

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología



TESIS DOCTORAL

**MOVILIDAD GEOGRÁFICA
DE TRABAJADORES EN ESPAÑA**

Presentada por:

IGNACIO ROSELLÓ SABORIT

Dirigida por:

Prof. Dr. ÁNGEL BLASCO PELLICER

Prof. Dra. MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

Octubre, 2019

ÍNDICE

RESUMEN

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN.....1

PARTE I. FIJACIÓN DEL LUGAR DE TRABAJO..... 11

CAPÍTULO 1. ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS LOCATIVOS. 11

1.1.Introducción..... 11

1.2.Centro de Trabajo 15

1.2.1. Elementos y requisitos..... 17

A) Unidad Productiva..... 17

B) Organización Específica..... 28

C) Alta en la Autoridad Laboral 40

1.2.2. Concepto..... 47

1.3 Lugar de Trabajo 49

1.3.1. Supuestos específicos 59

1.4 Puesto de Trabajo 63

1.5 Empresa 75

CAPÍTULO 2. FIJACIÓN DEL LUGAR DE TRABAJO..... 93

2.1 Introducción..... 93

2.1 Referencia a la fijación del lugar de ejecución en el Código Civil y su aplicabilidad en el contrato de trabajo 94

2.2 Fijación expresa del lugar de trabajo..... 97

2.2.1. Ausencia de regulación específica	97
2.2.2. Marco normativo en que encuentra cabida	109
2.2.3. Características y límites de la fijación expresa	110
2.3 Fijación tácita del lugar de trabajo.	117
CAPÍTULO 3. CENTROS DE TRABAJO MÓVILES E ITINERANTES	123
3.1 Aproximación al concepto de «centro de trabajo móvil e itinerante». Supuestos judicial y jurisprudencialmente calificados como tal.....	125
3.1.A. Sector de la Construcción.....	126
3.1.B Empresas de seguridad y limpieza.....	138
3.1.C. El tendido, conservación, mantenimiento y reparación de líneas eléctricas, líneas telefónicas, redes de telecomunicación y electrificación de vías férreas.....	142
3.1.D. Instalación de montajes industriales.....	144
3.1.E. Circo, teatro o atracciones de feria ambulantes	147
3.1.F Buque	148
3.2. Construcción terminológica del concepto centro de trabajo itinerante o móvil.....	154
3.3. Supuestos de aplicación	160

PARTE II. MOVILIDAD GEOGRÁFICA SUSTANCIAL A INSTANCIAS DEL EMPRESARIO.....171

CAPÍTULO 4. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA EN EL ARTÍCULO 40 ET: TRASLADOS DE PERSONAS TRABAJADORAS.....171

4.1	Introducción.....	171
4.2.	Incardinación en la Movilidad Geográfica	172
4.3.	Elementos del traslado.....	176
4.3.1.	Elemento Territorial	177
A)	Cambio de centro de trabajo	178
B)	Cambio de residencia	179
B.1.	Noción de residencia habitual.....	179
B.2.	Necesidad de cambio de residencia habitual	183
B.3.	Conclusiones.....	195
4.3.2.	Elemento Temporal	199
4.4.	Construcción del término Traslado	201
4.5.	Causas.....	206
4.5.1.	Causas objetivas	208
A)	Económicas	215
B)	Técnicas, Organizativas o de Producción.....	218
4.6.	Cambio de ubicación del centro de trabajo	221

CAPÍTULO 5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA EN EL ARTÍCULO 40 ET: DESPLAZAMIENTOS DE PERSONAS TRABAJADORAS	225
5.1. Concepto y diferencias respecto del traslado	225
5.2 Superación del plazo máximo	233
5.3 Desplazamientos transnacionales en el interior de la Unión Europea.....	236
PARTE III. OTRAS FORMAS DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA.....	243
CAPÍTULO 6. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DE MUTUO ACUERDO.....	243
6.1. Introducción	243
6.2. Regulación normativa	244
6.3. Elementos del acuerdo: consentimiento, objeto y causa.....	251
6.3.1. Concepto de Contrato. Origen y evolución.....	251
6.3.2. Elementos del contrato.....	257
A) El consentimiento.....	257
A.1. Error.....	259
A.2. Dolo.....	266
A.3. Violencia o intimidación	270

B) El objeto	272
C) La causa	276
6.4. Límites	279
6.5. Naturaleza jurídica	282
CAPÍTULO 7. MOVILIDAD GEOGRÁFICA A INSTANCIA DE LA PERSONA TRABAJADORA	289
7.1. Introducción.....	289
7.2. Reagrupación familiar	291
7.2.1. Titularidad del derecho. Legitimación.	291
7.2.2. Hecho habilitante: traslado del cónyuge.	297
7.2.3. Derecho automático vs derecho supeditado a la aceptación Empresarial.....	302
7.2.4. Plazo de Ejercicio	303
7.2.5. Pertenencia a la misma Empresa. Supuestos de Grupos de Empresa	303
7.2.6. Existencia de vacante. Puesto de trabajo.....	305
7.2.7. Gastos	306
7.2.8. Regulación convencional y procedimiento de impugnación.	308
7.3. Violencia de género	309
7.4. Trabajadores con discapacidad.....	315

PARTE IV. MODIFICACIÓN GEOGRÁFICA NO SUSTANCIAL.....327

CAPÍTULO 8. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA NO SUSTANCIA. REGULACIÓN NORMATIVA Y CONVENCIONAL 327

8.1. Introducción 327

8.2 Regulación Convencional 330

8.2.1 Sector de la Construcción..... 330

8.2.2. Sector del Metal 339

8.2.3. Sector Limpieza..... 345

8.2.4. Sector Hostelería 349

8.2.5. Sector de la Vigilancia 353

8.2.6. Sector de la Enseñanza 357

8.2.7. Sector del Transporte 358

8.3 Conclusiones 368

PARTE V. PROCEDIMIENTO DE TRASLADO.....373

CAPÍTULO 9. DISTINCIÓN ENTRE TRASLADO INDIVIDUAL Y TRASLADO COLECTIVO. PERSPECTIVA COMUNITARIA 373

9.1 Introducción 373

9.2. Antecedentes 379

9.3. Interpretación del concepto «centro de trabajo» por el TJUE.....	382
9.4 Cambio de paradigma: primeras sentencias aplicando la doctrina del TJUE.....	386
9.5. Análisis de los posibles efectos de doctrina europea sobre los traslados	393
9.5.1. Regulación histórica. Un recorrido por las diferentes normativas laborales.....	395
9.5.2. Criterio jurisprudencial sobre el artículo 40.2 ET	399
9.5.3. Posible Aplicación analógica	402
9.5.4.Regulación comunitaria sobre traslados.....	403
9.6. Conclusiones	406
CAPÍTULO 10. TRASLADO INDIVIDUAL	413
10.1. Introducción.....	413
10.2. Notificación. Requisitos y formalidades.	415
10.3. Efectos sobre el trabajador	421
10.4. Derecho a la compensación por gastos. Cuantificación.....	433
CAPITULO 11: TRASLADO COLECTIVO	445
11.1. Introducción.....	445
11.2. Límites temporales	445

11.3. Notificación. Exigencias legales.	449
11.4. Periodo de consultas.....	452
11.5. Adopción del acuerdo.....	463
11.6. Efectos sobre los trabajadores	468
CAPÍTULO 12. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA EN EL CONCURSOS DE ACREEDORES	473
12.1. Introducción	473
12.2. Legitimación y solicitud.....	476
15.3. Periodo de consultas.....	479
15.4. Acciones contra el Auto	481
CAPÍTULO 13. TRASLADO COMO MEDIDA SANCIONADORA.....	485
13.1 Introducción	485
13.2 Notificación.....	488
13.3. Prescripción.....	489
13.4. Duración de la medida disciplinaria.....	494
13.5. Opciones de la persona trabajadora.....	497
PARTE VI. IMPUGNACIÓN.....	499
CAPÍTULO 14. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DEL TRASLADO INVIDIDUAL.....	499
14.1. Introducción	499

14.2. Legitimación Activa y Pasiva.....	500
14.3. Órgano competente.....	502
14.4. Fundamento y tiempo de ejercicio de la acción	503
14.5. Cauce procedimental y posible acumulación de procesos	
14.6. Tramitación y eventual suspensión del procedimiento.....	511
14.7. Resolución y posibles recursos.....	512
CAPÍTULO 15: IMPUGNACIÓN DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO DE TRASLADO.....	517
15.1. Introducción.....	517
15.2. Legitimación Activa y Pasiva.....	520
15.3. Órgano competente.....	526
15.4 Fundamento de la acción y tiempo de ejercicio	527
15.5 Cauce procedimental y tramitación	528
15.6 Resolución y posibles recursos.....	529
CAPÍTULO 16. Responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en el pago de la indemnización por traslado.....	531
16.1. Introducción.....	531
16.2. Criterio judicial previo al pronunciamiento del TJUE	531
16.3. Pronunciamiento del TJUE	537
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA.....	545

<i>Introducción</i>	545
<i>Conclusiones generales</i>	545
<i>Conclusiones específicas</i>	552
<i>A. Movilidad geográfica sustancial</i>	552
<i>B. Otras formas de Movilidad Geográfica</i>	560
<i>Propuesta de Lege Ferenda</i>	563
<i>Justificación de los cambios propuestos</i>	569
ANEXO I	573
<i>Influencia del lugar de trabajo en la movilidad geográfica</i> ...	573
<i>Cláusulas abusivas</i>	576
<i>Plantilla centro de trabajo vs plantilla empresa</i>	581
BIBLIOGRAFÍA	587

RESUMEN

La movilidad geográfica tiene una especial incidencia en la prestación de servicios de los trabajadores, por cuanto, además del cambio locativo que conlleva su ejercicio, proyecta sus efectos sobre una esfera que trasciende al derecho del trabajo, inmiscuyéndose en la vida personal y familiar de aquéllas. Y esta repercusión es la que ha suscitado, en buena medida, el interés del autor hasta el punto de constituir el objeto de su trabajo de investigación científica.

El objetivo de la presente tesis doctoral es analizar esta disciplina en toda su extensión, tanto en lo atinente a sus elementos consustanciales, como su configuración normativa actual y la aplicabilidad por parte de nuestros tribunales. En este sentido, se realizará un riguroso examen del tenor literal del artículo 40 ET, que vendrá acompañado, cuando así resulte oportuno, de propuestas de redacción alternativas. Se perseguirá trazar un hilo conductor adecuado en la exposición de los diferentes aspectos a tratar. A tal fin, se dedicará el espacio analítico necesario en la preparación de un entorno conceptual previo al estudio de aquéllos, así como en su desarrollo y conclusiones. En suma, se pretende que la labor de investigación prolifere en un trabajo que pueda servir de vehículo de transmisión didáctico de fácil comprensión. A tal fin, no se omitirá cierta información que podría tenerse por sabida pero cuya ausencia desembocaría en una ruptura de secuencia lineal pretendida. Junto a los anteriores objetivos, también se buscará que la tesis sea ágil y deductiva.

ABREVIATURAS

AA.VV:	Autores Varios
AN:	Audiencia Nacional
BOE:	Boletín Oficial del Estado
Art.	Artículo
CC:	Código Civil
CE:	Constitución Española
CEE:	Comunidad Económica Europea
CES:	Consejo Económico y Social
COORD:	Coordinador
CCAA:	Comunidad Autónoma
CCOO:	Comisiones Obreras
DA:	Disposición Adicional
DIR:	Director
DIRS:	Directores
ERE:	Expediente de Regulación de Empleo
ET:	Estatuto de los Trabajadores actual (RDL 2/2015, de 23 de octubre)
Etc.:	Etcétera
ETT:	Empresa de Trabajo Temporal
FOGASA:	Fondo de Garantía Salarial
IT:	Incapacidad Temporal
J.Soc.	Juzgado de lo Social

ABREVIATURAS

Js.Soc.	Juzgados de lo Social
Lat.	Latín
LGSS:	Ley General Seguridad Social
LISOS:	Ley de Infracciones en el Orden Social
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOLS:	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LPL:	Ley Procedimiento Laboral
LPRL:	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRJS:	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LRL:	Ley de Relaciones Laborales
Nº:	Número
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
Op. Cit.:	Opera Citata
Pág.	Página
Págs.	Páginas
Rec.	Recurso
RD:	Real Decreto
RDL:	Real Decreto Legislativo
RD-Ley:	Real Decreto Ley
Rec. Ud.:	Recurso para la unificación de doctrina

ABREVIATURAS

RLT:	Representación/antes legal/es de los trabajadores
S.:	Sentencia
SAN:	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEPE:	Servicio Público de Empleo Estatal
STC/SSTC:	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
STCT/SSTCT:	Sentencia/s del Tribunal Central de Trabajo
STJCE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE
STS/SSTS:	Sentencia/s del Tribunal Supremo
STSJ/SSTJS:	Sentencia/s del Tribunal Superior de Justicia
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC:	Tribunal Constitucional
TCT:	Tribunal Central de Trabajo
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
TUE:	Tratado de la Unión Europea
UE:	Unión Europea
UGT:	Unión General de Trabajadores
v. gr:	Verbigracia

INTRODUCCIÓN

La tesis doctoral que se presenta tiene por objeto el estudio pormenorizado y exhaustivo de los diversos cambios locativos que un trabajador¹ puede experimentar a lo largo de su prestación de servicios para un empleador, con el evidente propósito de aportar conclusiones constructivas a la materia que ocupa esta investigación². Debe adelantarse que, sin perjuicio del papel relevante que la doctrina científica ostentará en la confección de los planteamientos deductivos, la piedra angular sobre la que éstos pivotarán, habida cuenta de la fisonomía específica de la movilidad geográfica, vendrá cincelada por las resoluciones de nuestros tribunales. En este sentido, se tratará de asentar un compendio de criterios hermenéuticos dimanantes de aquéllos, debidamente engarzado con la normativa legal y convencional.

Antes de pasar a desgranar los diferentes apartados que constituirán la tesis, se ha de atender una cuestión que todo estudio mínimamente riguroso exige en primer término, cual es la naturaleza jurídica de la movilidad geográfica. A tal fin, y en comparación con la normativa civil, que resulta mucho más restrictiva en materia de modificación de las cláusulas iniciales del contrato, el Estatuto de los

¹ En armonía con la actual redacción del ET, se empleará indistintamente el término trabajador y el de persona trabajadora.

² Movilidad Geográfica en su sentido más amplio, inclusiva de todas las variaciones espaciales que puedan producirse en la práctica, con independencia de la intensidad de aquélla (sustancial o débil), de su oportunidad (medida de flexibilización interna o conciliación familiar), del agente contractual que la accione (empleador, trabajador o mutuo acuerdo) y de su duración. También serán abordados los traslados disciplinarios.

INTRODUCCIÓN

Trabajadores prevé una serie de mecanismos que permiten *adaptar* aquéllas a la realidad cambiante, siendo uno de ellos, sin género de duda, el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores³. En efecto, este precepto habilita la posibilidad de modificar el lugar de trabajo previamente fijado - ya fuere expresa o tácitamente- en el contrato, en aras a una mayor flexibilidad. Aunque puede antojarse prematuro desplegar *in limine* una primera conclusión, no por ello se va a descartar dar respuesta a la cuestión planteada al principio de este párrafo. En este sentido, y a mi modo de entender, la naturaleza jurídica de la movilidad geográfica *sui generis*⁴, responde a criterios de flexibilización interna⁵. Ahora bien, la configuración del artículo 40 ET, invita a pensar que aquélla puede servir, asimismo, de medida de conciliación de la vida profesional con la personal, y que, en todo caso, el legislador persigue conservar la unidad familiar⁶, como también la protección del trabajador.

³ En conexión con lo expuesto por CRUZ VILLALÓN, J., en su obra *Estatuto de los Trabajadores Comentado*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, pág. 481: el autor considera necesaria una configuración flexible del régimen jurídico laboral que permita canalizar las diversas vicisitudes que pueden afectar al contrato durante su vigencia, en pro de la pervivencia de la relación laboral.

⁴ Traslados y desplazamientos ex artículo 40 ET.

⁵ Que pretenden evitar el hermetismo excesivo de ciertas circunstancias contractualmente acodadas en el marco de un mercado laboral concreto que, habiendo experimentado cambios, pueda requerir de la consiguiente adaptación del contrato so pena de desembocar, en caso contrario, en una destrucción de empleo. Lo anterior también es extensible a los supuestos en los que se producen ciertos cambios en la esfera personal del trabajador.

⁶ El artículo 40 ET, efectivamente, se presenta como un instrumento de flexibilización, pero que se halla sujeto a unos límites que traen causa en la protección de la vida personal y familiar del trabajador. En este sentido, SERRANO OLIVARES, R., en su obra *Lugar de trabajo, domicilio y Movilidad Geográfica*, CES, Madrid, 2000, págs. 151 y 152, identifica las medidas previstas por el legislador para dar cumplimiento al artículo 39.1 CE, que impone a los poderes públicos el deber de protección a la familia. En este sentido, y en conexión con lo que exponía, la autora recuerda que el artículo 40 ET

INTRODUCCIÓN

Junto a esta figura, se analizará la naturaleza jurídica de otros cambios locativos, como son la movilidad geográfica débil, los cambios locativos por razones disciplinarias, los adoptados de mutuo acuerdo y los previstos para la protección de la salud y de la mujer trabajadora. Y ello deviene necesario porque al no venir regulados todos ellos en el artículo 40 ET, se ha de determinar si, pese a ello, pueden o no inmiscuirse dentro del concepto de «movilidad geográfica», toda vez que obedezcan a causas distintas y se ejecutan mediante procedimientos disímiles.

En cuanto a la estructura de la tesis, se partirá de la fijación del lugar de trabajo, que es la génesis de toda movilidad geográfica. Así las cosas, el objetivo de la Parte I de aquélla, es facilitar una serie de mecanismos que permitan identificar oportunamente y en cada caso, el punto de partida de una determinada movilidad locativa, para así estar en condiciones de analizarla debidamente. Se advierte, pues, la importancia de este apartado, y de ahí que se haya elegido a modo de apertura de la tesis, para así poder seguir un hilo expositivo lineal. Dentro de esta parte, se estudiarán conceptos jurídicos tan relevantes como son el centro de trabajo, el lugar de trabajo, el puesto de trabajo y la empresa. En la

contiene las siguientes prerrogativas en favor del vínculo familiar: en caso de traslados definitivos impuestos por el empresario, se promueve que la familia acompañe al trasladado mediante el derecho a ver compensados los gastos que el traslado implique; asimismo, reconoce al cónyuge de la persona trasladada que trabaja en la misma empresa, el derecho a ser trasladado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo; por último, en el caso de desplazamientos temporales que en un periodo de tres años no superen los doce meses de duración, confiere al trabajador trasladado el derecho a disfrutar de 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.

INTRODUCCIÓN

práctica, es habitual confundir -por semejantes- algunos de estos términos. Por ello, otro de los resultados que se pretenden alcanzar es la separación conceptual de todos ellos, sin perjuicio de consignar las notas que puedan tener en común. Y es que, si bien es cierto que el eje central del artículo 40 ET es el concepto «centro de trabajo», no menos importante son el resto de elementos locativos, pues, como se demostrará, pueden -y así lo han hecho- incidir hasta el punto de determinar el devenir de un cambio geográfico: ya sea desde la óptica elemental de su calificación como sustancial o no sustancial (débil), o desde su convalidación o denegación judicial (procedencia o improcedencia/nulidad de la medida).

Dentro de esta primera Parte, pero ya en un capítulo distinto, se desarrollarán las dos formas de determinar el lugar de trabajo, que son la expresa y la tácita. Aunque este apartado puede parecer de escasa enjundia interpretativa, lo cierto es que, en la práctica, alberga una complejidad digna de ser analizada.

El tercer y último capítulo de la primera Parte, quedará reservado al estudio de los centros de trabajo móviles e itinerantes. Y es que, el artículo 40.1 ET, establece una excepción a las cautelas que el mismo contiene para los supuestos de trabajadores contratados específicamente para prestar servicios en empresas con centros de trabajo de estas características. Consecuentemente, y dado que no existe una definición legal de aquéllos, será oportuno realizar, en primer término, un esbozo de la naturaleza jurídica de esta modalidad de centros, para así estar en

INTRODUCCIÓN

condiciones de identificarlos y, a su vez, distinguirlos de los centros de trabajo ordinarios -sobre los que no desplegará efectos la citada excepción-. En segundo término, y sirviéndome de la conceptualización realizada, se abordarán los supuestos en los que opera la excepción contenida en el precepto 40.1 ET. Sin ánimo de adelantar acontecimientos, basta la lectura superficial de dicho artículo para advertir lo confuso que resulta la excepción en sí, pues el tenor literal alude a trabajadores que (no) hayan sido contratados específicamente en empresas «con centros de trabajo móviles o itinerantes». A primera vista, se suscitan muchas cuestiones, tales como, por ejemplo: ¿se ha de traducir esto en que todo trabajador contratado en una empresa de estas características, queda fuera del paraguas del artículo 40.1ET? ¿Cómo se interpreta el adverbio «específicamente»? ¿A quién le corresponde determinar que los centros de una empresa son itinerantes o móviles?

El legislador no ha ofrecido, en el articulado legal, respuesta a estas y otras preguntas que bien pueden suscitarse en relación a este tipo de centros. En consecuencia, será labor del autor hacer frente a las mismas, construyendo respuestas fundadas que permitan una mayor comprensión de esta fisonomía concreta de centros en liza con la movilidad geográfica.

Una vez terminado el aserto sobre los términos jurídicos relativos al lugar de trabajo, se dará paso a la Parte II, integradora del núcleo esencial de este estudio: la movilidad geográfica sustancial a

INTRODUCCIÓN

instancias del empleador. En este apartado se abordarán las dos figuras reguladas en el artículo 40 ET: el traslado y el desplazamiento de trabajadores a otro centro de trabajo que, por su separación geográfica del anterior -y de la residencia habitual del operario- exijan cambio de residencia. Se ha de adelantar que la figura principal dentro del objeto de esta tesis -y que, en consecuencia, ocupará mayor espacio analítico-, será el traslado de trabajadores a iniciativa del empresario⁷. Y esto será así en tanto en cuanto es la manifestación de movilidad geográfica que ha generado -y genera- mayor divergencia interpretativa.

Esta herramienta jurídica que, lejos de considerarse como una facultad empresarial absoluta⁸, requerirá de la concurrencia de determinadas causas, se presenta, en síntesis, como el cauce legal a toda modificación locativa del contrato de trabajo que inherentemente lleve aparejada la exigencia de un cambio en la residencia habitual del destinatario y que venga impuesta con visos de perdurar en el tiempo o, al menos, durante un espacio temporal que supere los umbrales que la citada norma reserva para los desplazamientos.

De la exégesis racional del citado precepto, se infiere que será indispensable para la materialización de cualquier traslado que una

⁷ Regulado por primera vez en nuestro ordenamiento, tras la transición a la democracia, en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Se presenta como una medida de flexibilidad interna que encuentra acomodo normativo positivo en el vigente artículo 40 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ STS, de 13 de mayo de 1996, Rec. 3285/1994.

INTRODUCCIÓN

empresa disponga, por lo menos, de dos centros de actividad, en el buen sentido que se hallen ubicados en lugares separados por una distancia geográfica suficiente como para que exija el cambio de residencia del trabajador. Lo que antecede, puede despertar un precoz recelo, en la medida de no augurársele una excesiva practicidad a una figura jurídica que únicamente encuentra encaje en empresas con más de un centro de trabajo, toda vez que la devastadora crisis económica y financiera ha asolado el mercado nacional, provocando la reducción logístico-territorial de muchas sociedades, con asiduos expedientes de regulación de empleo con cierre de centros de trabajo.

Ahora bien, lejos de cabalgar hacia una futilidad jurídica que desemboque en un olvido práctico -y, por ende, jurisprudencial-, el traslado de trabajadores continua siendo un instrumento altamente pragmático en el ámbito del derecho laboral. Baste otear el mercado para constatar el profuso porcentaje de empresas que en la actualidad despliegan su actividad en más de una zona del territorio nacional. En este sentido, muchos empresarios se han visto en la necesidad de ampliar su ámbito de actuación a otras áreas geográficas, ante el descenso generalizado de trabajo. Además, el traslado sirve como medida para combatir las situaciones de crisis, *moviendo* a los trabajadores dónde haya trabajo, y presentándose como respuesta menos traumática que el despido. Por tal motivo, no extraña que con la reforma introducida por la Ley 3/2012, se hayan atemperado notablemente las causas que habilitan la adopción de medidas de flexibilidad interna, como es precisamente la del traslado.

INTRODUCCIÓN

En la Parte III, se analizarán otras formas de movilidad geográfica existentes, que se pueden aglutinar en dos grandes bloques: por mutuo acuerdo entre el trabajador y el empresario; y a iniciativa de éste último. Aunque la primera no viene regulada como tal en el texto normativo, es una práctica instaurada en nuestro ordenamiento, al tener acomodo en la libertad de las partes. En cuanto a la segunda, el traslado a iniciativa del trabajador, también ocupará un generoso espacio analítico, al tratarse de una manifestación de movilidad geográfica de una especial relevancia.

En la Parte IV, se abordará la calificada por la doctrina judicial y jurisprudencial como movilidad geográfica «no sustancial o débil», cuya regulación específica puede localizarse en los Convenios Colectivos. En este sentido, se desplegará un profuso estudio del sector convencional, tratando de aportar conclusiones al respecto. Esta parte de la tesis, necesariamente, será la más abstracta de todas, en la medida que la (principal) fuente de información queda reducida a los convenios colectivos.

La Parte V se dedicará al procedimiento de traslado, del cual se derivan un mayor número de pronunciamientos judiciales. Asimismo, se ampliará el estudio realizado en la Parte II, Capítulo IV, apartado 5. En este epígrafe se abordará, asimismo, la eventual repercusión de las recientes dictadas por el TJUE en materia de movilidad geográfica, así como la movilidad geográfica en empresas en concurso de acreedores y los traslados disciplinarios.

INTRODUCCIÓN

En la siguiente parte, que será la VI, se analizará la impugnación de la orden de traslado, con un profundo estudio tanto de los aspectos procesales como de fondo sobre la materia que me ocupa.

Posteriormente, se proyectarán las conclusiones alcanzadas tras la investigación realizada, así como por las propuestas de mejora que el autor pueda considerar oportunas.

En el Anexo I, se consignarán ejemplos y supuestos concretos que sirvan de refuerzo a lo desarrollado en la Tesis.

En definitiva, se abordará la movilidad geográfica en todo su conjunto. Para ello, se realizará un exhaustivo estudio de la jurisprudencia y doctrina judicial, así como de las diversas las opiniones vertidas por la doctrina científica sobre esta materia y de la regulación convencional, proyectando conclusiones hermenéuticas, fundadas y razonadas, que traten de aportar resultados científicos a este ámbito del derecho laboral. En esta labor, se conectará la normativa nacional con la europea y las resoluciones del TJUE.

PARTE I. FIJACIÓN DEL LUGAR DE TRABAJO

CAPÍTULO 1. ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS LOCATIVOS.

1.1.Introducción

Decoro a modo de apertura de la presente Tesis Doctoral merece la materia⁹ cuyo estudio inmediatamente prosigue, pues, además de representar uno de los pilares esenciales sobre los que pivota el derecho laboral, tiene una incidencia directa sobre el tema de estudio que me ocupa, que es la movilidad geográfica de trabajadores en España, principalmente, en su manifestación ex artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores. Efectivamente, este precepto depende -en términos jurídicos- del ámbito locativo del trabajo, entendido éste es su expresión más amplia y directamente conectada con el lugar de residencia del trabajador. Esta afirmación puede verificarse desde una doble óptica: la teórica, en la medida que aquél ofrece una serie de nociones básicas y a su vez necesarias para toda interpretación mínimamente rigurosa de lo dispuesto en el citado artículo 40 ET; y la práctica, por cuanto constituye un elemento determinante en la resolución de procedimientos judiciales concernientes a dicha movilidad.

⁹ Entiéndase como aquella relacionada con el ámbito locativo del trabajo e integrada por los términos: centro de trabajo, lugar de trabajo, puesto de trabajo y Empresa (y también empresario y empleador).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Nada más lejos de la realidad, si se atiende a la redacción que el legislador ha brindado al citado artículo, se empieza a vislumbrar la importancia que tiene el aspecto locativo en esta parcela concreta del derecho del trabajo. En este sentido, puede observarse como las dos figuras que integran la movilidad geográfica -el traslado y el desplazamiento de trabajadores-, requieren, en su construcción, de términos como, entre otros, «centro de trabajo», «empresa», «residencia», «población», «domicilio habitual» y/o «localidad». Empero lo cierto es que esta premisa ciertamente inmutable se mantiene incluso al trascender la esfera jurídica, situándose en un plano meramente léxico-conceptual¹⁰. Así pues, todo *traslado* y/o *desplazamiento* -cualquiera que sea su índole-, requerirá, merced a su fisonomía innata, de la existencia de, al menos, dos puntos (físicos): uno de origen y otro de destino. En consecuencia, y regresando al plano legal, es lógico que, con carácter previo al estudio de la movilidad geográfica, se aborden dichos conceptos que buenamente servirán de coordenadas de referencia a nuestro estudio. Tanto es así, que constituirán el punto de inicio y de destino del fenómeno jurídico llamado movilidad geográfica.

A tal fin, se comenzará por el análisis pormenorizado de un término que ha suscitado -y suscita- nutrida divergencia interpretativa, que es el del centro de trabajo. En esta labor se abordarán sus elementos definatorios, tratando de resolver aquellos aspectos que resulten más

¹⁰ Trasladar: llevar a alguien o algo de un lugar a otro en <https://dle.rae.es/?w=traslado> (última consulta: 19-10-18). Desplazar: mover o sacar a alguien o algo del lugar en que está en <https://dle.rae.es/?w=traslado> (última consulta: 19-10-18).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

controvertidos. A continuación, se hará lo propio con el resto de conceptos anteriormente citados, trazando una distinción respecto del primero lo suficientemente exegética como para estar en condiciones de aplicar correctamente el artículo 40 ET y comprender, en general, la disciplina que constituye el objeto de la tesis. Esta preeminencia que se conferirá al centro de trabajo se explica en tanto en cuanto la movilidad geográfica consiste, en esencia, en un cambio de un centro por otro, o, al menos, así viene expuesto en la dicción literal del precepto invocado¹¹.

Ahora bien, no menos importante en este ámbito es el lugar de prestación de servicios, al que se hará alusión mediante el término «lugar de trabajo». En efecto, se estudiará si, en determinadas ocasiones, puede determinar el origen de la movilidad geográfica. Y es que, la identificación de éste punto de inicio no es una tarea sencilla. Piénsese, a modo de ejemplo, en los siguientes supuestos: un empleado desarrolla su actividad en varios centros de trabajo, de la misma o de distinta provincia; la empresa no cuenta con un establecimiento físico concreto; los operarios trabajan permanentemente por carretera o en avión; un empleado está adscrito a un centro de trabajo radicado en una localidad distinta al lugar de trabajo y al que nunca acude a prestar servicios. En tales situaciones, la fijación del lugar de trabajo requerirá de una labor de análisis mucho más exhaustiva, atendiendo, en todo caso, a las exclusiones previstas en el

¹¹ Artículo 40.1 ET: «*El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia...*».

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

artículo 40 ET, para los supuestos de centros de trabajo móviles e itinerantes, a los que no les resultará de aplicación las cautelas en él contenidas. Y es que, la importancia de este particular es tal que una errónea interpretación sobre el punto de origen de un cambio locativo, puede conllevar, entre otros, el fracaso procesal de las medidas empresariales previstas en los apartados 1 y 6 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores (traslados y desplazamientos, respectivamente). Y en lo que a este estudio atañe, a un error interpretativo.

La constatada complejidad que este fenómeno encierra conduce al autor a exteriorizar la extrañeza que supone que esta materia del derecho no haya sido objeto de una profusa disquisición por parte de la doctrina científica, tal y como adverbieron, en su momento, AGIS DASILVA¹² y ROMÁN DE LA TORRE¹³, con quienes coincido plenamente en esta reflexión. Lo que precede dota de entidad a lo expuesto anteriormente: las resoluciones de los tribunales adoptarán un papel predominante en este ámbito del derecho del trabajo.

Pues bien, dando fiel cumplimiento a lo anunciado previamente, se da paso al estudio del término «centro de trabajo», no sin antes precisar que no se realizará una monografía del mismo, cuya extensión acabaría colmando la presente tesis. Lo que se pretende, en suma, es formular un

¹² AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 25.

¹³ ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Editorial Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 194.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

análisis oportuno que sirva de punto de partida del estudio de la movilidad geográfica.

1.2. Centro de Trabajo

No es casualidad, a tenor de lo que precede, que la única definición legal que el Estatuto ofrece de todos los conceptos inherentes al ámbito locativo de prestación de servicios, haya quedado reservada, precisamente, al centro de trabajo, pues el legislador le ha conferido una mayor aplicabilidad, y no solo en este articulado, sino en todo el texto normativo¹⁴. Ahora bien, en mi opinión, la redacción del artículo 40 ET es ciertamente incompleta al no contener referencia alguna al lugar de trabajo, pese a la importancia que aquél tiene en la movilidad geográfica. Aunque puede antojarse precoz deslizar este tipo de misivas en una fase tan inicial, considero oportuno avanzar esta reflexión pues viene en determinar la línea de pensamiento que posteriormente desarrollaré.

Retomando el *iter*, la definición a la que me refería en el párrafo anterior, se halla en el artículo 1.5 ET, que reza «a efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». La redacción empleada por el legislador, por sí misma, no resulta lo suficientemente aclaratoria como para servir de filtro que permita dirimir,

¹⁴ Vid. Artículos 40, 62, 63, 66 78 y 87 ET.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

en todos y cada uno de los casos, la existencia o no de un centro de trabajo concreto, pues contiene conceptos que no admiten una objetivación plena. Así las cosas, junto a un presupuesto aparentemente formal, objetivo, como es la obligación de cursar el alta de dicho centro, en la Autoridad Laboral, concurren otros que parecen quedar expuestos - irremediabilmente- a interpretación. En concreto, me refiero a las locuciones «*unidad productiva*» y «*organización específica*», denominados por la doctrina «presupuestos materiales o característicos»¹⁵.

Comprendiblemente, éstos ocuparán un mayor espacio analítico respecto de los formales, pues su apreciación vendrá determinada por la concurrencia de una serie de factores que, en tanto en cuanto dependen de reglas subjetivas de valoración, hacen necesario un estudio más minucioso. Además, se trata de requisitos *sine qua non* para la existencia de centro de trabajo, siendo constitutivos por sí mismos, hasta el punto de no requerir la concurrencia del Alta en la Autoridad Laboral -y ello, sin perjuicio de las eventuales infracciones administrativas que su incumplimiento pudiere llevar aparejadas¹⁶. A mayor abundamiento, la comprensión de estos elementos, permitirá discernir entre el centro de trabajo y el resto de figuras limítrofes antes mencionadas. Sentado lo anterior, se pasa a estudiar, por separado, de ambos elementos materiales.

¹⁵ GARCÍA VIÑA, J., «El empresario y la Empresa», en AA.VV. (Dir. GARCÍA NINET, J.I.): *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pág. 434.

¹⁶ STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1998, AS 1998/1331.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

1.2.1. Elementos y requisitos

A) Unidad Productiva

La unidad productiva¹⁷ carece de una definición legal concreta. El Tribunal Supremo ha perfilado una aproximación a esta figura, en el ámbito de la sucesión de empresa del artículo 44 ET, manifestando que *«es una noción objetiva que en el contexto del art. 44 ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado»*¹⁸.

De entrada, se colige el carácter marcadamente subjetivo de este primer componente material, abanderado por la expresión *«idoneidad»*, que ha sido escogida selectivamente por el TS. En efecto, su definición léxica¹⁹ conduce inexorablemente a la necesidad de realizar un juicio de valor que permita dirimir si ese conjunto de elementos patrimoniales a los que alude el articulado legal, son *adecuados y apropiados* para alcanzar el

¹⁷ *«Por producir debe entenderse la acción por la que una entidad crea, procura o fabrica un objeto o presta un servicio; o dicho de otro modo, la capacidad de crear un objeto o prestar un servicio de valor económico»*, tal y como se precisa en las SSTSJ de Madrid, de 28 de enero de 2008, Rec. 3355/2007 y de 26 de Enero de 2009, Rec. 4151/2008.

¹⁸ SSTS, de 27 de octubre de 1994, Rec. 3724/1993 y de 14 de febrero de 2011, Rec. 130/2010.

¹⁹ Idoneidad: Cualidad de idóneo, en <https://dle.rae.es/?w=idoneidad> (última consulta: 19-10-18). Siendo la definición de idóneo: adecuado y apropiado para algo, en <https://dle.rae.es/?w=idoneidad> (última consulta: 19-10-18).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

fin concretado en la meritada definición. La aplicación de automatismos objetivados, consecuentemente, no parece gozar de excesiva cabida en esta materia y, por ende, ha de ser rechazada.

A fin de aproximarse al significado de este primer elemento, conviene recurrir a las valoraciones que se han efectuado sobre el mismo. Tradicionalmente, la doctrina científica²⁰ y judicial²¹ se han movido en torno a dos interpretaciones, ciertamente opuestas, de la unidad productiva:

²⁰ MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo. El Reflejo jurídico de las Unidades de Producción*, Colecciones de Tesis Doctorales, Madrid, 1985, págs.163 a 169: con un sólido sentido jurídico y una adecuada cronología, el autor expone como se ha pasado de una concepción rigurosa del principio de unidad de empresa, que encontraba su base legal en la legislación del anterior Régimen, a una noción menos absoluta, generándose un margen para la existencia de diversas unidades productivas dentro de una empresa. En efecto, como expone el autor, la unidad de empresa encontraba anclaje legal en el hecho de que la actividad era considerada individualmente en la regulación de las relaciones laborales: cada reglamentación se aplicaba en la empresa según la actividad de ésta, y no en función de las tareas desarrolladas por sus empleados. En esta línea, cita con acierto la sentencia del STS, de 19 de noviembre de 1952, Rec. 4462, que vino en aseverar que «*el principio de unidad de empresa.... Impone la aplicación de una misma reglamentación laboral a todo el personal que preste su trabajo en la Empresa, de cualquier clase que sea, en la rama o ciclo productivo objeto de su regulación*». Así las cosas, se configuraba como un ciclo productivo completo, en el que, de haber actividades distintas, las principales eran las determinantes, mientras que las accesorias debían seguir las (STS de 11 de mayo de 1966, Rec. 2297). Partiendo de este punto, el autor comenzaba a esbozar las excepciones al principio de unidad de empresa que acabarían por convertirse en la regla general. Así las cosas, postulaba el autor que tal unidad de empresa no debía interpretarse en términos absolutos, siendo su desviación más clara cuando en una determinada empresa se ejecutan varias actividades que no permiten categorización en principales o accesorias, teniendo una importancia equitativa.

²¹ STSJ de Galicia, de 29 de diciembre de 2006, Rec. 12/2006, STSJ de Madrid, de 28 de enero de 2008, Rec. 3355/2007, STSJ de Madrid, de 26 enero de 2009, Rec. 4151/2008, STSJ de Asturias, de 24 abril de 2009, Rec. 306/2009, STSJ de Cataluña, de 9 de julio de 2009, Rec. 1586/2009, STSJ de Andalucía (Sevilla), de 10 de febrero de 2011, Rec. 593/2010, STSJ de Andalucía (Málaga), de 9 de junio de 2011, Rec. 590/2011, entre otras.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

I. Restrictiva o unitaria: como su propio nombre revela, esta teoría aboga por reducir la expresión «unidad productiva» acuñada en el artículo 1.5 ET, al proceso productivo en su conjunto, entendiéndolo como una estructura unitaria e inseparable. De esta forma, sólo se concebiría concurrida dicha unidad productiva, en el contexto del *centro de trabajo*, cuando se estuviera ante el proceso donde se elaboran de manera acabada los bienes o servicios objeto de la actividad empresarial, entendido aquél, en todo caso, como una única organización vertical. Un ejemplo representativo sería una fábrica de vehículos, que también ofrece un servicio de taller, en el que las diferentes áreas de elaboración (motor, ruedas, carrocería, pintura, etc...), junto al taller, la administración y la gerencia de la mercantil, constituirían una única unidad productiva vertical.

II. Extensiva o plural: más amplia y flexible que la anterior se presenta esta exégesis, pues considera que también puede existir una unidad productiva propia en una parte de la cadena de producción, siempre y cuando la misma sea autónoma. Así pues, y en la medida que se cumpla el requisito *sine qua non* de ostentar esa autonomía técnica, esta teoría amplía las expectativas de constituir una unidad productiva a las organizaciones de trabajo horizontales y/o mixtas, junto a las ya citadas verticales. Remitiéndome al ejemplo anterior, las diferentes fases de la cadena de producción del vehículo, podrían constituir perfectamente unidades productivas horizontales, siempre y cuando ostentaran la referida autonomía técnica. O también podría representar una unidad productiva el propio taller integrado en la fábrica de vehículos.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Esta teoría presenta la dificultad añadida de tener que identificar esa autonomía cuando no se trata de un producto acabado o servicio prestando en su integridad, lo que naturalmente resulta más complicado de percibir que en el supuesto tipo del planteamiento restrictivo. Se deja abierta esta cuestión, que oportunamente se resolverá a continuación cuando se aborde la postura seguida por nuestros tribunales sobre la aplicación de las referidas teorías.

Pues bien, la doctrina judicial anteriormente citada, desde antiguo, parece mantener un criterio pacífico sobre la aplicación de la teoría extensiva o plural en detrimento de la restrictiva o unitaria, al considerar que la primera responde más adecuadamente a la realidad jurídica del término «unidad productiva» acuñada en el artículo 1.5 ET. El razonamiento seguido por los tribunales, tal y como se observa en las sentencias invocadas, parte de la definición que el Tribunal Supremo ha esbozado de aquella, bajo el siguiente tenor «*unidad de explotación claramente diferenciada que constituye una unidad socio económica de producción*»²², para posteriormente colegir que en tal noción encuentran necesaria cabida tanto las organizaciones empresariales verticales como las horizontales y/o mixtas. En este sentido, una parte de la cadena de producción, perfectamente diferenciada del resto, con capacidad de producir o prestar una parte del servicio, podría constituir una unidad productiva a efectos laborales. Siguiendo con el ejemplo, en la fábrica de vehículos podría serlo aquél conjunto de medios materiales y humanos que

²² STS 26 de enero de 1988, entre otras.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

se encargan de la pintura de los automóviles, siempre y cuando reúnan las condiciones descritas anteriormente.

De esta forma, se ha venido confirmando relevancia al hecho de que los centros de actividad operen autónomamente, pese a que se hallen en el mismo emplazamiento²³, como también a la capacidad de producción independiente, respecto del resto de la cadena de producción o de la empresa²⁴.

²³ STSJ de Galicia, de 29 de diciembre de 2006, Rec. 12/2006. Esta resolución, además de resultar muy ilustrativa, es sobre la que ciertamente pivotan los restantes pronunciamientos referidos, de ahí que deba ser analizada. En el supuesto de Autos, se trataba de resolver si un centro dedicado a la informática y otro a las labores administrativas constituían un mismo centro de trabajo o, por lo contrario, dos distintos. Debe matizarse que, en este momento de la tesis, tan sólo interesa valorar si ambos centros eran unidades productivas autónomas e independientes a efectos del artículo 1.5 ET, postergando para después toda conclusión más amplia tendente a determinar si también cumplían el otro requisito (*organización específica*), y por ende, eran centros de trabajo. Pues bien, la Sala consideró que pese a hallarse en la misma finca y asiento registral, y realizar tareas complementarias, cada centro constituía una unidad productiva diferente, en la medida que en el edificio de informática se desarrollaban cometidos de carácter técnico, principalmente, la explotación del servicio informático, así como el soporte técnico de la actividad informática, y, en cambio, en el otro edificio, las funciones eran exclusivamente burocráticas. La Sala realizó una matización muy significativa, bajo el siguiente tenor: «*que sean tareas complementarias, como se ha alegado en defensa de su postura por los sindicatos demandados, no es óbice a la existencia de dos unidades productivas diferentes, al contrario es lógico si consideramos que ello es algo inherente a una organización horizontal de los centros de trabajo*». Por ende, resultó determinante, a la hora de dirimir el litigio, que en cada uno de los dos edificios se realizara «*autónomamente*» una actividad que, aun siendo complementaria respecto de la otra, fuera esencialmente distinta, dirigida cada una de ellas a la prestación de servicios.

²⁴ STS, 27 de octubre 1994, Rec. 3724/1993. Este supuesto también debe ser abordado. Como Hechos Probados, se constató que IBM segregó en favor de IBM ISS la actividad de «*outsourcing*», siendo el objeto de debate si la actividad transferida constituía una unidad productiva autónoma por sí misma. Como argumento en contra, se adujo que esta actividad era parte esencial de la empresa (teoría restrictiva), y por lo tanto, no podía constituir una unidad productiva propiamente dicha. Sin embargo, el Tribunal rechazó *de facto* este planteamiento. La *ratio decidendi* quedó determinada por la relevancia que la

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

De lo que precede, se colige que la unidad productiva puede calificarse como un conjunto idóneo de medios y elementos perfectamente diferenciados y con autonomía técnica, esto es, capaces de producir, o de desarrollar, total o parcialmente su actividad, de forma autónoma, sin necesidad de integrar la totalidad de fases del proceso productivo en sentido vertical, permitiendo también las organizaciones horizontales y/o mixtas. Así se entendió, por ejemplo, en relación a un comedor de Renfe, que funcionaba con autonomía respecto de la red ferroviaria²⁵, pues lo trascendente es que la unidad productiva esté dotada de «*sustantividad propia en cuanto a su fin de producción y organización autónoma*»²⁶.

Por ende, y retomando la cuestión planteada anteriormente, se podrá identificar esa unidad productiva que no abarca la totalidad de fases de la cadena productiva, mediante un análisis singularizado de la misma, de forma que si se desprende su delimitación (material y/o humana) y su capacidad de realizar por sí misma un cometido concreto, o una parte de

Sala le confirió a la «*capacidad de producción independiente*» de la unidad productiva (teoría extensiva), considerándola capaz de ofrecer servicios de desarrollo, gestión, configuración y explotación de sistemas de información basados en tecnología «*outsourcing*», y restando importancia a si la empresa podría o no continuar prestando su actividad sin la referida unidad productiva. Lo que interesa es que la Sala se opuso a una interpretación rígida y autosuficiente del concepto empresa, en el sentido de que el empresario tenga que ser, en todo caso, titular de la totalidad de elementos patrimoniales que integran e intervienen en el proceso de producción, pues según el alto Tribunal, esa noción no corresponde ni a la realidad económica, ni tampoco a la jurídica. Este razonamiento casa fielmente con el contenido del artículo 42 ET, que permite de forma expresa la contratación y subcontratación de servicios.

²⁵ STCT, 19 de junio de 1981, Rec. 4216.

²⁶ STS, 5 de enero de 1983, Rec. 214.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

él, se estará ante el primer elemento material integrador del precepto centro de trabajo ex artículo 1.5 ET. Para la determinación de la existencia de una unidad productiva no ha de seguirse el criterio del fin técnico a modo de elemento definitivo, si bien tampoco ha de llegarse al extremo opuesto de infravalorar el papel que puede adoptar en la caracterización de una unidad productiva²⁷.

En síntesis, he que coincidir con la postura mantenida por la corriente judicial reflejada, que aboga por la aplicación de la teoría extensiva o plural, pues, entre otras razones ya desarrolladas, el hermetismo que encierra la interpretación restrictiva dejaría fuera a numerosos centros de trabajo en los que se realiza únicamente una parte de la cadena de producción, con la consiguiente merma de derechos que ello entrañaría para los trabajadores que lo ocuparan. A criterio del autor, una clara manifestación de este postulado es el artículo 44.1 ET²⁸. A modo de ejemplo, podríamos encontrarnos con supuestos en los que un determinado centro, al no reunir esas características señaladas por la corriente restrictiva como para considerarlo «de trabajo» ex artículo 1.5 ET, albergaría a trabajadores que se hallarían expuestos a eventuales traslados

²⁷ MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo... op. cit* (1985), pág. 178.

²⁸ Artículo 44.1 ET: «El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente». Se observa como el legislador persigue dotar de máximas garantías al principio de continuidad de la relación laboral ante cambios en la titularidad, ya fuere en toda la empresa en su conjunto, en un centro de trabajo o incluso en una unidad productiva autónoma.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

no amparados por las cautelas del artículo 40 ET, resultando ello del todo punto injusto. Llegados a este punto, se ha de hacer la siguiente reflexión: de la lectura del artículo 40 ET, se observa que el legislador nacional, en la redacción del apartado primero de dicho precepto, relativo a traslados, ha empleado la expresión inequívoca «*centro de trabajo*», a diferencia de los desplazamientos, en los que simplemente precisa «*que exijan que estos (los trabajadores afectados) residan en población distinta de la de su domicilio habitual*». Pues bien, si el legislador, a la hora de referirse al centro de trabajo, lo hubiera querido hacer en los términos que defiende la teoría restrictiva, lo que estaría promulgando sería una aplicación restrictiva de las garantías del artículo 40 ET. Esta posibilidad, que no comulga con el espíritu tuitivo del Derecho Laboral -ni consecuentemente del artículo 40 ET-, refuerza la aplicación interpretativa de la teoría extensiva.

Yendo un poco más lejos, cabe preguntarse, no obstante, por qué, con los traslados, sí se acuña el término «*centro de trabajo*» -que, aun siendo interpretado con acomodo en la teoría extensiva, requiere de la concurrencia de una serie de notas específicas- y no en cambio con los desplazamientos. O, dicho de otra forma, si esta regulación podría desembocar en que ciertos cambios locativos permanentes que impliquen cambio de residencia (traslados), a diferencia de los desplazamientos temporales, se vieran fuera del paraguas del artículo 40 ET, al no cumplirse el supuesto de hecho establecido en la norma -al menos, en

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

términos léxicos²⁹. Y ello, por el hecho de que el trabajador afectado por aquél, estuviera adscrito a una instalación que, por no reunir las cualidades necesarias, no fuera considerado centro de trabajo ex artículo 1.5 ET. Y es que, si antes he apuntado el carácter proteccionista del derecho laboral, tal consecuencia jurídica impregnaría de incongruencia el meritado precepto.

Así las cosas, y llevando este razonamiento al extremo, se podría pergeñar la siguiente artimaña: ante la voluntad de trasladar a un empleado por motivos ajenos a la existencia de causas objetivas que lo motivaran y, en su caso, pudieran justificarlo, se ordenaría un cambio locativo a una instalación que no reúna las notas del artículo 1.5 ET, sorteando así las reglas del artículo 40 ET. Esta situación, dentro de la ficción que planteo, parece ostentar mayor virtualidad práctica que la descrita en el párrafo anterior. Así, la primera, requeriría de la existencia de un ánimo subversivo previo al contrato, dicho en otros términos, que se asignara un trabajador a un centro que no fuera laboral -con las reservas que ello entrañaría³⁰-, para que, llegado el caso, poder trasladarle sin seguir los dictados del artículo 40 ET. La segunda, en cambio, sí que puede surgir con mayor probabilidad en el devenir empresarial. A modo de ejemplo, puede ocurrir que se precise acometer traslados pero las causas objetivas que los sustentarían no reúnan las garantías suficientes como para resultar exitosas a efectos procesales; o, que la Empresa no disponga de tesorería suficiente para el caso de que los afectados decidan rescindir sus contratos,

²⁹ Cambio de un centro de trabajo a otro.

³⁰ Uno de los requisitos es que dicho centro sea dado de Alta en la Autoridad Laboral. Vid. consecuencias de no cursar alta en el apartado 1.2.1.c) de la tesis.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

devengando la indemnización prevista en tal precepto. Y, a la luz de ello, se trate de sortear lo establecido en el artículo 40 ET, haciendo fallar uno de sus presupuestos -teóricos- eligiendo un destino que no sea un centro de trabajo ex artículo 1.5 ET.

Antes de entrar al fondo, conviene precisar que si bien el estudio de los traslados y desplazamientos corresponderá a una fase posterior de la tesis, sí que deben abordarse ahora las cuestiones precedentes, en la medida que el objeto de análisis gira en torno al concepto de «centro de trabajo». Pues bien, en mi opinión, lo primero que debe descartarse es que el legislador haya pretendido dejar a los traslados expuestos -o, si se quiere, más expuestos que los desplazamientos- a prácticas impúdicas como las descritas en el apartado anterior. Y es que, de la lectura interpretativa del artículo 40 ET, deduzco que el legislador ha empleado el término «centro de trabajo», no porque en su voluntad resida un ánimo restrictivo de los supuestos en los que operan las garantías del artículo 40 ET, sino más bien una pretensión de velar por la armonía y coherencia terminológica en el articulado del ET³¹. Y más importante aún -y en sentido opuesto a la hipótesis planteada anteriormente-, porque con su introducción refuerza la protección del trabajador, en la medida que le garantiza no ser trasladado a una mera dependencia de la empresa que no constituya un centro de trabajo y que le aleje de la estructura de ésta. En

³¹ Piénsese que el Legislador ha asentado un término espacial común a las modificaciones sustanciales, traslados y despidos, cual es el centro de trabajo, sirviendo de punto de partida o aproximación a la identificación del *lugar* de prestación de servicios a la que *pertenece* el trabajador.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

esta línea se ha pronunciado RENTERO JOVER³², quién defiende que, en todo traslado, debe existir un centro de trabajo de destino. Y es que, en caso contrario, el traslado podría emplearse como antesala de un posible despido, o como una modificación sustancial de condiciones de trabajo oculta, trasladando a un empleado adscrito a un centro de trabajo de la empresa, a una mera dependencia de la misma, sin autonomía técnica ni organizativa, en la que su situación contractual se viera muy perjudicada.

Por tanto, el trabajador no ve restringidas las cautelas del artículo 40 ET, en la medida que para poder articular un traslado en los términos de ese precepto, además de concurrir las causas, deberá destinarse a un trabajador a un centro de trabajo propiamente dicho, donde no vea mermados sus derechos. Ésta, a criterio del autor, es la correcta interpelación contenida en el artículo 40 ET, en relación a los traslados de trabajadores. En los desplazamientos, al tener una duración inferior en términos temporales, no se exige que el destino del cambio locativo tenga como receptáculo un centro de trabajo ex artículo 1.5 ET.

A modo de síntesis, y proyectando así el primer resultado obtenido de la investigación realizada, se ha de concluir con el siguiente razonamiento: en la labor de valoración de si un centro lo es en los términos del artículo 1.5 ET, se ha de verificar, en primer término, si se trata de una unidad productiva autónoma. Ésta concurrirá cuando se esté

³² RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo en la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1995, pág. 24.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

ante un conjunto idóneo de medios y elementos perfectamente diferenciados y con autonomía técnica, esto es, con capacidad de producir, o de desarrollar, total o parcialmente su actividad, de forma autónoma. Y, en aplicación de la teoría extensiva -sobre la que se ha decantado el autor en detrimento de la teoría restrictiva-, dicha unidad productiva podrá existir en una parte del proceso productivo, y no necesariamente en su conjunto, siempre y cuando albergue las notas descritas anteriormente.

B) Organización Específica

Una vez estudiada la primera nota esencial y constitutiva del término jurídico centro de trabajo, es momento de dar paso a la segunda. A tal fin, se ha de partir de que, si bien todo centro de trabajo, de acuerdo con el tenor del artículo 1.5 del ET, dispondrá de, al menos, una unidad productiva, no ocurrirá lo mismo a la inversa, esto es, no toda unidad productiva, será un centro de trabajo a efectos del citado precepto. Y es que, la diferencia entre una mera unidad productiva y un centro de trabajo estriba precisamente en la concurrencia del segundo elemento material del éste último, la *organización específica*³³, entendida como autonomía organizativa. De esta forma, cuando falte este segundo requisito, se estará ante una mera una unidad productiva; pero, cuando ésta sí ostente esa organización, constituirá un verdadero centro de trabajo a efectos

³³ *Organizar: ordenación de bienes y personas para la obtención de un fin o función económica* (SSTSJ de Madrid, de 28 de enero de 2008, Rec. 3355/2007, y 26 de Enero de 2009, Rec. 4193/2008).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

laborales. Dicho en otros términos, ha de producirse una confluencia simultánea entre la autonomía técnica propia de la unidad productiva y la autonomía organizativa para estar ante un centro de trabajo ex artículo 1.5 ET.

Comoquiera que, en la práctica empresarial, pueden suscitarse una multiplicidad de situaciones dignas de estudio, he considerado oportuno, a efectos de ganar en claridad expositiva y simplificación, agruparlas en dos grandes bloques: empresas unicelulares o con un solo centro de trabajo; y empresas pluricelulares o con más de uno. Desde este momento, debe tenerse presente la certeza jurídica que he ido tratando de asentar a lo largo de este primer capítulo: no todo centro o punto de actividad, pese a que pueda ostentar una estructura física con apariencia ideal de centro de trabajo ex artículo 1.5 ET, lo será a efectos laborales. Solo partiendo de esta premisa -y aceptándola-, se estará en disposición de realizar un juicio analítico adecuado. Pues bien, en este contexto, las empresas pluricelulares, entendidas como aquéllas que ostentan dos o más unidades productivas con organización específica en cada una de ellas, esto es, dos o más centros de trabajo³⁴, no presentan mayor complejidad. En efecto, y como se puede inferir del hilo argumental que estoy siguiendo, no es relevante, en este momento de la tesis, la coexistencia de dos o más centros de trabajo pertenecientes a una misma empresa, sino la diferenciación entre aquéllos y otras unidades que no reúnen las notas

³⁴ STSJ de Cataluña, de 24 octubre 1997, Rec. 1998/1997, STSJ de Madrid, de 28 enero 2008, Rec. 3355/2007 y STSJ de Galicia, de 14 mayo 2012, Rec. 691/12.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

exigidas para serlo. Por ende, el bloque integrado por las empresas pluricelulares no será objeto de estudio, al menos, en este momento.

Las empresas (aparentemente) unicelulares, en cambio, sí que deben analizarse, en la medida que aquéllas no se reducen exclusivamente a los supuestos de una sola unidad productiva con organización específica³⁵, sino que pueden configurarse de otras formas que, en definitiva, albergan un interés analítico a estos efectos. En este sentido, deben citarse los siguientes casos: de un lado, varios centros de actividad de los cuales solo uno será considerado centro de trabajo a efectos laborales, siempre y cuando los primeros no constituyan unidades productivas con organización específica³⁶, sino simplemente eso, centros de actividad; de otro, y algo más complejo, cuando existan puntos de trabajo que, aun siendo unidades productivas ex artículo 1.5 ET, carezcan de organización específica en cada una de ellas, integrándose en una organización global única³⁷, con independencia de que aquéllas estuvieran situadas en un espacio físico coincidente o en varios distintos³⁸.

³⁵ A modo de ejemplo: una papelería, un quisco o una cafetería.

³⁶ STSJ de Madrid, de 8 de septiembre de 2009, Rec. 3102/2009. Con ocasión de unas elecciones sindicales se discutió si el centro de actividad sito en la C/ Pedro Salinas, era un centro de trabajo o, en cambio, dependía organizativamente del centro de la C/ Ribera del Loira, respecto del cual, comparte número de seguridad social. Se acabó resolviendo que el primero no constituía una unidad productiva autónoma ni tiene una organización específica ni laboral dependiendo organizativamente del segundo, por lo que la Empresa debía aportar el censo electoral de todos los trabajadores de ambos.

³⁷ STSJ de Andalucía (Sev), de 14 septiembre 2010, Rec. 137/2009. El supuesto de hecho es el siguiente: la empresa contratista Manpower Business Solutions S.L., suscribe con la mercantil SACESA (empresa principal), tres contrataciones distintas pero simultáneas en el tiempo, para prestar los servicios de ordenanza (primera), los servicios de limpieza de utillajes (segunda) y el movimiento de piezas (tercera). A cada una de ellas, destina su

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Resulta evidente, pues, la notoria repercusión que la organización específica despliega en el contexto del centro de trabajo, pues junto a la ya estudiada unidad productiva, tal condición determinará la existencia o inexistencia de aquél. Naturalmente, lo que prosigue ahora es preguntarse cuándo concurre esa organización específica propia del segundo elemento material estudiado, entendida, tal y como se adelantaba anteriormente, como «*autonomía organizativa*». Los tribunales se muestran más reservados a la hora de ofrecer una definición concreta del término jurídico «*organización específica*». En efecto, y a diferencia de lo que ocurría con unidad productiva, la doctrina judicial se refiere a aquélla en términos menos concretos, manifestando que «*implica una autonomía organizativa dentro del conjunto empresarial, sin que suponga privar a la empresa del poder general de planificar y regir la vida entera del negocio*»³⁹.

Lo cierto es que, en la práctica, para dilucidar si una unidad productiva contiene esa organización precisa para ser considerada centro de trabajo, se suelen valorar conjuntamente los factores que a continuación

propio personal, ejecutando el trabajo en las dependencias de SACESA. Pues bien, la cuestión que se enjuicia pivota sobre si la representación de la empresa contratista, de existir, debería representar en exclusiva a todos los grupos de trabajadores o, por el contrario, y sí existen las razones suficientes para ello y los argumentos jurídicos necesarios, es posible la existencia de representaciones diferentes para cada contrata específica. Aunque en el supuesto de Autos acabó calificando como centro de trabajo las unidades destinadas en la sede de la Empresa principal- por las razones que estudiaremos más adelante-, deslizó una reflexión muy relevante: «*si concurren varias unidades productivas con una única organización específica, hay un único centro de trabajo, y no tantos como unidades productivas*».

³⁸ STSJ del País Vasco, de 10 de septiembre de 2013, Rec. 1470/2013.

³⁹ STSJ de Andalucía (Málaga), de 9 de junio de 2011, Rec. 590/2011.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

se detallan: la distancia que hay entre esa unidad productiva y el resto de la empresa⁴⁰; la delimitación espacial de la unidad productiva en un espacio físico concreto, de forma que el centro de trabajo esté territorialmente definido⁴¹; la distribución de funciones entre las unidades productivas⁴²; cuál es el organigrama y los mandos de la unidad productiva. En este punto, es indicativa la existencia de un responsable o encargado, si bien, pese a tratarse de un requisito trascendente⁴³, no es concluyente por sí mismo⁴⁴; si el centro en cuestión tiene el mismo o diferente número de patronal que los restantes⁴⁵; de igual modo, si cuenta con una evaluación propia de riesgos laborales y/o un libro de visitas de la Inspección de Trabajo; si la organización de turnos, vacaciones, descansos, horarios, etcétera, se resuelven dentro del centro de actividad, y ello aun cuando requiera la autorización de un encargado provincial⁴⁶; si los medios personales y materiales son propios del centro⁴⁷.

La práctica totalidad de estos factores, por sí solos, no ofrecen una respuesta categórica a la existencia o no de una organización específica en los términos del artículo 1.5 ET. Quizás, el más relevante sea el relativo a la existencia de un responsable dentro de esa unidad, de forma que pueda presentarse la misma, aunque sea a primera vista, como una estructura

⁴⁰ STSJ de Andalucía (Sevilla), de 14 de septiembre de 2010, Rec. 137/2009.

⁴¹ STSJ de Andalucía (Granada), de 11 de abril de 2012, Rec. 245/2012.

⁴² STSJ de Madrid, de 28 de enero de 2008, Rec. 3355/2007.

⁴³ STSJ de Andalucía (Sevilla), de 20 de diciembre de 2012, Rec. 1481/2011.

⁴⁴ STSJ del País Vasco, de 10 de septiembre de 2013, Rec. 1470/2013.

⁴⁵ STSJ de Murcia, de 22 de Diciembre de 2008, Rec. 1008/2008.

⁴⁶ STSJ de Andalucía (Málaga), de 9 de junio de 2011, Rec. 590/2011.

⁴⁷ STSJ de Madrid, de 26 de enero de 2009, Rec. 4151/2008.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

perfectamente definida. Ahora bien, será de la valoración conjunta de todos los elementos concurrentes en un caso concreto, lo que determinará que una unidad productiva específica sea o no un centro de trabajo. En este contexto, es conveniente analizar varios supuestos resueltos por la doctrina judicial a fin de profundizar en cómo se efectúa esa valoración conjunta:

A) El TSJ de Galicia⁴⁸, consideró que dos unidades productivas (una dedicada a la actividad de informática y otra a la administrativa), eran verdaderos centros de trabajo al ostentar, cada una de ellas, organización autónoma. No fue determinante para la Sala que ambas se hallaran ubicadas en la misma finca registral -particular que bien podría alejar la idea de que se trate de centros de trabajo diferenciados-, siendo suficiente, para considerarlas definidas territorialmente, que estuvieran en edificios separados, cada uno con su propia numeración y organización. En este sentido, el de informática tenía su propia sección y control de seguridad propio, a diferencia de lo que ocurría en el administrativo. Además, tenían distintas evaluaciones de riesgos laborales y planes de autoprotección, emergencia y evacuación. En lo atinente al organigrama de la empresa, había un director responsable de informática y otro de servicios administrativos, ambos dentro de la división de medios y relaciones institucionales que, junto con la división comercial y la división financiera, dependían de la dirección general. La existencia un director responsable de cada unidad, resultó claro indicador del funcionamiento

⁴⁸ STSJ de Galicia, de 29 de diciembre de 2006, Rec. 12/2006.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

autónomo de ambas secciones, cada una con su actividad diferenciada y su propio equipo, no desvirtuando tal situación la pendencia común respecto de la dirección general. Aunque la existencia de un director específico no es concluyente por sí mismo, su concurrencia junto a la delimitación espacial independiente de cada unidad, las diferentes funciones desarrolladas en las mismas y la existencia de evaluaciones de riesgos laborales independientes, acabó por conducir a la Sala a considerarlos centros de trabajo diferenciados.

B) El TSJ Madrid⁴⁹, revocando la sentencia dictada por el Magistrado «*a quo*», -quién declaró la inexistencia de «autonomía organizativa» en uno de los dos centros de actividad enjuiciados-, consideró que sí concurrían las notas propias de organización específica ex artículo 1.5 ET. Así las cosas, en instancia, se llegó a tal conclusión en relación al Edificio llamado «Triángulo», en base a la valoración de las siguientes circunstancias: carecía de un departamento de Recursos Humanos; tampoco contaba con un servicio médico propio; la dirección técnica de los proyectos se hallaba ubicada en el Centro de Arroyo de la Vega, no existiendo en el Edificio Triángulo un responsable que pudiese conceder permisos, vacaciones; en último lugar, dado que el citado edificio no estaba dado de alta ante la Autoridad Laboral. Pese a la concurrencia de los citados factores, que bien podrían sustentar una defensa más que plausible del criterio seguido en instancia, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, acabó por revocar la Sentencia, y

⁴⁹ STSJ de Madrid, de 28 de enero 2008, Rec. 3355/2007.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

estimar la concurrencia de organización específica en el centro de actividad sito en el Edificio Triángulo. Una vez quedó superado el capítulo relativo a no haber tramitado el alta -bajo el tenor de que no es un requisito de carácter constitutivo-, lo que le llevó a tomar la decisión referida fue la existencia, en el Edificio Triángulo, de *«un gerente o responsable perteneciente al Departamento de Desarrollo de Proyectos, además de personal técnico cualificado»*, restando importancia a que los servicios de dirección técnica y recursos humanos estén centralizados en la sede de Arroyo de la Vega. Tal realidad, junto a la separación geográfica de ambos edificios y la acreditada existencia de unidades productivas diferentes, supuso la apreciación de dos centros de trabajo perfectamente definidos.

De nuevo, conviene destacar la relevancia que los tribunales nacionales confieren a la existencia de un director o responsable al frente de una unidad productiva concreta, pues, aunque, como se ha referido, no es un elemento definitivo, sí que viene siendo asociado a la existencia de organización específica. Lo cierto es que, a criterio del autor, la sentencia estudiada constituye ejemplo paradigmático de supuesto limítrofe entre la existencia o no de autonomía organizativa. Y es que, si bien el Edificio Triángulo disponía de un gerente o responsable, la realidad es que la dirección técnica se hallaba sita en otro edificio, particular que difícilmente casa con dicha autonomía, al menos, entendida ésta en términos estrictos.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

En sentido contrario se pronunció el TSJ País Vasco⁵⁰, determinando que cinco centros de la firma «Adolfo Domínguez», pese a tener autonomía técnica, y un *director de proyectos* en cada uno de ellos, no ostentaba organización específica a estos efectos. Como argumentación, concretó que los directores o encargadas no ejercían «*poderes inherentes a la titularidad empresarial*», bien entendido que también pudo incidir el hecho de que las trabajadoras pasaran de una tienda a otra, como si de un único centro se tratara, particular que afecta negativamente a la supuestamente consagrada autonomía técnica. Con todo, y volviendo a la sentencia del TSJ de Madrid, lo que llevó a la Sala a revocar la de origen, fue la aplicación sistemática de la postura judicial tendente a considerar que el «*concepto de centro de trabajo no puede interpretarse de manera rígida, sino que ha de ser flexible y abierto, adecuándose a las nuevas técnicas que constituyen el proceso productivo*»⁵¹. Esto puede enlazarse con la reflexión realizada al final del apartado anterior, relativa a la introducción del término «centro de trabajo» en el apartado 40.1 ET. Así las cosas, conforme a esta interpretación flexible y abierta del término centro de trabajo, se permite una mayor incardinación de supuestos dentro del artículo 40.1 ET, en el bien entendido que no se podrá llegar al extremo de trasladar a un empleado a una mera dependencia o centro que no sea «de trabajo» a la luz del artículo 1.5 E.T.

⁵⁰ STSJ del País Vasco, de 10 de septiembre de 2013, Rec. 1470/2013.

⁵¹ STSJ de Asturias, de 24 abril de 2009, Rec. 306/2009 y STSJ de Andalucía (Málaga), de 09 de junio de 2011, Rec. 590/2011, entre otras.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

C) El último caso que interesa citarse, es el resuelto por el TSJ Andalucía⁵², pues analiza de forma extensa y pormenorizada la materia que me ocupa. La Sala, con brillantez, pero cuidándose de no hacer de lo excepcional una regla general que tenga encaje de admisibilidad absoluta, acaba calificando un lugar de trabajo como un centro de trabajo ex artículo 1.5 ET. En este sentido, advierte que en los casos de contratas en las que se preste servicios en lugar distinto a aquel del que sea titular su empresario, no hay que confundir el lugar de trabajo con el centro de trabajo, pues sólo el último podrá ser escenario de unas elecciones a representantes unitarios de los trabajadores. Ahora bien -sigue argumentando- si la prestación de servicios que se desarrolla en un lugar de trabajo distinto al del empresario, se trata de una unidad productiva con organización específica propia, podrá justificarse la existencia de otro centro de trabajo diferenciado. En todo caso, y la argumentación que precede no lo contradice, el elemento delimitador del centro de trabajo sigue siendo la existencia de una organización específica y diferenciada⁵³.

Conviene detenerse en las razones que condujeron a la Sala a alcanzar la conclusión anunciada:

I. El servicio que prestaba la contratista en las instalaciones de la Empresa Principal, se configuraba como un todo organizado, con un procedimiento operativo de la primera, por un precio y con obligación de

⁵² STSJ de Andalucía (Málaga), de 09 de junio de 2011, Rec. 590/2011.

⁵³ SAN de 13 de junio de 2003, 63/2003.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

ésta de prestar los mismos en ejecución de planes de trabajo por procesos predefinidos en los anexos adjuntos a los contratos.

II. Por otra parte, existía una unidad socio-económica de producción susceptible de tráfico jurídico individualizado que tenía una entidad propia y sustantivamente distinta de cualquier otra que prestara la empresa principal. En este sentido, el servicio que se desarrollaba, la dotación humana, la cualificación profesional requerida por el mismo, el precio, las penalizaciones, la hacían diferente y, por ese mismo hecho, individualizada, hasta el punto que puede ser transmitida y/o llegado su término, podría ser operativo sobre la misma cualquier mecanismo de sucesión, subrogación, etcétera.

III. Las condiciones de desarrollo y ejecución, plazos, cláusulas penalizadoras, facultades de vigilancia y control, comportaban que el personal y medios aportados por la contrata, tuvieran la capacidad para cumplir, por sí mismos, la totalidad de los requisitos establecidos en el contrato y para la contrata, de manera autónoma e independiente sin auxilio de otros centros de trabajo bien de la propia contratista bien de la empresa principal (unidad productiva).

IV. El servicio que proporcionaba la contratista en el centro de la principal era uno de los distintos y diversos que aquella prestaba en todas las ramas de producción a sus clientes pero, precisamente por ello, presentaba unas características originales del mismo: trabajos definidos

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

por protocolos anexos a los contratos que se delimitan en labores de ordenanza, de limpieza de utillajes y de movimiento piezas, quedando delimitadas así, las facultades que la contratista reconoce a la principal para concretar sus necesidades puntuales. Es decir, era una unidad técnica de producción individualizada.

