



Roj: **STSJ AND 12319/2015 - ECLI: ES:TSJAND:2015:12319**

Id Cendoj: **41091340012015102368**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **11/11/2015**

Nº de Recurso: **3185/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SANCHEZ ANDRADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 3185/14-LC Sent. Núm.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMOS. SRES.:

DOÑA MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO

DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a once de noviembre de dos mil quince.

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° /2015

En el recurso de suplicación interpuesto por DON Avelino , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de los de Huelva, Autos nº 152/13; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA, Magistrado Especialista del Orden Jurisdiccional Social.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos, se presentó demanda por DON Avelino contra SUBACUÁTICA, S.A., UTE AMARRE Y DESAMARRE MOLINA E HIJOS S.L.-UNDERWATER CONTRACTORS SPAIN S.L., AMARRE Y DESAMARRE MOLINA E HIJOS S.L, y UNDERWATER CONTRACTORS SPAIN S.L., sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día dos de mayo de dos mil catorce por el Juzgado de referencia, en la que se desestima la demanda.

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

"PRIMERO. Don Avelino , con DNI NUM000 , ha venido prestando sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de Subacuática, S.L., desde el 6 de septiembre de 1996, con la categoría de Patrón de cabotaje y devengando un salario diario de 140,46 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, en el que se estipuló la aplicación del Convenio Colectivo de la Construcción de Huelva y provincia , contrato convertido en indefinido el 1 de enero de 2006.



Obra en autos y se dan por reproducidos la hoja de vida laboral del demandante, los recibos salariales del año 2012, el diario de navegación del Buque Platero y el Convenio colectivo de la Construcción y Obras Públicas de la provincia de Huelva. (BOP 29/08/2012).

SEGUNDO. El demandante realizó a lo largo del año 2012 las siguientes horas extras:

- enero: 45.
- febrero: 136,30.
- marzo: 98.
- abril: 158,30.
- mayo: 141,30 €.
- junio: 203.
- julio: 192,30.
- agosto: 281.

Por dichas horas percibió el demandante 14.791,54 euros, de los cuales 6.975,73 euros fueron recogidos en nóminas, bajo los conceptos de "incentivos", "horas de presencia" y "nocturno" y el resto, fueron pagadas en metálico.

TERCERO. Con fecha 1 de enero de 2003 Subacuática S.A. suscribió con Petronuba S.A. contrato de los servicios del personal para las maniobras de amarre y descarga de petroleros en la monoboya SBM de Cepsa Refinería La Rábida, cuyas condiciones particulares obran en autos y se dan por reproducidas. Los principales trabajos a realizar eran los siguientes:

- "-Asistir a las maniobras de aproximación del petrolero a la Monoboya SBM.
- Asistir a las operaciones de amarre del petrolero a la Monoboya SBM.
- Asistir a las operaciones de descarga del petrolero una vez amarrado.
- Mantener la vigilancia durante la totalidad de la permanencia del petrolero en la Monoboya, así como durante la totalidad de la descarga del mismo, controlando cualquier posible pérdida de crudo al mar.
- Asistir a las operaciones de desamarre del petrolero, hasta que se encuentre totalmente libre de la Monoboya SBM.
- En el caso de pérdidas en la Monoboya SBM, actuar de inmediato y cerrar las válvulas de la Monoboya 6 Manifold submarino, controlar el apriete de las bridas de las mangueras flotantes ó submarinas, expansiones, etc. si la pérdida es por bridas.
- En el caso de pérdidas en la tubería submarina de crudo de 30"/36", localizar la pérdida si es posible, parar la descarga y colocar encima del punto de pérdida la campana de control de perdidas.
- Mantener de forma permanente la comunicación con CEPESA Refinería "La Rábida", Petronuba,S.A. y Subacuática,S.A.

En materia de personal, se establecía que:

"Subacuática,S.A., pondrá para el cumplimiento del presente Contrato como personal fijo, el siguiente:

Tres Técnicos Subacuáticos expertos en operaciones de descarga de petroleros en Terminales de Monoboya Offshore, con experiencia probada.

