

SUMARIO:

Movilidad geográfica. Orden empresarial al trabajador de desplazamiento a China con una duración estimada de 270 días, habiendo estado desplazado diferentes periodos también en los años inmediatamente anteriores (45 días en 2018, 105 días en 2019 y 26 días en el año 2020). Teniendo en cuenta que el deslinde entre el traslado y el desplazamiento es de naturaleza temporal, ya que se considera desplazamiento el cambio temporal de lugar de trabajo que requiere que el trabajador resida en población distinta a la de su domicilio habitual, sin exigir un cambio definitivo de residencia, en aquellos casos en los que en un periodo de tres años se produzcan sucesivos desplazamientos que exceden en total los doce meses, el tratamiento que ha de darse a la decisión empresarial es el propio de los traslados. De lo que se trata, por tanto, es de determinar si estamos o no ante una movilidad geográfica que, por acumulación de los periodos de tiempo a considerar, haya de ser calificada o no como traslado, y cuando se delimita temporalmente la duración de los periodos en que se acuerda una movilidad geográfica a estos efectos, ha de estarse al periodo fijado en la orden de desplazamiento, sin necesidad de esperar al transcurso del mismo, por lo que el trabajador no tenía que esperar, para ejercitar su opción, a que transcurriesen los días que le faltaban para llegar a los doce meses. En consecuencia, a los días ya desplazados en periodos anteriores, han de sumarse los 270 días que supone la orden de traslado a China, por lo que se supera el plazo establecido en el artículo 40.6 del ET, teniendo derecho el actor no solo a la resolución de su contrato, sino además a la resolución indemnizada del mismo en la cuantía prevista por el apartado 1 del mismo artículo.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 40.1 y 6.

PONENTE:

Doña Raquel María Naveiro Santos.

T.S.X GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO//

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Correo electrónico:

NIG: 15036 44 4 2020 0000812

Equipo/usuario: AF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002490 /2021 - ALV

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000402 /2020

Sobre: MODIFICACION CONDIC.LABORALES

RECURRENTE/S D/ña Jose Enrique

ABOGADO/A: JESUS PORTA DOVALO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: GABADI SL

ABOGADO/A: MARIA DEL CARMEN PEREIRA SAEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMOS/AS. SRS/AS. MAGISTRADOS

ROSA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
EMILIO FERNÁNDEZ DE MATA
RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a ocho de julio de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 2490/2021, formalizado por el letrado D. Jesús Porta Dovalo, en nombre y representación de D. Jose Enrique, contra la sentencia dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 2 de FERROL en el procedimiento PROCEDIMIENTO ORDINARIO 402/2020, seguidos a instancia de D. Jose Enrique frente a la empresa GABADI SL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D^a. RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

D. Jose Enrique presentó demanda contra la empresa GABADI SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha diez de diciembre de dos mil veinte.

Segundo.

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

" PRIMERO.- El demandante viene prestando servicios laborales por cuenta ajena para la mercantil demandada. Un primer contrato de fecha 16 de mayo de 2007, de duración determinada a tiempo completo por obra o servicio determinado, concluyendo en fecha 6 de junio de 2007. El 7 de junio de 2007 se formaliza nuevo contrato

con fecha de finalización el 28 de febrero de 2008 y en fecha 29 de febrero de 2008 se contrata a tiempo completo siendo indefinido en la actualidad, con la categoría profesional de encargado con un sueldo de 4.208,36 euros mensuales, incluyendo prorrateo de pagas extras.- SEGUNDO.- En fecha 21 de abril de 2020 la empresa notifica al trabajador la necesidad del desplazamiento del trabajador, por causas productivas y organizativas, al astillero de Jiangnan Shipyard -Shangai (China) previendo la fecha del desplazamiento el 4 de mayo de 2020. En fecha 29 de junio de 2020 el trabajador comunica la solicitud de resolución de la relación laboral solicitando al liquidación de la relación laboral con la indemnización estipulada legalmente."

Tercero.