V. A lo anterior, debe añadirse el hecho de que la organización que la contratista determina en la sede de la principal, no era la misma que en otros centros de trabajo, servicios o sectores (se especifica e individualiza por el servicio, condiciones de prestación, las necesidades de la principal, el precio, entre otras, las cuales no son intercambiables con otros servicios de la contratista). En efecto, se llevaba cabo con dos jefes de Equipo, 10 mozos de los cuales 2 producción y 2 ordenanzas en dos turnos horarios distintos, funcionando como una unidad de producción autónoma.

A modo de conclusión y cierre de este apartado, la organización específica implicará una autonomía organizativa dentro del conjunto empresarial, sin que ello suponga privar a la empresa del poder general de planificar y regir la vida entera del negocio⁵⁴. Esta caracterización será el resultado de la concurrencia de una serie de factores⁵⁵ que, valorados en su conjunto, denoten una diferenciación organizativa propia y autónoma

⁵⁴ STSJ de Cataluña, de 9 julio 2009, Rec. 1586/2009.

⁵⁵ Como se ha apuntado, externos, como la fisonomía y definición locativa de la unidad productiva objeto de valoración, así como su separación (en km) del resto de la empresa; internos, tales como la existencia de mandos intermedios, organización de vacaciones, existencia de evaluación de riesgos laborales propias, medios materiales; y burocráticas; alta en autoridad laboral, número de patronal, etc...

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

respecto del resto de la empresa, siendo el más determinante la existencia de un responsable específico en la unidad productiva en cuestión. Así, la Sentencia el TSJ de Galicia, precisó que la organización específica, como elemento de carácter material que es, «*alude a una autonomía organizativa superpuesta a la autonomía técnica*»⁵⁶. En unos términos prácticamente idénticos, se pronunció el TSJ de Andalucía⁵⁷. Esto es, de lo que se trata será de comprobar si converge simultáneamente una estructura que, superponiéndose a aquélla, le dote de autonomía organizativa.

C) Alta en la Autoridad Laboral

Es el tercer elemento que el artículo 1.5 ET, junto a los dos estudiados anteriormente (unidad productiva con organización específica), asocia a la existencia de un centro de trabajo. Pese al tenor literal de dicho precepto, este último no es de carácter material, a diferencia de los anteriores, sino formal. Esto se traduce en que un centro de trabajo podrá existir aún cuando no se haya cursado su alta en la Autoridad Laboral, pero nunca si fallan cualquiera de sus otros dos elementos. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, que vino en precisar que «*la circunstancia de que el centro no conste dado de alta administrativamente, no impide que pueda ser afirmada su existencia, pues el alta no es un elemento constitutivo, lo decisivo es que se aprecie la existencia de una unidad técnica de producción que, dentro del conjunto*

⁵⁶ STSJ de Galicia, de 29 de diciembre de 2006, Rec. 12/2006.

⁵⁷ En la ya citada STSJ de Andalucía (Sev), de 14 septiembre 2010, Rec. 137/2009.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

de la actividad de la empresa, sirva a la ejecución práctica de ésta»⁵⁸. En la sentencia traída a colación, el Tribunal Supremo rechazó el planteamiento de la Empresa, que pasaba por defender que en la Comunidad de Madrid no poseían centro de trabajo al no estar dado de alta como tal ante la Autoridad Laboral, y ello por cuanto dicho enfoque se basó en una concepción estricta y literal de centro de trabajo no puede aceptarse.

Lo cierto es que, con el devenir de las leyes, la obligación de cursar el alta del centro de trabajo ante la Autoridad Laboral ha pasado a ser más un trámite administrativo a cuyo incumplimiento la Ley le asocia una sanción determinada que un requisito *sine qua non* para la existencia de aquél. Así las cosas, con ocasión del artículo 6 del RD Ley 1/1986, de 14 de marzo, dejó de ser un requisito constitutivo fundamental, pues se vino en suprimir la obligatoria autorización por la Administración para la apertura de un centro de trabajo. Ahora bien, no por ello ha de entenderse que dicho trámite puede ser eludido a voluntad de las partes. En efecto, el deber de comunicar a la Autoridad Laboral competente la apertura o reanudación de la actividad viene establecido en la OM de 6 de mayo de 1988, modificada posteriormente por la OM de 29 de abril de 1999. Por su parte, en el artículo 22.1 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, califica como falta grave no comunicar la apertura y cese de actividad de los centros de trabajo a efectos de su identificación: no

⁵⁸ STS de 24 de febrero de 2011, Rec. 1764/2010.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

comunicar las variaciones de datos u otras obligaciones establecidas legal o reglamentariamente en materia de inscripción de empresas, incluida la sucesión en la titularidad de la misma, e identificación de centros de trabajo, así como en materia de comunicación en tiempo y forma de los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, o su no transmisión por los obligados o acogidos al uso de sistemas de presentación por medios informáticos, electrónicos o telemáticos. Y el artículo 12.5 de ese cuerpo normativo también califica como falta grave en materia de prevención de riesgos laborales, la no comunicación a la Autoridad Laboral competente, la apertura de un centro de trabajo, o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o cumplimentar, cuando se trate de industria distinguida por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen. Asimismo, y para el resto de empresas, el artículo 11.3 LISOS califica de falta leve la comisión del citado incumplimiento.

La consecuencia del incumplimiento de este requisito no es baladí: el artículo 40.1 de la LISOS, asocia a la falta de comunicación de la apertura del centro de trabajo (22.1 LISOS), una multa que puede oscilar entre multa entre 626 y 6.250 euros. Y para los incumplimientos citados en materia de prevención de riesgos laborales (11.3 y 12.5 LISOS), el artículo 40.2 LISOS les asocia una multa de 40 a 2.045 euros (leves) y de 2.046 a 40.985 euros (graves).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Lo relevante de este apartado, en suma, es que la ausencia de Alta ante la Autoridad Laboral operará como presunción *iuris tantum* de inexistencia de centro de trabajo, pero que, en todo caso, admitirá prueba en contrario. Dicho de otra forma, si un centro de actividad ostenta una unidad productiva con organización específica probada (elementos materiales), el hecho que no haya sido dado de Alta ante la Autoridad Laboral (elemento formal) no será óbice a que sea considerado centro de trabajo a efectos laborales, todo ello sin perjuicio de las sanciones, que en su caso, puedan derivarse.

Cuestión a abordar es la relativa a si un eventual traslado de un empleado a un centro que no estuviera dado de alta como tal ante la Autoridad Laboral gozaría de las cautelas del artículo 40 ET, en el bien entendido que se cumpla el presupuesto de la necesidad de cambio de residencia exigido por aquél. Pues bien, a criterio del autor, y en consonancia con lo referido en este apartado, si el centro de actividad de destino ostentara autonomía técnica, conjugada con una autonomía organizativa superpuesta, esto es, si reuniera los requisitos de autonomía productiva y organización específica, sí que resultaría de aplicación el meritado precepto. En efecto, se estaría ante un verdadero centro de trabajo a efectos laborales, perfectamente acreedor de la aplicabilidad de las reglas establecidas para la movilidad geográfica. Defender lo contrario sería equivalente a conferir un beneficio -exención de las reglas del artículo 40 ET- para el infractor -que no cursa el alta del centro en la Autoridad Laboral-.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Ahora bien, pese a la fundamentación desplegada, este planteamiento no puede evitar colisionar con el contenido literal del artículo 1.5 ET, cuya lectura invita a colegir que deviene necesaria la concurrencia de los tres elementos. Para salvar este particular, se ha de apelar a la flexibilidad -equilibrada y ajustada a derecho- que ha de imperar en todo ordenamiento jurídico, en la medida que levantar muros léxicos generalistas que abarquen la totalidad de situaciones que la norma pretende regular deviene ciertamente complejo -por no decir irrealizable-, al menos, en determinados ámbitos. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 1.1 ET -con las evidentes diferencias existentes entre éste y el artículo 1.5 ET-. Aquél precepto establece los dos presupuestos elementales para identificar qué prestaciones de servicios se regularán por el Estatuto de los Trabajadores: la dependencia y la ajenidad. Y lo hace de forma taxativa, empleando la conjunción copulativa «y» entre ambos presupuestos, para configurar así una oración coordinada, compuesta por segmentos unidos por una conjunción, cuyo significado literal es «que ata, liga y junta una cosa con otra»⁵⁹. Llegados a este punto, y sin ánimo de extenderme más de lo estrictamente necesario, cabe preguntarse; ¿tienen los dos requisitos la misma importancia?

Pese a que la dicción literal de la citada oración, debería desprenderse una respuesta afirmativa, a la luz de la doctrina del Tribunal

⁵⁹ Definición de copulativa en <https://dle.rae.es/?w=copulativo> (última consulta: 12 de agosto de 2019)

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Supremo⁶⁰ se infiere que se ha conferido a la dependencia una mayor relevancia.

Parece loable colegir que, si los tribunales se han mostrado flexibles en la interpretación del artículo más trascendente en derecho laboral, y siempre en consonancia con el espíritu tuitivo inherente a esta materia, la misma conclusión quepa asociar en relación a la falta de alta en la autoridad laboral en el contexto del artículo 1-5 ET. De igual modo, los artículos 15 y 16 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 7 de ese mismo cuerpo normativo, asocian a la existencia de relación laboral la obligación empresarial de cursar el alta de los trabajadores en Seguridad Social, estando previstas en la LISOS sanciones en caso de incumplimiento. A mi entender, son dos supuestos que guardan estrecha similitud, pues la existencia de dos situaciones (existencia de relación laboral y de centro de trabajo) implican la misma obligación (cursar el alta en la Seguridad Social), sin que el incumplimiento de ésta última, afecte a la existencia y efectos de la primera realidad.

⁶⁰ SSTS de 14 de mayo de 1990 (EDJ 1990/5076): *«la integración dentro del ámbito de la organización y de dirección de la empresa es el carácter vertebral que se viene perfilando como el más decisivo en la relación laboral, este rasgo, junto a la ajeneidad y la prestación voluntaria del trabajo retribuido, constituyen el marco configurador del contrato de trabajo, por ello, es constante la doctrina de esta Sala "que aquellos meros colaboradores de los diversos medios de comunicación tanto literarios como gráficos, no están incurso en el contrato de trabajo, pues por frecuente y concertada que sea esta colaboración, si el que la presta, realizaba su trabajo sin sujeción a la dirección de la Empresa, ésta se reserva la aceptación de la colaboración y el colaborador no está integrado en la organización de la misma, la relación que les vincula no es un contrato de trabajo", así las sentencias en 20 de octubre de 1982, 23 de mayo de 1985, 19 de enero, 28 de enero y 18 de marzo de 1987, 15 de febrero y 17 de marzo de 1988, entre otras muchas».*

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

A modo de síntesis, se concluye este apartado reafirmando lo expuesto a lo largo del mismo: el presupuesto de cursar el alta de un centro en la autoridad laboral no surte efectos plenamente constitutivos, pudiendo existir el mismo, sin que aquélla se haya realizado. Es cierto que el legislador podría haber matizado, inmediatamente a continuación del primer párrafo del artículo 1.5 ET, que la ausencia de alta en la AL, no desvirtuará la existencia de centro de trabajo, sin perjuicio de las consecuencias que de ello podrían derivarse. O, más sencillo, empleado la siguiente redacción: *«a efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, la cual debe ser dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral»*.

Sin embargo, con ambas redacciones, también surgirían los siguientes contratiempos: en la primera, parece que se está dejando un tanto abierta la puerta a la posibilidad de no comunicar el alta en la AL, o, al menos, confiriéndole menos importancia que el resto de elementos -que sea así en la práctica, no necesariamente debe conducir a reconocerlo (por adelantado) en la teoría-, máxime cuando cursar su alta es imprescindible en múltiples aspectos, como por ejemplo en materia de prevención de riesgos laborales. Y, con la segunda redacción nos situaríamos en un momento previo a la existencia de centro de trabajo, esto es, en el momento constitutivo del mismo. Al emplear la formulación «que debe ser», se apela a un tiempo futuro, cuando el legislador pretende aludir a un momento coetáneo a la constitución de aquél, empleado así el tiempo

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

verbal presente. Aunque puede parecer contraproducente desplegar redacciones alternativas para luego combatirlas, considero que contribuye a la labor hermenéutica desplegada en el presente trabajo. Quizás, lo más oportuno sería conformarla de la siguiente manera: *«A efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica que, sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral. Las consecuencias de no cursar su alta vienen reguladas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social».*

1.2.2. Concepto

Con estricto anclaje en lo desarrollado anteriormente y a modo de conclusión, un centro de trabajo se puede definir como aquella unidad productiva con autonomía técnica que, además, ostenta una organización autónoma, *«sin necesidad de que sea independiente del conjunto de la empresa»*⁶¹, y al que la ley obliga a dar de alta como tal ante la Autoridad Laboral. Se trata, en suma, de un concepto de derecho necesario, de modo que, a efectos de determinar si concurren las meritadas notas, resulta indiferente la decisión del empresario o los acuerdos que éste haya podido alcanzar con los trabajadores o con sus RLT al respecto⁶². Lo que a la postre interesa es si *«en el mismo se produce, esto es, se crea un producto o se presta un servicio, dicho en otras palabras, ha de comprobarse la capacidad de las personas que forman parte de la empresa de crear un*

⁶¹ STS, de 17 de septiembre de 2014, Rec. 81/03

⁶² STSJ de Galicia, de 14 de mayo de 2012, Rec. 691/2012.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

*producto o prestar un servicio de valor económico. Y, además, comprobar si para ello se organiza los bienes y personas para obtener el resultado económico*⁶³. Expresado en otros términos, que concorra simultáneamente esa autonomía técnica exigida a las unidades productivas, entendida desde una óptica extensiva, es decir, como integradora de organizaciones productivas verticales, horizontales y/o mixtas, junto a una organización específica, concebida como autonomía organizativa.

Se ha desplegado un importante esfuerzo en favor de ofrecer una definición de centro de trabajo que sirva de piedra angular sobre la que basar toda actividad deductiva dirigida a dilucidar si un centro de actividad tiene o no la connotación propia de la figura jurídica prevista en el artículo 1.5 ET, si bien, lo cierto es que estamos ante una materia del derecho laboral altamente casuística, que no permite una objetivación plena. Por ello, el órgano decisorio deberá atender a la totalidad de circunstancias concurrentes en cada caso, examinándolas en su conjunto, para así estar en condiciones adecuadas de dilucidar si existe de centro de trabajo propiamente dicho⁶⁴ o, por el contrario, no se reúnen las notas exigidas⁶⁵, bien entendido que el concepto como tal de centro de trabajo

⁶³ STSJ de Madrid, de 17 de febrero de 2009, Rec. 5876/2008.

⁶⁴ STSJ de Madrid, de 26 de enero 2009, Rec. 4151/2008, STSJ de Asturias, de 24 de abril de 2009, Rec. 80/2009, STSJ de Andalucía (Sevilla), de 14 de septiembre de 2010, Rec. 137/2009, STSJ de Canarias (Las Palmas), de 14 de octubre 2011, Rec. 932/2011, STSJ de Andalucía, de 11 de abril de 2012, Rec. 245/2012, STSJ de Cataluña, de 10 de mayo de 2012, Rec. 602/2012.

⁶⁵ STSJ de Madrid, de 17 de febrero de 2009, Rec. 5876/2008, STSJ de Cataluña, de 9 de julio de 2009, Rec. 1586/2009, STSJ de Galicia, de 1 de julio de 2011, Rec. 5121/2010, STSJ de Cataluña, de 9 de mayo de 2012, Rec. 430/2012.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

*necesariamente tiene que ser abierto*⁶⁶. Así pues, se ha de rehusar su vinculación a toda corriente hermenéutica restrictiva, en favor de una exégesis más amplia y laxa del mismo.

1.3 Lugar de Trabajo

Una vez abordado el término jurídico de centro de trabajo a efectos laborales, es momento de pasar a establecer una diferenciación respecto de otros conceptos próximos. Tal y como se adelantó previamente, éstos son el lugar de trabajo, el puesto de trabajo y la Empresa. Y, asimismo, se estudiará el término empresario y empleador. Que todos ellos representan nociones jurídicas diversas no es algo discutido, y así lo ha precisado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, precisando que *«los términos lugar de trabajo, centro de trabajo y empresa, cuando se utilizan como conceptos jurídicos, no expresan ideas coincidentes. El primero, es significativo de la estructura del espacio en que se trabaja; el segundo, más ampliamente, denota unidad técnica de producción; y el tercero, aún más amplio, unidad organizativa»*⁶⁷.

Con independencia del mayor o menor acierto de la Sala al referirse al centro de trabajo y a la empresa, lo que interesa ahora es la descripción conferida al lugar de trabajo. Así las cosas, su contenido conduce, por su alta similitud, al artículo 2-a), del Real Decreto 171/2004,

⁶⁶ STSJ de Madrid, de 28 de enero de 2008, Rec. 3355/2007, entre otras.

⁶⁷ STSJ de Cataluña, de 7 de junio de 2013, Rec. 1592/2013.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

que desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el cual define al centro de trabajo como *«cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo»*.

Aceptar en su integridad esta definición induciría a error, pues, a la postre, se estaría planteando que ambos términos, lugar y centro de trabajo, en esencia, son lo mismo, cuando a lo largo de este capítulo se está afirmando lo contrario (aunque puede darse una coincidencia entre ambos). Sin embargo, y lejos de sacar conclusiones precipitadas, conviene analizar tal precepto dentro del contexto legal en el que se encuadra. Así pues, debe tenerse muy presente la finalidad especialmente tuitiva de la legislación laboral en materia de prevención de riesgos laborales, que busca conferir al trabajador una protección en términos maximalistas. Tales cauciones conducen a colegir que el legislador, si bien parece estar refiriéndose a lugar de trabajo en el citado precepto, ha empleado el término «centro de trabajo» a fin de evitar cualquier interpretación tendente a considerar que ese mismo término empleado en el artículo 24 LPRL que desarrolla, se refiere únicamente a aquéllos que ostenten una unidad productiva con organización específica. Es evidente que, de ser así, se estarían exponiendo gravemente los derechos de todos aquellos trabajadores que prestaran servicios en lugares que, por razones productivas u organizativas, no fueran considerados centros de trabajo a efectos del estatuto de los trabajadores.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Esta línea argumentativa todavía cobra más sentido si se conecta con normativa internacional, en concreto, con el contenido del artículo 17 del Convenio de la OIT, número 155⁶⁸, así como el artículo 6.4 de la Directiva 89/391 CEE⁶⁹, las cuales emplean el término «lugar de trabajo».

A mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo⁷⁰, ha llegado a esta conclusión, cuando en relación a un accidente de trabajo con el resultado de muerte sufrido por un trabajador que se hallaba realizando tareas en un poste de tendido eléctrico de una Empresa, con la que su patrono tenía un relación contractual relativa a la reparación de líneas eléctricas, esbozó esta equiparación, en concordancia con los principios garantistas de la legislación laboral en materia de prevención.

⁶⁸ Artículo 17: «*Siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio*».

⁶⁹ Artículo 6.4: «*Sin perjuicio de las demás disposiciones de la presente Directiva, cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes*».

⁷⁰ STS de 18 de abril de 1992, Rec. 1178/1991: «*esas líneas se encuentran, lógicamente, en el campo y al aire libre, son sin duda instalaciones propias de dicha empresa 'F., S.A', estando ésta obligada a cuidar de su adecuada conservación y buen estado, a fin de evitar cualesquier daños o accidentes que los deterioros o desperfectos de las mismas pudieran ocasionar; de esto se desprende de un lado que una interpretación racional y lógica obliga a equiparar estas instalaciones a la idea de «centro de trabajo» que se maneja en los preceptos antes citados, y de otro lado resulta clara la responsabilidad de 'F., S.A' en el siniestro que ha dado lugar a este proceso, pues el mismo se produjo por el mal estado de un poste eléctrico de esta compañía, estando ella obligada a velar por la buena conservación del mismo*».

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Se puede afirmar, a la luz de lo que precede, que el concepto de lugar de trabajo, el cual es más amplio que el del centro de trabajo⁷¹, se asociará al emplazamiento concreto en el que un operario presta sus servicios. La doctrina científica ha venido describiéndolo como «*el espacio físico en el que, de acuerdo con el programa contractual diseñado por las partes, el trabajador ha de desarrollar la prestación laboral comprometida*»⁷², así como el espacio físico concreto en que se desarrolla el trabajo⁷³. Consecuentemente, es posible que se produzca una coincidencia locativa entre el centro de trabajo y el lugar de trabajo. En este sentido, el TSJ de Andalucía⁷⁴, vino en declarar que en aquellas empresas donde exista un único centro de trabajo, en el que se desarrolle toda la actividad -salvo excepciones puntuales-, habrá una coincidencia física entre aquél y el lugar de trabajo. Este pronunciamiento obedece a lógica más elemental, pues piénsese, a modo de ejemplo, en una papelería, que no desarrolla más actividad que la venta directa de materiales a clientes en la propia tienda. En tal supuesto, el lugar y centro de trabajo, aun siendo términos jurídicos diferentes, apuntarán en la misma dirección, esto es, hacia el local en cuestión. Pero ello no quiere decir que sean lo mismo, a efectos del derecho laboral.

⁷¹ GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 260.

⁷² MOLERO MANGLANO, C., LÓPEZ ÁLVAREZ, MJ., MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., y SÁNCHEZ CERVERA, JM.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 524.

⁷³ ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2010, pág. 212.

⁷⁴ STSJ de Andalucía (Sev), de 20 de diciembre de 2012, Rec. 1481/2011.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Ahora bien, en muchos otros supuestos, no se producirá una coincidencia física entre el centro de trabajo y el lugar de trabajo⁷⁵. Por ejemplo, en la relación laboral que une a una empresa cuyo establecimiento se encuentra ubicado en Alboraya, y un empleado que presta servicios de comercial «a puerta fría» únicamente en Valencia capital. En este caso, el centro de trabajo, entendido como unidad productiva con organización propia, estará sito en la población de Alboraya, y el lugar de trabajo del referido empleado será la ciudad de Valencia.

Dentro de este elenco encontraría cabida la definición de lugar de trabajo conferida por SALA FRANCO que vino es describirlo como la unidad técnico-productiva sin una organización específica, a diferencia del centro de trabajo⁷⁶. Llegados a este punto, ha de reflexionarse sobre el papel que juega el «lugar de trabajo» en la movilidad geográfica. O formulado de otra forma: a la hora de tomar el punto de origen y de destino, ¿se ha de tomar como referencia el «centro de trabajo» o el «lugar de trabajo», en el caso de que ambos no sean coincidentes?

Previamente, se defendió que el referente a tomar en consideración para «medir» la distancia que conlleva una determinada orden de traslado

⁷⁵ El artículo 75 ET, cuando regula la votación para delegados y comités de empresa, precisa que la votación se efectuará en el centro o lugar de trabajo, distinguiendo ambos.

⁷⁶ SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTINEZ, J.M.: «El centro de trabajo: configuración legal» en AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 234.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

o desplazamiento, es el centro de trabajo. Sin embargo, -y sin que esto se entienda como una contradicción, sino como una ampliación de la reflexión alcanzada en el apartado anterior-, es posible que, en determinados casos, y atención a las características específicas de la prestación de servicios, el lugar de trabajo acabe determinando el punto de origen y/o destino de la movilidad geográfica, y no el centro de trabajo al que formalmente se halle adscrito el trabajador en cuestión⁷⁷. Como sustento de este planteamiento, puede invocarse la doctrina del Tribunal Supremo⁷⁸ consignada en un supuesto que, por su relevancia, conviene ser expuesto. En el caso autos, una empresa de transportes, con domicilio social en Lugo contaba, entre sus trabajadores, como un empleado que residía en Leganés y realizaba la ruta Madrid-Lisboa. El objeto del litigio giraba en torno a qué Convenio Colectivo le resulta de aplicación, el de Lugo o el de Madrid. Pues bien, el Tribunal Supremo falló que la estación de autobuses debía considerarse el centro de trabajo del actor (Madrid), en la medida que constituía *«una unidad organizativa propia que impide afirmar que el trabajador pertenece al centro de trabajo de Ourense, lugar en el que ni ha prestado nunca servicios, ni discurre el trayecto que configura su prestación»*. A esta conclusión llegó en base a que la referida estación constituía una unidad organizativa propia⁷⁹, en tanto el conductor se ponía a disposición de la empresa; además, constituía el inicio y final de

⁷⁷ Vinculado en el sentido de que sus derechos y obligaciones laborales se gestionaran en ese centro de trabajo: período de disfrute de las vacaciones, entrega de nóminas, recepción de los partes de baja, petición de permisos, etcétera. Si lo hiciera indistintamente en ambos centros, se estaría únicamente al criterio de la adscripción.

⁷⁸ STS de 24 febrero 2011, Rec. 1764/2010

⁷⁹ Engarza fielmente con lo estudiado en el apartado relativo a las notas del centro de trabajo.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

la prestación de servicios y en ella se ponían a su disposición todos los medios materiales necesarios para la ejecución del trabajo. Este sentido, la sentencia recurrida vino en desplegar una conclusión muy ilustrativa a nuestros efectos que merece ser trascrita: *«ha de considerarse centro de trabajo el lugar al que acceden los trabajadores de manera regular para la prestación de sus servicios en donde la empresa ha organizado diversos elementos productivos propios del negocio»*. Por ende, la Sala está asociando el centro de trabajo al lugar de prestación de servicios, lo que no viene sino en reforzar lo que planteaba el autor previamente, en relación a que es posible que se produzca una coincidencia locativa entre el centro de trabajo y el lugar de trabajo.

De lo que precede, se infiere la importancia del lugar de trabajo, pues como el Tribunal Supremo ha considerado en la sentencia referida, puede determinar el centro de trabajo a efectos laborales que le resulta de aplicación a un trabajador concreto. Y ello, con independencia de que el trabajador se hallara adscrito a otro distinto. O que dicho espacio y/o instalación, inicialmente, no fuera considerado un centro de trabajo como tal por el empresario, pues, en palabras del propio Tribunal Supremo⁸⁰, *«lo decisivo es que se aprecie la existencia de una unidad técnica de producción que, dentro del conjunto de la actividad de la empresa, sirva a la ejecución práctica de ésta»*, siendo esto una manifestación ostensible de la teoría extensiva ya estudiada.

⁸⁰ SSTs de 19 septiembre de 2017, Rec. 2433/2016 y de 18 octubre de 2018, Rec. 2426/2016, entre otras.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Esta interpretación del Tribunal Supremo no desnaturaliza en absoluto el contenido del artículo 40.1 ET, como tampoco la reflexión alcanzada en el apartado relativo al «centro de trabajo», en el que se ha defendido que éste ha de servir de coordenadas de la movilidad geográfica. Y abogo por ello, en la medida que, en su suma, ese lugar de trabajo pasará a considerarse centro de trabajo ex artículo 1.5 ET -aunque no esté reconocido como tal-, por lo que, en todo caso, se estaría dentro del contenido del artículo 40 ET, toda vez que, como se ha referido anteriormente, no debe olvidarse que «*los contratos son lo que son, y no lo que digan las partes*». En consecuencia -y sin perjuicio de que se hubiera fijado que un empleado perteneciera a un centro de trabajo en concreto-, si el lugar de prestación de servicios representa un verdadero centro de trabajo ex artículo 1,5 ET, será éste el que deba tomarse como tal, al tratarse de un principio de derecho necesario⁸¹.

Cuestión distinta sería plantearse si, un lugar de trabajo en concreto, que no reúna la connotaciones propias de centro de trabajo a efectos del artículo 1.5 ET, puede tomarse como punto de origen de la movilidad geográfica -nunca de destino, según lo esgrimido anteriormente- o, al menos, sí influir en la valoración de la misma. Estas interpelaciones deben contestarse partiendo del segundo parámetro contemplado en el artículo 40.1 ET, directamente interrelacionado con el presupuesto de cambio de centro de trabajo: que dicha variación geográfica exija al trabajador la necesidad objetiva de «cambiar de

⁸¹ Artículo 3.5 ET.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

residencia». En este contexto, por de pronto, se descarta todo razonamiento tendente a defender que únicamente se ha de tomar en consideración la distancia existente entre el centro de trabajo de origen -o el lugar de trabajo habitual del operario- y el de destino, en la medida que existe un segundo factor que es la referida exigencia de cambio de domicilio, que será abordada posteriormente con el detenimiento que merece.

Pues bien, a la luz de lo que antecede, considero que el lugar de trabajo está predestinado a jugar un papel muy relevante en la movilidad geográfica, y no exclusivamente en los supuestos en los que merezca la consideración de centro de trabajo propiamente dicho, a los efectos del artículo 1.5 E.T. Conviene remitirse al Anexo de esta tesis (supuesto: *influencia del lugar de trabajo en la movilidad geográfica*), para observar, con mayor precisión, lo que ahora se expone.

En síntesis, y la vista de lo estudiado en el citado en este apartado, junto al Anexo, se extraen las siguientes conclusiones:

I. Como premisa inicial, se tomará como referencia, a la hora de valorar una determinada orden de movilidad geográfica, el «centro de trabajo» de origen y el de destino.

II. El destino de un traslado o de un desplazamiento «definitivo», necesariamente ha de ser un «centro de trabajo» ex artículo 1.5 ET.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

III. Cuando el lugar de trabajo de un empleado no coincida con el centro de trabajo al que formalmente se halla adscrito, se deberá analizar si el primero constituye o no «centro de trabajo» propiamente dicho: si la respuesta es afirmativa, será el «lugar de trabajo» -en cuanto a centro de trabajo a efectos del artículo 1-5 ET-, el que se tomará como referencia del origen de la movilidad. Si la respuesta es negativa, se tendrá de valorar conjuntamente la ubicación del «centro de trabajo» y del «lugar de trabajo» habitual, para ponderar si, en relación al centro de trabajo de destino y la ubicación de su domicilio, se hace necesario, en términos objetivos, un cambio de residencia.

Lo que antecede no viene sino en confirmar la elevada importancia que adopta el «lugar de trabajo» en relación con el artículo 40 ET y, *obiter dicta (dicho sea de paso)*, respecto del Derecho del Trabajo en su conjunto. Fíjese que el Legislador, por ejemplo, al abordar la competencia territorial de los Js.Soc. en el artículo 10.1 LRJS, permite al empleado acudir, a su elección, a los tribunales del lugar de prestación de servicios, sin necesidad de que su centro de trabajo está ubicado en tal emplazamiento -todo ello sin perjuicio de las reglas de competencia territorial específicas en función de la materia, reguladas en el apartado siguiente del meritado precepto-. Esto tiene todo el sentido: volviendo al supuesto enjuiciado por el TS en su sentencia de fecha 24 febrero 2011, resultaría desproporcionado y ciertamente injusto, exigir al trabajador que acudiera a los tribunales del centro de trabajo al que se halla adscrito (Ourense), sufragando todos los gastos que ello conllevaría. Esto se evita precisamente con el citado artículo 10 LRJS, que, como apuntaba, atribuye

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

al lugar de trabajo una relevancia considerable, salvo en supuestos concretos.

Por todo ello ha llevado a la doctrina laboralista⁸² a considerar que el lugar de trabajo, adquiere una importancia mucho más notoria que la otorgada al «*lugar de prestación o cumplimiento*» en el Código Civil, configurada en términos circunstanciales o accesorios respecto de los elementos esenciales que son el objeto, consentimiento y la causa⁸³.

1.3.1. Supuestos específicos

Partiendo de las conclusiones alcanzadas y a modo de cierre de este apartado, deben citarse una serie de casos concretos que, por su naturaleza, reciben un tratamiento especial.

¿Qué tratamiento se confiere cuando un empleado ha sido contratado específicamente para prestar servicios en diferentes centros, cambiando de lugar? ¿Y cuando no existe un centro de trabajo ubicado físicamente en un lugar (barco)? ¿Qué ocurre con los trabajadores

⁸² CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores... op. cit* (2003), pág. 482; AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo... Op. cit* (1999), pág. 7; SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo... op. cit* (2000), pág. 48; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección... Op. cit* (1992), pág. 190;

⁸³ CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R.: «Artículo 40. Movilidad Geográfica», en AA.VV. (Dir. CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GÓMEZ GORDILLO, R. y MERCADER UGINA, J.), *Lex Nova*, Pamplona, 2016, pág. 499.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

móviles? Si una empresa cuenta con diferentes centros de trabajo fijos y el empleado presta sus servicios indistintamente en ellos, ¿cuál debe tomarse en consideración?

A. En alguno de los casos planteados, es altamente probable que nos encontremos ante centros de trabajo móviles o itinerantes. Éstos, por su especial fisonomía, tienen una regulación especial dentro del artículo 40 ET. Así las cosas, -y sin perjuicio de que, posteriormente, se aborden con mayor profundidad-⁸⁴, los centros de trabajo móviles e itinerantes son una excepción a la aplicabilidad del meritado precepto. De esta forma, si un empleado ha sido contratado específicamente para prestar servicios en este tipo de centros, los cambios locativos del lugar de prestación de servicios no se hallarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 40 ET, pues la movilidad geográfica forma parte consustancial a la contratación en sí. Pero esto, como digo, ha de ser objeto de un profundo análisis y matización.

B. Otros de los supuestos anunciados, aluden a los trabajadores móviles, que no necesariamente prestarán servicios en centros itinerantes, y sobre los debo detenerme ahora, ya sea someramente, sin perjuicio de su estudio posterior, y ello al objeto de establecer, desde este momento, una línea divisoria respecto de los operarios contratados para prestar servicios en centros de trabajo móviles e itinerantes. Pues bien, la definición de trabajador móvil se localiza en el artículo 10.2 del Real Decreto

⁸⁴ Capítulo III de la tesis.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, que precisa que lo será «*cualquier trabajador que forma parte del personal que se desplaza y que está al servicio de una empresa que efectúa servicios de transporte*». Se trata de un concepto jurídico asociado al transporte por carretera. En este sentido, se incluyen tanto los conductores como los cobradores, ayudantes de conducción y, en general, todo el personal auxiliar de viaje que preste servicios en relación al vehículo en concreto, como con sus pasajeros o carga, en transporte por carretera urbanos o interurbanos y de viajeros o mercancías, como también en otros sectores del transporte. También son incluidos los conductores de Ambulancias⁸⁵.

Se ha de citar, a estos efectos, la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 11 de marzo de 2002, relativa a la

⁸⁵ STS de 21 abril de 2016, Rec. 90/2015: «*El recurrente, basándose en la definición del DRAE del término "viajero", y para sostener la inaplicación del RD 1561/95 (EDL 1995/15657) al sector de actividad empresarial cuestionado, afirma --literalmente-- que "no resulta consecuente asimilar la jornada de los trabajadores del sector de las ambulancias , que realizan una tarea indispensable en orden a la protección de los derechos a la vida (art. 15 CE (EDL 1978/3879)) y a la salud (art. 43 CE (EDL 1978/3879)) de las personas, con la de otros profesionales que sí entran con claridad en el concepto de "trabajadores móviles" del transporte por carretera, como pueden ser los conductores de autobuses o los repartidores de paquetería". Sin embargo, a nuestro entender, tan peregrino y banal argumento no hace sino poner de relieve, como denuncia el Ministerio Fiscal, la ausencia de cualquier fundamentación jurídica y la necesidad de desestimar el recurso porque tan "trabajadores móviles" son unos como otros y quienes desempeñan su importante labor en el sector de las ambulancias no se encuentran expresamente excluidos de la aplicación de aquella norma. Y dado que la regulación contenida en el convenio colectivo, como igualmente sostienen los escritos de impugnación de los sindicatos codemandados, no contradice el límite de horas establecido en el art. 8.3 del tan repetido RD, la disposición convencional no resulta contraria a derecho».*

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera - Diario Oficial de la Unión Europea de 23-03-2002-, que en su apartado 6º, dispone que el *«el ámbito de aplicación de la presente Directiva abarca únicamente a los trabajadores móviles empleados por una empresa de transporte establecida en un Estado miembro que participan en las actividades móviles de transporte por carretera cubiertas por el Reglamento (CEE) n° 3820/85 o, en su defecto, por el Acuerdo europeo sobre trabajo de tripulaciones de vehículos que efectúen transportes internacionales por carretera (AETR)»*, precisando que se ha de distinguir los trabajadores móviles de los conductores autónomos a efectos de la citada Directiva.

Pue bien, en estos casos, la movilidad habitual del trabajador, en su prestación de servicios, no constituirá movilidad geográfica, en tanto en cuanto aquélla es consustancial al tipo de prestación. Ahora bien, el trabajador vendrá adscrito a un centro de trabajo, donde normalmente iniciará y acabará la jornada (aunque no sea en el mismo día, en tanto en cuanto en los transportes nacionales e internacionales es habitual pernoctar fuera de casa). Si en un momento determinado, el trabajador es trasladado definitivamente a otro centro base, de forma que deba cambiar su residencia, considero que sí se estará ante un supuesto de movilidad geográfica ex artículo 40 ET. Y es que, una cosa es la movilidad de la actividad (que no es óbice a identificar el centro de trabajo base) y otra bien distinta es el cambio locativo permanente que obligue al trabajador a buscar un nuevo domicilio.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

C. Por último, y dentro de los supuestos planteados anteriormente, se ha de brindar respuesta a los casos en los que un empleado presta servicios en varios centros de trabajo, como es el caso de una empleada de una franquicia de panaderías. En tal caso, debería realizarse un ejercicio de identificación del centro de trabajo principal, determinado por aquél en el que se halle adscrita en conjugación con el que preste servicios durante un tiempo de trabajo más importante y/o donde realice la actividad principal. Si a través de estos medios no fuera posible, debería prevalecer aquél en el que se halle adscrita. En función de los resultados que se obtengan, se estará en condiciones de pronunciarse sobre el derecho al devengo de dietas⁸⁶, así como la eventual existencia de movilidad geográfica en caso de un cambio de centro de trabajo a una distancia que exija modificar el lugar de residencia. En relación a este último particular y en conexión con los ejemplos detallados en el Anexo I a la Tesis, se tendría que conjugar la distancia entre el nuevo centro de destino y los lugares (en estos casos, centros de trabajo) en los que la referida empleada hubiera venido prestando servicios.

1.4 Puesto de Trabajo

Dentro de esta disgregación conceptual de términos locativos, surge un tercer elemento que es el «puesto de trabajo». De nuevo, aquí puede brotar una confusión que debe ser aclarada. Y es que, no es

⁸⁶ Entendido en los términos expuestos en el apartado 1.4 de la tesis

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

infrecuente la asociación del puesto de trabajo a un espacio físico concreto, pudiendo invadir así el ya estudiado lugar de trabajo. E incluso ambas locuciones podrían entremezclarse con el centro de trabajo. Baste remitirse al ejemplo de la papelería abordado en el apartado anterior, para advertir un supuesto de triple coincidencia física: el dependiente que ocupa un puesto de trabajo en la papelería, lugar donde presta sus servicios y que, a su vez, constituye su centro de trabajo a efectos laborales.

El ET contiene numerosas menciones al puesto de trabajo⁸⁷. Si bien es perfectamente loable una interpretación de aquél como *lugar o sitio* donde se presta un servicio, como una mesa dentro de una habitación de un despacho de arquitectos, o el almacén de una tienda, o el espacio reservado a una máquina fija en una nave, ello, no obstante, más precisa que esta concepción marcadamente locativa, que en buena parte convergería con el estudiado lugar de trabajo, se presenta la funcional, entendiéndose como aquél conjunto de cometidos y responsabilidades que integran la actividad principal de un empleado.

De hecho, en la práctica totalidad de ocasiones en las que el ET se refiere al puesto de trabajo, lo hace en términos funcionales, esto es, en relación a las labores que en él se desarrollan. Ejemplos paradigmáticos de

⁸⁷ Artículos. 2-b, 5-a, 11.1-a, c y e, 12.7-d, 14.2. 15.1-c, 15.5, 17.4, 19.4, 23-c y d, 26.3, 34.5, 36.4, 40.4, 40.5 y 40.6, 43.4, 46.3, 48.1, 2 y 4, 49.1-m, 52-b y Disposición Transitoria Undécima.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

ello, son: el artículo 11.1.a), cuando asevera que el puesto de trabajo ha de proporcionar al trabajador la *«práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados»*, asociando este concepto, cuando se refiere a las competencias de los Convenios Colectivos, a *«grupos, niveles o categorías profesionales»*. El artículo 15.5, tercer párrafo, cuando se refiere conjuntamente a las características del puesto de trabajo y *«a las peculiaridades de cada actividad»*; el artículo 17.4, que, de nuevo, vincula el centro de trabajo a conceptos tales como clasificación profesional, grupo profesional. Muy concluyente resulta el artículo 26.3, relativo al salario, asociando los términos trabajo y puesto de trabajo a la hora de determinar la estructura de aquél, con el matiz de que quedará configurada por *«el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten»* (vinculación salario-trabajo), para posteriormente precisar que *«se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa»* (vinculación salario-puesto de trabajo). También interesa traer a colación el artículo 36.4, relativo al cambio de puesto de trabajo de trabajadores nocturnos con discapacidad, pues canaliza este procedimiento a través de los artículos 39 y 41 (aspectos funcionales) y no precisamente por el artículo 40 de la Movilidad Geográfica (aspectos locativos).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

En ese mismo sentido, varios preceptos⁸⁸ emplean el verbo «desarrollar» al aludir al término «puesto de trabajo», lo que denota su connotación primordialmente funcional, en detrimento de la locativa.

Con acomodo en lo que inmediatamente precede, puede afirmarse que el puesto de trabajo de un empleado, en sentido subjetivo, vendrá determinado, principalmente, por las labores que aquél desarrolla en la empresa. Y, en sentido objetivo, por las tareas que lo integran de acuerdo con el Convenio Colectivo. Lo lógico es que, en la práctica, ambos sentidos (objetivo y subjetivo) coincidan, sin embargo, no es desdeñable afirmar que tal circunstancia no ocurre en muchas ocasiones.

Retomando el *iter*, se tomará en consideración el grupo profesional de la persona trabajadora, su eventual cualificación profesional y/o académica, las responsabilidades que, en su caso, tiene conferidas, sus aptitudes laborales, etcétera. Pero, sobre todo, las tareas que efectivamente viene realizando en la empresa. Lo habitual es que en los convenios colectivos se indique expresamente qué factores determinarán los puestos de trabajo. A modo de referencia, se cita el artículo 22 del Convenio Colectivo de Construcción (BOE 26-9-17), en el que se alude a las funciones, cometidos y tareas que desempeñe el operario, tomándose asimismo en consideración, el grupo profesional que ostente el trabajador

⁸⁸ Artículos 11.1-e y c, 14.2 ET.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

dentro de la clasificación profesional, como también el centro de trabajo donde desempeñe la actividad⁸⁹.

En esa misma línea, el Capítulo V de la Resolución de 25 de junio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Partnerwork Solutions, SL, (BOE 11-7-2012), asocia el puesto de trabajo a *«las tareas y funciones que desempeñe el trabajador»*, quedando definido por tales tareas en relación con *«el sistema de clasificación profesional de este Convenio y por el centro o lugar de trabajo donde preste los mismo»*. Este convenio resulta, asimismo, interesante, en la medida que determina lo que, afectos de aquél, constituirá un cambio de puesto de trabajo: *«cualquier variación en algunos de los factores anteriores»*.

Ambos ejemplos son coincidentes con la caracterización que el Estatuto de los Trabajadores dispensa al puesto de trabajo, en el sentido de asociarlo a las tareas y funciones que lo integran.

Una vez abordada la fisonomía y caracterización del término «puesto de trabajo», es momento de dar paso al estudio del papel que éste

⁸⁹ Artículo 22: *«El ingreso al trabajo –que podrá realizarse de conformidad con cualquiera de las modalidades de contratación reguladas en el E.T., disposiciones complementarias y en el presente Convenio General– será para un puesto de trabajo concreto. Éste viene determinado por las tareas o funciones que desempeñe el trabajador, la categoría profesional que le corresponda dentro de la clasificación vigente y por el centro de trabajo donde se desempeñe la actividad, de manera que cualquier modificación en alguno de los factores anteriores constituye un cambio de puesto de trabajo»*.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

adopta dentro de la movilidad geográfica del artículo 40 ET. Pues bien, en opinión del autor, y tras un análisis pormenorizado del precepto estudiado, se advierte una importancia notoria de aquél en la regulación jurídica de los cambios locativos de personas trabajadoras, y ello tanto desde una vertiente directa como indirecta:

I. En cuanto a la primera, el legislador, al referirse a los traslados por violencia de género, por discapacidad y por motivos familiares (traslado previo del otro cónyuge), alude específicamente al puesto de trabajo. De igual modo opera, cuando se refiere al derecho que ostentan los RLT a la prioridad de mantener su puesto de trabajo. Por ende, en estos supuestos, el legislador -por los motivos que, en su momento, se desarrollarán-, ha conferido una relevancia especial al puesto de trabajo a través de normas de signo imperativo, hasta el punto de condicionar la movilidad locativa.

II. En cuanto a la influencia indirecta, piénsese que, cuando se ordena el traslado o desplazamiento de una persona trabajadora a otro centro de trabajo, se presupone que aquélla pasará a realizar las mismas funciones que venía desarrollando, solo que un espacio geográfico distinto. Dicho en otros términos, habrá movilidad geográfica pero no funcional. Ahora bien, es posible que, con el referido cambio de centro, también se produzca una variación en el contenido de trabajo, pasando a ocupar el operario un puesto de trabajo distinto. En tal caso, entrarán en liza con el artículo 40 ET, otros preceptos del ET, en función de si esa

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

variación es sustancial (artículo 41 ET) o no lo es (artículo 39 ET). Por tanto, el puesto de trabajo también estará interactuando en estos supuestos y condicionando la movilidad geográfica. Resulta importante detenerse ahora en este particular, pues, en tales casos, además de estar a lo dispuesto en el artículo 40 ET, se tendrá que respetar el contenido de dichos preceptos. Y ya no sólo si el cambio de centro supone una alteración de las funciones a desarrollar, sino que el artículo 41 ET incluye otras condiciones laborales como la jornada, el horario, el sistema de trabajo a turnos, la remuneración, etcétera.

Ello, no obstante, el estudio quedará circunscrito únicamente a las variaciones geográficas que impliquen cambios en el cometido funcional de la persona trabajadora. Y, en este punto, he de realizar la siguiente apreciación previa: según mi criterio, los traslados son una manifestación (más) de la figura jurídica de modificación sustancial condiciones de trabajo ex artículo 41 ET que, por sus especiales características, ha sido objeto de regulación en un precepto distinto. Y baso mi criterio en los siguientes argumentos:

I. El traslado, en esencia, supone un cambio trascendente en la fisonomía de la prestación de servicios desarrollada hasta ese momento, tal y como ocurre con la modificación sustancial de condiciones.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

II. La regulación dispensada en los artículos 40 y 41 ET, en cuanto a las causas, procedimiento y opciones de las personas afectadas albergan un elevado grado de similitud.

III. El propio artículo 41 ET, en su apartado séptimo, alude expresamente a los traslados, remitiendo al artículo 40 ET, lo que denota la evidente vinculación entre ambas medidas empresariales. Es cierto que tal interpretación podría ser combatida con la siguiente: el legislador, por coherencia normativa, ha querido evitar que el *numerus apertus* contenido en el artículo 41 ET, en relación a las materias que pueden ser objeto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sirva de resquicio a la inclusión de los traslados dentro de la regulación contenido en dicho precepto, pues tal situación acabaría por generar confusión sobre la aplicabilidad del artículo 40 o del 41 ET, cuando se esté ante un traslado de trabajadores. Pero, aun en el caso de que se aceptara tal lectura, considero que mi planteamiento no quedaría alterado, pues el mismo ha sido cincelado sobre la base de que los traslados y las modificaciones sustanciales son regulados por separado, lo que no es óbice a que pertenezcan, en puridad, a una raíz común: variación sustancial en las condiciones habituales en las que una persona trabajadora desarrollaba su actividad profesional.

En este contexto, como se adelantaba, cuando la movilidad geográfica conlleve, asimismo, una modificación sustancial del contenido sinalagmático del contrato de trabajo, entiendo que se deberá cumplir

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

también con las exigencias del artículo 39 y/o 41 ET. En ciertos convenios colectivos, se trata de regular este particular, en el sentido de disponer que la persona afectada por el cambio locativo queda vinculada a la jornada, horario de trabajo y calendario vigente en el centro de trabajo de llegada, conteniendo cautelas tales como si la jornada de trabajo correspondiente al centro de origen, fuese inferior a la del de llegada, se abonará el exceso como horas extraordinarias, que no computarán para el límite del número de dichas horas⁹⁰; o mantener el derecho a percibir la misma retribución que tenía reconocida en el momento en que se produzca el cambio de lugar de trabajo si ésta fuese superior a la vigente en el nuevo centro⁹¹. Sin perjuicio de su posterior estudio en el apartado de impugnación de medidas⁹², es conveniente lanzar ahora cuestiones como: ¿si se han de articular conjuntamente la movilidad geográfica junto a la modificación sustancial?

En mi opinión, se puede y de deber articular conjuntamente, si bien, con los siguientes matices. Del mismo modo que no puede aplicarse simultáneamente sobre la misma persona un despido objetivo por causas técnicas, organizativas, económicas o de la producción y un despido disciplinario, ya fuere en la misma carta de despido o en dos distintas, no parece tener encaje legal que a un operario se puedan aplicar al mismo tiempo dos medidas reguladas en apartados distintos bajo unas mismas

⁹⁰ Artículo 85 del C. Colectivo Estatal de la Construcción (BOE 232/2017, de 26 de Septiembre de 2017)

⁹¹ Artículo 36 del Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal (24-3-2017)

⁹² Parte VI.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

causas. Ello, salvo que la modificación sustancial sea la consecuencia del traslado, pero no a la inversa. En este sentido, cuando las necesidades hagan necesario un traslado a un centro de trabajo en el que las funciones de la persona afectada vayan a verse alteradas sustancialmente, en la propia comunicación de movilidad geográfica habrá que proyectar los efectos de la misma, siendo uno de ellos la variación en las funciones a realizar. El siguiente ejemplo puede resultar ilustrativo: una empresa que cuenta con dos centros de trabajo, se ve en la necesidad de trasladar a un empleado del centro de Sevilla, que ha cerrado, al de Barcelona. En el primero, realizaba funciones de mantenimiento eléctrico, pero en el de destino solo hay una vacante para el montaje y pintura, que corresponde a un grupo profesional inferior. Pues bien, en este caso, se estaría ante una modificación sustancial de las funciones del empleado, derivada de la movilidad geográfica operada, que debería venir articulada en la carta de movilidad geográfica.

Entiéndase que tal proceder debe ser algo excepcional y que, en todo caso, ha de respetar la dignidad profesional y no emplearse como despido encubierto. Y digo excepcional por cuanto lo que precede, según mi entender, no puede convertirse en una práctica generalizada, sino en una alternativa menos traumática a otro tipo de medidas. Así las cosas, en el supuesto anterior se estaba ante un cierre de centro que solo dejaba opción al traslado o al despido, habiendo optado la empresa por la medida menos drástica, eso sí a costa de reubicarle en un puesto de trabajo perteneciente a un grupo inferior. Si, en cambio, la causa que motivara el traslado fuera la voluntad empresarial de mejorar los resultados

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

económicos del centro de trabajo de destino, trasladando para ello al director de otro de sus centros, no parecería tener encaje, al menos a priori, asignarle a un puesto de trabajo de un grupo inferior.

Para cerrar esta cuestión, debo explicar por qué, a mi criterio, lo anterior no sería jurídicamente viable a la inversa, esto es, si el traslado fuera la consecuencia de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. De entrada, por cuanto el supuesto referido es algo excepcional. Además, si el empresario recurre a una modificación sustancial es porque, con la misma, considera que resolverá la situación -o, al menos, a ello aspira-. Y si de lo que se trata es de amortizar puestos de trabajo, tendrá que recurrir bien a un despido o a un traslado, pero no a una modificación sustancial que acabe propiciando aquéllos. Con un ejemplo, puede que se aprecie mejor lo que expongo: un restaurante entra en situación de pérdidas y, tras analizar las ventas, el tipo de clientela y las quejas recibidas, advierte que necesita cambiar la organización, de forma que reduzca el número de cocineros y, en cambio, incremente el de ayudantes de camarero para así agilizar el servicio. En consecuencia, decide realizar una modificación sustancial a cuatro de los diez cocineros, transformándoles a ayudantes de camareros, y despedir a otros dos. Con esta actuación, el empresario trataría de corregir la situación negativa en la que se encuentra; en cambio, no tendría base jurídica, a mi modo de ver las cosas, para proceder a la modificación sustancial de seis cocineros y en dos de ellos, dentro de dicha modificación, articular un despido o traslado por exceso de mano de obra. También cabe preguntarse lo siguiente:

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

A) ¿qué límite indemnizatorio resultaría de aplicación, el de 9 meses (modificación sustancial ex artículo 41 ET) o el de 12 meses (movilidad geográfica ex artículo 40 ET)? Considero que debería estarse a la medida empresarial principal y originaria, que, en el supuesto anterior, sería la del traslado. Por ende, resultaría de aplicación el límite de doce meses y no sería exigible a la persona trabajadora afectada que, para resolver su contrato, justificara que la medida le genera un perjuicio (a diferencia de la modificación sustancial, que sí lo requiere).

B) si, una vez probada la existencia de las causas que motivaron la movilidad geográfica, ¿la movilidad funcional vendría necesariamente justificada? En mi opinión, la modificación de las funciones del empleado afectado por la movilidad geográfica debería ser objeto de acreditación por parte de la Empresa, pues, con la figura del traslado, únicamente se autoriza a la empresa, en caso de concurrir causas objetivas acreditadas, a cambiar el centro de trabajo de la persona trabajadora, no sus funciones. De ahí, que el empresario deba desarrollar, dentro de la comunicación de traslado, las razones por las que el puesto de trabajo se verá alternado en relación al centro de origen.

C) ¿la movilidad geográfica puede derivar en un despido en caso de que en el centro de trabajo de destino no exista una determinada vacante concreta? No, pues en tal supuesto, en opinión del autor, se estaría ante un despido provocado por la propia empresa. Esto es, no

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

tendría cabida legal trasladar a un empleado a un centro de trabajo de destino en el que no hubiera vacantes para que, acto seguido, se procediera a su despido objetivo precisamente en base a tal circunstancia.

1.5 Empresa

El cuarto y último elemento locativo a estudiar dentro de este apartado es el concepto de «empresa». Aun tratándose de un término de uso cotidiano y cuyo significado puede presumirse conocido, conviene realizar una serie de matizaciones. Para ello, se partirá de la noción genérica de empresa, para, de seguido, descender al significado, sentido y efectos de aquella en el plano del derecho laboral.

El origen de la locución «empresa» puede situarse en la Edad Media, y proviene etimológicamente de la expresión latina «*prehendere*», que significa atrapar. A lo largo del tiempo, ha ido recibiendo diversas definiciones y caracterizaciones, determinadas, en buena medida, por el por contexto social de cada momento. Entre otras acepciones, es oportuno citar a ROMERO⁹³, quién la definió como «*el organismo formado por personas, bienes materiales, aspiraciones y realizaciones comunes para dar satisfacciones a su clientela*». Y es que, en esencia, la empresa es exactamente eso, un conjunto organizado de medios cuyo propósito final es producir un bien o prestar un servicio susceptible de satisfacer las

⁹³ ROMERO, R.: *Marketing*, Editorial Palmir E.I.R.L., 1997, Pág. 9.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

necesidades del cliente. Por su parte, la Real Academia Española de la lengua, le atribuye, en la actualidad, la calificación de «*unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*»⁹⁴.

En ambas definiciones se pueden apreciar dos partes diferenciadas pero estrechamente conectadas entre sí: de un lado, los elementos que integran la empresa; de otro, el fin que se persigue a través de los mismos. La primera parte, alude a los medios humanos y materiales que componen la organización empresarial; la segunda, a los productos o servicios concretos que, por medio de los primeros, se pretende producir/prestar para su venta en el mercado. Evidentemente, los segundos serán los que determinen la naturaleza de la empresa, pues en función de los bienes o servicios a producir, se dispondrán de unos concretos medios humanos, materiales, establecimiento/s geográfico, estrategias de venta, etc...,

Descendiendo al plano laboral, la doctrina clásica ha asociado el término «empresa» a las relaciones contractuales⁹⁵. Esto es, a la titular de los contratos con las personas trabajadoras que prestan servicios y con el resto de partes necesarias para el desarrollo empresarial (proveedores, arrendatario, etc...). En este sentido, el Tribunal Supremo, ha venido definiendo a la Empresa como la «*organización económica de elementos*

⁹⁴ En <https://dle.rae.es/?w=empresa> (última consulta: 16 de abril de 2019).

⁹⁵ ALONSO OLEA, M.: *La empresa desde el punto de vista social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 80.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

productivos, encaminada a la producción de bienes o servicios»⁹⁶, así como «la organización de bienes, actividades y relaciones de muy variada condición constitutiva de un todo único susceptible de ser objeto de negocios jurídicos»⁹⁷. En términos similares, la ha calificado como «la organización de medios, personas y materiales encaminada a la realización de la actividad que constituye su objeto»⁹⁸.

Como puede constatarse, la concepción esbozada por el Tribunal Supremo no se aleja de las referidas anteriormente. Asimismo, en todas ellas se advierte la convergencia de los elementos estudiados anteriormente y que integran el concepto de centro de trabajo: «unidad productiva» y «organización específica». En este sentido, toda Empresa, a efectos laborales, ha de tener, al menos, una unidad productiva, con autonomía técnica y organizativa, capaz de producir bienes y/o prestar servicios. Dicho de otra forma, debe disponer de un centro de trabajo ex artículo 1.5 ET. Sin embargo, no toda unidad productiva y/o todo centro de trabajo, constituirá propiamente una Empresa.

En efecto, en opinión del autor, la Empresa es algo más que una unidad productiva, o que un centro de trabajo. Consiste en la plasmación de una idea en un conjunto organizado de elementos materiales y humanos que conforman un sistema encaminado a la obtención de ingresos por la

⁹⁶ STS de 26 de enero de 1988 (EDJ 1988/10437)

⁹⁷ STS de 26 de enero de 1987 (RJ 1987, 24)

⁹⁸ STS de 9 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 5678)

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

venta de bienes o prestación de servicios. Y se entiende integrada por todos los elementos que la componen y le permiten funcionar como tal: empleados, directivos, instrumentos productivos, establecimientos, marca, página web, publicidad, etc...

Así queda delimitada, pues, la diferenciación entre centro de trabajo y Empresa. La virtualidad de esta distinción se aprecia de inmediato en el propio artículo 40 ET, en el que el Legislador alude tanto al término «centro de trabajo» como «empresa» al configurar la movilidad geográfica. Antes de seguir, debe realizarse otra distinción, en esta ocasión, entre el concepto «empresa» y «empresario», así como «empresario a efectos laborales» y «empleador», para así poder comprender con mayor rigurosidad a qué se refiere el legislador cuando emplea el término «empresa» en el meritado precepto.

A) El empresario, en sentido estricto, al que se aludirá como «empresario mercantil», es el titular propietario o directivo de una industria, negocio o empresa⁹⁹. Tal y como explica SÁNCHEZ CALERO, es el titular de la Empresa y sujeto, por tanto, de las relaciones jurídicas que en su actividad surgen¹⁰⁰. Con claridad expositiva, refiere el citado autor que se ha producido una evolución en este término, pasando de la acepción «comerciante» a «empresa», o con mayor propiedad, a

⁹⁹ Definición según <https://dle.rae.es/?w=traslado> (última consulta: 12 de marzo de 2019)

¹⁰⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios del Derecho Mercantil*, revisada por SÁNCHEZ-CALERO, J., Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 74.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

«empresario», pues las actividades que integran el mismo, trascienden de las comerciales, abarcando numerosas más, tales como industriales, bancarias, aseguradores, etcétera¹⁰¹. También se pueden hallar definiciones más amplias, como *«la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejerce la actividad de organizar los medios precisos para la producción o cambio de bienes o servicios para el mercado»*¹⁰², y otras más sucintas como aquél que *«ejerce una actividad empresarial en nombre propio»*¹⁰³. Por su parte, el Tribunal Supremo lo ha descrito como *«el titular de una organización económica que decide cómo debe funcionar desde todos los puntos de vista, asumiendo los riesgos de la actividad»*¹⁰⁴.

B) Ahora bien, la normativa laboral exige algo más para ostentar la consideración de «empresario a efectos laborales». De un lado, el apartado segundo del artículo 1 del ET, define al Empresario como la persona física o jurídica, o comunidad de bienes, que recibe la prestación de servicios de los trabajadores, la cual se realiza por cuenta ajena y dentro de su ámbito de organización y dirección, a cambio de una retribución. Por su parte, el artículo 10, del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social,

¹⁰¹ Ibidem, págs. 73 y 74.

¹⁰² SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág.105.

¹⁰³ GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, E.: *Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 55.

¹⁰⁴ STS de 18 de marzo de 1994 (RJ 1994/2548)

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

dispone que *«a efectos de lo dispuesto en este Reglamento, se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social»*.

No se exige que el empresario, a efectos laborales, coincida con el concepto propio en la esfera mercantil, de ahí que la equiparación semántica de empresario y empleador solo tendrá cabida si en la acepción empresario se entiende únicamente la persona física o jurídica que contrata a un trabajador. A estos efectos, el TSJ de Cataluña precisó que *«la concepción iuslaboralista de empresario no admite parangón con la propia del derecho mercantil, pues mientras éste atiende a una realidad multifactorial, la primera pone su énfasis en la prestación de servicios»*¹⁰⁵.

En efecto, más parece ajustarse al concepto de empresario a efectos laborales la descripción brindada por el TS con el siguiente tenor: *«titular de la organización o explotación dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección y por cuenta y a cargo de la misma»*¹⁰⁶. En este sentido, podría atribuirse la condición de Empresario laboral tanto al panadero que ostenta la titularidad de un horno, trabaja todos los días en él, y recibe la prestación de sus empleados, como a quien

¹⁰⁵ STSJ de Cataluña, de 15 de diciembre de 1995, Rec. 7156/1993.

¹⁰⁶ STS de 17 de julio de 1993 (RJ 1993, 5688).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

ostentando la titularidad de dicho horno únicamente se dedica a la explotación de ese negocio a través de sus trabajadores, sin prestar un servicio laboral personal.

En síntesis, será empresario, a efectos laborales, aquél que tenga a su cargo a trabajadores cuya prestación de servicios se realice en los términos descritos en el artículo 1 ET, distinguiéndose de la visión clásica de referido término antes referida, identificándose más la de patrono¹⁰⁷.

C) En cuanto al concepto «empleador», bien puede definirse como el «*sujeto de una relación de trabajo que aparece asumiendo la posición de acreedor de la prestación de servicios y deudor del salario*»¹⁰⁸. Me estoy refiriendo a la «otra parte» del contrato, es decir, a quien recibe la prestación de servicios y ha de retribuirlo.

Llegados a este punto, y retomando el ejemplo anterior, se ha de analizar las diferentes situaciones que pueden producirse en la práctica:

I. Si el panadero (tanto si trabaja o no en la panadería) es el titular de los contratos de trabajos y obtiene directamente los frutos de la actividad empresarial, asumiendo personalmente el riesgo y ventura del

¹⁰⁷ Persona que emplea trabajadores, en <https://dle.rae.es/?w=patrono> (última consulta: 18 de mayo de 2019).

¹⁰⁸ MONEREO PÉREZ, JL., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, MN.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2014, pág. 418.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

negocio, aquél será el empresario a efectos laborales y el empleador de los trabajadores. Se trataría de un empresario persona física, con la suficiente capacidad legal, que contrata a trabajadores, asumiendo personal y directamente los derechos y obligaciones derivadas de la normativa laboral y del propio contrato de trabajo. En estos casos, el empleador responderá con todos sus bienes, presentes y futuros. La empresa sería la panadería en sí.

II. Si, en cambio, se sirve de una sociedad para explotar la panadería, la cual es la titular de los contratos: es la que percibe los rendimientos y asume los riesgos y obligaciones, el empleador será la sociedad y también el empresario a efectos laborales. En este caso, el panadero será empresario mercantil. Podrá ser administrador único, realizando labores mercantiles; o administrador único y gerente, realizando una labor de dirección y control; asimismo, podrá trabajar en la panadería; pero, en todos estos casos, el empresario a efectos laborales continuará siendo la sociedad y no el panadero, salvo en el supuesto de grupo de empresas patológico que posteriormente veremos. En estos casos, las órdenes de trabajo no provienen directamente del empleador o empresario a efectos laborales, sino del empresario mercantil, pero ello no desnaturaliza el contenido del artículo 1 ET. En efecto, el empresario mercantil actúa como apoderado del empleador (la sociedad que explota el horno), sirviendo de canal de manifestación del empresario a efectos laborales. Las órdenes e instrucciones y las decisiones en general, son motivadas por el empresario mercantil pero materializadas por el empresario laboral o empleador (sociedad).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

En este contexto, debe citarse a MIÑAMBRES PUIG¹⁰⁹, quien ha defendido que el trabajador, más que suscribir un contrato con un empresario individualizado y determinado (empresario mercantil), lo hace «en y para» una empresa concreta (entendida como empleador, que bien puede ser, empresario individual, coincidiendo con el concepto empresario mercantil, o con una sociedad, siendo ésta el empresario laboral). En este sentido, el autor explica que el carácter personal de la relación jurídico-laboral oscila cuando del empresario se trata, pues éste contrata no tanto como parte sino como titular de una empresa. Aceptando que puede resultar confuso que la persona física (empresario mercantil) titular de una sociedad con trabajadores a su cargo (empresario laboral) que imparte órdenes diarias a éstos, no sea la figura a la que alude el artículo 1.2 ET, se va a poner un ejemplo que sirva para deslindar ambas figuras. Piénsese en un empresario (persona física) que contrata directamente a empleados (siendo empresario mercantil y laboral al mismo tiempo), para prestar servicios en un taller de reparación de vehículos. Dicho empresario, delega en un gerente la dirección íntegra del negocio, pues aquél se dedica al transporte por carretera y no puede atender el referido taller. En esta ocasión, la persona que imparte diariamente las órdenes e instrucciones, y, en su suma, *dirige* el negocio, no es el empresario, sino un tercero en el que aquél ha delegado, pero no por ello el gerente asume la posición de empresario laboral (tampoco mercantil). Pues esto es lo que ocurre con el supuesto que refería anteriormente, el empresario laboral (sociedad)

¹⁰⁹ MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo... op. cit* (1985), pág.57

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

delega en el empresario mercantil, la dirección de la Empresa, pero cuando éste actúa, lo hace *en nombre y representación* de la sociedad.

Como puede observarse, el término empleador y empresario a efectos laborales son coincidentes¹¹⁰, si bien, no ocurre lo mismo entre aquél y empresario mercantil. En este sentido, y de forma muy didáctica, CAMPS RUIZ¹¹¹, aclara que puede ocurrir que un empresario mercantil no sea empleador -por ejemplo, un empresario autónomo sin trabajadores a su cargo- o que un empleador no sea empresario en su significado mercantil -titular de un contrato de trabajo del hogar familiar-, además de los supuestos desarrollados en los párrafos precedentes.

Pues bien, regresando al artículo 40 ET, cuando el legislador alude al término «empresa», está refiriéndose realmente al titular de las relaciones laborales, esto es, al empleador (o empresario a efectos laborales), tanto a la persona jurídica como física -o, en su caso, comunidad de bienes- que recibe la prestación de servicios de los trabajadores, y que puede contar con uno o más centros de trabajo. Puede parecer que los términos «empresa» y «empresario» se entremezclan hasta el punto de confundirse, pero nada más lejos de la realidad; el término «empresario a efectos laborales» es una construcción terminológica destinada a identificar el titular de las relaciones laborales y el responsable

¹¹⁰ Artículo 1.1. ET: el legislador ha empleado la disyuntiva copulativa «o», con valor extensivo (ambas opciones).

¹¹¹ CAMPS RUIZ, LM.: «El Empresario» en AA.VV. (Dir. GOERLICH PESET, JM.): *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 132.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

de los derechos y obligaciones que de ella derivan. Por tanto, el artículo 40 ET, como precepto integrante de la normativa laboral, es normal que aluda a la Empresa en el sentido de «sujeto titular de las relaciones laborales», denominado, en el artículo 1 ET, «empresario» y no tanto como Empresa en sentido genérico. Piénsese, a modo de ejemplo, en una Empresa que no tuviera empleados por cuenta ajena. A estos supuestos no se refiere el concepto «empresa» acuñado en el artículo 40 ET. La realidad de lo que exponemos no se aprecia con la misma nitidez a lo largo del artículo 40 ET. A modo de ejemplo, en sus apartados 1 y 2, se emplea la acepción «empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes» o «a un centro de trabajo distinto de la misma empresa». Puede parecer que el legislador se está refiriendo al concepto de «empresa» como «*organización económica de elementos productivos, encaminada a la producción de bienes o servicios*»¹¹². Sin embargo, tal posibilidad ha de decaer porque en dicho concepto faltarían las notas de dependencia y ajenidad, que sí concurren en el empleador o empresario a efectos laborales. En el apartado cuarto, por su parte, se precisa en el segundo párrafo, en alusión a los trabajadores víctimas de violencia de género, que «*en tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro*». En este caso, sí parece identificarse con mayor precisión que en los apartados primero y segundo, la figura del empresario, en tanto en cuanto se le exige (singularmente) esa obligación de comunicación. Con todo, en ambos

¹¹² STS de 26 de enero de 1988 (EDJ 1988/10437).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

supuestos, el texto se está refiriendo al empleador o empresario a efectos laborales.

Retomando el *iter*, apuntaba que la distinción entre empresa (en ese caso, empresario a efectos laborales) y centro de trabajo, deviene muy trascendente porque el propio artículo 40 ET alude a ambas. Y ello es así, principalmente, en relación al apartado segundo, atinente al cómputo de trabajadores a efectos de determinar si un traslado será o no de carácter colectivo. Sin perjuicio de que, posteriormente, se analice con mayor profundidad este particular, conviene ahora adelantar lo siguiente: el legislador español está diferenciando dos supuestos en los que los términos arriba indicados adquieren un papel determinante: de un lado, los traslados que afecten a todo el centro de trabajo, -siempre que esté integrado por un mínimo de seis trabajadores-, será de carácter colectivo; de otro, cuando no afecte a la totalidad del centro, el legislador fija en la plantilla de la Empresa (que puede tener uno o más centros de trabajo), la referencia cuantitativa a partir de la cual se dirimirá si un traslado deberá o no seguir los cauces del procedimiento colectivo¹¹³. De ahí la importancia de distinguir entre ambos términos.

Otro aspecto importante a abordar es el traslado de empleados de una Empresa a otra, a fin de valorar si estaría dentro del artículo 40 del

¹¹³ Todo ello sin perjuicio de lo que posteriormente desarrollaremos en relación al criterio del TJUE en relación al cómputo de los trabajadores en los despidos objetivos que afecten a un determinado número de empleados de un centro de trabajo y sus posibles efectos sobre los traslados de trabajadores.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

ET. Vaya por delante que me refiero a traslados operados dentro de un mismo grupo empresarial¹¹⁴. Fuera de estos supuestos, el pase de un trabajador entre sociedades distintas -sucesión y subrogación aparte-, trasciende indubitadamente del poder de dirección del empresario.

Antes de dar respuesta a esta cuestión, conviene distinguir entre los grupos de empresas legalmente constituidos y aquéllos denominados «patológicos» o con responsabilidad solidaria a efectos laborales. Éstos últimos son una creación jurisprudencial acuñada para referirse a aquéllos supuestos en los que, de forma fraudulenta y mediante el levantamiento del velo, si es necesario, se descubre un funcionamiento unitario del grupo¹¹⁵; con una prestación laboral indistinta, común, simultánea o sucesiva a favor de varias empresas del grupo¹¹⁶; la creación de empresas formales sin sustento real¹¹⁷; confusión patrimonial, laboral, con unidad de caja, plantillas, dirección, exteriorización, entre otras¹¹⁸. La consecuencia jurídica, en tales supuestos, es la extensión de responsabilidad a

¹¹⁴ Como posible acepción del término «grupo de empresas», conviene citar la D.A Cuarta de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo: «a los efectos de lo establecido en la presente Ley se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás. Se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio». Conviene, asimismo, citar a MONEREO PÉREZ, LJ, MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, MN. *Manual de Derecho.... Op. cit* (2014), pág.422, que lo han definido como «aquella unidad de decisión creada por el ejercicio de una dirección económica unitaria para una pluralidad de sujetos empresariales jurídicamente independientes»

¹¹⁵ STS de 6 de mayo de 1981(EDJ1981/8204) y 8 de octubre de 1987 (EDJ 1987/7169).

¹¹⁶ STS 4 de marzo de 1985 (EDJ 1985/1367).

¹¹⁷ STS 11 de diciembre de 1985 (EDJ 1985/6519).

¹¹⁸ STS 30 de junio de 1993 (EDJ 1996/6495).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

sociedades distintas de aquélla que formalmente tiene contratado al trabajador¹¹⁹, a diferencia de los grupos de empresas no patológicos, en los que cada sociedad es sujeto de los derechos y obligaciones propios de forma individual.

