



Roj: **STS 3932/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3932**

Id Cendoj: **28079140012018100895**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2018**

Nº de Recurso: **2118/2016**

Nº de Resolución: **937/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2118/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 937/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 26 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Aida Segura Höhr, en nombre y representación de "UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos, S.L.-Underwater Contactors Spain S.L. y "Underwater Contactors Spain S.L., contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 80/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Huelva, de fecha 2 de Mayo de 2.014, recaída en autos núm. 170/2013, seguidos a instancia de D. Javier contra a 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 Contactors Spain S.L., sobre despido.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, Subacuatica, S.A. y D. Javier , representados respectivamente por los letrados Sr. Majan Velasco y Moreno Dominguez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de mayo de 2014, el Juzgado de lo Social nº 1 de Huelva, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO. Don Javier con DNI NUM000 , ha venido prestando sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de Subacuática, S.L., desde el 29 de abril de 1985, con la categoría de buceador y salario diario de 88,20 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias.- Obra en autos y se dan por reproducidos la hoja de vida



laboral del demandante y los recibos salariales del año 2012.- SEGUNDO. 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 CEPSA 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 CEPSA 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".- TERCERO. 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 CEPSA 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".- CUARTO. 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".- QUINTO. 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 petróleo 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".- SEXTO. El día 4 de diciembre de 2012 Subacuática S.A. notifica al actor una carta en la que se le indicaba 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 empresa principales, entregándole un certificado de empresa en el que figuraba como causa del cese: "despido del trabajador".- SÉPTIMO. 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".- OCTAVO. El 31 de diciembre de 2012 Subacuática S.A. cursó la baja del hoy actor en Seguridad Social.- NOVENO. 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.- DÉCIMO. 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 PRIMERO. 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 SEGUNDO. 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 TERCERO. El día 1 de enero de 2013 el demandante suscribió un contrato de trabajo indefinido, a tiempo completo con Underwater Contractors Spain, S.L. como buceador. Otros tres buzos, una administrativa y un mariner, todos ellos trabajadores de Subacuática S.A., 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 CUARTO. Desde que el actor comenzó 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. El actor se hallaba autorizado por Capitanía Marítima para realizar por cuenta de Subacuática S.A. trabajos subacuáticos de inspección, mantenimiento, reparaciones y obras hidráulicas submarinas. Desde el 26 de diciembre de 2012 se encontraba autorizado por Underwater Contractor Spain.- DECIMO QUINTO. 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 puerto de Huelva, siendo dicha entidad titular de las embarcaciones "Segundo Castillo" y "Río Coa".- DECIMO SEXTO. El 12 de agosto de 2013 el actor participó en la jornada formativa "Responsable maniobras de grúas".- 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 23 de enero de 2013 se planteó por el demandante papeleta de conciliación ante el CMAC contra Subacuática, S.A. e Inissa, celebrándose el acto con el resultado de sin avenencia el 13 de febrero de 2013.- VIGÉSIMO. El 13 de febrero de 2014 se presentó por la parte actora ante este Juzgado, escrito ampliando la demanda contra 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., porque "Subacuática, S.A. en distintas actuaciones judiciales ha alegado falta de litisconsorcio pasivo necesario, entendiéndose que debía demandarse a la empresa UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L. -Underwater Contractors Spain S.L., a la empresa Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L., y a la empresa Underwater Contractors Spain S.L., debido a que ha sido sustituido en el mercado por dichas empresas".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "ESTIMANDO la excepción de caducidad de la acción, debo desestimar la demanda interpuesta por DON Javier 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., absolviendo a las demandadas de las pretensiones efectuadas contra ellas.- Se acuerda tener por desistida a la parte actora respecto de INTERNACIONAL DE INGENIERIA SUBACUÁTICA, S.A. (INVISSA)".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos S.L. y Underwater Contractor Spain S.L., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 21 de enero de 2016, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por las empresas "UTE AMARRE Y DESAMARRE MOLINA E HIJOS UNDERWATER CONTRACTORS SPAIN SL." y "UNDERWATER CONTRACTORS SPAIN'S.L." contra la sentencia dictada el día 2 de Mayo de 2.014, en el Juzgado de lo Social nº 1 de Huelva, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta por D. Javier en impugnación de despido contra las empresas "SUBACUÁTICA S.A.", "UTE AMARRE Y DESAMARRE MOLINA E HIJOS - UNDERWATER CONTRACTORS SPAIN S.L.", "UNDERWATER CONTRACTORS SPAIN SL." y "DESAMARRE MOLINA E HIJOS" y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos, condenando solidariamente a las empresas recurrentes al pago de las costas causadas y al abono de honorarios de los Letrados impugnantes del recurso, por ser preceptivos en cuantía de 600 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, según el artículo 237.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social .".

