

AS 2010\2676

**Sentencia Tribunal Superior de Justicia Principado de Asturias núm. 2599/2010 (Sala de lo Social, Sección 1), de 29 octubre**

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 1991/2010.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Jesús María Martín Morillo.

DESPIDO IMPROCEDENTE: no corresponde la opción al trabajador porque el convenio sólo lo establece para despido disciplinario y no para extinción de contrato; abono de salarios de tramitación por ser trabajador indefinido a jornada completa.

SUCESION DE EMPRESAS: existencia: transmisión de la infraestructura y organización empresarial básica para la explotación del servicio y de los elementos personales que hasta entonces venían cubriendo el servicio: gestión de complejo deportivo municipal; efectos.

*El TSJ estima los recursos de suplicación interpuestos por la demandante y por la empresa «Aquagest, SA» codemandada, contra la Sentencia de 08-04-2010 del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Avilés, dictada en autos promovidos en reclamación sobre despido, revocándola en el sentido que se declara en su parte dispositiva.*

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

**SENTENCIA: 02599/2010**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2010 0102031

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001991 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEM: 0000040 /2010 del JDO. DE LO SOCIAL nº: 002 AVILÉS

Recurrente/s:Araceli , AQUAGEST S.A.

Abogado/a: JOSE CUE ALONSO, ALFONSO SUAREZ HERNANDEZ

Recurrido/s:Araceli , AQUAGEST S.A. , AYUNTAMIENTO DE CORVERA DE ASTURIAS

Abogado/a: JOSE CUE ALONSO, ALFONSO SUAREZ HERNANDEZ , BEGOÑA ESCALONA PLATERO

Sentencia nº 2599/10

En OVIEDO, a veintinueve de Octubre de dos mil diez.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. ASTURIAS, formada por los Ilmos. Sres. D. JOSE ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D<sup>a</sup> MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados, 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

## S E N T E N C I A

En los RECURSOS SUPPLICACION 0001991/2010, formalizados por los Letrados JOSE CUE ALONSO y ALFONSO SUARZ HERNANDEZ, en nombre y representación de Araceli y AQUAGEST S.A., contra la sentencia número 147/2010 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de AVILES en el procedimiento DEMANDA 0000040/2010, seguidos a instancia de Araceli frente a AQUAGEST S.A. y AYUNTAMIENTO DE CORVERA DE ASTURIAS, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sra. D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D<sup>a</sup> Araceli presentó demanda contra AQUAGEST S.A. y AYUNTAMIENTO DE CORVERA DE ASTURIAS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 147/10, de fecha ocho de Abril de dos mil diez .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- La parte actora, DO<sup>ña</sup> Araceli DNI nº NUM000 , presta servicios para la mercantil demandada AQUAGEST SA desde el 3 de agosto de 2009 como consecuencia de la adjudicación del servicio de piscinas municipales operada por el Ayuntamiento de Corvera en fecha 10.6.09 a dicha empresa AQUAGEST. Su categoría es la de Conserje-Limpiador, ascendiendo su salario diario a la cantidad de 48,75 euros.

2º.- En el pliego de cláusulas administrativas para la adjudicación en procedimiento abierto Del Contrato de Gestión integral del complejo deportivo de la Piscina Cubierta y Climatizada y gimnasio e instalaciones Municipales anexas propiedad del Ayuntamiento de Corvera de Asturias bajo la modalidad de concesión, aprobado en sesión ordinaria de este Ayuntamiento con fecha 22.4.09, se estableció:

#### "CLÁUSULA 1 .OBJETO DEL CONTRATO

Es objeto del contrato adjudicar mediante procedimiento abierto, la gestión indirecta del servicio público de la Piscina Cubierta y Climatizada, Gimnasio e Instalaciones Anexas Municipales propiedad del Ayuntamiento de Corvera de Asturias, mediante concesión administrativa, de la forma detallada en el presente Pliego de Cláusulas Administrativas y en el Pliego de Prescripciones Técnicas de que se acompaña, así como el Reglamento de uso de las citadas instalaciones que al efecto apruebe el Ayuntamiento."

#### "CLÁUSULA 5 . TITULARIDAD Y GESTIÓN DEL SERVICIO.

El Ayuntamiento de Corvera de Asturias es titular del Servicio objeto del presente Pliego, cuya gestión se efectuará de forma indirecta mediante la modalidad de concesión, de conformidad con lo establecido en el artículo 253. a) de la LCSP , ostentando dicho Servicio, en todo momento, la calificación de Servicio Público de competencia y titularidad municipal, lo que justifica el control de su gestión y la inspección del servicio en todo momento por el ayuntamiento, conservando este los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate, así como, entre otras potestades, la de interpretar, modificar y rescindir el contrato unilateral por causas de interés público."

#### "CLÁUSULA 10 .- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONCESIÓN

Asimismo, quedará obligado desde el momento en que se inicie el plazo de la concesión para la gestión del servicio a tomar a su cargo el personal del Ayuntamiento de Corvera de Asturias que se detalla en el Anexo III de este Pliego, de conformidad con lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas y debiendo respetarle cuantos derechos y retribuciones económicas viniera percibiendo hasta la fecha en que se produzca la integración.

En el anexo III dentro de la relación de personal se encuentra el actor con los siguientes datos:

Araceli , DNINUM000 , Conserje-Limpiador, con contrato de duración determinada, tiempo completo, interinidad; Convenio Ayto. de Corvera; fecha del último contrato 26 de mayo de 2008 y del primer contrato 24 de mayo de 2005; Salario base 546,81; C.D. 320,08; C.E. 343,07 ; Pagas 3.272,94; Total anual salario 17.792,46; Seguridad social 5.675,78; Coste total 23.468,24.