Este personal de amarre, estará compuesto por "tres Técnicos Subacuáticos", especialistas en operaciones de descarga de petroleros, con el objeto de poder localizar y controlar cualquier pérdida submarina ó en superficie, de crudo.

El "personal de amarre" estará en todo momento a disposición de CEPESA Refinería "La Rábida" y Petronuba,S.A., pero solo y exclusivamente para las operaciones de " amarre y descarga de petroleros en la Monoboya SBM".

En materia de medios personales se indicaba: "Medios que pone Petronuba S.A.": "Toda la herramienta y material necesario para las operaciones de amarre y descarga de petroleros en la Monoboya SBM".

CUARTO. En la misma fecha, las mismas partes suscribieron contrato de servicios para los trabajos de control y mantenimiento del terminal SBM de descarga de crudos e instalaciones marinas de la Refinería La Rábida de CEPESA en Huelva, estableciéndose que "Subacuática S.A." destinaría, como personal fijo, un delegado volante,

de profesión ingeniero, y un Jefe de Obra con amplia experiencia en este tipo de instalaciones, cuatro Técnicos Subacuáticos, con probada experiencia en este tipo de trabajos: Un Jefe de Buceo, Un Buceador de Socorro y Dos Buceadores, más un Ayudante de Buceo y un administrativo en las oficinas de "Cepsa" Huelva.

En cuanto a los medios que suministraba Subacuática S.A. eran los siguientes:

"a).-Material de inmersión:

Dos compresores Luchard de 35 m³/hora estacionarios, con filtro.

Bauer P60.600 L/M automático con Monitor Securus, para la carga de aire respirable de buceo.

Seis equipos autónomos bibotellas Subacua de 15x2 litros para 220 bar de carga, con doble gritería y reserva mecánica.

Cinco monobotellas Subacua de 15 litros para 220 bar de carga, con doble gritería, para emergencia y trabajos a pequeña profundidad.

Catorce chalecos hidrostáticos de 150 N, para bibotellas.

Catorce chalecos hidrostáticos de 150 N, para monobotellas.

Dieciséis bocinas acústicas de comunicación y emergencia para uso submarino y de superficie.

Seis reguladores principales Poseidón 5000

Seis reguladores de emergencia ScubaPro Mark-10

Seis ordenadores de buceo profesionales de consola con brújula incorporada Uwatec.

Dos lectores de datos de los ordenadores Uwatec para cargar la información y poder pasarla al ordenador.

Un ordenador PC portátil instalado en el "Platero" para procesar los datos de inmersión y sacar las graficas de las inmersiones de cada buceador.

Dieciséis trajes completos húmedos de buceo.

Dos trajes completos secos de volumen variable, con la ropa interior de abrigo para trabajos en aguas contaminadas y en trabajos de corte y soldadura eléctrica submarina.

b).-Dos teléfonos submarinos "sin hilos" con un alcance de comunicación submarina de 300 m., dos estaciones de superficie para poderse comunicar entre los buceadores y la superficie indistintamente Ocean Ref. (USA).

Un teléfono con línea de vida para buceadores SSS. con caretas completas AGA y sistema integrado de comunicación submarina entre los buceadores y la superficie.

c).-Todo el material ligero de buceo necesario: Aletas, caretas, cuchillos, relojes, linternas, pizarras de inteligencia, líneas de vida y de pareja, tubas, tablas de descompresión US Navy para uso subacuático, cinturones de lastre, etc.

d)Las herramientas de uso normal ó frecuente manuales, según la experiencia obtenida hasta la fecha, serán por cuenta de Subacuática S.A.

Una herramienta submarina neumática Ingersoll Rand, para desconexión y conexión de mangueras flotantes y submarinas, incluyendo las mangueras, vasos y trócolas.

e).-Vehículos:

Dos furgonetas para el movimiento del material a que hace referencia las Condiciones Particulares del presente contrato.

f).-Almacén:

Subacuática,S.A. dispondrá de un almacén de trabajo en los terrenos de contratistas de la Refinería "La Rábida" y otro para material de buceo y compresores estacionarios para carga de aire de buceo.

g).-Oficina:

Subacuática,S.A. dispondrá de una oficina para el presente Contrato, con un administrativo, dotada de radio VHF, teléfonos, fax, contestador automático, informática, línea ADSL telefónica y todos los elementos de una oficina moderna en Huelva capital".

