tramitación-.

La arrendadora ...ha recuperado la disponibilidad del inmueble en un supuesto de "reversión", el cual es equiparable al negocio de comidas que fue objeto del contrato de arrendamiento de industria que nos ocupa.

Tampoco existe transmisión de elementos materiales, porque los mismos ya son propiedad de la arrendadora, que lo único que hace es recuperar su uso y disfrute,..."

Aplicando los citados criterios al presente recurso, procede concluir, como ya hizo la sentencia de instancia de quien debe asumir las consecuencias de la extinción de la relación laboral de la Sra. Palmira es exclusivamente su empresario, la recurrente TONIMER S.L.; y así:

-FUNDACION RAYO VALLECANO cuando firmó el contrato de agosto de 2010 era únicamente titular de un derecho de concesión administrativa del local destinado a cafetería. No consta que viniera explotando como empresario tal negocio, ni que tuviera personal a su cargo ni que se tratara de una actividad abierta al público prestando un servicio de hostelería.

-Por lo tanto no pudo transmitir al arrendatario, quien inicialmente era una persona física DON Luis Manuel, una empresa en funcionamiento, siendo éste quien decidió, bien inicialmente como tal persona física o bien posteriormente a través de la empresa TONIMER S.L. contratar a unas personas como trabajadores, y entre ellos a la actora, para atender ese negocio.

-Tras la resolución del contrato de arrendamiento, FUNDACION RAYO VALLECANO ha vuelto a recuperar la disposición de los derechos que tenía sobre el local y enseres, sin que haya mantenido la actividad de



cafetería, declarándose expresamente probado que la cafetería está cerrada, no pudiendo recuperar algo que no transmitió.

Y por todo lo expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso.

TERCERO.- Procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS prevé esta medida respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

Y en cuanto a las cantidades consignadas, habrá de estarse al Artículo 204 de la citada Ley, que establece en su apartado 1º:

"Cuando la Sala confirme la sentencia y el recurrente haya consignado las cantidades a las que se refiere la presente Ley, el fallo condenará a la pérdida de las consignaciones, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme".

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

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la mercantil TONIMER S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, de fecha dieciséis de marzo de dos mil dieciocho, en virtud de demanda formulada por D^a Beatriz frente a FUNDACIÓN RAYO VALLECANO, FOGASA y la parte recurrente, sobre Despido, confirmamos la sentencia de instancia. Se condena en costas a la parte recurrente que deberá abonar al Sr. Letrado impugnante del recurso, en concepto de honorarios, la cantidad de 600,00 euros y a la pérdida de lo depositado y consignado una vez sea firme la presente resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0598-18 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE*, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA*", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000059818), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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



PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