En la cláusula 13 de las prescripciones técnicas, referida a MEDIOS MATERIALES se recoge que:

La empresa adjudicataria se dotará de todos los medios materiales necesarios para la realización de los servicios.

Todas las instalaciones, máquinas, vestuario y en general, todos los medios materiales afectos a los servicios, reflejarán el anagrama del escudo del Ayuntamiento de Corvera de Asturias y la leyenda "PISCINA MUNICIPAL"

Ayuntamiento De Corvera", igualmente, se utilizarán y lucirán siempre los colores identificativos de Corvera. A estos efectos, la empresa adjudicataria propondrá varios diseños donde se recojan estos extremos.

En la cláusula 14 de las prescripciones técnicas, referida a MEDIOS PERSONALES. CONDICIONES DEL PERSONAL. En su punto 1 se recoge que:

La empresa adjudicataria dispondrá del personal necesario para satisfacer adecuadamente las exigencias de la prestación del contrato y abonará sus retribuciones, incentivos, pagas extraordinarias, seguros sociales etc. los cuales satisfarán en todo caso a tenor de lo dispuesto en la legislación vigente y en los convenios colectivos que les afecten.

En su punto 3 se recoge que:

La empresa adjudicataria quedará obligada desde el momento en que se inicie el plazo de la concesión para la gestión del servicio a tomar a su cargo el personal del Ayuntamiento de Corvera de Asturias que se detalla en el anexo III del Pliego de Cláusulas Administrativas debiendo respetarle cuantos derechos y retribuciones económicas viniera percibiendo hasta la fecha en que se produzca la integración. Al margen de los trabajadores que se incorporen desde el Ayuntamiento a la plantilla de la empresa concesionaria, el adjudicatario podrá contratar el personal que considere oportuno, siendo en todo caso de su única cuenta. En ningún caso adquirirá el ayuntamiento de Corvera de Asturias compromiso ni obligación respecto a este personal. Será responsabilidad del concesionario las indemnizaciones que puedan corresponder por despido o cese de la relación laboral de todo el personal a su cargo, con independencia del momento en que se produzcan tales circunstancias y de la procedencia del citado personal.

Se da por reproducido el contenido de las cláusulas administrativas y prescripciones técnicas por obrar en autos.

3º.- Por parte de AQUAGEST se aceptó de forma incondicionada las condiciones técnicas y demás documentación del expediente de contratación en la licitación de la "gestión de la Piscina Cubierta y Climatizada y gimnasio e instalaciones Municipales anexas propiedad del Ayuntamiento de Corvera de Asturias bajo la modalidad de concesión", en fecha 11.5.09.

En fecha 10.6.09 la gestión del servicio fue adjudicada a la empresa AQUAGEST, celebrando las partes contrato administrativo de adjudicación de la Gestión integral del complejo deportivo de la piscina Cubierta y Climatizada y gimnasio e instalaciones Municipales, siendo la concesión por un plazo de 25 años.

4º.- La parte actora celebró con el Ayuntamiento de Corvera los siguientes contratos de trabajo, con la categoría profesional de conserje-limpiador y sujetos al Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Corvera:

.Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo, interinidad, para sustituir al trabajador, cubriendo temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva, que se extenderá desde el 24-5-2005 hasta 21-9-2005.

.Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo, interinidad, para sustituir al trabajador, cubriendo temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva, que se extenderá desde el 23-5-2006 hasta 23-9-2006.

.Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo, interinidad, para sustituir al trabajador, cubriendo temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva, que se extenderá desde el 4-6-2007 hasta 23-9-2007.

.Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo, interinidad, para sustituir al trabajador, cubriendo temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva, que se extenderá desde el 26-5-2008 hasta 26-9-2008.

5º.- La empresa demandada AQUAGEST presentó a la firma del trabajador un Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo, para obra o servicio determinado, en el que se recoge: como objeto efectuando trabajos derivados de la obra de la piscina de Corvera de Asturias, que se extenderá desde el 3-8-2009 hasta fin de obra o servicio determinado, con la categoría de conserje-limpiador, contrato que no ha sido firmado por ninguna de las partes y cuyo contenido junto con las cláusulas adicionales damos por reproducido.

AQUAGEST procedió a dar de alta al trabajador en la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL el 3.8.09 haciendo constar que lo era en virtud de contrato 401, D.DET.T.COMPL.OBRA, folio 264 de autos.

Por parte de la empresa AQUAGEST se comunicó a la actora carta del siguiente tenor:

A.A.: Sr. DñaAraceli

Por medio de la presente pongo en su conocimiento que el próximo día 3 de diciembre de 2009 finaliza su periodo de prestación de servicios del año 2009 para esta entidad en el centro de trabajo de Corvera de Asturias, todo ello de conformidad con las condiciones establecidas en la relación laboral que previamente le vinculaba con el ayuntamiento de Corvera y en la cual la entidad a la que represento se subrogó en virtud de las condiciones establecidas en la adjudicación del servicio.

En consecuencia con lo anterior y con ocasión de la finalización del actual periodo de prestación de servicios por su parte, el próximo día 3 de diciembre de 2009 se pondrá a su disposición la correspondiente liquidación.