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

"QUE debo ESTIMAR y ESTIMO, en parte, la demanda presentada por D. Jose Enrique, en su propio nombre y representación, frente a la mercantil GABADI SL declarando la resolución de la relación laboral que los vinculaba sin que lleve inherente el derecho indemnizatorio interesado por la parte."

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Jose Enrique 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 este T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 19/05/21.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La parte actora, D. Jose Enrique presenta demanda en ejercicio de acción de resolución de relación laboral por traslado en la que solicita que estimando la misma se " declare a resolución da miña relación laboral coa empresa GARIBALDI S.L, por traslado, obrigando á empresa a estar e pasar por dita declaración e ao abonamento da indemnización de vinte días por ano traballado no momento da resolución da relación laboral".

La sentencia señala que el actor ha estado desplazado en los años 2018, 2019 y a principios del año 2020, periodo a los que habría que añadir el periodo de nueve meses concretado en la comunicación de abril de 2020; sin embargo entiende que procede la indemnización porque los desplazamientos no superan los doce meses en un plazo de tres años porque finalmente el desplazamiento al que se refería la comunicación de abril no duró los 9 meses previstos sino menos - en concreto del 30 de agosto de 2020 a 26 de septiembre de 2020- y que ha de estarse a tal tiempo de cumplimiento efectivo y real, " lo que lleva inherente que no se haya cumplido que los desplazamientos realizados superen la duración en un periodo de tres años , de doce meses , no concurriendo por tanto el presupuesto para dar lugar al derecho indemnizatorio ahora peticionado que ha de ser desestimado. "Por lo tanto estima en parte la demanda, y declara la resolución de la relación laboral que los vinculaba, sin que lleve inherente el derecho indemnizatorio interesado por la parte.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora y formula recurso de suplicación en el que solicita que , previa estimación del mismo, se dicte nueva sentencia "...estimando el recurso y, revocando la de instancia, se estime la demanda declarando extinguida la relación laboral de Jose Enrique, con derecho al percibo de la indemnización en la cuantía de 37.587 € con efectos de 10 de diciembre de 2020 , y condenando a la empresa demandada al abono de la citada cantidad de indemnización.

Subsidiariamente se desestime la demanda declarando que no procede la extinción del contrato solicitada por el demandante.

O, subsidiariamente declarando nula la sentencia se revoque ordenando que se repongan las actuaciones al momento anterior al de dictado de la misma, a fin de que el juzgador de instancia dicte nueva sentencia entrando a resolver la cuestión planteada en su totalidad."

El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada quien solicita su desestimación a la vez que formula dos motivos de oposición subsidiaria.

La recurrente ha formulado alegaciones a dicha impugnación oponiéndose a las mismas.

Segundo.

En su primer motivo de recurso, y al amparo del art. 193 a) de la LRJS, la recurrente alega que la sentencia de instancia infringe el art. 24 de la CE, en relación con el art. 218 de la LEC y el art. 97.2 LRJS, señalando que la sentencia recurrida es incongruente porque concede algo diferente a lo solicitado ; argumenta que el demandante accionó en conforme al art. 40 del ET solicitando, frente a un traslado, la resolución indemnizada de su contrato no siendo la respuesta congruente con lo peticionado. Añade que en atención a lo dispuesto al art. 202.2 de la LRJS y al entender que la Sala está en disposición de solventar la incongruencia, y en base al principio de economía procesal, resolver lo que corresponda sobre el objeto de debate, que no es otro que si procede la extinción del contrato con derecho a indemnización , por el que optó el demandante, o si no procede la extinción del contrato.

La empresa señala que el motivo no debe prosperar en la medida que la cuestión puede ser solventada mediante la denuncia por el apartado c) del art. 193 de la LRJS.

El motivo ha sido correctamente sustentado por en el apartado a) del art. 193 de la LRJS puesto que lo que se cuestiona es si lo resuelto es acorde con lo peticionado, y no porque se estime o se deje de desestimar, sino porque lo que se resuelve supone un desajuste con respecto a lo que es objeto de la litis o de la resolución. Lo primero- estimación o desestimación- sí es denunciable por el apartado c) del art. 193 LRJS; lo segundo - desajuste - ha de ser denunciado por el apartado a) del art. 193 de la LRJS, siendo esto último lo que, en definitiva se denuncia en este motivo de recurso.