Pues bien, empezando por los primeros, y con el matiz de que la circulación de trabajadores entre sus sociedades podría derivar en una declaración de responsabilidad solidaria o de cesión ilegal de trabajadores, considero que se estaría fuera del artículo 40 ET. En efecto, se trataría de un cambio en la titularidad del contrato de trabajo en cuanto al empleador se refiere (que no necesariamente en el empresario mercantil, que podría ser el mismo), lo que desembocaría en dos relaciones laborales diferenciadas. Piénsese, por ejemplo, en un empresario mercantil (Z) que tenga cuatro sociedades (A, B, C y D). Un empleado que presta servicios para la «Empresa A», sita en Cádiz, recibe habitualmente órdenes e instrucciones del empresario mercantil *instrumentalizadas* a través de la referida «sociedad A». En este escenario, el empresario mercantil sería «Z», y el empresario laboral o empleador «A». Pues bien, el «empresario Z» decide trasladar al trabajador a la «Sociedad C», radicada en Sevilla. En este caso, a criterio del autor, se traspasarían las fronteras del *ius variandi* empresarial -y, por imperativo necesario, del artículo 40 ET-, tratándose de un cambio en la titularidad de la relación laboral (empleador o empresario laboral) que requeriría el consentimiento expreso del trabajador.

¹¹⁹ SSTs 29 de octubre de 1997 (RJ 7684) y 26 de septiembre de 2001 (RJ 1270).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Cuestión disímil es la atinente a los grupos de empresas patológicos. Retomando el ejemplo anterior, puede ocurrir que las sociedades compartan centros de trabajo, con plantillas entremezcladas que reciben órdenes e instrucciones de los mismos mandos intermedios, o bien con centros de trabajo con plantillas diferenciadas. En estos ejemplos, es posible encontrarnos con modificaciones locativas que suponen pasar al centro de trabajo de una Empresa distinta a la empleadora del trabajador que, en puridad legal, deberían conllevar un cambio en el titular de la relación laboral. Lo que se ha cuestionar es la viabilidad de poder imponer un cambio de centro de trabajo, que implique movilidad geográfica sustancial y a su vez un *cambio* de titular de la relación laboral (ya sea a efectos formales). Es decir, si es posible que el «empleado J», que tiene suscrito un contrato de trabajo con la «Sociedad B», prestando servicios en Murcia, sea trasladado al centro de trabajo de Santander, cuya titularidad ostenta la «Sociedad D». En este casos, y compartiendo el criterio de SALA FRANCO¹²⁰, entiendo que serían de aplicación las reglas establecidas en el artículo 40 ET, en tanto en cuanto, dichas empresas operarían como una única plantilla a efectos del derecho del trabajo, por lo que sus trabajadores serían acreedores de las cautelas contenidas en dicho precepto en caso de que se les aplique un traslado a otro centro de trabajo que implique cambio de residencia.

¹²⁰ SALA FRANCO, T.: «La Movilidad Geográfica», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 58, 2005, pág. 100.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Con lo que antecede, queda trazada la línea divisoria entre los conceptos de centro de trabajo (unidad productiva con organización específica), lugar de trabajo (ámbito locativo de trabajo), puesto de trabajo (ámbito funcional, contenido de trabajo concreto de un empleado) y empresario a efectos laborales (quién tenga a su cargo a trabajadores cuya prestación de servicios se realice en los términos descritos en el artículo 1 ET). La identificación y caracterización de todos ellos es fundamental para una adecuada comprensión del artículo 40 ET y necesaria para una aplicación correcta del mismo.

El centro de trabajo habitual del trabajador será tomado, en la mayoría de casos, como punto de inicio de la movilidad geográfica, a fin de valorar si el cambio locativo operado exige la necesidad objetiva de cambio de residencia. Ahora bien, en determinados supuestos, será el lugar de trabajo ocupado por la persona trabajadora el que ofrezca esa coordenada de inicio y, en otros, tendrá que ser conjugado junto al centro de trabajo para dirimir si resulta de aplicación el artículo 40 ET.

En cuanto al puesto de trabajo, será otro factor importante en la movilidad geográfica, en tanto en cuanto operará como límite a la facultad empresarial. En determinadas ocasiones, de forma directa, por mandato legal; en otras, de forma indirecta, en la medida que al tiempo de ejecutar un traslado, ha de tenerse en cuenta el puesto de trabajo que ocupará la persona trabajadora afectada por aquél, en el centro de trabajo de destino.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Por último, y en lo atinente al concepto de Empresa, es relevante su conocimiento y distinción del resto de términos afines, entre otros particulares, para la correcta comprensión del cómputo de trabajadores en los traslados colectivos, para lo cual se abordará la disidencia existente entre la normativa nacional y la comunitaria en relación con los despidos colectivos y su eventual extensión a la movilidad geográfica de personas trabajadoras.

CAPÍTULO 2. FIJACIÓN DEL LUGAR DE TRABAJO.

2.1 Introducción

Abordados los diferentes elementos locativos y funcionales que integran la prestación de servicios, es momento de dar paso ahora a la fijación del lugar de trabajo. Como he avanzado, esta fase contractual previa deviene necesaria para el estudio de la movilidad geográfica, pues revelará uno de sus elementos esenciales: el punto de origen del cambio locativo realizado. Lo cierto es que, en los apartados anteriores, al tiempo que se realizaba un profundo análisis de los términos locativos, se iban dibujando las líneas esenciales sobre la fijación del lugar de trabajo, por lo que el objeto de este apartado será culminar tal cometido, para poder identificar debidamente qué se ha de entender por el «centro de trabajo inicial». Ya en el epígrafe destinado al lugar de trabajo se adelantó la importancia del lugar de ejecución en la movilidad geográfica, de ahí que devenga imperativo ahondar en la fijación de ese lugar de trabajo.

Como punto de partida, y siguiendo a SERRANO OLIVARES¹²¹, se puede afirmar que en la acción de determinación del lugar de trabajo converge el ejercicio de varios derechos constitucionales: la libertad de empresa y de organización¹²², libertad de residencia y circulación¹²³, junto

¹²¹ SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo... op. cit* (2000), pág. 64.

¹²² Artículo 38 CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

al derecho al trabajo y a la libre elección de oficio o profesión¹²⁴ y que constituye una condición típicamente individual¹²⁵. A fin de abordar esta materia, se partirá de la regulación del código civil para posteriormente descender al plano laboral.

2.1 Referencia a la fijación del lugar de ejecución en el Código Civil y su aplicabilidad en el contrato de trabajo

Determinar el lugar exacto en el que debe cumplirse una obligación tiene una gran importancia práctica y no menos trascendencia económica, y así se observa en las reglas modelo europeas e internacionales¹²⁶. En ese sentido, el artículo 1171 del Código Civil¹²⁷, contiene las premisas esenciales en materia de lugar de cumplimiento de la obligación dimanante del contrato suscrito entre las partes. El legislador, en primer término, encomienda a las partes la determinación en el contrato del lugar de cumplimiento. Atendiendo a la dicción literal, esta fijación se ha de

¹²³ Artículo 19 CE: *Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.*

¹²⁴ Artículo 35.1 CE: *Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*

¹²⁵ SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo... op. cit* (2000), pág. 66.

¹²⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: «Lugar y tiempo del cumplimiento de las obligaciones en la armonización del Derecho Europeo de Contratos», *Revista InDret*, 2017, Pág. 5.

¹²⁷ Artículo 1171 CC: *«El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor».*

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

entender en términos expresos¹²⁸, si bien, y siguiendo a DÍEZ-PICAZO¹²⁹, también tendría encaje la voluntad tácita de las partes. En defecto de fijación expresa, el apartado segundo del referido precepto fija el lugar de cumplimiento allí donde radicaba la cosa objeto de la obligación contractual al momento de suscribirse éste último. En ausencia de estos dos criterios, el tercer apartado del citado artículo 1171 CC, precisa que el lugar de cumplimiento será el domicilio del deudor. Esta última posibilidad se conoce como «*favor debitoris*»¹³⁰, si bien, en la práctica jurídica es habitual que el acreedor trate de fijar el lugar de cumplimiento que más favorable a sus intereses le resulte.

Se aprecian, pues, la confluencia de varios criterios, abanderados por la autonomía de las partes, seguido por la naturaleza de la relación obligatoria y, finalmente, la regla del «*favor debitoris*». A criterio del autor, no debe pasarse por alto que de los tres escenarios regulados por el

¹²⁸ En conexión con el artículo 1500 CC: «*El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijado por el contrato; con el artículo 1774 de ese mismo cuerpo normativo: Cuando al hacerse el depósito se designó lugar para la devolución, el depositario debe llevar a él la cosa depositada; pero los gastos que ocasione la traslación serán de cargo del depositante*». Y con el artículo 1574 CC: «*Si nada se hubiere pactado sobre el lugar y tiempo del pago del arrendamiento, se estará, en cuanto al lugar, a lo dispuesto en el artículo 1.171; y, en cuanto al tiempo, a la costumbre de la tierra*».

¹²⁹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 345.

¹³⁰ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., en «El favor debitoris en el Derecho Español», *Anuario de derecho civil*, nº 4, 1961, págs. 844-845 en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1961-40083500850 (última consulta: 16 de junio de 2019): es un acto consistente en atribuir un trato más favorable al deudor, para, de esta manera, poder facilitarle el cumplimiento de la obligación.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

referido artículo 1171 CC, solo el primero encuentra un encaje solvente en el ámbito del contrato de trabajo, referido a la fijación expresa -o tácita- en el contrato del lugar de prestación. En efecto, en el segundo canon supletorio, se regula una obligación del dar, lo que no parece encajar con la fisonomía del contrato de trabajo. En cuanto al tercer y último criterio, también puede plantear problemas al trasladarlo al ámbito laboral, pues entraría en colisión con el artículo 1 ET, que configura la relación laboral como esa prestación de servicios que se realiza dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, y que, consecuentemente, cercena todo planteamiento tendente a imponerle a éste último -ya sea con carácter supletorio- que el lugar de prestación de servicios sea en el domicilio del trabajador, todo ello sin perjuicio del artículo 13 ET. Con todo, esta transposición será estudiada posteriormente.

Junto a esta regla general, el Código Civil contiene otras específicas: en el contrato de compraventa, regulado en el ya mencionado artículo 1500 CC, que fija como regla supletoria a la fijación expresa en el contrato, el lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida; también con carácter supletorio, y en relación con el contrato de depósito, el artículo 1774 CC, que establece como lugar de la obligación aquél el que se halle la cosa depositada, precisando que no necesariamente tendrá que ser coincidentes con el lugar donde se realizó el depósito. Aunque estas reglas pueden tenerse en cuenta a efectos analíticos, no encuentran, bajo mi consideración, trasposición coherente y sólida a la normativa laboral.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Otra de las cuestiones que tienen que estudiarse en este apartado, una vez ya se han concretado las reglas de fijación del lugar de cumplimiento de la obligación, es la relevancia del término locativo en el contrato civil. Si bien es cierto es que el artículo 1104 CC, asocia la existencia de culpa o negligencia del deudor a la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, no menos cierto es que la legislación civil¹³¹ no incluye el lugar de cumplimiento como uno de los requisitos esenciales del contrato. Es por ello que no resulta desdeñable colegir que la relevancia que la normativa civil le confiere al lugar de trabajo no alberga una importancia digna de equiparación a la que el término locativo ostenta en el derecho del trabajo¹³².

2.2 Fijación expresa del lugar de trabajo.

2.2.1. Ausencia de regulación específica

El Estatuto de los Trabajadores, como compendio que es de derechos, obligaciones y cánones aplicativos a la prestación de servicios por cuenta ajena, no contiene, por extraño que parezca, una regulación específica sobre la fijación del lugar de trabajo. A diferencia de la

¹³¹ El Artículo 1261 establece, como requisitos constitutivos y necesarios del contrato el consentimiento de las partes contratantes, el objeto del contrato, que ha de ser cierto, y la causa de la obligación.

¹³² Vid. Parte I tesis.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

normativa civil estudiada, en la que sí se establecen una reglas generales sobre el lugar de cumplimiento de la obligación¹³³, el legislador no ha considerado oportuno introducir pautas para hacer lo propio en el contrato de trabajo. La única referencia que se localiza en el ET sobre el lugar de trabajo, a efectos de su fijación, se encuentra en el artículo 13, sin perjuicio de la referencia contenida en el artículo 29.1 de ese mismo cuerpo normativo¹³⁴, que no tiene natural cabida en el estudio que me ocupa en este momento. En aquél artículo se regula el trabajo a distancia que, por las connotaciones locativas propias que presenta, sí ha sido destinatario de una mayor concreción en lo atinente al lugar de trabajo, si bien, no tan explícita como en su anterior regulación¹³⁵. En efecto, el legislador ha establecido para esta modalidad contractual, el lugar de prestación de servicios, que será el domicilio del trabajador o el lugar libremente elegido por éste.

Al margen de lo anterior, el silencio legal sobre la determinación del lugar de trabajo, a criterio del autor, responde a la lógica más

¹³³ En un ejercicio de analogía meramente superficial, en nuestro ámbito del derecho laboral, el lugar de cumplimiento de la obligación contenido en la normativa civil equivaldría al lugar de prestación de servicios. No se pretende, con ello, incurrir en un paralelismo jurídico erróneo, pues como se ha referido anteriormente, el ya citado artículo 1171 CC, para el caso de que las partes no hayan fijado el lugar en el contrato, configura la fijación del lugar en base a una obligación de dar, mientras que la prestación de servicios se trata de una obligación de hacer.

¹³⁴ Artículo 29.1 ET: La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos.

¹³⁵ El precedente artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, establecía, en relación al contrato a distancia, que se formalizaría por escrito con el visado de la oficina de empleo, donde debía quedar depositado un ejemplar, en el que constara el lugar en el que se realizaba la prestación laboral, a fin de que pudieran exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinarían.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

elemental y prudente, en la medida que el legislador no puede prever, dentro del articulado, la multiplicidad de situaciones que pueden suscitarse en la prestación de servicios. En consecuencia, y en aras a una armonía y congruencia interna en el articulado del Estatuto de los Trabajadores, no se ha introducido una regulación similar a la del artículo 1171 CC. Pero ello no debe conducir a un planteamiento hermenéutico equivocado sobre la importancia del lugar del trabajo en la relación laboral, pues, por contradictorio que pueda resultar¹³⁶, su trascendencia es superior al lugar de prestación en la esfera civil¹³⁷.

Esta ausencia de hermetismo en la fijación del lugar de trabajo, casa fielmente con la libertad de forma¹³⁸ atribuida por el legislador a las partes en la confección del contrato de trabajo ex artículo 8 del ET, a excepción de un determinado elenco de modalidades contractuales concretas¹³⁹ que sí deben constar por escrito, so pena de presumirse

¹³⁶ En tanto el Código Civil sí contiene una reglas específicas de fijación del lugar, no sería desdeñable defender que su incidencia en el contrato civil es superior a la que tiene el lugar en la relación laboral, sobre el que nada se dice en el articulado del ET.

¹³⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores...* op. cit (2003), pág. 482; AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo...* Op. cit (1999), pág. 7; SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo...* op. cit (2000), pág. 48; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección...* op. cit (1992), pág. 190.

¹³⁷ CRUZ VILLALÓN, J y GÓMEZ GORDILLO, R.: «Artículo 40... op.cit (2016), pág. 499.

¹³⁸ Permite que se perfeccione tanto de palabra como por escrito y, respecto de éste último, no se impone un modelo único de suscripción obligatoria (artículo 8 ET).

¹³⁹ Estas modalidades contractuales son: contrato de prácticas (11.1 ET); para la formación y el aprendizaje (11.2 ET); a tiempo parcial (12, apartados primero a cuarto); fijos-discontinuos (16 ET); de relevo (12-6 ET); para la realización de una obra o servicio determinado (15.1.a); a distancia (13) y los contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero. Igualmente constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas y cuando así lo exija una

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, además de las eventuales infracciones de la LISOS¹⁴⁰. En todo caso, se ha de precisar de que se trataría de una presunción *Iuris Tamtum* susceptible de practicar prueba en contrario.

Algunos planteamientos pasan por reconocer que el principio de libertad de forma se erige como una regla universal común en los ordenamientos jurídicos europeos -aunque con diversa intensidad, existiendo, por ejemplo, en el modelo británico una vinculación más débil respecto del francés, italiano y portugués-, defendiendo, a la postre, que impera una ausencia de una virtualidad absoluta del principio espiritualista¹⁴¹. Pese a esta libertad de forma, defienden que aquélla acaba convirtiéndose en una excepción en la práctica¹⁴². En efecto, la forma escrita confiere mayor seguridad a las partes, tanto en lo atinente a la celebración del contrato, como en lo relativo a las cuestiones esenciales de aquél, incentivando la norma la celebración escrita del contrato¹⁴³. Y en este extremo coincido plenamente. No solo porque en la práctica totalidad de supuestos judiciales que he conocido con ocasión del ejercicio

disposición legal (a la postre, los contratos de interinidad y eventual por circunstancias de la producción). No es una lista cerrada, pudiendo ser exigida la forma escrita tanto por normas de rango legal (contrato de trabajo suscritas por ETT para la cesión a empresas usuarias) o reglamentarias (formalización de relaciones laborales especiales).

¹⁴⁰ Artículo 7.1 LISOS: «*Son infracciones graves: 1. No formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador*».

¹⁴¹ AA.VV. (Dir. Carlos Molero Manglano): *Manual de Derecho del Trabajo*, Pamplona, 2007, págs. 83 y 154.

¹⁴² AA.VV.: *Manual del ...*, Op. cit (2007), pág. 155.

¹⁴³ CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores ... op. cit (2003)*, pág. 132.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

profesional existía un contrato de trabajo por escrito (amén de que la Empresa no siempre lo entregue o el trabajador/a lo conserve), sino también porque de la exégesis conjunta del articulado del Estatuto de los Trabajadores así se desprende:

A) Obligación de comunicar a la Oficina Pública de Empleo, en el plazo de diez días, el contenido de los contratos de trabajo o de las prórroga, en los términos que reglamentariamente se determinen (artículo 8.3 ET)

El legislador ha introducido, sin género de dudas, una obligación material consistente en el deber de comunicar los contratos de trabajo celebrados, precisando «*deban o no formalizarse por escrito*». En relación a la fijación del lugar, si bien en el artículo 3.2 del Real Decreto 1424/2002, de 27 de diciembre, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo y el uso de medios telemáticos en relación con aquella, no se incluye la obligación de comunicar el lugar de ejecución de la relación laboral¹⁴⁴, en la Orden TAS/770/2003, de 14 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 1424/2002, de 27 de

¹⁴⁴ Artículo 3.2: «*Tales datos se referirán a la identificación del trabajador, de la empresa, a los requisitos específicos de cada modalidad contractual, de las transformaciones o conversiones de los contratos de trabajo temporales en indefinidos, de los llamamientos de los trabajadores fijos discontinuos y de los pactos de horas complementarias en los contratos a tiempo parcial indefinido, así como a los datos de las certificaciones expedidas por la Administración pública o entidad encargada de gestionar la formación de trabajadores sustituidos durante dichos periodos por trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo y a los de las comunicaciones que legal o reglamentariamente se establezcan según lo dispuesto en su respectiva normativa reguladora*».

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

diciembre, reguladora de la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquélla, sí se contiene un mandato relativo a comunicar los datos del centro de trabajo al que se halle adscrita la persona trabajadora¹⁴⁵.

De esta forma, se está exigiendo, ya sea indirectamente, una forma escrita en la contratación, pues aunque emplee la locución «*deban o no formalizarse por escrito*», lo cierto es que existe una obligación de comunicar (por escrito) una serie de notas propias del contrato, entre las que figura el centro de trabajo al que la persona trabajadora se halle adscrita y que, en numerosas ocasiones, coincidirá con el lugar de ejecución inicial de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.

B) Obligación de facilitar al trabajador la información básica de los contratos de duración superior a cuatro semanas, en relación a los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, en relación a los elementos esenciales de aquél y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral (artículo 8.5 ET).

Para una mayor constatación de lo que expongo, se ha de citar el artículo 2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 ET, en materia de información al trabajador sobre

¹⁴⁵ Anexo I «Relación de datos obligatorios a comunicar a los servicios públicos de empleo», por remisión del Artículo 2 de la referida Orden.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

los elementos esenciales del contrato de trabajo, en cuyo apartado c) incluye, como información de obligada puesta a disposición del trabajador, el domicilio social de la empresa, o en su caso, el domicilio del empleador y del centro de trabajo donde la persona trabajadora preste servicios con habitualidad. Asimismo, el citado precepto dispone que debe dejarse constancia cuando una persona trabajadora preste servicios en diversos centros de trabajo, o cuando éstos sean móviles o itinerantes.

En el mismo sentido debe ser citada la reciente Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, así como la Directiva del Consejo, de 14 de octubre de 1991 (91/533/CE), relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, las cuales contienen, entre otros extremos, deberes de información en favor de la persona trabajadora sobre determinados aspectos locativos de su prestación de servicio. Antes de entrar al fondo, conviene precisar que ambas fueron elaboradas con el propósito de mejorar las condiciones laborales de las personas trabajadoras y conferirles unas mayores garantías.

En particular, con la Directiva 91/533/CE se afianzó el propósito de someter las relaciones laborales a determinados requisitos formales que permitieran a los trabajadores conocer con más detalle los derechos que le asisten y, en suma, lograr una mayor transparencia. Ya en la Carta

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de fecha 9-12-89, se había establecido, en su punto noveno, que todos trabajador de un país de la Comunidad Europea tenía derecho a la concreción de sus condiciones de trabajo, por ley, convenio o por contrato de trabajo. Pero es con la citada Directiva cuando se da un impulso a esta pretensión, en gran parte, debido las nuevas formas de trabajo emergidas en la sociedad durante los años 80 y 90. Además, se consignaba la voluntad de aproximar las legislaciones disidentes de los distintos estados miembros a fin de mejorar el funcionamiento del mercado común.

Por su parte, la Directiva (UE) 2019/1152, pretende adaptar la normativa instaurada por la propia Directiva 91/533, a las modificaciones experimentadas en el mercado laboral durante todo ese periodo. En esta línea, precisa que se han de corregir las deficiencias anacrónicas de la citada Directiva (considerando nº5), reforzando sus mecanismos de control en aras de mejorar la eficiencia laboral de la Unión Europea (considerando nº39) y, en suma, implementar las condiciones de trabajo *«mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral»* (artículo 1.1). La Directiva intensifica esta obligación de información, al exigir que, además de ser escrita, se presente de forma completa, accesible y en un tiempo debido (considerando nº4). E introduce la posibilidad de hacerlo a través de formato eléctrico, siempre que sea accesible y se puede almacenar e imprimir, debiendo el empleador conservar la prueba de la transmisión o recepción.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Adentrándose en el contenido, la Directiva (UE) 2019/1152 dispone que se ha de informar a la persona trabajadora sobre el lugar de prestación de servicios y *«a falta de lugar de trabajo fijo o principal, el principio de que el trabajador está empleado en diferentes lugares o puede determinar libremente su lugar de trabajo, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empleador. trabajo (art 4) y «si el trabajador no tiene un lugar de trabajo fijo o principal, debe recibir información sobre las disposiciones existentes, en su caso, para viajar entre los lugares de trabajo»* (considerando 16). La principal novedad, respecto de la Directiva 91/533, fue la introducción de la obligación de informar, en los casos en los que así sea, de la facultad de poder determinar libremente el lugar de trabajo. Por lo demás, el contenido entre una y otra es coincidente, a excepción de algunas modificaciones meramente terminológicas.

Se ha de analizar el texto del artículo 4 de la Directiva (UE) 2019/1152, a fin de poder concretar cómo queda articulada la obligación de información sobre el aspecto locativo del concreto: lo que parece inexcusable es que el legislador comunitario exige que el trabajador reciba información sobre el lugar de prestación de servicios. Atendiendo al tenor literal del precepto, si la persona trabajadora presta servicios en un lugar fijo, el deber de información quedará cumplimentado si aquél es debidamente concretado. Póngase por caso el de un empleado Banca que presta servicios administrativos en una sucursal sita en Valencia. En este supuesto, se debería informar al trabajador que su lugar de trabajo (que coincidiría con el centro de trabajo) será en Valencia. Además, considero que debería detallarse la ubicación concreta, pues el citado artículo 4

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

dispone, para el supuesto en que no tenga un lugar de trabajo principal, que se ha de informar de la sede o, en su caso, del domicilio del empleador. En consecuencia, resulta loable defender que cuando el lugar de prestación sea fijo también se deba determinar el domicilio exacto. Entre otras razones, esto permitiría dirimir, con mayor precisión, si en caso de que la persona trabajadora sufriera un accidente, si podría calificarse de *in itinere*.

Si, en el ejemplo anterior, el trabajador, además de funciones burocráticas, se desplazara periódicamente a otras sucursales sitas en la Comunidad Valencia, para llevar un control de los departamentos de administración, entiendo que tal particular debería consignarse en la información a transmitir al trabajador. Así, su centro de trabajo y lugar de trabajo principal sería el mismo que en el caso anterior, pero se detallaría que también realizara su actividad en otros lugares, concretando los mismos.

Finalmente, cuando la persona trabajadora preste servicios en diferentes lugares, tendrá determinarse tal particular en la información a transmitirle, especificando asimismo la sede o, en su caso, el domicilio del empleador. Respecto de este último particular, la Directiva 91/533, ya contenía la obligación de informar sobre la sede o, en su caso, el domicilio del empleador. A criterio del autor, al emplear el término «sede», ambas Directivas están haciendo alusión al centro de trabajo en el que la persona trabajadora figure adscrita formalmente. Así las cosas, se exige que se

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

informe del lugar de trabajo y del centro de trabajo en el que la persona trabajadora presta servicios, los cuales, como ya se dijo, no siempre coincidirán. El empleo de la conjunción disyuntiva «o» en la referida oración, descarta que el legislador europeo considere necesario informar del domicilio (principal) del deudor, siendo suficiente con los dos anteriores (lugar de trabajo y centro de trabajo). Resulta evidente que en los ejemplos anteriores me estoy refiriendo a empresas con varios centros de actividad: piénsese, en cambio, una empresa de transportes que tiene el domicilio fiscal en la residencia del empresario y cuenta con 10 camiones mediante los cuales presta servicios en toda España. En cada una de las zonas de actividad, tiene alquilada una plaza de garaje donde dejar los camiones. Pues bien, en este caso, más que reflejar el lugar donde se aparcen los camiones, que no constituiría, a mi modo de ver, un centro de trabajo, se deberá consignar el domicilio del empleador.

C) *Obligación de expedir copias básicas del contrato de trabajo a los representantes de trabajo que deban suscribirse por escrito.*

Es otra de las cautelas que conducen a la forma escrita, existiendo obligación de entregar una copia a los delegados de personal o miembros del comité de empresa, en su caso, lo que permitirá conocer el centro de trabajo inicial al que se halle adscrito el trabajador.

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, y a modo cierre, se concluye que, cuando la relación laboral sea de duración

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

La excepción a la regla general de ausencia de forma concreta, trae causa en la protección que el legislador considera que ha dispensar a determinadas modalidades contractuales, para sí evitar la afectación peyorativa de los derechos de los trabajadores¹⁴⁶, y no tanto en la voluntad específica de exigir una concreción de determinados aspectos como podría ser el lugar de trabajo, si bien, ésta se halla implícita. Además, la normativa europea exige al empresario que informe al trabajador sobre el lugar/es de prestación de servicios y el centro de trabajo o, en su caso, del domicilio del empleador. Por tanto, la mayoría de los contratos figurarán por escrito y contendrán un fijación por escrito del centro de trabajo al que se halle adscrito el empleado y, para el resto de supuestos, tal particular tendrá que ser asimismo atendido, conforme a la normativa comunitaria.

¹⁴⁶ Desde antiguo, la pretensión del legislador nacional es fomentar la contratación indefinida y a tiempo completo, persiguiendo el frade de ley en la contratación a través de los distintos instrumentos existentes en el ordenamiento jurídico.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

2.2.2. Marco normativo en que encuentra cabida

La fijación expresa, como también la tácita, trae causa en el artículo 3.1-c) del ET. En efecto, al consagrar el sistema de fuentes reguladoras de la relación laboral, sitúa a la voluntad de las partes como fuente de derechos y obligaciones, únicamente precedida, en el orden jerárquico, por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, y los Convenios colectivos. Comoquiera que el ordenamiento laboral no prevé regla alguna de fijación del lugar del trabajo, la cuestión de la fijación queda reducida a la voluntad de las partes, si bien, tendrá que respetar toda eventual regulación convencional que le resulte de aplicación. A esta práctica se le denomina «fijación expresa» del lugar de trabajo, y coincidiendo con BLASCO PELLICER¹⁴⁷, corresponde a las partes contratantes, en virtud de los artículos 1255 del Código Civil y 3.1-c del ET, y se trata de una cuestión absolutamente contractual.

Ahora bien, previamente se ha comprobado que el centro de trabajo y el lugar de trabajo no necesariamente han de expresar espacios físicos coincidentes, así como la forma en la que ambos interactúan a la hora de valorar una modificación del lugar de trabajo. Por tanto, es loable matizar, en este punto, que el lugar -o centro- de trabajo «expresamente fijado» en el contrato de trabajo, no operará a modo de presunción «*iure et de iure*», sino que admitirá prueba en contrario. Así las cosas, cuando el

¹⁴⁷ BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, Consejo Económico Social, Madrid, 1995, págs. 252 y 253.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

trabajador realmente preste sus servicios en lugar distinto al reflejado en el contrato, bien merced a disfunción inicial entre el contenido de aquél y el de su prestación de servicios, bien por una modificación contractual posterior, esa «fijación expresa» podrá quedar desvirtuada, debiendo identificar el punto de origen real. Muy apropiada, en este contexto, deviene la máxima «*los contratos son lo que son y no lo que digan las partes*», reiterada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo¹⁴⁸, en numerosas ocasiones. Así las cosas, pese a que en el contrato venga estipulado un centro de trabajo en cuestión, si en la práctica es otro, será éste el que se tome como centro de trabajo o punto de origen a la hora de efectuar una movilidad geográfica, siempre y cuando quede debidamente acreditado. Del mismo modo, si el centro de trabajo de adscripción no coincide con el lugar de ejecución, éste último podrá determinar el punto de origen (fijación inicial) de la movilidad geográfica, y ello aunque no revista las notas de centro de trabajo ex artículo 1.5 ET.

2.2.3. Características y límites de la fijación expresa

En el contrato de trabajo se tendrá que determinar cuál es el centro de trabajo al que quede adscrito el trabajador. Si se observa el ámbito negocial, y dejando al margen los centros de trabajo itinerantes, se

¹⁴⁸ SSTS de 2 de Febrero de 1998, Rec. 575/1997, 27 de Abril de 1998, Rec. 2865/1997, 28 de Noviembre de 1997, Rec. 1069/1997, 24 de Septiembre de 1998, Rec. 3311/1997, 29 de Septiembre de 1999, Rec. 4985/1998, 17 de Septiembre de 2004, Rec. 4178/2003, 11 de Julio de 2007, Rec. 177/2006, 20 de Noviembre de 2007, Rec. 3572/2006, 28 de Febrero de 2008, Rec. 3174/2006 y 14 Febrero de 2012, Rec. 4431/2010, entre otras.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

constata que la adscripción ha de ser singular, a un centro de trabajo concreto. En efecto, en el modelo oficial de contrato de trabajo se ha concretar el centro al que el empleado se halle adscrito. Ello, no obstante, en las cláusulas adicionales es posible que se precise, con mayor concreción, la fijación expresa del lugar de trabajo. En esta labor, conviene diferenciar dos situaciones, insistiendo en que, en todo caso, nos hallamos fuera de la esfera de la prestación de servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes:

A) Cuando el trabajo convenido vaya a ejecutarse en un único lugar, sirviendo de ejemplo el acuñado a lo largo de esta tesis, como puede ser una papelería o un restaurante. En tales casos, la fijación expresa vendrá determinada por el centro de trabajo al que figure adscrito el trabajador en el contrato de trabajo, en el bien entendido que coincida con el lugar real de ejecución. En estos supuestos, no parece necesario desarrollar en el contrato, con mayor profundidad, la fijación del lugar en el clausulado adicional. Cuando el centro de trabajo, en cambio, no coincida con el lugar de trabajo, y éste no sea múltiple, debe fijarse por las partes, en aquél, los aspectos formales básicos de la fijación inicial del lugar de prestación de servicios, pues el objeto ha de estar determinado o ser determinable sin necesidad de nuevo pacto entre las partes¹⁴⁹.

B) Si la prestación de servicios se ejecuta en más de un centro de trabajo o en más de un lugar de trabajo, el planteamiento varía respecto del

¹⁴⁹ AGIS DASIVAL, M.: *El lugar de trabajo... op. cit.*, pág. 85.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

anterior supuesto. Empezando por el segundo caso, y a modo de ejemplo, puede pensarse en la siguiente situación: un trabajador dedicado a la actividad de comercial se halla adscrito a un centro de trabajo concreto, sito en Madrid capital, y en el clausulado del contrato se precisa que la prestación de servicios se realizará en Madrid y en las poblaciones limítrofes en un radio de 15 km. En este supuesto, la fijación expresa del lugar de trabajo sería necesaria en el sentido de que evitaría problemas interpretativos en caso de ejecutarse una movilidad geográfica, pues arrojaría suficiente luz sobre la fijación inicial del lugar de trabajo, al no ser ésta coincidente con el espacio físico en el que radica el centro de trabajo. De esta forma, en caso de instrumentalizarse una movilidad geográfica, se estaría a lo analizado previamente, en el apartado destinado al lugar de trabajo, adoptando un papel determinante en la calificación de aquélla, el lugar de trabajo inicialmente fijado por las partes en el contrato de trabajo.

En el caso de estar pactada la prestación de servicios en diferentes centros de trabajo, serviría como supuesto el de una empleada que es contratada en una firma de zapatos, que cuenta con varios centros de trabajo en la ciudad de Zaragoza, los cuales reúnen las notas contenidas en el artículo 1.5 ET. En este caso, además de quedar adscrita por contrato a un centro de trabajo concreto, se tendría que fijar como cláusula adicional, el acuerdo expreso consistente en la prestación de servicios rotacional entre los diversos centros de trabajo, según las necesidades empresariales. Una forma adecuada de regular lo anterior, bajo mi criterio, sería conforme al siguiente tenor: *«se pacta la prestación de servicios rotativa*

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

en los diferentes centros de trabajo que tiene la empresa, de la localidad de Zaragoza, en función de las necesidades organizativas de aquélla».

A diferencia del primer supuesto, en el que el centro de trabajo es único, y lo que varía es el lugar de ejecución, en el segundo caso concurriría una prestación coetánea en más de un centro de trabajo. Al respecto, y ante eventuales dudas interpretativas que pudieren surgir ante una movilidad geográfica, habría que fijar expresamente en el contrato de trabajo, cuál es el centro de trabajo inicial de origen. En ausencia de tal regulación, habría que hacer frente a una identificación de cuál es verdadero centro de trabajo principal y a tal fin, se conjugaría conjuntamente cuál de todos esos centros es al que se halla adscrito; en el que presta servicios con mayor dedicación temporal; o en el que desarrolla la actividad principal del objeto de su contrato. De esta forma, se trataría de dilucidar cuál es el verdadero punto de origen de la movilidad geográfica.

En cuanto a los límites de la «fijación expresa», conviene apuntar que existe una amplia gama de posibilidades en lo que a la forma de fijación expresa del lugar de trabajo se refiere, quedando supeditadas al cumplimiento de los diversos cánones contenidos en el artículo 3 ET, en conexión con el artículo 1255 CC (en el sentido de que no podrán ser contrarios a la ley, moral ni orden público). Quizás, el supuesto más interesante, en el marco de la movilidad geográfica, sea el siguiente: partiendo de la premisa de que el lugar de trabajo determinado en el

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

contrato, debería coincidir con el de prestación, cabe plantearse si las partes, en el supuesto de ausencia de regulación por parte del Convenio Colectivo sobre el lugar de prestación, ¿podrían pactar en el contrato de trabajo la posibilidad de que el empleado prestara sus servicios, a voluntad del empresario, en cualquiera de sus centros de trabajo, con independencia de la distancia física entre ellos?

Entiéndase que en la respuesta a esta cuestión, no se van a incluir los centros de trabajo móviles o itinerantes, que son aquéllos que «*no ostentan una radicación geográfica fija*»¹⁵⁰, en la medida que, como posteriormente se desarrollará, éstos constituyen una excepción a las reglas de la movilidad geográfica de trabajadores. Para una debida contextualización del supuesto, debo matizar que no me refiero a establecimientos físicos, perfectamente delimitados y separados a un distancia suficiente como para considerar que el paso de uno a otro, implicaría la necesidad de cambio de residencia. Pues bien, habiéndose expuesto que el ET no establece reglas concretas ni prohibiciones (al menos, de forma directa), en lo que al establecimiento del lugar de trabajo se refiere, nada parece obstar a que las partes, en el contrato de trabajo, pudieren establecer de «mutuo acuerdo», esa posibilidad. Sin embargo, más dudas se suscitan respecto a si, con la introducción de esa cláusula sinalagmática, no se estaría contraviniendo lo dispuesto en el artículo 40 ET, dado que se suprimiría *de facto* la exigencia legal de causas que justificaran -o pretendieran justificar- la movilidad geográfica en cuestión.

¹⁵⁰ S JS.Soc. 16 de Madrid, de fecha 24 de enero de 2011 (TOL 2.032.487).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

En efecto, este precepto, en clara manifestación del carácter tuitivo del derecho laboral, prevé una serie de causas cuya falta de concurrencia deshabilita -al menos, con crédito legal- la posibilidad de imponer una movilidad geográfica al trabajador. Por ende, introducir una condición contractual que, llegado el caso, pudiera desvirtuar esta cautela, implicaría contravenir el artículo 40 ET, incurriendo así en un supuesto de nulidad manifiesta, *por mor* del artículo 3.1 del ET.

En este sentido se pronunció el TSJ de Murcia¹⁵¹. En el supuesto de hecho, se enjuició por la Sala la validez de una cláusula contractual con el siguiente tenor: «*dadas las características propias de la empresa, el trabajador no será fijo en ningún centro de trabajo, pudiendo pasar de un centro a otro mediante la oportuna indicación de la persona encargada...*». La Autoridad Laboral arguyó que aquélla constituía una renuncia de derechos contraria al artículo 40 ET, siendo admitido este argumento por el Tribunal. En este sentido, éste postuló que, con la citada cláusula, se estaban reservando al empresario amplísimas facultades que ciertamente trascendían el contenido de la movilidad geográfica regulada en el meritado precepto del ET. Y es que, de lo contrario -continúa argumentándose en la sentencia- se estaría permitiendo que por la sola voluntad empresarial, se pudiera hacer efectiva una movilidad geográfica sustancial a través del *ius variandi*. Lo relevante, en suma, es que el Tribunal limitó la capacidad de decisión de la empresa, considerando que se estaría ante una renuncia de derechos que encuentran reconocimiento en

¹⁵¹ STSJ de Murcia, de 17 de diciembre de 1997, Rec. 1103/1997.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

normas de carácter necesario. En términos semejantes se pronunció el Tribunal Central de Trabajo¹⁵², al abordar un supuesto similar.

Bien es cierto que podría plantearse si lo que se estaría vulnerando no sería más bien el artículo 3.5 ET, en el sentido de que el trabajador no puede disponer válidamente de esos derechos reconocidos por ley, si bien, BLASCO PELLICER¹⁵³, de forma muy razonada, precisó que no se está ante un momento aplicativo del derecho, sino constitutivo (formulación del contrato), por lo que el precepto que entraría en liza no sería el apartado quinto del artículo 3 ET, sino el primero, relativo al sistemas de fuentes del derecho laboral. A criterio del autor, efectivamente, ser estaría ante un supuesto del artículo 3.5 ET, por cuanto dicha cláusula se alumbraría en un momento previo a la aplicación de la movilidad geográfica.

En síntesis, considero que existe un amplio margen discrecional en la forma de fijación del lugar de trabajo, correspondiendo a las partes la elección de la forma que mejor se adecue a la prestación de servicios pactada. Esta libertad vendrá modulada por los límites contenidos en el artículo 3 ET, en conexión con el artículo 1255 CC, en el sentido de que lo pactado no podrá ser contrario a la ley, moral ni orden público. Y, por extensión, no podrá contravenir el contenido del artículo 40 ET en lo específico, ni el ordenamiento jurídico en lo general.

¹⁵² S. de 26 de enero de 1.987 (Aran. 2.036).

¹⁵³ BLASCO PELLICER, A.: *La individualización...* *op.cit* (1995), pág. 255.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

2.3 Fijación tácita del lugar de trabajo.

Superado este capítulo, se ha de dar paso a la otra forma de determinación del centro de trabajo, esto es, la «tácita», o a la que también se puede aludir como la «implícita en la prestación de servicios». Tiene virtualidad en aquellos supuestos en los que no se haya concretado en el contrato (bien por omisión o bien por inexistencia escrita de aquél), o en los supuestos referidos anteriormente de falta de coincidencia entre el contenido del contrato y de la prestación de servicios en cuanto al lugar.

En caso de litigio, se tendrá que estar a la prueba que practiquen las partes, tendente a acreditar el lugar de prestación de servicios que revele el verdadero centro de trabajo al que debe considerarse adscrito el trabajador o el lugar de inicio en una movilidad geográfica. En esta labor, se puede recurrir al mecanismo fijado por AGIS DASILVA, consistente en la «repetición consciente por las partes de actos presuntamente indiciarios de su voluntad, que no son en los momentos adecuados impugnados por ninguna de ellas»¹⁵⁴. Por su parte, BLASCO PELLICER¹⁵⁵ ha precisado que, ante una ausencia de fijación expresa del lugar de trabajo, habrá que acudir al artículo 1171 CC, que remite a lo acorde con la naturaleza de la obligación, y, en último término, al domicilio del deudor. Efectivamente, estos parámetros pueden acercar a la identificación del lugar de prestación

¹⁵⁴ AGIS DASIVAL, M.: *El lugar de trabajo... op. cit* (1999), pág. 91.

¹⁵⁵ BLASCO PELLICER, A.: *La individualización... op. cit* (1995), pág. 253.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

de servicios, si bien, como defendí en una fase previa de la tesis, su traslación a la esfera laboral no está exenta de complicación y no será del todo precisa.

Retomando el supuesto anterior, si el objeto de la prestación de servicios es despachar en una papelería, o en un establecimiento que implique una prestación análoga, como puede ser un quiosco, una carnicería o una tienda de zapatos, se podrá localizar el lugar de prestación de servicios partiendo de la naturaleza de la obligación. Si no fuera posible a través de este método, -por ejemplo, en una prestación de servicios por un empleado que realiza labores tanto administrativas como de comercial, visitando a clientes-, se tomará como referencia el domicilio del demandado. Ahora bien, en mi opinión, este mecanismo servirá únicamente a modo de referencia, pues para una adecuada determinación del lugar de prestación inicial, se tendrá que afinar con mayor precisión que la conferida por el meritado artículo 1171 CC. Con todo, y coincidiendo con AGIS DASILVA, este tipo de fijación del lugar de trabajo no parece ser el cauce legal apropiado para los supuestos de prestación de servicios en un centro de trabajo móvil¹⁵⁶. En este sentido se ha pronunciado SERRANO OLIVARES¹⁵⁷, al afirmar que considera válida la determinación tácita del lugar de trabajo cuando éste sea singular o fijo, no en cambio en las prestaciones móviles añadiendo que los trabajadores no móviles, a la luz de la Directiva 91/553/CEE, deben ser

¹⁵⁶ AGIS DASIVAL, M.: *El lugar de trabajo... op. cit* (1999), págs. 95 y 96.

¹⁵⁷ SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo, ... op. cit* (2000), pág. 70.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

adscritos a un único lugar de trabajo¹⁵⁸. Y es que, la prestación de servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes, a criterio del autor, requiere de su concreción a través de la fórmula de la fijación expresa, pues así se desprende del tenor literal del artículo 40-1 ET, cuando emplea el adverbio «específicamente». En sentido contrario, la prestación de servicios en un único lugar de trabajo podrá ser objeto de fijación tácita y cuya determinación vendrá definida por la voluntad de las partes cristalizada en la repetición de la prestación de servicios en un determinado lugar. La Directiva 2019/1152 no ha introducido modificaciones en relación a este extremo que pudieran invitar a cambiar de postura

En cambio, no coincido -al menos, plenamente- con AGIS DASILVA, en lo atinente a la interpretación que realiza sobre el artículo 2-2-b) de la Directiva del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral¹⁵⁹. En efecto, AGIS DASILVA¹⁶⁰, considera que el término «lugar de trabajo» empleado por la Directiva no se refiere al espacio físico, sino a la localidad, situación, sitio, asentamiento, etcétera, en base a que se ha empleado la expresión «*el principio de que el trabajador efectúe su*

¹⁵⁸ Ibidem

¹⁵⁹ Art 2-2-b) El empresario viene obligado a informar acerca del «*lugar de trabajo; a falta de lugar fijo o predominante de trabajo, el principio de que el trabajador efectúe su trabajo en diferentes lugares, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empresario*»;

¹⁶⁰ AGIS DASIVAL, M.: *El lugar de trabajo... op. cit* (1999), pág. 94.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

trabajo en diferentes lugares» para posteriormente establecer la necesidad de informar sobre la «*sede*» del mismo. A criterio del autor, el legislador comunitario está diferenciando dos escenarios: la prestación en un único lugar de trabajo -entendido como espacio físico-geográfico- y la prestación en más de un espacio locativo. Para este segundo caso, lo que exige la Directiva es que la información contenga ese principio o regla (consensuada) de prestación en más de un lugar de trabajo. Con ello, y de acuerdo con la opinión que ya consigné al analizar la Directiva, no decae la obligación de informar sobre el lugar de ejecución, sin que ello quede reducido únicamente a hacer referencia a la localidad en cuestión. Cuando la directiva hace referencia a la obligación de informar sobre la sede o, en su caso, el domicilio del empresario, pretende evitar que la prestación en una pluralidad de lugares derive en una menor seguridad del trabajador, de ahí que aluda a la sede (centro de trabajo) o, en su caso, domicilio del deudor.

Pero esto también ha de venir determinado cuando el empleado presta servicios en un único centro de trabajo, solo que tal situación ya se presume cuando aquél es fijo. Es cierto, y por eso decía que disidía parcialmente de la autora, que en la mayoría de supuestos en los que se informe del lugar de trabajo, se hará referencia a la localidad/es en las que aquél se ejecute, pero tal fórmula no deja de ser una «extensión geográfica, ámbito espacial o territorio de actividad» que la autora descartaba. En este sentido, y tras una interpretación hermenéutica de la Directiva, considero que la misma ha de traducirse en términos maximalistas, por lo que, en caso de no ser suficiente con citar la localidad

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

de prestación, se tendrá que ampliar la información concretando esos términos locativos que, a diferencia de la autora, sí considero incluidos en la redacción del citado artículo 2-2-b) de aquélla. Con la publicación de la Directiva 2019/1152, confirmo mi planteamiento, en la medida que la tendencia es exigir a la Empresa ofrecer, cada vez, más información.

Corolario de lo anterior, la forma expresa y tácita son los dos sistemas de fijación del lugar de trabajo aceptados por la normativa, siendo la más usual en la práctica la primera, en la medida que ofrece mayores garantías a las partes contratantes.

CAPÍTULO 3. CENTROS DE TRABAJO MÓVILES E ITINERANTES

Se trata de un tipo de centros que, por su especial condición de no fijos, despliegan efectos jurídicos propios dentro de la movilidad geográfica de trabajadores ex artículo 40 ET. Antes de adentrarse en su estudio, debe reiterarse la trascendencia del concepto jurídico «centro de trabajo» en la tesis que suscribo, pues, de la fisonomía de éste, dependerá que un trabajador sea acreedor de las cautelas del meritado artículo 40 ET o, por el contrario, no se halle bajo el paraguas legal del mismo. Y es que, hasta este momento, se ha abordado el término centro de trabajo en sentido absoluto, esto es, diferenciándolo únicamente de aquéllos otros que, por no reunir las notas de autonomía productiva y organización específica, no podían ser considerados como tal. Sin embargo, en este apartado, se dará un paso más, entrando a distinguir las clases o tipos de centros de trabajo existentes y las consecuencias jurídicas y prácticas que aquéllos despliegan en la movilidad geográfica.

Además del anterior matiz, he de plantear otra cuestión previa, que pasa por desplegar una lectura crítica de la actual regulación de esta modalidad de centros. En efecto, pese a la relevancia que ostenta en diversos aspectos de la práctica jurídica, no ha sido acreedora, hasta la fecha, de una definición concreta, precisa ni específica que permita identificarlos y diferenciarlos del concepto tradicional o clásico. Es más, la única referencia que se localiza en la legislación radica en el propio artículo 40 ET, la cual, lejos de aproximar a su concepto jurídico, es una mera alusión a los mismos, presuponiendo -o, más bien, exigiendo- el conocimiento previo de aquéllos por parte del jurista que pretenda una

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

adecuada comprensión del citado precepto. En este sentido, su dicción literal es el siguiente: *«el traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, a un centro de trabajo distinto.....requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen»*. Se advierte, pues, que la única información que el legislador está ofreciendo sobre esta modalidad, gira en torno a los efectos jurídicos que despliegan en la movilidad geográfica, en tanto en cuanto, y tras una primera lectura, se presentan como una excepción a las reglas del artículo 40 ET. Es cierto, y no voy a negarlo, que no existen unas reglas supremas que sean aplicables con automaticidad absoluta de forma que permitan discernir cuando un centro es móvil y cuando no. Empero tal circunstancia no justifica, a criterio del autor, la orfandad aclaratoria que el legislador ha desplegado en el articulado del ET. En este sentido, sí podrían haberse concretado determinadas notas que aproximarán a su identificación, al tiempo que sería ilustrativo haber invocado algunos supuestos concretos. En cualquier caso, se formulará por el autor propuesta de redacción alternativa.

Con base en lo anterior, se advierte fácilmente que el objetivo será trazar una definición de «centros de trabajo móviles o itinerantes» lo suficientemente exegética como para estar en condiciones de identificarlos debidamente, pues, como se adelantaba, las consecuencias jurídicas de los mismos, dentro de la materia que me ocupa, ya vienen establecidas en la norma, careciendo de relevancia analítica detenerse en ellas más de lo estrictamente necesario. En efecto, le legislador los ha configurado como

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

una excepción a la regla general del traslado de trabajadores, en el sentido de que si un empleado ha sido contratado específicamente prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo calificados como «*móviles o itinerantes*», no será acreedor de las cautelas contenidas en el artículo 40 ET, en caso de experimentar un cambio de centro de trabajo. Pues bien, asentado lo anterior, se va a analizar esta modalidad a través de un estudio inclusivo de varios aspectos que, conjunta y progresivamente, conducirán a la noción de centro de trabajo itinerante o móvil. Estos son: aproximación al concepto a través de un análisis de supuestos concretos valorados judicial y jurisprudencialmente; construcción terminológica del concepto en base a lo anterior; identificación de los casos en los que resulta de aplicación la excepción.

3.1 Aproximación al concepto de «centro de trabajo móvil e itinerante». Supuestos judicial y jurisprudencialmente calificados como tal.

Partiendo de la dicción literal del artículo 40 ET, y como primera aproximación, considero que el Legislador se está refiriendo a todo aquel centro de trabajo que no tiene una ubicación geográfica fija, esto es, que no está sujeto a una invariabilidad físico espacial. A raíz de esto, es dable afirmar que, la mayoría de centros de trabajo no serán fijos e itinerantes y, por ende, no se hallarán fuera de la excepción del artículo 40.1 ET, pues la forma habitual de establecimiento empresarial es en una sede física fija.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Pese a que, con esta definición, se avanza hacia la conceptualización pretendida, lo cierto es que aquélla deviene insuficiente a los efectos de una correcta interpretación del artículo 40 ET, debiendo ser completada con la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales. Y, en esta labor, se analizarán determinados supuestos que han sido objeto de valoración judicial en el sentido de calificarlos o no como empresas con centros de trabajo móviles e itinerantes, no sin antes precisar lo siguiente: el centro de trabajo móvil no se erige o constituye por el hecho de realizar una actividad concreta en un determinado lugar, sino que, reuniendo las notas estudiadas de centro de trabajo, se desplaza según el lugar donde ha de realizar su actividad¹⁶¹.

3.1.A. Sector de la Construcción

En este ámbito profesional concreto, son frecuentes los pronunciamientos judiciales que abordan los centros de trabajo itinerantes o móviles, especialmente, con ocasión directa de impugnación de actas de infracción y liquidación levantadas por la Inspección de Trabajo a Empresas por entender que el pago de dietas efectuado por aquéllas a sus trabajadores eran indebidos. Los supuestos de hecho suelen ser recurrentes: las empresas abonan a sus trabajadores cantidades bajo el concepto de dietas -y, por ende, excluidas de la base de cotización y de la correspondiente tributación- como compensación indemnizatoria de los

¹⁶¹ MIÑAMBRES PUIG. C.: *El centro de trabajo.... op. cit* (1985), pág. 190.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

gastos ocasionados por desplazamientos efectuados por éstos últimos a las diversas (sucesivas) obras de trabajo en las que prestan servicios.

Con carácter previo al estudio, y en consonancia con la voluntad didáctica de la tesis, conviene fijar oportunamente el foco de discusión en relación a la procedencia del pago de las dietas, materia que, además, es objeto necesario de estudio dentro del artículo 40 ET. En esa labor, he de partir del concepto de «dieta», que ha sido definido por el Tribunal Supremo¹⁶², como la percepción económica, de naturaleza extrasalarial, que tiene por finalidad compensar al trabajador de los gastos que tiene que realizar (comidas, pernoctación, etcétera) por desempeñar su trabajo, por cuenta de la empresa y de modo temporal, fuera del centro o lugar habitual de trabajo.

Pues bien, en este escenario, se ha citar una serie de normativa cuyo contenido, en algunos casos, tendrá que ser transcrito en su integridad, a fin de una correcta exposición de la materia. De un lado, el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, establece, en el apartado segundo de su artículo 9, que se exceptúan de gravamen, en los límites detallados en ese mismo precepto, los importes abonados por la Empresa a sus trabajadores con ocasión de los gastos de locomoción originados por

¹⁶² STS de 14 de mayo de 1991 (EDJ 1991/5074).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

desplazamientos fuera de la fábrica, taller, oficina, o centro de trabajo, para realizar su trabajo en lugar distinto. También quedan excluidas de gravamen, tal y como se establece en el apartado tercero de ese artículo, las asignaciones para gastos de manutención y estancia, en los límites regulados, cuando vengan a compensar los gastos generados por tales conceptos en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, siempre y cuando se hayan producido en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 147 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (antes, artículo 109 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), excluye del cómputo de la base de cotización las asignaciones abonadas al empleado destinadas a cubrir gastos de desplazamiento fuera de su centro de trabajo habitual, ya sea mediante transporte público (se ha de acreditar mediante factura o documento equivalente) o por otros medios. Asimismo, los suplidos abonados para sufragar los gastos normales de manutención y estancia devengados cuando el trabajador se desplace a un municipio distinto del lugar del trabajo habitual y del que constituya para desarrollar su actividad profesional. Ahora bien, esto no ha de traducirse en que dichos pagos quedarán exentos cualquiera que sea su importe, sino que se estará a los límites contenidos en la normativa estatal reguladora del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas. Por último, también ha de tenerse presente el artículo 23.2 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social¹⁶³. En la misma línea que el anterior, determina los conceptos exentos de cotización.

De la lectura de los anteriores preceptos, se infiere que el legislador está confiriendo un trato distinto, en cuanto a la exención de gravamen se refiere, a los gastos de locomoción (desplazamientos fuera del centro de trabajo, sin mayor exigencia) y a los de manutención y estancia (siendo necesario que se originen en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia).

¹⁶³ Artículo 23.2: «Únicamente no se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: A) Los gastos de manutención y estancia, así como los gastos de locomoción, cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, en los términos y en las cuantías siguientes: a) No se computarán en la base de cotización las cantidades destinadas por el empresario a compensar los gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, devengadas por gastos en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del trabajador y del que constituya su residencia, cuando los mismos se hallen exceptuados de gravamen conforme a los apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 9.A) del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo. b) A los mismos efectos de su exclusión en la base de cotización a la Seguridad Social, se consideran gastos de locomoción las cantidades destinadas por el empresario a compensar los gastos del trabajador por sus desplazamientos fuera de la fábrica, taller, oficina o centro habitual de trabajo, para realizarlo en lugar distinto del mismo o diferente municipio. Los gastos de locomoción, tanto si el empresario los satisface directamente como si resarce de ellos al trabajador, estarán excluidos de la base de cotización en su totalidad cuando se utilicen medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente. De utilizarse otros medios de transporte, estarán excluidos de la base de cotización en los términos y con el alcance establecido en los apartados A).2, 4, 5 y 6 y B) del artículo 9 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El exceso sobre las cantidades señaladas en los citados apartados, se incluirá en la base de cotización a la Seguridad Social.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Por su parte, el apartado cuarto del artículo 9 del Real Decreto 439/2007, hace extensible lo regulado en los apartados anteriores (tanto en materia de gastos de locomoción, como manutención o pernocta) a los gastos originados por trabajadores contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, siempre que aquellas asignaciones correspondan a desplazamientos a municipio distinto del que constituya la residencia habitual del trabajador. Así las cosas, se advierte que, en el caso de los centros de trabajo itinerantes y móviles, el legislador adiciona, respecto de los centros de trabajos no móviles, el requisito de que el gasto de locomoción se produzca por desplazamiento a un municipio distinto del que constituya la residencia habitual del trabajador. O, dicho de otra forma, contiene la misma exigencia (desplazamiento a municipio distinto) que en los gastos de estancia y manutención, si bien, en el caso de los centros itinerantes, no se exige, a diferencia de estos supuestos (estancia y manutención), que el municipio sea asimismo distinto al del centro de trabajo, pues esa circunstancia ya va implícita en la naturaleza de este tipo de prestación de servicios, en la que los centros se desplazan a distintos lugares, por lo que no podría exigirse que *«fuera en un municipio distinto al centro de trabajo habitual»*. En este sentido se ha pronunciado el TS¹⁶⁴.

¹⁶⁴ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de diciembre de 2011, Rec. 4168/09: *«Por lo tanto, en las empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, el devengo de la dieta viene dado, no por el desplazamiento del trabajador a centro de trabajo situado en distinto municipio del centro habitual, sino por sus desplazamientos a centros de trabajo situados fuera del municipio donde se halle su domicilio habitual. Por lo tanto, incurre en error la resolución que se impugna al vincular la exclusión de la*

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Asentado lo anterior, es momento ahora de traer a colación dos supuestos concretos que abordan el objeto de debate (con pronunciamientos distintos) para así, acabar el presente apartado en el punto que interesa: si las empresas de construcción tienen centros de trabajo móviles o itinerantes.

Pues bien, la primera sentencia es la dictada por el TSJ de Extremadura¹⁶⁵. En el supuesto de autos, se levantaron Actas de Infracción y de Liquidación al considerar la Inspección de trabajo como indebidas el pago de diversas cantidades bajo el concepto de dietas, por los desplazamientos efectuados por empleados contratados bajo la modalidad de obra o servicio determinado, que prestaron servicios en sucesivas obras. Estos operarios eran contratados para una obra concreta, por lo que, en esta primera fase contractual, se ha de convenir en que no se devengó derecho a dieta alguna. Cuando terminaban los trabajos concernientes a la obra en cuestión, eran trasladados a otra obra de la misma empresa, y ahí es donde surge el foco de discusión, en el sentido de si corresponde o no el pago de dietas por los desplazamientos efectuados por el trabajador a un lugar distinto al de la obra inicial para la que fue contratado. A criterio de la Inspección de Trabajo –y que fue confirmado por la Sala de lo Contencioso Administrativo-, no corresponde el devengo de dietas, pues

base de cotización de las cantidades destinadas a compensar gastos de manutención, estancia y desplazamiento, con el desplazamiento a municipio distinto del lugar de trabajo habitual. Este requisito no es exigible, por definición, a las empresas con centros de trabajos móviles o itinerantes».

¹⁶⁵ TSJ Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 febrero de 2010, Rec. 317/2008.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

no existe un desplazamiento temporal del lugar de trabajo habitual a otro distinto, sino que la nueva obra pasa a ser su centro de trabajo. En este sentido, conviene transcribir el razonamiento efectuado por el Tribunal en su sentido literal, deteniéndose en aquellos puntos que resultan de nuestro interés: *«es por ello que, en estos casos, no estamos ante un supuesto en que el trabajador es contratado para un centro de trabajo habitual y desde allí tiene que desplazarse temporalmente a otro centro de trabajo»*¹⁶⁶ (sería un ejemplo paradigmático del devengo de dietas excluidas de gravamen y cotización: trabajador contratado para prestar servicios en el centro de trabajo de Valencia que ha de desplazarse temporalmente a Cullera para trabajar en otro centro de trabajo).

Continúa su argumento la Sala precisando que *«sino que, desde el inicio de la relación laboral, se acepta que el centro de trabajo habitual del empleado va a ser la obra u obras determinadas para las que ha sido contratado. Esta situación fáctica no da lugar a un desplazamiento de un centro de trabajo habitual a otro de forma temporal, ya que la prestación laboral se desarrolla desde el principio de la contratación de duración determinada en un centro de trabajo sin que los trabajadores procedan de otro centro que sea el habitual. El desplazamiento que pueda existir en estos casos no origina derecho a dietas al no tratarse de un desplazamiento temporal del centro de trabajo habitual a otro distinto sino que los empleados son contratados desde el inicio para ejecutar sus trabajos en una obra o centro determinado o varios pero sin que exista un*

¹⁶⁶ Ibidem.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

centro de trabajo habitual o permanente. Debemos insistir, en coincidencia con lo expuesto en la actividad administrativa impugnada, que en este caso la relación laboral se presta en una obra determinada y aunque existan traslados de una obra a otra o del domicilio del trabajador a la obra, en ningún momento existe desplazamiento desde un centro de trabajo que fuera el habitual a otros de forma temporal. Lo habitual en las prestaciones comprobadas por la Seguridad Social es realizar trabajos en distintos centros de trabajo, teniendo, todos ellos, la condición de habituales desde el primer momento, por lo que no existe desplazamiento de uno a otros que origine el derecho a la percepción de dietas»¹⁶⁷. Es decir, el Tribunal considera de que las diferentes obras constituyen el centro de trabajo del actor y, por ende, no se produce un desplazamiento a centro de trabajo distinto.

Una vez efectuada esa interpretación, se ha de atender a la valoración realizada por la Sala de lo Contencioso en relación a la eventual calificación de centro de trabajo móvil o itinerante. En este sentido, la Sala rechaza que en el supuesto de autos, los centros de trabajo de la Empresa constructora puedan calificarse de móviles o itinerantes, esbozando una distinción muy relevante entre la «movilidad de la actividad laboral» y la «movilidad de los centros de trabajo en que se desarrolla la misma». Así, en el caso enjuiciado por aquélla, no se produce una movilidad del centro de trabajo y del trabajador, si no únicamente del trabajador con destino a las diferentes obras existentes (que constituyen

¹⁶⁷ Ibidem.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

centros de trabajo). La reflexión efectuada por el TSJ de Extremadura resulta muy relevante: se estará ante empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes cuando los trabajadores *«realizando su actividad en el mismo centro de trabajo, se desplacen con él»*. En este sentido, culmina su argumento precisando que cada una de las distintas localidades en las que la empresa desarrolla su actividad, se encuentra la obra y el correspondiente centro de trabajo, el cual es fijo y no móvil o itinerantes, pues en tales caso el centro es móvil y los trabajadores se desplazan a los distintos lugares en los que la empresa debe prestar sus servicios. En esa misma línea, se ha venido pronunciando los tribunales¹⁶⁸.

A la vista de lo anterior, y aunque suponga alterar el orden natural del estudio procesal de un expediente (planteamiento primero, resolución judicial después), se está en condiciones de exponer los motivos por lo que las diversas empresas involucradas en los procedimientos judiciales referidos, adujeron la existencia de centros de trabajo móviles o itinerantes como mecanismo de defensa frente a la infracción imputada. Así, partiendo del criterio seguido por los tribunales, se puede comprender la razón de ser del argumento empleado por las empresa: como apuntaba, el apartado cuarto del artículo 9 del Real Decreto 439/2007, extiende los supuestos de exención del gravamen a las asignaciones para gastos de locomoción, manutención y estancia que perciban los trabajadores

¹⁶⁸ STS Sala de lo contencioso-administrativo, de 12 de abril de 1996, Rec. 1866/1992, STSJ de Castilla-La Mancha, de 19 de septiembre de 2011, Rec 566/07 y STSJ de Andalucía (Sev) Sala de lo contencioso-administrativo, de 1 de diciembre de 2011, Rec 44/11.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, siempre que aquellas asignaciones correspondan a desplazamientos a municipio distinto del que constituya la residencia habitual del trabajador. En consecuencia, si las diferentes obras eran consideradas como centros de trabajo móviles, y no como centros de trabajo fijos y separados, cuando el trabajador prestara servicios en municipios distintos de donde se encuentre su residencia habitual, procedería el pago de dietas. Planteamiento que, en la mayoría de los casos, es rechazado por el tribunal, por las razones expuestas anteriormente.

No debe cerrarse este apartado sin citar varios preceptos que resultan relevantes a estos efectos. De un lado, el artículo 79 del Convenio Colectivo General de Construcción (BOE 25-7-2017), dispone: *«las empresas podrán desplazar a su personal a otros centros de trabajo distintos de aquel en que presten sus servicios durante cualquier plazo de tiempo, fundamentando dicho desplazamiento en razones económicas, técnicas, organizativas, de producción o de contratación. Esta facultad deriva, por una parte, del carácter móvil del trabajo en las empresas del sector, como consecuencia de la inevitable temporalidad de la realización de su actividad, y a tenor de la excepción prevista en el art. 40.1 del E.T. y, por otra, de la competencia atribuida al empresario en materia de ordenación del trabajo en el art. 29 de este Convenio»*.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Del tenor literal del primer apartado de dicho precepto, bien podría entenderse que las partes negociadoras han configurado la prestación de servicios en unos términos que eximen (ya sea parcialmente) del cumplimiento de las cautelas del artículo 40 ET. Así las cosas, se confiere un carácter móvil a los centros que «autoriza» al empresario a realizar los desplazamientos que considere, todo lo cual se ampara en la *«inevitable temporalidad de la realización de su actividad, y a tenor de la excepción prevista en el art. 40.1 del E.T»*. Sin embargo, a criterio del autor, no es más que un conato dialéctico, una llamada a lo que consideran que debería ser en este ámbito profesional pero que, a la luz de la doctrina judicial y jurisprudencial, se ha rechazado, al menos, hasta este momento. Tanto es así, que la propia redacción del artículo 79, como los siguientes, modulan lo que, a primera vista, se presenta como una máxima convencional (movilidad geográfica consustancial al trabajo en las empresas de construcción por la naturaleza de centros de trabajo móviles).

En primer lugar, se emplea el término «desplazamientos», y no el de «traslados». Además, en el primer párrafo de ese artículo, ya se está sujetando dicho desplazamiento a una fundamentación en causas técnicas, organizativas, económicas y de la producción. Es cierto que no es lo mismo la exigencia de concurrencia de causas (art. 40 ET, en relación a los traslados), que la exigencia de fundamentar el desplazamiento en aquéllas. Empero el propio ET, al referirse a los desplazamientos, emplea una redacción similar a la del Convenio estudiado, de ahí la deducción de que éste último va referido únicamente a los desplazamientos, salvo por un matiz (desplazamientos de duración superior al año).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

En la línea de lo anterior, el art. 80 establece unos plazos de preaviso en función de la duración del mismo: tres días, si el desplazamiento no es superior a tres meses; o cinco, si es superior a tres meses pero menor a un año; si supera la anualidad, el preaviso deberá ser de 30 días. Aquí reside el matiz que anunciaba, pues un desplazamiento que supere los doce meses de duración en un plazo de tres años, tendrá la consideración ex lege de traslado, según el apartado sexto *in fine* del artículo 40 ET. No es casualidad que el convenio prevea, en tal caso, un preaviso de 30 días (el mismo que el art. 40-1 ET). En relación a este último caso, considero que en caso de ordenarse un desplazamiento de duración superior a un año, se ha de estar a las exigencias del artículo 40.1 ET, debiendo concurrir causas objetivas, y sin que opere la excepción prevista en aquél, salvo en los supuestos que ya hemos estudiado.

A modo de síntesis, la regla general en este sector de actividad pasa por afirmar que las diferentes obras en las que opera una empresa de construcción no serán centro de trabajo móviles o itinerantes. Ahora bien, ello no descarta la posibilidad de que, en ciertas ocasiones, sí puedan considerarse como tal, pues no se trata de una regla absoluta. A estos efectos, he de traer a colación un supuesto resuelto por el TSJ Asturias¹⁶⁹, el cual resulta bastante parecido al precedente. La Sala inicia su argumentación citando la doctrina seguida por aquélla en casos análogos, que no es otra que la reflejada anteriormente. Si bien, con un matiz, y es

¹⁶⁹ TSJ Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de diciembre de 2009, Rec. 1357/2008.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

que en el caso de autos, concurría un elemento diferenciador que acaba por conducir a la Sala a considerar que sí se trata de centros de trabajo móviles o itinerantes: la empresa se dedica a la obra pública en un 98% de los casos, realizando entre 100 y 130 obras al mes en distintos lugares, pudiendo realizarse hasta 20 en un mismo momento. Esto implica que los equipos especializados tengan que despeñarse de una a otra obra. En este contexto específico, la Sala si consideró que se trataba de un centro de trabajo móvil en tanto en cuanto se producía una movilidad de los centros de trabajo en que se desarrolla la actividad de la misma, a través del desplazamiento de los equipos especializados de una a otra obra.

3.1.B Empresas de seguridad y limpieza

Se trata de un supuesto muy similar al de las empresas de construcción y sobre el que, en consecuencia, me detendré en menor medida a fin de evitar incurrir en reiteraciones innecesarias. En efecto, la consideración que nuestros tribunales han venido confiriendo a los diversos centros de trabajo que una Empresa de seguridad o limpieza pueda tener se aleja del concepto de itinerante o móvil.

En cuanto a las Empresas de seguridad, resulta conveniente iniciar su estudio partiendo de un caso enjuiciado por el TSJ Asturias¹⁷⁰, pues, además de abordar -con acierto, bajo mi punto de vista- la calificación de

¹⁷⁰ STSJ de Asturias, de 14 de julio de 2010, Rec. 2650/1999.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

los centros de las empresas de seguridad, lo hace en unas circunstancias tan especiales como son que en el contrato de trabajo del actor se reflejaba expresamente que la prestación se acordaba en centros de trabajo itinerantes. En el supuesto de hecho, el trabajador ve denegada su prestación por desempleo tras rescindir el contrato de trabajo al amparo del artículo 40 ET, con ocasión de la orden de traslado recibida para que pasara del centro de trabajo sito en Oviedo al de San Sebastián. El motivo de no concederle dicha prestación estriba precisamente en la cláusula contractual referida anteriormente relativa a la adscripción del trabajador a un centro de trabajo itinerante. Pues bien, según el criterio del Magistrado «a quo», confirmado posteriormente por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, no puede calificarse como una empresa con centros de trabajo móviles o itinerantes ya que no ostentan dicho carácter, siendo centros de trabajo fijos.

En consecuencia, el traslado operado se regía por las reglas del artículo 40 ET, teniendo derecho el actor a percibir las prestaciones por desempleo tras haber ejercitado la acción resolutoria, todo en ello en aplicación de los artículos 208 y 207.c) de la Ley General de la Seguridad Social (actuales artículos 267 y 266-c, respectivamente). Este planteamiento, a criterio del autor, es acertado, guardando estricta conexión con lo analizado en los supuestos de empresas de construcción. Así las cosas, la existencia de varios lugares en los que se presta el servicio de vigilancia y la decisión empresarial de aplicar una movilidad de trabajadores entre aquéllos, no puede desembocar en la conclusión jurídica de estar ante centros de trabajo móviles e itinerantes. En suma, se

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

trata de centros de trabajo independientes, a los que son destinados los operarios en función de las necesidades empresariales, pero no se produce una movilidad del centro de trabajo. Y ello sin perjuicio de que en el contrato de trabajo se hiciera especial mención a la existencia y adscripción del actor a centros de trabajo móviles e itinerantes, en aplicación de conocido por reiterado principio «los contratos son lo que son y no lo que digan las partes», ya invocado anteriormente.