En Corvera a 17 de Noviembre de 2009

Entregando la empresa el siguiente documento que no ha sido firmado por el trabajador:

El abajo firmante Araceli recibe de la empresa AQUAGEST S.A. la cantidad de 838,29 EURs en concepto de liquidación, saldo y finiquito, tal y como a continuación se desglosa, al causar baja por FIN CONTRATO (sin indemnización), con fecha 03/12/2009.

Total Devengos ..... 847,33 EURs

Total Retenido ..... 9,04 EURs

Total Liquido a Percibir ..... 838,29 EURs

Con el percibo de dicha cantidad, declaro estar de acuerdo con la liquidación practicada considerándome saldado y finiquitado por todos los conceptos derivados directa o indirectamente del contrato que me ha unido con la citada empresa hasta la fecha.

Comprometiéndome a no reclamar y a no ejercitar acción legal alguna contra la empresa por extinción del contrato, reclamación de cantidad o por cualquier otra causa.

() Renuncio de forma expresa a la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de la firma de este documento.

() Hago uso del derecho a la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de la firma de este documento.

Barcelona, a 3 de Diciembre de 2009

6º.- Por parte de AQUAGEST se informa que:

Que con posterioridad al 3 de Diciembre de 2009 la sociedad a la que represento no ha contratado laboralmente a ninguna persona nueva para prestar servicios por cuenta de "Aquagest" S.A. en el centro de trabajo que esta empresa posee en las Piscinas Municipales de Corvera.

Que con posterioridad al 3 de Diciembre de 2009 la sociedad a la que represento tampoco ha modificado ni ampliado los contratos que tiene suscritos con terceras empresas para la prestación por parte de éstas de servicios en el centro de trabajo ya indicado, en el sentido de ampliar el número de personas que desarrollan tareas en el marco de dichos contratos.

7º.- Por parte del Ayuntamiento se amortizó las plazas de conserje-limpiador adscritas a las piscinas de Las Vegas, con la aprobación de los presupuestos y plantilla de personal para el 2009, mediante acuerdo del pleno del Ayuntamiento de fecha 26.5.09, publicándose la plantilla en el BOPA el 11.6.09. Dicho acuerdo no fue objeto de recurso.

8º.- La parte actora no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical de los trabajadores.

9º.- El artículo 64 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Corvera dispone que "Los trabajadores municipales estarán sujetos al régimen disciplinario del estatuto básico del empleado público.

En el caso de declarar un despido improcedente quedará a elección del trabajador el optar por el reintegro o la indemnización."

10º.- La actora formuló reclamación previa y la misma fue desestimada por resolución de fecha 26.1.2010, cuyo contenido damos por reproducido y que obra en la documental aportada por el Ayuntamiento para mejor proveer como documento nº 11.

Se presentó la papeleta de conciliación frente a la empresa AQUAGEST el día 29 de diciembre de 2009, celebrándose el acto el día 15.1.10 con el resultado de intentado sin EFECTO.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. OÑA Araceli frente a la empresa AQUAGEST S.A., y el AYUNTAMIENTO DE CORVERA, y declaro improcedente el despido de que fue objeto la parte demandante el día 3 de diciembre de 2009 por la empresa demandada AQUAGEST S.A., a la cual condeno a que a elección de la trabajadora, que deberá manifestar en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia, readmita a la parte actora en su mismo puesto de trabajo o lo indemnice en la suma de TRES MIL SEISCIENTOS Y CINCUENTA Y SEIS EUROS Y VEINTICINCO CÉNTIMOS DE EURO (3656,25 #)s.e.u.o., entendiéndose que de no

hacerlo en el plazo indicado opta por lo primero. En cuanto al abono de los salarios dejados de percibir, únicamente se generarían en caso de ser notificada la Sentencia con posterioridad al 23.5.10, y serían desde el 23.5.10 hasta la de la notificación de la presente resolución, a razón de 48,75 euros/día.

Absolviendo al Ayuntamiento de los pedimentos formulados en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 15 de julio de 2010.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 30 de setiembre de 2010 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** La Sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Avilés de 8 de Abril de dos mil diez estimó parcialmente la demanda interpuesta por la trabajadora y declaró la improcedencia del despido acordado por la empresa codemandada, AQUAGEST S.A., el día 3 de diciembre de 2009, condenándola a todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración; absolviendo al Ayuntamiento de Corvera de la pretensión en su contra formulada.

Frente a esta resolución judicial se alzan en suplicación tanto la representación letrada de la trabajadora como la de la empresa demandada. La representación letrada de la parte demandada, desde la perspectiva que autoriza el Art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/95, de 7 abril (RCL 1995\1144, 1563), para que se revoque el pronunciamiento relativo a que el ejercicio del derecho de opción entre la readmisión o el abono de la indemnización acordado se atribuya a la empresa y no a la trabajadora.

La demandante, asimismo desde la perspectiva que autoriza el Art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, a fin de que el pronunciamiento relativo a la condena de salarios de tramitación se haga extensivo desde la fecha del despido, el día 3 de diciembre de 2009, hasta la notificación de la sentencia, condenando a la empresa demandada, AQUAGEST S.A., a su abono.