QUINTO. La Unión Temporal de Empresas Underwater Contractors Spain SLU-Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L. se constituyó el día 22 de mayo de 2012, teniendo por objeto social: "el servicio de asistencia a



operaciones de intervención antipolución en la monoboya de Cepsa, servicios de inspección y mantenimiento de las instalaciones marinas de Cepsa, Servicio de intervenciones antipolución en las instalaciones marinas de Cepsa".

SEXTO. Con fecha 8 de junio de 2012 Cepsa dirige un burofax a Subacuática S.A. del siguiente tenor literal:

"En relación con el concurso convocado por CEPSA para la adjudicación del contrato de prestación de servicios a CEPSA y a su filial CEPSA PETRONUBA, S.A. de inspección y mantenimiento, asistencia a operaciones e intervención antipolución en monoboya e instalaciones marinas de la refinería de petróleos de CEPSA "La Rábida" (Palos de la Frontera -Huelva-), en el que SUBACUÁTICA, S.A. ha participado mediante la presentación de su oferta de fecha 9 de marzo de 2012, lamentamos comunicarle que su Compañía no ha resultado adjudicataria de dicho contrato, por no haber sido la oferta de SUBACUÁTICA, S.A. la más ventajosa de entre las presentadas.

Por ello, a partir del próximo 31 de diciembre de 2012 ni CEPSA ni CEPSA PETRONUBA, S.A. solicitarán a SUBACUÁTICA, S.A. nuevos servicios de inspección o/y mantenimiento, asistencia a operaciones e intervención antipolución en la monoboya o en las instalaciones marinas de la refinería de La Rábida, ni ningún otro servicio, al ser realizados todos ellos desde el día 1 de enero de 2013, inclusive, por la empresa seleccionada en el mencionado concurso.

Sin otro particular que agradecerle los servicios prestados por su Compañía en los últimos años, le saluda muy atentamente".

SÉPTIMO. Mediante carta de fecha 30 de noviembre de 2012 Subacuática S.A. notifica al actor que a partir del 31 de diciembre de 2011 dicha mercantil dejaría de prestar servicios para Cepsa y Cepsa Petronuba, S.A., lo que ponía en su conocimiento al objeto de que se pusiera en contacto con la empresa adjudicataria, o con las empresas principales.

OCTAVO. El 14 de diciembre de 2012 Subacuática S.A. solicitó por escrito de Cepsa le fuese comunicada la identidad de la empresa entrante "a los efectos de dar cumplimiento al mandato legal previsto en el artículo 44 del ET ", lo que fue contestado por Cepsa mediante escrito de 21 de diciembre de 2012, en el que se indicaba : "entendemos, en todo caso, que en el presente supuesto no se cumplen los requisitos del artículo 44 del ET a que alude usted en su carta, por lo que no hay una sucesión de empresas".

NOVENO. El 31 de diciembre de 2012 Subacuática S.A. cursó la baja del hoy actor en Seguridad Social.

DÉCIMO. Con fecha 1 de enero de 2013 CEPSA y la Unión Temporal de Empresas Underwater Contractors Spain SLU-Amarre y Desamarre Molina e Hijos SL, suscribieron contrato de arrendamiento de servicios para asistencia a operaciones, intervenciones Anticontaminación ,inspección y mantenimiento de las instalaciones marinas de Cepsa, cuyo objeto lo constituía la prestación de los servicios de asistencia a las operaciones de amarre y desamarre y carga y descarga de buques , los servicios de inspección y mantenimiento de las instalaciones marinas de Cepsa, y los servicios necesarios para la realización de intervenciones de lucha anticontaminación que, en esencia, consistían en:

- a).-Asistencia a operaciones e intervención anticontaminación en la monoboya de Cepsa.
- b).-Actividades de intervención anticontaminación.
- c).-Actividades de inspección y mantenimiento de las instalaciones marinas de Cepsa, tales como inspección de las instalaciones marinas, mantenimiento de las instalaciones de superficie y mantenimiento de las instalaciones submarinas.