La solución a este motivo de recurso pasa por la premisa de que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que solo debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sean posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia.

El art. 218 de la LEC, al regular el contenido de las sentencias, señala que las mismas deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. Por su parte el art. 97.2 de la LRJS in fine, establece que por último la sentencia "deberá fundamentar suficientemente los pronunciamiento del fallo".

La interpretación de tal normativa ha de hacerse al amparo de la doctrina sentada tanto por el Tribunal Constitucional (STC de 15 de abril de 1996) como por el Tribunal Supremo (STS de 1 de diciembre de 1998 o 5 de junio de 2000 entre otras) conforme a la cual el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser verse vulnerado cuando la sentencia infringe el principio de congruencia, principio que obliga a los órganos judiciales a decidir conforme a lo alegado, sin que les sea permitido otorgar más de lo pedido, ni menos de lo resistido por el demandado, así como tampoco cosa distinta de lo solicitado por las partes.

De tal doctrina se extrae que existen cuatro tipos distintos de incongruencia:

a) Incongruencia interna, esto es, cuando se aprecie una clara contradicción entre los fundamentos de derecho y el fallo.

b) Incongruencia "ultra petitum", cuando se concede más de lo pedido por el demandante.

c) Incongruencia "extra petitum", cuando se resuelve sobre cuestiones distintas y ajenas a lo solicitado por las partes, lo que implica una invasión frontal del derecho de defensa contradictorio, privando a los litigantes de la facultad de alegar lo que a su derecho proceda o lo que estimen conveniente a sus legítimos intereses.

d) Incongruencia omisiva, supuesto en el que el juzgador no resuelve sobre alguna o algunas de las pretensiones ejercitadas por las partes.

En ocasiones, estas dos últimas clases de incongruencia pueden presentarse unidas, concurriendo la llamada «incongruencia por error», denominación adoptada en la STC 28/1987, seguida por las SSTC 369/1993 y 111/1997 , y que define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta" (STCo 136/1998, de 29 junio).

También hemos de tener en consideración que el TC también ha señalado (por todas STC 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 5), que las resoluciones judiciales son irracionales cuando "a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas".

Entendemos que concurre la infracción denunciada puesto que se reconoce el derecho a extinguir la relación, pero examina la concurrencia de los requisitos que debería de llevar a la estimación de la opción de resolución indemnizada como si fueran los relativos a la concreción de un derecho a indemnizar ; esto es , se examina la pretensión del actor como si tratasen de dos derechos diferentes con presupuestos diferentes, (resolución por un lado e indemnización por otro) lo que efectivamente no es lo solicitado ya que como señala la

recurrente en su recurso, para extinguir simplemente su contrato sin indemnización accesoria no tendría que haber formulado demanda, bastando con una simple petición de baja voluntaria.

Por lo tanto concurre la infracción denunciada y se estima el motivo formulado al amparo del art. 193 a) de la LRJS, lo que nos sitúa, al versar sobre normas reguladoras de la sentencia, en el apartado 2 del art. 202 de la LRJS, y entraremos a resolver sobre la cuestión de fondo planteada, ya que hay datos fácticos en la sentencia y además se pide que se complementen por la vía del art. 193 b) LRJS.

Tercero.

En el segundo motivo de recurso , y al amparo del art. 193 b) de la LRJS, solicita la revisión de hecho probado segundo para se añada lo que resalta en negrita y subrayado y quede redactado con el siguiente contenido:

"En fecha 21 de abril de 2020 la empresa notifica al trabajador la necesidad del desplazamiento del trabajador, por causas productivas y organizativas, al astillero de Jiangnam Shipyard-Shangai-China , previendo la fecha del desplazamiento el 4 de mayo de 2020 y previendo una duración de nueve meses.