**SEGUNDO** Destina la empresa recurrente el primero de los motivos en los que desarrolla su recurso a denunciar, en primer lugar, la infracción de lo dispuesto en los Arts. 82.1 y.3, 83.1, 84 y 92 del la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (RCL 1995\997). Considera que el convenio colectivo aplicable al personal que presta sus servicios en la piscina municipal, una vez que la gestión del referido servicio público ha sido objeto de adjudicación a la recurrente mediante la modalidad de concesión administrativa a partir del 10 de junio de 2009, es el del Grupo de Deportes del Principado de Asturias (BOPA 31/8/2005) y no el clausulado del Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo para el personal laboral y funcionario del Ayuntamiento de Corvera de fecha 4 de abril de 2008 (BOPA 12/9/2008), toda vez que en el caso que nos ocupa no ha existido una sucesión de empresas, tal como se deja dicho en la resolución impugnada, y por tanto, la aplicación de la referida norma paccionada al supuesto de autos carece de sustento legal alguno dado su claro y limitado ámbito subjetivo "al personal que presta sus servicios en el Ayuntamiento de de Corvera" y, por otro lado, porque tal obligación no viene impuesta en el pliego de cláusulas administrativas particulares que ampararon la subrogación, que se limita a reconocer a los trabajadores integrados en la plantilla de la empresa adjudicataria "los derechos y retribuciones económicas que viniera percibiendo hasta la fecha de al integración."

Llegados a este punto, se ha de significar que para la resolución de las cuestiones planteadas en el presente motivo del recurso, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1º) Jurídicamente, el cambio de titularidad en la empresa es causa, en sentido amplio, de una novación subjetiva por virtud de la cual una persona sustituye a otra como parte de un contrato, de forma que, como consecuencia de la novación, hay una subrogación empresarial, "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior". Como es bien sabido el supuesto de hecho al que el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, se describe en términos genéricos como "cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1998 (LCEur 1998\2531), ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia, de suerte que, como recuerda STS de 28 de abril de 2009 (RJ 2009\2997), "... a tenor del precepto, (se refiere al Art. 1 .b) de la Directiva, 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001 (LCEur 2001\1026) se considera 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, ya fuere esencial o accesorio", de modo que "el elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986 (TJCE 1986\65), Spijkens, 24/85; de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997\45), Süzen, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003 (TJCE 2003\386), Abler y otros, - 340/01 y de 15 de diciembre de 2005

(TJCE 2005\406), Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04)... infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Sützen y Abler y otros, antes citadas)".

La transmisión o sucesión empresarial requiere, por tanto, la concurrencia de dos elementos: uno, subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo, ó sea el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo - , 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 empresarial, es decir, la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizativos y productivos, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido, debiendo significarse, en este sentido, que la actividad empresarial precisará de un soporte patrimonial mínimo que sirva de sustento a su quehacer independiente, por lo que el cambio de titularidad requiere, conforme a lo expuesto, que se realice una transmisión de un conjunto de elementos esenciales en los términos indicados anteriormente; es por ello que también se ha dicho que "por encima de las palabras utilizadas en la letra del precepto o en las sentencias interpretativas del mismo, lo que se trasluce de ellas es la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial "viva", que es lo que podría permitir hablar de la permanencia en su identidad" (STS de 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008\6601)).

2º) Una segunda precisión que hay que hacer es que cuando la Directiva Comunitaria se refiere a que los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión"(art. 1 .a.), no esta exigiendo que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, es decir no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales activos patrimoniales para que exista una sucesión empresarial. Así lo ha precisado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de forma reiterada (SSTJCE de 17 de diciembre de 1987 (TJCE 1988\67), My Molle Kiro, 287/86 ,12 de noviembre de 1992 (TJCE 1992\184), Watron Risk y Christensen 209/91 , y20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01), señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales.

En el mismo sentido una reiterada jurisprudencia (SSTS de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000\2413) ,25 de junio de 2003 (RJ 2003\4441) ,20 de diciembre de 2005 (RJ 2006\2668) y12 de diciembre de 2007 (RJ 2008\1460) (R. 4949/98 ,4913/00 ,3076/04 y3994/06 ) ha precisado que para entender producido el cambio de titularidad o la transmisión de empresas a que se refiere elart. 44 del ET , "no es un obstáculo que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio". Así laSTS de 12 de diciembre de 2002, (rec. 764/02 ) (RJ 2003\1962), entendió, en un supuesto en que se cedió por una empresa a otra un local, con entrada desde el patio central del colegio, dentro del cual estaba ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial etc... además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a office y otro destinado a almacén, estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios, que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, sin que represente obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento.

En concreto y referido a la externalización de un servicio público laSTSJ de Castilla-León, Valladolid, de 5 de junio de 2006 (Rec. 920/2006 ) (AS 2006\2230), advierte que la privatización de servicios públicos no queda fuera del ámbito de la sucesión, siendo lo relevante para determinar la aplicación de la normativa contenida en elartículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en las Directivas europeas que se transfiera una organización productiva identificable o una parte organizada de la misma. Y para ello resulta determinante que la organización productiva mantenga su identidad como conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.

En el supuesto examinado, del invariado relato histórico de instancia, resulta que:

1º) El 10 de junio de 2009 el Ayuntamiento de Corvera de Asturias adjudicó a la recurrente la gestión del complejo deportivo de la Piscina Cubierta (ordinal tercero), con sujeción al pliego de cláusulas administrativas aprobado en la sesión ordinaria de 22 de abril de 2009.