En el mismo sentido, se puede invocar la STSJ Asturias Sala de lo Social, de 17-11-2000¹⁷¹. Es cierto que, a diferencia del anterior, no se había pactado en el contrato la prestación de servicios en centros de trabajo itinerantes, si bien, ambos guardan conexión por cuanto el trabajador afectado por la orden de traslado (en concreto, de Gijón a Madrid), optó por resolver su contrato de trabajo al amparo del artículo 40 ET, viendo posteriormente denegado, por parte del antiguo INEM, el derecho a percibir prestaciones por desempleo. La Sala, aplicando el mismo criterio contenido en la sentencia analizada previamente, resolvió en el sentido de considerar que se trata de centros de trabajo fijos y no móviles e itinerantes y, por ende, de un traslado ex artículo 40 ET, disponiendo el trabajador de la posibilidad legal de rescindir su contrato con derecho a percibir la indemnización prevista, así como las prestaciones por desempleo. Y esta misma conclusión se hubiera alcanzado, en mi opinión, para el caso de que el empleador hubiere pretendido sortear las cautelas del artículo 40 ET, cambiando para ello al

¹⁷¹ STSJ Asturias Sala de lo Social, de 17-11-2000, Rec. 443/2000.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

trabajador de centro de trabajo de forma que implicara necesidad de variar de residencia, en base a la referida la cláusula contractual. Analizado judicialmente el traslado, entiendo que se hubiera declarado improcedente, al no haberse seguido el cauce legal establecido y exigido en el meritado precepto.

Para finalizar el estudio de este ámbito profesional, conviene citar un Convenio Colectivo que me resulta de interés a estos efectos. En concreto, me refiero al de la empresa «Eco Limpieza Extremadura», que fue suscrito el 10 de diciembre de 2013 y en cuyo artículo 29 se dispone: *«dadas las especiales características en que se realizan la prestación de los servicios, la movilidad del personal vendrá determinada por las facultades de organización de la Empresa, que procederá a la distribución del personal entre sus diversos lugares de trabajo en la manera más racional y adecuada a los fines productivos. Por consiguiente, en los contratos de trabajo se podrá consignar, en aquellos casos en que sea necesario, que la prestación de servicios se hará en centros de trabajo móviles e itinerantes, es decir, que el personal es contratado para ser trasladado, quedando por tanto, no afectado por el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, y constituyéndose la movilidad en circunstancia principal del contrato».*

Interpreto, de nuevo, que se trata de un intento de flexibilización que, en todo caso, deberá estar a las características del supuesto en

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

concreto, con estricto sometimiento al criterio judicial y jurisprudencia conformado a la luz del artículo 40 ET.

3.1.C. El tendido, conservación, mantenimiento y reparación de líneas eléctricas, líneas telefónicas, redes de telecomunicación y electrificación de vías férreas

De conformidad con la Jurisprudencia del TS¹⁷², este tipo de Empresas, por la actividad que realizan, tienen centros de trabajo móviles e itinerantes. Deteniéndose, a modo de ejemplo, en el supuesto de hecho de la sentencia invocada, se pueden apreciar las razones por las que el alto tribunal llega a esta calificación. En concreto, se trataba de una Empresa dedicada al tendido de líneas eléctricas, telefónicas y montajes que, en base a una presunta disminución de la carga de trabajo en el centro de trabajo de Murcia, ordenó el traslado de varios trabajadores a otros centros de trabajo, sitios en Madrid, Alicante, Barcelona, Tenerife y Las Palmas, sin contar con la previa autorización de la Autoridad Laboral (exigencia contenida en el artículo 40 de Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores). Lo que se discutía es si el colectivo de trabajadores, adscrito específicamente a centros de trabajo itinerantes y móviles, era acreedor de las cautelas del citado artículo 40 de la Ley 8/1980 o, por el contrario, la Empresa no debía precisar de la autorización previa de la Autoridad Laboral. Aunque este fue el escenario de debate fijado en la

¹⁷² STS de 19 de junio de 1995, Rec. 1359/1994.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Sentencia, entiendo que se pasó por alto hacer referencia, ya fuere someramente, a una cuestión previa, necesaria para conformar debidamente este silogismo: analizar si este tipo de centros son itinerantes y explicar los motivos. Y es que, aunque el Alto Tribunal, de forma tácita, resuelve esta cuestión, en el sentido de confirmar que se trata de centros itinerantes, se echa en falta una justificación al respecto.

Con todo, esta sentencia sirve de doctrina jurisprudencial sólida en relación a la materia que me ocupa, pues determina -implícitamente- que los centros de trabajo de empresas dedicadas al tendido de líneas eléctricas, telefónicas y montajes son, por naturaleza, itinerantes y móviles. En consecuencia, estando ante un centro de estas características (proposición primera) y eximiendo el artículo 40 de la Ley 8/1980 al empresario de seguir las cautelas establecidas en el mismo cuando se trate de traslados de trabajadores específicamente contratados para prestar servicios en centros de estas características (proposición segunda), se obtiene la tercera (proposición) que confirma el silogismo: el traslado no puede reputarse improcedente -nulo conforme a esa normativa- por el hecho de no haber sido previamente autorizado por la Autoridad Laboral.

En el mismo sentido que la anterior sentencia¹⁷³. En este caso, de nuevo, el Tribunal asocia la naturaleza itinerante o móvil a los centros de trabajo de empresas dedicadas al tendido de líneas eléctricas, telefónicas y montajes, resolviendo el supuesto de hecho partiendo de tal consideración.

¹⁷³ STS de 14 mayo de 1996, Rec. 1245/1995.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

De forma más específica, el TSJ de Murcia ha precisado que *«esta Sala ya se ha pronunciado en casos similares al presente, afirmando que la actividad fundamental a la que la empresa A., se dedica es el tendido de líneas telefónicas y eléctricas, por lo que resulta indiscutible que tal actividad se lleva a cabo en lugares distintos, pues el trabajo tiene lugar en cualquier punto de la línea y que, por tanto, por razón de su actividad, se trata de una empresa con centros de trabajo móviles o itinerantes»*¹⁷⁴.

En síntesis, este tipo de empresas, por la actividad que realizan, contarán con centros de trabajos móviles e itinerantes, siendo una cuestión pacífica en la doctrina jurisprudencial.

3.1.D. Instalación de montajes industriales

Las empresas dedicadas a este ámbito profesional también ha sido calificadas como poseedoras de centros de trabajo itinerantes, tanto por su naturaleza como por el tipo de actividad que desarrollan.

Estos centros, tal y como precisó el TS¹⁷⁵, varían en función de los contratos de la empresa con los clientes para los que trabaja. Así las cosas, el Alto Tribunal, partiendo de que los trabajadores afectados por el traslado en el supuesto autos, fueron desarrollando su actividad en función de las obras contratadas, con desplazamientos reiterados y determinados

¹⁷⁴ TSJ de Murcia, de fecha, 24 febrero de 1995, Rec. 1553/1994.

¹⁷⁵ STS de 14 de octubre de 2004, Rec. Ud. n° 2464/2003.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

por dicha actividad, siendo la movilidad geográfica consustancial a su prestación de servicios, llega a la conclusión de la existencia centros de trabajo itinerantes (1) y que los actores han desarrollado la actividad propia de los trabajadores que caracteriza, define y singulariza a esta clase de empresas (2). Esta reflexión resulta interesante, desde una doble óptica: de un lado, porque justifica y razona -a diferencia de otros pronunciamientos citados anteriormente- la calificación de centros de trabajo itinerantes, lo que deviene ciertamente ilustrativo en la construcción terminológica de esta clase de centros; y, de otro, diferencia dos realidades distintas que, en los apartados siguientes, servirán de base a mi análisis: la existencia reconocida de centros de trabajo itinerantes en una Empresa vs la actividad realizada por los trabajadores afectados por una movilidad geográfica, la cual, según se infiere de la dicción literal de la sentencia referida, bien puede incardinarse dentro de aquélla que caracteriza, define y singulariza a esta clase de empresas o, a *contrario sensu*, en otra que supone la prestación en un centro de trabajo fijo. Pese a que no pretendo anticipar el estudio de este particular, ello no es óbice a que lance la siguiente reflexión, pues cuando se interprete el tenor del artículo 40.1 ET, relativo a «que no hayan sido contratados específicamente para prestar servicios en Empresa con centros de trabajo móviles o itinerantes...», será oportuno retomar la citada sentencia.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

En suma, respecto de este tipo de empresas, por su naturaleza concreta, son frecuentes los pronunciamientos judiciales que determinan la existencia de centros de trabajo fijos e itinerantes¹⁷⁶.

Para concluir este epígrafe, resulta oportuno por ilustrativo citar el artículo 73 del Convenio Colectivo de la Industria, la Tecnología y los Servicios del sector Metal de la Provincia de Valencia (28-9-2017), que regula expresamente la existencia de centros de trabajo itinerantes y móviles dentro del sector de actividad¹⁷⁷. En el mismo sentido, el artículo 27 del Convenio Colectivo de Industria, Servicios, Tecnologías del sector del Metal de la Provincia de Alicante (29-9-2017).

¹⁷⁶ STS Sala Contencioso-administrativo, de 14 de diciembre de 2011, Rec. 4168/09 y STSJ de Cataluña, de fecha 4 de marzo de 2003, Rec. 3851/2002: ésta última debe ser comentada, ya sea someramente, pues estableció con claridad meridiana que «fuera de la movilidad geográfica queda, pues, el supuesto de servicios itinerantes por naturaleza, prestados en empresas con centros de trabajo móviles (v. gr: empresas de montaje, TCT 12.3.1982)».

¹⁷⁷ Artículo 73: «No existe desplazamiento sino incorporación a obra dentro del territorio nacional, en las empresas que realicen montajes, tendidos de líneas, electrificación de ferrocarriles, tendidos de cables y redes telefónicas, etc..., para el personal contratado específicamente a estos efectos, en las cuales la movilidad geográfica es condición habitual de su actividad en consonancia con el carácter de transitorio, móvil o itinerante de sus Centros de Trabajo, que se trasladan o desaparecen con la propia ejecución de las obras. Si la incorporación a obra se prevé por tiempo superior a 6 meses, la empresa se verá obligada a preavisarlo con 7 días, como mínimo, de antelación. Si la incorporación a obra se prevé por tiempo entre 15 días y 3 meses, el preaviso será de 4 días y si se prevé entre 3 meses y un día y 6 meses, el preaviso será de 5 días. Si el desplazamiento o la incorporación a obra es por tiempo superior a tres meses, la o el empleado tendrá derecho a un mínimo de cuatro días laborables de descanso en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo de la empresa. En todo caso, el tiempo invertido en el viaje de desplazamiento o incorporación tendrá la consideración de trabajo efectivo».

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

3.1.E. Circo, teatro o atracciones de feria ambulantes

Han sido incluidos *sui generis* por el TS, pues, invocando la doctrina del antiguo Tribunal de Trabajo, que venía en establecer, como supuestos típicos de empresas con centros de trabajo itinerantes o móviles, las dedicadas al montaje eléctrico, tendido y empalme de líneas y redes, aseveró que deberían asimilarse los «*relativos a construcción o reparación de vías férreas, o de carreteras, o circos ambulantes, etc*»¹⁷⁸.

Surge, a primera vista, un foco de contradicción entre lo expuesto por el Alto Tribunal y lo que se apuntaba anteriormente en relación a las empresas de construcción. Sin embargo, considero que la alusión efectuada respecto de las empresas de construcción no lo es en términos genéricos y menos aún absolutos: la lógica apunta a que se está aludiendo a aquellas empresas de construcción de obra pública que realizaba con carácter simultáneo múltiples obras, con desplazamiento del centro de trabajo de una a otra.

Regresando a los circos ambulantes, se trata de una actividad que, en su dinámica natural, reside una variabilidad en el lugar de prestación de servicios. Quizás en este supuesto se puede apreciar con mayor nitidez y sentido jurídico la razón de ser de la excepción articulada por el legislador. Así las cosas, y como he defendido en una fase previa, la movilidad

¹⁷⁸ STS de 14 de octubre de 2004, Rec. 2464/2003.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

geográfica regulada en el artículo 40 ET, se presenta como una manifestación (más) del carácter tuitivo del derecho laboral, que, en este supuesto concreto, persigue la conciliación de la vida personal con la profesional, en estricta conexión con la restricción de las facultades omnímodas del empresario a fin de equilibrar, lo máximo posible, la posición de las dos partes que integran la relación laboral. Ahora bien, este pretexto no puede desembocar en el absurdo de hacerse extensivo a todos y cada uno de los supuestos que puedan surgir en la práctica, pues, en tal caso, el desequilibrio podría producirse en el lado opuesto, esto es, en el empleador. Y es precisamente en este punto en el que tiene cabida la excepción estudiada. Por ende, quedaría alejado de toda lógica jurídica, que un empleado contratado para prestar servicios en los diferentes circos que una empresa va a realizar en una campaña concreta, pudiera servirse de las cautelas contenidas en el artículo 40 ET, ya fuere en el sentido de impugnar el «traslado» inherente al cambio de una localidad a otra, o de rescindir el contrato de trabajo con derecho a percibir la indemnización de 20 días. A través de esta reflexión, se advierte la exégesis de la excepción del artículo 40 ET.

3.1.F Buque

El buque viene determinado expresamente por el Legislador, en el artículo 1.5 ET, como un centro de trabajo a efectos laborales. En cuanto a su condición de itinerante, conviene citar, en primer lugar, un supuesto

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

valorado por el TSJ Galicia¹⁷⁹. En el supuesto de Autos, el propietario de un barco, en el que prestaban servicios varios empleados, se jubila y lo vende a un tercero, produciéndose una subrogación de empresa ex artículo 44 ET en favor de éste último. El nuevo empleador decidió prescindir de un trabajador, quién, tras interponer demanda por despido, vio estimada judicialmente su pretensión, declarándose la improcedencia del mismo, y condenando al nuevo propietario del barco a readmitirlo. El matiz estriba en que, con ocasión del cambio de dueño, se produjo una variación del lugar de prestación de servicios, en concreto, de Malpico a Vigo (distancia superior a 140km). En consecuencia, el actor instó un incidente de readmisión irregular en base a que, según su criterio, debía ser reincorporado en Malpico. La Sala, desestimando el incidente, desplegó un razonamiento muy relevante a los efectos que me ocupa. En este sentido, consideró que no podía apreciarse la existencia de un centro de trabajo distinto, ya que el buque sigue siendo el mismo y está destinado a navegar, tratándose en suma, por sus especiales características, de un centro de trabajo itinerante. Por ello, el cambio de puerto base podría determinar en este caso la necesidad de que el trabajador reclamase gastos o dietas de desplazamiento, pero no permite apreciar una readmisión irregular por cambio de centro de trabajo.

Se infiere, pues, que este tipo de centros de trabajo también ha sido calificado judicialmente como itinerante. Ahora bien, el contenido de la sentencia estudiada podría inducir a error, por cuanto cabría entender que

¹⁷⁹ STS de Galicia de 19 de diciembre de 2008, Rec. 4756/2008.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

toda readmisión, en una embarcación que ha cambiado de lugar, no concede al trabajador más opción que acatar el cambio locativo, reclamando los gastos o dietas de desplazamiento. Esto, a su vez, desembocaría, retorciendo tal planteamiento, en que no corresponderían dietas pasado el periodo de doce meses. Incluso a que, al tratarse de un «centro de trabajo itinerante», no operarían las cautelas del artículo 40 ET, en caso de cambios locativos definitivos en prestaciones de servicios en buques y ello pese a que el artículo 1.5 ET precise que el centro de trabajo se entiende situado en la provincia donde radique el puerto de base del buque.

Esta situación la resuelve, de alguna manera, el propio STSJ Galicia¹⁸⁰, el cual parte, en su argumentación, de la sentencia anteriormente estudiada, sobre la que cuida no contradecir, si bien, a criterio del autor, no lo consigue del todo. En esta ocasión, se trata de un caso en el que el titular de un barco, al jubilarse sin sucesión empresarial, procede a la extinción del contrato del actor, con efectos del febrero de 2006. Posteriormente, en fecha 10-1-07, el citado empresario vende la embarcación a otros empresarios que habían constituido una comunidad de bienes previamente para la explotación de negocio de pesca artesanal, siendo éstos demandados por el actor quién postulaba la declaración de sucesión empresarial. Tras ver estimada su demanda por el TSJ de Galicia, en fecha 19-9-07, el actor presentó incidente de readmisión irregular, que siendo estimado por el Js.Soc, se revocó por el TSJ de Galicia, declarando

¹⁸⁰ STSJ de Galicia de 11 julio de 2014, Rec. 3214/2012

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

no haber lugar a la extinción contractual en tanto en cuanto no se había cometido por la empresa ninguna irregularidad en la readmisión. En este sentido, la empresa notificó al actor que el barco se hallaba en Vigo, en lugar de A Coruña, y que debía de presentarse allí. A la vista de la anterior comunicación, el trabajador entendió que se trataba de un traslado, instando la extinción contractual, con derecho a cobrar la indemnización prevista en el artículo 40 ET, que la empresa le deniega y dan lugar a las actuaciones resueltas por la referida Sala.

Esto es, la cuestión litigiosa gira en torno a dirimir si el trabajador tiene o no derecho a la extinción indemnizada de su contrato de trabajo, a consecuencia del cambio del puerto base de radicación del buque en provincia distinta o en contraposición a esta lectura, no existe traslado ex artículo 40 ET. La Sala considera que sí hay traslado y ello en base a la siguiente argumentación cuya transcripción deviene necesaria a efectos de seguir una secuencia lineal adecuada: *1ª.- Porque esta misma Sala Social al resolver el incidente de no readmisión, en su sentencia de 19 de diciembre de 2008 (RSU 4756/2008) EDJ 2008/371481 , si bien declaró que "la readmisión del trabajador se produjo en la única forma que podía hacerlo la empresa.... pues el centro de trabajo sigue siendo el mismo, esto es, el buque según lo establecido en el art. 1. 5 del ET EDL 1995/13475 que dispone que en la actividad de trabajo en el mar " se considerará como centro de trabajo el buque". El que los nuevos propietarios hayan podido cambiar su puerto base a la provincia de Pontevedra, concretamente a Vigo donde se comunicó al actor que debería presentarse el 8 de agosto de 2007, no permite apreciar la*

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

existencia de un centro de trabajo distinto,..... Por ello, el cambio de puerto base podría determinar en este caso la necesidad de que el trabajador reclamase gastos o dietas de desplazamiento, pero no permite apreciar una readmisión irregular por cambio de centro de trabajo....". Es decir, se declara que la readmisión en el buque es regular, sin embargo, al ser en un puerto distinto, ya se mencionaba la posibilidad de que el trabajador pudiera reclamar gastos o dietas por desplazamiento, que son las consecuencias económica previstas para el caso de los desplazamiento temporales a que alude el art. 40.4 del ET. EDL 1995/13475. Pero una vez acreditado que el desplazamiento ya no es temporal, sino definitivo, pues ante la reclamación del trabajador en tal sentido, instando la extinción indemnizada de su contrato, los empresarios no alegaron lo contrario, entonces resultan de aplicación las consecuencias previstas en el art. 40.1 del ET EDL 1995/13475 (sin que ello suponga incurrir en contradicción alguna entre ésta y la anterior sentencia de esta Sala Social, resolviendo el incidente de no readmisión o readmisión irregular de 19 de diciembre e 2008 EDJ 2008/371481).

Partiendo de ese planteamiento, precisa que, efectivamente, se ha producido un cambio en el puerto base de radicación, pasando de Malpica (A Coruña), al Puerto del Berbés en Vigo (más de 150 Kilómetros), el cual no puede considerarse integrado dentro del *ius variandi* empresarial, sino que exige un cambio de residencia, por lo que el trabajador si podría resolver el contrato vía artículo 40 ET.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Pese a que la Sala insiste en que no hay contradicción, debo mostrarme contrario a tal planteamiento. Y ello, por cuanto en la primera sentencia, aunque se considere que se trata de un desplazamiento -y en la segunda, de un traslado-, el Tribunal emplea un argumento (*el buque sigue siendo el mismo – aunque cambie de provincia- y está destinado a navegar tratándose, por sus especiales características, de un centro de trabajo itinerante*) que difícilmente podría habilitar la extinción indemnizada en el segundo caso, pues se estaría ante la excepción del artículo 40.1 ET. Todo lo más que se podría aducir por la Sala es que, pese a la naturaleza itinerante de los centros de trabajo que constituyen los buques (sentencia 1) en el caso en cuestión (sentencia 2), el trabajador no había sido contratado específicamente para una prestación de servicios en centros de trabajo itinerante, particular carente de excesiva lógica por cuanto la naturaleza de esa actividad implica movilidad.

Llegados a este punto, hay que hacer frente a la cuestión que me ocupa, es decir, si un buque es un centro de trabajo móvil o itinerante. Pues bien, en mi opinión, sí que son acreedores de recibir esta calificación, en la medida que por su naturaleza (móvil) y la actividad que desarrollan, están predestinados a la movilidad locativa en su actuar cotidiano. Por tanto, operará la excepción del artículo 40 ET siempre y cuando el trabajador haya sido contratado específicamente para prestar servicios en el centro de trabajo itinerante (barco). Coincido, pues, con la interpretación desplegada por AGIS DASILVA, quién precisó que el

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

buque es un ejemplo paradigmático de centro de trabajo «*caracterizado por su movilidad o itinerancia*»¹⁸¹.

3.2. Construcción terminológica del concepto centro de trabajo itinerante o móvil

Del estudio realizado en el apartado anterior -y que ha permitido identificar los supuestos calificados por nuestros tribunales como centros de trabajo itinerantes o móviles-, he de extraer las consecuencias jurídicas oportunas que permitan, ahora sí, la construcción terminológica de este tipo de centros de trabajo.

Se ha defendido que tienen centros de trabajo itinerantes, entre otras, empresas dedicadas a la actividad de circos ambulantes, de montaje, de tendido de líneas eléctricas o telefónicas; y que, por el contrario, no se pueden calificar como tal los centros de trabajo de empresas de construcción (salvo casos concretos), las de limpieza y las de seguridad. Pues bien, a partir de estos axiomas (supuestos judicialmente calificados o no como centros itinerantes) procede identificar, asociar, relacionar y contrastar los elementos que tienen en común y que han confluído para determinar el fallo en un sentido u otro para así dar forma a la teoría pretendida. Lo cierto es que se aprecian dos elementos definitorios

¹⁸¹ AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo... op. cit* (1999), pág. 69.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

principales sobre los que pivotan el resto y que dan forma a las dos manifestaciones de centros de trabajo itinerantes:

A) de un lado, cuando existe una ausencia de ubicación espacial fija y concreta del puesto de trabajo como consecuencia directa del tipo de centro de trabajo. Esto es, que la naturaleza intrínseca del centro de trabajo, oportunamente configurado en atención al tipo de actividad que se realiza o servicio que se presta, no permite determinar una localización precisa y permanente, sino que, por el contrario, aquélla sea móvil e itinerante. A la postre, el significado léxico de itinerante no es otro que ambulante¹⁸², que, a su vez, se puede definir como aquello que va de un lugar a otro sin tener asiento fijo¹⁸³. Así las cosas, dentro de este primer elenco de centros de trabajo móviles, se hallaría, a modo de ejemplo, un buque, un circo, un teatro ambulante, esto es, centros de trabajo que reúnen las notas contenidas en el artículo 1.5 ET y que, como he referido, no pueden vincularse a un lugar físico determinado.

Llegados a este punto, podría sugerirse, con fundamento en lo anterior, la inclusión en este grupo a los trabajadores que prestan servicios en empresas de transporte de mercancías o de pasajeros, ya fuere mediante camión, autobús, tren o un avión, pues, en puridad, su «centro de trabajo» no tendría un emplazamiento determinado, tal y como ocurre con los

¹⁸² Definición de itinerante en <https://dle.rae.es/?w=itinerante> (última consulta: 12 de marzo de 2019)

¹⁸³ Definición de ambulante en <https://dle.rae.es/?w=itinerante> (última consulta: 12 de marzo de 2019)

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

buques y circos. Sin embargo, parece que tal planteamiento no acabaría prosperando, pues ya se advirtió que el artículo 1.5 ET delimita el concepto de centro de trabajo y lo hace en términos de derecho necesario. La consecuencia inmediata de ello es que la calificación de un centro de trabajo como tal trasciende de las facultades conferidas al empresario por la ley, por lo que éste no es libre de «constituir» un centro de trabajo donde considere oportuno. La existencia de éste dependerá del cumplimiento de los requisitos analizados anteriormente. En estos supuestos concretos, el trabajador móvil o adscrito a una unidad móvil, estará adscrito a un centro de trabajo, que podrá ser móvil o no móvil, lo que a la postre determinará si queda exento de las cautelas del artículo 40 ET¹⁸⁴. En consecuencia, en los supuestos referidos, pese a concurrir la nota de itinerancia, no producirían los efectos excluyentes que el artículo 40 ET reserva a los centros de móviles e itinerantes, en tanto en cuanto adolecen de los requisitos constitutivos del centro de trabajo propiamente dicho, sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente.

B) De otro lado, cuando la actividad empresarial se desarrolla y ejecuta en un emplazamiento múltiple. En conexión con los casos estudiados anteriormente, me estoy refiriendo, entre otras, a empresas dedicadas al montaje, tendido de líneas telefónicas y de líneas eléctricas. Esto es, se trata de supuestos en los que la empresa cuenta con, al menos, un centro de trabajo móvil junto con el que se desplazan los trabajadores a emplazamientos diversos en los que la empresa ha de realizar su actividad.

¹⁸⁴ AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo... op. cit* (1999), pág. 73.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Como apuntaba anteriormente, este fenómeno de «movilidad de los centros de trabajo en los que se desarrolla la actividad empresarial (centro de trabajo móvil o itinerante)» no debe confundirse con la «movilidad de la actividad laboral» (desplazamiento de trabajadores, permaneciendo adscrito a su centro de trabajo o cambiando a otro, pero sin trasladarse con él).

En este contexto, conviene citar el Convenio Colectivo de Activa Innovación y Servicios, S.A.U., 2019, que, en su artículo 17, refiere que la actividad de la Empresa es fundamentalmente itinerante y móvil de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.6 del ET (EDL 2015/182832). En este sentido, se establece una obligación convencional en virtud de la cual el trabajador tendrá que desplazarse «cuantas veces y por el tiempo que sea necesario», tanto a las instalaciones de los clientes como a otros centros de trabajo de la propia Empresa. El motivo de mencionar este convenio no es otro que consignar un ejemplo de regulación defectuosa de esta materia, en tanto en cuanto aquella parece trascender a la excepción prevista en el artículo 40 ET. Cabe recordar que el centro es itinerante o móvil cuando estemos ante una indeterminación especial, como en el caso, entre otros, de los circos y buques; o cuando concorra una variabilidad del lugar de prestación de servicios. El convenio colectivo citado parece situarse dentro de esta segunda posibilidad, sin embargo, yerra, en mi opinión, cuando afirma que se tendrá que desplazar «a otro centro de trabajo», pues, en el supuesto de centros de trabajo móviles o itinerantes, se produce el desplazamiento del centro y del trabajador, no del trabajador a distintos centros.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

En todo caso, ha de quedar claro que el hecho de que una empresa cuente con centros de trabajo itinerantes no es óbice a que tenga personal contratado al que sí le resulte de aplicación el artículo 40 ET¹⁸⁵.

A la luz de lo anterior, los elementos definatorios de esa modalidad de centros estriban en la indeterminación espacial y/o la variabilidad del lugar de prestación de servicios, lo que deviene consustancial a las características propias de la actividad empresarial o a la forma concreta de organizarse y que se traduce en un desplazamiento necesario de sus trabajadores a los lugares donde sus servicios sean requeridos, de forma que la movilidad geográfica es inherente a la prestación de servicios de dichos trabajadores. En este sentido, SALA FRANCO afirmó, con acierto, que *«en estos casos (trabajo en centros de trabajo itinerantes o móviles), el cumplimiento normal del contenido de la obligación laboral consiste precisamente en desplazarse periódicamente, constituyendo la movilidad una circunstancia principal del contrato. Así sucede, por ejemplo, en las empresas de montaje, de instalaciones eléctricas, telefónicas o de obras públicas»*¹⁸⁶. Todo ello, sin perjuicio de que los traslados de personal adscrito a centros de trabajo móviles e itinerantes no podrán ser arbitrarios.

Por ende, una adecuada construcción terminológica del concepto de centro de trabajo móvil o itinerante, en mi opinión, quedaría configurada con el siguiente tenor:

¹⁸⁵ STSJ de Andalucía de fecha 3-4-1995 (AS, 1478). En el mismo sentido, STSJ Extremadura de fecha 20-7-1994 (AS, 652).

¹⁸⁶ SALA FRANCO, T.: «La movilidad...» op. cit, pág. 101.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

Aquella unidad productiva con autonomía técnica que, además, ostenta una organización autónoma, «*sin necesidad de que sea independiente del conjunto de la empresa*»¹⁸⁷, y al que la ley obliga a dar de alta como tal ante la Autoridad Laboral, que no ostenta una *radicación geográfica fija debido, bien a una indeterminación espacial del puesto de trabajo vinculada a la propia naturaleza del centro (posibilidad 1) o bien a un emplazamiento múltiple de la actividad empresarial (posibilidad 2)*».

En los supuestos de especial complejidad, la distinción entre un centro de trabajo móvil o itinerante y otro ordinario se puede trazar en función de la continuidad de la «organización específica» de la unidad productiva, de forma que, el montaje de una estructura metálica concreta, no podrá ser el fin técnico del centro móvil si éste se ha programado la realización de esta actividad con visos de perdurabilidad en el tiempo; en cambio, no será móvil si una vez acabado el trabajo o servicio, dicha organización desaparece o se transforma, como puede ocurrir al finalizar una obra o servicio para la que fue contratada la plantilla o parte de ésta, representando, en este caso, el fin técnico¹⁸⁸. Para la determinación de un centro como itinerante o móvil, entiendo que ha de presidir un criterio objetivo, alejado de la voluntad de la Empresa y que, en todo caso, ha de

¹⁸⁷ STS de 17 de septiembre de 2014, Rec. 81/03

¹⁸⁸ MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo... op. cit* (1985), pág. 191.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

aplicarse de forma restrictiva en tanto en cuanto supone la inaplicación de las cautelas del artículo 40 ET¹⁸⁹.

3.3. Supuestos de aplicación

Una vez estudiados los supuestos calificados por nuestros tribunales como centros de trabajo itinerantes o móviles y, posteriormente, planteada una construcción terminológica de esta modalidad de centros, es momento ahora de dar paso al análisis de cuándo será de aplicación la excepción del artículo 40.1 ET.

He considerado que, siguiendo esta cadencia expositiva (estudio del término, primero; fijación de los supuestos de aplicabilidad, segundo) se ganaría en claridad y coherencia analítica, pues podría resultar complicado hacerlo a la inversa. Y ello por cuanto la multiplicidad de situaciones que pueden suscitarse en la prestación de servicios, podrían conducir a un error interpretativo en caso de no dominar conceptualmente dicho término. Piénsese, por ejemplo, en la proximidad que tienen entre sí, escenarios tales como: un empleado contratado por una empresa de informática que va prestando servicios en las sedes de los clientes; un empleado contratado en un buque para desplazarse por todo el territorio nacional o en un avión, para realizar el mismo trayecto, pero a través del

¹⁸⁹ GARCÍA NINET, I.: «Comentario al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores» en el «Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la ley 8/1980 de 10 de marzo», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981, págs. 286 y siguientes.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

espacio aéreo; o un empleado contratado para la ejecución de una obra y que, posteriormente, pasa a otra, como le ocurriría a un operario que trabaja en una empresa dedicada al tendido telefónico. En todos estos supuestos, es indubitada la existencia de una movilidad físico espacial del trabajador en la ejecución de su cometido funcional, pero no todos los casos serán considerados adscritos a centros de trabajo móviles e itinerantes y, por ende, no operará la excepción del artículo 40 ET.

Además de lo anterior, se analizará si la excepción opera automáticamente en empresas con este tipo de centros, con independencia del puesto de trabajo ocupado por el trabajador; o, si por el contrario, hace falta una adscripción expresa del operario a los mismos en el contrato de trabajo y, en tal caso, la forma concreta exigida por nuestros tribunales; también el papel de la autonomía de las partes y de los convenios colectivos.

Todas estas cuestiones requieren de una respuesta concreta, razonada y congruente con lo expuesto a lo largo de este apartado. Pero, antes de ello, he de lanzar una reflexión ciertamente crítica de la dicción literal del artículo 40 ET en lo que a la regulación de esta excepción se refiere y que engarza -y agrava- la ya expuesta anteriormente. En efecto, al inicio del apartado 3, precisaba que el Legislador ha omitido una definición concreta y exegética de esta modalidad de centros, que bien podría haber arrojado luz a la materia que me ocupa. Pues bien, junto a ello, debe adicionarse la redacción incompleta, inexacta y, a la postre,

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

confusa, que ha empleado para configurar la excepción en cuestión. Así las cosas, el apartado uno del artículo 40 ET acota semánticamente la excepción a aquéllos «*trabajadores que hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes*». Y, como ya adelanté en una fase previa de la tesis, debo mostrarme especialmente crítico en este punto, porque una cosa es no ofrecer una redacción concreta de este tipo de centros, y otra más problemática aún, es emplear una semántica que induce a error. Y es que, de la dicción actual del artículo 40 ET, se infiere (equivocadamente) que lo relevante, a efectos de que opere la excepción, es que el trabajador haya sido contratado específicamente en una empresa que tenga centros de trabajos itinerantes y móviles, cuando ello es del todo punto inexacto. Así, con tal redacción no tendría relevancia, a efectos de valorar si procede la excepción, la actividad concreta que realice el operario contratado y el centro al que esté adscrito (piénsese en empresas con centros de trabajo de localización mixta, esto es, fijos de un lado, y móviles de otro), bastando con que la empresa tuviera centros itinerantes.

En opinión del autor, la pretensión del legislador es vincular la excepción a los trabajadores que hayan sido contratados específicamente para prestar servicios «en centros de trabajo con naturaleza objetiva móvil o itinerante» y no por el mero hecho de que tengan este tipo de centros. Por tanto, debería descartarse, bajo mi punto de vista, toda interpretación flexible de esta dicción que abogara por dejar fuera del paraguas del artículo 40 ET, a los empleados contratados específicamente para trabajar en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes». Y que, tal y

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

como precisó SALA FRANCO¹⁹⁰, lo determinante no es que una empresa cuente con centros de trabajo móviles o itinerantes, sino que un trabajador sea contratado precisamente para prestar sus servicios en uno de ellos. De esta forma, la excepción debería quedar reducida única y exclusivamente tales casos.

Este carácter restrictivo -que, posteriormente se verá reforzado por el adverbio específicamente-, encuentra perfecto engranaje con la armadura teleológica del artículo 40 ET, en conexión directa con el art. 41 de ese mismo cuerpo normativo. Y me explico: ambos preceptos son expresión del carácter tuitivo del derecho laboral y se han configurado como una limitación material a las facultades directivas del empresario, por lo que, toda excepción contenida en los mismos, está llamada a ser aplicada con la restricción y prudencia necesaria.

Con lo anterior, queda esbozada la primera regla interpretativa de la excepción del artículo 40 ET, debiendo pasar ahora a abordar qué se ha de entender por «específicamente». El Legislador, al tiempo de configurar esta excepción, se ha servido de un adverbio muy clarificativo como es el término «específicamente», lo que ciertamente conduce a descartar, *ab initio*, toda interpretación que no se presente como restrictiva, en conexión directa con lo que inmediatamente precede. En un necesario

¹⁹⁰ SALA FRANCO, T.: «La movilidad funcional. Comentario al artículo 39 ET», en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales vigentes. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1982, Pág. 15 y siguientes.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

ejercicio de prudencia jurídica, he de inferir que, aquél, ha querido reducir la aplicabilidad de excepción a la regla garantista del artículo 40 ET, exclusivamente a determinados supuestos, y ello pese a que, con la redacción desplegada, bien podría haber generado un efecto inverso. Con todo, el término «específicamente», contiene una clara connotación de manifestación de voluntades previas por ambas partes consistente en la necesidad -de la empresa- y aceptación -del trabajador- de rehusar el inmovilismo en la prestación de servicios. Por ello, y como punto de partida, se ha afirmado que dicha excepción se aplicará de forma restrictiva y con la debida cautela.

De acuerdo con esta exégesis, el TS, vino en manifestar que para que no entren en juego las reglas dispuestas para los traslados en la ley *«es necesario que se les contrate específicamente haciendo constar en el contrato que se les contrata para prestar sus servicios en determinadas localidades»*¹⁹¹, siendo reiterado posteriormente por el Alto Tribunal, añadiendo que *«ha de entenderse que para que juegue la citada excepción no basta que la empresa tenga dichos centros, sino que específicamente se requiere que se contrate al trabajador para realizar trabajos en dichos centros, aun cuando la empresa tenga centros de trabajo móviles o itinerantes»*¹⁹².

¹⁹¹ STS de 5 de noviembre de 1986 (TOL 2.318.378).

¹⁹² STS de 12 de abril de 1996, Rec. 1866/1992

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

A la vista de lo anterior, emerge la duda relativa a qué debe venir reflejado en el contrato de trabajo para que, llegado el caso, el empresario quede eximido de las restricciones del artículo 40 ET, en el bien entendido que, en la práctica, efectivamente se trate de trabajadores que prestan servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes. Pues, en caso contrario, el principio jurisprudencial ya citado consistente en que los contratos son lo que son, y no lo que digan las partes, podría dejar sin efecto lo dispuesto en el contrato. A mi entender, y sin perjuicio de que, posteriormente, se desarrollen los motivos y se compare con otros planteamientos, sería aconsejable ceñirse a los dictados del 1281 CC, que dispone «*si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas*». En tal sentido, la redacción podría quedar configurada conforme al siguiente tenor: «La contratación del trabajador/a se realiza específicamente para la prestación de sus servicios en centros de trabajos móviles o itinerantes, consustanciales a la actividad de la Empresa, con alcance nacional. En consecuencia, no será de aplicación el artículo 40 ET».

En la medida que la carga de la prueba corresponde al empresario, éste debería adoptar las cautelas necesarias para estar en condiciones de, llegado el caso, poder acreditar no sólo que el trabajador prestaba servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes, sino que tal circunstancia fue pactada en el contrato de trabajo. Y es que, en conexión con lo ya expuesto, al tratarse de una excepción cuya convalidación pasa por cumplir taxativamente con el mandato contenido en el artículo 40.1 ET,

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

toda cautela adoptada por el Empresario en la formulación de la cláusula en cuestión operará en pro de su aplicabilidad¹⁹³.

En este punto, debe realizarse el siguiente matiz: el hecho de que un trabajador preste servicios para una empresa con centros de trabajo itinerantes y móviles con alcance en todo el territorio nacional, no obsta a que las partes, al amparo del art. 3.1-c ET, convengan en limitar la prestación de servicios a una determinada zona. En este sentido, si dicho pacto es reflejado debidamente en el contrato de trabajo, a criterio del dicente la excepción del artículo 40 ET, quedará reducida exclusivamente al ámbito locativo pactado entre aquéllas.

En este escenario, debe analizarse, asimismo, el papel que juegan los convenios colectivos en este particular. Dicho de otra forma, si un Convenio Colectivo puede reducir los efectos de la excepción configurada en el artículo 40 ET. Del mismo modo que defendía con la posibilidad de que las partes, en virtud de la autonomía que les ha sido conferida, pueden limitar su ámbito de aplicación, nada obsta a que los convenios, situados jerárquicamente por encima de dicha autonomía, mejoren el contenido de

¹⁹³ A estos efectos, resulta ilustrativa la STSJ Galicia, de 5 de junio de 2006, Rec. 2110/2006, en la que se consignó que las palabras son el medio de expresión de la voluntad y han de presumirse que son utilizadas con corrección, de manera que «no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad». Por ello, si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los pactantes habrá de estarse al sentido literal de las cláusulas, conforme al artículo 1281 Código Civil EDL 1889/1 (STS 07/07/86).

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

la ley¹⁹⁴. Así las cosas, considero que sería perfectamente posible que el Convenio Colectivo modulara o la excepción del artículo 40 ET, si bien, en términos razonables, de forma que no hiciera de la prestación de servicios un escenario inviable para el empresario.

Antes de plasmar las conclusiones de este apartado, he considerado oportuno mencionar a MORENO CALIZ¹⁹⁵, quién ofrece un planteamiento distinto al que he proyectado. Así las cosas, se refiere a la excepción del art. 40 ET, en los supuestos en los que la variación del lugar de trabajo se halla predeterminada en el contrato por la propia prestación de servicios (representantes de comercio) o por la realización de trabajos itinerantes o móviles, por lo que el consentimiento conferido por los trabajadores opera a modo de expresa aceptación de la indeterminación del lugar de trabajo y una renuncia a la inamovilidad residencial. En este sentido, invoca la estudiada sentencia del TS de fecha 14-10-2004, con voto particular. No puedo coincidir con este planteamiento que, bajo mi

¹⁹⁴ Como sustento de lo expuesto, conviene citar la STS de 14 de mayo de 1996, Rec. 1245/1995, que vino en establecer: *«los convenios colectivos es cierto que pueden modificar las normas legales, siempre que su contenido no sea de derecho necesario. Consiguientemente, nada impedía que las facultades en materia de traslados que en su versión anterior confería el artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1980/3059 a los empresarios con centro de trabajo móviles o itinerantes pudieran ser mermadas a través de normas paccionadas que así lo establecieran. Precisamente la Ley 11/1994 EDL 1994/16072 ofrece frecuentes ejemplos de retroceso de la norma estatal en favor de la convencional, con finalidad de que se enriquezca el contenido de la negociación colectiva, buscando así el logro de mayores cotas de adaptabilidad. Pero, aun siendo así, lo que resulta evidente es que para que la norma convencional sustituya a la legal se hace preciso que aquella, de manera inequívoca, así lo disponga, lo cual no hace el convenio colectivo aplicable al caso...»*.

¹⁹⁵

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

percepción, resulta ciertamente generalista, cuando he venido defendiendo que se ha de estar al caso concreto y al ámbito profesional específico.

Sentado lo anterior, y a modo de síntesis, se alcanzan las siguientes conclusiones:

I. Se ha de descartar una lectura literal del artículo 40 ET, por cuanto la misma es inexacta.

II. La redacción debería asociar la excepción a los trabajadores que hayan sido contratados específicamente para prestar servicios «en centros de trabajo con naturaleza objetiva móvil o itinerante».

III. Lo que determinará la inaplicación de las cautelas del artículo 40 ET, será la naturaliza objetivamente itinerante de un centro de trabajo y no menos importante, la adscripción específica a ese tipo de centro de trabajo de la persona trabajadora en cuestión.

IV. La excepción del artículo 40 ET ha de aplicarse bajo una óptica restrictiva, y nunca de forma generalizada.

V. Los convenios pueden modular la excepción del artículo 40 ET, pero sin que ello desemboque en una prestación de servicios de cuasi imposible mantenimiento para el empresario.

PARTE I: Fijación del lugar de trabajo

VI. Cuando se contrate específicamente a un trabajador para la prestación de servicios en este tipo de centros, la movilidad geográfica constituirá una circunstancia principal del contrato¹⁹⁶. Así, el cumplimiento normal del contenido de la obligación laboral consistirá, precisamente, en desplazarse periódica o atípicamente, constituyendo la movilidad «una circunstancia principal del contrato».

¹⁹⁶ SSTSJ de Andalucía, de 29 de septiembre de 2016, Rec. 2832/2015.

PARTE II. MOVILIDAD GEOGRÁFICA SUSTANCIAL A INSTANCIAS DEL EMPRESARIO

CAPÍTULO 4. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA EN EL ARTÍCULO 40 ET: TRASLADOS DE PERSONAS TRABAJADORAS

4.1 Introducción

La figura jurídica del traslado de trabajadores (del lat. *translātus*, «trans» -al otro lado-, «latus» -llevado-) no encuentra una definición legal expresa en el Estatuto de los Trabajadores, como tampoco en el resto del ordenamiento jurídico laboral, que se limita a regular sus requisitos de forma y de contenido. Seguramente, el legislador consideró innecesario ofrecer una conceptualización legal, aceptando con ello la que semánticamente se atribuía al término traslado¹⁹⁷ y al verbo trasladar¹⁹⁸, si bien, concretando las notas que debían concurrir para que se entendiera materializado desde la perspectiva estrictamente del Derecho del Trabajo. Pese a lo anterior, sí se puede adelantar que el traslado es una manifestación del poder de dirección empresarial que le permite introducir cambios sustanciales en las condiciones de trabajo¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Acción y efecto de trasladar, en <https://dle.rae.es/?w=itinerante> (última consulta 15 de abril de 2019)

¹⁹⁸ Llevar a alguien o algo de un lugar a otro, en <https://dle.rae.es/?w=itinerante> (última consulta 15 de abril de 2019).

¹⁹⁹ RIVERO LAMAS, J.: «Modificación de las condiciones de trabajo», en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1988, págs.. 125 y siguientes.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Este primer escollo, la falta de definición, debe combatirse a través de un estudio de los elementos que caracterizan a la figura jurídica regulada en el apartado primero del artículo 40 ET, que, como ya se avanzó en la Introducción, representa el pilar fundamental del estudio de investigación que suscribo, al tratarse de la manifestación de la movilidad geográfica que más controversia ha suscitado. A través de este método, nos acercaremos a una conceptualización legal de dicho término con entidad suficiente como para servir de criterio interpretativo del meritado artículo 40 ET. Empero previa a esa labor, se partirá de una contextualización de la figura cuyo estudio inmediatamente prosigue.

4.2. Incardinación en la Movilidad Geográfica

La movilidad geográfica es el receptáculo donde halla cobijo legal el traslado, y bien puede servir de axioma en la construcción de dicho precepto. Aquélla se ha calificado como *«toda modificación de la relación de trabajo relativa al lugar de la prestación de servicios»*²⁰⁰ y que obedece a *«una manifestación del poder de dirección de la empresa que se proyecta sobre las personas de los operarios ligados con él por el contrato de trabajo»*²⁰¹, y en virtud de la cual se destina, temporal o permanentemente, a uno o varios empleados a un centro de trabajo distinto del que venían ocupando.

²⁰⁰ STSJ de Canarias (Santa Cruz), de 5 de marzo de 1999, Rec. 24/1999.

²⁰¹ STSJ de Canarias (Las Palmas), de 27 de abril de 2010, Rec. 2398/2009.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Respecto de esta definición, si bien coincido en lo sustancial²⁰², no comparto el criterio de la Sala en lo atinente a que deba tratarse, necesariamente, de una manifestación del poder de dirección del empresario, pues, dentro del apartado movilidad geográfica ex artículo 40 ET, se regulan otros supuestos que no tienen su origen en la voluntad del empleador. Por tanto, y como reflexión constructiva sobre la definición esbozada por el TSJ de Canarias, entiendo que podría adicionarse, inmediatamente a continuación del final de la frase «*manifestación del poder de dirección de la empresa que se proyecta sobre las personas de los operarios ligados con él por el contrato de trabajo*», el siguiente tenor: *así como de otras situaciones contempladas en el artículo 40 ET*».

Ahora bien, junto a las anteriores, existen otras formas de movilidad geográfica. En este sentido, ORTIZ LALLANA²⁰³ ya advirtió, en su momento, que el articulado de Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, no contenía todas las manifestaciones de movilidad geográfica. Más apropiada se antoja la

²⁰² Modificación del lugar de trabajo.

²⁰³ ORTIZ LALLANA, C.: *La Movilidad Geográfica en la Empresa (El Marco Jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pág. 33. La autora ya advierte, con ocasión a la ley 11/1994, que en el articulado de la movilidad geográfica no se abordan todas las manifestaciones posibles, citando, a modo de ejemplo, la que se realiza por acuerdo entre las partes. Este planteamiento casa fielmente con lo que he expuesto en relación a la STSJ Canarias (Las Palmas), de 27 de abril de 2010, que en su exposición de esta disciplina, olvida otros supuestos que también pueden incluirse en la misma.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

definición conferida por CRUZ VILLALÓN, en el sentido de describirla como «*toda modificación del lugar en el que habitualmente suele desarrollarse la prestación de trabajo*»²⁰⁴. Con esta concepción, sí quedarían incluidas esas otras manifestaciones de movilidad geográfica, como son la adoptada de mutuo acuerdo y la «*impropia, no sustancial o débil*». Esta última es el resultado directo de la construcción jurisprudencial²⁰⁵ y se caracteriza por no exigir el cambio de residencia del trabajador, por lo que queda excluida de la regulación contenida en el citado artículo 40 ET, subsumiéndose dentro del *ius variandi* empresarial, ex artículos 5-a) y 20 ET²⁰⁶. Tal distinción, como posteriormente se verá, es muy relevante, dado que permitirá discernir entre la figura del traslado y otras conexas, en el sentido de que la primera, como manifestación más intensa de la movilidad geográfica sustancial, exigirá la mudanza del trabajador a otro domicilio, hasta el punto de ser éste el «*elemento característico del supuesto de hecho del art. 40-1 ET*»²⁰⁷.

En esta línea, la Sentencia del TSJ Cataluña afirmó que «*la doctrina unificada viene reiterando que la movilidad geográfica que*

²⁰⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los trabajadores... op. cit* (2003), pág. 483.

²⁰⁵ Entre otras, SSTS de 27 de diciembre 1999, Rec. 2059/1999, de 16 de abril de 2003, Rec. 2257/2002, de 26 de abril 2006, Rec. 2076/2005 y 5 de diciembre 2008, Rec. 1846/2007; ATS de 22 de julio 2008, Rec. 2332/2007.

²⁰⁶ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La doctrina del Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina acerca del derecho a una compensación en el caso de cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia del trabajador» en www.tirantonline.com (TOL 482.033).

²⁰⁷ STS de 12 de febrero de 1990 (QSJ 1990/1395).

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario *disciplina dicho precepto (Art 40 ET) exige cambio de residencia*»²⁰⁸. En el mismo discurso se mueve el TS²⁰⁹.

Pese al carácter de «*pseudo movilidad geográfica*» que se le han otorgado y de su exclusión del artículo 40 ET, será incluida dentro de la esfera de estudio. En efecto, los fenómenos laborales comprendidos de ésta, pese a no reunir las características que le harían situarse bajo el paraguas del artículo 40 ET, no dejan de ser cambio locativos -de intensidad menor- en la prestación de servicios. En consecuencia, y persiguiendo abarcar el estudio de toda la disciplina, han de ser asimismo analizadas.

Por último, hay que hacer alusión a los cambios locativos impuestos como sanción disciplinaria. Evidentemente, estos supuestos no se incluyen dentro del *ius variandi stricto sensu*, si no en el *ius puniendi*. Ello, no obstante, y siguiendo el criterio desplegado anteriormente, estos fenómenos también serán objeto de análisis, en la medida que participan de esa movilidad geográfica entendida como cambio del lugar de trabajo, sin que, este motivo, sirva de parangón entre los traslados disciplinarios y lo regulado en el artículo 40 ET, como tampoco quepa admitir que aquéllos encuentran cabida en la disciplina estudiada.

²⁰⁸ STSJ de Cataluña, de 26 de enero de 2009, Rec. 4193/2008.

²⁰⁹ SSTs de 27 de diciembre de 1999, Rec. 2059/1999 y 14 de octubre de 2004, Rec. 2464/2003, entre otros.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

En síntesis, la movilidad geográfica de personas trabajadoras²¹⁰ es un fenómeno jurídico dentro de la esfera del derecho del trabajo que proyecta sus efectos cuando se produce un cambio locativo en la prestación de servicios, cuya activación puede responder a diversos motivos y agentes, y que, en función de las características de la modificación del lugar de trabajo que se trate en cada caso y de sus promotores, quedará encuadrada jurídicamente dentro una de las diversas figuras reguladas dentro de aquella, con sujeción a las reglas previstas para la misma.

En este primer capítulo, se estudiarán los traslados y, posteriormente, se irán abordando las otras manifestaciones de movilidad geográfica.

4.3. Elementos del traslado

Como se adelantaba en el inicio de este capítulo, la ausencia de definición jurídica conduce inexorablemente al estudio de los elementos característicos del traslado. En esta labor, y a criterio del autor, de la lectura analítica del artículo 40 ET, se infiere la existencia de tres elementos, de los cuales, dos tienen un denominador común (ámbito espacial), y el restante, se rige por criterios temporales. Si bien van a ser expuestos por separado, se tratará de realizar un análisis integrador con el

²¹⁰ En sentido amplio, no circunscrito exclusivamente al contenido del Artículo 40 ET.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario objetivo final de aunar todos ellos y así poder construir la definición perseguida. Pues bien, bajo este norte, y en aras de hilvanar adecuadamente el concepto de traslado, se da paso al estudio de los elementos apuntado.

4.3.1. Elemento Territorial

Se ha expuesto anteriormente que, de los tres elementos constitutivos del traslados, dos se enmarcaban dentro del ámbito territorial. Pues bien, éstos pueden inferirse claramente de la primera aproximación que voy a deslizar de la figura jurídica del traslado, que es *«aquel cambio de centro de trabajo que exige cambio de residencia, y atribuye al trabajador el derecho a optar entre una compensación por gastos de traslado, o la extinción de su contrato»*²¹¹, constituyendo *«el supuesto de mayor intensidad de la movilidad geográfica»*²¹². Pocas dudas se antojan sobre la connotación claramente locativa que irradia el meritado precepto, así como de los dos elementos territoriales en él incluidos: cambio de centro de trabajo (1) que exija cambio de residencia (2).

En la introducción de esta Tesis, ya se advirtió que el objetivo de aportar conclusiones constructivas a la materia que me ocupa, no iba a traducirse en una sucinta e incompleta contextualización de cada extremo

²¹¹ STSJ de Navarra, 8 de julio de 2008, Rec. 182/2008 y STSJ Cataluña, de 24 de marzo de 2011, Rec. 1176/2010.

²¹² STS 27 de diciembre de 1999, Rec. 2059/1999.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario a estudiar, pues tan importante es la reflexión como la forma de llegar hasta ella, de ahí que sea imprescindible, al menos a criterio del autor, seguir éste método. Dicho esto, se procede a estudiar los dos elementos territoriales que, junto al temporal, constituyen el traslado de trabajadores ex artículo 40 ET.

A) Cambio de centro de trabajo

La construcción terminológica del centro de trabajo realizada anteriormente, concluyó con el siguiente tenor: aquella unidad productiva con autonomía técnica, integradora de organizaciones productivas verticales, horizontales y/o mixtas que, además, ostenta una organización específica, concebida como autonomía organizativa, «sin necesidad de que sea independiente del conjunto de la empresa», y al que la ley obliga a dar de alta como tal ante la Autoridad Laboral. En este sentido, se decía que los dos elementos esenciales, unidad productiva autónoma y organización específica, han de concurrir necesariamente, sin que la ausencia de alta en la AL, sea motivo suficiente para descartar su existencia.

Pues bien, para hallarse dentro del fenómeno regulado en el apartado primero del artículo 40 ET, será requisito necesario (pero no exclusivo ni autónomo) que un empleado que prestaba servicios en un centro de trabajo concreto, pase a hacerlo a otro de la misma empresa, debiendo reunir, al menos el centro de destino, las notas esenciales estudiadas. Ahora bien, en este escenario se tendrá muy presente el lugar

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario de trabajo de la persona trabajadora afectada por el cambio de centro. En este sentido, de deberá proceder a la identificación del espacio físico en el que aquélla desarrolla su actividad y conjugarlo con la separación del centro de inicio y de destino. Comoquiera que esto ya ha sido objeto de un profuso estudio, conviene remitirse a Parte I de esta tesis.

B) Cambio de residencia

Como se ha avanzado, uno de los dos requisitos *sine qua non* para poder estar ante la figura jurídica del traslado de trabajadores ex artículo 40 ET, es que el cambio en el centro de trabajo del empleado, exija un cambio en su residencia, con independencia de que, finalmente, se produzca o no. Dada la importancia que tiene este fenómeno del «cambio de residencia» dentro del elemento territorial, va a ser objeto de estudio pormenorizado, que vendrá integrado por tres apéndices: noción de residencia habitual; identificación de cuándo es necesario un cambio de residencia con ocasión de un cambio locativo en el trabajo; y las conclusiones.

B.1. Noción de residencia habitual

Resulta imperativo saber a qué se refiere la ley cuando emplea la locución «residencia habitual». Una concepción plausible de este término, podría ser aquélla que implica «*un asentamiento físico en un*

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo»²¹³. La adjetivación de residencia como habitual, no encuentra en la legislación laboral ningún precepto que determine cuando procede, por lo que hay que remitirse al resto del ordenamiento jurídico, a fin de localizar una conceptualización que, por acoplamiento, pueda resultar útil a estos efectos.

Si bien el artículo 72 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hace una alusión genérica a la residencia habitual -a efectos del referido impuesto-, más esclarecedor resulta el artículo 40 del Código Civil, que la asocia directamente con el domicilio de las personas naturales, así como los artículos 156 y 813 de la LEC, que aluden de forma indistinta a domicilio y residencia. En la misma línea, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha manifestado que el lugar donde se reside habitualmente *«equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar»*²¹⁴, haciendo acopio de esta jurisprudencia otras sentencias²¹⁵.

²¹³ STS de 18 octubre 2012, Rec. 4325/2011, voto particular de la Magistrada Excm. Sra. D^a María Milagros Calvo Ibarlucea. Citada esa definición por el TSJ de Andalucía (Málaga), en sus sentencias de 21 de febrero de 2013, Rec. 1567/2012, 30 de mayo de 2013, Rec. 166/2013, 13 de junio de 2013, Rec. 271/2013, 12 de septiembre de 2013, Rec. 544/2013 y 23 de septiembre de 2013, Rec. 609/2013.

²¹⁴ STS, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1996, Rec. 2083/1993.

²¹⁵ Citándose, a modo de ejemplo, la como la emanada del TSJ de Canarias, de fecha 27 de julio de 2010, Rec. 1552/2009, la cual vino en argumentar que *«lo más lógico es*

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Por su parte, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado, con cierta reiteración, sobre la residencia habitual, aceptando su identificación con el domicilio, y matizando que éste «*acota el espacio donde el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, haciéndolo con la libertad más espontánea*»²¹⁶, mientras que la AN ha remarcado que «*se caracteriza el domicilio real por los elementos de residencia efectiva y habitualidad, dejando al criterio del juzgador la apreciación de los hechos que puedan demostrar la residencia habitual*»²¹⁷.

En lo que se refiere la mayoría de la doctrina laboralista²¹⁸, también se vincula expresamente la residencia habitual con el domicilio del trabajador. En este sentido, se ha manifestado que la residencia, a estos efectos, se ha de asociar al domicilio habitual del trabajador, no en cambio a la residencia administrativa²¹⁹. Conviene citar, en conexión con esta línea de pensamiento, el Artículo 88 del C. Colectivo Estatal de

pensar (en relación a la residencia habitual en el contexto de los traslados), de acuerdo con la doctrina civilista, en el domicilio habitual y no en la residencia administrativa».

²¹⁶ STC 50/1995, de 23 febrero (TOL 82.790).

²¹⁷ SAN de 2 noviembre 2000, Rec. 573/1998.

²¹⁸ Entre otros, GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 61; ARROYO ABAD, C.: «La movilidad geográfica», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* núm. 37, 2004, nota a pie núm. 1 y pág. 224; CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, pág. 108; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M. J.: *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*. CISS, Bilbao, 1995. Pág. 223.

²¹⁹ SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A., BALLESTER PASTOR, M.A., GARCÍA GÓMEZ DE LA FLOR, M.E., ROSAT ACED, C., ROSAT ACED, J.I., ALFONSO MELLADO, C., VELASCO PAÑOS, M.: «La movilidad geográfica» en *Relaciones laborales*, Tirant lo Blanch Valencia, 2008. Pág. 3.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario Construcción²²⁰, que asocia la residencia habitual de la persona trabajadora, la que haya señalado este en el contrato de trabajo, confiriéndole a este particular carácter preceptivo al ingresar en la empresa. En ese sentido, precisa que el trabajador vendrá obligado a comunicar los eventuales cambios de residencia que se produzcan durante la relación laboral. En caso contrario, los cambios de residencia no producirán ningún efecto en relación con las disposiciones de este Convenio General y demás normativa que sea de aplicación. En cuanto a la calificación de «necesario», el precepto lo vincula a la imposibilidad o especial onerosidad en el desplazamiento diario.

²²⁰ Artículo 88 CC Estatal Construcción: 1. *Se entenderá por residencia habitual del trabajador la que haya señalado este, lo que es preceptivo, al ingresar en la empresa, debiendo comunicar a esta los cambios que se produzcan al respecto durante la vigencia del correspondiente contrato de trabajo.*

2. *Los cambios de residencia habitual del trabajador que se produzcan durante el transcurso de la relación laboral, y que no se hayan comunicado por este a su empresa, no producirán ningún efecto en relación con las disposiciones de este Convenio General y demás normativa que sea de aplicación.*

3. *Los cambios de residencia habitual del trabajador, que no vengan obligados por decisiones de su empresa, no darán lugar, por sí solos, a derecho o compensación alguna a su favor, aunque, como es preceptivo, le deban ser comunicados a esta.*

4. *A los efectos del presente capítulo, se entenderá que un desplazamiento implica cambio de residencia habitual, cuando razonablemente imposibilite o haga especialmente gravoso u oneroso al trabajador el desplazamiento diario al centro de destino desde dicha residencia, atendidas las circunstancias de distancia y tiempo invertido en recorrerla.*

En ningún caso se entenderá que un desplazamiento implica cambio de residencia, cuando, con respecto al centro de trabajo de destino, se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

a) *Que esté ubicado en el mismo término municipal que el de procedencia.*

b) *Que se encuentre más próximo de la residencia habitual del trabajador que el centro de procedencia*

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Todos estos planteamientos obedecen a la lógica de las cosas, en tanto en cuanto lo que verdaderamente tendría que valorarse, en el contexto de la movilidad geográfica, es el modo en que un eventual cambio de centro de trabajo afectaría al trabajador en relación con el domicilio que emplea de forma cotidiana, y no con otro al que puede estar adscrito, pero no se manifiesta como habitual, en estos términos.

B.2. Necesidad de cambio de residencia habitual

Asentado lo anterior, procede analizar ahora cuándo se entiende cumplida la *exigencia de cambio de residencia habitual*, para estar así ante la figura de traslado del artículo 40 ET. Tal y como ha precisado GOERLICH PESET²²¹, se trata de un concepto indeterminado, que no se relaciona automáticamente con un cambio de municipio o provincia. En este sentido, debe partirse de que no existe un patrón cierto que establezca a partir de cuántos kilómetros se puede considerar un cambio de centro de trabajo como traslado en los términos del artículo 40 ET y de que, a la postre, se trata de un concepto jurídico indeterminado.

Como punto de partida, puede servir de orientación el artículo 301 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se

²²¹ GOERLICH PESET, J.M.: «Modificaciones contractuales» en VV.AA. (Dir. GOERLICH PESET, J.M.): *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 440.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²²², que establece como distancia adecuada entre el centro de trabajo y la residencia habitual, aquélla que no supere la de 30 km, en caso de que estén en localidades distintas, salvo dos excepciones: la primera, que el operario acredite que el tiempo invertido en el desplazamiento es excesivo (aquél que supera el 25 por cien de la duración de su jornada de trabajo diaria), o bien que el coste del mismo es muy elevado (gasto superior al 20 por ciento del salario mensual). En cualquiera de ambos supuestos, aunque la residencia habitual del trabajador y del nuevo centro de trabajo estén separados por menos de 30 km, se considerará ex lege que tal distancia no es adecuada, presumiéndose que la movilidad geográfica operada exigirá cambio de residencia.

No obstante, parece tratarse de una presunción *iuris tantum*, que en todo caso admitiría prueba en contrario. Y ello, por cuanto si la voluntad del legislador fuera establecer a partir de qué parámetros exactos se ha de considerar iure et de iure necesario el cambio de residencia, lo hubiera plasmado en el propio artículo 40 ET. La razón de no hacerlo estriba en que introducir un criterio unificado que trate de resolver escenarios tan variables como los que pueden suscitarse en relación al lugar de trabajo y lugar de residencia, podría desembocar en situaciones injustas. En consecuencia, conviene proseguir el estudio en aras de aproximarse a la identificación de esa necesidad de cambio de domicilio.

²²² Anterior artículo 231.3-3º del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

A tal fin, resulta oportuno traer a colación lo expuesto por AGIS DASILVA, quién defiende que es necesario un cambio de residencia «cuando resulta probado que el trabajador objeto de movilización no puede, como consecuencia de su reubicación, seguir realizando las comidas principales o pernoctando en su domicilio»²²³. Y es que, en mi opinión, esa «necesidad» se rige por criterios estrictamente objetivos. Como sustento de este planteamiento, debe precisarse que el Tribunal Supremo²²⁴, ha desechado toda línea de pensamiento tendente a vincular la *necesidad* de cambio de residencia a la libre consideración y voluntad del trabajador afectado por la medida de traslado, exigiendo, en algunos pronunciamientos, que el cambio de residencia se haya producido realmente, descartando la calificación de traslado cuando el empleado decide permanecer en su residencia anterior²²⁵. Del mismo modo, ese cambio tampoco ha de venir exigido por la Empresa²²⁶, sino porque «materialmente sea imposible o notablemente gravoso mantener la anterior residencia y desplazarse desde la misma a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo»²²⁷. En estos términos se pronunció el TSJ de Castilla-León²²⁸, aseverando que el artículo 40 no impone que sea

²²³ AGÍS DASILVA, M. *La modificación del lugar de trabajo sin cambio de residencia para el trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 46.

²²⁴ STS de 16 de abril de 2003, Rec. 2257/2002.

²²⁵ STS de 5 de febrero de 1990, Rec. 832/1988.

²²⁶ STSJ de Extremadura, de 11 de febrero de 2004, Rec. 826/2003 y STJS Madrid, de 6 de marzo de 2006, Rec. 848/2006

²²⁷ En esa línea SSTS 27 de diciembre de 1999, Rec. 2059/1999, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 3 noviembre 1992, Rec. 332/1992, STSJ de Extremadura, 21 de enero de 2003, Rec. 632/2002, STSJ Cataluña, de 26 mayo 2005, Rec. 3307/2004, STSJ Andalucía, de 10 de noviembre de 2009, Rec. 1367/2009.

²²⁸ STSJ Castilla-León de 11 de enero de 2007 EDJ 2007/10848, con expresa remisión a la STSJ de Andalucía (Málaga), de 20 de marzo de 1995

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

la empresa la que exija el cambio de residencia del trabajador sino que tal cambio venga exigido por el hecho del traslado del centro de trabajo, es decir, porque materialmente sea imposible o notablemente gravoso mantener la anterior residencia, y desplazarse desde la misma a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo. Termina su razonamiento con una matización muy relevante a estos efectos, cuando precisa que se ha venido considerando «muy gravoso» para el trabajador tener que recorrer diariamente una distancia de 45 kms.

Esta interpretación basada en los criterios objetivos, que también ha sido defendida por ALEMÁN PAEZ²²⁹, ya fue el seguido por el pretérito Tribunal Central de Trabajo²³⁰. Así, en su sentencia de fecha 14 de junio de 1988, argumentó que *«existe la exigencia de dicho cambio tanto cuando resulta imposible el traslado diario al nuevo centro de trabajo, como cuando resulta notablemente gravoso mantener éste y desplazarse desde la residencia a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo, ya que en este último supuesto se impone al trabajador una obligación que constituye una especial modificación de las condiciones de trabajo»*, por ello *«cuando el trabajador se ve obligado a desplazarse a diario recorriendo 32 kms de ida y otros tantos de vuelta, con las molestias que dicho desplazamiento impone dicho traslado no*

²²⁹ ALEMÁN PAEZ, F.: *La movilidad geográfica: problemática social y régimen jurídico*. Tecnos, Madrid, 2001. Pág. 84.

²³⁰ STCT de 7 febrero 1984, 15 septiembre 1985 y 14 junio 1988.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario *entra dentro de las facultades de ius variandi del empresario*». En el mismo sentido, se ha venido pronunciando la ulterior doctrina judicial²³¹.

Así pues, el cambio de residencia ha de venir exigido por criterios puramente objetivos, no subjetivos. Sin embargo, hay otros pronunciamientos que se alejan de esta línea interpretativa. En este sentido, se pronunció el TSJ de Aragón²³², precisando que no se había producido un *cambio de residencia* a los efectos del artículo 40 ET, dado que los trabajadores se opusieron a cambiar de domicilio, y ello pese a que tenían que recorrer más de 120 km diarios (entre ida y vuelta). Así las cosas, el Tribunal razonó que la indemnización del artículo 40.1 ET está prevista para compensar el traslado efectivo del trabajador, y no los gastos que genere la decisión de éste de no trasladarse, razón por la cual, no habiéndose producido el cambio de residencia de los demandantes, carecen del derecho a verse indemnizados por tal concepto.

Este pronunciamiento colisiona diametralmente con la corriente judicial que se considera que no es óbice a la movilidad geográfica sustancial que, una vez verificada la necesidad de cambio de residencia, con ocasión de la asignación de un nuevo centro de trabajo, el empleado

²³¹ STSJ de Canarias (Tenerife), Sala de lo Contencioso-administrativo, de 18 de noviembre de 1993, Rec. 494/1993; STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de noviembre de 1992, Rec. 332/1992 y STSJ de Asturias, de 8 de febrero de 2000, Rec. 1581/1999.

²³² STSJ de Aragón, de 26 de diciembre de 2001, Rec. 392/2001.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

opte por quedarse en su residencia inicial²³³. He de coincidir con esta última línea de pensamiento, pues un cambio de centro de trabajo que objetivamente exija un cambio de residencia -aunque ésta no se materialice físicamente- es evidente que constituye una muy gravosa obligación para la persona trabajadora tener que trasladarse diariamente, por lo que han de resultar de aplicación las cautelas del artículo 40 ET. Es cierto es que, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo²³⁴, ha descartado la aplicación de las cautelas del artículo 40 ET, cuando se trata de traslados entre centros de trabajo que ya se efectuaron, en sentido inverso, y no implicaron cambio de residencia. En mi opinión, y en primer lugar, no es conveniente hacer de la excepción una regla general. En segundo lugar, si se atiende al caso concreto, es loable inferior que el Alto Tribunal entendiera que no era necesario ese cambio de residencia ya no tanto por el hecho de que el trabajador en cuestión hubiera prestado servicios anteriormente en el centro de destino, sino porque en el caso concreto, la distancia entre ambas localidades (40 km) y la comunicación (30 minutos en coche), no parecerían exigir el cambio de domicilio.

Asentado, pues, el criterio objetivo como elemento determinante de la necesidad de cambio de residencia, es momento de dar paso al estudio de los parámetros que integran dicho criterio. Para ello, se ha de recurrir a

²³³ STSJ de Extremadura, de 21 enero 2003, Rec. 632/2002, STSJ de Cataluña, de 26 mayo 2005, Rec. 3307/2004 y TSJ de Madrid, de 6 marzo 2006, Rec. 848/2006, entre otras.

²³⁴ STS de 16 de abril de 2003, Rec. 2257/2002. En concreto, determinó que se trataba de una movilidad geográfica débil o no sustancial, el traslado del trabajador del centro de Avilés a Pola de Siero, valorando la Sala que, anteriormente, ese trabajador solicitó y se le concedió el traslado de Pola de Siero a Avilés,

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

la doctrina de nuestros tribunales, que acostumbra a valorar de forma conjunta tres circunstancias: la distancia, la comunicación y la jornada laboral²³⁵. De lo que se trata, en suma, es de localizar puntos en común en la interpretación de tales parámetros hasta el punto de que puedan calificarse de doctrina reiterada y así puedan servir de orientación. Como antesala, he de precisar que la legislación laboral no ha concretado a partir de qué distancia se ha de considerar objetivamente necesario el cambio de residencia, como tampoco se ha pronunciado sobre la idoneidad de la comunicación entre aquélla y el nuevo centro de trabajo, ni qué porcentaje máximo de jornada laboral debería suponer el traslado.

Esta vacuidad legal, puede ser integrada ciertamente por el citado artículo 231-3-3º LGSS, que ofrece una referencia sobre la distancia adecuada entre el centro de trabajo de destino y la residencia habitual del trabajador, fijándola en un radio inferior a 30 km (1º factor); como excepciones a esta regla general orientativa, y entrando en los otros dos parámetros, establece que el tiempo mínimo de desplazamiento, incluidas ida y vuelta, no deberá superar el 25% de la jornada del trabajador (3º factor), ni un coste superior al 20% de su salario (2º factor). La tercera excepción, tal y como dispone el precepto, «*o cuando el trabajador tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar de nuevo empleo*». Pero, como apuntaba, tan sólo sirve de referencia, pues ni mucho menos opera

²³⁵ Entre otras, STSJ Madrid, de 6 de marzo de 2006, Rec. 848/2006, STSJ Cataluña, de 26 de enero de 2009, Rec. 4193/2008, STSJ Navarra, de 28 de enero de 2010, Rec. 373/2009, STSJ Galicia, de 24 de marzo de 2010, Rec. 5773/2009, STSJ Cataluña, de 24 de marzo de 2011, Rec. 1176/2010 y STSJ Cataluña, de 5 de julio de 2011, Rec. 2807/2010.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario como una regla máxima de obligado cumplimiento, sino que se trata de ante una parte del derecho laboral de elevado contenido casuístico. Hecho este matiz, se procede ahora al análisis de la doctrina judicial y jurisprudencial sobre los tres elementos indicados:

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León²³⁶, recordó que *«la jurisprudencia, en recientes pronunciamientos, se ha encargado de establecer, con carácter general, un criterio que ha de compartirse y que no es otro que el de afirmar la existencia de movilidad geográfica "strictu sensu" en todos los casos en que el nuevo centro de trabajo se encuentra sito en población distinta de la residencia, salvo que el convenio colectivo, como fruto de la voluntad negociadora de las partes, haya concretado las distancias mínimas para que pueda existir un supuesto del artículo 40 del Estatuto»*. Bajo mi consideración, esta línea deviene inconclusa y alejada de la realidad del artículo 40.1 del ET, pues resulta aventurado afirmar que ese cambio a un centro en localidad distinta, exigirá en todo caso cambio de residencia. En este sentido, el Tribunal Supremo²³⁷, si bien hizo alusión a la referida línea doctrinal, esbozó una matización muy relevante, bajo el siguiente tenor: *«ahora bien, dicha regla no puede aplicarse de un modo automático y objetivo, de forma que obligue a considerar que todo traslado a población distinta implica un cambio de residencia, sino racionalmente y atendidas las circunstancias concretas de cada caso»*.