El trabajador estuvo desplazado 45 días en el año 2018, 105 en el año 2019 y 26 días en el año 2020, totalizando 270 días del periodo concretado en la comunicación de fecha 21 de abril de 2020, un total de 446 días.

En fecha 29 de junio de 2020 el trabajador comunica a la empresa que "opta por la extinción de mi relación laboral con la empresa debiendo percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio".

Apoya la redacción, en cuanto a la duración prevista del desplazamiento que se le comunica el 21 de abril de 2020 en los folios 55 y 56; y en cuanto la comunicación del trabajador a la empresa en el folio 59 vuelto y 60; en cuanto a los periodos que estuvo desplazado con anterioridad en que se recoge en la propia fundamentación jurídica de la sentencia y en el folio 61.

Justifica la redacción en la redacción en la necesidad de que se concreten los periodos de desplazamiento del trabajador, la previsión de la duración del desplazamiento que se le comunica el 21 de abril de 2020, y que el actor no comunicó la resolución de la relación laboral, sino que optó por la extinción.

La empresa se opone señalando que varios de los datos que se pretenden introducir ya están en la fundamentación jurídica y lo relativo al computo de todos los días es una cuestión que predetermina el fallo ya que no se pueden incluir los días relativos a desplazamientos realizados con anterioridad como se entendió por el Juzgado de instancia.

La modificación pretendida ha de ser examinada a tenor de reiterada jurisprudencia que establece que hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas;

c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

e) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

A la vista de tal doctrina la modificación se admite en parte. Y así es, aun cuando varios de los datos se desprenden de lo argumentado por la sentencia de instancia, lo procesalmente correcto es que figuren en el relato de hechos probados, por lo que ha de incluirse lo relativo a que la comunicación del desplazamiento a China es por periodo de 9 meses, también los otros desplazamientos habidos y también ha de corregirse el contenido de la respuesta del actor a la empresa ante la comunicación del desplazamiento a China.

Sin embargo coincidimos en parte con lo señalado por la empresa en relación a que se señale en hechos probados cuanto totalizan los periodos de desplazamiento al haberse planteado como una cuestión jurídica discrepante entre las partes si los periodos de desplazamiento anterior al comunicado en abril de 2021 computan o no. No obstante hemos de señalar a la empresa que no es cierta la apreciación que hace cuando señala que "En este caso, el juzgado de instancia entendió que no resultaba computables los desplazamientos anteriores, en aplicación de la jurisprudencia existente en la materia", puesto que la sentencia resuelve que sí son computables.

Por lo tanto el hecho probado segundo queda redactado con el siguiente contenido:

"En fecha 21 de abril de 2020 la empresa notifica al trabajador la necesidad del desplazamiento del trabajador, por causas productivas y organizativas, al astillero de Jiangnam Shipyard-Shangai-China, previendo la fecha del desplazamiento el 4 de mayo de 2020 y previendo una duración de nueve meses.

El trabajador estuvo desplazado 45 días en el año 2018, 105 en el año 2019 y 26 días en el año 2020.

En fecha 29 de junio de 2020 el trabajador comunica a la empresa que "opta por la extinción de mi relación laboral con la empresa debiendo percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio"

Cuarto.

En el último motivo de recurso, y con amparo en el art. 193 c) de la LRJS la recurrente alega que la sentencia de instancia infringe normas sustantivas que concreta en el art. 40.1 del ET en relación con el art. 40.6 del ET señalando que el Juzgador da por realizada la opción del trabajador, pero no le concede el derecho a percibir la indemnización correspondiente en la forma prevista en el art 40.1 del ET, cuando el trabajador nunca solicita la extinción del contrato de trabajo sin compensación, porque para ello bastaba con pedir la baja voluntaria por lo que no se entiende porque el Juzgador reconoce la extinción sin la indemnización que lleva aparejada; entiende que la justificación que da de que después el desplazamiento duró menos de lo previsto no se puede tener en consideración ya que se trata de hechos futuros y desconocidos por el trabajador en el momento en el que ejercita su opción, ya que esta se manifiesta el 29 de junio de 2020 y el desplazamiento se concreta entre el 30 de agosto de 2020 y el 26 de septiembre de 2020.