2º) Lo cedido o adjudicado es la "gestión integral del complejo deportivo de la Piscina Cubierta y Climatizada, el gimnasio y las instalaciones municipales anexas, propiedad del Ayuntamiento de Corvera de Asturias" y, junto con tales instalaciones, maquinaria y vestuarios "la empresa adjudicataria quedará obligada desde el momento en que se inicie la concesión a tomar a su cargo el personal del Ayuntamiento de Corvera de Asturias que se detalla en el Anexo III del pliego de Cláusulas Administrativas debiendo respetarle cuantos derechos y retribuciones económicas viniera percibiendo. Al margen de los trabajadores que se incorporen desde el Ayuntamiento a la platilla de a empresa cesionaria, el adjudicatario pondrá contratar al personal que considere oportuno, siendo en todo caso de su única cuenta" (ordinal segundo).

3º) La Corporación codemandada amortizó las plazas de conserje-limpiador adscritas a las piscinas de las Vegas mediante acuerdo del Pleno de 26 de mayo de 2009 (ordinal séptimo).

La juzgadora a quo, no obstante declarar aplicable el convenio de la Corporación concedente para la resolución del litigio, consideró que no se podía hablar de sucesión de empresas al incumplirse el requisito esencial para ello, ya que en el pliego de condiciones no se establecía tal sucesión y, por otra parte, no existen datos para admitir que

en la nueva situación haya comportado la transmisión de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura empresarial básica de la explotación".

Criterio que no se puede compartir en esta alzada, pues como ya hemos comentado el fenómeno de la subrogación empresarial puede producirse aun cuando sea la administración pública la que externaliza por cualquier causa la gestión de un concreto servicio público en virtud de una contratación o una concesión administrativa, dándose la continuidad de la prestación de los mismos servicios en régimen de contratación laboral, porque la actividad empresarial permanece inalterada sin solución de continuidad, apareciendo como única variación el cambio de la persona del empleador, realizado por hechos y extremos que en tanto son ajenos a los trabajadores no pueden alcanzar negativamente a sus derechos respecto del puesto de trabajo que ocupan cuando, como es el caso.

La concesión administrativa ha comportado, llevando consigo, la entrega al contratista o concesionario de la infraestructura y organización empresarial básica para la ejecución de la actividad - "la gestión integral" reza el pliego de condiciones administrativas -, con el conjunto de elementos, materiales y patrimoniales fundamentales de la explotación (una piscina climatizada y cubierta, el gimnasio, y demás instalaciones anejas del complejo deportivo municipal), y también de los elementos personales que hasta entonces venían cubriendo el servicio (en el caso, los conserjes-limpiadores de la piscina); lo que, como hemos visto, constituye la condición necesaria para la actuación del deber impuesto por el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997), puesto que la unidad productiva que se transmite aparece completamente delimitada y definida en todos sus elementos, y además el pliego de condiciones de la concesión da un específico tratamiento jurídico laboral al problema, imponiendo expresamente el respecto a las condiciones de trabajo vigentes al tiempo de la transmisión.

La entrega al concesionario de la infraestructura y organización empresarial básica para la explotación, con cesión entre la Corporación y empresa codemandadas de los elementos esenciales o significativos del activo material o inmaterial con los que el Ayuntamiento realizaba el servicio municipal determina que nos encontramos ante un supuesto de "transmisión de una unidad productora autónoma", y obliga a entrar en juego en el caso de autos al mecanismo de la subrogación empresarial el Art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, de suerte que la relación existente entre la actora y el Ayuntamiento codemandado no quedó extinguida, comenzando una nueva con la empleadora -AQUAGETS-, sino que tuvo lugar una novación subjetiva de la relación cuya naturaleza no dimana de un nuevo contrato sino de aquél que la trabajadora ya tenía con el Ayuntamiento.

La anterior conclusión, sin embargo, no conduce directamente a la estimación del motivo porque, aunque como recuerda la STS de 22 de noviembre de 2005 (rec. 3899/04) (RJ 2005\10050), la subrogación empresarial solo abarca "aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras (SSTS 5 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10059) y 20 de enero de 1997 (RJ 1997\618)) y el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, ni obliga al empresa a su mantenimiento indefinido, (STS de 13 de febrero de 1997 (RJ 1997\1256)), si obliga a respetar las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa trasmisora aplicaba en el momento de la transferencia, tal como expresa el Art. 44.4 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que se haya acordado otra cosa entre la empresa concesionaria y los representantes de los trabajadores una vez la sucesión mediante un "acuerdo de empresa", lo que al presente no aparece acreditado y, por tanto, aunque por razones diversas a las esgrimidas en la sentencia de instancia, el motivo ha de ser desestimado.

**TERCERO** Articula el letrado recurrente un segundo motivo, con carácter subsidiario y para el caso de que se considere aplicable el convenio colectivo municipal, denunciando la infracción del Art. 1 del expresado Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo para el personal laboral del Ayuntamiento de Corvera, argumentando que en la medida en que "regula y establece las normas que rigen las condiciones de trabajo del personal laboral fijo, indefinido y temporal de plantilla/del personal funcionario, que presta sus servicios en el ayuntamiento de Corvera, cualquiera que sea su centro de trabajo", el clausulado de tal norma paccionada y en concreto su Art. 64, regulador del derecho de opción debatido, no resulta aplicable a la trabajadora demandante, ya que al haber sido calificada como discontinua no ostenta al condición de trabajadora fija ni tampoco temporal.

Como acabamos de ver la sucesión empresarial operada por la vía del Art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997) no supone automáticamente la pérdida de las condiciones de trabajo existentes con anterioridad a la misma, sino que tales condiciones se mantendrán "hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.", sin que, claro es, este nuevo convenio sea el que se ya se viniera aplicando la empresa concesionaria del servicio (STS de 30 de septiembre de 2003 (RJ 2003\7450)), como pretende la recurrente.