²³⁶ STSJ Castilla-León (sede Valladolid), de 27 de abril de 2004, Rec. 255/2004.

²³⁷ STS de fecha 16 de abril de 2003, Rec. 2257/2002.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Se observa, pues, como el TS rechaza la automatización consistente en que todo traslado a un centro de trabajo sito en localidad distinta a la de origen, conllevará siempre la necesidad de cambio de residencia, decantándose por atender las particularidades concretas de cada supuesto de hecho. En este punto, conviene citar a ALÍA RAMOS y MONTANÉ MERINERO²³⁸, quienes consideran que no es suficiente únicamente que se produzca un cambio de centro de trabajo a una localidad diferente a la del centro de origen. En este sentido, aducen que la proximidad entre las distintas localidades puede tener mucha relevancia a la hora de determinar si es necesaria o no la mudanza a otra residencia - *ergo* se trata de un traslado-, e incluso aunque ésta sea considerable, no es definitivo, pues también se ha de atender a los medios de comunicación públicos y a los facilitados, en su caso, por la empresa. En esa misma opinión se sitúa GARCÍA MURCIA²³⁹.

Se ha venido considerando la existencia de un traslado ex artículo 40 ET, en supuestos de cambio de centro de trabajo con distancias de 120 km, valorándose la poca comunicación entre aquéllos y una afectación del 25% de la jornada en el desplazamiento del domicilio al nuevo centro de destino²⁴⁰, como la excesiva onerosidad que implica para realizar una

²³⁸ ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M.J.: *Clasificación profesional... op.cit* (1995), pág. 223.

²³⁹ GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos... op.cit* (1996), págs. 61 y 62.

²⁴⁰ STSJ de Cataluña, de 26 de enero de 2009, Rec. 4193/2008: decretó la existencia de un traslado stricto sensu, en atención a la valoración conjunta de los criterios señalados anteriormente: en cuanto a la distancia, vino en declarar que era considerable, al tener que recorrer diariamente 120 km. Así las cosas, el centro de trabajo de origen era Adrián del Besos y el nuevo Sant Pere de Riudetbilles; en lo que se refiere a la comunicación, la

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

jornada de tan solo 3 horas diarias, pese a que la empresa ponga a disposición de la persona afectada un servicio de taxi²⁴¹. También se ha venido calificando como traslado los cambios de centros separados por 100 km²⁴², incluso en casos de 57 km²⁴³. En cambio, en otras ocasiones, se ha rechazado la aplicación del artículo 40 ET cuando la distancia que separa los centros es de 60 km, el tiempo de desplazamiento no es superior

empresa tenía contratado un servicio de autocares. En el caso del trabajador trasladado, el autobús lo llevaba de su centro de trabajo originario al de destino, prolongándose el trayecto en 1 hora y quince minutos (2 horas y media diarias), puntualizando la Sala que ambas poblaciones no estaban bien comunicadas; por último, en lo atinente a la jornada laboral, el desplazamiento representaba más de un 25% de aquella, además, el actor no podía desplazarse al mediodía a su domicilio, viendo reducido su horario de comida a una hora. No obstante, la hora de regreso a su domicilio tras la realización de su jornada, era prácticamente a la misma hora que con anterioridad al traslado. La Sala estimó que el cambio de centro de trabajo resultaba gravoso para el empleado, exigiendo cambio de residencia -pese a que no se hubiera producido-.

²⁴¹ STSJ de Extremadura, de 11 de febrero de 2004, Rec. 826/2003: la Sala discurrió que sí había traslado en un cambio del centro de trabajo donde prestaba servicios la actora (Badajoz) al de Almendralejo, y ello en atención a la distancia que era de 120 km diarios, así como a la jornada de la trabajadora, que era de 9h a 12h. En este sentido, apreció el Tribunal que, pese a que la Empresa había puesto a disposición de la actora un taxi, objetivamente, el cambio del centro de trabajo exigía cambio de residencia, siendo especialmente gravoso para la trabajadora tener que desplazarse todos los días hasta 120 km de su residencia habitual.

²⁴² STSJ Asturias, de 24 de abril de 2009, Rec. 80/2009: la Sala también interpretó que la naturaleza del cambio de centro de trabajo exigía la de residencia, al tener que recorrer el trabajador, diariamente, alrededor de 102 km. En este sentido, argumentó que podía considerarse dentro del ius variandi empresarial un cambio de centro que implique una distancia en torno a los 10-25 km (50 entre ida y vuelta), pero que en el caso de Autos, aquella era muy superior. Entre el resto de circunstancias concurrentes, destacaban la óptima conexión por carretera entre Gijón y Sotrondio, si bien, no en la totalidad del recorrido; también que la empresa ofreció al trabajador una compensación de 6 euros diarios durante un tiempo, y que la jornada de aquél era de 7,30 h a 15,30 h.

²⁴³ STSJ del País Vasco, de fecha 7 de octubre de 2008, Rec. 2064/2008, consideró que sí era necesario el cambio de residencia en un traslado del centro de trabajo sito en Valle de Trápaga al de Mallabia, que distan el uno del otro en 57 km. La *ratio decidendi* estribó en que, a juicio de la Sala, la distancia era más que suficiente como para defender la necesidad de cambio de residencia, unido a las dos horas que debían emplearse para desplazarse de un centro a otro y siempre que el trabajador contara con vehículo propio.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

a 45 minutos y la empresa abonaba mensualmente al actor una importante cantidad en concepto de gastos ²⁴⁴. Tampoco se ha entendido como sustancial cuando la distancia es de 37 km²⁴⁵, ni en otras inferiores como 32 km²⁴⁶, 21km²⁴⁷, 18 km²⁴⁸ o 13,5 km²⁴⁹.

²⁴⁴ STSJ de 19 de enero de 2010, Rec. 7001/2008. Muy ilustrativa -y ciertamente sorprendente- resulta esta sentencia, pues vino en rechazar de forma contundente que sólo se tenga en cuenta la distancia para determinar si un cambio de centro de trabajo implica cambio de residencia (*ergo* movilidad geográfica sustancial). Así pues, manifestó que debía valorarse, asimismo, el tipo de comunicación existente, el tiempo que entraña el desplazamiento, el medio de transporte disponible, la compensación ofrecida por la empresa, concluyendo que «*en atención a tales variables de coste en tiempo y dinero se ha de entender que ordinariamente es necesario o no un cambio de residencia, de modo que cuando por el efecto de tales circunstancias el traslado resulte gravoso de forma tal que sea más recomendable el cambio de residencia*». Partiendo de esa premisa, falló que no era necesario el cambio de residencia, en un traslado que implicaba un desplazamiento diario de 60 km (120 km diarios), pues pese a que existía una mayor gravosidad para el operario, el tiempo necesario para recorrer esa distancia (45 minutos) no era excesivo, y además la empresa cubría los gastos de forma suficiente (300 € mensuales).

²⁴⁵ STSJ de Cataluña de fecha 18 de enero de 2008, Rec. 628/2004: el Tribunal postuló que no era necesario el cambio de residencia en un traslado que implicaba un desplazamiento diario de 37 km en total. Se valoró que la Empresa había pactado con el Comité de Empresa la contratación de un servicio de autobuses para transportar a los trabajadores, salvo en el turno de noche. En cambio, no tuvo la trascendencia suficiente como para considerarlo como gravoso para el trabajador el hecho de que los trabajadores del turno de noche, no dispusieran de transporte público, teniendo que prestar servicios de 21 a 04:30 horas, y luego hacer uso de vehículo particular. En este supuesto, el factor transporte público tuvo una gran trascendencia en la valoración del cambio locativo.

²⁴⁶ STSJ de Madrid de fecha 6 de marzo de 2006, Rec. 848/2006: se valoró la conexión, entre la localidad donde la persona afectada tenía su residencia habitual y la del centro de trabajo de destino, por servicios de autobuses, como también la frecuencia concreta de éstos, y todo ello, en relación con el horario y jornada de los afectados y la distancia entre ambas (32,7 km), concluyendo el Tribunal que no había traslado.

²⁴⁷ STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 10 de noviembre de 2009, Rec. 1367/2009: la Sala concluyó que no había necesidad de cambio de residencia merced a la reducida distancia que separaba los dos centros de trabajo (alrededor de 21 km), y la buena comunicación existente entre ellos (desplazamiento no superior a 15 minutos). A mayor abundamiento, valoró positivamente que la empresa hubiera puesto a disposición del trabajador un vehículo o alternativamente le abonara un plus por kilometraje de 0,18 €/km y día efectivo de trabajo, lo que suponía casi cuatro euros diarios -en caso que trabajase todos los días laborales del mes, alrededor de 90 euros mensuales-.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Los tribunales tienen muy presentes la comunicación mediante servicios públicos²⁵⁰ y la accesibilidad por carretera y el pago de gastos por la empresa²⁵¹, especialmente las dietas²⁵², hasta el punto de condicionar el fallo la buena conexión entre ambos centros ²⁵³, si bien en otros casos no fue determinante²⁵⁴.

²⁴⁸ STSJ Galicia de 5 de diciembre de 2012, Rec. 4386/2012: se falló que no era necesario el cambio de residencia en una distancia de 18 km, siendo éste parámetro suficiente por sí mismo en la valoración del cambio de centro de trabajo.

²⁴⁹ STS de 26 de abril de 2006, Rec. 2076/2005: el TS consideró que no había necesidad de cambio de residencia en una movilidad geográfica que conllevaba un desplazamiento diario de 13,4 kilómetros, existiendo una parada de autobús muy próxima, y con unos gastos insignificantes.

²⁵⁰ STSJ de Castilla y León (Burgos), DE 27 de febrero de 2008, Rec. 834/2007. Se tuvo muy presente la existencia de una línea de autobuses que conectaba la residencia habitual de la actora en Segovia, y el nuevo centro de trabajo al que fue destinada, ubicado en un polígono de Hontoria, existiendo una parada en él, pues terminó por considerar que no había un traslado.

²⁵¹ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 22 de mayo de 2008, Rec. 1239/2008. El Tribunal razonó que no había traslado por el hecho de existir una carretera bien comunicada entre ambas localidades y que la empresa abonara una cantidad diaria para compensar los gastos de los desplazamientos (distancia de unos 25-30 km).

²⁵² STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2003, Rec. 784/2003, STSJ Comunidad Valenciana, de 15 de enero de 2008, Rec. 4292/2007 y STSJ de Castilla León (sede Burgos), en sentencia de fecha 27 de febrero de 2008, Rec. 834/2007. En la sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, se valoró por la Sala que la empresa hubiera puesto a disposición de la plantilla un servicio de transporte y otro de catering, para así compensar los mayores gastos que entrañan los desplazamientos.

²⁵³ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 22 de mayo de 2008, Rec. 1239/2008: por su parte, razonó que no había traslado por el hecho de existir una carretera bien comunicada entre ambas localidades y que la empresa abonara una cantidad diaria para compensar los gastos de los desplazamientos (distancia de unos 25-30 km).

²⁵⁴ STSJ de Extremadura, de 21 de enero de 2003, Rec. 632/2002: la Sala rechazó que el hecho de que existiera una carretera que conectaba idóneamente ambas localidades, no era suficiente como para considerar que no había traslado. Bien es cierto que, en este caso, la distancia era sustancialmente superior al enjuiciado por el TSJ CV (60 km).

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Interpretación *latu sensu* del traslado es la que hizo el TSJ de la Comunidad Valenciana²⁵⁵, en tanto en cuanto consideró concurrente el requisito de cambio de residencia en el traslado de una trabajadora del centro de trabajo de Villarreal al de Nules. Así las cosas, consideró el Tribunal que los 9 km que separaban ambas localidades eran distancia más que considerable, y que la empresa, que es a quién corresponde el *onus probandi*, no había acreditado la existencia de medios de transporte ni comunicación idónea entre dichas localidades.

B.3. Conclusiones

Del análisis de la jurisprudencia y doctrina judicial, se extraen las siguientes conclusiones sobre los tres parámetros estudiados:

I. Distancia: se ha de tener en cuenta la distancia (en km) entre el centro de trabajo de destino y la residencia habitual del trabajador, pero también la que mediaba entre ésta última y el centro de trabajo de origen, la que separa sendos centros y el lugar de trabajo, si éste es distinto al del centro de trabajo. Es el criterio más relevante a la hora de dilucidar si un cambio de centro de trabajo supone un traslado ex artículo 40 ET, pues magnifica cuán gravoso resulta para el trabajador el cambio de centro, si bien, no el único.

²⁵⁵ TSJ de la Comunidad Valenciana, en su sentencia de fecha 3 de Noviembre de 1992, Rec. 332/1992.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

No existe una distancia «límite» a partir de la cual se considere *ope legis* que es necesario el cambio de residencia requerido para estar ante un traslado. En mi opinión, a partir de una distancia de 70 km (140km en total), se hace probable el escenario del artículo 40 ET, si bien, se deberán valorar otros factores, de suerte que es posible que, en ocasiones, una distancia inferior suponga la aplicación del citado precepto y, en otras, con una distancia superior, no se entienda concurrida la necesidad objetiva de cambio de residencia. No existirá traslado propiamente dicho, cuando la medida empresarial de movilidad geográfica suponga un cambio a un centro de trabajo sito en la misma localidad que el centro de trabajo de origen y/o la residencia habitual del trabajador²⁵⁶. Sin embargo, no parece acertado inferir que, a *sensu contrario*, todo cambio a un centro de trabajo sito en localidad distinta al anterior, conlleva *per se* movilidad geográfica sustancial, sino que se tendrá que estar a las circunstancias concurrentes.

II. Comunicación con el centro de destino: se ha de tener presente la comunicación existente por autovía, carretera convencional, medios de transporte públicos, con accesibilidad y frecuencia de paso, gastos, etcétera. Los tribunales fijan como criterio más relevante a la hora de determinar si una movilidad geográfica es sustancial, lo gravosa que resulta para el trabajador afectado. De ahí que cobre especial relevancia cómo están comunicados ambos puntos, el de origen y el de destino, y los

²⁵⁶ En este sentido, y como adición a las sentencias referidas anteriormente, citar la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 28 septiembre 2006, Rec. 1619/2003. Se deduce igualmente de la STS de 22 junio 1990, Rec. 2291/1988, citada por la primera, como también de la STSJ Cataluña, de 10 septiembre 2008, Rec. 3946/2008.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

gastos que genera el desplazamiento. Si bien el último está claro que es el centro de trabajo dónde ha sido trasladado el empleado, el de origen suele fijarse en el anterior centro, pese a que, lo sensato debiera ser la residencia habitual del trabajador. Lo que ocurre, en la práctica totalidad de casos, es que esa residencia habitual se halla ubicada en la misma localidad que el centro de trabajo primigenio, de ahí que se aluda como punto de partida a éste. Aunque el medio de transporte privado es relevante, en esa comunicación adoptan un papel fundamental los medios de transporte públicos, en concreto, los trenes y la red de autobuses. Si éstos son idóneos, -y siempre en conjugación con la distancia existente y el tiempo que conlleva el desplazamiento-, es factible que la movilidad geográfica *stricto sensu* se flexibilice, y puede determinarse que no es necesario el cambio de residencia merced a esos medios de comunicación.

Los tribunales, a la hora de determinar si una movilidad geográfica concreta es o no sustancial, tienen en consideración este tipo de factores que aminoran la mayor onerosidad que conlleva un cambio a un centro de trabajo sito en localidad distinta a la residencia habitual del trabajador, y donde anteriormente prestaba sus servicios. Ello, no obstante, debe matizarse que tales factores serán valorados sólo en aquéllos casos en los que pueda existir una duda razonable sobre la sustantividad del traslado, aunque sea mínima. Dicho, en otros términos, aquéllos están supeditados al factor de la distancia, pues si ésta alcanza una cuota lo suficientemente importante como para atisbar sin vacilación alguna esa mayor onerosidad que exige cambio de residencia, no quedará lugar para su valoración. El

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario
supuesto típico es un traslado a un centro de trabajo ubicado, por ejemplo, a más de 200 km.

III. La jornada laboral de la persona trabajadora: se tiene que valorar la duración de ésta, como también el porcentaje de la misma que ocupa el desplazamiento diario al nuevo centro de trabajo. Este tercer elemento de juicio -quizás algo más residual que los anteriores- debe analizarse desde dos ópticas diferentes: según el porcentaje de la jornada que supone el desplazamiento diario al nuevo centro de trabajo. Pese a que se ha apuntado que este parámetro puede tener menor peso decisorio que los anteriores, si se llega a la conclusión de que la duración del desplazamiento diario es excesiva, con toda probabilidad rayana en la certeza se acabe infiriendo que el cambio de centro de trabajo es notablemente gravoso -*ergo* se esté ante un traslado sustancial²⁵⁷. O, en relación a la flexibilidad de la jornada.

Ésta, a su vez, se ramifica en dos vertientes: la relativa a los supuestos en los que el trabajador ya tenía una jornada flexible con carácter previo a la medida de movilidad geográfica (flexibilidad *ex ante*)²⁵⁸ y la concerniente a los casos en los que el empresario, al objeto de

²⁵⁷ Así lo estimó el TSJ de Cataluña, en su sentencia de fecha 21 de julio de 2004, Rec. 1609/2004, en un supuesto en el que la actora tenía que desplazarse diariamente, durante aproximadamente 2 horas, resolviendo la Sala que ello era excesivo, a estos efectos. A la misma conclusión se llegó en la Sentencia del TSJ de Madrid, de 13 de febrero de 2001, Rec. 5361/2000, considerándose que un desplazamiento diario en tren de una hora constituía una onerosidad suficiente como estar ante un traslado.

²⁵⁸ STSJ de Madrid, de 6 marzo 2006, Rec. 848/2006.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario aliviar la gravosidad que genera el traslado, permite una flexibilidad en la jornada del trabajador (flexibilidad *ex post*)²⁵⁹. De la lectura de ambas sentencias, se colige que esta flexibilidad de la jornada puede tener cierta incidencia en la determinación de si un traslado es o no sustancial, en la medida que una menor fijeza horaria tenderá a suavizar la onerosidad de aquél.

4.3.2. Elemento Temporal

No toda medida que implique un cambio en el centro de trabajo de un empleado -y que exija cambio de residencia-, necesariamente será un traslado. Y es que, junto al elemento territorial, faltará otro para poder estar ante un traslado propiamente dicho: el temporal. En lo que atañe a este último, si bien el propio artículo 40 ET no vincula expresamente al traslado una duración determinada, ésta sí que puede colegirse a *sensu contrario* del apartado 6º de ese mismo precepto, donde se regula la figura del desplazamiento. Así pues, aquél dispone que los desplazamientos que, en un periodo superior a 3 años, rebasen los 12 meses de duración, tendrán la consideración de traslados a todos los efectos. Siguiendo el sentido literal de las palabras, una primera lectura teleológica conduciría a afirmar que se estará ante un traslado, en todo caso, cuando la medida empresarial de desplazar a un trabajador, en los términos expuestos, tenga una duración superior a 12 meses en un periodo de 3 años. Sin embargo, y por

²⁵⁹ STSJ de Asturias, de 24 de abril 2009, Rec. 80/2009.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario
prudencia legalista, esto debe ser ponderado, pues más que transformarse en un traslado, ese desplazamiento -por tiempo superior al máximo permitido-, pasará a ser considerado como aquél *a todos los efectos*, fenómeno que no es exactamente igual al primero.

Y es que, de no ser así, se estaría permitiendo al empresario sortear las formalidades legalmente exigidas para la adopción unilateral del traslado, por medio de desplazamientos en los que posteriormente se limitara a dejar transcurrir el tiempo suficiente hasta que aquéllos *mutatio mutandis* se convirtieran en traslados. No obstante, esto será objeto de estudio pormenorizado más adelante.

Hecho este inciso, lo que ahora interesa es que, de conformidad con la ley, la medida que promueva el traslado necesariamente tendrá una duración superior al año, mandato que ha redundado en que genéricamente se atribuya a aquél una vocación de permanencia²⁶⁰, comportando un cambio *permanente, atemporal o por tiempo indefinido*²⁶¹ del centro de trabajo del empleado.

Ello no es óbice a que lo que inicialmente se configuró como una movilidad geográfica por debajo de los umbrales temporales legalmente previstos (desplazamiento), pueda posteriormente canalizarse como un traslado, entendido como adecuación a los requisitos del artículo 40 ET,

²⁶⁰ STSJ de Castilla y León, de 20 de julio de 2010, Rec. 428/2010.

²⁶¹ STSJ Asturias, de 29 de mayo de 2009, Rec. 510/2009.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario sin incurrir, por ende, en el fraude de ley referido anteriormente. Como tampoco la denominación que se le pueda dar al concreto supuesto de movilidad geográfica, o su indeterminación temporal, ya que si intrínsecamente es un traslado, a ello habrá que estar²⁶².

4.4. Construcción del término Traslado

Llegados a este punto, y con estricto sometimiento en lo que precede, se está en condiciones de ofrecer una definición rigurosa de la figura jurídica del «traslado», y que quedaría pergeñada con el siguiente tenor: es la manifestación más intensa de la movilidad geográfica sustancial y consiste en la imposición a la persona trabajadora, por parte del empresario -previa concesión de un preaviso de 30 días y exposición por escrito de las causas técnicas, organizativas, económicas y/o de la producción que lo motiven-, de un cambio en el lugar de prestación de servicios con vocación de permanencia -o, en todo caso, superior a los 12 meses en un período de 3 meses-, en el sentido de destinarle a un centro de trabajo ex artículo 1.5 ET, distinto al que estaba adscrito y/o del lugar donde venía realizando su cometido funcional, y que, tras una valoración conjunta de la distancia existente entre el centro de trabajo de destino, la residencia del trabajador y el lugar originario de prestación de servicios,

²⁶² STSJ del País Vasco, de 25 de septiembre de 2001, Rec. 1362/2001: la Empresa ordena a un trabajador desplazarse al centro de trabajo de Sagunto, sin indicarle la duración de la medida (siquiera especificando que sería inferior a 12 meses), concluyendo el Tribunal que dicha movilidad geográfica tenía la apariencia de un traslado y, por ende, desplegaba efectos como tal.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario así como otros factores como la comunicación entre aquéllos y el porcentaje de jornada que supone, hacen necesario el cambio de residencia del trabajador afectado por dicha medida, siendo la mudanza del trabajador el «*elemento característico del supuesto de hecho del art. 40-1 ET*»²⁶³.

De similar manera, FABREGAT MONFORT lo ha descrito como «*aquella movilidad geográfica definitiva o relativamente prolongada cuando suponga un cambio de residencia y siempre que sea decidida unilateralmente por el empresario en base a motivos organizativos*»²⁶⁴ y CRUZ VILLALÓN como «*toda modificación forzosa de la relación laboral en cuanto al lugar de la prestación, que exige, ya sea de forma definitiva o temporal, un cambio de residencia o localidad*»²⁶⁵. AGIS DASILVA, también ha asociado el traslado a un cambio de residencia, definiéndolo como aquella decisión unilateral del empleador, consistente en encomendar a un trabajador que preste sus servicios en otro centro de trabajo de la Empresa, durante un espacio superior a 12 meses en un período de 3 años, y conllevando un cambio de su residencia habitual. En este sentido, lo ha calificado como un supuesto de movilidad geográfica causal y extraordinario²⁶⁶.

²⁶³ STS de 12 de febrero de 1990 (QJ 1990/1395).

²⁶⁴ FABREGAT MONFORT, G.: «Los traslados en el ámbito Laboral» en www.tirantonline.com (TOL 2.039.306).

²⁶⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: «La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal», *Revista de Política Social* n° 125, Madrid, 1980, pág. 87.

²⁶⁶ AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo... op. cit* (1999), págs. 318 y 319.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Sin perjuicio de que esta materia será objeto de estudio en la PARTE IV, conviene adelantar, a modo de aproximación, y en conexión con lo expuesto al inicio de este capítulo, que existen figuras próximas al traslado, que han de ser diferenciadas entre sí. En concreto, me refiero al calificado por la doctrina judicial y científica como «*traslado débil, impropio o no sustancial*»²⁶⁷, y sobre el que ahora ahondaremos.

Tal y como se ha referido anteriormente, el artículo 40 ET, viene en regular la movilidad geográfica sustancial, que es aquella que necesariamente exige un cambio en la residencia habitual del trabajador por ella afectado. A *sensu contrario*, se infiere cómodamente que toda variación de centro de trabajo que no conlleve ese cambio en el domicilio del trabajador, se enmarcará dentro de la movilidad geográfica débil. Se trata de una figura de construcción jurisprudencial, y encuentra su sustento legal en los artículos 5-d) y 20 del Estatuto de los Trabajadores, como manifestación del *ius variandi* del empresario. En este sentido, el TSJ de Galicia, adujo que «*recordando el Tribunal Supremo (sentencia de 26 de abril de 2006 -2006/76734-), que resulta obligado colegir que los supuestos de movilidad que no impliquen aquél cambio de residencia (bien de forma permanente en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento), están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario regulado en los artículos 5-1.c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores*», para continuar apuntando que, con arreglo a esta doctrina, se incardinará dentro del *ius variandi* empresarial ex artículos 5-1 c) y 20

²⁶⁷ STSJ Galicia de 22 de Marzo de 2012, rec. 97/2012.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario ET, «*todo cambio de centro de trabajo que implique una movilidad geográfica débil o no sustancial*»²⁶⁸.

Este *ius variandi* (común), se entiende como aquella facultad del empresario en virtud de la cual ostenta la posibilidad de especificación de la prestación laboral, así como de introducir en ella modificaciones accidentales²⁶⁹. En cambio, el *ius variandi* especial sería el regulado en el artículo 41 ET, relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y el propio artículo 40.1 ET. La diferencia básica entre ambos radica en que el *ius variandi* especial requiere de la existencia de unas causas concretas y de la tramitación un procedimiento preestablecido, sujeto a unas formalidades específicas, mientras que el débil no se ve sujeto a un rigor legal tan pronunciado, en buena medida por su menor repercusión en la esfera personal y profesional del trabajador.

Para la determinación de si se está ante un traslado propiamente dicho o, en cambio, ante uno no sustancial, se estará al análisis y concurrencia de los factores previamente estudiados, destacándose la necesidad del cambio de residencia, hasta el punto de que la movilidad

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ STSJ de Cataluña, de 7 de Enero de 2013, Rec. 25/2011. En el mismo sentido, GARCÍA VALVERDE, M.D.: «Una manifestación más del "ius variandi". Movilidad geográfica "lato sensu"», *Revista Doctrinal Aranzadi, Social*, num.33/201010/2010, Pamplona, 2010, págs. 1 y 3.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario geográfica sustancial ex artículo 40 ET será la que comporta ese cambio de residencia, mientras que la impropia aquélla que no lo requiera²⁷⁰.

Un ejemplo de «traslado débil» fue el contemplado en el TSJ Comunidad Valenciana²⁷¹. En el supuesto dirimido por la Sala, se había ordenado al trabajador pasar a prestar servicios en un centro de trabajo que distaba de su residencia en 50,6 km, lo que suponía un desplazamiento de alrededor de 38 minutos por autovía. El trabajador, considerando que la meritada orden suponía un traslado ex artículo 40 ET, optó por la rescisión indemnizada de su contrato, a lo que la empresa se negó, en la medida que entendía que ese cambio locativo del lugar de prestación venía permitido por el *ius variandi* empresarial. En primera instancia de desestimó la demanda, y ahora se recurre en suplicación. La Sala construye su decisión partiendo del siguiente razonamiento *«si el referido cambio de centro de trabajo no conlleva la necesidad de alterar el domicilio de origen del trabajador el mismo queda excluido de lo previsto en dicha norma para poder ser incardinado en el poder de dirección del empresario (arts. 5 y 20 del ET EDL 1995/13475), encontrándonos ante cambios locativos decididos de forma unilateral que no suponen la necesidad de residir fuera del domicilio primitivo del trabajador y que se vienen denominando como traslados "débiles"»*. Con estricto anclaje en lo que precede, consideró que el cambio locativo ordenado por la empresa no implicaba la necesidad de cambio de residencia, en la medida en que existía una muy

²⁷⁰ AGÍS DASILVA, M.: *La modificación del lugar... op.cit* (1999), págs. 15 y 46.

²⁷¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2010, Rec. 2210/2010 .

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario
buena comunicación entre el domicilio del actor y el nuevo centro de trabajo, y el recorrido diario no era excesivo.

4.5. Causas

Los traslados, como medida volitiva del empresario, deben sustentarse necesariamente en una causa, bien sea de índole objetivo, o bien de carácter disciplinario, so pena de ser declarado improcedente o nulo, en caso contrario. En el artículo 40 ET, únicamente se consignan las causas objetivas, las cuales vienen relacionadas con factores ajenos a la conducta de la persona trabajadora. En la medida que se está abordando el capítulo de movilidad geográfica a instancias del empresario, conviene centrarse exclusivamente en las causas que habilitan la medida del artículo 40 ET, dejando para más adelante el traslado por razones disciplinarias, el cual, bajo mi consideración, queda fuera de esta esfera. En efecto, y como ya defendí, este tipo de traslados, aunque comparten nombre con el regulado en el artículo 40 ET, tienen una naturaleza jurídica distinta. Así las cosas, traen causa directa en el ámbito subjetivo de la relación laboral, configurándose como una respuesta disciplinaria ante un incumplimiento contractual por parte del empleado. Hallan anclaje en el artículo 58 ET y en los convenio colectivos de aplicación y, en suma, fuera de la movilidad geográfica.

Ahora bien, y retomando el estudio del traslado por causas objetivas, éste comparte con el disciplinario, entre otras cosas, un

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario elemento en común en lo atinente a la obligación impuesta al empresario de comunicar al trabajador afectado la decisión de trasladarlo, detallando suficientemente las causas que lo motivan. Tal y como el Tribunal Supremo viene reiterando desde antiguo, -aunque se refiera a los despidos, es extensible a los traslados por analogía-, no es suficiente que esta comunicación se efectúa en términos genéricos, sino que ha de cerciorarse de proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de las razones sobre las que se sustenta su traslado, de forma que pueda articular, en su caso, una defensa en condiciones, valiéndose de los medios de prueba que considere pertinentes²⁷².

Pese a la forma de comunicación será objeto de estudio en otra fase de la tesis, he considerado oportuno adelantarlo ahora, en la medida que debe tenerse presente *ab initio* que en materia de traslados a iniciativa del empresario, tan importante es la existencia de una causa(s) real que lo motive y sustente, como el deber de comunicar al trabajador la referida causa con el rigor exigido legal y jurisprudencialmente. En este epígrafe,

²⁷² SSTS 20 de octubre de 1987 (EDJ 1987/7532), 22 de febrero de 1993, (QJ 1993/1692), 29 de enero de 1997, Rec. 3461/1999 (QJ 1997/140), TS 28 de abril de 1997, Rec. 1076/1996, entre otras. En este sentido, se ha de citar la sentencia Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1997, Rec. 1076/1996: la Sala asentó con rotundidad que no se entenderá cumplido el citado formalismo cuando *«la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad, una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador»*. Ello, no obstante, el propio TS, en su sentencia de fecha 22 de febrero de 2003, Rec. 818/1992, vino en matizar que tampoco se ha de llegar al extremo de exigir al empresario una exhaustividad extrema en la consignación de las causas, bastando esa comunicación adecuada y suficiente.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario
me centraré únicamente en las causas, siendo objeto de estudio del siguiente capítulo la notificación de las mismas.

4.5.1. Causas objetivas

El traslado fundamentado en causas objetivas, se configura como una medida de flexibilización interna y de reestructuración empresarial, prevista para tratar de corregir determinadas situaciones que pueden afectar al buen funcionamiento de la empresa o a la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en aquélla. Por lo general, y cuando de situaciones adversas se trata, esta modalidad de traslado se presenta como una medida empresarial menos traumática que el despido.

Hecha esta breve introducción, es momento de entrar a estudiar las causas que habilitan el traslado ex artículo 40.1 ET. Tal y como dispone este precepto, el traslado debe ir motivado por la existencia de causas económicas, organizativas, técnicas o de producción. Al emplear la conjunción «o», el legislador ha pretendido disipar cualquier eventual duda sobre la concurrencia de causas, en el sentido de que es suficiente la existencia de una de ellas para proceder a la movilidad geográfica, bien entendido que esto no es óbice para que concurran simultáneamente todas o algunas de ellas.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Este elenco de causas objetivas, aparece también en otros preceptos del ET, como en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (41), suspensiones (47), inaplicación del convenio (82.3) y en los despidos objetivos (52-c y 51). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los despidos, en el caso de los traslados, el legislador ha matizado que *«se consideran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial»*.

De entrada, esta redacción podría entenderse como un *plus* de garantía para el trabajador, en el sentido de que además de concurrir la causa, tendrá que venir relacionada con lo expresado en el párrafo anterior. Tal interpretación, en estos términos, situaría al artículo 40 ET en un plano contrario a la voluntad histórica del legislador, que no es otra que la de velar por una estabilidad en el empleo. Y es que, si resultara que acceder a este tipo de causas es más complicado que a las del despido, -en la medida que, en éste, no se exigiría esa especial vinculación-, se estaría causando un efecto inverso a la citada pretensión del legislador, pues resultaría más sencillo extinguir el contrato que proceder al traslado de un trabajador.

Lejos de ello, lo que se pretende con la introducción de este párrafo, tal y como la AN ha interpretado, es poner de manifiesto que *«no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quién deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su*

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario *organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo»*²⁷³. Así las cosas, más que obstaculizar el acceso a esta fórmula legal, el legislador pretende delimitar un tanto ese *ius empresarial*.

En este sentido, del artículo 138.7 LRJS, únicamente cabe inferir que no sólo deben concurrir las causas referidas, sino también se exige que vengan relacionadas con la situación concreta del trabajador afectado²⁷⁴. Con todo, y pese al silencio de la ley en cuanto a los despidos, resulta prudente exponer que el filtro de exigencia será superior en éstos respecto de los traslados, al ser la medida de mayor intensidad. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo²⁷⁵.

²⁷³ SAN 28 de mayo de 2012, Rec. 81/2012.

²⁷⁴ STSJ Madrid, de 22 de noviembre de 2013, Rec. 1766/2013 (QJ 2013/255759).

²⁷⁵ STS de 17 mayo de 2005, Rec. 2363/2004: cuando en relación a las modificaciones vs extinciones, ha declarado que *«la razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo ("flexibilidad externa" o "adaptación de la plantilla") que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo ("flexibilidad interna" o "adaptación de condiciones de trabajo")*. La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la "libertad de empresa" y de la "defensa de la productividad" reconocidas en el art. 38 de la Constitución EDL 1978/3879, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de "reestructuración de la plantilla", la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la "libertad de empresa" y el "derecho al trabajo" de los trabajadores despididos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional».

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario referirse a la nueva redacción del artículo 40 ET, brindada por la Ley 3/12, de 6 de julio, que ha redundado en una flexibilización notable de las causas que habilitan la imposición del traslado por parte del empleador. CABEZA PEREIRO y LOUSADA AROCHENA, opinan que con la meritada ley «*se incrementan los poderes del empresario -en el caso de la movilidad geográfica a través de una importante erosión de la causalidad y de la eliminación total de las potestades administrativas*»²⁷⁶. A estos efectos, conviene traer a colación la anterior redacción de este precepto, que exigía que la medida fuera destinada a mejorar la situación de la empresa, particular que fue suprimido por la meritada Ley 3/2012. En este sentido, el texto legal experimentó el siguiente cambio:

«...requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial. Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda» (antes de la reforma operada por la Ley 3/12);

²⁷⁶ CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Derecho del trabajo y crisis económica*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2013, pág. 144.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

«requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial» (tras la reforma).

Al respecto, tal y como ha declarado el TS²⁷⁷, con la actual redacción de la ley, se han reemplazado los juicios de proporcionalidad sobre las causas objetivas, que conllevaba una valoración de si la medida adoptada era o no imprescindible, por un juicio de adecuación más limitado, y que queda reducido a comprobar si las causas existen conforme se describen en el ET, así como a verificar la *«la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados»*. Han desaparecido, en suma, las exigencias finalistas en la definición de las causas objetivas, fenómeno que, en cierta medida, *«desincentiva a los trabajadores para impugnar judicialmente»*²⁷⁸.

Con anterioridad, como refería, se contenía la dicción *«...contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda»*, que fue interpretada por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones en el sentido de que las medidas han de favorecer la posición

²⁷⁷ STS de 20 de septiembre de 2013, Rec. 11/2013 .

²⁷⁸ Ididem.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario competitiva de la empresa en el mercado o la eficacia del servicio que preste, sin que sea necesario acreditar que, con aquéllas, se supera una situación negativa²⁷⁹.

Algunos pronunciamientos judiciales²⁸⁰, han venido defendiendo que con la reforma del artículo 51.1 ET, se suprimieron los elementos de causalidad y mínima proporcionalidad de las medidas, como también el juicio de razonabilidad que toda empresa debía acreditar con carácter

²⁷⁹ STS de 17 mayo de 2005, Rec. 2363/2004 y STS 16 de noviembre de 2012, Rec. 236/11: «La interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la «crisis» empresarial sino la «mejora» de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas. Esta conclusión, que se desprende de la utilización del canon de la interpretación literal, se confirma mediante la comparación de lo que ordena el art. 41 del ET EDL 1995/13475 con lo que mandan los artículos 51 y 52.c del propio ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa. Estos preceptos sí establecen una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes; a saber, bien a «superar una situación económica negativa de la empresa» (art. 51, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos colectivos), bien a «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma» (art. 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la «superación de situaciones económicas negativas» (art. 52.c., para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» (art. 52.c., para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la «superación de situaciones económicas negativas» (art. 52.c., para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» (art.52.c., para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos objetivos por necesidades de la empresa)».

²⁸⁰ SSTSJ de Castilla-León (Burgos), de 21 de diciembre de 2012, Rec. 747/2012 y 26 de diciembre de 2012, Rec. 789/2012.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario anterior a la reforma. Sin embargo, la AN²⁸¹, matizó que no ha desaparecido, con ocasión de la reforma, la conexión de funcionalidad, en el sentido de que las causas invocadas deben relacionarse razonablemente con los puestos que se pretendan extinguir, respetando así el mandato del artículo 4 del Convenio nº 158 de la OIT. Ahora bien, no se exigirá en todo caso que las medidas tengan el objetivo acreditado -en conexión de funcionalidad o instrumentalidad- de prevenir una evolución negativa o mejorar la situación y perspectivas de la empresa, sino que basta con que las medidas estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica²⁸². Sobre los efectos de esta reforma en el sector público, se ha pronunciado con rigurosidad LÓPEZ BALAGUER²⁸³.

Lo que viene exponiéndose es importante dado que las resoluciones de nuestros Tribunales, sobre la justificación o no de las causas objetivas en la instrumentalización de traslados, oscilarán en función del texto normativo vigente en cada momento. Otro aspecto que ha de tenerse presente es que, tras la reforma operada en 2012, se

²⁸¹ SAN de 18 de diciembre de 2012, Rec. 257/2012.

²⁸² STS 27 de Enero de 2014, Rec. 100/2013.

²⁸³ LÓPEZ BALAGUER, M.: «Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público tras la reforma 2012 en la doctrina de los tribunales», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extra 109, 2014, pág. 172: «...podría considerarse que ese juicio de idoneidad de la medida extintiva en términos de gestión empresarial que refiere la resolución transcrita anteriormente pasará en el sector público en todo caso por la necesaria vinculación entre la o las extinciones contractuales con las exigencias de la estabilidad presupuestaria que el organismo de que se trate deberá probar, esto es, por la acreditación de que ante la situación de insuficiencia presupuestaria o de concurrencia de la causa económica del art. 51 ET, en Administraciones Públicas o entes del sector público respectivamente, o del resto de causas objetivas, en aras del equilibrio presupuestario resulta necesaria la extinción de los contratos de trabajo como medida de reajuste de los medios personales».

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario introdujo en los traslados, a diferencia de los supuestos de modificación sustancial de condiciones, la posibilidad de fundar aquél en «contrataciones referidas a la actividad empresarial». El legislador se está refiriendo a aquéllas contrataciones que deben efectuarse en otro centro de trabajo de la Empresa que requiere cambio de residencia. Con todo, y retomando las causas, la definición de éstas viene ofrecida en la Ley, en el artículo 40 ET, pudiendo ser cuatro: económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A) Económicas

Precisa la Ley que concurrirán causas económicas cuando la empresa presente unos resultados interpretables como propios de una situación económica negativa, concretando que esta situación se entenderá como tal cuando arroje pérdidas o venga sufriendo una reducción persistente del nivel de ingresos o ventas. Si bien en el primer caso, en el de pérdidas, parece más sencillo advertirlas, no ocurre lo mismo en el supuesto de la disminución de ingresos, por cuanto el término «persistente» se puede presentar como jurídicamente indeterminado.

Para ello, el legislador ha concretado que, a todos los efectos, se considerará que la disminución es persistente cuando *«durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año*

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario anterior»²⁸⁴. Esta nueva redacción ha tenido repercusión en los pronunciamientos de nuestros tribunales, pues, tras su entrada en vigor, los criterios seguidos por aquéllos se han flexibilizado, produciéndose así un corte en la jurisprudencia relativa a las causas económicas. Evidentemente, conciernen ahora los pronunciamientos recientes, pues los anteriores han dejado de tener virtualidad, tras la reforma laboral. A estos efectos, se traen a colación varias sentencias que resultan de interés, y que, pese a tratarse de despidos algunas de ellas, pueden integrarse, por analogía, en el objeto de este estudio.

En este sentido, se han venido convalidando las medidas empresariales cuando se está ante una disminución persistente del nivel de ingresos y ventas²⁸⁵, siendo lo habitual, conforme al tenor de la ley, establecer una comparativa con los trimestres anteriores²⁸⁶. Ahora bien, no siempre que concorra la existencia de una situación económica adversa se

²⁸⁴ Artículo 47.1, 51.1 y 82.3 ET.

²⁸⁵ STSJ Cataluña, 10 de marzo de 2014, Rec. 6118/2013: resolvió estimar el recurso interpuesto por la empresa demandada, y convalidar el despido fundado en causas económicas, en tanto en cuanto, quedó acreditado que existía una disminución persistente en el nivel de ingresos ordinarios y ventas de la empresa -entre un 6% y un 7%-, junto a una reducción de la cifra de negocios del 18% respecto al año anterior.

²⁸⁶ STSJ Madrid, 10 de febrero de 2014, Rec. 1367/2013: se consideró que procedía la convalidación del despido fundado en causas económicas a la vista de la situación de la empresa, que muy resumidamente era la siguiente: resultado antes de impuestos, en 2010, de + 647.309,36 €; en 2011, de - 771.672,60 €; y en 2012 (a 31 de julio de 2012), de - 196.083,87 €. Las cifras de ventas fueron las siguientes: 1.733.546,78€ en el cuarto trimestre de 2011; 1.621.846,72 €, en el primer trimestre de 2012; y 1.484.938,63 €, en el segundo trimestre de 2012. Estos ingresos fueron inferiores a los de los mismos períodos del año anterior, es decir, cuarto trimestre de 2010, primer trimestre de 2011 y segundo trimestre de 2011.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario habilitará la medida empresarial²⁸⁷, pues, con la actual redacción, pese a que se haya suprimido la exigencia de que la medida aplicada contribuye a la consecución de objetivos futuros, sí que resulta necesario -y por ende, debe acreditarse- que dicha medida sea adecuada para corregir desajustes en la plantilla. O dicho, en otros términos, que la causa invocada sea suficiente como para justificar la medida adoptada. En este sentido, cabe decir que, con la reforma laboral de 2012, no se ha eliminado la conexión de funcionabilidad entre la causa y la medida, debiendo relacionarse las situaciones económicamente negativas o los cambios en las demandas de productos o servicios con los puestos a los que vaya a afectar la medida²⁸⁸.

El TS, por su parte, también ha venido convalidando la medida empresarial ante la probada disminución persistente del nivel de ingresos y ventas en trimestres consecutivos²⁸⁹, y en situaciones en las que una mercantil venía experimentando reducción de ventas y del volumen de negocio, con pérdidas en la explotación²⁹⁰. Ahora bien, ha precisado esa situación negativa ha de ser objeto de suficiente acreditación en el acto de juicio, no siendo suficiente una memoria presentada como acreditadora de

²⁸⁷ STSJ del País Vasco, de 15 de octubre de 2013, Rec. 1735/2013: pese a que se reconoce la concurrencia de la causa económica invocada por la empresa conforme al tenor de la ley -considera acreditado que, en cada uno de los tres primeros trimestres de 2012, se ha producido una disminución en relación a los de 2011-, acaba por declarar la improcedencia del despido, al considerar la Sala que no se acreditó la funcionabilidad entre la causa y la medida, en la medida que en 2012 se había procedido a la contratación de otros trabajadores.

²⁸⁸ *Ididem*.

²⁸⁹ SSTS 28 de enero de 2014, Rec. 46/2013 y 29 de diciembre de 2014, Rec. 83/2014.

²⁹⁰ STS 25 de febrero de 2015, Rec. 145/2014.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario la evolución negativa de la empresa, al haber obtenido ésta beneficios en el último ejercicio²⁹¹.

B) Técnicas, Organizativas o de Producción

En cuanto al resto de causas, el ET concreta que se entenderá que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Las causas productivas, que se caracterizan por se aquéllas que inciden en la capacidad de producción de la empresa para ajustarla al mercado de cada momento²⁹², pueden entenderse concurridas, por ejemplo, ante la pérdida de una contrata²⁹³ o reducción de las unidades contratadas²⁹⁴. Las causas organizativas, por su parte, concurrirán cuando,

²⁹¹ STS 16 de febrero de 2016, Rec. 289/2014.

²⁹² STS de 6 de abril de 2000, Rec. 1270/1999.

²⁹³ STS de 21 de abril de 2014, Rec. 126/2013.

²⁹⁴ TSJ de la Comunidad Valenciana, de 5 de noviembre de 2013, Rec. 1962/2013. Conviene analizar este supuesto, por su relevancia: se trata de un centro de enseñanza que, en el curso 2011-2012, tenía autorizadas tres unidades, una para escolarizar alumnos de 1 a 2 años y, las dos restantes, para escolarizar alumnos de 2 a 3 años. En cambio, en el curso siguiente, de las dos unidades que escolarizan alumnos de 2 a 3 años, sólo se

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario ante la reducción de clientes, se decide externalizar una de las actividades que se realizan en la empresa²⁹⁵, o cuando se produce un cambio sustancial en el método de trabajo²⁹⁶; las causas técnica y organizativas pueden confluir cuando se implantan nuevos equipos de trabajo más sofisticados, que requieren de la reorganización de la plantilla²⁹⁷, sin que pueda aceptarse, en caso contrario -esto es, cuando se venda un equipo de trabajo- que es causa técnica y organizativa automática y válida de despido y/o traslado²⁹⁸. Otro supuesto de causa técnica es cuando la empresa sufre una modificación considerable en su actividad²⁹⁹. Con anterior a la reforma, se han convalidado extinciones ante casos de fusión por absorción que implican reestructurar la plantilla³⁰⁰; reducción de

puso en funcionamiento una, merced a la reducida matrícula. La consecuencia de ello fue que tal número de alumnos podía ser atendido en una sola unidad, en vez de las dos existentes. La Sala consideró la concurrencia de una causa productiva y que la misma era suficiente como para convalidar la medida extintiva adoptada.

²⁹⁵ STS de 20 de noviembre de 2015, Rec. 104/2015.

²⁹⁶ STSJ Cataluña, de 23 de julio de 2012, Rec. 2486/2012: una empresa dedicada a la construcción tenía dos Direcciones de Obras, con ingenieros adscritos a cada una de ellas. En 2010, se decidió refundir las dos direcciones en una sola, la originaria. La otra dirección, a la que estaba vinculado el trabajador despedido, paulatinamente fue viendo disminuida su actividad.

²⁹⁷ STS de 22 de febrero de 2018, Rec. 192/2017.

²⁹⁸ STS de 18 de septiembre de 2018, Rec. 3451/2016 .

²⁹⁹ STSJ Madrid, de 20 de julio de 2012, Rec. 2835/2012. En tal procedimiento, una empresa que tenía como actividad principal la fabricación, elaboración y/o transformación de pescados, crustáceos moluscos y derivados, pasó, por resolución de la Dirección General de Ordenación e Inspección de la Consejería de Sanidad de fecha 16-2-11, a tener autorizada únicamente la actividad de almacenista, dedicándose en exclusiva desde ese momento a la distribución. En tal caso, se aprecia pues como se produjo un cambio sustancial en la actividad de la empresa, lo que revirtió en el sistema de producción.

³⁰⁰ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 18 de diciembre de 2007, Rec. 1491/2007.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario encargos y pedidos³⁰¹; o variaciones de un departamento concreto de la empresa que suponía la extinción de definitiva de puestos de trabajo³⁰²,

Lo verdaderamente relevante en este apartado, como se ha expresado, es que, tras la reforma laboral, materializada por la Ley 3/12, si bien se ha suprimido el requisito de proporcionalidad entre las causas aducidas y la medida adoptada, no por ello se debe colegir que es suficiente con la concurrencia de la primera para habilitar la acción de traslado. En este sentido, será necesario acreditar la idoneidad entre la causa invocada y la referida medida, toda vez que, como se ha apuntado, se ha producido una flexibilización general de las causas económicas. Con todo, se tendrá que estar al caso concurrente, si bien, bajo el norte de que, con la reforma de 2012, se han flexibilizado las exigencias causales. Ahora bien, no será suficiente que la decisión empresarial se instrumentalice como un simple medio para lograr un incremento del beneficio, sino como una medida racional para corregir deficiencias en los diversos planos -económico, productivo, técnico u organizativo- que el precepto mencionado contempla³⁰³. Así las cosas, se ha de hacer un juicio de idoneidad, que pasara por descartar que la razonabilidad de la medida se asocia a que ésta sea la óptima para lograr el objetivo perseguido con ella, sino que se adecúe idóneamente al mismo³⁰⁴

³⁰¹ STS 7 de junio de 2007, RJ 2007/4648.

³⁰² STSJ de la Comunidad Valenciana, 29 de febrero de 1999, Rec. 3307/98.

³⁰³ SSTS de 16 de septiembre de 2015, Rec. 180/2014, de 23 de octubre de 2015, Rec. 169/2014 y 7 de julio de 2016, Rec. 188/2015.

³⁰⁴ STS de 7 de junio de 2018, Rec. 95/2017.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

4.6. Cambio de ubicación del centro de trabajo

Se trata de aquellos supuestos en los que el empresario decide cambiar la ubicación de las instalaciones, con el consiguiente *traslado* de los operarios adscritos al centro de trabajo en cuestión. A diferencia de los supuestos estudiados, no se trata de un cambio de lugar motivado por un *traslado* a otro centro de trabajo distinto al de origen, sino causado por un cambio locativo de éste último.

Esta facultad se enmarca dentro de *ius variandi* empresarial, entendiéndose parte de la doctrina científica que el traslado total o parcial de la empresa, de un centro de trabajo, o de unas instalaciones o dependencias de aquélla, quedará fuera de la movilidad geográfica ex artículo 40.1 ET³⁰⁵. En este sentido, y citando a GARCÍA MURCIA³⁰⁶, este fenómeno no debe confundirse con un traslado colectivo de la totalidad de trabajadores en el centro de trabajo. Por su parte, AGIS DASILVA, precisó que, si a consecuencia del cambio locativo de las instalaciones, se deriva para las personas trabajadoras afectadas, una necesidad objetiva de cambiar de residencia, sí serán de aplicación las cautelas del artículo 40 ET³⁰⁷. Y esta postura, en mi opinión, es la que se

³⁰⁵ SALA FRANCO, T: «Movilidad geográfica», en AA.VV. (Dir. Borrajo Dacruz): «Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes). Jornada Laboral, movilidad y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1994, pág. 297.

³⁰⁶ GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos... op. Cit* (1996), pág. 81.

³⁰⁷ AGIS DASILVA, M.: *El lugar de... Op. cit* (1999), pág. 136

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario infiere la luz del espíritu tuitivo del artículo 40 ET. Así las cosas, aunque faltara el presupuesto de un cambio de centro de trabajo por otro, si el cambio de emplazamiento de centro conllevara, por la distancia respecto del anterior, la necesidad objetiva de cambiar de residencia, sería, cuanto menos aventurado, defender que el trabajador debería estar y pasar por ese cambio en todos los casos, asumiendo la mayor onerosidad que implicaría desplazarse diariamente al nuevo centro de trabajo, así como los gastos de manutención.

Parece más prudente entender que, en tales casos, sería de aplicación el artículo 40 ET, pues, en caso contrario, se estaría aceptando que el empresario pudiera modificar sustancial y unilateralmente determinadas condiciones pactadas entre las partes (centro de trabajo). En el ámbito convencional, algunos convenios colectivos, como el Estatal de construcción, distinguen expresamente los supuestos de traslados de instalaciones sin necesidad de cambio de residencia de aquéllos que si lo requieren, remitiendo en éste último caso, al artículo 40 ET³⁰⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, el empresario deberá solicitar a los RLT de la empresa, de existir éstos, la emisión del preceptivo informe, en

³⁰⁸ Artículo 87 C. Colectivo Estatal de Construcción. *1. El traslado total o parcial de las instalaciones que no exija cambio de residencia habitual a los trabajadores afectados, será facultad del empresario, previo informe, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores, que deberán emitirlo en el plazo de quince días, a partir de aquel en que se les haya notificado la decisión correspondiente.*

2. Si dicho traslado supusiera cambio de residencia habitual, a falta de aceptación, en su caso, por parte de los representantes legales de los trabajadores, habrá que estar, para poder llevarlo a efecto, a las restantes disposiciones establecidas, al respecto, en el art. 40.2 del E.T., y en cuanto a sus condiciones, a lo previsto a tales efectos en este Convenio General del Sector.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario el plazo máximo de 15 días, sobre el traslado de instalaciones (art. 64.5-e ET). Y ello, bajo mi punto de vista, con independencia de si ese cambio de instalaciones implicara un traslado ex artículo 40 ET o una movilidad geográfica accidental o impropia. A partir de lo anterior, si el traslado de instalaciones no implicara cambio de residencia, considero que el empresario no tendrá que justificar la existencia de causas que lo motiven, como tampoco seguir un procedimiento concreto, si que ello sea óbice a que, por seguridad, acuda a la forma escrita y comunique la decisión con una antelación prudente.

CAPÍTULO 5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA EN EL ARTÍCULO 40 ET: DESPLAZAMIENTOS DE PERSONAS TRABAJADORAS

5.1. Concepto y diferencias respecto del traslado

El «desplazamiento», en los términos del artículo 40 ET, es un cambio de lugar de trabajo que, como ocurre con el traslado, exige cambio de residencia. La diferencia principal entre ambos se sitúa en la duración del citado cambio locativo, pues en el caso de los desplazamientos, no podrá ser superior a 12 meses, en un período de 3 años, so pena de pasar a ser considerado un traslado a todos los efectos³⁰⁹. En este sentido, TOSCANI GIMÉNEZ³¹⁰, define el desplazamiento como *«aquél cambio de centro de trabajo que, a su vez, exija cambio de residencia, en los términos ya analizados, que tenga una duración inferior a 12 meses en un período de tiempo de tres años»*.

Por parte del Tribunal Supremo³¹¹, se ha reiterado que el traslado y el desplazamiento convergen en que ambos implican un cambio del centro de trabajo, si bien el primero tiene vocación de permanencia y el segundo es una medida de carácter temporal. En este sentido, el TS ha defendido que se estará ante un desplazamiento cuando el trabajador, durante un período de tiempo concreto, deba prestar sus servicios en poblaciones,

³⁰⁹ Artículo 40.4 ET, cuarto párrafo.

³¹⁰ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario: comentarios a la ley 3/2012, de 7 de julio*, Editorial El Derecho, Madrid, 2012, pág. 107.

³¹¹ STS 7 de Julio de 1987 (QJ 1987/5483).

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario localidades o lugares diferentes de donde lo hacía habitualmente, o de donde está su anterior centro de trabajo, de forma que no pueda pernoctar en su residencia habitual, *«ni efectuar las comidas principales»*, mientras que el traslado no confiere *«el derecho a dietas, por no ser el cambio temporal, provisional o transitorio, sino el derecho a indemnización por una sola vez y consistente, en términos generales, en el abono de los gastos de viaje, propios y de familiares, del transporte de muebles y enseres y facilitarle vivienda o abonarle la diferencia de alquiler que existiera entre el que pagaba y el que hubiera de pagar»*³¹².

Debe hacerse alusión a la diferente redacción efectuada por el legislador en el traslado y en el desplazamiento, en relación al cambio de residencia, ya apreciada por GARCÍA MURCIA³¹³. Así, el apartado primero del artículo 40 ET establece *«que exija cambio de residencia»*, mientras que en el apartado cuarto de ese mismo precepto, en alusión al desplazamiento, se dice *«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»*. Esta divergencia obedece a la temporalidad de los desplazamientos, pues aunque locativamente exijan cambio de residencia, en muchas ocasiones ésta no se produce, dado que la duración de la medida no siempre invita a ello, optando el trabajador, en la práctica, por mantener su residencia y desplazarse diariamente al nuevo centro de trabajo, sirviéndose de las dietas y gastos de viaje que le abone

³¹² STS de 5 de Noviembre de 1986 (QJ 1986/7026).

³¹³ GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos...* op.cit (1996), pág. 61.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario el empleador. En mi opinión, si el cambio temporal de un centro exige objetivamente modificar el domicilio, aunque el trabajador opté por hacerlo, se entenderá desplazamiento a los efectos del artículo 40 ET. Del mismo modo, el cambio de residencia, en caso de producirse, no se exige que sea con carácter definitivo ³¹⁴.

Comoquiera que la figura del traslado, que ha sido objeto de un profuso estudio, comparte bastantes puntos en común con el desplazamiento, he considerado oportuno abordar éste último desde una óptica comparativa en relación al primero, para evitar reiteraciones innecesarias y, sobre todo, que pueda quedar trazada una línea divisoria entre ambos:

I. Mientras que en el traslado se ha defendido que, en todo caso, el destino de la persona trabajadora ha de ser un centro de trabajo ex artículo 1.5 ET, en el caso de los desplazamientos considero que podría ser, además de lo anterior, un emplazamiento en el que aquél no existiera como tal. Este planteamiento se sustenta, de un lado, en la dicción literal del apartado sexto del artículo 40 ET, que no especifica que el desplazamiento tuviere que tener como destino otro centro de trabajo, lo que, conjugado con el apartado primero, que sí lo exige, parece conducir a esta exégesis. Y, de otro, en la circunstancialidad que envuelve este tipo de medidas, estando acotada temporalmente a diferencia del traslado, que tiene vocación de permanencia. En esta línea se han pronunciado RIVERO

³¹⁴ STS 17 de febrero de 2000, Rec. 2794/1999.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario LAMAS³¹⁵. Con base en lo anterior, considero que la determinación más acertada de desplazamiento fue la brindada por el TS³¹⁶, que lo catalogó como «*cambio de sede geográfica laboral*» que se efectúa «*con la idea de que el operario vuelva al cabo de algún tiempo a su antiguo centro, sin que se produzca un cambio de la residencia habitual del mismo*».

II. En los supuestos de traslado, la medida se ha de comunicar con una antelación mínima de 30 días naturales, por los 5 días laborables del desplazamiento -siempre que su duración inicial sea superior a 3 meses-. Se aprecia cómo el legislador brinda al trabajador trasladado un preaviso superior respecto de quién va a ser desplazado, en gran medida porque el traslado está predestinado a conllevar un cambio definitivo de residencia en todo caso, salvo resolución del contrato por parte del operario, mientras que en los desplazamientos, tal y como se ha matizado anteriormente, es posible que ese cambio, aunque objetivamente fuera necesario, no se produzca finalmente. Referir, asimismo, que en los supuestos de desplazamientos con duración superior a tres meses, 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. En lo atinente a los desplazamientos de duración igual o inferior a tres meses, aunque la ley no prevea un plazo de preaviso concreto, considero que se ha de notificar con

³¹⁵ RIVERO LAMAS, J.: «Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo» en *Puntos críticos de la reforma laboral*, Editorial Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1996, pág. 65

³¹⁶ STS de 17 de febrero de 2000, Rec. 2794/1999

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario una antelación prudente que, aun siendo inferior a los cinco días laborales previstos para los desplazamientos de duración superior a tres meses, sí permita a la persona trabajadora poder asumirlo en condiciones. En este sentido, el TSJ de Andalucía³¹⁷, pese a no abordar directamente la cuestión, al no ser objeto del procedimiento, si deslizó una reflexión relevante a estos efectos, precisando la Sala que el desplazamiento se ha de notificar con una antelación suficiente a la fecha de efectos, pudiendo servir de criterio orientativo la proximidad entre la localidad de origen y de destino. En todo caso y como se expondrá en las conclusiones, considero que la ley debería concretar asimismo el preaviso para estos desplazamientos.

III. A diferencia de los traslados, los desplazamientos no permiten la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo. Así las cosas, el legislador ha vinculado únicamente a los primeros la posibilidad de la rescisión indemnizada del contrato. Esta diferencia obedece también a un principio lógico, en la medida que el traslado es una modificación temporal del contrato de trabajo que deberá quedar sin efectos dentro de un plazo máximo establecido legalmente, retornando el trabajador al centro de trabajo de origen, mientras que el traslado, al tener vocación de permanencia, es racional que venga acompañado de esta posibilidad resolutoria, para el caso de que el trabajador se muestre contrario a cambiar de residencia. Cuestión distinta sería si el desplazamiento se impone con afectación a la dignidad de la persona trabajadora, pudiendo

³¹⁷ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de febrero de 1999, Rec. 868/1999.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario ésta interesar la extinción indemnizada del contrato de trabajo vía apartado a) del artículo 50.1 ET, o más genéricamente, en el apartado c) de ese precepto.

IV. La orden del desplazamiento, es inmediatamente ejecutiva, como ocurre en el traslado, sin perjuicio de lo que se expone en el párrafo siguiente. El trabajador que no esté de acuerdo con la orden de desplazamiento podrá impugnarla, en caso de ser estimada, será reintegrado en su puesto de trabajo de origen. Si el empresario incumple, podrá extinguirse el contrato al amparo de lo previsto en el artículo 50.1-c ET y 138-8 LRJS.

V. Únicamente los desplazamientos conllevan el derecho del trabajador a cobrar dietas, no en cambio los traslados³¹⁸. Por lo general,

³¹⁸ STS Sala 4ª, de 17 de febrero de 2000, Rec. 2794/1999: En el supuesto de Autos se procedió al cierre del centro de trabajo de Muskiz (Vizcaya), previa autorización de la Delegación Territorial de Vizcaya, a consecuencia de la existencia de causas económicas que lo sustentaban. En esa autorización, que posteriormente fue confirmada por el Director de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, ya se partía del hecho que la empresa accionante de los despidos pertenecía a un grupo económico, si bien, éste también se hallaba en una situación económica muy negativa. Empero el Juzgado de lo Social 9 de Bilbao acabó declarando la improcedencia de los despidos, en la medida que estimó la existencia de grupo de empresas, condenando a todas ellas a estar y pasar por la resolución. Una de las empresas del grupo, readmitió a los trabajadores que posteriormente se convertirían en los actores del procedimiento al que estamos aludiendo. Y ello, por cuando al ser readmitidos (naturalmente) en un centro de trabajo distinto al que se cerró con ocasión de los despidos, reclamaban el pago de dietas. El Tribunal Supremo rechaza esta petición en la medida que considera que la readmisión efectuada no se ejecutó con el fin de que los empleados regresaran a su anterior localidad (donde prestaban servicios antes del cierre del centro), sino que tenía pleno carácter definitivo. Consecuencia de esta interpretación, falló el tribunal que no ha existido en el caso de autos ningún desplazamiento temporal, y que, en consecuencia los demandantes no tienen

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario será la norma sectorial la que regule el importe aquéllas. A efectos de este apartado (dietas y gastos) me remito a lo abordado en la Parte I de esta tesis, si bien, considero oportuno detenerme en un aspecto relevante, cuál es el momento en que aquéllas se han de abonar a la persona trabajadora desplazada. Este particular es importante desde dos ópticas: la primera, la esfera del trabajador, en el sentido de si tiene derecho a que la Empresa le adelante los gastos pues, en caso contrario, sus recursos se verían afectados considerablemente, en la medida que tendría que sufragar (anticipadamente) una serie de costes inexistentes hasta ese momento; la segunda, y directamente conectada con la anterior, relativa a qué consecuencias tendría para la persona trabajadora la negativa al desplazamiento ante la imposibilidad acreditada de hacer frente a las dietas y demás gastos.

Empezando por la última cuestión, resulta oportuno citar la corriente judicial³¹⁹ que ha venido manteniendo que si se pretende que al trabajador no le suponga perjuicio económico alguno el hecho del desplazamiento, no cabe pretender que sea éste quien, con su retribución mensual o sus ahorros, haga frente al incremento de gastos consiguiente, pues en tal caso se está haciendo repercutir en el operario parte de las consecuencias perjudiciales del desplazamiento, sin que exista precepto alguno que ampare tal proceder empresarial. Según esta exégesis, merecía

derecho a percibir las dietas que reclaman en su demanda. En el mismo sentido, STSJ de Canarias (Las Palmas), de 30 de junio de 2003, Rec.606/2001.

³¹⁹ STSJ Andalucía, de 25 de septiembre de 1995, TSJ Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 1993 y Galicia de 9 de mayo de 1995

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

la calificación de improcedente el despido de una persona trabajadora que se negara a efectuar un desplazamiento al no poner la Empresa a su disposición los posibles gastos que ello suponía. Así las cosas, aunque la orden de desplazamiento es directamente ejecutiva, esta rigidez podrá ceder cuando la asunción de los gastos que implica el desplazamiento sea inalcanzable para la persona trabajadora afectada por aquél y, pese a ello, la empresa se niegue a anticiparlos. Partiendo de esta corriente hermenéutica, y pasando a la primera cuestión, considero que el empleado afectado por un desplazamiento sí tiene derecho a ver anticipados los gastos del desplazamiento, pues de lo contrario, esta medida de flexibilización se convertiría en un instrumento de presión tendente a causar efectos negativos en el operario.

VI. El rigor causal en los desplazamientos temporales es menor en relación al traslado de trabajadores, no ofreciendo la ley una referencia a cuándo concurren las causas legales que lo habilitan³²⁰, siendo los requisitos de forma y fondo de menor severidad³²¹. En cualquier caso, tal y como ha manifestado GOERLICH PESET³²², han de venir justificados, con expresión de la causa que lo motivan, no pudiendo imponerse de forma arbitraria.

³²⁰ GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho...* op. cit (2018), pág. 574.

³²¹ STS de 14 de octubre de 2004, Rec. 2464/2003.

³²² GOERLICH PESET, J.M.: «Modificaciones...» op. cit (2018), pág 444.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

VII. Los representantes de los trabajadores también gozan de un derecho preferente o prioridad de permanencia en la Empresa.

5.2 Superación del plazo máximo

En otro orden de cosas, y antes de cerrar este apartado, especial atención merece el cuarto párrafo del artículo 40.4 ET, cuando manifiesta que «*los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta Ley para los traslados*». A la luz del citado precepto, cabe preguntarse si, efectivamente, un desplazamiento que supere la duración de 12 meses en un período de 3 años, pasará a considerarse como un traslado.

El Tribunal Supremo³²³, ha matizado esta automaticidad, que parece desprenderse del tenor literal de la ley. En este sentido, ha expresado que no es tanto que ese desplazamiento -con duración superior al máximo permitido legalmente- pasa a ser un traslado, sino que los efectos de éste se proyectan sobre aquél. El TS recurre a una argumentación tan lógica como tuitiva del derecho del trabajador, aduciendo que de predicarse la primera conclusión –el desplazamiento superior a 12 meses, pasa a ser un traslado- se estaría, en cierta medida, dejando vacío de contenido el propio artículo 40.1 ET. Y ello, por cuanto equivaldría a abrir una puerta trasera al empresario para que pudiera

³²³ STS de 14 de octubre de 2004, Rec. 2464/2003.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

efectuar traslados encubiertos de operarios, eludiendo las exigencias formales marcadas por la ley, no teniendo para ello más que ordenar desplazamientos y dejar transcurrir la duración máxima (12 meses). Así pues, de la locución «a todos los efectos», se predica que, excedido este plazo máximo, el trabajador desplazado podrá disponer de aquéllos efectos conferidos a los traslados que le puedan interesar, constituyendo ejemplo paradigmático la posibilidad de extinguir su contrato de trabajo con derecho a una indemnización. Ahora bien, de esta interpretación teleológica no debe desprenderse *a pari* el efecto inverso –y negativo para el trabajador-, de forma que el empresario pueda salir beneficiado del incumplimiento de la duración máxima prevista legalmente para los desplazamientos. Esto ocurriría, por ejemplo, en caso de que el empresario, habiendo transcurrido 12 meses desde que ordenó el desplazamiento, lo mantuviera y, por el contrario, dejara de abonar las dietas al trabajador, so pretexto de que aquél ya se ha transformado en un traslado, que no lleva aparejado el pago de las mismas. A todas luces, de proceder en este sentido, se estaría ante una aplicación sesgada del artículo 40.4 ET, rechazada *de facto* por el Tribunal Supremo³²⁴, que entiende que para actuar en tal sentido, el empresario debería articular un traslado conforme a lo establecido en el artículo 40 ET, cumpliendo todas las cautelas establecidas.

Inferencia de lo que antecede, la locución «a todos los efectos» no debe interpretarse como una mutación automática entre diferentes clases

³²⁴ Ibidem.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario de movilidad geográfica, sino como una garantía para el trabajador, quién podrá recurrir a todos los efectos positivos que de la regulación del traslado pudiere encontrar en el supuesto concreto. Ahora bien, deberá hacerlo con sujeción a los plazos establecidos legalmente, so pena de incurrir en caducidad³²⁵.

En este contexto, y en relación con lo expuesto anteriormente en relación a que el destino del desplazamiento no tiene que ser, necesariamente, un centro de trabajo, cabe plantearse qué ocurriría si una persona trabajadora desplazada temporalmente a un emplazamiento donde no existe como tal una unidad productiva con organización específica, ve prolongada su estancia más allá del plazo máximo de un año. En consonancia con lo desarrollado en este apartado, entiendo que el trabajador podría solicitar la rescisión de su contrato, con derecho a

³²⁵ SJdo. Social Palencia de 29 mayo de 2019 (EDJ 2019/622998). En el supuesto de autos, en febrero de 2018 se traslada temporalmente a un empleado de Valladolid a Madrid, a consecuencia del despido de un empleado que ocupaba el puesto que es asignado al actor. Cumplido un año del traslado, la demandada le comunica, en marzo de 2019, la consolidación de aquél, impugnando el trabajador tal comunicación en base a considerar que se trata de un traslado y que no se han seguido los cauces del artículo 40 ET. Le empresa opuso que la comunicación de marzo de 2019 no constituía una movilidad geográfica en tanto en cuanto el actor ya desempeñaba las funciones en el centro de trabajo de Madrid con carácter provisional desde el mes de febrero de 2018, cuando se le indicó la tramitación de un expediente disciplinario incoado al Gerente de la misma, y con carácter definitivo desde el 21/03/18, al haber sido finalmente despedido aquel. En esta línea, defendió que la comunicación de marzo de 2019 no es transmisora de un traslado - que ya se había materializado un año antes - sino una modificación de sus condiciones retributivas. Alega, por ello, caducidad de la acción de movilidad geográfica, y, en cuanto a la comunicación de 6/03/19, falta de acción e inadecuación de procedimiento, al haberse debido entablar, en su caso, un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones laborales. El tribunal estima la excepción de caducidad, pues no fue capaz de probar que el primer traslado fuera temporal.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario indemnización, o alternatively impugnar el desplazamiento -que, por trascurso del tiempo, ha desplegado efectos del traslados-, en base a que se ha incumplido el contenido del artículo 40.1 ET, por cuanto no existe centro de trabajo de destino.