El mencionado contrato obra unido a autos y se da por reproducido al igual que los Pliegos de Condiciones.

DECIMO PRIMERO. En la cláusula 3.2 del mencionado contrato se indicaba textualmente lo siguiente:

"MEDIOS APORTADOS POR LAS PARTES

3.2.1 Medios aportados por el contratista

11 El CONTRATISTA en su calidad de empresario independiente y asumiendo sus responsabilidades, adoptará cuantas medidas sean necesarias para la realización con su propio personal de las tareas precisas para cumplimentar los servicios contratados, organizando adecuadamente el trabajo, estableciendo el personal de mando que precise para la mejor programación, coordinación y control de los trabajos a desarrollar. El CONTRATISTA deberá aportar las embarcaciones, equipos, tripulaciones, buzos, medios de seguridad, transporte del personal y de los materiales, medios de señalización, balizamiento, vallas, o cualquier otro medio necesario para la realización de los trabajos objeto de este CONTRATO.

12. Sin perjuicio de lo anterior y como lista no exhaustiva, EL CONTRATISTA deberá disponer al menos de:

Tres embarcaciones tipo remolcador,

Medios de manipulación y transporte marítimos necesarios para la ejecución de los trabajos.

Compresores estacionarios.

Equipos autónomos bibotellas.

Monobotellas para emergencias y trabajos a poca profundidad.

Chalecos hidrostáticos para monobotellas, bibotellas.

Bocinas acústicas de comunicación y emergencia para uso submarino y de superficie.

Reguladores principales y de emergencia.

Ordenadores de buceo profesionales de consola con brújula incorporada.

Lectores de datos para cargar la información y poder pasarla a ordenador.

Ordenador portátil instalado en la embarcación "tipo remolcador" para procesar los datos.

Trajes húmedos de buceo.

Trajes secos de volumen variable con la ropa interior de abrigo.

Teléfonos submarinos sin hilo y estaciones de superficie.

Teléfono con línea de vida para buceadores con caretas y sistema integrado de comunicación submarina entre los buceadores y la superficie.

Material ligero de buceo.

Herramientas, entre ellas herramientas submarinas neumáticas para conexión /desconexión de mangueras flotantes y submarinas.

Almacén de trabajo.

3.2.2 Medios aportados por EL CLIENTE

13. EL CLIENTE aportará los repuestos de todos aquellos útiles y equipos que componen sus instalaciones marinas.

14 EL CLIENTE aportará los siguientes medios para la lucha anticontaminación:

- Barreras anticontaminación

- Skimmer

- Contenedores material absorbente

- Embarcación de recogida mecánica de hidrocarburos 'Calamón'

DECIMO SEGUNDO. La UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L., Underwater Contractors Spain S.L. concertó con "Willis Limited" contrato de seguro, siendo el importe asegurado 20.000.000,00 euros, y ascendiendo el coste anual de la prima a 37.252,50 euros. Asimismo, la entidad "Bankinter S.A." emitió aval bancario para responder de las obligaciones contraídas por la UTE frente a CEPSA por importe de 11.000.000 euros.

DECIMO TERCERO. La UTE Underwater Contractors Spain S.L. disponía del correspondiente Plan de Emergencia y Evacuación en caso de Accidente Subacuático y de un servicio de prevención ajeno en las especialidades de Seguridad, Higiene, Ergonomía y Psicología Aplicada y Medicina del Trabajo.

DECIMO CUARTO. El día 1 de enero de 2013 Underwater Contractors Spain, S.L. suscribió contratos de trabajo con cuatro buzos, una administrativa y un marinero, todos ellos trabajadores de Subacuática S.A., que continuaron prestando servicios en las mismas instalaciones marítimas de Refinería La Rábida, si bien bajo el ámbito directivo y organizativo de la UTE que también propuso la celebración de un contrato de trabajo a la otra administrativa de Subacuática S.A., quien no aceptó dicha oferta.

DECIMO QUINTO. Los anteriores trabajadores desde que comenzaron a prestar servicios para la UTE, lo hace realizando la misma actividad que llevaba a cabo anteriormente para Subacuática S.A., si bien los medios materiales le son suministrados por las integrantes de la UTE.