La empresa se opone señalando que el recurrente se ha allanado al argumento del Juzgador por el que se desestima la demanda, que es que no se llega a superar el transcurso de los doce meses en el periodo de tres años. Asimismo, y con apoyo en el art. 197.1 de la LRJS, formula dos alegaciones subsidiarias señalando que no han sido estimadas por la sentencia que concreta en a) infracción del art. 40.6 del ET en la medida de que los días correspondientes a los desplazamientos anteriores no computan en este caso ya que se trata de una cualidad consustancial a la prestación de servicios de la empresa y b) infracción del art. 40.6 del ET en la medida en que computando las fecha en que efectivamente fueron desplazados los compañeros a China y que sería los resultaría desplazado el actor, supondría un total de 3 meses, que sumados a los anteriores- en el caso de que finalmente se computasen- tampoco superarían los 12 meses en un periodo de tres años.

La actora formula alegaciones a estos motivos de oposición subsidiaria señalando que no se ha solicitado modificación fáctica de ningún tipo y no consta que el actor sea trabajador itinerante, por lo que no le es aplicable la postura jurisprudencial que cita.

La cuestión suscitada entre las partes, es si estamos o no ante una movilidad geográfica que por acumulación de los periodos de tiempo a considerar haya de ser calificada o no, como traslado.

A tal efecto partimos de la redacción del art. 40.6 del ET que dispone que "Por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, la empresa podrá efectuar desplazamientos temporales de sus trabajadores que exijan que estos residan en población distinta de la de su domicilio habitual, abonando, además de los salarios, los gastos de viaje y las dietas.

El trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses; en este último supuesto, el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario.

Contra la orden de desplazamiento, sin perjuicio de su ejecutividad, podrá recurrir el trabajador en los mismos términos previstos en el apartado 1 para los traslados.

Los desplazamientos cuya duración en un periodo de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta ley para los traslados."

Y en relación con este último párrafo nos interesa, a los efectos que ahora nos ocupa, el art. 40.1 del ET cuando señala " Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. La compensación a que se refiere el primer supuesto comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, y nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos".

Como señala la sentencia de instancia el deslinde entre el traslado y el desplazamiento es de naturaleza temporal ya que se considera desplazamiento el cambio temporal de lugar de trabajo que requiere que el trabajador resida en población distinta a la de su domicilio habitual, sin exigir un cambio definitivo de su residencia. El desplazamiento, a diferencia del traslado, se entiende que posee un carácter temporal, pues en aquellos casos en los que en un periodo de tres años se produzcan sucesivos desplazamientos que exceden en total los doce meses, el tratamiento que ha de darse a la decisión empresarial es el propio de los traslados.

En atención a estos criterios básicos daremos respuesta a las cuestiones planteadas por las partes para señalar que efectivamente estamos ante un traslado y no ante un desplazamiento por lo que procede la resolución indemnizada del contrato.

1º.- La denuncia formulada por la recurrente ampara su pretensión y permite entrar a resolver sobre todas las cuestiones al desplazamiento que ahora se plantean y ello porque como hemos explicado con anterioridad la sentencia sí reconoce el derecho a resolver el contrato con apoyo en el art. 40.6 del ET porque eso es lo que dice su fallo, y el recurso se formula contra el fallo. Es más, dado que el fallo estima la resolución del contrato, sería cuestionable si la empresa puede alegar, por vía de impugnación la primera causa de oposición subsidiaria que alega - ya que la segunda sí se estima por la sentencia de instancia - y ello en atención a lo resuelto por la STS de 15 de octubre de 2013, rec. 1195 /2013, que fija doctrina jurisprudencial al respecto-, ya que la sentencia estima la demanda en la parte relativa al derecho del actor a resolver el contrato. Ahora bien, no podemos obviar que las alegaciones de ambas partes han venido condicionadas por una sentencia que ha incurrido en un vicio de nulidad, que ha sido estimado, por lo que resolveremos sobre las cuestiones planteadas en el recurso en la medida que sea posible.