Llegados a este punto no se puede perder de vista que nos encontramos ante una operaria cuyo contrato con la Corporación codemanda ha sido calificado como indefinido-discontinuo y ello, comporta realizar las siguientes consideraciones:

a) La distinción entre "fijo" e "indefinido" no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según la duración, por cuanto el trabajador indefinido no fijo- implica que, desde una perspectiva temporal, no está sometido a término.

b) ello significa que a los trabajadores indefinidos no fijos les será de aplicación las normas laborales en toda su extensión a excepción de aquellos derechos, ventajas y expectativas laborales que estuvieran vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial acceso al empleo público respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y

publicidad.

c) que en relación con el régimen jurídico de la extinción de este vínculo laboral, el trabajador con contrato indefinido no fijo de plantilla, ve limitada su permanencia hasta la provisión de la plaza que ocupa a través del procedimiento legal y reglamentario correspondiente, de modo que una vez convocadas las plazas a través de la Oferta Pública de Empleo y finalizado el proceso selectivo, se produce el cese de su titular, salvo que sea el propio trabajador indefinido el que supere el proceso (STS 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9542) ). Si bien, también es posible la finalización del contrato por amortización de la plaza, hecho que sucederá cuando tal puesto de trabajo no esté incluido en la Plantilla y Relación de Puestos de Trabajo de la entidad o no se considere necesario para el servicio público.

Esta manifiesta provisionalidad modaliza el régimen de extinción del contrato de trabajo establecidas por la negociación colectiva cuando, como es el caso, se atribuye al trabajador la opción entre readmisión o indemnización en los supuestos de despido declarado improcedente, supuestos estos en los que la jurisprudencia, pese a la validez de la cláusula convencional, vino manteniendo un criterio manifiestamente restrictivo, negando la aplicación de este tipo de mejoras de convenio en los despidos producidos por la Administración que son calificados de «improcedentes» por irregularidades en la contratación temporal, así se manifiesta en las sentencias de 12 de julio de 1994 (RJ 1994\7156) y 24 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8765) , que no aplican un precepto de esta naturaleza del Convenio Colectivo de Correos, tesis que sigue la STS de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997\2589), no aplicando un precepto similar el Convenio Colectivo de la Diputación de Zaragoza. Criterio éste que viene robustecido por la orientación jurisprudencial posterior a las sentencias citadas que niega en todo caso el carácter de fijos a los trabajadores contratados irregularmente como temporales por las Administraciones Públicas, aceptando que su relación laboral pueda ser calificada de indefinida pero nunca de fija, pues la contratación laboral habrá necesariamente de cesar cuando el puesto por ellos desempeñado sea cubierto por los trámites legales.

La STS de 26 de diciembre de 2000 (RJ 2001\1877), sin embargo, matizó dicho criterio en el sentido de señalar que como el Convenio Colectivo puede regular el derecho de opción en los casos de despido, para saber si el trabajador tiene o no ese derecho a opción habrá que acudir en cada caso al Convenio Colectivo vigente a la fecha del despido para determinar si le cabe o no ese derecho de opción o por el contrario habrá que atenerse a lo dispuesto en el art. 56.1 ET que concede la opción a la empresa.

En el presente caso el Art. 1 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal del Ayuntamiento de Corvera de Asturias es claro al establecer el ámbito de aplicación personal, determinando que el acuerdo afecta a todos los trabajadores que prestan servicios bajo la dependencia y organización del Ayuntamiento ya se trate del personal laboral fijo, del ligado con contratos indefinidos y del temporal de plantilla, ahora bien la ventaja que aquí se discute aparece ligada a la previa existencia de un despido disciplinario, a cuya declaración de improcedencia pretende dar respuesta, así se desprende del propio enunciado del precepto cuestionado, el Art. 64 del convenio colectivo, que gira bajo la rubrica de "régimen disciplinario"; que esto es así lo corrobora el propio contenido del precepto cuando dispone que los trabajadores municipales estarán sujetos al régimen disciplinario del estatuto básico del empleado público, añadiendo a continuación que "en el caso de declarar un despido improcedente quedará a elección del trabajador el optar por el reingreso o la indemnización"; esto es, el precepto hace traslación al ámbito convencional de lo dispuesto en el Art. 97.2 del EBEP, Ley 7/2007 (RCL 2007\768) , que excluye la opción del Art. 56 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997) para el personal laboral de las Administraciones Públicas, pues en caso de despido disciplinario improcedente procederá la readmisión obligatoria, previsión consecuente con los principios constitucionales de mérito y capacidad que informan el acceso a la función pública.

Ahora bien tal solución no está contemplada para aquellos supuestos en que como consecuencia de irregularidades en la contratación, o bien en los fraudes de ley sucedidos en la contratación temporal o de abuso de derecho (Art. 15.5 ET ), o en aquellos casos en los de acceso a la plantilla lo sea por imposición de normas que regulan la cesión ilegal de trabajadores (Art. 43 ET ) o por la existencia de una subrogación empresarial (Art. 44 ET ), se decreta la improcedencia del despido, en razón de ser declarado el trabajador indefinido no fijo, pues en tal caso corresponde la opción a la empresa, ya que la contratación como fijo en las Administraciones Públicas debe cumplir los requisitos establecidos en el citado Estatuto Básico; razones todas ellas por las que este segundo motivo del recurso debe ser estimado, ya que el convenio colectivo de aplicación no reconocía aquella ventaja en supuesto como el aquí debatido.