DECIMO SEXTO. El día 15 de febrero de 2012 la Autoridad Portuaria de Huelva concedió a la mercantil Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L. autorización provisional para prestar el servicio de remolque menor en el puesto de Huelva, siendo dicha entidad titular de las embarcaciones "Segundo Castillo" y "Río Coa".

DECIMO SÉPTIMO. Obra en autos y se dan por reproducidos los informes de vida laboral de la UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L.- Underwater Contractors Spain S.L, Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L. y Underwater Contractors Spain S.L..

DECIMO OCTAVO. El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DECIMO NOVENO. El 10 de enero de 2013 se planteó por el demandante papeleta de conciliación ante el CMAC contra Subacuática, S.A. , Amarre y Desamarre Molina e Hijos, S.L.-Underwater Contractors Spain, S.L., Cepsa Química, S.A. y Cepsa Petronuba, S.A., celebrándose el acto con el resultado de sin avenencia el 28 de enero de 2013.

VIGÉSIMO. El 6 de febrero de 2013 se presentó por la parte actora demanda contra Subacuática, S.A. , el 21 de junio de 2013 escrito ampliando la demanda contra la UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L. -Underwater Contractors Spain S.L., y el 20 de enero de 2014 contra Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L., y Underwater Contractors Spain S.L., porque "por la UTE demandada... se alega la necesidad de que la demanda también se plantee contra dichas empresas a título individual".

TERCERO : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que ha sido impugnado por la parte demandada SUBACUATICA S.A.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO : Recurre la parte actora que ha visto desestimada su reclamación por despido, por medio de su representación, articulando tres motivos, al amparo los dos primeros, del apartado b) y el otro, del c), del art. 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, LRJS, desde ahora, pretendiendo la revisión del relato, hecho decimoprimer, para incluir sustancialmente que la nueva contratista para la ejecución del servicio aportó cuatro embarcaciones, cuando el pliego de condiciones preveía un mínimo de tres y el duodécimo, para también incluir que ésta destinó a 11 trabajadores a la ejecución de la contrata, citando documental, pero tales datos sobre embarcaciones ya constan en el relato de la sentencia y de la documental citada, no se deduce lo segundo que pretende añadir, denunciando la infracción del art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, ET, así como la jurisprudencia que cita, entendiéndose que de dan todas las circunstancias para que no pueda apreciarse la sucesión de empresas, ya que el único dato que consta es la contratación de seis de los trabajadores que prestaban servicios, cuatro buzos, un marinero y una administrativa no pueden constituir por solo un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, sin contar con los medios materiales para ejecutar el trabajo, embarcaciones y material marítimo de alta especialización.

Según declara esta Sala, SS. núm. 1963 y 2539, de 3 de junio y 17 julio 2008, núm. 1380, de 8 de mayo 2013, rec. 2132/2012 y núm. 853, de 20 de marzo 2015, rec. 618/2014, 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 accesorio, habiendo declarado el Tribunal Supremo en sentencias como las de 13 de marzo de 1990; 23 de febrero de 1994; 17 de marzo de 1995, sobre el contenido del art. 44 del ET, que el citado precepto presupone, como garantía de estabilidad en el puesto de trabajo, la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, representado por la transmisión directa o cambio del antiguo empresario por otro nuevo y distinto, aunque la sustitución se realice a través de un tercero interpuesto, pues lo determinante es que el empresario anterior y el nuevo se hagan cargo sucesivamente de la actividad empresarial; y otro, objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad principal que constituye su objeto, o, lo que es lo mismo, la permanencia de la empresa como unidad en sus factores técnico-organizativos y patrimoniales, aunque respecto a éstos, se ha suavizado o matizado por la Sentencia del TJ de las CCEE de 19 de Septiembre de 1995 y STJCE Luxemburgo (Sala Sexta) de 24 enero 2002, TJCE 2002\29, las cuales, en aplicación de la Directiva 77/87 de 14 de Febrero de 1977, entienden que hay que considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación controvertida, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que haya habido o no una transmisión de bienes materiales, tales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los bienes inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo, o no, de la mayoría de trabajadores, 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 tales actividades, siendo, sin embargo, todos estos elementos, únicamente, aspectos parciales



de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente y al mismo tiempo, "en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica. Por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea (sentencia Süzen [TJCE 1997, 45], apartado 21.