5.3 Desplazamientos transnacionales en el interior de la Unión Europea

Como apertura de este apartado, se ha de fijar debidamente el marco normativo que regula este fenómeno jurídico. A tal fin, se ha de partir de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, que posteriormente fue integrada y completada por la Directiva 2014/67 UE). Esta normativa europea cumple con el principio de libre circulación en espacio europeo consagrado en el artículo 1.3-c) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y en especial en lo que a la prestación de servicios se refiere³²⁶. Su aplicabilidad viene determinada en el artículo 1.3, diferenciándose tres supuestos:

³²⁶ La libre prestación de servicios es una de las libertades fundamentales presente en el Tratado de la, entonces, Comunidad Económica Europea, desde su aprobación hace ya más de cuarenta años. Sin embargo, ha sido a partir de la consecución del mercado único, realidad jurídica alcanzada el 1 de enero de 1993 y propiciada por el Acta Única Europea de 1986, cuando se ha producido un notable incremento de las prestaciones de servicios transnacionales dentro de la Unión Europea (Exposición Motivos Ley 45/1999, de 29 de noviembre).

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento.

El artículo 2 de la Directiva aclara que se ha de considerar por «trabajador desplazado»³²⁷, así como por «trabajador» a los efectos de lo regulado en aquélla³²⁸. Por su parte, el artículo 3.6 determina la forma de cómputo de la duración del traslado³²⁹ y el artículo 6, la competencia judicial en caso de litigio, correspondiendo conocer de eventuales litigios a los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, todo ello sin perjuicio, en su caso, de la facultad

³²⁷ Todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente.

³²⁸ Remite al concepto de «trabajador» previsto en el Derecho del Estado miembro destinatario del trabajador desplazado.

³²⁹ Sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo, incluyéndose el tiempo que, en su caso, haya estado desplazado el trabajador al que haya que sustituir.

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial.

Esta Directiva fue traspuesta el derecho interno mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, que posteriormente fue modificada por la disposición derogatoria única del RD Legislativo 5/2000³³⁰ y por el artículo 39 de la Ley 62/2003³³¹. El objeto de aquella no es otro que establecer una serie de cautelas necesarias que operen a modo de garantía en favor de los «trabajadores europeos desplazados temporalmente»³³² a España en el marco de una prestación de servicios transnacional³³³, quedando incluidas todas las empresas establecidas en un

³³⁰ Apartado g): (quedan derogados) de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios transnacionales, los artículos 10 a 13.

³³¹ Modifica el párrafo c) del Artículo 3-1: *La igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad dentro de los límites legalmente marcados, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.»*

³³² Entendiéndose por tal el trabajador de una empresa incluida en el ámbito de aplicación de Ley 45/99, que haya sido desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, debiendo existir una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento (Artículo 2-1-2), incluyéndose, asimismo, el trabajador de una empresa de trabajo temporal puesto a disposición de una empresa usuaria en el extranjero (Artículo 2-2).

³³³ Es aquél desplazamiento efectuado a España por las Empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 45/99, durante un período limitado de tiempo en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) *El desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, que esté establecido o que ejerza su actividad en España.*

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario Estado miembro de la UE, como también en un Estado que forme parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que fue originado con el Tratado de Oporto de 1992, inclusivo de los estados miembros de la UE, así como a Islandia y Noruega.

En su artículo 3, se contienen las condiciones que el empleador ha de garantizar, precisándose en su apartado quinto que regirá el principio de condición más favorable en caso de diversidad entre la regulación de origen y la de destino (España), mientras que en su apartado sexto se regula el modo de cómputo del desplazamiento, en los mismos términos que la Directiva 96/71 CE.

En el artículo 4 se establece la cuantía mínima del salario, que será la establecida en normativa española, salvo condición más favorable en su origen, precisándose, en el apartado tercero del citado precepto, que para realizar la comparación serán tomados en consideración los complementos correspondientes al desplazamiento, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente originados por el mismo, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención.

b) El desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del que forme parte.

A los efectos del párrafo anterior, se entiende por grupo de empresas el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas en los términos del artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

c) El desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida o que ejerza su actividad en España (Artículo 2-1-1)

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario

El artículo 5 recoge una obligación genérica de comunicar el desplazamiento, antes de su inicio y con independencia de su duración, a la Autoridad Laboral Española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios, conforme a lo desarrollado reglamentariamente. A nuestros efectos, se ha de destacar el contenido del apartado d) del artículo 2, que exige la identificación de la empresa o empresas y, en su caso, así como del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados prestarán sus servicios. En este sentido, se debe *fixar* el lugar de trabajo, o, al menos, hacer alusión al centro de trabajo de adscripción, tal y como estudiamos anteriormente con los trabajadores nacionales en su prestación de servicios,

En el artículo 15 se confiere la competencia a los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las eventuales cuestiones litigiosas que puedan suscitarse en aplicación de la Ley 45/99, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 2.n) y 2.t) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En este sentido, el artículo 16 precisa que dichos órganos serán competentes siempre y cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y sin perjuicio de la plena vigencia de los criterios de competencia que establecen el artículo 21 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el artículo 5.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 16 de septiembre de 1988. También se contiene una remisión a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, como norma de derecho supletorio.

Por último, se ha de traer a colación la Disposición Adicional Primera de la meritada Ley 45/99, que viene en regular los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuados por empresas establecidas en España con destino territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En tales casos, se prevé la obligación de las empresas españolas de garantizar a dichos trabajadores las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales. En cuanto a la competencia, y aplicando la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, corresponde a los órganos jurisdiccionales españoles del orden social, sin perjuicio de la posibilidad de entablar una acción judicial en el territorio del Estado miembro en el que esté o haya estado desplazado el trabajador, de

PARTE II: Movilidad Geográfica Sustancial a instancias del empresario
conformidad con lo que dispongan al respecto las legislaciones nacionales
por las que se dé aplicación a lo establecido en el artículo 6 de la Directiva
96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre.

PARTE III. OTRAS FORMAS DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA

CAPÍTULO 6. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA DE MUTUO ACUERDO

6.1. Introducción

Hasta ahora, se ha abordado la movilidad geográfica como medida empresarial proyectada sobre la esfera del trabajador. En esta parte de la tesis, corresponde estudiar otras formas de movilidad geográfica en la que el agente material no es el empresario o, al menos, de forma exclusiva. Esas otras manifestaciones son dos: la que se realiza de «mutuo acuerdo» y «a iniciativa de la persona trabajadora». En estos casos, la decisión unilateral del empresario que impulsaba los cambios locativos estudiados en apartados precedentes, será reemplazado por un común interés de las partes en modificar el contenido del contrato de trabajo, o por una situación personal de la persona trabajadora que así lo precise. Por ende, en este estadio de la investigación adquirirán especial protagonismo la autonomía de las partes y los requisitos esenciales de los contratos. En consecuencia, y conviene advertirlo desde este momento, se harán constantes remisiones a la normativa y jurisprudencia civil, de forma que se asiente debidamente la base legal de estos cambios locativos, a partir de la cual pueda desarrollarse la investigación.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

6.2. Regulación normativa

La movilidad geográfica por *mutuo acuerdo* se inspira en el artículo 1255 del Código Civil³³⁴, regulador de la autonomía de la voluntad de las partes. En virtud del meritado precepto, las partes quedan habilitadas, conforme a su autonomía y voluntad, tanto para alcanzar pactos, como para introducir ulteriores modificaciones, todo ello bajo el dictado del consenso bilateral. Lo cierto es que esta autonomía de la voluntad se presenta, en la esfera del derecho civil, como la base de la teoría general de los contratos, de ahí que vaya a cobrar una especial trascendencia en esta investigación. En consonancia con ello, se comenzará por el estudio de aquella para posteriormente analizar su proyección en el ámbito del derecho laboral.

El estudio reflexivo de la normativa civil conduce a defender, como primera aproximación, que la autonomía de la voluntad tiene dos manifestaciones principales y necesarias en la construcción de todo contrato *inter partes*. Junto a estas, puede existir, en algunos casos -y siempre con carácter posterior en el tiempo-, una tercera, que consistiría en la variación del contrato inicial. Como resulta evidente, ésta última, en ningún caso será *requisito sine qua non* de la existencia de un contrato. Pese a ello, es la que más interesa a efectos del estudio de la movilidad

³³⁴ Artículo 1255: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

geográfica de *mutuo acuerdo*, pues esta clase de variación locativa es, a la postre, un cambio del contrato inicial operado y consensuado por las partes conforme a la autonomía de su voluntad.

Comenzando por las dos manifestaciones principales, he de precisar que si bien cada una de ellas se produce en una fase temporal distinta, son sucesivas entre sí. En un primer momento, la autonomía de la voluntad presupone la intención de las partes de contratar. Dicho de otra forma, para la existencia del contrato, es menester una fase cognitiva previa que concluya en un propósito de contratar, sin perjuicio de los supuestos en los que, por la realización de una determinada práctica, aquél se entienda constituido tácitamente. Por ende, esa autonomía de la voluntad será la que opere en los actos previos al contrato y sirva de preámbulo al mismo. El segundo estadio, vendrá integrado por la cristalización y materialización en el contrato de esas voluntades de las partes referidas anteriormente.

Resulta evidente que, entre una fase y otra, y con acomodo en esa autonomía de las partes, lo habitual es que medie una negociación entre aquéllas, a fin de acercar posiciones, lo que no dejaría de ser una proyección más de dicha autonomía. Una vez materializadas ambas manifestaciones de la autonomía de la voluntad, existirá el contrato civil.

Ahora bien, como advertía anteriormente, puede haber una tercera expresión de esa autonomía, y que no necesariamente quedará reducida a

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

un acto singularizado, sino que puede haber varios a lo largo de la vida del contrato. A diferencia de las anteriores, que son consustanciales a la existencia del contrato, ésta última no siempre se producirá. Me estoy refiriendo a la voluntad de modificar el contenido del contrato civil. A estos efectos, tal y como ha precisado GOERLICH PESET, debe tenerse presente que no es posible modificar el contrato salvo que ambas partes estén conformes en hacerlo³³⁵. Y es precisamente aquí donde encuentra su origen normativo la movilidad geográfica de mutuo acuerdo.

En este sentido, el artículo 1255 del Código Civil, opera a modo de salvoconducto de la voluntad de las partes, y lo hace tanto en la fase precontractual como en la contractual y postcontractual (vía modificación consensuada de las cláusulas de aquél). Si bien es cierto que, sobre este artículo, se podría desarrollar un profuso estudio, no parece oportuno hacerlo ahora, en tanto acabaría por desviar el objeto de análisis este apartado, lo que no es óbice a que, cuando resulte necesario, se retomem ciertos aspectos de aquél.

Una vez contextualizado debidamente la marco normativo en el que se inspira la movilidad geográfica de mutuo acuerdo (artículo 1255 CC) y su razón de ser (autonomía de la voluntad), se ha de regresar a la esfera del Derecho del Trabajo para localizar la normativa en la que aquélla encuentra encaje legal. Y es en el artículo 3.1-c) ET, donde el legislador ha conferido expresamente a las partes la facultad de determinar

³³⁵ GOERLICH PESET, J.M.: «Modificaciones...», *op. cit* (2018), pág. 419.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

los derechos y obligaciones que componen la relación laboral, toda vez que tendrán que hacerlo con respeto absoluto al ordenamiento jurídico, sobre lo que posteriormente incidiré. Debe distinguirse, desde este momento, este tipo acuerdo *puro*, del que puede originarse tras el ejercicio previo de un derecho subjetivo por parte de un operario, y que constituye la llamada movilidad geográfica a iniciativa del trabajador³³⁶, que será abordado en el siguiente capítulo. Regresando al artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, en él se configuran las fuentes del derecho laboral, estableciéndose, en primer lugar, las disposiciones legales y reglamentarias dictadas por el legislador; en segundo término, los convenios colectivos, seguidos a continuación de la voluntad de las partes plasmada en el contrato de trabajo y, en cuarto y último lugar, los usos y costumbres, tanto locales como profesionales.

Asimismo, dicho precepto, matiza, en relación a los primeros, que su aplicación será conforme al principio de jerarquía normativa, de forma que las disposiciones reglamentarias de desarrollo de leyes, no podrán contradecir a éstas últimas. También se presenta como vehículo de resolución de conflictos surgidos entre normas laborales que contengan regulaciones dispares, dando preeminencia a las que resulten más favorables para la persona trabajadora apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables, bajo la premisa inmutable de respetar lo mínimos de derecho necesario. En último

³³⁶ GARCÍA VALVERDE, M.D.: *La movilidad geográfica: Un análisis teórico jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002, pág. 10.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

término, establece una prohibición de disponer válidamente determinados derechos, sobre lo que posteriormente ahondaré.

Lo cierto es que el artículo 3 ET es una manifestación (más) de la constitucionalización del derecho del trabajo³³⁷ y de la proyección de aquélla sobre el ámbito del trabajo³³⁸. En efecto, y deteniéndome lo estrictamente necesario en este particular, el artículo 1 CE define a España como un estado social y democrático de derecho, viniendo reiterada esta calificación a lo largo del texto constitucional³³⁹. En consonancia con ello, la Constitución nutre este primer apartado del artículo 3.1 ET: por orden numérico creciente, regula el derecho a la igualdad³⁴⁰, libertad

³³⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016, págs.87-95: la constitución contiene un elenco organizado de normas destinadas a regular la vida sociedad, entre las que han de encontrarse la relativas al trabajo humano, el cual resulta una parte consustancial de aquélla. Esta constitucionalización queda materializada con la regulación en el texto constitucional de derechos y deberes laborales. Pero esto no siempre ha sido de esta forma. Como explica el autor, las constituciones del siglo XIX únicamente contenían una regulación similar a la establecida en el actual artículo 35-1 CE, integrador del derecho a la elección del trabajo, fruto de la voluntad de la autonomía (al menos, en un plano ideal, pues en la esfera práctica, la libertad de elección estaba sujeta a conocidos matices socioculturales y económicos de ese momento de la historia). Es con las constituciones contemporáneas, como la alemana de Weimar de 1919, con las que se van introduciendo derechos laborales. En España, encontramos la primera manifestación material en la Constitución de 1931, con el derecho a la libertad sindical contenido en su artículo 39, así como en lo atinente a las condiciones necesarias para una existencia digna, prevista en el artículo 46.

³³⁸ Artículo 35.2 CE: «La ley regulará un estatuto de los trabajadores».

³³⁹ Entre otros preceptos; 9-2, 25-2, 33-2, 39-1, 40, 41, 42, 50, 124 y 129 de la CE.

³⁴⁰ Artículo 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

ideológica³⁴¹, honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen³⁴² y a la tutela judicial efectiva³⁴³; a la libertad sindical³⁴⁴, el derecho a la huelga³⁴⁵, el derecho al trabajo³⁴⁶ y a la negociación colectiva³⁴⁷, el derecho a la adopción de medidas en casos de conflicto colectivo³⁴⁸ y el derecho a la libertad de empresa³⁴⁹.

³⁴¹ Artículo 16-1 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

³⁴² Artículo 18-1 CE: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

³⁴³ Artículo 24-1 CE: 1. «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

³⁴⁴ Artículo 28-1 CE: «Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato».

³⁴⁵ Artículo 28-2 CE: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

³⁴⁶ Artículo 35-1 CE: 1. «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

³⁴⁷ Artículo 37-1 CE: «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios».

³⁴⁸ Artículo 37-2: «Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad».

³⁴⁹ Artículo 38 CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Esta contextualización deviene imprescindible para fijar debidamente la naturaleza del artículo 3.1 ET. Así las cosas, los artículos constitucionales citados, junto a la proyección de los mismos en la normativa laboral, configuran esa primera fuente del derecho del trabajo.

A partir de aquí, y con estricta sujeción en lo que precede, se abre el espacio a la voluntad de las partes como fuente del derecho laboral, con proyección tanto en la esfera convencional³⁵⁰, como contractual y práctica (usos y costumbres). Sin que se interprete como una conclusión precipitada, sí puedo anticipar una primera reflexión: se advierte una mayor restricción a la voluntad de las partes en el campo del derecho laboral en relación al derecho civil, en la medida que, además de respetar las leyes y la moral, tendrá que hacer lo propio con la regulación convencional, por lo que, a priori, no es desdeñable deducir que el espacio sobrante, no será tan amplio como en la contratación civil.

³⁵⁰ Esta modalidad de movilidad geográfica de mutuo acuerdo, se contempla explícitamente en algunos convenios colectivos, como sucede por ejemplo en el artículo 12 del XX Convenio para las sociedades cooperativas de crédito . Se observa, en el aludido precepto, como las partes persiguen reducir el número de traslados exponenciales a centros de trabajo ubicados a más de 25 km de distancia, promoviendo la movilidad geográfica consensuada, al tiempo que establece un límite expreso respecto de los traslados impuestos por orden empresarial.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

6.3. Elementos del acuerdo: consentimiento, objeto y causa

6.3.1. Concepto de Contrato. Origen y evolución

Para fijar los elementos necesarios para la adopción del acuerdo de movilidad geográfica, es necesario regresar *ab initio* a la esfera civil, a fin de traer a colación y analizar, ya sea someramente, el término contrato y sus elementos principales. En efecto, y en conexión con lo expuesto a lo largo de este apartado, el acuerdo de movilidad geográfica no deja de ser una *novación contractual* por la que las partes cambian de mutuo acuerdo el lugar de prestación de servicios. En consecuencia, deviene necesario hacer frente al análisis de lo anunciado al inicio de este párrafo.

A tal fin, y partiendo del término contrato (del Lat. *Contractus*), tiene su origen etimológico en las acepciones «con» (unido) y «traho» (arrastrado), y tradicionalmente se ha interpretado como un negocio jurídico bilateral, por el que se constituye, modifica o extingue una relación jurídica de carácter patrimonial³⁵¹. La trascendencia de este acto entre partes ha ido experimentando variaciones a lo largo de la historia. Así las cosas, en lo que podemos denominar prehistoria de los contratos (hasta la edad media), se consideraba que éstos no podían nacer de la voluntad de las partes, pues no era fuente válida de derechos y

³⁵¹ AA.VV. (Coord. VERDA Y BEAMONTE, JR.): *Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 191.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

obligaciones a estos efectos³⁵². En Roma, si bien esta figura jurídica adquirió un mayor protagonismo, entendiéndose como un acuerdo consensual, *intuitu persona*, que vinculaba dos o más partes en el sentido de contraer una obligación de aportar determinados bienes o actividades, o bienes y actividades, o para la obtención de un fin común lícito³⁵³, tampoco se aplicó la regla consensualista³⁵⁴. En esta línea, se entendía el contrato no tanto como la causa eficiente (el acuerdo de voluntades) sino como el resultado (el vínculo obligatorio). De acuerdo con el trabajo de investigación realizado por DE CORES HELGUERA³⁵⁵, se puede situar el nacimiento de la Teoría General del Contrato (TGC) en la Edad Media, adentrándose por tanto en la siguiente época histórica, que denominaré la historia de la TGC. En concreto, fue en el Derecho Canónico donde comenzó a insistirse en que el acuerdo de voluntades debía cumplirse en la práctica, bajo el tenor «*pacta, quantumque nuda, sunt servanda*».

La cristalización de este posicionamiento se produjo en la Edad Moderna, con el desarrollo comercial generado con el Renacimiento, siendo sus ideólogos principales Grocio, Pufendorf y Wolff. Así las cosas,

³⁵² ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho Civil II: Obligaciones y Contratos*, Col-lecció Sapientia, Castelló de la Plana, 2008, pág. 132

³⁵³ IGLESIAS, J.: *Derecho romano, Instituciones de derecho privado*, Ariel, Barcelona, 1972, Pág. 161

³⁵⁴ Entendida en el sentido de que el acuerdo de voluntades, por sí mismo, genera efectos jurídicos.

³⁵⁵ DE CORES HELGUERA, C.: *El origen histórico de la teoría general del contrato. La teoría general del contrato en la tradición jesuítica. La obra "De contractibus", de Pedro de Oñate S. J., como precursora de conceptos fundamentales del derecho contractual actual*, Universidad Pontificia Comillas, Tesis doctoral, Madrid, 2014. págs. 334-340.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

fue adquiriendo un vigor cada vez más intenso, la idea de que el contrato provenía del libre consentimiento de las partes, en el sentido de que ni el Rey, ni el Papá, ni el Juez (ni, a la postre, Dios), tenía poder para reemplazar ese libre consentimiento del hombre. Esta exégesis fue el resultado de importantes discusiones doctrinales entre los jesuitas y canonistas sobre el papel que debía jugar la autonomía de las partes en las relaciones contractuales, entablándose un debate entre libertad del hombre vs la gracia de Dios, que fue conocido como la «*polémica de auxiliis*».

De forma muy sucinta, los jesuitas se oponían al tradicionalismo defendido por los canonistas sobre el papel que ha de jugar la libertad de las partes. Así las cosas, defendían que, si bien es cierto que Dios, como creador, podría obligar al hombre, no menos cierto es que esa forma de obligación solo era de forma mediata, no inmediata, pues lo creó de forma libre y no se puede cabalgar en contra de esta esencia. De esta forma, fue adquiriendo fuerza la autonomía de la voluntad de las partes.

Este este breve recorrido por la construcción del término, debe traerse a colación a KELSEN, que vino en precisar que «*para que se realice un contrato, se requiere que se formulen declaraciones de voluntad coincidentes de las partes contratantes, declaraciones según las cuales las partes quieren lo mismo. Mediante este hecho se produce una norma, cuyo contenido estará determinado por las declaraciones coincidentes. El contrato, como hecho, productor de normas jurídicas, y*

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

la norma producida por ese hecho, deben mantenerse nítidamente diferenciadas»³⁵⁶.

En este sentido, Kelsen distingue dos fases, la primera, el hecho productor de normas (acto de contratar, resultado inmediato de la voluntad de las partes) y la norma producida como resultado directo del contrato (reglas surgidas a consecuencia de aquél, de carácter vinculante para las partes). Esto deviene relevante de cara a la validez de la movilidad geográfica por mutuo acuerdo. Así las cosas, y como antesala, coincido con el citado autor cuando defiende que un contrato no puede ser terminado por la declaración unilateral de una de las partes en la medida que el término de validez de la norma contractualmente producida se encuentra determinada en aquél. Por tanto, la terminación anticipada de dicho contrato, sólo podrá producirse mediante una norma creada por las mismas partes contratantes, o, en suma, mediante un nuevo contrato celebrado por las mismas partes que deje sin efecto el anterior. Pues bien, esto es precisamente lo que ocurre con el fenómeno de la movilidad geográfica estudiada en este apartado: existiendo un acuerdo de voluntades sobre el lugar de prestación de servicios, plasmado en el contrato de trabajo, éste solo podrá modificarse por acuerdo entre las partes, sin perjuicio del resto de supuestos contenidos en el artículo 40 ET, que, conectándolo con el planteamiento de KELSEN, podrían enmarcarse en los supuestos variaciones contractuales en base a normas creadas por las partes, si bien, en este caso se trataría de normas de origen legislativo.

³⁵⁶ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1986. Pag. 267.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

En cuanto al término norma, KELSEN, la define como «*es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento*»³⁵⁷, siendo esto algo distinto al acto que la produce.

Interpretando a este autor, MERCADER UGUINA³⁵⁸, ha precisado que las fuentes del derecho son los medios de producción jurídica que se hallan dentro del propio derecho, aclarando que son independientes de los factores externos -tales como los éticos, políticos y culturales- que pueden influir en el proceso de creación de normas jurídicas. En este sentido, ha definido fuente de derecho como «*causa última del Derecho, la raíz de todo lo jurídico, el fundamento de la realidad del ordenamiento jurídico*».³⁵⁹

Pues bien, esbozado lo anterior, es momento de adentrarse en la normativa civil actual que, dicho sea *in limine*, no ofrece una definición precisa del término contrato. En consecuencia, procede realizar un examen periférico que acerque al concepto perseguido. A tal fin, debe invocarse el artículo 1261 del CC, que exige como requisitos necesarios para estar ante un contrato, la concurrencia de los tres elementos que encabezan este apartado: consentimiento, objeto y causa. Por su parte, el artículo 1254 de ese cuerpo normativo, precisa que existe un contrato «*desde que una o*

³⁵⁷ Op. cit, pág. 18

³⁵⁸ MERCADER UGUINA, J.R.: «*Lecciones de Derecho del Trabajo*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 69.

³⁵⁹ Ibidem.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

Retomando lo expuesto por KELSEN, el autor defiende la existencia de dos momentos en el contrato, y que el segundo de ellos implica la creación de una norma *ex novo*. Esto casa perfectamente con el artículo 1091 del CC, que confiere a las obligaciones que nacen de aquéllos *fuerza de ley* entre partes, lo que conecta con el artículo 1089 de ese cuerpo normativo, que dispone «*las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*».

Llegados a este estadio, puede exponerse que, a los efectos que me atañe en esta tesis, el contrato es un negocio jurídico integrado por dos acontecimientos: un acto o acción previa de las partes por el que exteriorizan su voluntad y la plasman en un acuerdo que aúna el resultado de la convergencia de aquéllas; y la norma generada tras la suscripción de dicho acuerdo y que conllevará la existencia de unas obligaciones con fuerza de ley entre las partes.

Abordado el término concepto, se da paso ahora al estudio de los elementos que lo integran, y sobre lo que tendrá especial incidencia lo estudiado.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

6.3.2. Elementos del contrato

Tal y como he expuesto, los elementos necesarios para poder estar ante un contrato válidos son el consentimiento, el objeto y la causa³⁶⁰.

En este apartado, se intercalará el estudio de estos elementos propios del contrato civil, como su proyección en el Derecho del Trabajo y en la movilidad geográfica de personas trabajadoras, para así poder alcanzar las consecuencias que persigo.

A) El consentimiento

El consentimiento de las partes implica la voluntad de éstas de contratar y su exteriorización en el sentido de obligarse a dar, hacer o no hacer algo. Este consentimiento solo puede ser conferido por quien ostente la capacidad necesaria para contratar y ha de estar exento de vicios. En este sentido, el TS precisó que *«la voluntad base esencial del contrato, ha de ser para que lo genere libre, racional y consciente, sin vicios que excluyan o limiten estas condiciones»*³⁶¹.

³⁶⁰ Artículo 1261 CC.

³⁶¹ STS, de 17 de febrero de 2014, Rec. 320/12, citando STS 29 de diciembre de 1978 (RAJ 1978/4482)

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Por ende, dentro del consentimiento, la doctrina civilista distingue dos elementos: la capacidad para contratar y los vicios. En lo que atañe al primero, es suficiente con invocar el artículo 1263 del CC, que hace coincidir la capacidad de contratar con la capacidad de obrar, ostentándola los mayores de edad o emancipados que no hayan sido declarado como incapacitados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 323 CC³⁶².

Mayor enjundia alberga el segundo elemento, atinente a los eventuales vicios, los cuales, como posteriormente se confirmará, resultan especialmente relevantes al objeto de la movilidad geográfica de mutuo acuerdo. Estos pueden definirse como cualquier anomalía que afecte a los elementos del contrato, bien por faltar alguno de ellos o bien, aún en el caso de existir todos, porque alguno de ellos presente algún tipo de deficiencia³⁶³ y vienen desglosados en el artículo 1265 CC en tres grandes bloques: error, violencia o intimidación y el dolo.

³⁶² Artículo 323 CC: La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

³⁶³ ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho...* Op. cit (2008-2009), pág. 155.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

A.I. Error

Es el resultado de una representación mental equivocada de la realidad sobre la otra parte contratante o en lo atinente al objeto del contrato y/o sus cualidades. La regla que permite identificar cuándo un error concreto puede invalidar el consentimiento, viene establecida en el artículo 1266 CC: *«deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo»*. Es decir, el legislador se está refiriendo a los supuestos en los que concurra un error sobre la «esencialidad» del contrato, de forma que, de haberse conocido con exactitud la realidad, el contratante incurso en error no hubiera celebrado el contrato.

Junto a esta clase de error, existe otra sobre la persona contratante (la otra parte del contrato). En estos supuestos, el legislador civil se muestra restrictivo, limitando la invalidación del contrato a los supuestos en los que «la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo». El ejemplo clásico sería una donación.

En ambos casos, el error ha de ser, asimismo, excusable. Se trata de un requisito exigido por la Jurisprudencia³⁶⁴, respecto del cual el código civil muestra silencio, probablemente por razones de seguridad jurídica.

³⁶⁴ SSTS 24 de enero de 2003 Rec. 1001/1997, 12 de Noviembre de 2010, Rec. 488/2007 y 13 de julio de 2012, Rec. 142/2010, entre otras.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

De forma sintética, será inexcusable cuando la parte que lo haya sufrido no hubiera empleado una diligencia normal³⁶⁵. Para valorar si se podría haber evitado, se han de tener en cuenta una serie de circunstancias atinentes a la persona que lo ha padecido, tales como edad, estudios, experiencia, profesión, entorno cercano, etcétera. A estos efectos, se podría poner de ejemplo un tema que ha suscitado -y suscita- nutrida jurisprudencia, cual es la compra de productos financieros, de alto riesgo, pues no estarán en la misma situación un particular sin estudios y sin previa experiencia en el sector, que una sociedad dedicada a la inversión³⁶⁶.

Por último, y dentro del error, si bien el meritado artículo 1266 CC no contempla el error de derecho, el Tribunal Supremo³⁶⁷, admite que pueda ser motivo de invalidación de un contrato, siempre y cuando cumpla las premisas apuntadas anteriormente, esto es, que sea sustancial y excusable. Este supuesto merece ser traído a colación, por dos motivos: de un lado, porque resuelve un caso de error de derecho. En el supuesto de autos, el comprador adquiere del vendedor, mediante CV, un terreno con la finalidad de proceder a la construcción o edificación de una nave industrial, propósito que se ve frustrado por el hecho de que el solar no reunía la condición urbanística exigida - prohibida por una ordenanza-, la cual sí se había reflejado por el vendedor en la escritura pública, de forma que llevó al ánimo de los demandantes la creencia en la posibilidad

³⁶⁵ ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho...* Op. cit (2008-2009), pág. 158

³⁶⁶ SAP Lugo, 3 de septiembre de 2014 (Tol 4512046).

³⁶⁷ STS 28 de septiembre de 1996, Rec. 3954/1992, entre otras.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

inmediata de destinar el terreno a fines industriales. La Sala confirma la sentencia de instancia al apreciar la existencia de un error vicio invalidante del consentimiento prestado por el comprador al recaer sobre las condiciones esenciales de la cosa vendida, como es la de su calificación urbanística determinante de su aprovechamiento en uno u otro sentido, habiendo sido inducido tal error por la conducta del vendedor que no es necesario que sea constitutiva de dolo o culpa para que sea tomada en cuenta a estos efectos y que, en el presente caso, determina el carácter excusable del error padecido.

De otro, porque realiza una sistematización normativa y jurisprudencial de lo expuesto anteriormente que bien puede servir de broche a este apartado. En este sentido, asevera que para que el error en el consentimiento invalide el contrato deben converger los siguientes particulares:

I. Ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración³⁶⁸.

II. Ha de derivar de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar³⁶⁹.

³⁶⁸ Artículo 1261.1º y STS de 27 de octubre de 1964.

³⁶⁹ STS de 1 de julio de 1915 y 26 de diciembre de 1944.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

III. No ha de ser imputable a quien lo padece³⁷⁰.

IV. Ha de existir un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado³⁷¹.

V. Además de ser invalidante, ha de ser excusable. A estos efectos, se ha matizado que será inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular³⁷².

A efectos de trasladar lo anterior a la esfera del Derecho del Trabajo, resulta oportuno traer a colación la STS de 26 de septiembre de 2009³⁷³, que abordó con precisión lo exigido por la Jurisprudencia para entender concurrido el error. El Tribunal Supremo desestimó la demanda, por cuanto consideró que faltaba el requisito de la sustancialidad ex

³⁷⁰ SSTS de 21 de octubre de 1932 y 16 de diciembre de 1957.

³⁷¹ SSTS de 14 de junio de 1943 y 21 de mayo de 1963.

³⁷² STS de 4 de enero de 1982. En este sentido, y siguiendo la citada sentencia del TS de fecha 28-8-1996: «*la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración*».

³⁷³ STS 26 de septiembre de 2009, Rec. 2489/2008. El supuesto de hecho es el siguiente: un trabajador, que había iniciado un expediente administrativo de solicitud de IPT, es incluido en un ERE Incentivado, con el resultado de extinguir su contrato de trabajo, con derecho a indemnización. Tiempo después, es declarado afecto de una IPT. La Empresa, que desconocía tal eventualidad, aduce la existencia de un vicio de consentimiento que debe llevar aparejada la nulidad de la decisión empresarial de incluirlo en el ERE y la consecuente devolución de las cantidades percibidas por tal concepto.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

artículo 1266 CC, pues no hay base para afirmar que, de haber sido plenamente conocedora la Empresa de la situación del trabajador, no se le hubiera incluido en el ERE. Entiende asimismo el TS que falta el requisito de la excusabilidad, pues tan dable es el planteamiento que postula la empresa en relación a la obligación de informar por parte del trabajador, como la responsabilidad exigible a esta en relación al deber de informarse de la situación de sus trabajadores. Por tanto, resuelve el tribunal que este desconocimiento de la situación del actor no puede *«comportar por sí sola la existencia del concreta y exclusivamente invocado error ex art. 1266 CC como vicio del consentimiento contractual así prestado (arts. 1261 y 1265 CC) y susceptible, por ello, de originar su nulidad (arts. 1265 y 1300 CC), con la consecuencia, como regla, de que los contratantes deberían restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (arg. ex art. 1303 CC)»*.

Conviene citar también una resolución del TSJ Andalucía (sede Málaga)³⁷⁴, en la que se declaró la existencia de un error excusable en la contratación que viciaba la misma de nulidad. En este caso, el Ministerio del Interior procedió a la contratación de una empleada que no ostentaba titulación necesaria para ocupar un determinado puesto de trabajo, de conformidad con las exigencias del Convenio Colectivo de aplicación. El Tribunal consideró que no existía despido, pues el mismo solo es posible en el marco de una relación laboral y en tal caso no existía la misma, al

³⁷⁴ SSTSJ Andalucía (Málaga) de 7 de septiembre de 2000, Rec. 1108/2000.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

concurrir un error en la contratación. En efecto, con una fundamentación jurídica análoga -y ciertamente incompleta-, vienen en resolver que no hay contrato sino cuando concurre el consentimiento de los contratantes, siendo nulo el consentimiento prestado por error (art. 1265 del Código Civil EDL 1889/1), siempre que el error recaiga sobre aquellas condiciones de la contratación que hubiesen dado motivo a celebrarla, fallando que, en los casos enjuiciados, existía un error en el consentimiento por parte del Ministerio del Interior. Éste provenía de la falsa creencia de que la empleada disponía de la titulación necesaria. Como adelantaba, desde mi punto de vista, esta fundamentación no es del todo completa, pues el Tribunal debió concretar con más precisión por qué entendió que dicho error era esencial y excusable. El primer elemento (sustancialidad) parece inferirse claramente del contenido fáctico de la sentencia, pues el convenio exigía una titulación que la empleada no tenía, por lo que, de haberlo conocido el empleador, la contratación nunca se hubiera producido. Estas circunstancias podrían justificar la lacónica explicación al respecto. Más dudoso resulta el segundo elemento (excusable) pues la Sala no aclara por qué el Ministerio, actuando con una diligencia media, no habría podido conocer tan eventualidad antes de realizar la contratación. No obstante, es cierto que, en la contestación a la reclamación previa formulada por la trabajadora, el organismo le exige que aporte el título de bachiller, por lo que, peor que mejor, el Tribunal sale al paso en relación a la concurrencia segundo requisito del error.

Con todo, se observa que los tribunales laborales, en la valoración de la eventual concurrencia de un error, se rigen por lo dispuesto en el

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

artículo 1266 CC que, como se ha expuesto, ha sido interpretado en reiteradas ocasiones por la doctrina judicial civil, por lo que es frecuente hallar remisiones a la misma. Es cierto que las resoluciones analizadas, se ha dado preeminencia a que a las notas de sustancialidad y excusabilidad. Ahora bien, los otros elementos (hechos desconocidos por el contratante, que el error no sea provocado por él y existencia de nexo causal entre el error y el negocio jurídico) se hallaban implícitos en los hechos y, por tanto, también fueron tenidos en cuenta por los juzgadores, aunque no se detuvieran expresamente en cada uno de ellos.

Aplicando lo anterior a la movilidad geográfica de mutuo acuerdo, se puede defender que, si se en el seno de un pacto por el que se modifica el lugar de prestación de servicios, concurre un error sustancial -en el sentido que, de no haber mediado aquél, no se hubiera acordado el cambio locativo-, y excusable -no habiendo tenido la parte que lo ha sufrido posibilidad de evitarlo-, no siendo culpa del que lo sufre y mediando un nexo de causalidad nítido, ese acuerdo adoptado vía 1.3 ET será susceptible de ser anulado. Dicho de otra forma, la modificación consensuada de lugar de trabajo, deberá estar exenta de error, tanto en su configuración inicial como en su plasmación en un pacto.

A primera vista, puede resultar difícil la concurrencia de un error de estas características en un acto tan específico y singularizado como es el cambio del lugar de trabajo, que no debería entrañar más complicación que la conformidad en torno al mismo y su detalle en el pacto de

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

modificación. Dejando al margen los supuestos de dolo e intimidación, que serán analizados más adelante, podría pensarse en un caso en el que la persona trabajadora conviene el cambio de lugar de trabajo a un destino equivocado, en el sentido de que yerra en la ubicación del mismo. En tal caso, aunque podría aceptarse que hay un error en la sustancialidad del pacto, no parece que el mismo fuera excusable, en la medida que el trabajador, actuando con una diligencia media, podría haber conocido el emplazamiento del nuevo centro de trabajo.

En consecuencia, considero que es difícilmente anulable un pacto de movilidad geográfica en base a un error en el consentimiento, en la medida que éste es complicado que concurra si no es con la inducción por la otra parte o de un tercero.

A.2. Dolo

La definición de dolo viene recogida en el artículo 1269 del CC, el cual precisa que aquél concurrirá cuando «*con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*». Se trata, pues, de un error en el consentimiento provocado por el engaño de quién lo comete. Esta acepción puede ser integrada por la doctrina del Tribunal Supremo³⁷⁵, que vino en asentar que el concepto jurídico de dolo exige la concurrencia

³⁷⁵ Analizada, entre otras, en la sentencia de fecha 12 de junio de 2003, Rec. 3172/1997.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

de dos supuestos: las maquinaciones insidiosas referidas en el código civil³⁷⁶, tanto por la vía de la acción como de la omisión³⁷⁷; y la inducción a la otra parte a firmar el contrato bajo ese engaño. Junto a esas dos, la jurisprudencia exige que la conducta dolosa sea grave y trascendente.

Conviene detenerse en la primera nota. A tal fin, se ha de precisar que se entenderá que ostenta gravedad suficiente como para invalidar el contrato cuando éste nunca se hubiera suscrito sin el engaño mediado por una de las partes. En este extremo se aprecia, pues, la semejanza respecto de la *esencialidad* estudiada anteriormente en relación al error. Tanto es así que, en la mayoría de supuestos, ambos elementos convergerán, pues el error *sustancial y excusable* será consecuencia de la práctica insidiosa de la otra parte que, con manifiesto engaño, le ha inducido a firmar el contrato. Dicho de otra forma, mientras el error puede concurrir sin necesidad del dolo, éste último, vendrá acompañado, habitualmente y salvo determinadas excepciones³⁷⁸ de aquél, en la medida que lo provocará.

³⁷⁶ Entendidas como todas aquellas actuaciones de uno de los contratantes dirigidas a obtener el consentimiento por parte del otro que, sin ellas, no habría prestado (STS 28 de septiembre de 2011, Rec. 809/2008).

³⁷⁷ Es la llamada reticencia dolosa (STS 5 de marzo de 2010, Rec. 2559/2005).

³⁷⁸ STS 28 de septiembre de 2011, Rec. 809/2008. Es un ejemplo de dolo sin inducción a error, en el que el demandado ejerció una presión psicológica y afectiva sobre su madre para que le efectuara una donación de varias fincas a sus hijos (nietos de aquélla) y a él, llevando a los nietos de la anciana a la Notaria al momento de la firma, de manera que ésta se vio constreñida sentimentalmente a formalizar la donación. De esta forma, la Sala cinceló con esmero y fundamentación jurídica solida su decisión, precisando «*que ante la presión que imponían las circunstancias configuradas conscientemente por el demandado don Remigio con tal finalidad, le llevó a prestar en el acto un consentimiento que evidentemente estaba viciado. La sentencia recurrida recoge en sus propios términos*

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Además, se ha de añadir que el dolo, para que sea causa invalidante, no ha de ser provocado por un tercero o por ambas partes³⁷⁹, ha de ser probado por la parte que alegue su concurrencia³⁸⁰, sin que sea suficiente una simple conjetura sobre su existencia³⁸¹.

Por último, hay que diferenciar el dolo grave estudiado del mero dolo incidental, que es aquél que concurre cuando el engaño operado no determina la decisión de suscribir el contrato, pues éste se hubiera formalizado en todo caso. Un ejemplo paradigmático sería el mayor precio pagado por la reparación de un vehículo averiado en viaje por carretera, fruto de la maquinación insidiosa del vendedor (mecánico), sirviéndose de una situación de necesidad puntual. El comprador (conductor) hubiere llevado a cabo la reparación, en todo caso, si bien, de no haber mediado engaño, con un precio inferior.

Descendiendo a la esfera laboral, la respuesta a cuándo el dolo puede entrañar la declaración nulidad de un contrato, la brinda el Tribunal

parte del informe Don Imanol (folio 750 y ss.) en el cual, en referencia a la demandante, persona de avanzada edad, afirma que se trata de "una persona dependiente y que por ello careció en su momento de la voluntad necesaria para hacer frente al conflicto emocional que le planteaba la donación, cuando se vio en la tesitura de firmar la documentación que le fue presentada en la notaría, por lo que plasmó su firma aún sin desearlo". Lógicamente se ha de entender que la donación de bienes inmuebles integra un negocio jurídico de suficiente relevancia y trascendencia económica como para exigir que el consentimiento del donante sea meditado y reflexivo y no prestado, como ocurrió en el caso, bajo un estado emocional provocado por la situación deliberadamente creada por el demandado para arrancar dicho consentimiento de forma irreflexiva»

³⁷⁹ STS de 29 de Marzo de 1994, Rec. 890/91.

³⁸⁰ STS de 28 de Febrero de 1961.

³⁸¹ STS de de 25 de Mayo de 1945.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Supremo, precisando que han de concurrir «*maquinaciones engañosas por un contratante (artículo 1269 del Código civil EDL 1889/1) y la inducción ejercida sobre la voluntad de la otra parte para determinarla a realizar el contrato (artículo 1269 citado EDL 1889/1 y sentencia de la Sala Primera del TS de 1-9-1986, entre otras)*»³⁸². Con acierto, el Alto Tribunal considera que la gravedad y trascendencia del dolo son de entidad suficiente como para reportar la nulidad del contrato.

Extrapolado a la movilidad geográfica de mutuo acuerdo, podría entenderse que hay dolo, por parte del empresario, cuando convence, con maquinaciones insidiosas, al trabajador para que firme una movilidad de mutuo acuerdo en base a una cláusula contractual (nula), haciéndole creer que resulta de aplicación en todo caso³⁸³. Un ejemplo paradigmático sería aquél en que un empleador, al momento de la contratación de una persona trabajadora, supedita la misma a que firme una cláusula por la que acepta la movilidad geográfica por toda España, pese a no estar ante un supuesto de centros móviles e itinerantes. Pese a que ésta cláusula es nula, al contravenir el contenido del artículo 40 ET, el empresario se sirve de la misma para forzar a su empleado a que firme, de mutuo acuerdo, un cambio de centro de trabajo. En tal supuesto, el empleador, sirviéndose, a través de maquinaciones insidiosas, habría inducido al trabajador a firmar

³⁸² STS de 29 de junio de 1998, Rec. 3857/1997. En concreto, en el supuesto de hecho enjuiciado, la persona contratada bajo el programa de fomento de empleo, ocultó dolosamente su condición de empleada en la Administración, para así ser contratada por la Cruz Roja.

³⁸³ Como ocurrió en el supuesto resuelto en la STSJ de Castilla-La Mancha 20 de junio de 1997, Rec. 586/97.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

un acuerdo que sería susceptible de ser impugnado por dolo en la construcción el consentimiento.

A.3. Violencia o intimidación

El artículo 1267 CC, refiere que habrá violencia cuando se emplee una fuerza irresistible para arrancar el consentimiento de una parte. Esta fuerza irresistible consustancial a la figura de violencia, parece venir referida a servirse de un medio contra el que no cabe ofrecer resistencia. La coacción física ha de ser absoluta, es decir, ha de tratarse de una fuerza que supere la capacidad de resistencia de la persona que la recibe, hasta el punto que excluya por completo su voluntad.

El meritado precepto, precisa que existirá intimidación cuando se proyecte sobre la otra parte un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes³⁸⁴. En relación a éste último, el legislador matiza que para valorar la intimidación producida se ha de estar a la edad y condición de la persona, matizando que temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el

³⁸⁴ Nada obsta a que sean incluidos en esta enumeración, por ejemplo, los hermanos. Es decir, estamos ante un *numerus apertus* de situaciones que pueden quedar subsumidas dentro del contenido del artículo 1267 CC, si bien, en los supuestos contemplados en aquél, existirá una presunción acerca de la relación de causalidad entre la amenaza y el consentimiento otorgado, mientras que en el resto de caso, no concurrirá esa presunción, debiendo demostrarse *en todo* caso tal conexión.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

contrato³⁸⁵. En cuanto al temor propio de la intimidación, éste no anula de por sí la voluntad de la parte que lo recibe, aunque impide que se forme de manera libre, voluntaria, debiendo existir un nexo entre la amenaza y el consentimiento prestado a consecuencia de aquélla³⁸⁶. Asimismo, la amenaza ha de ser antijurídica (injusta o ilícita)³⁸⁷, sin que ello ocurra cuando se anuncie el ejercicio de acciones que puedan corresponder. Tampoco habrá amenaza entendida en estos términos, si se trata de un peligro incierto, remoto o inconcreto.

Por su parte, el artículo 1268 CC, aclara que ambas figuras, anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato. En la doctrina judicial laboral³⁸⁸ se precisa con exactitud que, *«según reiterada doctrina jurisprudencial, que uno de los contratantes o persona que con él se relaciona, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que, por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya en su ánimo, induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus intereses; esto es, consiste en la*

³⁸⁵ Es el calificado como «temor reverencial», el cual queda excluido, por el artículo 1267 *in fine*, como causa de anulación del contrato. Ahora bien, si esa persona que inspira miedo reverencial, se sirve de su situación para inducir a la otra parte, un temor racional y fundado de un mal grave e inminente.

³⁸⁶ STS 7 de febrero de 1995 (Tol: 1667019).

³⁸⁷ STS 9 de noviembre de 2007 (Tol: 1213841).

³⁸⁸ STSJ de Cataluña, de 8 de noviembre de 2002, Rec. 131/2002, STSJ Madrid 18 de mayo de 2015, Rec. 166/2015 y STSJ Galicia de 18 de marzo de 2019, Rec. 4721/2018, entre otros pronunciamientos.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurren en el sujeto intimidado y no un temor leve; y entre aquella y el consentimiento otorgado debe mediar un nexo eficiente de causalidad - STS. de 22 de abril de 1991 - por lo cual, para que concurra intimidación debe darse un doble requisito: a) Una actitud o comportamiento tendente a inspirar el temor de sufrir un daño, distinto al legítimo ejercicio de un derecho que pudiere perjudicar a la contraparte. b) Que las circunstancias de edad y condiciones personales del sujeto permitan afirmar que este temor es racional y fundado, y a la vez, suficientemente grave como para doblegar su voluntad».

Llevado al plano de la movilidad geográfica, podría estarse ante un supuesto de intimidación cuando el empresario compele al trabajador a firmar un *acuerdo* de cambio locativo, so pena de despedir a su hijo que trabaja en la misma empresa y a él, en caso de que se niegue a firmar. O, con un grado de intensidad mayor, que el empresario obligue a firmar a una persona trabajadora un acuerdo de movilidad geográfica bajo la amenaza de causar un mal grave a sus familiares. En síntesis, será anulable un acuerdo de movilidad geográfica cuando se acredite que el empresario, mediante una conducta intimidatoria, forzó al trabajador a suscribir un pacto contrario a sus intereses, debiendo existir una relación de causalidad directa entre ambos actos.

B) El objeto

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

El segundo elemento del contrato que viene recogido en el artículo 1261 CC, es el objeto. Un comienzo adecuado pasa por invocar la doctrina del TS que ha definido el objeto como la realidad sobre la que «*el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento al que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional, objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de naturaleza exterior, ora procedente del ingenio humano o en un acto integrador de prestación*»³⁸⁹.

El objeto del contrato, ha de ser lícito, posible y determinado. En cuanto a la licitud, el artículo 1271 CC establece que podrán ser objeto de un contrato, todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres³⁹⁰, aun las futuras, así como todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres³⁹¹.

En lo atinente a la cualidad de determinado o determinable en cuanto a su especie, viene establecido en el artículo 1273 CC, si bien, matiza que la indeterminación en la cantidad no conllevará la nulidad del

³⁸⁹ STS de 10 de octubre de 1997, Rec. 2212/1993.

³⁹⁰ Un ejemplo, son las cosas de dominio público, recogidas en el artículo 339 CC.

³⁹¹ Vr. G: Artículo 1583 CC: «*Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*».

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes. La condición de determinable equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1256) ni a un nuevo acuerdo entre ellos.

En lo atinente al objeto, el TSJ Canarias³⁹², vino en determinar que el objeto inmediato de los contratos es la obligación que por él se constituye, referido tanto a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o hacer. En ese sentido, asevera el Tribunal que el objeto de ha de ser cierto, lícito y determinado o determinable, coincidiendo así con la doctrina civil, y matizando que el objeto en la contratación laboral, está constituido por la prestación de servicios que la persona trabajadora se obliga a realizar a cambio de una retribución. No sería lícito, concluye el tribunal, un contrato en el que se comprometiese la comisión de un acto ilícito. Es este sentido, tendría un objeto ilícito y por ende, sería susceptible de ser declarado nulo, un contrato que tenga por objeto el ejercicio de la prostitución³⁹³.

³⁹² STSJ de Canarias (Las Palmas), de 20 de junio de 2005, Rec. 1275/2004.

³⁹³ STSJ Galicia de 30 de marzo de 2012, Rec. 4413/2011: invocando una corriente judicial anterior, precisó que será ilícito un contrato de trabajo cuyo objeto fuese la prostitución al ser ésta una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

En el plano laboral, conviene citar a MONTOYA MELGAR³⁹⁴, quién calificó el objeto del contrato de trabajo como los «*servicios retribuidos*». Sobre esta definición, AGIS DASILVA³⁹⁵ se mostró disconforme, al considerarla defectuosa desde un punto de vista conceptual, por cuanto, a su entender, suponía confundir la noción del objeto del contrato de trabajo con el objeto mismo de la obligación, entendiéndolo que la calificación adecuada sería la de considerar que el objeto del contrato es el trabajo dependiente, retribuido y por cuenta ajena. En opinión del autor, más que incurrir en un error conceptual, podría entenderse, en su caso, que a la definición brindada por MONTOYA MELGAR, podría haber olvidado la referencia a la prestación de servicios dentro del ámbito de dirección del empresario. Pero, en puridad, ambas definiciones del objeto del contrato encierran la obligación del mismo: prestación de servicios retribuidos, por lo que, en mi opinión, son igual de válidas, con el matiz desplegado anteriormente sobre la ofrecida por MONTOYA MEGAR. En definitiva, el objeto del contrato bien podría entenderse como la prestación de servicios para un empleador, dentro de su ámbito de organización y dirección, a cambio de una retribución salarial. En este sentido, la doctrina científica viene definiéndolo como la prestación de servicios en régimen de ajenidad y dependencia, retribuidos mediante el sistema salarial³⁹⁶.

³⁹⁴ MONTOYA MELGAR, A., «*Derecho del trabajo*», Tecnos, Madrid, 1993, pág. 301.

³⁹⁵ AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo.... op. cit* (1999), pág. 41.

³⁹⁶ AA.VV.: «*Manual de Derecho ...*» Op. cit (2007), pág.83.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

En el plano de la movilidad geográfica de mutuo acuerdo, el objeto sería el convenio de ambas partes en cambiar el lugar de prestación de servicios, debiendo quedar establecido de forma clara, tanto en lo atinente a la nueva ubicación, como al carácter temporal o indefinido de dicha variación locativa.

C) La causa

El tercer y último elemento esencial del contrato es la causa, que el TS la define e identifica como la función económico-social del contrato³⁹⁷, es decir, la razón que motiva y justifica un negocio jurídico y lo hace acreedor de la protección del ordenamiento jurídico. El Código Civil, en su artículo 1274, define la causa en función del contrato de que se trate: en los contratos onerosos, sería la prestación o promesa de una cosa o servicio que una parte ha de entregar/prestar a la otra: en los contratos remuneratorios, la causa sería el servicio o beneficio que se remunera; finalmente, en los contratos de pura beneficencia, aquélla vendría constituida por la mera liberalidad del bienhechor.

Son tres los requisitos que ha de reunir este elemento; existencia, licitud³⁹⁸, y realidad³⁹⁹. Será inexistente cuando haya una simulación de

³⁹⁷ STS 17 de diciembre de 2004, Rec. 3418/1998.

³⁹⁸ Artículo 1275 CC: «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

³⁹⁹ Artículo 1276 CC: «La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita».

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

negocio⁴⁰⁰, e ilícita cuando contravenga las leyes o la moral⁴⁰¹. Será falsa cuando la causa del contrato no se corresponda con el negocio celebrado⁴⁰².

⁴⁰⁰ STS 3 de noviembre de 2004, Rec. 3036/1998: «al existir simulación absoluta, el contrato es nulo o ineficaz, por lo que huelga hacer aplicación al caso examinado de la presunción que, respecto de la existencia de causa, se hace en el expresado Artículo 1.277, por lo que éste no es posible considerarlo infringido por el Tribunal ... La simulación absoluta tiene lugar cuando las partes formalizan un contrato con el propósito de crear una apariencia de su existencia, pero sin voluntad de celebrarlo, de manera que la apariencia formal no se corresponde con la situación real. Se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica, por lo que, al ser falsa la causa expresada, y no existir otra verdadera y lícita, falta la causa, dando lugar a la nulidad del negocio. Cuando el propósito de los intervinientes es crear una situación ficticia de insolvencia de uno de ellos para defraudar a los acreedores se produce la denominada simulación de insolvencia. Y esta es la realidad jurídica del caso apreciada por la Sentencia de instancia».

⁴⁰¹ STS 30 de noviembre de 2000, Rec. 3415/1995: «las SS. de esta Sala de 17 de enero de 1927 y la de 2 de diciembre de 1981; por la primera, se califica de causa ilícita el negocio efectuado cuando se ha detectado en el mismo un "móvil determinante de la inmoralidad de la convención", y en la segunda, una nulidad, por ilicitud de la causa al ser contraria a la Ley o a la moral al perseguir el negocio un fin ilícito o inmoral: más estos supuestos, inclinan a cuestionarse si se entiende por contravención a la moral todo aquello que repugna o es reprobable al cuadro de valores que privan en una sociedad en un momento determinado, en los términos a que se refiere la paradigmática Sentencia de 2-4-1941, en donde al tratarse de una compensación económica para paliar los quebrantos por una relación concubinaria, se estimó, con acierto, que estos móviles emergían como causa de contrato y proyectaban una evidente inmoralidad a toda la operación, al ser ese pacto evidentemente contraventor de la moralidad imperante».

⁴⁰² STS 23 de mayo de 1980 (Tol: 28079110011980100267): la infracción por violación del artículo 1.276, en relación con el 1.277, ambos del Código Civil, de "la doctrina expuesta derivada claramente su desestimación, en cuanto que habiéndose probado que en los contratos de opción y compraventa celebrados también en los meses de febrero y abril de 1972 se expresó una causa falsa, nada deriva de la sentencia recurrida que se haya probado que estaban fundados en otra verdadera y lícita; por lo que, conforme al artículo 1.276, que se considera por el recurrente como infringido por violación, dichos contratos son nulos; sin que tenga ámbito de aplicación la presunción de admisibilidad de contratos abstractos que encierra el artículo 1.277, al declarar que "aunque la causa no se expresa en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no prueba lo contrario"; toda vez que, como ya se deja puesto de relieve, se ha probado lo contrario, es decir, que los tan citados contratos de opción y de compraventa se basaron en causa inexistente; sin que tengan virtualidad alguna los razonamientos de los recurrentes apoyados en la validez de los contratos mencionados con olvido de que en la

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

En el plano laboral, los tribunales laborales vienen exigiendo asimismo el cumplimiento de los requisitos anteriormente citados⁴⁰³. Llevando esto al ámbito de la movilidad geográfica de mutuo acuerdo, se exigirá, para que tenga una causa válida, que no se esté ante una simulación de un negocio, que sería aquél supuesto en que las partes suscriben un cambio locativo de mutuo acuerdo que en la práctica nunca se termina de llevar a cabo. Tal particular podría ocurrir cuando se pretende pagar parte del salario como gastos de desplazamiento exentos de cotización y, a tal fin, se acuerda simular un pacto de movilidad geográfica adscribiendo a la persona trabajadora a un centro distinto al que realmente pertenece, para así justificar el pago del kilometraje. Este supuesto, además de simularse la causa, la misma sería ilícita. Asimismo, la causa tendrá que ser real, no concurriendo tal particular, por ejemplo, cuando se suscribe un pacto de movilidad geográfica que realmente supone un cambio de empleador real en supuestos de grupos de empresas.

instancia han sido declarados inexistentes por simulación e inexistencia de causa al faltar el precio, requisito esencial de ambos, y al estar rodeados de unas circunstancias demostrativas de una finalidad ilícita y maliciosa; apreciaciones del Tribunal "a quo" que han de prevalecer sobre las interesadas y parciales de los recurrentes, que pretenden un nuevo examen de la prueba sin haberla impugnado por el cauce procesal adecuado para este recurso extraordinario.

⁴⁰³ Citándose, a modo de ejemplo, la STSJ Canarias (Las Palmas), 22 de marzo de 2002, Rec. 1440/2001, por la que se declaró nulo un contrato por cuanto su causa era ilícita, al haberse suscrito con quién ya ostentaba una relación laboral.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

6.4. Límites

Coincidiendo con BLASCO PELLICER⁴⁰⁴, la regulación del contrato de trabajo deviene ciertamente heterónoma, en el sentido de que se produce intervención externa del Estado, con clara vocación proteccionista de la parte contratante «débil», que acaba derivando en un contrato normado, con importantes restricciones en el ámbito de la autonomía de las partes. La historia del derecho del trabajo ha demostrado que tal planteamiento deviene necesario en el marco en el que se desarrolla la prestación de los servicios pues, de lo contrario, esa pretendida autonomía de las partes culminaba en una *velada* imposición de los intereses empresariales sobre el trabajador, quién, al final del trayecto, acababa por acatar las condiciones impuestas por el empresario.

Trasladado al estudio que me ocupa, la movilidad sinalagmática no presenta mayor trance que estar a lo convenido entre las partes, bien entendido que, en ningún caso, podrá producirse una disposición indebida de derechos no permitida por la ley (artículo 3.5 ET). Se trata de una manifestación del carácter intervencionista del derecho, que va más allá de una mera formulación de derechos, velando por evitar que se produzca una disposición de aquéllos, motivada, en la mayoría de ocasiones, por una presión del empleador⁴⁰⁵. Esta restricción guarda estrecha conexión con

⁴⁰⁴ BLASCO PELLICER, A.: *La individualización... op.cit* (1995), págs. 18-22

⁴⁰⁵ MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, JL y MORENO VIDA, MN.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comeres, Granada, 2012, pág. 327.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

los límites a la autonomía de la voluntad de las partes contenidos en el citado artículo 1255 CC, en el sentido de que aquélla no puede ser contraria a la ley⁴⁰⁶, moral⁴⁰⁷ ni orden público⁴⁰⁸, y sobre lo que he profundizado anteriormente.

En la práctica, estas cautelas pueden materializarse, por ejemplo, en que el trabajador no podrá disponer de la indemnización de 20 días por año de servicio prevista para los supuestos de no aceptación de la orden de trasladado, con rescisión del contrato. Antes de continuar, se ha de realizar una precisión que tendrá virtualidad en los diversos ejemplos que van a plantearse a lo largo de este apartado: una cosa es que una determinada operativa resulte, a efectos jurídico-teóricos, contraria a derecho (vr. G: disponer de la indemnización prevista para la resolución del contrato) y otra bien distinta que, en la práctica, no pueda hacerse. En derecho laboral, como en cualquier otro ámbito jurídico, las partes *pueden* llevar a cabo las prácticas que consideren, sin que ello lleve aparejado, necesariamente y en todos los casos, una consecuencia *punitiva*. Es decir, la disposición

⁴⁰⁶ Ley imperativa o *cogente*, cuya inobservancia supone la nulidad del contrato, de conformidad con el artículo 6.3 CC: *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*. v. gr. Artículo 221 CC.

⁴⁰⁷ Por moral se puede entender el conjunto de costumbres y normas que se consideran buenas para dirigir o juzgar el comportamiento de las personas en una comunidad. En conexión con lo que expongo, el Artículo 1328 CC dispone que será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. Y el Artículo 1271 CC precisa que pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

⁴⁰⁸ El orden público aquella forma de organización general de la sociedad y los principios por los que aquélla se rige.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

prohibida de determinados derechos - sin perjuicio de las consecuencias que, en cada caso, prevea la LISOS-, no impide *de facto* que las partes lo hagan.

Trasladado lo anterior al ejemplo que expongo, el hecho de que las partes no puedan disponer válidamente de la citada indemnización, no es óbice a que el empleador, tras resolver el trabajador su contrato ex artículo 40 ET, no le abone la indemnización, y éste no la reclame judicialmente dentro del plazo de un año, entrando en juego el instituto de la prescripción ex artículo 59.2 ET, con decaimiento su acción. Es decir, que la ley prohíbe que, por voluntad de las partes, se disponga de determinados derechos, como en el caso de la indemnización, sin perjuicio de la libertad que tiene la persona trabajadora de decidir si, en caso de impago, la reclama judicialmente. Dicho en otros términos, no existe un mecanismo de reclamación autónomo y automático *por mor* de la ley. Ahora bien, he de precisar que el lugar de trabajo no está afectado por la prohibición de renuncia de derechos, pues es una condición contractual, no legal ni colectivamente fijada⁴⁰⁹.

Del mismo modo, tampoco podrán introducirse por las partes cláusulas abusivas y contrarias a derecho⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ CRUZ VILLALÓN, J: *Estatuto de los Trabajadores...*, *Op. cit* (2003), pág. 485

⁴¹⁰ Ver ANEXO (supuesto: *Cláusulas abusivas*)

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

En síntesis, las partes podrán acordar, libremente y durante la vigencia del contrato, los cambios locativos que consideren oportunos, con los límites establecidos en el propio art. 1.3-c), en conexión con la normativa civil invocada anteriormente. De esta forma, en el pacto de movilidad locativa no podrá mediar error en el consentimiento, como tampoco violencia e intimidación en su configuración. El objeto y la causa de ese acuerdo tendrán que ser reales y aquél, en su conjunto, no deberá contravenir la normativa, ni suponer una renuncia prohibida de derechos. Cumpliéndose estas premisas, el espacio conferido a la libertad de las partes será amplio, pudiendo consignarse en el pacto de movilidad geográfica las variaciones que a sus intereses convengan.

6.5. Naturaleza jurídica

Otro aspecto relevante que debe ser abordado antes de terminar este capítulo, es el relativo a si esta modalidad de movilidad geográfica de mutuo acuerdo puede constituir o no un traslado ex artículo 40 ET, en el sentido de si puede desplegar los efectos previstos para éste último en dicho precepto.

A primera vista, la respuesta parece que debe ser negativa, pues se advierte la ausencia de uno de sus elementos esenciales: la decisión empresarial unilateral impuesta al trabajador. Efectivamente, aquí no se está aplicando por el empleador una medida, sino que se está acordando con el operario un cambio en el lugar físico de prestación de servicios, ya

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

sea con carácter temporal o indefinido, pero, en todo caso, en un plano de cierta igualdad entre aquéllos. Por tal motivo, no resulta desdeñable plantear que con la movilidad de mutuo acuerdo se produce el decaimiento de uno de los elementos necesarios para estar ante las figuras reguladas en el artículo 40 ET, prevaleciendo la autonomía de las partes consagrada en el artículo 1.256 CC, en detrimento del *ius variandi* empresarial *stricto sensu*.

Consecuencia inherente de ello, es que ese acuerdo no desplegará los efectos propios del traslado, entre otros, el derecho del trabajador a resolver el contrato de trabajo con percibo de una indemnización de 20 días por año de servicio, con el límite de una anualidad. Esto es de sentido común, pues esta posibilidad, junto a la de impugnar la medida, requieren de una decisión empresarial unilateral y previa, y sobre la que el trabajador podrá acometer cualquiera de las dos opciones referidas, o incluso una tercera, aceptando el traslado.

Ahora bien, llegados a este punto, ha de cuestionarse el origen de ese acuerdo de movilidad⁴¹¹. Si la propuesta nace del trabajador, y la empresa la acepta, no parece suscitarse ninguna duda de que se está ante una movilidad geográfica de mutuo acuerdo, pues, como vengo exponiendo, el elemento diferenciador es la orden empresarial, inexistente en tal caso. Más dudas aparecen si quien lo propone es el empresario, pues

⁴¹¹ Tal y como ha planteado CRUZ VILLALÓN, J., en *Estatuto de los trabajadores...*, *op. cit* (2003), págs. 485 y 486, es loable presumir que ese acuerdo de voluntades, satisface generalmente de manera especial de una de las dos partes, normalmente, a quién haya tomado la iniciativa.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

aunque lo haga de manera informal, podría entenderse que bajo una aparente propuesta, subyace una manifestación unilateral de proceder a una movilidad geográfica y, por tanto, ya habría entrado en juego el artículo 40 ET. A priori, no parece lógico defender que una propuesta informal por parte del empresario conlleve *per se* su calificación de orden de traslado. Piénsese que, en la mayoría de los supuestos, la propuesta de traslado nacerá del empleador, pues es quién debe atender las necesidades objetivas de su empresa. Es por ello que, si cada proposición de aquél se interpretara jurídicamente como una orden subrepticia de movilidad geográfica, la figura del traslado por mutuo acuerdo apenas tendría virtualidad.

Además, siguiendo el *iter* deductivo, se llegaría al sin sentido de que una simple propuesta de traslado estaría facultando al empleado para instar la de rescisión del contrato de trabajo ex artículo 40 ET, adentrándose así en un escenario de escasa seguridad jurídica y ciertamente contrario al tenor literal del meritado precepto. Con todo, considero que se han de diferenciar dos momentos o actos: la mera propuesta, que no despliega efectos jurídicos para ninguna de las partes, pues es un simple intercambio de pareceres; y la orden empresarial efectivamente impuesta, que advere la decisión consumada del empleador de trasladar a un trabajador, proyectando sobre éste la obligación de cumplir con tal orden y, facultándole, asimismo, para que pueda impugnar la misma judicialmente o resolver el contrato de trabajo de forma indemnizada.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Supuesto bien distinto, es aquél en el que no se llega a un acuerdo en esa fase previa y, posteriormente, el empresario anuncia formalmente que va a iniciar un procedimiento de traslado. En este escenario concreto, que sirve tanto para los traslados individuales como para los colectivos, pueden darse varias situaciones de convenio que merecen analizarse: acuerdo *ex ante* al inicio formal del procedimiento; o pacto logrado *ex post* una vez iniciado aquél y antes de la fecha de efectos.

En el segundo supuesto -y sin perjuicio de que se estudie con mayor profundidad en el apartado de traslados colectivos-, considero que sí estamos ante un traslado ex artículo 40 ET, pues hay una orden de traslado dimanante de la voluntad del empresario que produce efectos jurídicos. El hecho de que se alcance un acuerdo con el empleador, ya sea a nivel individual o dentro del período de consultas de un traslado colectivo, no obsta a que se esté ante un traslado ex artículo 40 ET que ha sido posteriormente acordado, y no ante un traslado de mutuo acuerdo propiamente dicho. Además, en el caso de una movilidad geográfica de carácter colectivo, aunque dicho acuerdo fuera alcanzado por los representantes de los trabajadores, el empleado no perdería su derecho a impugnarlo judicialmente o a resolver indemnizadamente su contrato de trabajo.

En el primer supuesto, pese a que hay una manifestación clara de la voluntad empresarial, que en cierta medida podría entenderse como

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

medida de presión, considero que sí cabría catalogar todo acuerdo alcanzado antes del inicio formal del procedimiento, como movilidad geográfica de mutuo acuerdo. Así, desde mi punto de vista, dicha orden todavía no se ha materializado, no ha producido efectos jurídicos, por lo que todo acuerdo adoptado todavía se encontraría en un escenario cercano al artículo 3 ET. Es cierto que, estirando este razonamiento al máximo, podría plantearse que en los traslados colectivos, el acuerdo suscrito dentro del período de consultas, sería anterior a la comunicación formal del traslado -que, en su caso, debe hacerse con posterioridad a aquél-, por lo que dicho pacto podría catalogarse «de mutuo acuerdo». Sin embargo, tal planteamiento, en mi opinión, estaría abocado al fracaso, pues en atención a la teoría de los actos propios, la imposición de la orden ya se había materializado -aunque no en su plenitud-. Así, la apertura del período de consultas y la negociación, traen causa directa en esa intención de traslado dimanante del empleador, que, a diferencia de la estudiada anteriormente, cuando aquél lo anunciaba de manera informal, aquí se ha consumado ciertamente, pues se está siguiendo el cauce previsto en el artículo 40 ET para los traslados colectivos. Efectivamente, este acuerdo se adoptaría dentro de la tramitación de un traslado colectivo, en concreto, dentro del período de consultas establecido legalmente, evidenciando todo ello que no se trataría de un cambio locativo por mutuo acuerdo, sino de un traslado impuesto y posteriormente aceptado por los representantes, previa negociación. Ahora bien, lo anterior no es óbice a que tanto unos traslados como otros (los aceptados voluntariamente), fueran computados,

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

en su caso, a efectos de determinar si ulteriores traslados deberían canalizarse por la vía del traslado colectivo⁴¹².

Otra situación que debe analizarse es cuando el empresario ya ha adoptado la medida de trasladar, pero propone varios destinos, pudiendo el empleado afectado escoger entre ellos. Estos «*traslados por acoplamiento*» han suscitado valoraciones disidentes por parte de los Tribunales. Reiterados pronunciamientos judiciales⁴¹³ consideran que la elección por parte del trabajador del destino donde será trasladado, no desnaturaliza el traslado, por cuanto aquélla no es más que una consecuencia de la decisión empresarial ya comunicada. Así pues, de conformidad con esta línea argumentativa, no operarían los efectos del traslado por mutuo acuerdo, *ergo* el trabajador sí ostentaría la facultad de rescindir su contrato de trabajo, con derecho a ser indemnizado.

Frente a esta postura, se podría esgrimir que aquél traslado en el que el trabajador escoge *libremente* un destino, lo convierte en voluntario

⁴¹² En esta línea se pronunció el TSJ de Galicia en su sentencia de 13 de abril de 2011, Rec. 6/2011, declarando que para el cómputo total de traslados efectuados por la empresa, se han de incluir asimismo «*los que anunciado el traslado, lo aceptan voluntariamente, puesto que la pretensión de la demandada de excluir a estos últimos es inasumible, debiendo ser tenidos en cuenta en el cómputo general del acuerdo de traslado, puesto que la voluntariedad en la aceptación una vez anunciado el traslado, no excluye la condición de colectivo, en claro perjuicio del resto de los trabajadores que se verían imposibilitados de acudir a la vía del conflicto*».

⁴¹³ SSTs de 7 de noviembre de 1991 (Roj:13270/1991), 27 de diciembre de 1991, Rec. 677/1991, de 7 de mayo de 1992 (Roj: 3623/1992), 3 de noviembre de 1993, Rec. 467/1993, 6 de junio de 1997, Rec. 4540/1996, de 8 de junio de 1998, Rec. 4232/1997 y 24 de junio de 1998, Rec. 3910/1997, entre otras.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

o por mutuo acuerdo, en tanto en cuanto convergería cierto ánimo decisorio por parte del operario, por lo que no tendría opción a la rescisión indemnizada de su contrato. Pese a ello, se advierte a todas luces que este margen de disposición se incardina, en todo caso, dentro de un mandato empresarial previo, y respecto del cual el empleador no tiene capacidad decisoria alguna. Por ello, parece más acertado decantarse por la línea seguida por nuestros tribunales, pues lo verdaderamente relevante en este punto, es la existencia o no de una necesidad empresarial de movilidad geográfica, motivada por una causa objetiva, y cristalizada en una orden de obligado cumplimiento para el trabajador, con independencia del destino final. Dicho en otros términos, no es tanto que la empresa imponga un destino, sino la exigencia de no seguir en el centro de trabajo de origen.