2º.- La decisión de opción de resolución indemnizada del contrato por parte de la recurrente parte de una notificación de desplazamiento que se realiza al trabajador el día 21 de abril de 2020, por causas productivas y organizativas al astillero de Jiangnam Shipyard - Shangai- China, previendo la fecha de desplazamiento desde el 4 de mayo de 2020 y con una duración de 9 meses.

Compartimos el argumento de la sentencia de instancia de que sí se computan, para el cálculo de si se superan o no los doce meses, los días que estuvo desplazado, en concreto : 45 días en el año 2018, 105 días en el año 2019 y 26 días en el año 2020, y ello porque la sentencia que invoca la empresa - tanto en la instancia como en la impugnación, STS 14 de octubre de 2004- se refiere a supuestos en los que la relación es incardinable dentro de la exclusión prevista en el art. 40.1 del ET (trabajadores contratados específicamente para prestar servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes) , como se desprende de la afirmación que en la misma se contiene de que " La empresa demandada, a la que prestan servicios los actores (Montajes Nervión S.A.), es una empresa que se dedica a la actividad de montajes industriales, desarrollando esta actividad en diferentes centros y lugares "ubicados en todo el territorio nacional en función de las obras contratadas" (hecho probado 2). Como se constata en el hecho probado 5, "la movilidad geográfica ha sido consustancial en la prestación de servicios de los demandantes", habida cuenta que, según afirma el hecho probado 7, "desde el comienzo de la relación laboral" los actores han prestado sus servicios en numerosos centros de trabajo, según las obras contratadas, y en especial en diversos centros de trabajo situados en la provincia de Tarragona; y señaladamente cuando dice que "Es claro, por consiguiente, que Montajes Nervión SA es una empresa cuya producción se lleva a cabo en "centros de trabajo móviles o itinerantes" y que los actores han desarrollado y desarrollan en ella la actividad propia de los trabajadores que caracteriza, define y singulariza a esta clase de empresas, pues, como se ha indicado, han venido desempeñando sus funciones en diferentes centros y lugares "ubicados en todo el territorio nacional en función de las obras contratadas" por la entidad empleadora, siendo la movilidad geográfica consustancial a la prestación de servicios de dichos demandantes.

No cabe duda, por consiguiente, que la empresa y los trabajadores de autos se incluyen, en la excepción prevista en el art. 40-1 del Estatuto de los Trabajadores ; excepción que excluye a las empresas con centros móviles o itinerantes del ámbito de aplicación de las normas y reglas de movilidad geográfica que este art. 40 establece."

No es este el caso de autos ya que nada se recoge en hechos probados al respecto ni se ha intentado, como señala la actora al formular alegaciones en la oposición, introducir datos de este tipo en el relato fáctico. En todo caso la sentencia, en fundamentación jurídica y con invocación del art. 2.2 c) del RD 1695/1998 en relación con el art. 8.5 del ET rechaza que se hubiera pactado nada en relación con la prestación de servicios en diferentes centros de trabajo o en centros de trabajos móviles, a lo que añade que se ve corroborado por el dato fáctico de que en el año 2018 se le desplaza únicamente 45 días. La impugnante señala que de la prueba aportada se desprende el peso en la empresa de la contratación en el extranjero, pero tales datos no constan incorporados en el relato fáctico por lo que no se pueden tener en consideración, lo que no nos permite concluir que el desplazamiento de los trabajadores de esta empresa sea algo habitual y consustancial a la misma, algo que además la recurrente discute señalando que se trata de una cuestión nueva que se alega por primera vez en recurso y por lo tanto de forma extemporánea.