TERCERO.- Por la representación de UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos, S.L.-Underwater Contractors Spain S.L. y "Underwater Contractors Spain S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de fecha 4 de noviembre de 2015 (RSU 3185/14).



CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 3 de febrero de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 23 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, el 21 de enero de 2016, en el recurso 80/2015, ha desestimado el de suplicación interpuesto por UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos, confirmando la sentencia dictada en la instancia, el 2 de mayo de 2014, por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Huelva, en los autos 170/2013, que había estimado la excepción de caducidad de la acción de despido frente a la empresa entrante, UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos, previa estimación de la existencia de una sucesión empresarial, por sucesión de plantilla.

Frente a dicha sentencia de suplicación se ha interpuesto por el demandante recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se invoca como sentencia de contraste, la dictada por la misma Sala de Sevilla, el 4 de noviembre de 2015, R.3185/2014, y citando como preceptos legales infringidos, en el único motivo del recurso que formula, el art. 44 del ET y la doctrina de esta Sala, en materia de sucesión de empresas.

Según la parte recurrente, existe contradicción entre las sentencias contrastadas y, en orden a la infracción normativa que se denuncia, se debe rechazar la existencia de sucesión de empresa porque la empresa entrante, aunque mantiene los mismos servicios que se venían atendiendo -incluso se han ampliado ahora-, no ha existido transmisión de bienes alguna, tal solo el número de trabajadores que se acredita que no justifica la sucesión de plantilla porque la actividad no descansa en ella al no poderse desempeñar los servicios sin los medios que se especifican en la propia contratación del servicio.

El recurso ha sido impugnado por las partes recurridas. Así, la empresa Subacuática, SA, como empresa saliente, aceptando la contradicción entre las sentencias comparadas, considera que, además de los trabajadores que han pasado a la empresa entrante que lo fue por su especialización por lo que se ha transmitido los medios necesarios para llevar a cabo la actividad. Y ello porque la empresa entrante ha contratado a 6 buzos de la saliente.

La parte demandante impugna el recurso insistiendo en la existencia de una sucesión de plantilla por ser en ella en la que descansa esencialmente la actividad contratada.

El Ministerio Fiscal considera que el recurso debe ser estimado porque, partiendo de la contradicción entre las sentencias comparadas, considera que debe prevalecer la doctrina de la sentencia de contraste porque los medios materiales son esenciales para la prestación del servicio, tal y como se advierte de la descripción que se recoge de ellos en el contrato con la empresa principal, y evidencia su condición de necesarios para atender el servicio.

SEGUNDO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, si es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de



los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10 -; 30/01/12 -rcud 2720/10 -; y 19/03/13 -rcud 2334/12 -, entre otras).