CAPÍTULO 7. MOVILIDAD GEOGRÁFICA A INSTANCIA DE LA PERSONA TRABAJADORA

7.1. Introducción

Como se ha venido defendiendo, el traslado de trabajadores ha sido configurado esencialmente como un mecanismo al que puede acudir el empresario en situaciones que así lo aconsejen, evitándose la aplicación de otras medidas más drásticas como pudiere ser el despido. En este sentido, el traslado no puede venir impuesto por el trabajador. Es cierto que puede plantearlo, pero necesariamente deberá concurrir una aceptación por parte de la empresa, aflorando en tal caso el ya estudiado traslado por mutuo acuerdo.

El TSJ de Canarias en esta línea, manifestó con rotundidad que *«el trabajador -por lo expuesto- carece de facultad para modificar unilateralmente el lugar de trabajo que pactó con el empresario cuando inició la relación laboral»*⁴¹⁴. Por tanto, como expongo, la regla general es que el trabajador no puede cursar un traslado sino es con la conformidad de la empresa. Ahora bien, el ET regula tres supuestos que bien pueden considerarse como una excepción a aquélla, y que son: la reagrupación familiar (40.3 ET); las víctimas de violencia de género (40.4 ET); y las personas trabajadoras con discapacidad (40.5 ET).

⁴¹⁴ STSJ de Canarias (Tenerife), de 5 de marzo de 1999, Rec. 24/1999.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Entiéndase que en estos supuestos no opera automáticamente el traslado a petición del operario, sino que el legislador, en los tres casos, lo sujeta a una condición concreta: en la primera excepción, se reconoce el derecho del cónyuge a trasladarse a la misma localidad donde ha sido trasladado su consorte, siempre que hubiera puesto de trabajo en un centro de tal localidad; mientras que en las otras dos excepciones, lo que se reconoce es un derecho preferencial a trasladarse a cualquier otro centro de trabajo - en el segundo supuesto- o a los centros de trabajo sito en aquellas localidades que resulten más accesibles al lugar donde tenga que recibir tratamiento el trabajador -tercer caso-, supeditado a la existencia de vacante. Así las cosas, el legislador ha limado toda automaticidad sistemática en la aplicación del traslado a voluntad del trabajador, evitando la concesión de un derecho absoluto al trabajador que pudiese redundar en perjuicios organizativos.

Antes de pasar a estudiar separadamente cada uno de estos supuestos, se ha de referir que, junto a los anteriores, existe otra excepción, contemplada en el artículo 36.4 ET, relativa a los trabajadores que presten sus servicios en turnos de noche (de 22 a 6 h de la mañana) y que, como consecuencia de ello, desarrollen problemas de salud. En estos casos, el legislador ha puntualizado que dichos trabajadores tendrán derecho a ser destinados a otro puesto de trabajo en la empresa de carácter diurno, si bien no canaliza esta modificación a través del artículo 40 ET, sino por medio de los arts. 39 (movilidad funcional) y 41 (modificación sustancial), ambos del ET.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

7.2. Reagrupación familiar

Dispone el artículo 40.3 ET, que cuando ambos cónyuges prestan servicios para la misma empresa, y uno de ellos sea trasladado a otro centro de trabajo de la misma, que exija cambio de residencia, el cónyuge no trasladado ostentará un derecho a ser reubicado en un centro de la misma localidad que el primero, siempre y cuando existiere puesto de trabajo. De esta redacción, en mi opinión, insuficiente, se derivan diversas cuestiones sin resolver a las que se tendrá que hacer frente. Para una mayor claridad expositiva, aquéllas serán abordadas en apartados distintos.

7.2.1. Titularidad del derecho. Legitimación.

El legislador ha empleado el término «cónyuge» para referirse a la persona trabajadora que puede interesar este tipo de traslado, cuando concurren las circunstancias descritas en el apartado tercero del artículo 40 ET. La interpretación de este particular se antoja problemática por cuanto, si se atiende al tenor literal de precepto, toda vinculación sentimental no sujeta a la institución del matrimonio quedaría fuera de ese derecho. Y más aún, cuando el examen de dicho precepto ha de realizarse en un escenario político y social como el actual, en el que estamos asistiendo a la aplicación de sucesivas reformas laborales tendentes a promover y mejorar la conciliación profesional y laboral.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Aunque sea mínimamente y a los efectos de centrar debidamente lo que expongo, conviene detenerse en este particular. Y es que, con el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, se ha efectuado, entre otros aspectos, una importante modificación del artículo 34 ET, principalmente, en su apartado octavo, en el sentido de que se ha conferido a las personas trabajadoras unas facultades considerables de adaptar la duración y distribución de la jornada, ordenación del tiempo de trabajo, e incluso la modalidad en que se trabaja, con el objeto de hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y personal.

La magnitud de esta reforma, a esta fecha, se mide por las resoluciones de los juzgados que han tenido ocasión de interpretarla, quedando supeditada una eventual -y en todo caso, futura- valoración por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y, en su caso, los Tribunales de un rango superior. Por el momento, se puede defender que la repercusión está siendo notoria, habiendo extendido algún juzgado los efectos del artículo 34.8 ET, a lo dispuesto en el artículo 37.6 ET, en el sentido de considerar que ya no será necesario que la reducción de jornada se circunscriba al horario diario realizado por el trabajador, debiendo en consecuencia recuperar la inicial interpretación en el sentido de determinar la prosperabilidad o no de la pretensión de la actora, confrontando los posibles derechos en colisión, esto es, el superior interés del menor (art. 39 CE como dimensión constitucional del derecho) y la

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

necesidad de su cuidado, y los posibles prejuicios o disfunciones causados al empresario⁴¹⁵.

Efectuada esta contextualización, se ha de regresar al contenido del artículo 40.3 ET para que, conjugando ambos escenarios, se ofrezca una respuesta a la cuestión plantada. Pues bien, según la redacción de dicho precepto, para ostentar la legitimidad del derecho es necesaria la existencia de un vínculo conyugal, en los términos establecidos en el Código Civil, de ahí que se tienda a denominar comúnmente a este tipo de traslado como «*derecho del consorte*». El legislador ha empleado una redacción que no parece dejar lugar a la especulación, pues con el término

⁴¹⁵ SJdo. Social Madrid de 10 mayo de 2019 (EDJ 2019/644378): «*No obstante lo anterior, ha habido un hito importante que obliga a reenfocar el estado de la cuestión, habida cuenta de que la solicitud es con efectos de 13 de marzo de 2019, y que ha dicha fecha, ya había entrado en vigor (8-3-2019 el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, que ha modificado de forma sustancial el Artículo 34 ET relativo a la jornada de trabajo, reconociendo el derecho de los trabajadores a adaptar la duración y distribución de la jornada, ordenación del tiempo de trabajo, e incluso la modalidad en que se trabaja, con el objeto de hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y personal. En el caso de tales adaptaciones se soliciten para el cuidado de hijos, el derecho persiste hasta que el menor tenga 12 años. Dicho precepto, si bien remite a la negociación colectiva la forma de organización de tales modificaciones, si pone de manifiesto que, en caso de que nada diga la negociación colectiva, el empresario y el trabajador deben negociar, y en su caso acordar debiendo el empresario justificar las razones objetivas que fundamenten la negativa. Es cierto que no se ha modificado expresamente la literalidad del Artículo 37.6 ET , pero hemos de concluir que, si el legislador de urgencia, ha incorporado como derecho subjetivo del trabajador la adaptación del trabajador de la jornada, en razón de los cuidados de hijos menores de 12 años, sin necesidad incluso de reducción horaria, resultaría absurda vista la Exposición de Motivos (Artículo 3.1 CC) la interpretación de que dicho derecho de adaptación no se extienda a aquellos casos de reducción de jornada, en que el trabajador hace un sacrificio al perder parte de su salario. Por ello, esta discordancia, más aparente que real entre el Artículo 34 y el Artículo 37.6 ET , debe resolverse en favor de considerar también se ha extendido al trabajador tal derecho de adaptación cuando se reduce la jornada, como suceden en el caso de autos».*

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

«cónyuge» se está descartando *ope legis* supuestos similares como puede ser la convivencia entre una pareja. En este sentido, CORTE HEREDERO ha manifestado que «siguiendo una interpretación literal del precepto, no podría ejercitarse este derecho en los supuestos en los que falte el vínculo matrimonial, es decir, en las uniones de hecho»⁴¹⁶. En el mismo sentido, SALA FRANCO⁴¹⁷, ha defendido que tal posibilidad corresponde únicamente al cónyuge de la persona trabajadora trasladada previamente.

Llegados a este punto, y teniendo presente que, de una eventual aplicación restrictiva a los consortes, podrían brotar ciertos sesgos de discriminación hacia otras formas de convivencia, resulta prudente analizar la doctrina judicial y jurisprudencial, antes de ofrecer una respuesta definitiva. En este sentido, puede partirse de la Sentencia del Tribunal Constitucional 192/1991, de 14 de octubre de 1991, cuyo supuesto de hecho, puede servir de referencia. En concreto, se impugnaba por la recurrente -cuyo estado civil era soltera-, la adjudicación de una plaza a otra persona efectuada con arreglo al principio «turno de traslado por consorte», esto es, «derecho de consorte», previsto en el Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en la medida que consideraba que la previsión y aplicación de dicho turno o derecho de consorte resulta discriminatorio y, por tanto, contrario al artículo 14 de la CE. El Ministerio Fiscal argumentó que «*al llamado turno de consorte, que supone establecer una preferencia en*

⁴¹⁶ CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica... op. cit* (1995), pág. 178.

⁴¹⁷ SALA FRANCO, T: «Movilidad Geográfica...» *op. cit* (1994), pág. 304

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

favor de las personas casadas para el traslado de su puesto de trabajo, separándose del criterio general dispuesto para los traslados, no se le puede oponer, sin más, la tacha de desigualdad lesiva del art. 14 de la C.E. Ya el ATC 1325/1988 afirmó que el derecho de consorte «encuentra justificación razonable, objetiva y proporcionada, en consideraciones, no sólo de protección de la familia, sino muy especialmente en razones de eficacia de la prestación de los servicios públicos», por lo que no entraña una desigualdad carente de justificación. Se trata, en fin, de una medida general, sin acepción de personas concretas, que se explica por el propósito de proteger a la familia, que constituye un valor constitucional (art. 39 C.E.)».

El TC, en la misma línea, falló que no podía apreciarse vulneración constitucional en la citada regulación, fundamentando su decisión en que «viene de este modo a reiterarse lo que ya se tuvo oportunidad de razonar en el ATC 1325/1988, de 19 de diciembre, en el que con ocasión del recurso de amparo núm. 861/1988 -relativo a un supuesto similar (...) la ruptura del criterio general de la antigüedad en la resolución de los concursos de traslado, que introduce el "turno de consorte", encuentra justificación razonable, objetiva y proporcionada en consideraciones, no sólo de protección de la familia, sino muy especialmente en razones de eficacia en la prestación de los servicios públicos que permiten al legislador reconocer al vínculo matrimonial entre funcionarios la relevancia suficiente para atribuirle un trato diferenciado en relación con los funcionarios solteros o casados con persona no funcionario, por ser estas situaciones distintas, cuya no equiparación a la de aquéllas, por la

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

razonabilidad de la diferenciación, no puede calificarse de vulneradora del derecho invocado por la demandante»⁴¹⁸.

En lo atinente a la doctrina laboral, el TSJ Cataluña⁴¹⁹ resolvió un supuesto de solicitud de traslado al amparo del artículo 40.3 ET, en el sentido de denegarlo, razonando que aquélla no ostentaba legitimidad. En el supuesto de hecho, una trabajadora con residencia en Barcelona, prestaba servicios en el centro de trabajo que la Empresa tenía en Mallorca y, con ocasión de la conversión de indefinido del contrato de su nueva cónyuge -quien prestaba servicios para otra empresa en Barcelona-, unido al hecho de que tiene concedida la custodia a su favor del hijo del anterior matrimonio, interesó el traslado al centro de Barcelona, siendo denegado por la empresa. Aunque no aborda directamente si otros títulos son válidos, la sentencia resulta interesante por cuanto descarta la aplicación extensiva de derecho, lo que bien podría ser tenido en cuenta en la respuesta a esta cuestión.

Con base en lo anterior, se infiere que el legislador ha pretendido conferir una especial protección al vínculo familiar consagrado artículo 39 CE y que, a la luz de los criterios de nuestros tribunales expuestos, no alcanza la entidad suficiente como para resultar discriminatorio. Por tanto, con la actual redacción del apartado tercero del artículo 40 ET, no resulta ilógico defender que para ostentar la legitimidad del derecho al traslado

⁴¹⁸ Sentencia del TC 192/1991, de 14 de octubre, Rec. amparo 545/89.

⁴¹⁹ STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2015, Rec. 5130/2015.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

regulado en aquél, será imprescindible, además de otros requisitos, acreditar la existencia de un vínculo conyugal. Ello, no obstante, no es óbice a que me muestre contrario a la configuración actual de este precepto. Así las cosas, si de lo que se trata es de preservar el vínculo y la unidad familiar, no parece que la forma más adecuada de proceder sea limitando los supuestos. En consecuencia, y así se consignará en las conclusiones de esta tesis, entiendo que el apartado tercero del artículo 40 ET requiere de una adaptación al momento actual, en el sentido de extender ese derecho a otras formas acreditadas de convivencia distintas al matrimonio pero que, en puridad, tengan la misma razón de ser.

7.2.2. Hecho habilitante: traslado del cónyuge.

Con sujeción a lo anterior -y sin que ello deba ensombrecer el punto de vista que he expuesto-, en lo sucesivo emplearé el término «cónyuge» para referirme tanto a la persona previamente trasladada como a quién interesa la aplicación del artículo 40.3 ET.

Pues bien, de lo que se trata ahora es de dilucidar si todo cambio locativo previo experimentado por el cónyuge del solicitante, le habilita a éste para estar dentro del artículo 40.3 ET o, por el contrario, ello ocurrirá únicamente en supuestos de traslados forzosos. Lo primero que se advierte es que el legislador ha empleado la locución *«por traslado de uno de los cónyuges»*, mientras que, en la antigua Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976, en cuyo artículo 22.3, se exigía la existencia de un

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

traslado forzoso previo⁴²⁰. Cabe preguntarse, pues, por qué el legislador ha suprimido el término «forzoso» en la regulación actual del traslado a instancia del cónyuge. Puede deberse a que pretendiera evitar que el término «forzoso» se asociara exclusivamente a los traslados por razones disciplinarias, pero tal planteamiento no parece muy consistente en la medida que, primero, los traslados por causas objetivas también son de naturaleza impositiva. Y, segundo, porque de ser así, bien podría haber sustituido el término «forzoso» por el de «a iniciativa del empresario». Otro planteamiento pasaría por defender que el legislador ha buscado ampliar los supuestos en los que operaría el apartado tercero del artículo 40 ET, más allá de los traslados impulsados por el empresario.

En este escenario, conviene citar al Tribunal Central de Trabajo⁴²¹, que vino en precisar que, con ocasión de la supresión del término «forzoso» en relación a la Ley de Relaciones Laborales, se llegaba a la conclusión de que el legislador no quería hacer distinciones en orden a la causa del cambio de lugar, siendo de aplicación tanto en supuestos de traslados a instancias del empresario como en los que se hayan acordado de mutuo acuerdo. Y este parece el planteamiento más lógico, tanto por la secuencia referida en relación a la redacción de este precepto como por el espíritu teleológico del mismo, que no es otro que la protección de la unidad familiar. Ahora bien, en este contexto, conviene citar el criterio

⁴²⁰ Artículo 22.3: *«cuando por razón de un traslado forzoso en su trabajo uno de los cónyuges cambie de residencia, el otro, si también fuere trabajador, tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo igual o similar al que viniere desempeñando, si su empresa tuviere centro de trabajo en la localidad del nuevo domicilio conyugal».*

⁴²¹ Sentencia de fecha 4 de junio de 1984, A/5002.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

seguido por el TSJ Cataluña⁴²², que vino en desestimar la demanda interpuesta por la actora al ver denegado el traslado interesado al amparo del artículo 40.3 ET⁴²³. En la sentencia de instancia se precisaba que dicho precepto solo es de aplicación a los supuestos en los que el traslado de los trabajadores se produzca de manera forzosa y en el marco de una decisión sobre movilidad geográfica adoptada por la empresa al amparo de lo previsto en dicho precepto legal, no siendo extensible esta regla a las situaciones ordinarias de cambio voluntario de centro de trabajo a petición

⁴²² STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2006, Rec. 10038/2004

⁴²³ *Ibidem*: «Como este precepto establece " Si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuere trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo". Se concede de esta forma un derecho preferente a favor del cónyuge del trabajador que se ve obligado a cambiar de centro de trabajo con cambio de residencia, que queda limitado exclusivamente al supuesto de "traslado" en los términos que en el párrafo primero de ese mismo artículo se describe, esto es, el decidido por la empresa cuando existen razones técnicas, organizativas o productivas que lo hacen necesario. Es justamente esta necesidad del traslado, el hecho de que pueda decidirlo unilateralmente el empresario contra la voluntad del trabajador trasladado, lo que justifica que se conceda tal preferencia al cónyuge para disminuir de alguna forma las consecuencias tan gravosas que este tipo de cambio de centro de trabajo supone para el trabajador afectado. Justificación que por supuesto no existe cuando es el propio trabajador el que voluntariamente solicita el cambio de centro de trabajo, de manera unilateral y absolutamente al margen de una decisión del empresario adoptada en el marco del art. 40 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, situación a la que no resulta aplicable tal previsión cuando existe una norma convencional que regula de manera expresa tal situación. Si el art. 223 del convenio colectivo de empresa ya contiene una regulación específica de lo que el propio precepto denomina "Movilidad geográfica voluntaria, en contraposición a la llamada "Movilidad geográfica obligatoria" a que se refieren los arts. 236 y siguientes del convenio, atribuyéndole la misma definición y naturaleza jurídica que el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, es evidente que ha de estarse a tal regulación específica, que no puede excluirse con la aplicación de un precepto legal previsto para una situación jurídica radicalmente diferente a la contemplada en el convenio colectivo. Y en las situaciones de movilidad geográfica voluntaria el convenio no solo atribuye preferencia a la antigüedad del trabajador, sino que incluso regula también de forma expresa la situación derivada de la movilidad geográfica obligatoria del cónyuge, para hacerla decaer a favor de la mayor antigüedad».

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

unilateral del propio trabajador interesado. Ahora bien, en ese supuesto concreto, existía una regulación convencional específica que no confería a los traslados de mutuo acuerdo dicha posibilidad, basando la Sala su razonamiento en tal particular. Tanto es así, que tras exponer los motivos que le llevaron a su decisión, el Tribunal matizó que *«podría hipotéticamente considerarse la posibilidad de la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 40.3º del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, en aquellos supuestos en los que no exista norma convencional que regule las situaciones de movilidad geográfica voluntaria que no tienen encaje en las previsiones del dicho precepto legal, pero en el caso de autos resulta que el convenio colectivo de la empresa contempla de manera expresa esta situación, por lo que ni tan siquiera por analogía podría aplicarse lo dispuesto en aquella norma legal, más aún cuando el propio convenio incluso ha preterido intencionadamente, en la movilidad voluntaria, los derechos de consorte respecto a la mayor antigüedad»*.

Siguiendo al TSJ de Cataluña, si el convenio descartara esa posibilidad, ya fuera expresa o tácitamente, el derecho regulado en el artículo 40.3 ET quedaría limitado a los casos de traslado previo a instancias del empresario. Esto no es incompatible con la conclusión a la que he llegado previamente, si bien, considero que la persona trabajadora, no vería agotada sus posibilidades de defensa: así las cosas, podría combatir la regulación convencional aduciendo que resulta menos favorable que el texto normativo.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Otras cuestión que debe analizarse es si un desplazamiento también conferiría al trabajador este derecho. SALA FRANCO⁴²⁴, se ha mostrado favorable a esta posibilidad, invocando el espíritu de la ley en materia de reagrupación familiar. Este planteamiento parece chocar con dos obstáculos: el primero, que la ley alude expresamente a traslados, regulando tal posibilidad con carácter previo al apartado destinado a los desplazamientos; y en segundo término, porque, como se ha estudiado, el desplazamiento es una medida temporal, que como máximo podría extenderse en el tiempo 12 meses, por lo que, quizás, el legislador no considere menester conferir a la reagrupación familiar esa preeminencia observada en los supuestos de traslado del cónyuge. En esta línea se ha pronunciado AGÍS DASILVA⁴²⁵.

En mi opinión, se ha de estar a las situaciones concretas de cada caso, de forma que se valoren en su conjunto las circunstancias de la unidad familiar y los eventuales perjuicios que la medida adoptada respecto del otro cónyuge pueden redundar en aquélla. En este sentido, aunque a tenor de la redacción del artículo 40.3 ET, no tendrían cabida los desplazamientos, en determinadas circunstancias, considero que tal derecho podría hacerse extensivo a estos supuestos, ya fuere directamente, a través de un desplazamiento del cónyuge, o indirectamente pero con acomodo en dicho derecho, buscando soluciones alternativas, como podría

⁴²⁴ SALA FRANCO, T.: «Movilidad geográfica», en *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1988. Pág. 132.

⁴²⁵ AGÍS DASILVA, M.: *El lugar... Op. cit* (1999), págs. 116 y 117.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

ser el trabajo desde el domicilio que permitiera a la persona trabajadora desplazarse, a su voluntad, a la ciudad de destino de su cónyuge.

7.2.3. Derecho automático vs derecho supeditado a la aceptación Empresarial.

Siguiendo el sentido literal de la redacción del artículo 40.3 ET, podría inferirse que, una vez producido el traslado de uno de los cónyuges, el otro trabajador, en caso de existir vacante en la misma localidad de destino, podrá acceder a ese puesto de trabajo de forma automática. En esta línea se posiciona CRUZ VILLALÓN⁴²⁶. Sin embargo, esto merece ser modulado, en la medida que el término «automático» resulta demasiado aventurado y de dudoso rigor legalista en estos términos.

Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en el que dos trabajadores se hallen en idéntica situación y sólo exista una vacante. O cuando en el centro de trabajo de destino, aun existiendo puestos de trabajo aparentemente disponibles, se están realizando amortizaciones por causas objetivas que desaconsejan el incremento de la plantilla. Además, con todo, esta automaticidad decaería desde el momento en que el empleador puede oponerse al traslado, teniendo que someterse la eventual controversia al control judicial. En síntesis, y como ya adelanté

⁴²⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: «La movilidad geográfica... op. Cit (1980), pág. 119.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

anteriormente, no parece acertado defender que dicho derecho genere efectos de forma automática.

7.2.4. Plazo de Ejercicio

A tenor de la ley, no parece que esté sujeto a un plazo concreto, pues es posible que en el momento de ordenarse el traslado, no exista vacante en ningún centro de trabajo de la empresa sito en la localidad de destino del consorte trasladado, pudiendo originarse aquélla con posterioridad. No obstante, tampoco es desdeñable la postura mantenida por RENTERO JOVER, quien considera que el derecho debería ejercitarse en el plazo de un año desde que el cónyuge tuviera conocimiento de la existencia de una vacante en el centro de destino⁴²⁷.

7.2.5. Pertenencia a la misma Empresa. Supuestos de Grupos de Empresa

Se trata de una precisión introducida por el legislador para disipar cualquier duda interpretativa respecto de la regulación de la LRL, que disponía «*si su empresa tuviere centro de trabajo en la localidad del nuevo domicilio conyugal*». Con la actual redacción, queda claro que el

⁴²⁷ RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial... op.cit* (1995), pág. 66

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

legislador se está refiriendo exclusivamente a supuestos en los que ambos consortes presten servicios en la misma empresa⁴²⁸.

Otra cuestión que debe abordarse es si el contenido del referido precepto, puede hacerse extensible a los supuestos de grupos de empresa. En opinión de ARGÜELLES BLANCO⁴²⁹, el término «*empresa*» podría extrapolarse a grupo de empresas⁴³⁰, si bien parece más prudente considerar tal opción en caso de que así se acuerde en la negociación colectiva, pues el tenor literal del artículo 40.3 ET no parece ir encaminado en esta dirección. En opinión de CRUZ VILLALÓN, sería necesario el acuerdo del trabajador, canalizándose el «traslado» por la vía de la novación extintiva (pasa de una empresa a otra, con un diferente empleador)⁴³¹.

Supuesto distinto sería aquél en el que existiera un grupo de empresas con responsabilidad laboral solidaria o fraudulento, y así se declarara judicialmente. Me refiero a casos en los que entre varias empresas exista una unidad de dirección, órdenes indistintas a todos los

⁴²⁸ En este sentido, cabe invocar la STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2013, Rec. 5675/2012, que desestimó la demanda de la actora argumentando no resultaba aplicable el artículo 40.3 de la Ley Sustantiva (derecho de cónyuge) «*pues la actora trabajaba para otra empresa diferente a la de su marido; como tampoco los párrafos bis y ter de este mismo precepto pues ni tenía la condición de víctima de violencia de género ni concurría en la misma una situación de discapacidad de las que predicar su derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo en otra localidad*».

⁴²⁹ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 154.

⁴³⁰ Me remito al concepto y lo desarrollado al respecto en la Parte I de la tesis.

⁴³¹ CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los trabajadores... op. cit* (2003), pág. 485

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

empleados, mandos intermedios, caja común, etc..., o cuando una empresa haga de pantalla o mero testaferro, y tras el levantamiento del velo se detecte tal circunstancias. En tal caso, y dentro de ese carácter fraudulento, considero que sí podría pasar a otra sociedad, pues el verdadero empleador sería el grupo.

7.2.6. Existencia de vacante. Puesto de trabajo.

Otro presupuesto necesario es que haya exista un puesto de trabajo⁴³² vacante en el centro de trabajo. Se suscita la duda sobre si dicho puesto tendrá que reunir las mismas características que el que ocupa el consorte que solicita el traslado y si el centro de trabajo podrá ser distinto al que se ha destinado al cónyuge. SALA FRANCO⁴³³ ha precisado que el traslado a instancia del cónyuge, podría producirse en cualquier centro de trabajo que tuviere la empresa en la misma localidad y sobre otro puesto de trabajo vacante que no fuera esencialmente idéntico al del operario que insta la movilidad geográfica. Efectivamente, el legislador, concienzudamente ha rehusado emplear términos análogos a «mismo puesto de trabajo» o «mismo centro de trabajo», en aras de no generar un anquilosamiento excesivo del artículo 40.3 ET que cabalgara en contra de la reagrupación familiar. Así pues, con la redacción empleada, se confiere un margen más amplio para llevar a cabo la citada reagrupación. Del

⁴³² En los términos expuestos en la Parte I de la tesis.

⁴³³ SALA FRANCO, T.: «Movilidad geográfica», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 58, pág. 111.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

mismo modo, el legislador ha suprimido, en relación a la redacción ofrecida por la LRL, los términos «igual» y «similar» empleados en aquélla al referirse al puesto de trabajo a ocupar en el centro de trabajo de destino, por lo que no parece que hubiera problema en que la persona trabajadora, de acuerdo con el empresario, pactaran con puesto de trabajo de destino uno perteneciente a un grupo profesional distinto, incluso inferior.

Por tanto, cabe compartir plenamente el criterio que aboga por no restringir el puesto de trabajo de destino a uno que sea esencialmente idéntico al de origen, como tampoco que el centro de trabajo tenga que ser el mismo al que se trasladó al consorte, bien entendido que sí tendrá que estar sito en la misma localidad que aquél o muy próxima a ella.

7.2.7. Gastos

Otra cuestión candente es la relativa a los gastos que se producirían merced al traslado solicitado por el cónyuge. A primera vista, parece que éstos no deberán ser asumidos por la empresa, en tanto en cuanto al ser solicitado por el trabajador, se equiparan a los traslados por mutuo disenso. Sin embargo, -y en contra de esta postura, mantenida, entre otros, por RODRÍGUEZ SANTOS⁴³⁴,- parte de la doctrina científica considera

⁴³⁴ RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1985, pág. 536.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

que este tipo de traslados no estaría fuera del régimen común⁴³⁵. Este último planteamiento parece más acertado, pues así parece desprenderse de la ley, cuando en el apartado primero del artículo 40 ET se dispone expresamente que la compensación por gastos por traslado incluye, además de los propios del trabajador trasladado, los de sus familiares a su cargo.

Es perfectamente plausible inferir, a la vista de lo que precede, que los gastos suscitados por un posterior traslado del cónyuge, sí tendrían que ser asumidos por la empresa, al encontrar cobijo dentro del abanico de supuestos contemplados en el citado artículo 40 ET. En este contexto, la piedra de toque giraría en torno a la expresión «familiares a su cargo».

Una corriente de pensamiento podría rechazar que los gastos suscitados por el traslado solicitado por el cónyuge, no se incardinarian dentro de este elenco de gastos cubiertos por la empresa, en tanto en cuanto dicho cónyuge no estaría «a cargo» *stricto sensu* respecto del primer cónyuge trasladado. Sin embargo, este planteamiento resultaría vacuo, incompleto, pues según el mismo, el legislador únicamente estaría pensado en aquellos familiares (cónyuges) que no tuvieran trabajo al tiempo del traslado del otro consorte. Pero es que, este argumento decaería por su propio peso, desde el momento en que, una vez traslado un cónyuge, el otro renunciara a su trabajo en aras de trasladarse a la

⁴³⁵ RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial... op. cit* (1995), pág.67 y AGÍS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo... Op. cit* (1999), pág. 118

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

localidad de destino del cónyuge trasladado. Lo que el legislador parece perseguir con la expresión «a su cargo» es a la unidad familiar residente en un mismo espacio físico.

Por ende, resulta acertado decantarse por la línea doctrinal tendente a considerar que los gastos del traslado solicitado por el cónyuge del empleado previamente trasladado por la empresa, sí deberían ser cubiertos por ésta. Empero como se ha venido matizando anteriormente, lo correcto es atender al caso concreto, no asentar un principio general de obligado cumplimiento, pues de lo contrario, muy probablemente se estaría dando pie a que, en determinados contextos, se aplicara una solución que en nada favorece los intereses legítimos del trabajador, pudiendo causarle un perjuicio inmerecido, particular que incluso podría ser extensible al empresario.

7.2.8. Regulación convencional y procedimiento de impugnación.

Como se ha ido exponiendo, es posible que convencionalmente se establezcan una serie de especificaciones en relación al derecho consagrado en el artículo 40.3 ET. Un supuesto habitual es el relación a la provisión de vacantes. Ahora bien, deberá respetar, en todo caso, el artículo 3.1 ET, que prohíbe, en el ámbito de la jerarquía de fuentes, que las de menor rango limiten a las de mayor, lo que parece ocurrir con esos procedimientos concretos de provisión de vacantes, mediante los que se pretende dotar de mayores garantías al proceso, y no restringiendo el

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

contenido del artículo 40.3 ET. Y es que, este precepto establece como uno de los requisitos para acceder al traslado, la existencia de vacante, pero ello no es óbice con que en un sector determinado, preexista un sistema de provisión específico de vacantes, que aun existiendo esa vacante que habilitara el traslado, compeliere a cumplir con tal procedimiento. En todo caso, el empleador podría oponerse a la solicitud efectuada por el cónyuge no trasladado, debiendo ventilarse en la Jurisdicción Social la estimación o desestimación de la pretensión de aquél. Este procedimiento no seguirá los trámites previstos en el artículo 138 LRJS para la impugnación del traslado, sino que se despachará por el procedimiento ordinario.

Con lo anterior, queda abordado el apartado relativo a la movilidad geográfica por reagrupación familiar, debiendo reiterar que la regulación actual requiere de una adaptación al escenario político y social, así como una mayor concreción que disipe, en la medida de lo posible, las dudas interpretativas expuestas.

7.3. Violencia de género

En estos supuestos, el legislador ha conferido a las trabajadoras que acrediten ser víctimas de violencia de género, un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo en la empresa. De lo que precede, se colige que no existe automaticidad entre aquélla y su ejercicio, pues como se ha referido, es menester su acreditación previa. Para ello, lo habitual es que la

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

trabajadora presente en la empresa una orden de protección expedida por un órgano judicial, o en defecto de ésta, un informe del Ministerio Fiscal donde recalque los indicios de violencia. Esta matización es muy relevante a la vista del alto nivel de oscuridad que encierra el precepto legal cuando refiere «*que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo*», pues no debe entenderse en el sentido estricto de abandono, sino de desvinculación, pudiendo provocar el primero el despido disciplinario de la trabajadora o su baja voluntaria. Sin perjuicio de lo que antecede, la trabajadora podrá solicitar la suspensión del contrato de trabajo, de conformidad con lo establecido en los artículos 45.1-n ET y 180.4 LRJS.

A diferencia del supuesto estudiado anteriormente, en este caso lo que se otorga a la trabajadora es un derecho preferencial, aparentemente menos absoluto, y a su vez limitado a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional. Esta mayor restricción, o al menos, acotamiento respecto de la regulación del traslado por reagrupación familiar, puede parecer contrario con la protección y urgencia que requieren las situaciones de violencia de género. La explicación es sencilla, bastando remitirse al artículo 21.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que confiere a la trabajadora un elenco de derechos que trascienden a la movilidad geográfica, la cual se presenta como una opción más. Así pues, pueden recurrir, además de a ésta, a una reducción de jornada o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo, viniendo todo ello reafirmado por el artículo 44 del Real Decreto

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. No por menos debe olvidarse que, además, el legislador ha permitido que ese eventual traslado se pueda producir en cualquier centro de trabajo que tenga la empresa, multiplicando así las posibilidades de que la persona trabajadora víctima de violencia de género encuentre otro puesto de trabajo cuando la empresa tenga numerosos centros de trabajo. Para ello, la empresa debe comunicar las vacantes existentes en ese momento o las que se puedan producir en el futuro. A estos efectos, se ha de citar el artículo 10 del Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género. En el dicho precepto, se disponen diversos incentivos para facilitar la movilidad geográfica de las mujeres, y que engloban gastos de desplazamiento; gastos de transporte de mobiliario y enseres; gastos de alojamiento; y gastos de guardería y de atención a personas dependientes.

En lo que atañe a la duración, el ET establece una duración inicial de 6 meses, durante los cuales la persona víctima de violencia de género gozará de una reserva de su puesto de trabajo, hasta que finalice el referido período, momento en el que tendrá que optar entre reincorporarse a su puesto de trabajo inicial, o bien quedarse en el de destino, decayendo así la citada reserva. Se trata, pues, de un espacio temporal considerable, durante el cual la trabajadora víctima de violencia de género podrá valorar si ha encontrado acomodo en el nuevo destino o, en cambio, prefiere regresar al centro de trabajo de origen.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Cuestión que suscita especial incertidumbre es si el legislador ha omitido voluntariamente, en la regulación de esta modalidad de traslado, la necesidad del cambio de residencia. Así lo han entendido MARTÍN VALVERDE, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA⁴³⁶, quiénes consideran que en estos supuestos no es necesario el cambio de residencia, sí el de localidad. Ciertamente, carecería de sentido que ante una situación de violencia de género que requiriera de la adopción de medidas urgentes, y existiendo un puesto de trabajo en otro centro de trabajo, la víctima no pudiese acceder a él, en la medida que no concurriera la necesidad objetiva de cambio de residencia. Más cuando la previsión de la exigencia del cambio de domicilio habitual se configura como una prerrogativa en favor del trabajador, y como restricción del *ius variandi* empresarial, por lo que sería incongruente y contrario a derecho que en estos supuestos de violencia de género, operara como cortapisa. Y es que, yendo un poco más lejos, en la medida que la víctima persigue alejarse de su agresor, tal cambio de residencia podría haberse materializado incluso antes de solicitar el traslado, o resultar del interés directo y subjetivo del trabajador agredido, por lo que todavía decaería aún más si cabe la meritada exigencia objetiva.

Hay que referir que la jurisprudencia sobre la movilidad geográfica a instancia de empleadas víctimas de violencia de género es más bien escasa, en la medida que, acreditada la situación habilitante, el empresario

⁴³⁶ MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2013. Pág. 755.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

suele acceder a la solicitud de traslado formulada por las mismas, toda vez que el derecho a la integridad física debe prevalecer frente al de aquél en relación a organizar su empresa. Esto obedece a la especial protección que dimana del derecho fundamental a la integridad física regulado en el artículo 15 de la CE.

En cualquier caso, una eventual divergencia que desembocara en un litigio judicial, podría versar sobre si la trabajadora está haciendo un uso abusivo o legítimo de su derecho, bien entendido que, acreditada la existencia de una situación de violencia de género, procederá la movilidad geográfica, en caso de ser posible; o también sobre una concurrencia simultánea de peticiones de movilidad geográfica por violencia de género. En este último supuesto, y a excepción de reglas específicas en la normativa convencional y/o acuerdos interpartes, serviría de aplicación el principio *prior in tempore potior in iure*.

El cauce procedimental será el regulado en el artículo 139 LRJS, que prevé incluso la posibilidad de acumular una reclamación por daños y perjuicios. De conformidad con el artículo 64 LRJS, no será preceptivo el intento de conciliación previo, debiendo interponerse directamente demanda ante el Js.Soc, en el plazo de caducidad de 20 días desde la eventual negativa empresarial.

La ley le confiere un carácter urgente, debiendo citarse el acto de juicio en el plazo máximo de 5 días, y con emisión de una resolución

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

dentro de los 3 siguientes a su celebración, si bien en la práctica es habitual que todo esto se dilate en el tiempo. Contra la resolución no cabe recurso, a excepción de aquellos supuestos en los que se haya acumulado la pretensión de resarcimiento de perjuicios -siempre que por su cuantía quepa recurso de suplicación-, y en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

Por último, y de acuerdo con el citado artículo 40.3 ET, esta regulación también resultará de aplicación a las víctimas de terrorismo. Este colectivo, de conformidad con los artículos 5 y 33 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, serán:

I. Personas que acrediten, en los términos del artículo 3 bis de la Ley, sufrir situaciones de amenazas o coacciones directas y reiteradas, procedentes de organizaciones terroristas.

II. Previo reconocimiento del Ministerio del Interior o de sentencia judicial firme, quiénes hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista, su cónyuge o persona que haya convivido con análoga relación de afectividad durante al menos dos años anteriores y los hijos, tanto de los heridos como de los fallecidos.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

7.4. Trabajadores con discapacidad

Dispone el apartado 5, del artículo 40 ET, que para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas del terrorismo.

Con la Ley 3/2012, de 6 julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se pretende conferir una mayor protección al derecho a la salud en el empleo. El legislador, para poder hacer uso de este derecho específico, exige la concurrencia de dos presupuestos:

I. El primero, que el trabajador que solicite la movilidad geográfica tenga reconocida una discapacidad. No se ha concretado el grado de discapacidad exigido, pareciendo suficiente que la misma esté reconocida al trabajador y que, requiera de una rehabilitación. Del mismo modo, se refiere tanto a discapacidades físicas como psíquicas, en atención a las clases de rehabilitaciones expresamente citadas en el propio artículo 40.4 ET.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

II. El segundo, que acredite que el tratamiento -vinculado a esa discapacidad- tiene que recibirlo en una localidad distinta a la suya.

Lógicamente, el traslado tendrá que solicitarse a un centro de trabajo sito en una localidad que permita una mayor accesibilidad al centro sanitario donde se vaya a practicar la rehabilitación, tal y como el legislador ha referido en el propio precepto legal. Y es que, resultaría contrario a derecho que el trabajador, invocando la necesidad de recibir una rehabilitación, instara el traslado a un centro de trabajo que no guardara estricta relación con aquélla. En cualquier caso, se reconoce a estos trabajadores un derecho preferente para que ocupen un puesto de trabajo de la misma categoría en un centro de trabajo que resulte más accesible al lugar donde se vaya a recibir el tratamiento médico. El legislador remite, en lo que se refiere a los términos y condiciones, a lo dispuesto en el apartado anterior, destinado a la movilidad por víctimas de violencia de género y que, para no incurrir en reiteraciones innecesarias, damos ahora por reproducido.

A efectos de la determinación del término «discapacidad» y de su conjugación con la incapacidad temporal, conviene traer a colación una resolución judicial del TJUE que ciertamente agitó el sector de los despidos durante la baja médica del trabajador, y lo hizo, al menos, hasta que fue revocada por el TSJ Cataluña⁴³⁷, Me refiero al supuesto de hecho que derivó en la Sentencia nº 472/2016 de 23 de Diciembre de 2016,

⁴³⁷ STSJ de Cataluña de fecha 12 junio de 2017, Rec. 2310/2017.

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

emitida por el Js.Soc nº 33 de Barcelona. Lo relevante de este procedimiento es que se declaró la nulidad de un despido de un trabajador en situación de IT, al tiempo que tal decisión vino motivada tras la resolución evacuada a las cuestiones prejudiciales dirigidas por ese juzgado al TJUE, resueltas mediante Sentencia de fecha 1-12-16, dictada en el asunto C-395/15. Conviene recordar que, hasta ese momento, el Tribunal Supremo había mantenido sistemáticamente que «la enfermedad», desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 CE .

Retomando el *iter*, en el supuesto de hecho, el actor sufrió un accidente de trabajo, en fecha 3-10-14, siendo intervenido quirúrgicamente el 1-4-15 y recibiendo el alta médica por la Mutua el 20-7-15, si bien, continuó siendo tratado en los meses posteriores por el Servicio de Traumatología del Hospital de Mataró por laxitud lateral interna, dolor y pérdida de fuerza en la extremidad superior izquierda, con prescripción de fortalecimiento de la musculatura y descartando nueva intervención. En fecha 14-9-16, formuló solicitud de invalidez permanente ante el INSS, que no fue resuelta antes del a celebración del acto de juicio. En el ínterin de ese proceso de IT, la demandada procedió al despido del actor, en concreto, 26-11-14, en base a no haber alcanzado *«las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de*

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

trabajo». Contra esta decisión, el actor presentó demanda por despido nulo, y subsidiariamente improcedente, basando la primera causa de pedir en que el despido era la respuesta de la empresa, a modo de represalia, a no haber solicitado el alta voluntaria de la Mutua y reincorporarse en su puesto de trabajo el día 17-11-14. En consecuencia, consideraba vulnerado el derecho fundamental a la integridad física consagrado en el art. 15 de la Constitución Española y en el art. 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.

En el acto de juicio, añadió un segundo motivo de nulidad del despido, basado en que el mismo traía causa en la situación incapacidad derivada del accidente de trabajo sufrido y, por consiguiente, debía ser considerado discriminatorio, citando expresamente la STJUE 11.4.13 (Nuria), la Directiva 2000/78, así como el art. 6,1 del Convenio 158 OIT. En el momento de abordar este segundo fundamento -el posible carácter discriminatorio del despido, a la vista de los hechos declarados probados-, el Magistrado «*a quo*» consideró pertinente dirigir varias cuestiones prejudiciales al TJUE.

Respecto de las cuatro primeras se declaró incompetente, por lo que no tiene ocasión citarlas ahora, atendiendo la quinta, relativa a si el estado del actor, despedido mientras se hallaba en situación de IT, está comprendido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de dicha Directiva⁴³⁸.

⁴³⁸ «La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

Invocando la normativa y jurisprudencia en la que sustentará su valoración y partiendo de la máxima de que el estado de incapacidad del actor, en principio, era reversible, asevera que se debe analizar si esa limitación de la capacidad del actor, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es «duradera» en el sentido de la jurisprudencia invocada. En este sentido, mantiene que a falta de tal remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el concepto de limitación «duradera» de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de «discapacidad» al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. Por tanto -continúa razonando- el hecho de que se aplique al actor el régimen jurídico de la IT, con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera», en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de

ocupación, debe interpretarse en el sentido de que: - El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera", con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

- Al comprobar ese carácter "duradero", el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.».

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

la Convención de la ONU, precisando que ese carácter duradero se ha de analizar al momento del despido. Concluye matizando que es el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona el que ha de comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», pues se trata de un juicio de valor eminentemente fáctico.

El juez nacional, por ende, tuvo que hacer frente, en primer lugar, a si la limitación que sufría el actor ostentaba la condición de «duradera» y, en consecuencia, de «discapacidad» a efectos de la tutela de la Directiva 2000/78. En tal labor, partió del razonamiento de que los indicios que permiten apreciar la nota de «duradero» estriban en que la IT del actor no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona, comprobando, a tal fin, toda la documentación e información pertinente. Tras valorar la prueba, consideró de que sí era duradera, y que, además, la empresa ya sabía que la reincorporación no sería «a corto plazo». Partiendo de ello, así como del contenido extraordinariamente genérico de la carta de despido, llegó a la convicción que la causa real del despido fue la «percepción empresarial, 53 días después del accidente y después de la comunicación del demandante, que tal IT se tornaba en «duradera», sin *«una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo»*. Con base en lo anterior, declaró el despido impugnado discriminatorio por causa de discapacidad». Pese a que esta resolución fue revocada por la citada sentencia del TSJ de Cataluña, en el sentido de mantener la declaración de improcedencia, pero no de nulidad, resulta

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

interesante, a los efectos de este apartado, traer a colación el razonamiento del juzgado de instancia. Por lo pronto, no parece que las bajas médicas comunes puedan ser motivo de declaración de nulidad de un despido -y, por analogía, de un traslado-, si bien es innegable que la meritada sentencia, amparada en el razonamiento efectuado por el TJUE, ha trazado una fisura en lo que, hasta el momento, era doctrina jurisprudencial consolidada, aunque no exenta de oposición. Cuestión distinta son las bajas médicas duraderas.

Conviene citar la reciente sentencia del TS⁴³⁹, que vino en reafirmar su doctrina sobre las bajas médicas ordinarias. En el supuesto de autos se valoraba un despido efectuado en las siguientes circunstancias: la actora había estado de baja por IT desde el 13-10-2014 hasta el 12-10-2015, con diagnóstico de trastorno depresivo grave recurrente. En fecha 31-7-2015, la demandada procedió a su despido disciplinario, basándolo en una presunta disminución de su rendimiento que ampara en el hecho de que entre el 1-5-2014 y el 31-7-2015, la actora solo prestó servicios 164 días de los 453 días transcurridos. El JS declaró la nulidad del despido en sentencia confirmada en suplicación, al considerar que el despido por enfermedad asimilada a discapacidad es discriminatorio y por lo tanto nulo, siendo desestimado en el TSJ el recurso de la empresa. En cambio, el TS descartó la nulidad del despido, en base a la interpretación del concepto de discapacidad a efectos de la Dir 2000/78, en el sentido de que no se debe (ni puede) equiparar automáticamente el concepto de

⁴³⁹ STS de 15 de marzo de 2018, Rec. 2766/2016

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

discapacidad y el de enfermedad. Así las cosas, expone que la limitación al trabajo podrá asociarse en el concepto de discapacidad siempre que concurra la probabilidad de que tal limitación sea de larga evolución.

El TS llega a esta conclusión en base a que la dicción de «*la enfermedad en cuanto tal*» considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, a lo que no obsta a que si una enfermedad comporta una discapacidad a largo plazo, sí esté incluida como discapacidad y, por tanto, protegida por la Directiva. En este sentido, invoca la sentencia del TJUE de 11-4-13, que razonó lo siguiente: «... *procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Dir 2000/78 . En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Dir 2000/78 . En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Dir 2000/78 prohíbe toda discriminación*». Por tanto, razona el Alto Tribunal que debe diferenciarse «*la enfermedad en cuanto tal*» y la «*discapacidad*», consistiendo ésta en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad. Partiendo de estas premisas, descende al caso concreto que le ocupa, entendiendo que la actora, al momento de su despido, no permitía identificarla con la noción de «discapacidad» distinta de «la enfermedad en cuanto tal», por lo que no procedía la incardinación de la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad.

Con acomodo en los criterios hermenéuticos expuestos, se está en condiciones de defender que la equiparación de una enfermedad a la discapacidad a efectos de que se pueda declarar la nulidad de un despido - y, por analogía, de un traslado-, requiere de:

I. La concurrencia de una enfermedad que suponga una limitación capaz de impedir la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y que, a su vez, sea de larga duración. Podrá ser considerada duradera, si tras el examen de toda la documentación pertinente, la incapacidad sufrida al momento de la medida empresarial (potencialmente discriminatoria), no presenta una perspectiva delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, o que dicha incapacidad puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona (TJUE 1-12-16, C-917/16). A estos efectos, ha quedado consolidada la diferencia entre enfermedad y discapacidad: la primera, responde a una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

la capacidad de trabajo del afectado. La segunda, es una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un estatus que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.

II. Que el despido o traslado, además de injustificado, quedé vinculado a la situación de enfermedad duradera del destinatario de aquella. O, dicho en otros términos, que ésta sea la causa real de aquéllos, sirviendo de ejemplo paradigmático el supuesto conocido por el TSJ Madrid, en su sentencia de fecha 8-3-17, en el que se declaró la nulidad de un despido efectuado tras un largo período de IT de la persona trabajadora quién, además, había solicitado el reconocimiento de un grado de discapacidad⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ STSJ de Madrid, de 8 de marzo de 2017, Rec. 1172/16, FD4: *«En el presente caso, a la vista de los hechos declarados probados, concurre la circunstancia de una limitación duradera de la capacidad funcional de la demandada por causa de enfermedad común no ya calificable sino calificada de discapacidad con el porcentaje del 48%. Lo que viene a hacer prácticamente no posible su reincorporación al puesto de trabajo como puede deducirse de sus numerosas altas y siguientes bajas por enfermedad que desde luego le impiden realizarlo en condiciones normales de eficacia, rendimiento y continuidad que exige el mercado de trabajo. Sobre la causa real del despido, el propio Ministerio Fiscal manifestó en el periodo de conclusiones del juicio oral " que no parece acreditado que fuera la enfermedad la causa determinante del despido pero admite que se desconocen las causas que lo han ocasionado. "Esta consideración del Ministerio Fiscal puede y debe ser acompañada de las siguientes circunstancias a valorar: 1º) Que a la actora no se le han imputado ninguna de las infracciones laborales previstas en el artículo 54, 1 y 2 del E.T. para ser despedida por incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones laborales. Por eso ha sido declarado improcedente su despido pues en otro caso hubiera sido procedente por justificado. 2º) Junto a este ausencia de incumplimiento de sus*

PARTE III: Otras formas de Movilidad Geográfica

obligaciones laborales concurren, por el contrario, las numerosas y reiteradas bajas médicas por enfermedad común por las que ha estado en situación de incapacidad temporal en las ocasiones y periodos que se detalla en los hechos probados cuarto y quinto de la sentencia de la instancia. 3º) Le ha sido reconocido un porcentaje de discapacidad del 48% con efectos desde el día 10.06.2015 cuando estaba de baja médica que tras haber agotado los 365 días en la que venía estando el día 02.06.2015, le fue prorrogada por Resolución del INSS hasta el 20.11.2015 que le fue dada el alta médica aunque no pudo hacer su trabajo una vez que se había reincorporado (hecho probado quinto). De estas circunstancias acabadas de mencionar se deduce que en este caso concreto concurre la limitación duradera calificada de discapacidad del 48 %; que no se ha producido el despido por incumplimiento de sus obligaciones laborales por la actora. Y que su despido le ha supuesto una barrera al impedir su recuperación y, con ello, la participación plena y efectiva de la demandante en el mundo del trabajo en igualdad de condiciones con los demás trabajadores por razón de discapacidad o de incapacidad temporal duradera por causa de enfermedad. Dicho de otro modo, por causa de su salud cuya recuperación y tratamiento es un derecho fundamental que no puede ser indirectamente no reconocido despidiéndola de su trabajo. Lo que viene a ser motivo de calificar como nulo ese despido con las consecuencias y efectos jurídicos establecidos en el artículo 55 del E.T»

PARTE IV. MODIFICACIÓN GEOGRÁFICA NO SUSTANCIAL

CAPÍTULO 8. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA NO SUSTANCIAL. REGULACIÓN NORMATIVA Y CONVENCIONAL

8.1. Introducción

En este apartado se va a proceder al estudio de los cambios locativos de centro y/o lugar de trabajo que pueden producirse durante la vida del contrato y que, a diferencia de lo que ocurre con los traslados y desplazamientos ex art. 40 ET, no conllevan la necesidad de cambio de domicilio por parte de la persona afectada por aquél.

A fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias, me remito a lo expuesto a lo largo de la Tesis en relación a la distinción de los supuestos en los que, un cambio de centro de trabajo, está sujeto a las cautelas del artículo 40 ET, de aquéllos que, por tratarse de una movilidad geográfica débil, no se rigen por lo dispuesto en dicho precepto. No resulta oportuno, pues, detenerse, de nuevo, en la calificación de este tipo de movilidad y en su segregación respecto de la movilidad geográfica fuerte, sino centrarse en cómo viene regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Únicamente, y para centrar debidamente la cuestión, he de precisar que esta modalidad de movilidad geográfica no posee de una regulación legal específica, sino que puede verse integrada dentro de las facultadas atribuidas al empresario ex

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

artículo 20 ET, y 5.1-c) de ese mismo cuerpo normativo. En efecto, este tipo de cambios locativos se efectúan en virtud del poder de dirección empresarial conferido por el legislador al empresario en el meritado precepto, comúnmente denominado «*ius variandi*»⁴⁴¹, y definido como «*el poder de modificación no sustancial del contrato, entendido como poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral*»⁴⁴². Salvo que por Convenio o pacto individual se disponga otra cosa, aquélla no vendrá acompañada de una obligación de compensar el eventual incremento del tiempo invertido en el desplazamiento al centro de trabajo, ni tampoco se considerará tiempo de trabajo⁴⁴³. Ahora bien, lo anterior no supone que esta materia esté exenta de límites ni tampoco de parámetros concretos pues, en caso contrario, resultaría altamente compleja su ejecución práctica. Piénsese que los desplazamientos por motivos de trabajo son un fenómeno habitual en la prestación de servicios, de ahí que su regulación sea frecuente, principalmente, en el ámbito convencional. Como también es posible que venga regulada en el contrato

⁴⁴¹ VELASCO PORTERO, MT y MIRANDA BOTO, JM.: «*Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*», Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2017, pág.149.

⁴⁴² GOERLICH PESET, J.M.: «*Modificaciones...*» *op. cit* (2018), pág. 423.

⁴⁴³ STS 12 de julio de 16, Rec. 222/2015. Esta sentencia es de especial relevancia, pues viene en abordar la MG no sustancial o *latu sensu*, bajo el siguiente tenor: «...tanto si se extiende dicha calificación de movilidad funcional (a los citados cambios de centro), como si califica a éstos, más propiamente, como casos de movilidad geográfica *lato sensu*, débil, o no sustancial por no llevar aparejado el cambio de residencia, es lo cierto que, en cualquier caso, quedan excluidos del art. 40 ET (EDL 1995/13475) y deben ser incardinados en la esfera del *ius variandi* del empresario» (en el mismo sentido, considerando tales supuestos como expresión del poder de dirección, también la STS 19/12/02 -rec. 3369/01 (EDJ 2002/61425) -). Poder empresarial, añadimos ahora, que hemos de entender -con autorizada doctrina- como «*ius variandi*» común, en tanto que facultad de especificación de la prestación laboral y de introducir en ella modificaciones accidentales, frente al especial que supone acordar las modificaciones sustanciales a que se refiere el art. 41 ET (EDL 1995/13475) »

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

de trabajo del empleado, en virtud del principio de autonomía de las partes ex artículo 3.1-c ET.

Consecuencia inmediata de lo anterior, esta parte del estudio vendrá integrada, principalmente, por la regulación convencional, cuyo contenido exige ser transcrito en sus aspectos esenciales. Por ende, lo trascendente de este apartado y que servirá de norte al estudio, será cumplir con una labor de investigación que permita identificar la movilidad geográfica no sustancial en los Convenios Colectivos. A tal fin, procederé a su clasificación por ramas de actividad y, dentro de cada una de ellas, realizaré una dicotomía entre los convenios sectoriales y los de empresa. asimismo, se aprovechará este análisis para reflejar aspectos relativos a los pactos sobre dietas y compensaciones por gastos, así como el tratamiento de la movilidad geográfica sustancial en materia convencional. En efecto, en determinados sectores, el estudio del tratamiento conferido a ésta última, permitirá extraer conclusiones sobre la configuración de la movilidad geográfica no sustancial en aquéllos.

Posteriormente, se efectuarán conclusiones sobre esta materia, con base en lo anterior y complementada por la doctrina científica, judicial y jurisprudencial.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

8.2 Regulación Convencional

Comoquiera que el estudio de esta materia, si se atiende a la multiplicidad de sectores de actividad existentes, acabaría ocupando un espacio analítico de extensión indeterminada, he optado por decantarme por aquéllos ámbitos profesionales que he considerado más relevantes.

8.2.1 Sector de la Construcción

Es este ámbito profesional, conviene citar, en primer término, el Convenio Colectivo de Construcción Estatal⁴⁴⁴. En su artículo 79, se asocia a los centros de trabajo de las empresas de este sector la condición de móviles o itinerantes y, en consonancia con ello, se permite la realización de desplazamientos por el tiempo necesario. Como ya se razonó en la Parte I de esta tesis, a lo que me remito en toda su extensión, esta redacción, más que contener una (aventurada) aplicación sistemática de la excepción del artículo 40.1 ET, es una exteriorización del interés de las partes negociadoras -a buen seguro, de la patronal principalmente-, en flexibilizar de este sector de actividad, en lo que al cambio de lugar de trabajo se refiere. Así las cosas, se precisaba que tras el cartel de libertad en la movilidad geográfica de personas trabajadoras, se hallaba una regulación sujeta al artículo 40 ET. Dicho esto, debe precisarse que el

⁴⁴⁴ Convenio Colectivo General de Construcción de fecha 25-7-2017, código: 99005585011900.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

citado precepto regula la movilidad geográfica no sustancial o débil, de forma conjunta -y algo difusa- con la sustancial o fuerte. Es más, en mi opinión, dentro de la no sustancial, regula dos manifestaciones de la misma, en función de su intensidad:

I. Movilidad geográfica débil de menor entidad (a contrario sensu de la dicción literal del artículo 79): desplazamientos a un centro de trabajo dentro del mismo municipio que el de origen o a otro ubicado en distinto municipio pero a una distancia inferior a 15 km entre aquéllos y la residencia del trabajador. En estos supuestos, no se devenga derecho a compensación económica alguna, y la duda estaría en si ha de seguirse el procedimiento establecido en el convenio (fundamentación de causas y preaviso). Lo cierto es que el texto convencional no lo aclara directamente, si bien, es loable defender que, atendiendo a su dicción literal, tal obligación es genérica y aplicable a todo tipo de desplazamientos, pues el convenio no la asocia a unos en concreto. Ahora bien, no menos cierto es que este tipo de desplazamientos -que, en esencia, serían otra manifestación *sui generis* de movilidad geográfica débil-, no deberían requerir, a tenor de lo estudiado anteriormente, la fundamentación de causas técnicas, organizativas, económicas y de producción, pues se incardinan dentro del poder de dirección empresarial.

En este escenario concreto, ambos planteamientos serían aceptables. Y esta situación contradictoria, en mi opinión es consecuencia inmediata de la imprecisa configuración de dicho precepto, pues tratando

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

de conferirle una redacción que flexibilice las reglas del artículo 40 ET, se ha acabado por sujetar, al menos en términos semánticos, a todo desplazamiento que pretenda ejecutarse a la existencia de razones objetivas que lo sustenten, lo que, de entenderse efectivamente extendido a la movilidad no sustancial, acabaría por producir un efecto inverso al pretendido por las partes negociadoras.

II. Movilidad geográfica débil ordinaria: como adelantaba, se entremezcla con la «movilidad geográfica fuerte». Así las cosas, en el apartado segundo del precepto estudiado, se distinguen dos supuestos: los desplazamientos de duración inferior a un año y aquellos que rebasen ese plazo, exigiendo, además, cambio de residencia⁴⁴⁵. A su vez, dentro del primer grupo, se separan los desplazamientos que, siendo de duración inferior al año, permiten a la persona pernoctar en su domicilio habitual y aquéllos que no.

⁴⁴⁵ Artículo 79.2. «Cuando el desplazamiento se produzca a un centro de trabajo situado en distinto término municipal y que, además, diste 15 kilómetros o más del centro de trabajo de partida y de la residencia habitual del trabajador, dará lugar a los siguientes conceptos compensatorios:

a) Si el desplazamiento es de duración que no exceda de un año, se devengarán dietas, si no puede pernoctar en su residencia habitual, y medias dietas, si puede pernoctar en ella.

b) Si el desplazamiento es de duración superior a un año, e implica cambio de residencia, se devengará una indemnización compensatoria en la cuantía y condiciones establecidas en el apartado siguiente. Además, se devengarán los gastos de viaje del trabajador y su familia, los gastos de traslado de muebles y enseres y cinco días de dieta por cada persona que viaje de las que compongan la familia y convivan con el desplazado».

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

En mi opinión, solo el primer supuesto de este grupo, esto es, los desplazamientos por espacios temporales inferiores al año que no exigen pernoctar fuera de su domicilio, estaría dentro de la movilidad geográfica no sustancial. Tanto los desplazamientos que sí exijan pernoctar fuera de la residencia habitual (en mi opinión, supuesto del artículo 40.6 ET), como aquéllos que se ordenen por espacio temporal superior a la anualidad y exijan cambio de residencia (bajo mi consideración, supuesto del artículo 40.1 ET), se trataría de movilidad geográfica sustancial.

Asentado lo anterior, se observa, pues, que la movilidad geográfica queda configurada de la siguiente forma: en los desplazamientos a un centro de trabajo dentro del mismo municipio que el de origen o a otro ubicado en distinto municipio pero a una distancia inferior a 15 km entre aquéllos y la residencia del trabajador, no se devengarán dietas, mientras que sí tendrán derecho a la percepción de las mismas, los trabajadores que sean desplazados a otros municipios, con una distancia superior a la indicada anteriormente, pero que no tengan la necesidad objetiva de cambiar de residencia. En estos supuestos, se devengará media dieta día de trabajo efectivo (art. 82.4 C. Colectivo Estatal) y conforme a los importes de los C. Colectivos de ámbito inferior (82.6 C. Colectivo Estatal). Se ha de adicionar que, para los desplazamientos de duración superior a una semana, el convenio prevé que el trabajador pueda solicitar anticipos quincenales a cuenta. Y que, en el artículo 83, se contempla el pago de los gastos de locomoción devengados con ocasión del desplazamiento, bien a través de poner a disposición del trabajador medios propios o mediante la compensación correspondiente, siendo todo ello relevante a los efectos del estudio de la movilidad geográfica no sustancial.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

Otro aspecto que debe destacarse es que el artículo 79, no resuelve qué ocurre con los desplazamientos superiores a un año que no impliquen cambio de residencia. Bajo mi punto de vista, estos cambios locativos encontrarían perfecto acomodo en la movilidad débil, bien de menor entidad, si el cambio de centro es dentro del mismo municipio o en distintos municipios no separados por más de 15 km entre ellos ni en relación a la residencia del trabajador, no devengándose compensaciones, en tal caso; o movilidad geográfica débil ordinaria si supera la distancia anterior, correspondiendo el pago de media dieta pues, en caso de implicar cambio de residencia, estaríamos ante un traslado (por la duración superior a 12 meses).

En otro orden de cosas, he de precisar que se pueden generar dudas interpretativas sobre si en caso de un desplazamiento superior al año con cambio de residencia (traslado) también se devengan las dietas previstas para los desplazamientos de duración inferior (traslados y/o movilidad geográfica débil ordinaria), pues el precepto dispone que para los desplazamientos no subsumibles en los de menor entidad, *«dará lugar a los siguientes conceptos compensatorios»*. Sin embargo, y coincidiendo con el criterio de TSJ Extremadura Sala de lo Social, entiendo que el texto del convenio está separando dos supuestos distintos⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ STSJ de Extremadura de 1 de diciembre de 2016, Rec. 554/2016: *en este caso, ha de mantenerse la misma interpretación que ha efectuado la juzgadora de instancia, la que se desprende de los términos del convenio pues, aunque en un principio la norma diga que el desplazamiento en las condiciones que establece, "dará lugar a los siguientes*

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

También debe hacerse alusión al artículo 85 del meritado Convenio, que regula las condiciones de trabajo en el centro de llegada o destino, precisando que el trabajador desplazado quedará vinculado a la jornada, horario de trabajo y calendario vigente en la obra o centro de trabajo de llegada. Y lo traigo a colación porque bien puede considerarse parte de la regulación de la movilidad geográfica débil ordinaria y que, a la postre, no deja de ser una pseudo modificación sustancial de las condiciones de trabajo que, a criterio del autor, bien podría derivar en una situación *contra legem*. En este sentido, el artículo 41 ET, incluye como lista no cerrada de materias que, en caso de verse afectadas, pueden ser susceptibles de calificarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo la jornada de trabajo (apartado a) y el horario de trabajo (apartado b). En este sentido, el artículo 85 tiene que ser aplicado de forma muy

conceptos compensatorios", con lo que parece que cualquier desplazamiento supone el derecho a los dos que después establece, al determinar cuáles son esos conceptos, empieza cada uno de ellos con dos requisitos distintos, el a), el que establece las dietas, "Si el desplazamiento es de duración que no exceda de un año" y el b), para la indemnización compensatoria, "Si el desplazamiento es de duración superior a un año, e implica cambio de residencia", de lo que se desprende que se contemplan dos situaciones distintas y que cada una de ellas da lugar a dos "conceptos compensatorios" distintos también. El primero, el de las dietas, compensa que el trabajador tenga que comer o pernoctar fuera de su casa, mientras que el segundo compensa el cambio de residencia, como lo demuestra que, además de las cantidades fijas que en función de los años se establecen, se contemplan también otros gastos, los "de viaje del trabajador y su familia, los gastos de traslado de muebles y enseres y cinco días de dieta por cada persona que viaje de las que compongan la familia y convivan con el desplazado", pero entonces ya no se devengan las dietas, al menos en virtud de ese artículo, porque el cambio de residencia determina, en principio, que el trabajador pueda ya comer y pernoctar en su casa. Puede que, incluso, al trabajador no le interese cambiar de residencia y no se le puede obligar a ello, pero entonces la indemnización compensatoria, la fija, porque los gastos no se habrán realizado, compensa los viajes de ida y vuelta que tenga que hacer al trabajo».

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

restrictiva, en mi opinión, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 41 ET.

III. En último término, se ha de citar una tercera manifestación de la movilidad geográfica débil, que bien puede apreciarse en el artículo 86 del Convenio estudiado. Me refiero a las obras de larga extensión, en las que el lugar de prestación es variable, pudiendo proyectarse por varios términos municipales o incluso provincias, pero de tal modo que, a efectos técnicos y de organización empresarial, formen parte de una única unidad estructural. Al respecto, el convenio prevé que los cambios locativos entre las obras no constituirá un desplazamiento, por lo que no se aplicarán las cautelas y compensaciones reguladas en el texto convencional, si bien, el tiempo invertido en desplazarse computará como trabajo efectivo. Y, si el trabajador tuviera que pernoctar fuera de su residencia habitual, sí se devengará dieta y gastos de viaje. En éste último supuesto, habrá que estar a las reglas de los apartados primero y sexto del artículo 40 ET.

En cuanto a los Convenios Colectivos propios de Empresa, dentro del ámbito de la construcción, se advierte esa tendencia flexibilizadora de la movilidad geográfica, en base a las características de la actividad. Así, el convenio colectivo propio de la Empresa Torrecereña de Construcción S.L, (21-3-19), persigue facilitar los cambios locativos en base a la naturaleza de la actividad⁴⁴⁷. Para los trabajadores desplazados

⁴⁴⁷ Artículo 29: «Dadas las especiales circunstancias en que se realiza la actividad, la movilidad del personal vendrá determinada por las facultades de organización de la

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

temporalmente fuera de la CCAA de Andalucía, prevé un plus de desplazamiento de 150 euros, calculado en función de los días que preste servicios fuera de su centro de trabajo habitual, si bien, no concreta si dicho cambio entraña cambio de residencia (movilidad geográfica sustancial) o permite a la persona trabajadora pernoctar en su domicilio (movilidad geográfica no sustancial). Regula el derecho de la persona trabajadora a disponer de un vehículo de empresa o a percibir el importe correspondiente al transporte público, siendo decisión del empresario elegir entre una u otra opción. Asimismo, prevé la entrega de un cheque gourmet para los gastos de manutención.

En el mismo sentido que el anterior, en lo atiente a la flexibilización, se localiza el Convenio Colectivo de la Empresa Serproman, S.L., de fecha 13-6-2018 (código: 90103112012018)⁴⁴⁸. Ello, no obstante, mejora el contenido del Estatuto porque exige que el trabajador acepte el cambio de residencia definitivo. Asimismo, dispone que la empresa abonará a los trabajadores los gastos en los que pudieran incurrir de los anteriores periodos de traslados puntuales (posibles gastos de comida, gasolina o pernoctación).

empresa que procederá a la distribución de su personal de manera racional y adecuada a los fines productivos dentro de una misma localidad, o bien, concentraciones urbanas o industriales que se agrupen alrededor del mismo y que estén comunicadas por transporte público».

⁴⁴⁸ Artículo 18: «Por circunstancias propias de la actividad que requiere desplazarse a fin de reparar los siniestros en diversas localidades o puestos en la misma localidad, los trabajadores podrán ser destinados a uno u otro punto de servicios en función de las necesidades de cobertura de la compañía».

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

Por su parte, el Convenio Colectivo de la mercantil Zardoya Otis, S.A, 2017-2019, de fecha 1-6-2017 (código: 90102811012017), regula la Movilidad Geográfica sustancial, en su artículo 50, mientras la no sustancial o débil, se puede inferir del art. 29, dedicado a las dietas y desplazamientos, si bien, en este precepto también se regula la primera. En concreto, la partes negociadoras han contemplado varios escenarios: media dieta, que se sobreentiende asociada a desplazamientos que no ocupen todo el día, a lo que se adiciona, gastos de viaje y diferencia de tiempo si éste se realiza fuera de la jornada laboral, tomando como referencia, remite al límite de tarifa normal de taxis; Dieta sin pernoctar, de importe superior a la anterior (el doble), pero sin derecho al percibo de gastos ni tiempo de viaje; y dieta completa, cuando sí se pernocte fuera del domicilio habitual, a lo que se adicionarán los gastos de alojamiento en hotel. Se recoge asimismo, ya dentro de la movilidad sustancial, que en los desplazamientos que de forma continua obliguen al trabajador a pernoctar fuera de su domicilio como mínimo un mes, éste tendrá derecho a días hábiles de permiso retribuido, así como a los gastos de viaje, preferentemente en avión, para retornar a su destino de acuerdo con la duración del desplazamiento. Precisa el convenio que esos días hábiles no incluyen horas de desplazamiento, las cuales serán consideradas y retribuidas como horas de viaje. Llama la atención la cautela contenida en el texto convencional, relativa a que se procure que ningún trabajador esté desplazado más de tres meses continuados dentro del período de un año, salvo que así lo acepte éste último. Asimismo, amplía el plazo de preaviso a una semana.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

Debe citarse, asimismo, el Convenio Colectivo de Thyssenkrupp Elevadores, SLU, 2016-2018, de fecha 27-2-2017 (código: 90005892011988) que, en su artículo 51, regula la movilidad geográfica sustancial en los términos del artículo 40 ET, si bien, con algunos matices. De un lado, sujeta el traslado de las trabajadoras embarazadas a su aceptación voluntaria, como también los traslados de cualquier trabajador fuera de la Península. Asimismo, otorga prioridad de permanencia, en iguales circunstancias, a los trabajadores/as con cargas familiares. Del otro lado, mejora la normal ampliando el plazo de preaviso a 60 días. En lo atinente al devengo de dietas, el Convenio regula que solo procederán en desplazamientos que excedan de la Comunidad Autónoma de Madrid, o de un exceso de radio de 45 km, a contar del km cero de la capital Valenciana

8.2.2. Sector del Metal

En este ámbito profesional, a diferencia del anterior, no se aprecia esa tendencia hacia la flexibilización del artículo 40 ET. Por lo general, se regula la movilidad geográfica en los términos contenidos en dicho precepto, como también se prevé el pago de dietas y gastos de desplazamiento.

Empezando por el Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal de 24-3-2017 (código: 99003435011900), que es el de referencia en este ámbito profesional, regula en su Capítulo VII la movilidad geográfica, dedicando a ello los

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

artículos 33 a 36, ambos inclusive. El primero, además de trasponer el contenido del artículo 40.1 ET, contiene una habilitación a los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior o, en su defecto, los convenios colectivos o acuerdos de empresa, para que, en su caso, establezcan criterios por los que los cambios de lugar de trabajo, de un centro a otro, puedan o no tener la consideración de movilidad geográfica, respetando los derechos adquiridos de los trabajadores. A lo que debería añadirse, en mi opinión, que, en todo caso, se respetará el contenido del artículo 40 ET.