Por su parte, la Directiva 98/50/CE de 29 de junio de 1998 que modifica la Directiva 77/187/CEE ha aclarado el concepto genérico de transmisión a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en esta materia, que no ha supuesto modificar la Directiva anterior, sino aclararla, y que tienen su reflejo en las modalidades de aplicación en las empresas y Administraciones Públicas, Directiva sustituida por la 2001/23/CE, de 12 de Marzo.

Resumiendo, como recoge la STS, Sala de lo Social, de 4 abril 2005, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2423/2003, se mantiene para que exista sucesión de empresas, la necesidad que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial. En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce por que la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión, acogiendo aquello que un sector de la doctrina estimaba como desviación de la jurisprudencia de la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia Schmidt de 14 de abril de 1994, rectificada por la sentencia Süzen, de 11 de marzo 1997, donde se afirmaba que «la mera sucesión en una actividad objeto de contrata no es suficiente para apreciar una transmisión de empresa, si no va acompañada de la cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial». Bien es cierto que añadía un elemento adicional cuando afirmaba que «si la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra puede mantenerse la identidad después de la transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea». Esta misma tesis se mantuvo en las sentencias Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo de 10 de diciembre de 1998 y alcanzó su máxima expresión en las sentencias Temco, de 24 de enero de 2002 y Sodexho, de 20 de noviembre de 2003, donde aquel elemento adicional llegó a hacerse efectivo e imponer la sucesión cuando el nuevo empresario se hacía cargo de parte de la plantilla del cedente. Ahora bien, TJCE\2011\4, su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Süzen [TJCE 1997, 45], apartado 15; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 30, porque aunque la actividad ejercida por ambas sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla. A la vista de esas resoluciones el Tribunal Supremo hubo de cambiar su anterior doctrina, cambio que ya se anunciaba en las sentencias de 20 de octubre de 2004 y que se plasmó en la de 27 del mismo mes y año. Así se rectifica la doctrina en el sentido de que la sucesión procede, no sólo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte de personal del cedente, STSJA, Sevilla, núm. 146, 13 de enero 2009, rec. 1252/2008 y STSJ, Madrid, núm. 627, 15 de julio 2008, rec. 2469/2008, indicando el Tribunal Supremo, 4ª, Sentencia de 30 de mayo 2011, rec. 2192/2010 que con carácter general, la doctrina de la Sala es constante al afirmar que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial; y que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista, sin que posea responsabilidad alguna la principal, SSTS 06 de febrero 1997, rec. 1886/96; 17 de junio 1997, rec. 1553/96 y 27 de diciembre 1997, rec. 1727/97, pero no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición, 77/1987; 98/50; y 2001/23, STS 27 de junio 2008, rcud 4773/06. Como es también inatendible el criterio general cuando -así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias- la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio".