**CUARTO** En sede de censura jurídica, denuncia la trabajadora recurrente que se ha infringido, por indebida aplicación, el Art. 56.1.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997), en relación con el Art. 15.3 y 8 y con el Art. 8.2 del propio texto legal del propio texto legal; argumentando que, la calificación de la relación laboral del actor con la empresa demandada como fija discontinua es errónea, toda vez que de la prueba obrante en autos no puede alcanzarse tal conclusión, pues no se dan los requisitos ni se acreditan las circunstancias temporales de los trabajos realizados, extendiéndose a continuación en diversas consideraciones sobre unas conversaciones habidas entre la Corporación Municipal y los representantes de los trabajadores así como sobre la falta de forma o del objeto del contrato concertado con AGUAGEST, para concluir que el contrato de trabajo ha de calificarse como indefinido y a tiempo completo y, en consecuencia, los salarios dejados de percibir se debieron devengar desde la fecha del despido el día 3 de diciembre de 2009.

El recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria y a diferencia del recurso ordinario de apelación (en el que el Tribunal "ad quem" puede revisar "ex novo" los elementos fácticos y consideraciones jurídicas de la sentencia recurrida) dicho recurso -a modo de pequeña casación- no faculta al Tribunal sino para analizar los concretos motivos del recurso, que han de ser canalizados por la vía de los párrafos a), b) ó c) del art. 191 de la LPL (RCL 1995\1144, 1563) , según se articule una denuncia de normativa procesal, generadora de indefensión y que produce

la consecuencia prevista en el art. 200 LPL, se denuncien yerros fácticos evidentes y trascendentes al fallo y/o, finalmente, se invoquen infracciones de normativa sustantiva o material, postulando en estos dos supuestos, a diferencia del primero, las consecuencias contempladas en los Arts. 201 ó 202 LPL (SSTS de 22 de abril de 1970 y 21 de junio de 1971, entre otras).

Así, dada la extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación, aunque pudieran existir otras infracciones no denunciadas no pueden éstas ser consideradas por el Tribunal "ad quem", salvo que aquellas, por su propia naturaleza, trasciendan al orden público procesal. Sin que quepa ignorar que corresponde exclusivamente a las partes la construcción e impugnación del recurso, pues una solución distinta equivaldría a atribuir al Tribunal "ad quem" la redacción "ex officio" del recurso o su impugnación, lo que pugna con el principio dispositivo o de justicia rogada y su consecuencia no podría ser otra que la lesión del principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978\2836).

Así las cosas, no pueden tomarse en consideración las remisiones que la recurrente realiza al objeto y la forma de un contrato que el propio relato histórico declara como no celebrado (ordinal quinto), o la referencia que al tipo de contrato o a la fórmula utilizada para el cálculo del salario se contienen en los folios 179 y 180, puesto que, por un lado, las cuestiones de hecho y de derecho ineludiblemente han de ser tratadas por separado y, por otro, que sólo cuando se aprecia la infracción denunciada, procede la estimación del recurso, bien entendido que, estando dedicado el apartado c) del artículo 191 de la L.P.L al examen de las infracciones de normas sustantivas, para la revisión debe acudir a la vía del apartado b) cuando se pretenda que la Sala revise el del relato fáctico por entender que existe un error de hecho, lo que es necesario en caso de que el recurrente intente que para la resolución del recurso se tomen en consideración hechos no incluidos en la relación de hechos probados o diferentes de los que lo integran, suprimiendo, completando o sustituyendo éstos.

Inmodificado, por incombatido, el relato fáctico hemos de partir del ordinal cuarto que nos informa que la trabajadora celebró de forma sucesiva cuatro contratos con el Ayuntamiento de Corvera de Asturias, bajo la modalidad de interinidad por vacante, en tanto se procedía a la cobertura definitiva de la plaza de conserje-limpiador de la piscina municipal, extendiéndose la vida de dichos contratos durante los periodos de 24 de mayo a 21 de septiembre de 2005; 23 de mayo de 2006 hasta el 23 de septiembre del mismo año; desde el 4 de mayo de 2007 hasta el 23 de septiembre siguiente, desde el 26 de mayo de 2008 hasta el 26 de de septiembre de 2008, y en fin el celebrado en el año 2009. Se trata lo que se ve, y así lo indica la juzgadora a quo, de trabajos de temporada, que repiten de forma discontinua y cíclica durante cuatro meses al año, coincidiendo con la temporada estival, ante la necesidad de tener que atender cada verano una piscina municipal, que se cerraba durante los meses de invierno.

Advierte la jurisprudencia (por todas, STS de 8 de noviembre de 2005 (RJ 2006\1301)) que "el objeto de la modalidad contractual de trabajos fijos de carácter discontinuo está separada de los contratos eventuales o por obra o servicio determinados por una línea divisoria sutil, de modo que si la naturaleza del trabajo es ocasional, imprevisible, esporádico o coyuntural, los contratos temporales serán idóneos para su cobertura. Pero, si el trabajo se reitera en el tiempo de una manera cíclica o periódica, debe ser proveído con la modalidad de contrato para trabajos fijos de carácter discontinuo, no siendo admisible su cobertura por contratos temporales. Como recuerda nuestra sentencia de 5 julio 1999 (recurso, 2958/1998) (RJ 1999\6443), "los criterios de delimitación entre el trabajo eventual y el fijo discontinuo han sido ya concretados por esta Sala. La Sentencia de 26-5-1997 (RJ 1997\4426), entre otras, señala que "cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados". Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando ésta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir "cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular". Por el contrario "existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Y la de 25-2-1998 (Recurso 2013/1997) (RJ 1998\2210) ha recordado que "la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995 (RCL 1995\997) responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa -de ahí la condición de fijeza- que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de lo jornada anual".