La sentencia recurrida refiere que Subacuática, SA y Petronuba SA, filial de Cepsa, suscribieron el 1 de enero de 2003 un contrato de los servicios del personal para las maniobras de amarre y descarga de petroleros en la monoboja SBM de Cepsa Refinería La Rábida. Este personal estaría compuesto de tres técnicos subacuáticos, especialistas en operaciones de descarga de petroleros, con el objeto de localizar y controlar cualquier pérdida submarina o en superficie, de crudo, por la empresa. También se suscribió ese mismo día entre las mismas partes un 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 Cepsa en Huelva, estableciéndose que Subacuática 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, mas un ayudante de buceo y un administrativos en las oficinas de Cepsa en Huelva. En este contrato se especificaba los medios que suministraría Subacuática. Todos los servicios que prestaba Subacuática concluyeron el 31 de diciembre de 2012, al haberle sido comunicado tal efecto por Cepsa, tras adjudicar el concurso convocado por ésta, de inspección y mantenimiento, asistencia a operaciones e intervención antipolución en monoboja e instalaciones marinas en la refinería de petróleos de Cepsa La Rábida a otra entidad, la UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos y Undewater Contractors Spain SLU. El contrato que suscribió la UTE con CEPESA fue para los servicios de asistencia a operaciones, intervenciones anticontaminación, inspección y mantenimiento de las instalaciones marinas de CEPESA, con el objeto de asistir a las operaciones de amarre y desamarre, carga y descarga de buques, los servicios de inspección y mantenimiento de las instalaciones de Cepsa, y los necesarios para la intervenciones de lucha anticontaminacion. En este contrato se especificaron los medios a aportar por cada parte contratante. Así por la UTE se debía aportar tres embarcaciones remolcadoras, medios de manipulación y transporte marítimos necesarios para la ejecución de los trabajos. LA UTE suscribió un contrato de trabajo por tiempo indefinido con el demandante, como buceador. Además, otros tres buzos, un mariner y una administrativa de la empresa Subacuática siguieron prestando servicios para la UTE. La Sala de suplicación considera que los medios materiales mas relevantes, para calificar a la actividad como no descansada en la mano de obra, son tres embarcaciones tipo remolcador, cuyo valor económico no es relevante en relación con las ganancias de la UTE, por lo que no desvirtúa el que la especialización del demandante era un elemento relevante para su contratación y la del resto de personal.

La sentencia de contraste resuelve un supuesto que afecta a un Patrón de Cabotaje que prestaba servicios para Subacuática en la misma contrata en la que trabajaba el aquí demandante. En ella se vienen a recoger los mismos hechos en relación con los servicios contratados por el cliente. El demandante vio extinguido su contrato con la empresa saliente, sin que fuera subrogado por la empresa entrante. El trabajador presentó demanda por despido y la Sala de suplicación, en la sentencia referencial, estima el recurso del trabajador, condenado a la empresa saliente, Subacuática, SA, a las consecuencias del despido improcedente. Dicha sentencia considera, en orden al art. 44 del ET, viene a rechazar que se esté ante una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra porque, si bien la entrante ha asumido a un parte importante, cualitativa y cuantitativamente, importante, no es la "mano de obra el activo principal para atender los servicios y ello porque no es el conjunto de medios organizados únicos para ello ya que son necesarios, también, los medios materiales que impone la empresa cliente, no existiendo entre las empresas saliente y entrante ninguna transmisión de medios materiales.

A la vista de estas circunstancias, fácticas y jurídicas, debemos entender que existe la contradicción exigida en el art. 219 de la LRJS.

TERCERO.- El motivo del recurso se centra en la infracción del art. 44 del ET y la jurisprudencia en materia de sucesión de empresa y, en concreto, si la actividad objeto de la contrata descansa en la mano de obra.

Al respecto, es constante la doctrina de la Sala que, en materia de sucesión de plantilla viene señalando que "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" (ST 992/2016, de 23 de noviembre).

También se ha recordado que " conforme al artículo 1, apartado 2 letra b), de la Directiva 2001/123, para que ésta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular. Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a 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 hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y 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" (STS 686/2017, de 19 de septiembre).

La más reciente doctrina del TJUE sigue recordando que "Para determinar si concurre este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, 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 o 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. Estos elementos son tan sólo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente (sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 26 y jurisprudencia citada)" (STJUE de 7 de agosto de 2018, C-472/2016).