Sin embargo discrepamos del argumento de la sentencia- que da a efectos exclusivamente de no surgir un derecho a la indemnización- de que solo se compute los periodos de desplazamiento que finamente tuvo lugar, cuestión en la que igualmente incide la empresa en su impugnación. Y ello es así por la naturaleza de las ordenes empresariales dadas, cuya ejecutividad es inmediata, tal como se desprende del contenido del art. 40 del ET y han de acatarse sin perjuicio de que las distintas opciones que le asisten al trabajador y que puede ejercitar desde la notificación de la decisión de movilidad geográfica , por lo tanto cuando se delimita temporalmente la duración de los periodos en que se acuerda una movilidad geográfica a efectos de diferenciar si estamos ante un desplazamiento

o un traslado en la forma establecida en el art 40.6 del ET ha de estarse al periodo fijado en la orden de desplazamiento, sin necesidad de esperar al transcurso de los mismo; por lo tanto el trabajador no tenía que esperar, para ejercitar su opción a que, transcurriesen los días que le faltaban para llegar a los 12 meses, puesto que como señala la recurrente, no se pueden tener en consideración hechos que se materializan con posterioridad al momento en el que el actor manifiesta de forma expresa su opción por la resolución indemnizada - y mucho menos cuando la acción ya ha sido ejercitada judicialmente- ya que de admitirse tal posibilidad el derecho de rescisión indemnizada del contrato que el Estatuto de los Trabajadores le reconoce al trabajador quedaría sin efecto por la decisión empresarial de rebajar la duración del desplazamiento inicialmente prevista, lo que es contrario al art. 1256 del Código Civil porque sería tanto como dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

Por lo tanto a los días ya desplazados en periodos anteriores (45 + 105 + 26) han de sumarse los 270 días que supone la orden de traslado a China, por lo que se supera el plazo establecido en el art. 40.6 del ET y el actor tiene derecho no solo a la resolución de su contrato, sino la resolución indemnizada del mismo y en la cuantía prevista en el art 40.1 del ET. Al respecto se entiende correcta la cuantía solicitada por la recurrente, (37.587 €) que en coherencia con su recurso- solo discute el derecho a la indemnización- calcula la misma desde el inicio de la relación laboral (16 de mayo de 2007) a la fecha en que se declara la extinción por la sentencia de instancia (10 de diciembre de 2020), petición que, en coherencia con lo que hemos resuelto, entendemos que se ajusta a los parámetros fijados en el art. 40.1 del ET de cuyo contenido se deriva que por cada mes de prestación de servicios laborales se devengan 1,66 días indemnizatorios (20 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año), con el tope máximo de 360 días.

El cálculo de esta indemnización debe hacerse sobre la base del periodo en que la parte actora ha prestado servicios laborales para el empleador, tomando como fecha inicial el día 16/05/2007 ya que esa es la antigüedad que se desprende a la vista de la sucesión de contratos que se recogen en el hecho probado primero, y como fecha final el día de extinción del contrato de trabajo 10/12/2020 que coincide con el dictado de la sentencia de instancia en que así se declara. El prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo (sentencias del TS de 20 de julio de 2009, recurso 2398/2008, 20 de junio de 2012, recurso 2931/2011 y 6 de mayo de 2014, recurso 562/2013,). Por consiguiente, debemos contabilizar 163 meses de prestación de servicios. Aplicando el referido criterio, la indemnización total asciende a 37.587,00 euros, que es, como indicamos la pretendida por la recurrente.

En base a todo dicho estimamos el recurso en la forma en que se recoge en el suplico como pretensión principal.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Jesús Porta Dovalo, actuando en nombre y representación de D. Jose Enrique, contra la sentencia de fecha diez de diciembre de dos mil veinte, dictada en autos 402/2020 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, seguidos a instancia de la parte recurrente contra la empresa GABADI S.L., y apreciamos el motivo de nulidad denunciado, y entrando a resolver sobre las cuestiones propuestas declaramos la extinción indemnizada de la relación laboral entre D. Jose Enrique y la empresa demandada con efectos del 10 de diciembre de 2020, con derecho del actor al percibo de una indemnización en cuantía de 37.587 €, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración y a la empresa demandada al abono a favor del actor de la citada cantidad en concepto de indemnización.

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.