A la vista de la doctrina expuesta hay que reputar ajustada a la legalidad vigente la calificación realizada por la juzgadora a quo del contrato que ligaba a la recurrente con la Corporación local demandada, tal es la condición de la trabajadora analiza desde la perspectiva que otorgan la serie de contrataciones formalizadas bajo la modalidad indicada, que respondían realmente a unas necesidades de carácter permanente y cíclico y, consecuentemente, tales son las condiciones de trabajo que debió respetar la concesionaria del servicio al hacerse cargo del mismo el día 3 de agosto de 2009, pues la subrogación empresarial, se reitera aquí, "solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras" (STS desentencia de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005\9933)), esto es, la novación subjetiva del contrato, por cambio de empresario, no comporta por sí solo la conversión de un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo.

Ahora bien, también se ha dicho que la continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores y en el presente caso sucede que, así se declara con valor de hecho probado en el fundamento de derecho tercero, en el año 2009 se finalizó la construcción de un nuevo complejo deportivo municipal, incorporando al mismo una piscina cubierta y climatiza lo

que permite su uso continuado a lo largo del año, de suerte que desaparecida la causa de la temporalidad y vencido el mes septiembre y con él la temporada estival, la actora continuó prestando sus servicios por cuenta de la demandada durante los meses de octubre, noviembre y principios de diciembre, lo que necesariamente ha de comportar una modificación objetiva de aquel contrato querida por ambas partes, pues bien que el empresario carece de facultades para imponer unilateralmente la conversión de un contrato a tiempo parcial en uno a jornada completa, nada impide la novación modificativa de mutuo acuerdo entre las partes, cuando además la misma viene expresamente favorecida por el Art. 12.4.e) del Estatuto de los Trabajadores, al imponer a la empresa la obligación de informar de la existencia de puestos vacantes a tiempo completo a los que pueda acceder el trabajador, cambiando la modalidad contractual, de suerte que el incumplimiento de tal deber por el empresario constituye una infracción administrativa ex Art. 6.5 del Real Decreto Ley 5/2000, de 4 de agosto (RCL 2000\1804, 2136), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), y de que, en todo caso, la voluntad decisiva para la conversión es la del trabajador, como se desprende de la dicción literal del precepto legal citado cuando impone que las solicitudes del trabajador deben ser "tomadas en consideración" por el empresario en la medida de lo posible (Art. 12.4 .e) in fine ET), esto es, han de ser aceptadas, puesto que solamente pueden ser postergadas por motivos justificados o en beneficio de otros trabajadores de mejor derecho cosa que, al presente hay que reputar que no sucedió, a la vista de la continuidad de la prestación durante más de dos meses seguidos.

Lo expuesto determina que el recurso del trabajador también haya de resultar acogido, imponiendo la condena al abono de salarios de tramitación en los términos prevenidos por el Art. 56, esto es, desde la fecha del despido.

**QUINTO** La estimación parcial del recurso de la empresa codemandada determina que no hay lugar a la imposición de costas por aplicación de lo dispuesto en los artículos 227, 228 y 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1144, 1563).

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

#### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la dirección letrada de AQUAGEST S.A., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés de fecha 8 de abril de dos mil diez, dictada en los autos 40/10, resolviendo la demanda sobre Despido instada por D<sup>a</sup>. Araceli contra la referida empresa y contra el AYUNTAMIENTO DE CORVERA DE ASTURIAS y, con revocación de la misma en el pronunciamiento relativo al ejercicio del derecho de opción entre la readmisión del actor y el abono de la indemnización fijada en la instancia, opción que corresponde ejercitar a la empresa a la que, por tanto, condenamos a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, opte por la readmisión del trabajador o le indemnicen en la suma de 3656,25 euros, significándole que la opción deberá realizarla dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la presente resolución en la Secretaría de esta Sala, procediendo la readmisión en caso de no efectuarse, y todo ello sin hacer pronunciamiento sobre costas.

Acordamos la devolución a la parte recurrente del depósito que constituyó para interponer el recurso.

Que estimamos asimismo el recurso de Suplicación interpuesto por la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Araceli contra la expresada sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés de 8 de abril de dos mil diez y, con revocación de la misma en el pronunciamiento relativo a los salarios de tramitación, condenamos a la empresa demandada, AQUAGEST S.A., a abonar a la trabajadora los salarios de tramitación desde la fecha de efectos del despido de 3 de diciembre de 2009 hasta la notificación de la sentencia impugnada. Se confirma la resolución de instancia en todo lo demás.

Adviértase a las partes que contra esta sentencia, cabe recurso de casación para unificación de doctrina, debiendo acreditar el depósito del importe de la condena en la cuenta número 3366: TRIB. SUP. JUST. SALA SOCIAL que tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 7008 de la calle Pelayo 4 de Oviedo, con la clave 66, haciendo constar el número de rollo, al preparar el recurso, así como el especial de 300 Euros, si fuere la empresa condenada la que lo hiciere, notifíquese a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y líbrese, para su unión al rollo de su razón, certificación de esta resolución, incorporándose su original al correspondiente Libro de Sentencias.

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