Sigue diciendo la anterior sentencia que " En particular, el Tribunal de Justicia ha señalado que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios 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 del centro de actividad de que se trate (sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 27 y jurisprudencia citada)"

Y que, en el específico supuesto que allí se analizaba, respecto de las condiciones de los elementos materiales, se dijo que "debe ponerse de relieve que, en una situación como la del litigio principal, los medios materiales, como los instrumentos de música, las instalaciones y los locales, son elementos imprescindibles para el ejercicio de la actividad económica de que se trata, cuyo objeto es gestionar una escuela de música"

En el caso que nos ocupa, al margen de que las sentencias aquí contrastadas parten de la misma doctrina, parece evidente que el servicio objeto de la contrata no descansa esencialmente en la mano de obra.

Y ello porque, por un lado, el contrato de arrendamiento de servicios describe las tareas a realizar consistentes en "asistencia a operaciones e intervención anticontaminación en la monoboya de Cepsa, actividades de intervención anticontaminación, actividades de inspección y mantenimiento de las instalaciones marinas de Cepsa, tales como inspección de las instalaciones marinas, mantenimientos de las instalaciones de superficie y mantenimiento de las instalaciones submarinas y operaciones de amarre y desamarre, carga y descarga de buques. Esta actividad no puede calificarse, en si misma, como trabajos en los que la mano de obra sea el elemento esencial y determinante para su ejecución ya que requiere de elementos materiales específicos que no solo complementan sino que se presentan como imprescindibles y necesarios para que los trabajadores puedan atender el servicio. Y ello es así porque en el contrato de arrendamiento se describe los elementos que debe aportar el contratista para poder atender el objeto del arriendo. Y así, no siendo el personal el elemento único ni esencial en el contrato de arrendamiento, se dice que el contratista, además de la tripulación y buzos, debía aportar embarcaciones, medios de seguridad, de transporte, medios de señalización, balizamiento, vallas y todos los demás necesarios para la realización de los trabajos. Y esos medios se describen en una lista que se califica de no exhaustiva, comprendiendo: tres embarcaciones tipo remolcador, compresores estacionarios, equipos autónomos de 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 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 y un almacén de trabajo.

Esto es, todo un conjunto de medios personales y materiales que se revela como elementos de importancia capital para la realización de la actividad contratada. Las tres embarcaciones, así como los vehículos de transporte de personal y material y la necesidad de un almacén constituye una infraestructura afecta a la explotación de la contrata, como también el material de inmersión, junto a otros accesorios, como herramientas.

En orden al valor económico que pudiera tener todo ese conjunto de medios materiales, no bastaría con atender al que tuvieran dos de las embarcaciones que debe aportar la recurrente cuando, realmente, ese valor no consta como hecho probado -la sentencia de instancia lo refiere en la cita de otra sentencia y como texto de ella- y existen, además de otra embarcación, otras aportaciones significativas -medios de seguridad, medios de transporte del personal y de los materiales, material de inmersión, medios informáticos y de comunicación y demás herramientas- que deberían contar a la hora de querer hacer descansar la existencia o no de sucesión empresarial en la insignificancia de los medios no humanos con los que se atiende el servicio y que, por lo que refiere el contrato de arrendamiento de servicios del presente caso, no parece que se esté en aquel supuesto cuando, además, esos medios se constituyen como esenciales e imprescindibles y no marginales en la actividad de que se trata.

En consecuencia, debemos declarar que la doctrina correcta se contiene en la sentencia de contraste y que la conclusión que debe alcanzarse, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, es la de que no existe sucesión de empresa, al no estar ante una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra, no siendo relevante el que la recurrente haya contratado a 6 de los 10 trabajadores que atendían el servicio en la empresa saliente (uno de ellos, precisamente, el propio demandante) cuando, como se ha dicho, no ha existido una transmisión de los medios materiales necesarios para la explotación entre la empresa saliente y la entrante. Esto es, estamos ante un "conjunto" organizado de personas y elementos que permite el desarrollo de la actividad en que consiste el objeto del servicio contratado.