Y para cuya determinación - transmisión de la entidad que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, 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, SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers ; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy Liikenne ; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Sützen ; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler ; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres ; y 241/2010 , de 29/Julio, Asunto C-151/09 . Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12 de diciembre 2002, rcud 764/02; 29 de mayo 2008, rcud 3617/06; 27 de junio 2008, rcud 4773/06; 28 de abril 2009, rcud 4614/07 y 23 de octubre 2009, rcud 2684/08, declarando el Tribunal Supremo, Sala 4ª, Sentencia de 13 de noviembre 2013, rec. 1334/2012, que lo determinante, para saber si se produce o no una sucesión empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desarrollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad (STS/4ª sentencias de 20 y 27 octubre 2004 -rcud. 4424/2003 y 899/2002-, 29 de mayo y 27 de junio 2008 -rcud. 3617/06 y 4773/06-, 28 de abril de 2009 -rcud. 4614/07-, 12 de julio de 2010 -rcud. 2300/09-, 7 de diciembre de 2011 -rcud. 4665/10-, etc., que acogieron la doctrina de las TJCE de 10 de diciembre 1998 - Asunto Sánchez Hidalgo - y otras). Por tanto, en aquellos sectores (*por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad*) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario, quizá salvo que se trate del principal, no sólo continua con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior y reitera la STS. Sala 4ª, de 9 de julio 2014, rec. 1201/2013 que en el supuesto particular de sucesión de contratas o concesiones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente"); B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo", lo que no sucede en este caso, donde según el relato de la sentencia, SUBACUATICA, S.A., suscribió el 1 de enero 2003 con Petronuba, S.A., contrato de los servicios del personal para las maniobras de amarre y descarga de petroleros en la monoboya SBM de Cepsa Refinería La Rábida, definiéndole las funciones a realizar, asistir a las maniobras de aproximación, operaciones de amarre del petrolero y descarga del mismo, vigilancia durante la descarga, controlando cualquier pérdida de crudo, desamarre y actuaciones en caso de pérdidas en la monoboya o tubería submarina, etc., exigiéndole como personal fijo tres Técnicos Subacuáticos expertos en operaciones de descarga de petroleros en Terminales de Monoboya Offshore, con experiencia probada, suscribiendo entre las mismas partes y el mismo día contratote servicios para los trabajos y control del terminal SBM de descarga de crudos e instalaciones marinas de la Refinería La Rábida de Cepsa, en Huelva, estableciéndose que destinaría como personal fijo, un delegado volante de profesión ingeniero, un Jefe de Obra con amplia experiencia en ese tipo de instalaciones, cuatro Técnicos subacuáticos, con probada experiencia en esos trabajos, (jefe de buceo, dos buceadores y uno de socorro), más un ayudante de buceo, un patrón de embarcación, el actor y un administrativo en las oficinas en Huelva, financiada por la contratista, debiendo aportar material de inmersión completo, compresores, botellas, chalecos hidrostáticos, bocinas acústicas, ordenador para procesar los datos de inmersión, etc., teléfonos submarinos sin hilos para comunicación submarina de 300 metros, teléfono línea vida para buceadores, material ligero de buceo necesario, aletas, caretas, etc., herramientas de uso normal, mas una submarina neumática Ingersoll Rand, para conexión y desconexión de mangueras flotantes y submarinas, dos furgonetas para el movimiento de material, un almacén para material en las instalaciones de la Refinería y una oficina en Huelva, con un administrativo, provista con todos los elementos de una oficina moderna, contestador automático, radio VHF, teléfonos, fax, informática, línea ADSL, etc., hasta que en fecha 8 de junio 2012, CEPESA Y CEPESA PETRONUBA, S.A., le comunican a SUBACUATICA, S.A., que en el concurso convocado, no ha resultado adjudicataria y por tanto la finalización del contrato a partir del 31 de diciembre 2012 y la empresa comunica esta circunstancia al recurrente, el 30 de noviembre, indicándole que se ponga en contacto con la nueva



adjudicataria o con las empresas principales, solicitando también el 14 de diciembre 2012 a CEPESA que le comunicase la identidad de la nueva adjudicataria a los efectos del art. 44 ET , contestándole CEPESA el 21 de diciembre, señalándole que entendían que en el presente supuesto no se cumplían los requisitos del art. 44 ET , dando SUBACUATICA, S.A., de baja al recurrente, el 31 de diciembre, presentando papeleta de conciliación el 10 de enero y demanda contra SUBACUATICA, S.A., el 6 de febrero, contra AMARRE Y DESAMARRE MOLINA E HIJOS, S.L. y UNDERWATER CONTRACTORS SPAIN, S.L., el 20 de enero, ampliando la demanda el 21 de junio 2013 contra la UTE AMARRE Y DESAMARRE MOLINA E HIJOS, S.L.-UNDERWATER CONTRACTORS SPAIN, S.L., UTE que resultó la nueva adjudicataria y que contrató el 1 de enero 2013 a cuatro buzos, una administrativa y un marinero, de la anterior contratista, aportando embarcaciones, cuatro, tres tipo remolcador y otra de recogida mecánica de hidrocarburos, equipos, tripulaciones, buzos, medios de seguridad, transporte del personal i materiales, medios de señalización, etc., compresores, botellas, chalecos hidrostáticos, bocinas acústicas, ordenador para procesar los datos de inmersión, etc., teléfonos submarinos sin hilos para comunicación submarina, teléfono línea vida para buceadores, material ligero de buceo, herramientas de uso normal, mas una submarina neumática, para conexión y desconexión de mangueras flotantes y submarinas y un almacén de trabajo en las instalaciones de la Refinería, por lo que aunque pudieran identificarse servicios que se realizaban y se realizan, no se justifica transmisión de bienes alguna, tan solo personal contratado que como razona el recurrente, no pueden por si mismo, constituir un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica, imposible de realizar sin los medios que exige la empresa principal, ya indicados, manteniendo el Tribunal Supremo al respecto, su jurisprudencia, declarando que según los antecedentes fácticos y jurídicos reseñados, procede desestimar el motivo del recurso examinado, dado que entre la nueva y la antigua contratista no ha existido ningún negocio sobre la transmisión de la actividad y de los medios materiales e infraestructuras necesarios "que necesita de inmuebles, sistemas informáticos, de telefonía y de comunicaciones, entre otros medios materiales para su desarrollo. Como dijimos en nuestra sentencia de 15 de julio de 2013 , antes citada y que fue dictada en un caso similar: "El cambio de contratista en estas condiciones no encaja en el art. 44.2 del ET, ni en el 1.1 de la Directiva 2001/23 , porque no se ha transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica", STS. Sala 4ª, de 27 de enero 2015, rec. 15/2014 , ni tampoco regulación específica convencional, procediendo por todo ello, la estimación de este motivo y del recurso, debiendo ser revocada parcialmente la sentencia recurrida, declarando que la extinción contractual producida el 31 de diciembre 2012 , constituyó un despido que sin causa, debe ser declarado improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.4 ET , condenando a SUBACUATICA, S.A., de acuerdo a lo que establece el art. 56.1 y 2 del referido Texto Legal y la Disposición Transitoria quinta, uno y dos, de la Ley 3/2012, de 6 de julio , de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte entre readmitir al recurrente en su puesto de trabajo, satisfaciéndole los salarios de tramitación que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación o le indemnice en la cantidad de 101.131,2 euros, tal opción determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el mismo, manteniendo la absolución del resto de las codemandadas.

Vistos los artículos citado y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Avelino , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1, de Huelva, de 2 de mayo 2014 , en reclamación por Despido, instado por el mismo, debiendo revocar parcialmente la resolución recurrida, condenando a SUBACUATICA, S.A. a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte entre readmitir al recurrente en su puesto de trabajo, satisfaciéndole los salarios de tramitación que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación o le indemnice en la cantidad de 101.131,2 euros, tal opción determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el mismo, manteniendo la absolución del resto de las codemandadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra esta sentencia, 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, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.



Se advierte a la recurrente que durante el plazo referido, tendrá a su disposición en la oficina judicial del Tribunal Superior de Justicia los autos para su examen, debiendo acceder a los mismos por los medios electrónicos o telemáticos, en caso de disponerse de ellos.

También se le advierte que el recurso se preparará mediante escrito dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando 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; el escrito de preparación deberá estar firmado por abogado, acreditando la representación de la parte de no constar previamente en las actuaciones, y expresará el propósito de la parte de formalizar el recurso, con exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos. El escrito deberá: exponer 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 y hacer 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, debiendo, las sentencias invocadas como doctrina de contradicción, haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso.

Se advierte nuevamente, a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" del BANCO DE SANTANDER, oficina urbana de Jardines de Murillo, sita en Avda. de Málaga, nº 4, oficina número 4.052 de Sevilla, tal consignación podrá sustituirla por aval bancario, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del Sr. Secretario de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Asimismo se le advierte que, si recurre, deberá acreditar haber efectuado el depósito de 600 euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, abierta en la entidad Banco de Santander, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-66-3185-14, especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un recurso.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase 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.

PUBLICACIÓN .- Sevilla a