CUARTO.- Llegados a este punto se hace necesario recordar que la sentencia recurrida resolvió el recurso de suplicación que planteó la ahora recurrente, en el único extremo en el que le afectaba el pronunciamiento de instancia, referido a la sucesión empresarial. Dado que al resolver en este momento el debate suscitado ante la Sala del TSJ debemos dejar sin efecto la citada sucesión empresarial y, en consecuencia, que no existe despido por parte de la recurrente por lo que la caducidad de la acción, que la sentencia de instancia había apreciado, queda vacía de contenido. En estas circunstancias, en que una de las codemandadas es absuelta de la pretensión de la demanda, solo resta por resolver si la otra, frente a la que el actor planteó en origen su demanda, ha incurrido en un despido.

A tal efecto debemos recordar que el art. 202.3 de la LRJS dispone que " De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el artículo 193, la Sala resolverá lo que corresponda, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes"

Pues bien, al resolver el debate en suplicación y tener que negar la existencia de sucesión empresarial quedaría por resolver si el despido por el que actúa la parte actora se ha producido en relación con la otra codemandada y respecto de la cual fue originariamente presentada la demanda, que solo se vio ampliada frente a la aquí recurrente por alegar la empresa Subacuática, SA la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, aunque la sentencia de instancia no se haya pronunciado al respecto ya que disponemos de los elementos fácticos necesarios para poder solventar tal cuestión.

Y respecto de la extinción del contrato de trabajo que operó la codemandada Subacuática, SA debemos apreciar la existencia de un despido improcedente en la extinción del contrato de trabajo del demandante, producido por aquélla el 4 de diciembre de 2012, con efectos del día 31 de diciembre de 2012, tal y como ya argumentó e insistió la aquí recurrente, en su escrito de recurso de suplicación. El despido improcedente se produce por cuanto que habiéndose extinguido la contrata, la empresa saliente debió activar una extinción del contrato por causas objetivas, vía art. 52 c) del ET, poniendo a disposición de la parte demandante la indemnización legal, tal y como previene el art. 53.1 b) del ET.

Según reiterada doctrina de esta Sala, la pérdida de una contrata es causa productiva y organizativa que justifica una extinción del contrato por causas objetivas. Así, hemos dicho que "En punto a la rescisión de una contrata como causa productiva que podría justificar el recurso al despido objetivo del artículo 52 c) ET



hemos señalado que "la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores" (STS no 361/2016, de 3 de mayo, rcud. 3040/2014) y que "la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación" (SSTS de 16 de septiembre de 2009, rcud. 2027/2008 y de 26 de abril de 2013, rcud. 2396/2012). La reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial genera dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y, como hemos señalado en la STS de 8 de julio de 2011 (rcud. 3159/2010) "el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación" (STS 78/2018, de 31 de enero).

La aplicación de la anterior doctrina nos lleva a calificar como improcedente la extinción del contrato del demandante, con los efectos del art. 56 del ET y art. 110.1 de la LRJS, siendo responsable la codemandada Subacuática, SA., sin que proceda el pago de salarios de tramitación, en caso de que optase por la readmisión, ya que al día siguiente al de la fecha de efectos del despido el actor encontró otro empleo.

Todo ello, sin imposición de costas a la aquí recurrente, a la que le deberá reintegrar los depósitos constituidos, tanto en este recurso como en vía de suplicación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada Dª Aida Segura Höhr, en nombre y representación de "UTE Amarre y Desamarre Molina e Hijos, S.L.-Underwater Contactors Spain S.L. y "Underwater Contactors Spain S.L.

2º) Resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de la UTE y con revocación de la sentencia de instancia, estimar la demanda, declarando que la extinción del contrato de trabajo con Subacuática SA, constituye un despido improcedente, debiendo condenar a dicha empresa a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de CIENTO SEIS MIL QUINIENTOS UN EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS (106.501,50 euros). La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo; de no optar la condenada por la readmisión o la indemnización, se entenderá que procede la primera.

3º) Sin imposición de costas, y con devolución a la parte recurrente de los depósitos constituidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.