En el artículo 34, y bajo título que bien podría asociarse exclusivamente a la figura del artículo 40.1 ET (que es abordado en el apartado cuarto de aquél precepto) se contemplan distintos supuestos a aquélla, como son el cambio locativo de mutuo acuerdo, los ejecutados a instancia de la persona trabajadora y las permutas⁴⁴⁹. Respecto de éstas últimas, sobre las que no se había hecho referencia hasta este momento, conviene precisar, muy brevemente, que se trata de un mecanismo jurídico en virtud del cual dos personas trabajadoras pertenecientes a centros de trabajo distintos de la misma empresa (aunque el supuesto del convenio lo amplía a los grupos de empresa) pueden modificar, temporal o indefinidamente, la localización de sus puestos de trabajo, siendo preciso el consentimiento de la empresa⁴⁵⁰. Hecho este matiz, y retomando el *iter*, en el resto del artículo regula el procedimiento de traslado ex artículo 40.1

⁴⁴⁹ Respecto de las permutas, se dice en el apartado segundo que los trabajadores con destino en localidades distintas pertenecientes a la misma empresa o grupo de empresa, podrán solicitar la permuta de sus respectivos puestos, a reserva de lo que aquella decida en cada caso, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, y la aptitud de ambos permutantes para el nuevo destino, siendo las condiciones de la permuta las que se acuerden por escrito entre las partes afectadas.

⁴⁵⁰ AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo... Op. cit* (1999), pág. 120.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

ET, remitiendo a los convenios de ámbito inferior en relación a las compensaciones económicas que puedan proceder.

En el artículo 35 se contiene una redacción del término desplazamiento que, por el contenido del resto del precepto, así como por el capítulo en el que se encuentra (movilidad geográfica), parece aludir a la figura del artículo 40.6 ET, si bien, omite precisar que esos cambios locativos exijan cambio de residencia. En cualquier caso, y en lo que respecta a la movilidad geográfica débil, dicho precepto remite a los convenios colectivos de ámbito inferior.

Por último, en lo relativo a las condiciones del centro de destino, el artículo 36 precisa que las personas trabajadoras quedarán vinculadas a la jornada, horario de trabajo y calendario vigente en el centro de trabajo de llegada, matizando que si la jornada era inferior en el de origen, se abonará el exceso como horas extraordinarias, que no computarán para el límite del número de dichas horas. Asimismo, concreta que el trabajador conservará su retribución si ésta fuera superior a la del nuevo centro. En mi opinión, ambas cautelas son adecuadas si bien, si el cambio locativo supusiera una modificación sustancial, habría que estar al procedimiento del artículo 41 ET, conforme a lo explicado en la Parte II de la tesis.

El Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la Provincia de Barcelona, de fecha 25-7-2018 (código: 08002545011994), regula los gastos de manutención, transporte y pernocta sin mayor

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

especialidad⁴⁵¹. En el mismo sentido, el artículo 15 del Convenio Colectivo de Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Sevilla de 4-7-2018 (código: 41002445011982). Este convenio fija como distancia mínima, a partir de la cual se devenga la dieta, la de 3 km respecto del anterior centro de trabajo, y siempre y cuando el trabajador no tenga su residencia en el nuevo destino (en el mismo sentido, el artículo 28 del Convenio Colectivo de Industria, Servicios, Tecnologías del sector del Metal de la Provincia de Alicante de fecha 29-9-2017 (código 03000375011982). Asimismo, diferencia en los supuestos de desplazamientos que exijan pernocta, si el cambio no supone salir de la provincia o si implica cambiar y siempre que la distancia exceda de 180 km. En el primer caso, se considerará como de trabajo efectivo durante el día de desplazamiento, el tiempo que supondría utilizar un vehículo de servicio público, más dos horas estimadas para búsqueda de alojamiento; en el segundo, se prevé que el empleado disponga de una jornada completa para el viaje y búsqueda de alojamiento, salvo que el uso normal de los medios de locomoción exija tiempo superior.

⁴⁵¹ Artículo 71.1: « Si por necesidades de la empresa, la persona trabajadora ha de salir de viaje percibirá, aparte del importe de éste, y del alojamiento con desayuno la dieta mínima por las comidas que será de 27,47 EUR diarios, en concepto de dieta completa, si se producen las 2 comidas principales, y de 13,74 EUR diarios por media dieta si solo se produce una comida principal, para el año 2018. Y de 28,15 EUR y 14,08 EUR diarios, respectivamente, para el año 2019.Las empresas podrán establecer, contratar y/o abonar los medios de transporte y el alojamiento con desayuno directamente, salvo acuerdo entre las partes».

71.2: « Las dietas que se pactan en el presente Convenio corresponden a los gastos normales de manutención, viaje y estancia en establecimientos de hostelería y, en consecuencia, tienen un carácter compensatorio y no salarial, a modo de la indemnización o suplidos de conformidad con la legislación vigente».

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

El artículo 74 del Convenio Colectivo de la Industria, la Tecnología y los Servicios del sector Metal de la Provincia de Valencia de 28-9-2017 (código: 46000105011981), alude a la movilidad geográfica débil matizando que, en ningún caso, se entenderá tal cambio locativo como modificación sustancial de las condiciones de trabajo, siempre que el mismo no suponga cambio de domicilio para el personal afectado. En el artículo 21 regula las dietas, remitiéndose al artículo 26 del Convenio General del Metal (B.O.E. 26/06/87)⁴⁵², excepto en la cuantía que viene establecida por aquél.

⁴⁵² Artículo 26. Salidas, viajes y dietas. *«Los trabajadores que por necesidad y orden de la empresa tengan que efectuar viajes o desplazamientos a poblaciones distintas a aquéllas en las que radique la empresa o taller, devengarán la dieta o media dieta que se determine en los Convenios colectivos aplicables. Los días de salida devengarán dieta y los de llegada la compensación que corresponda cuando el interesado pernocte en su domicilio, a menos que hubiera de efectuar fuera las dos comidas principales. Si los trabajos se efectúan de forma tal que el trabajador sólo tenga que realizar fuera del lugar habitual la comida del mediodía, percibirá la compensación fijada para la misma o, en su caso, media dieta. Los viajes de ida y vuelta serán siempre de cuenta de la empresa, que vendrá obligada a facilitar billete de primera clase a todas las categorías. Si, por circunstancias especiales, los gastos originados por el desplazamiento sobrepasen el importe de las dietas, el exceso deberá ser abonado por la empresa, previo conocimiento de la misma y posterior justificación por los trabajadores. No se adquiere el derecho a dieta, cuando los trabajos se lleven a cabo en locales pertenecientes a la misma empresa, en que no se presten servicios habituales, si no están situados a distancia que exceda de tres kilómetros de la localidad donde está enclavada la empresa. Aun cuando exceda de dicha distancia, no se devengarán dietas cuando la localidad en que se vaya a prestar eventualmente el trabajo resulte ser la residencia del productor, siempre que, independientemente de esta circunstancia, no se le ocasione perjuicio económico determinado. En los casos en que los trabajos se realicen en locales que no sean habituales, la empresa ha de abonar siempre los gastos de locomoción o proporcionar los medios adecuados de desplazamiento. No obstante lo anterior, en la actividad de tendido de líneas, electrificación de ferrocarriles, tendido de cables y redes telefónicas, si la incorporación o permanencia en la obra obligase al trabajador a pernoctar fuera de su domicilio habitual, percibirá en concepto de dieta, en lugar de lo regulado anteriormente, un importe mínimo equivalente al 120 por 100 del salario mínimo interprofesional en vigor en cada momento. El personal comprendido en las actividades a que se hace referencia en el párrafo anterior, que por prestar sus servicios*

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

En el artículo 20 del Convenio Colectivo de Industria Siderometalúrgica de la Provincia de Zaragoza de 17-7-2017 (código: 50000675011982), se establece el importe de las dietas sin mayor desarrollo.

En lo atinente a los convenios colectivos de empresa, se puede citar el convenio colectivo de Elaborados Metálicos Emesa, S.L. 2009-2013, que en su artículo 36 regula los viajes y desplazamientos que, por necesidad de la actividad, deban efectuar los trabajadores a poblaciones distintas a las de donde radique la empresa, estableciendo una compensación en función de la distancia respecto del centro de trabajo. En este sentido, se dispone que la empresa sufragará los gastos de desplazamiento de cualquier trabajador para llevarlos y traerlos a comer al lugar más cercano al punto de trabajo en todas las obras que lo requieran, y los de traslado a su domicilio en las obras en que se perciba media dieta y las que se encuentren dentro del término municipal(movilidad no sustancial). Continúa precisando que, si por circunstancias especiales, los gastos originados por la estancia en las obras sobrepasan el importe de las dietas, el exceso deberá ser abonado por la empresa, previo conocimiento de la misma y posterior justificación de cualquier trabajador. Esta

en las obras que realice la empresa no tiene un lugar fijo y determinado de trabajo, percibirá en concepto de compensación de los gastos por efectuar la comida del mediodía fuera de su domicilio, como mínimo el 40 por 100 del salario mínimo interprofesional en vigor en cada momento. No serán aplicables estas compensaciones cuando los citados trabajos sean llevados a cabo por las propias empresas eléctricas, telefónicas o ferroviarias, con personal afectado por sus correspondientes Convenios. Cuando la regulación que antecede interfiera con lo actualmente vigente en algún Convenio de ámbito inferior, se estará a lo dispuesto en este último».

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

precisión relativa al importe superior a la dietas es habitual en materia convencional.

Tras el estudio pormenorizado de este ámbito, y a fin de no incurrir en reiteraciones, se puede afirmar que, por regla general, los convenios de este sector regulan las compensaciones por desplazamientos, sin más especialidad ⁴⁵³.

8.2.3. Sector Limpieza

El Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales, BOE de 23 de mayo de 2013 (código: 99100125012013), remite, en su artículo 10, a la negociación de ámbito inferior, la regulación de la movilidad geográfica.

Por su parte, el Convenio colectivo de trabajo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de, EDV 2018/11868 (BOP Valencia 46/2018 de 6 de Marzo de 2018), contiene una regulación

⁴⁵³ Artículo 15 del Convenio colectivo de trabajo de la empresa Ardagh Metal Packaging Ibérica, SAU: *«En los desplazamientos y estancias motivados por viajes oficiales autorizados por la empresa, las dietas a devengar serán: 57,20€ por día y 6,15€ por desayuno. La media dieta será de 31,75€. Para desplazamientos al extranjero, dichos importes se verán incrementados en un 25 %. Los gastos de transporte y alojamiento serán por cuenta de la empresa»*. También el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Doga Metal Parts, S.L., para los años 2015-2017, Artículo 42, y el Convenio Colectivo 2017-2018 de la Fundación para la Formación, la Cualificación y el empleo en el sector metal de Asturias, en su Artículo 23.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

particular de la movilidad geográfica no sustancial en su artículo 17.1 y 2, en el sentido de que habilita el «traslado» de las trabajadoras entre los diferentes centros, siempre y cuando no sean fijas de centro⁴⁵⁴. Considero que, al igual que ocurría con el sector de la construcción, este precepto tiene vocación de flexibilización de las cautelas del artículo 40 ET, permitiendo la movilidad de empleados entre los diferentes centros. Ello, no obstante, a criterio del autor, si uno de esos traslados implicara cambio de residencia, debería aplicarse el mencionado artículo, no siendo suficiente el contenido del artículo 17 del Convenio Colectivo. Máxime, a la luz del criterio seguido por nuestros tribunales en relación a este sector de actividad, en el que considera que los centros no son itinerantes, remitiéndome a lo expuesto en la Parte I.

Otra particularidad contenida en la regulación convencional de la movilidad geográfica débil, es que el tiempo invertido para ir a un centro de trabajo, cuando ya se estaba ocupado en otro centro dentro de la jornada normal, se considerará como tiempo trabajado. Nada regula en relación a los gastos de desplazamiento, manutención y pernocta, por lo que, en caso de devengarse, deberían abonarse por la Empresa al empleado conforme a lo acordado entre ellos y, en defecto de pago, en atención al coste sufragado por aquél.

⁴⁵⁴ Artículo 17.Modificación de condiciones de trabajo «1. Las empresas podrán trasladar a los trabajadores y trabajadoras de un centro de trabajo a otro, salvo los vinculados a uno determinado como fijos de centro. Las empresas no podrán realizar el cambio de centro de trabajo si éste comporta cambio de horario, salvo que existan probadas razones técnicas, organizativas o productivas, de acuerdo o previo informe de las y los representantes sindicales. 2. A los solos efectos del presente artículo, se entenderá como centro de trabajo el local donde se desarrolle la actividad laboral»,

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

El artículo 14 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Zaragoza de 25-2-2019 (código: 50000755011981), regula la movilidad geográfica débil bajo el tenor de «desplazamientos ocasionales» a un centro de trabajo distinto al habitual y en localidad diferente a la residencia habitual, estableciendo unas compensaciones en materia de gastos de locomoción, manutención y pernocta.

En cambio, el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Guadalajara de 2-4-2019) (código: 19000635011992), no regula este tipo de movilidad, y respecto de la movilidad geográfica sustancial, remite en su artículo 20 al ET, introduciendo una mejora consistente en que a la hora de realizar cualquier traslado justificado se tendrá en cuenta la proximidad del centro de trabajo al domicilio del trabajador/a, así como su antigüedad.

El artículo 24 del Convenio Colectivo de Limpieza, Abrillantado y Pulimento de Edificios y Locales de la Provincia de Salamanca, 2018-2020, de fecha 16-8-2018) (código: 37000295011981), fija los importes de las dietas, sin más especificación. En el mismo sentido, el artículo 20 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Soria de 10-7-2018 (código: 42000095011982). Ahora bien, este convenio, en su artículo 11, trata de limitar la movilidad geográfica en general, promoviendo la adopción de acuerdos.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

En lo atinente a los Convenios Colectivos de Empresa, se puede citar el artículo 16 del Convenio colectivo de Limpieza de Torremolinos, de fecha 13 de febrero de 2018 (código 29006402011999), que, en relación a la movilidad geográfica, prohíbe los traslados fuera del término municipal de Torremolinos, reduciendo tal posibilidad a un pacto entre el trabajador y la empresa. En el mismo sentido, el artículo 10 del convenio colectivo 2016-2017-2018, para la empresa FCC, SA limpieza viaria de Llodio (código 01003091012004), no prevé nada en relación a las dietas, reservando, por tanto, dicha material a la negociación entre las partes.

El Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa Eco Limpieza Extremadura, suscrito el 10 de diciembre de 2013 (2014060382), prevé, en su artículo 29, además del pago de las dietas que puedan corresponder, el abono de 1,36 euros por día de trabajo y si la jornada de trabajo es partida, de 2,71 euros por día de trabajo, cuando el lugar de trabajo se encuentre fuera del casco urbano *«entendiéndose como tal el que al Ayuntamiento correspondiente tenga señalado para el servicio de taxi»*.

Por lo general, es frecuente que los Convenios Colectivos de Empresa no regulen esta materia o no lo hacen con especialidades que merezcan ser citadas. A modo de ejemplo, citar el Convenio Colectivo de la UTE Limpieza Cuenca, para su trabajadores adscritos al servicio de limpieza viaria de la ciudad de Cuenca, de fecha 01/03/2018 (código 16100032012014); tampoco en el Convenio Colectivo de la Empresa U.T.E. Pulpí- Limpieza de viaria y limpieza de playas de Pulpi, de 12-11-

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

12 (código: 04001911012008); ni el Convenio Colectivo do persoal de limpeza do “Hospital Comarcal de Monforte de Lemos”, da empresa LIMPIEZAS FARO, S.L. (código 27000720011996); ni el Convenio colectivo III del Mantenimiento y Limpieza de Playas Benalmádena (Recolte SAU), de fecha 11/10/2018 (código: 29100101012012).

8.2.4. Sector Hostelería

Pese a que el V Acuerdo Laboral Estatal para el sector de Hostelería, 2015-2019, BOE de 21 de mayo de 2015 (código: 99010365011900) dispone en su artículo 10-8-c), que son materias propias de ese acuerdo, la movilidad geográfica (sin más detalle), no ofrece regulación alguna. Ahora bien, es cierto que ese mismo precepto matiza que no le corresponde, en exclusiva, esa prerrogativa, por lo que, en consecuencia, puede venir regulada en los convenios de ámbito inferior.

El Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva de 17-11-2015 (código: 99100165012016), recoge, en su DA cuarta, que los pluses tendrán el tratamiento que traen de los diferentes convenios colectivos. La cantidad resultante del plus transporte y manutención, tendrán el incremento que se pacte en este convenio colectivo, entre los que recoge algunas dietas.

El Convenio Colectivo de Hostelería de Bizkaia de 24-7-2018 (código: 48001205011981) nada regula, como tampoco el Convenio

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

Colectivo de Hostelería de la Provincia de Valencia, BOP de 1 de septiembre de 2008 (código: 46001285011982).

Por su parte, el Convenio Colectivo de Hostelería del Territorio Histórico de Álava, 2018-2020, de fecha 15-11-2018, regula, en su artículo 36, la movilidad geográfica sustancial, precisando las compensaciones económicas en caso de traslado, así como las dietas. No reglamenta, en cambio, la movilidad geográfica débil, si bien, refiere que estarán exentos de recibir la cantidad en concepto de dietas citada, aquellos trabajadores/as que sean desplazados por motivos de formación, reciclaje, perfeccionamiento profesional, especialización, o cualquier otro motivo de similar analogía. Estando, en tales casos, a lo que empresa y trabajador/a acuerden. En el mismo sentido, Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Córdoba de 24-9-2018) (código: 14000355011982) en su artículo 29; y el Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Cáceres, 2018-2020 de 3-4-2018 (código: 10000155011982), en su artículo 31.

El Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Teruel de 14-3-2016 (código: 44000145011981), en el artículo 36, regula, la movilidad geográfica débil, aludiendo a desplazamientos «esporádicos» fuera de la localidad del trabajo, reconociendo al trabajador el derecho a cobrar manutención (y alojamiento, si bien, aquí se estaría fuera de aquélla).

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

En cuanto a los convenio de empresa, podemos citar el Convenio Colectivo de Davigel España, SAU, (Palmas de Gran Canaria, Madrid, Málaga y Palma de Mallorca), 2018-2021 (código: 90103231012019), que en su artículo 25.7, regula la movilidad geográfica débil, asociando el pago de dietas por comida cuando se produzca un desplazamiento fuera del lugar de trabajo habitual por parte del trabajador, así como, dentro del lugar de trabajo cuando, por razón del puesto de trabajo, deba realizarse desplazamientos con carácter habitual, previa presentación del correspondiente justificante.

El Convenio Colectivo de Establiments Viena, S.A., (28-5-2018), por su parte, establece, en su artículo 17, un Plus de movilidad, para compensar los gastos por desplazamientos entre distintos locales o establecimientos de la empresa con medios públicos de transporte o con medios propios. Adentrándose en el ámbito de la movilidad geográfica sustancial, también dispone, el meritado precepto, que los mayores gastos que deban soportar o el mayor tiempo invertido que puedan emplear en el supuesto de movilidad geográfica prevista en el artículo 40, serán compensados con un plus movilidad de la cuantía lineal para todos los empleados que el propio convenio contempla. Por último, contiene una cautela en favor de los trabajadores consistente en que la Empresa no podrá articular movilidad geográfica alguna -entendiendo, tanto débil como sustancial-, durante el primer año de contrato.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

El Convenio Colectivo de Paradores de Turismo de España, S. A. de 21-7-2008 (código: 90005482011981), regula la movilidad geográfica no sustancial en su artículo 38, asociando el pago de una dieta tanto en casos de desplazamiento para participar en actividades sindicales o formativas como por motivos estrictamente laborales, matizando que, en ambos supuestos, se ha de justificar el correspondiente gasto. Asimismo, establece una preferencia en favor del uso de transporte público.

Citar asimismo el Convenio colectivo del Grupo de empresas Vips (Sigla, S.A., Colima, S.A., Sigla Ibérica, S.A., Restaurantes y Servicios Reyne, S.A., Luculo, S.A., Starbucks Coffee España, S.L., Restaurantes Work, S.L. y British Sadwich Fact, S.L.U.), de fecha 14-12-2007 (código: 90016793012008), que, en su artículo 36, regula la movilidad bajo el tenor de desplazamientos, por necesidad de la empresa, a poblaciones distintas de aquellas en que radique su centro de trabajo, reconociéndoles el derecho a una compensación por gastos.

Es interesante, además, la definición que brinda sobre el término población distinta, matizando que será la ubicada fuera del área urbana y de la zona de influencia constituida por una o varias poblaciones limítrofes entre sí. El Convenio colectivo de las empresas integrantes del Grupo Zena, S. L. (Food Service Projet, S. L.; Grupo Zena de Restaurantes, S. A.; Zena Grupo de Restauración, S. A.; Grupo Zena Pizza, S. Com. P.A.; Grupo Zena Tri, S. L.; Iberdal Canarias, S. L.; Kefco Restauración, S. L.).

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

de fecha 21-12-2007 (código: 90016723012008), por su parte, contiene, en el artículo 37, una regulación prácticamente idéntica a la anterior

8.2.5. Sector de la Vigilancia

Este sector, como se estudió en la Parte I, ha dado lugar a sucesivos pronunciamientos en relación al eventual carácter itinerante de sus centros, en la misma línea que los ámbitos profesionales dedicados a la construcción y la limpieza. Sin embargo, no se aprecia la misma intensidad en materia convencional sobre dicha itinerancia.

El Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Albacete, 2017-2018, de fecha 12-6-2017 (código: 02000285011981), remite en su artículo 26 al Estatuto de los Trabajadores en materia de traslados, no regulando nada en lo atinente a la movilidad geográfica débil, como tampoco el Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Toledo de 11-4-2013 (código: 45000235011981). En el mismo sentido, el Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera y Servicios Urbanos de Transportes de la Provincia de Ávila de 30-6-2017, (código: 05000145011981), si bien, en este caso si se prevé una compensación concreta por desplazamientos. Por otra parte, configura la movilidad geográfica débil en su artículo 15, asociando el devengo de dietas únicamente a los desplazamientos fuera de la residencia habitual del trabajador y computándose como tiempo de trabajo efectivo el empleado en dicho desplazamiento.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

El Convenio Colectivo de Actividades de Siderometalurgia de la Provincia de Salamanca, 2017-2019, de 27-11-2017 (código: 37000465011981), regula la movilidad geográfica débil en sus artículos 21 (dietas) y 22 (desplazamientos). Como especialidad se pacta que si los gastos del desplazamiento superan el fijado para la dieta, la empresa abonará la diferencia.

El Convenio Colectivo de Comercio de Alimentación de la Provincia de A Coruña de 18-3-2017 (código: 15000295011982), regula la movilidad geográfica débil en su artículo 8, fijándola en los desplazamientos y traslados que no supongan una distancia entre centros superior a 40 km. Asimismo, en su artículo 25 fija el importe de las dietas.

Se puede citar, asimismo, algunos convenios de empresa interesantes: el Convenio Colectivo de Preparadores de Especias, Condimentos y Herboristería de la Provincia de Alicante de 29-6-2017 (código: 03000875011981), el cual dispone que será movilidad geográfica débil la que no implique un desplazamiento superior a 100 km. Además, aclara que se considerará desplazamiento, a los efectos del abono que se establece en el presente artículo, aquel que se realice a partir de diez kilómetros del límite del casco urbano y hasta el lugar donde se encuentre ubicado el centro de trabajo a razón de un viaje de ida y otro de vuelta por día. En este sentido, matiza que el número de kilómetros que resulte, una

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

vez redondeados por exceso o por defecto, será multiplicado por el importe de 0,17 euros, que servirá para compensar dicho desplazamiento.

El Convenio Colectivo de Derivados del Cemento de la Provincia de Badajoz de 30-3-2015, en su artículo 26 la movilidad geográfica débil, entendiéndose incluidos dentro de ella los desplazamientos efectuados dentro del mismo término municipal; los cambios locativos de centro a una distancia inferior a quince kilómetros respecto del centro originario; los desplazamientos efectuados a menos de quince kilómetros del lugar de residencia habitual del trabajador. Debe ser destacado, asimismo, que para el supuesto específico de centros de trabajo de hormigón, prevé que se puedan efectuar traslados definitivos a otros centros de trabajo que se encuentren dentro de la misma provincia o a menos de 50 kilómetros de distancia del centro de trabajo originario en caso de traslados entre provincias limítrofes, considerándose que no hay cambio de residencia en estos casos.

Igual de interesante resulta lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Establiments Viena, S.A., 01/06/2017-31/12/2021, de 28-5-2018 (código: 90103130012018), que define, en su artículo 40, lo que no se considerará movilidad geográfica (sustancial): los desplazamientos que deban efectuar los empleados adscritos a los servicios centrales de administración, comercial o financiero, o a los departamentos de mantenimiento, reparación, control, inspección, vigilancia o supervisión, cuando tal desplazamiento se encuentre implícito en las funciones del

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

propio puesto, por exigir su presencia personal en los distintos centros de trabajo de la empresa o la realización de gestiones externas. En estos supuestos, la compensación de estos desplazamientos se efectuará siempre por los sistemas de dietas y kilometraje previstos en el artículo 20 y 21 de este convenio. Junto a ella, también será movilidad geográfica débil los cambios de centro, ya sea con vocación de permanencia o sin ella, a una distancia no superior a 25 km de su domicilio. Se contempla, asimismo, un plus de movilidad que compense ese mayor tiempo invertido.

También incluye otro supuesto relevante, como son los cambios de centro a una distancia superior a la anterior (25km) pero que con una duración no superior a 30 días laborables en un período de 12 meses. A cada uno de los supuestos, así como a los de movilidad geográfica sustancial, asocia una compensación.

Por su parte, el artículo 17 del Convenio Colectivo de CRIT Procesos Auxiliares, SL, 2016-2021, de 4-12-2017) (código: 90102902012018), regula la movilidad geográfica débil precisando que la Dirección de la empresa podrá cambiar al personal de puesto de trabajo, con el matiz de que sea dentro del mismo centro o lugar de trabajo, o asignándola a otro distinto, siempre que la distancia entre su actual centro o su domicilio respecto al nuevo centro de trabajo en el momento del traslado no sea superior a 35 kilómetros , sea o no dentro de la misma provincia o comunidad autónoma, destinándole a efectuar las funciones

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

que correspondan a su Grupo Profesional o a otro de los definidos en este convenio de acuerdo con la legislación vigente.

8.2.6. Sector de la Enseñanza

El Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de Régimen General o Enseñanza Reglada sin Ningún Nivel Concertado o Subvencionado, de 22-6-2018 (código: 99001925011986), no regula la movilidad geográfica débil, como tampoco el Convenio Colectivo de Enseñanza y Formación no Reglada de fecha 3-4-2017 (código: 99008825011994)

El Convenio Colectivo de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de la Comunidad de Madrid, de 2-2-2018 (código: 28102145012018), remite, en su artículo 15, al Estatuto de los Trabajadores, si bien, tiene una vocación de limitar la movilidad geográfica, estableciendo, como norma general, que los trabajadores y trabajadoras sean contratados y adscritos para realizar sus funciones en un centro de trabajo determinado. Excepcionalmente, la empresa o entidad podrá proceder al traslado permanente de sus trabajadores y trabajadoras a centros de trabajo distintos, que exijan cambios de domicilio habitual del trabajador o trabajadora afectado/a, cuando concurren razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

En cuanto a la movilidad geográfica no sustancial, refiere que si por necesidades del servicio, de carácter extraordinario, el trabajador o la trabajadora tiene que efectuar viajes o desplazamientos a poblaciones distintas de aquellas en que radique su centro de trabajo, percibirá una dieta de 10 euros cuando realice una comida y pernocte en su domicilio, de 20 euros cuando tenga que realizar dos comidas fuera, pernoctando en su domicilio, y de 70 euros si, además, pernocta fuera de su domicilio. Asimismo, concreta que serán a cargo de la empresa los gastos de locomoción en las comisiones de servicio, correspondiendo a la misma la determinación del medio de transporte a utilizar. Cuando por necesidades de la empresa el trabajador o la trabajadora deba utilizar vehículo propio, percibirá como suplido, la cantidad de 0,19 euros por kilómetro recorrido.

8.2.7. Sector del Transporte

Este sector tiene como peculiaridad que la movilidad de las personas trabajadoras es parte consustancial a su actividad. Artículo 40. El Acuerdo General de Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera. (BOE de 29 de marzo de 2012), regula, en su Capítulo VII, artículo 40, la movilidad geográfica.

Respecto de los traslados, dispone que los mismos serán de aplicación, en primer lugar, a quienes, reuniendo las condiciones de idoneidad, estén en disposición de aceptarlo voluntariamente; en su defecto, precisa que tendrán preferencia para ser afectados por la

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

movilidad en último lugar, por este orden, los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa, las trabajadoras embarazadas o con hijos menores de un año y quienes tengan cargas familiares. Se distingue, asimismo, entre los traslados a iniciativa de la persona trabajadora, que no confiere derecho a compensación alguna, y los ordenados por el empresario, a quién se le impone la obligación de abonar los gastos de viaje del empleado trasladado y de las personas que, en su caso, convivan con él , debiendo transportarle su mobiliario y enseres o, a elección de aquél, abonarle los gastos que tal transporte origine, abonándole, además, y con carácter de mínimo, el importe de cuatro mensualidades del sueldo o salario base que le corresponda.

Posteriormente, en el apartado segundo, regula tanto los desplazamientos⁴⁵⁵ como la movilidad geográfica no sustancial, reconociendo el derecho de la persona trabajadora a percibir el importe del viaje, si no lo hace en vehículos de la empresa, y asimismo, en compensación de los gastos que tal desplazamiento le ocasione, al cobro de la dieta, en la cuantía que en cada caso corresponda según el convenio colectivo de aplicación.

⁴⁵⁵ Sobre estos precisa que si exceden de tres meses, con el máximo de un año, en caso de que convenio colectivo sectorial no disponga de otra cosa, el importe de las dietas será el 85 por 100 de las ordinarias. Además, aclara el convenio que en los desplazamientos de larga duración el trabajador tendrá derecho a regresar a su domicilio de origen una vez cada tres meses, para pasar en el mismo cuatro días laborables que se le computarán como trabajados, precisando que tanto el costo de los viajes como el tiempo invertido en los mismos -en lo que coincida con su jornada de trabajo- serán por cuenta de la empresa

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

El Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de la Provincia de Salamanca de 3-12-2015 (código: 37000905012000), regula en su artículo 18 la movilidad geográfica *sui generis* de personas trabajadoras, asociándola «tanto el desplazamiento como el traslado del trabajador del lugar habitual donde presta sus servicios a otro donde la dirección de la empresa interese su prestación laboral, por la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen» y remitiendo, por lo demás, al citado Capítulo VI del II Acuerdo General para las empresas de transporte de Mercancías por Carretera.

En cuanto a la movilidad geográfica no sustancial, establece en su artículo 19 que tendrán derecho al percibo de dietas los trabajadores que por necesidades del servicio tengan que efectuar desplazamientos fuera de su residencia habitual, concretando los importes y asociando su devengo al trabajo dentro de unas fracciones temporales concretas: comida, cuando salga de su residencia entre las doce y quince horas; cena, cuando la salida se produzca entre las veinte y veintitrés horas; pernocta y desayuno, cuando el servicio realizado obligue a pernoctar y desayunar fuera de la residencia habitual y, en todo caso, cuando por tal motivo el regreso se efectúe después de las cero horas. Respecto de los trabajadores que excepcionalmente y por necesidades de la empresa tengan que iniciar o dejar su jornada de trabajo en lugar distinto del habitual, el convenio impone a la empresa el deber de opción entre sufragarles los gastos correspondientes al importe del billete en el medio de locomoción más adecuado o abonarles los gastos del desplazamiento originado en vehículo

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

del propio trabajador a razón de 0,19 €/km, o el máximo exento de retención /cotización que pueda establecerse en cada periodo de vigencia del presente convenio. Por último, dispone que la liquidación de las dietas se realizará dentro de los cinco primeros días del mes siguiente a su devengo, salvo acuerdo entre empresa y trabajador afectado.

El Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de la Provincia de Palencia de 27-11-2017 (código: 34000375011981), recoge en su artículo 17 el derecho a dietas nacionales e internacionales.

El Convenio Colectivo de Transporte Regular de Viajeros por Carretera de las Illes Balears Convenio colectivo de 22-6-2018 (código: 07000845011982), regula, en su artículo 14, las dietas, precisando que tendrán derecho a percibir las dietas los trabajadores que se hallen desplazados por razones del servicio fuera de su localidad de residencia y del domicilio del centro de trabajo y por tal motivo no puedan realizar las comidas correspondientes en su domicilio, entre las 12 horas y las 15 horas para el almuerzo y las 20 horas y las 23 horas para la cena. Además, precisa que el empresario tendrá la facultad de facilitar tales dietas en especie en establecimientos de hostelería. En caso contrario podrá solicitar del trabajador que acredite mediante la correspondiente factura el gasto ocasionado de la correspondiente dieta.

El Convenio Colectivo del Transporte y Trabajos Aéreos con Helicópteros y su Mantenimiento y Reparación, BOE de 3 de agosto de

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

2012 (código: 99015875012006) establece, en su artículo 43, el concepto Bases y centros de trabajo⁴⁵⁶, y en su artículo 44, los tipos de desplazamientos, precisando que, por la especial naturaleza de los servicios (no sujeción de los mismos a un territorio en particular y las necesidades de atenderlos en cada momento), los traslados y desplazamientos de los trabajadores dentro del territorio nacional o fuera de éste, se decidirá libremente por la empresa, teniendo siempre en cuenta las necesidades del servicio. Separa en dos grupos los desplazamientos: el que califica de estable, relativo a los de duración no inferior a un año; y los temporales, cuando es por tiempo inferior. En todo caso, exige el convenio que la empresa comunique al trabajador el destino y la base donde prestará servicios.

Además, el convenio contiene una limitación que pasa por prohibir, en los casos en que un trabajador hubiere sido desplazado de forma estable, desplazarlo temporalmente a otra base por un periodo, en cómputo anual, superior a cinco meses, salvo pacto en contrario. Se precisa que todos los días de viaje así como los días libres que medien

⁴⁵⁶ Artículo 43: «en función de la naturaleza de los servicios y de la contratación de las empresas con terceros demandantes de dichos servicios existirán, además de un centro de trabajo o base principal, donde se encuentre la dirección efectiva de la empresa, distintos lugares de trabajo que a estos efectos tendrán consideración de centros de trabajo móviles o itinerantes , dentro de los que se encuadran dos tipos de bases periféricas o lugares de trabajo a las que podrán ser asignados los trabajadores:

– Base permanente: Aquel lugar de trabajo que permanece operativo por un período continuo de al menos dos (2) años.

– Base temporal: Aquellos lugares de trabajo que permanecen operativos por un período inferior a dos (2) años».

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

durante el desplazamiento computarán en dicho periodo. Del mismo modo, los días de viaje necesarios, para el posicionamiento desde la base permanente a la temporal y a la inversa, serán computados como trabajados. Se fija un plazo de preaviso de 5 días de antelación, en caso de desplazamiento temporal de un trabajador previamente destinado de forma estable.

En el artículo 45, se regulan las dietas, explicándose en el convenio que aquéllas responden a las cantidades que la empresa destina a compensar los gastos habituales de manutención y estancia diaria de sus trabajadores, causados por razón del desplazamiento. Se deja abierta la posibilidad de realizar esta compensación bien a través de una cuantía fija o bien mediante abono de los gastos debidamente justificados, y ello, con independencia del tipo de desplazamiento y en base a las especiales características de los servicios prestados por las empresas y a que los helicópteros, dada su movilidad, podrán estar en lugares distintos de su base de origen, lo que puede ocasionar que los trabajadores que presten estos servicios tengan que pernoctar fuera de su lugar habitual de prestación de servicios.

El artículo 46 establece las compensaciones en desplazamientos temporales a una base distinta a la que se destinó inicialmente al trabajador, debiendo abonarle tanto los gastos de viaje (en el medio de transporte que decida la empresa) como la dieta diaria (siguiendo el sistema que hemos expuesto en el párrafo anterior).

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

Por último, llama la atención los requisitos exigidos en desplazamientos estables (art. 47), cuando, por necesidades del servicio, un trabajador destinado de manera estable en una base, permanente o temporal, tuviera que ser desplazado a otra de manera estable, por tiempo no inferior a un año. En tal caso, se exige a la empresa que atienda unas obligaciones similares a las del artículo 40 ET, esto es la notificación con 30 días de antelación, por escrito y que ofrezca una motivación, por escrito, de las causas que justifican el cambio de destino.

Debe citarse, asimismo, el artículo 17 del Convenio Colectivo de CRIT Procesos Auxiliares, SL, 2016-2021, de fecha 4-12-2017 (código: 90102902012018), en la medida que, además de ofrecer una definición de centro de trabajo⁴⁵⁷ y de lugar de trabajo⁴⁵⁸, precisa que, para el caso de sobrepasar lo límites de la movilidad débil, la empresa deberá compensar al trabajador los gastos ocasionados, con el pago de 0,19 € por la

⁴⁵⁷ «A los efectos de este Convenio colectivo se considera: a) Centro de trabajo, a la unidad productiva con organización específica y funcionamiento autónomo que, aun no siendo independiente del conjunto de la empresa, tiene efectos y repercusión específica en el ámbito laboral y está dado de alta como tal ante la autoridad laboral»

⁴⁵⁸ «b) Lugar de trabajo, a aquel donde se prestan los servicios contratados con terceras empresas por el personal asignado a cada uno de ellos. En el resto de supuestos de movilidad geográfica, se estará a lo dispuesto en el art. 40 del ET (EDL 2015/182832) - El art. 26 del Convenio Colectivo de Pompas Fúnebres de Galicia (15-2-2019) Código: 82000565012002, configura la movilidad geográfica débil desde un triple prima: Criterio espacial: cambios de centro de trabajo con una distancia entre ellos igual o menor a 25 km
Criterio temporal: desplazamientos igual o menor a 30 minutos
Criterio jornada: se ha de realizar dentro de la jornada de trabajo y en medios de transporte facilitados por la empresa».

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

diferencia de km que el trabajador tuviera que realizar por día de trabajo, en jornada ordinaria, desde el centro de trabajo original al nuevo lugar, siempre y cuando este se encuentre más lejos de su domicilio habitual. Asimismo, en el artículo precedente, configura el pago de dietas en compensación a los gastos reales debidamente justificados y previamente autorizados. En todo caso, se matiza que la empresa anticipará la cantidad necesaria antes de que se efectúe el desplazamiento. En este supuesto, se aprecia la mejora en relación al estatuto de los trabajadores, pues, reduce la distancia límite de la movilidad geográfica a 25km, por debajo del criterio judicial medio. Además, establece otros dos parámetros que todavía la acotan más: tiempo invertido en desplazamiento y momento de la jornada en que ha de realizarse el mismo.

Muy relevantes resultan los Arts.14 a 19 del Convenio Colectivo de la Asociación Centro Trama, 2019-2021, de fecha 20-12-2018 (código: 90101972012014), relativo a una empresa dedicada a la atención de familias y al cuidado de menores. Así las cosas, en su artículo 14 se asocia la movilidad geográfica débil a los cambios de centro sean en la misma provincia o si trascienden la CCAA, los que no impliquen un desplazamiento igual o mayor a 75km. A criterio del autor, la configuración de esta forma de movilidad en este convenio colectivo puede resultar controvertida, en tanto en cuanto la distancia permitida para eximir al empresario de seguir las cautelas del artículo 40 ET resulta un tanto excesivo, máxime cuando no regula, directamente, si el desplazamiento diario máximo (alrededor de 150 km) de debería dentro o fuera de la jornada de trabajo. Para el caso de un traslado definitivo, el

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

art.18 prevé una compensación única de 400 euros, lo que, bajo mi consideración, resulta excesivamente baja.

Mucho más generoso se presenta el Convenio Colectivo de Activa Innovación y Servicios, S.A.U., 2019-202 (código: 90017142012008), que, en su artículo 17, regula una compensación mínima susceptible de mejora por acuerdo entre las partes y consistente en una cantidad económica a tanto alzado, que se abonará de una sola vez, equivalente a dos mensualidades de salario base bruto mínimo garantizado del grupo profesional más la parte del complemento *Ad Personam* que proviene de la diferencia de salarios base tras el ejercicio inicial de asignación a grupo y nivel profesional. Junto a ello, el Convenio dispone que el personal tendrá derecho a un permiso retribuido de cuatro días laborables para gestionar el desplazamiento geográfico. En el artículo 18 se dispone, en relación a los gastos del vehículo y kilometraje, que todos aquéllos costes propios del vehículo del trabajador serán por cuenta de éste, debiendo la empresa abonar los relativos al kilometraje conforme al sistema contenido en tal precepto⁴⁵⁹. Asimismo, también prevé, en el apartado segundo del

⁴⁵⁹ Artículo 18.1: *«se establecen dos modalidades: la primera, para quién realice un promedio semanal de km inferior a 1.000 km, se le abonará 0,33 0,33 € brutos por km recorrido. La segunda, destinada al personal que supere dicho promedio, ofrece varias alternativas, a elección de la persona trabajadora:*

- 1) Vehículo de Empresa de uso profesional, en modalidad de «renting» y tarjeta «SOLRED» vinculada al vehículo para su uso en desplazamientos por motivos laborales.*
- 2) Vehículo de Empresa de uso mixto particular y profesional, en modalidad de renting para su uso de lunes a domingo y tarjeta «SOLRED» vinculada al vehículo para su uso en desplazamientos por motivos laborales, haciéndose el trabajador cargo sus obligaciones fiscales y la Empresa practicará las correspondientes retenciones.*

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

citado artículo, el pago de dietas⁴⁶⁰. Es de destacar que el convenio exige que los gastos por desplazamiento deben abonarse desde el primer día en que éste se realiza, matizando que las vacaciones o festividades no interrumpen el mismo y que, en ningún caso, se abonarán dietas en los días de vacaciones. Por último, también ha de consignarse que el convenio deja abierta a la negociación entre partes el establecer un precio distinto dependiendo de las circunstancias del trabajo o lugar de emplazamiento o bien cuando se den circunstancias excepcionales y se tenga que adecuar el

3) *Vehículo particular de la persona trabajadora, quién asumirá los gastos de toda índole relativos al vehículo y la Empresa le abonará el kilometraje mensual a razón de 0,20 €/Km y un plus de disponibilidad de 120 euros brutos al mes en concepto de puesta a disposición de su vehículo particular para la actividad laboral diaria».*

⁴⁶⁰ Artículo 18.2: *«Prevé el devengo de dietas cuando la persona trabajadora realice su cometido funcional fuera del término municipal de su centro de trabajo habitual y del que constituye su domicilio y a una distancia que no permita la pernocta en su residencia habitual (se está refiriendo, pues, a supuestos de movilidad geográfica sustancial). Será la empresa la que gestione la reserva del alojamiento, abonándose media dieta (sin pernocta o manutención), y si no le fuera viable a aquélla realizarla, será el trabajador quién la gestione. La cuantía de las dietas diarias previstas son:*

a) Dietas de 1 a 9 días: El importe de las dietas para todos los grupos profesionales es de 86,53 €.

b) Dietas de 1 a 30 días: La cuantía de las dietas diarias para todos los grupos profesionales es de 49,92 €.

c) Dietas de más de 30 días: La cuantía de las dietas diarias para todos los grupos profesionales es de 31,06 €.

Y para compensar los desplazamientos con pernocta se establece la siguiente compensación:

– Complemento por desplazamiento de 3,5 € brutos/día para desplazamientos desde el primer día.

– Un día de compensación adicional por tiempo de descanso cuando dichos desplazamientos conlleven; 36 días laborables de desplazamiento continuados en un periodo de cuatro meses o 48 días laborables de desplazamiento no continuado en un periodo de cuatro meses.

- asimismo, determina que procederá el pago de media dieta cuando el trabajador no pueda regresar a comer y/o cenar a su domicilio por tener que atender tareas en lugar distinto del habitual, fijando su importe en 11,09 € brutos en concepto de media dieta por la comida y/o 11,09 € brutos por la cena».

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

precio a las mismas, debiendo informarse trimestralmente a la Comisión Paritaria de esos eventuales acuerdos.

8.3 Conclusiones

Del estudio del ámbito convencional realizado, se infiere que la movilidad geográfica no sustancial o impropia, pese a no venir regulada como tal en un precepto normativo concreto, está muy presente en la negociación colectiva. Y ello obedece a la lógica más elemental: la relación laboral es de tracto sucesivo, por lo que es habitual la variación de las condiciones inicialmente pactadas. A ello, cabe añadir que, una multiplicidad de actividades profesionales requieren, para su ejecución, desplazarse a ubicaciones distintas del centro de trabajo, aunque no supongan un cambio de este. En efecto, la movilidad geográfica no sustancial o débil, no abarca únicamente los cambios de centro de trabajo que no exijan modificar la residencia, sino también los desplazamientos a otras poblaciones, sin que concurra dicha necesidad de cambiar el domicilio. En efecto, cuando se estudiaba la figura del desplazamiento, se defendía que, a diferencia de los traslados, no se exigía que el emplazamiento de destino fuera un centro de trabajo ex artículo 1.5 ET. Siguiendo con este planteamiento, cuando los desplazamientos no exijan cambio de residencia, se estará ante otra manifestación de movilidad geográfica sustancial, impropia o débil.

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

Por lo general, los convenios colectivos regulan esta materia de dos formas distintas: junto a la movilidad geográfica, diferenciándolas entre ellas; o en un apartado distinto que, por lo general, será bajo el epígrafe destinado a las dietas y otros gastos de desplazamiento. En los primeros supuestos, ciertos convenios determinan la distancia entre el centro de trabajo de origen y el de destino -para los cambios locativos permanentes-, y entre el centro de origen y el lugar de destino -para las modificaciones temporales-, a partir de los cuales se entenderá concurrida la necesidad objetiva de cambio de residencia. Dicho de otra forma, se establece la línea divisoria entre la movilidad geográfica sustancial y la débil o impropia. En tales casos, la divergencia interpretativa, a priori, será inferior respecto de los ámbitos sectoriales en los que no se cifre esa distancia. Ahora bien, ello no es óbice a que la persona trabajadora afectada por una movilidad sustancial, considere que la distancia determinada en convenio es abusiva, en los términos del artículo 40 ET, y proceda a su impugnación o interese judicialmente la rescisión de su contrato, si es que la Empresa le deniega tal derecho.

Otros convenios, en cambio, no cuantifican esa distancia que sirve de separación, pero sí consignan otros parámetros objetivos como el tiempo invertido, la comunicación, etcétera. También es posible que se regulen conjuntamente sin que se establezca más elementos de determinación que la remisión al articulado del estatuto de los trabajadores. En cualquiera de esos tres supuestos en las que se regulan conjuntamente, es habitual que se determinen los importes asociados a cada cambio locativo; desde los gastos de traslado ex artículo 40.1 ET,

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

hasta las dietas a abonar a empleados desplazados temporalmente a una población que no exige cambio de residencia, pasando por muchos otros supuestos.

En los convenios que se regulan por separado, es frecuente encontrar un mero detalle de los importes de las dietas para la manutención y los gastos de desplazamiento. Pese a que se decía que se regulan en preceptos distintos, se ha de matizar que en el articulado destinado a las dietas, es frecuente que también se incluyan las previstas para suplir los gastos de pernocta fuera del domicilio, supuestos en los que más parece estarse ante una movilidad sustancial (desplazamiento a otra población que exija cambio de residencia). Ahora bien, esto no debe interpretarse de forma rígida y absoluta, pues habrá que estar al caso concreto. Es cierto que, cuando se analizaban el contenido de los convenios, se efectuaba esta distinción entre los desplazamientos que devengan dietas por pernocta de los que no, agrupando los primeros dentro de la movilidad sustancial y los segundos en la no sustancial o débil. Tal proceder se ha realizado a efectos de ir identificando, en cada caso, lo que, a priori, estaría más cerca de una u otra institución, si bien, como he referido, no ha de ser interpretado en términos definitivos.

Otra de las conclusiones que se extraen del estudio realizado es que las partes negociadoras buscan, con cierta frecuencia, mejorar las prerrogativas del artículo 40 ET, con dos manifestaciones dominantes: la primera y principal, fijando una distancia, a partir de la cual resulta de aplicación el artículo 40 ET, sensiblemente inferior a los 30 km referidos

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

en el ya citado artículo 301 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y muy inferior a los 70 km que se ha considerado por el autor, en la Parte II de la tesis, como distancia límite media -que, en todo caso, ha de conjugarse con otros parámetros-. Ahora bien, también se localizan otras formas de mejora, entre otras: prohibir los traslados durante el primer año de prestación de servicios; establecer un orden de preferencia de forma que se proteja a determinados colectivos; y determinar unos importes considerables a abonar a la persona trabajadora como gastos de traslado. Ahora bien, en otros sectores, principalmente en el de la construcción, se percibe un intento de flexibilización del artículo 40 ET, o más concretamente, de aplicación generalizada de la excepción contenida en aquél en relación con los centros de trabajo móviles e itinerantes.

En cuanto al a forma de llevar a cabo la modificación, no se establecen especiales exigencias, ni formales ni de contenido, si bien, resulta prudente comunicarlo por escrito, ya sea con una mera consignación de las razones.

En síntesis, se trata de una materia del derecho con importancia en la negociación colectiva, cuyo origen normativo se enmarca dentro del *ius variandi* empresarial, ex artículos 5-a) y 20 ET. Esta facultad empresarial le habilita para introducir variaciones accidentales, sin sujeción a procedimiento o justificación alguna, más allá de no contravenir el

PARTE IV. Movilidad Geográfica no sustancial

ordenamiento jurídico. En este sentido, el empresario, deberá cumplir con lo previsto en convenio colectivo o en el contrato individual de trabajo⁴⁶¹.

⁴⁶¹ STS de 27 de octubre de 2003, Rec. 4614/2002.

PARTE V. PROCEDIMIENTO DE TRASLADO

CAPÍTULO 9. DISTINCIÓN ENTRE TRASLADO INDIVIDUAL Y TRASLADO COLECTIVO. PERSPECTIVA COMUNITARIA

9.1 Introducción

En esta Parte de la tesis, se abordarán los dos tipos de procedimientos previstos por el legislador para llevar a cabo el traslado de trabajadores: el individual y el colectivo. Como se desarrollará a continuación, el elemento clave para determinar si se sigue un cauce u otro vendrá condicionado por el número de trabajadores afectados, si bien, conjugado debidamente con los términos centro de trabajo y empresa. Sobre este último particular, y como cuestión previa, se debe analizar con profundidad la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha supuesto un vuelco al criterio judicial mantenido por nuestros tribunales en lo atinente al cómputo de trabajadores a efectos del despido colectivo que, por extensión a los traslados y desplazamientos, merece ser traído a colación. En este sentido, se valorará si, pese a que el texto normativo alude al concepto «empresa», se ha de tomar éste o por el contrario el «centro de trabajo» afectado, dedicándose a tal fin el presente Capítulo .

La raíz de esta cuestión trae causa en la disímil redacción entre el Estatuto de los Trabajadores, en materia de despidos colectivos, y la

PARTE V. Procedimiento de Traslado

prevista en la Directiva 98/59 CE/ del Consejo, de 20 de julio de 1998, en lo relativo a la unidad a tomar en consideración *-empresa vs centro de trabajo-*, para dilucidar si un conjunto de despidos objetivos, producidos dentro de un espacio temporal concreto, debe seguir el cauce individual o colectivo establecido legalmente. Así, el primero fija como dicha unidad *«la plantilla de la empresa en su conjunto»*, mientras la Directiva hace lo propio con el personal del *«centro de trabajo afectado por los despidos»*. Esta disparidad ha desembocado en un debate doctrinal que ha estado servido durante mucho tiempo: diferentes interpretaciones, nutridas por pronunciamientos judiciales disidentes. Dentro de esta ceremonia de la confusión, se erigió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo criterio ha sido transmitido, a modo de bandera de unidad, a través de su sentencia de fecha 13-5-2015, nº C-392/2013, que ha venido a zanjar una dicotomía que parecía eviterna. Empero antes de adentrarnos en el criterio establecido por el Alto Tribunal Europeo, conviene atender a los planteamientos precedentes.

Dos han sido los principales focos de discusión: el primero, la interpretación teleológica del artículo 51 ET. El segundo, la coexistencia legal del meritado precepto con la normativa comunitaria, habida cuenta de su diferente contenido en cuanto a la unidad de cómputo. Dentro del primer escenario, convergían dos postulados que albergaban reconocida coherencia: de un lado, la voluntad inequívoca del legislador nacional plasmada en la dicción literal del artículo 51 ET (en igual sentido que en los arts. 40.2 y 41.2 ET), que no era otra que tomar como referencia la plantilla total de la «empresa» a efectos de determinar si un despido era o

PARTE V. Procedimiento de Traslado

no colectivo; de otro lado, que el citado artículo es una transposición de la Directiva del Consejo 75/129, de 17 de febrero, posteriormente revisada por la Directiva 92/56, de 23 de junio, y como tal debería ser interpretado y aplicado, por lo que la unidad de referencia tenía que ser el «centro de trabajo afectado por los despidos».

El segundo escenario todavía era más complejo. En efecto, se valoraba si la regulación del ET, al aludir a la «empresa» como unidad de referencia, en detrimento del «centro de trabajo», infringía *de facto* el derecho comunitario. De ser así, y habida cuenta de que la normativa comunitaria, en tanto inspiradora de los principios de toda la Unión Europea, tenía un carácter preeminente sobre nuestra legislación interna, se convenía que los jueces nacionales no deberían dictar resoluciones aplicando el tenor estricto del artículo 51 ET, pues ello supondría contradecir, en todo o en parte, la referida normativa europea. En contra, se argumentaba que la legislación nacional resultaba perfectamente ajustada a derecho, en la medida que el procedimiento previsto era más garantista que el resultante de aplicar la meritada Directiva⁴⁶². En esa línea, se mantenía que la Directiva del Consejo 75/129, en su artículo 5⁴⁶³, autorizaba a los Estados, para que pudieran aplicar disposiciones más favorables, en armonía con el artículo 3.3 ET.

⁴⁶² GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos... op. cit* (1996), pág. 73. En ese sentido, STSJ de Castilla-La Mancha, de 21 de abril de 1999 (AS 1565).

⁴⁶³ Artículo 5 Directiva 75/129/CEE del Consejo: «*La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores*». La Directiva 92/56 añadió: «*o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores*».

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Y es precisamente en tal autorización en dónde se quiso fundamentar la exégesis mantenida por parte de nuestros tribunales durante lustros⁴⁶⁴, consistente en aplicar la teoría del cómputo de la totalidad de trabajadores de la empresa y no del centro o centros de trabajo afectados, pues la consideraron, a todas luces, más beneficiosa para el trabajador. La *ratio decidenci* descansaba sobre la firme convicción de que, con este sistema de cómputo, se permitía alcanzar más fácilmente el umbral para estar ante una medida de carácter colectivo -cuyo procedimiento resulta más garantista que el previsto para las medidas individuales-. Así, salían al paso afirmando que la aplicabilidad de la normativa nacional (empresa y no centro de trabajo), no vulneraba la Directiva Comunitaria, en tanto en cuanto hallaba perfecto encaje legal en el citado artículo 5. Este mismo criterio, y conviene adelantarlo desde este momento, es el que ha venido siguiendo el Tribunal Supremo para los traslados colectivos.

Este razonamiento, que marcó la línea jurisprudencial durante varios años, ha sido modificado por el TJUE, que, dando un giro completo al criterio defendido por el legislador español, ha desautorizado la solución adoptada por el artículo 51 ET y consecuentemente por los juzgados nacionales. En efecto, la citada Resolución del TJUE ha cincelado con esmero un razonamiento deductivo en virtud del mismo

⁴⁶⁴ STS de 18 de marzo de 2009, Rec. 1878/2008 y STSJ Castilla-La Mancha, de 21 de abril de 1999, Rec. 1163/1998.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

consigue acreditar que el artículo 51 ET deviene, en determinados supuestos, menos favorable para el trabajador que el texto aprobado por la citada Directiva Europea -y, por ende, contrario a ésta-. Evidentemente, la censura de la meritada sentencia no se produce respecto de todo el contenido del artículo 51 ET, sino únicamente en relación a la *unidad de referencia* a tomar consideración a efectos de determinar si un despido es o no de carácter colectivo.

Este cambio terminológico -en la unidad de referencia- puede parecer poco trascendente desde un plano estrictamente práctico, máxime cuando un alto porcentaje de empresas españolas son «unicelulares», -esto es, poseen un único centro de trabajo-, por lo que ambos términos, «*centro de trabajo*» y «*empresa*», convergen ciertamente (a los efectos que me ocupan). Sin embargo, lo bien cierto es que cuando la Empresa tenga más de un centro de trabajo, la repercusión de la sentencia del TJUE será sustancial, materializándose en algo tan sensible y relevante como pueda ser la inaplicabilidad del derecho español ante la reducción de derechos que aquél produce respecto de la normativa europea. Se va a situar el problema en su contexto: el despido colectivo, como medida empresarial objetiva más traumática, requiere de la tramitación de un procedimiento, que deviene en un instrumento de garantía para los trabajadores, en contra de lo que acontece con las extinciones individuales. En consecuencia, tomar como punto de referencia la plantilla total de una empresa -en detrimento del número de trabajadores pertenecientes al centro de trabajo afectado por los despidos-, habitualmente comportará que los umbrales del despido objetivo se incrementen, con el resultado de no hacer exigible el

PARTE V. Procedimiento de Traslado

procedimiento establecido al efecto para los despidos colectivos, incluidos los derechos de información y consultas que hubieran podido ejercitar los representantes de los trabajadores afectados por los despidos. La relevancia de estos derechos es tal, que incluso se configuraron como fundamentales, en el artículo II-87 del Proyecto del Tratado de la Constitución Europea.

A efectos de una mayor comprensión de lo que expongo, me remito al Anexo de esta Tesis (*supuesto: plantilla de trabajo vs plantilla empresa*).

En síntesis, la diferencia entre ambos textos normativos era tan ostensible como trascendente, sin que cupiera apreciar en la norma española una mejora respecto de las condiciones establecidas en la directiva europea. Ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha averado, y lo ha hecho en términos absolutamente inconcusos, como si tratara de impetrar al legislador nacional para que, sin dilación alguna, modificara el artículo 51 ET. De momento, la respuesta se está haciendo esperar, no en cambio por nuestros tribunales, que ya están aplicando la doctrina del TJUE, como se verá a continuación. En cualquier caso, el presente apartado tendrá por objeto analizar con profundidad la doctrina judicial asentada por la citada sentencia, para posteriormente valorar si puede desplegar sus efectos sobre los traslados colectivos ex artículo 40.1 ET, o únicamente tiene proyección sobre los despidos ex artículo 51 ET.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

9.2. Antecedentes

En la Sentencia 13-5-2015, nº C-392/2013, la cual constituye el centro neurálgico del estudio a realizar en este capítulo, se han venido a resolver varias de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Magistrado *a quo* encargado de dirimir el procedimiento *Rabal vs Nexea*, seguido, en materia de despido, ante el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. La citada contienda judicial se inició mediante demanda interpuesta por el Sr. Rabal, contra la Empresa NEXEA GESTIÓN DOCUMENTAL S.A., en impugnación de su despido, solicitando el actor que se declarara su nulidad, al considerar que debían haberse seguido los trámites de los despidos colectivos.

Antes de entrar a estudiar los fundamentos de derecho esgrimidos por el trabajador, es conveniente detallar la secuencia de despidos registrada: el 20-7-12, catorce empleados del centro de Madrid; el 16-8-12, dos empleados del centro de Barcelona; en septiembre de 2012, un empleado del centro de Madrid; en Octubre y Noviembre de 2012, tres finalizaciones de contrato del centro de Madrid; en Octubre y Noviembre de 2012, dos finalizaciones de contrato del centro de Barcelona; y el 20-12-12, se procedió al despido del actor y al de otros doce empleados del centro de Barcelona

Antes de las primeras extinciones, de fecha 20-7-12, el centro de Madrid contaba con 164 empleados y el de Barcelona con otros 20,

PARTE V. Procedimiento de Traslado

sumando un total de 184 trabajadores. Por ende, al momento de producirse el despido del actor, en fecha 20-12-12, había un total de 162 trabajadores en la empresa, de los cuales, 146 pertenecían al centro de Madrid, y 16 al de Barcelona. Los tres trabajadores de Barcelona no despedidos, fueron trasladados al centro de Madrid, procediéndose así al cierre del primero.

Descendiendo ahora a los argumentos invocados por el demandante, el Sr. Rabal postulaba que su despido se declarara de carácter colectivo, de un lado, porque se había procedido al cierre del centro de trabajo de Barcelona, que debía asimilarse al «*cierre de empresa*», previsto en el artículo 51 ET, en consonancia con la Directiva 98/59; de otro, porque se había alcanzado el umbral numérico que establece la normativa nacional y que transpone la Directiva 98/59, en la medida que, a su entender, debía computarse, asimismo, las extinciones de los contratos de trabajo de duración determinada. Respecto de este segundo alegato, tal y como se observa en los datos consignados anteriormente, en los meses de octubre y noviembre de 2012, se produjo la extinción -por finalización del contrato- de cinco empleados. En consecuencia, el actor adujo que las extinciones a computar eran dieciocho -las cinco referidas, más los trece despidos efectuados el 20-12-12-, y, en la medida que representaban más del 10% del total de la plantilla en ese momento (167 empleados), se estaba ante un despido de carácter colectivo. Llegados a ese punto, el juez nacional decidió suspender el procedimiento para formular cuatro cuestiones prejudiciales al TJUE. La primera de ellas giraba en torno a si el concepto de «*despido colectivo*» regulado por la Directiva, que incluye todas las extinciones de contrato por motivos no inherentes a la persona

PARTE V. Procedimiento de Traslado

del trabajador, se opone a la normativa nacional, que incluye únicamente, dentro de esa categoría de despido, a los que vengan motivados por la existencia de causas técnicas, organizativas, económicas o de producción. La segunda, concomitante de la anterior, cuestionaba si la Directiva también incluía, en ese elenco de despidos, las finalizaciones del contrato por expiración del término convenido. En la tercera cuestión, se preguntaba si el artículo 1-2-a) de la Directiva, debía interpretarse en el sentido de que, para considerar producidos despidos en el marco de contratos de duración o para una tarea determinada, era necesario que la causa de los mismos derivara de un mismo marco, o si se admitía que procediera de diferentes. Por último, en la cuarta cuestión, se solicitaba al TJUE orientación sobre el concepto de «*centro de trabajo*» empleado por la normativa europea en la Directiva 98/59.

Si bien, la cuarta pregunta es la que resulta relevante a efectos del presente apartado, procede reflejar, ya sea de forma sucinta, lo resuelto por el Tribunal Europeo en relación al resto de las cuestiones planteadas. En cuanto a la segunda, el Tribunal aseveró que no debía computarse las extinciones por expiración de la duración pactada, a efectos de los umbrales del despido colectivo. Respecto de la tercera, concluyó que no es necesario que la causa de los despidos derive de un mismo marco de contratación colectiva para una misma duración o tarea determinada. No entró a resolver, en cambio, la primera de las cuestiones, y ello por cuanto al abordar la cuarta -que, en el orden de la sentencia, fue la primera en enjuiciar-, el Tribunal llegó a la conclusión de que la Directiva no era de aplicación al caso de Autos, por lo que la resolución de la primera cuestión

PARTE V. Procedimiento de Traslado

devino innecesaria a efectos del procedimiento. Esta cuarta cuestión se estudia de forma separada en el apartado siguiente, no obstante, debe precisarse que, sobre la primera interpelación, el TS ya se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, considerando que deben incluirse las extinciones improcedentes de contratos de trabajo de duración determinada⁴⁶⁵, como también las que se amparen en motivos disciplinarios y hayan corrido la misma suerte que los anteriores⁴⁶⁶ e incluso los despidos de personas vinculadas por relación laboral indefinida no fija en las Administraciones Públicas⁴⁶⁷.

9.3. Interpretación del concepto «centro de trabajo» por el TJUE

Como anunciábamos, en la cuarta -y principal- cuestión prejudicial planteada, el juez nacional precisaba del TJUE que arrojará luz al «concepto de centro de trabajo» empleado por la Directiva 98/59 CE/ del Consejo, de 20 de julio de 1998. Esta petición traía causa en la evidente disparidad conceptual existente entre el texto del artículo 51.1 ET, que alude al término «empresa», a efectos del cómputo de trabajadores para ver de aplicar los umbrales del despido colectivo, y el artículo 1 de la Directiva, que hace lo propio pero empleando la locución «centro de trabajo».

⁴⁶⁵ SSTS de 3 de julio de 2012 (2), Rec. 1657/11.

⁴⁶⁶ SSTS de 25 de noviembre de 2013, Rec. 52/13 y 18 de noviembre de 2014, Rec. 65/14

⁴⁶⁷ STS de 24 de junio de 2014, Rec. 217/13.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Pues bien, el alto Tribunal Europeo se mostró categórico al afirmar que el «*centro de trabajo*» es un «*concepto de Derecho de la Unión y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros*». Esta afirmación es coherente con lo declarado por el propio Tribunal en su sentencia ROCKFON⁴⁶⁸, en la que vino a definirlo como «*aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido*». Relata la sentencia que ahora se estudia, que el TJUE llegó a esta definición partiendo de la valoración hermenéutica de la naturaleza de la relación laboral, abordada en la Sentencia BOTZEN y otros⁴⁶⁹, apartado 15: «*se caracteriza -la relación laboral- esencialmente por el vínculo existente entre el trabajador y aquella parte de la empresa a la que se halle adscrito para desempeñar su cometido*». De este precedente, pues, parte el Tribunal para cimentar la definición de «*centro de trabajo*», que, de forma inmediata e incluso rotunda, lo diferencia del concepto global empresa, en el bien entendido de que, en ocasiones, podrán coincidir ambos.

Se alude también a la Sentencia del TJUE en el caso ATHINAÏKI CHARTOPOIÏA⁴⁷⁰, en la que el Tribunal ahondó en el concepto de «*centro de trabajo*», definiéndolo como una «*entidad diferenciada*», con «*cierta permanencia y estabilidad*», que tenga atribuida la realización de una o varias funciones, disponiendo de un conjunto de medios técnicos y humanos, así como una estructura organizativa oportuna. En esa misma

⁴⁶⁸ STJUE C-449/93, EU:C:1995/:420, apartado 32.

⁴⁶⁹ STJUE 186/83, EU:C:1985:58.

⁴⁷⁰ STJUE C-270/05, EU:C:2007:101.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

sentencia, el TJUE afirmó que «*los conceptos de empresa y centro de trabajo son distintos*» y que el segundo, generalmente, es una parte del primero.

Se desprenden, por ende, dos consideraciones: primera y principal, que el concepto de «*centro de trabajo*» viene determinado por la normativa europea, y no por las legislaciones nacionales. Segunda, que el TJUE ha separado jurídicamente los conceptos «*centro de trabajo*» y «*empresa*». Con ello, debe o debería haber quedado cerrado todo debate, o resquicio a cualquier postulado que pretenda defender, aún en términos estrictamente conceptuales, que el artículo 51 ET se atiene plenamente a la Directiva, en cuanto a la unidad de referencia a tomar en consideración. De esta forma, solo en aquellos casos en los que la aplicación del artículo 51 ET resulte más favorable para los trabajadores que lo resultante de lo regulado en la Directiva, se ajustaría a ésta, pero no en caso contrario.

Retomando el *iter* deductivo, respecto de la primera consideración, esto es, que el TJUE haya declarado que el concepto de «*centro de trabajo*» empleado en la Directiva, sólo responde a la consideración que se ha efectuado del mismo por el Tribunal Europeo, supone restar aplicabilidad al artículo 1.5 ET, al menos, cuando se trata de despidos de carácter colectivo. Esto puede resultar relativamente fútil, en la medida que el concepto de «*centro de trabajo*» manejado por el TJUE y por el legislador nacional, son ciertamente coincidentes, y se diferencian claramente del de «*empresa*». En este sentido, el artículo 1.5 ET, alude al

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Centro de Trabajo como esa unidad productiva con organización específica que sea dada de alta como tal ante la Autoridad Laboral, y que, tal y como ha referido BLASCO PELLICER⁴⁷¹, suele fijarse expresamente por las partes en el contrato de trabajo, en virtud de los artículos 1255 del Código Civil y 3.1-c del ET, al tratarse de una cuestión «absolutamente contractual». Me remito, en este punto, a lo expuesto en la Parte I de la tesis.

Llegados a este punto, parece oportuno detenerse a analizar qué ocurriría si el meritado artículo 1.5 ET, equiparara el concepto «*centro de trabajo*» al de «*empresa*». De entrada, nos encontraríamos con que, de no existir esta primera consideración del TJUE, el artículo 51 ET no vulneraría, aparentemente, la directiva europea, al menos, desde un punto de vista conceptual, pues los términos «*centro de trabajo*» y «*empresa*» expresarían la misma noción jurídica. Pues bien, he ahí la trascendencia de la sentencia ROCKFON (C-449/93, EU:C:1995/:420), que, al regular los despidos colectivos, ha fijado la definición del «*centro de trabajo*» que debe tomarse en consideración, con independencia de las análogas de cada legislación nacional, a las cuales cierra toda puerta que conduzca a una definición dispar a la acuñada por el TJUE. Lo mismo cabe predicarse respecto de la segunda consideración. De no haber separado taxativamente el TJUE, los términos «*empresa*» y «*centro de trabajo*», podría ocurrir que, aun manteniendo la definición atribuida por aquél al centro de trabajo, se entremezclara con el término «*empresa*» fijado por una

⁴⁷¹ BLASCO PELLICER, A.: *La individualización...* op.cit (1995), págs. 252 y 253.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

legislación nacional concreta, pudiendo albergar esta última notas coincidentes o similares. Siguiendo este hilo conductivo, se llegaría a la misma conclusión alcanzada anteriormente, esto es, que la normativa nacional no contraviene la Directiva 98/59 CE/ del Consejo, de 20 de julio de 1998.

Con todo, a la vista del contenido de la sentencia referida, se explica que el TJUE declarara que el artículo 1, apartado 1º, párrafo primero, letra a) de la Directiva referida es contrario a «*una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esa Directiva*». Dicho de otra forma, es contrario a la normativa, el artículo 51-1 ET, en la medida que este precepto, como se ha expuesto, emplea como única unidad de referencia para determinar si un despido es o no colectivo -y, por ende, si es preceptivo el procedimiento de información y consulta- la empresa en su conjunto, y no el centro de trabajo.

9.4 Cambio de paradigma: primeras sentencias aplicando la doctrina del TJUE

El enunciado aconseja partir de una cuestión previa, que no es otra que el puesto que ocupa la normativa europea dentro de nuestro sistema de fuentes. La transición a la democracia, como es bien sabido, permitió,

PARTE V. Procedimiento de Traslado

entre otros particulares, situar a la *Carta Magna* de 1978, en la cúspide de nuestro ordenamiento, erigiéndose como norma suprema. En este sentido, el Tribunal Constitucional⁴⁷², desde antiguo, viene aseverando que *«conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del poder Judicial están sujetos a ella»*.

Con la firma del Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea -actual Unión Europea-, y sus efectos a partir del 1-1-1986, España abrió sus puertas fronterizas a sus vecinos europeos, dando paso a un nuevo escenario económico, social, institucional, político y jurídico. En lo que respecta a este último plano, el jurídico, la entrada en la UE supuso que los Tratados Constitutivos pasaran a formar parte de nuestro derecho interno, atisbándose así una alteración significativa en el horizonte jurídico nacional. En efecto, si bien la Constitución Española continuó -y continúa- siendo la norma suprema de nuestro ordenamiento, el derecho comunitario ha ido consolidando una preeminencia aplicativa respecto de cualquier regulación interna de los países miembros.

⁴⁷² STC 16/1982, de 28 de abril, Rec. Amparo 2/1981.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

La eficacia real de este carácter prevalente del Derecho comunitario es, en muchas ocasiones, consecuencia de las resoluciones del TJUE. Efectivamente, dicho Tribunal, en su sentencia de fecha 15-07-1964 (asunto 6/64 - Costa/E.N.E.L), formuló el criterio de preferencia del derecho comunitario sobre el nacional de los países miembros, siendo posteriormente desarrollado por su otra sentencia, de fecha 9-3-1986 (asunto 106/77 - Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal)-, asentándose así la «doctrina Simmenthal»⁴⁷³. El Tribunal Constitucional no han venido sino en confirmar esta doctrina⁴⁷⁴. Pese a esta doctrina, lo

⁴⁷³ 22: «que, por consiguiente, serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar éste la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias».

24: «que, por tanto, hay que responder a la primera cuestión que el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

26: «Considerando que de la respuesta dada a la primera cuestión se desprende que el Juez nacional tiene la obligación de garantizar la protección de los derechos concedidos por las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación efectiva, por los órganos nacionales habilitados a tal efecto, de las eventuales medidas nacionales que constituyan un obstáculo a la aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias».

⁴⁷⁴ STC 145/2012, de fecha 2 de julio de 2012: «en este sentido debemos recordar (como ya lo hicieramos en ATC 228/2005, de 1 de junio, FJ 5) que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

cierto es que el Tribunal Supremo⁴⁷⁵, ya había venido en resolver la contradicción existente entre ambos textos normativos, otorgando preeminencia al artículo 51 ET. Además, razonaba el TS que la traducción del texto de la normativa comunitaria, en cada versión lingüística nacional, incorpora nociones diferentes, de ahí que se admita un tratamiento flexible de la misma. En último término, argumentaba el Tribunal que la razón de ser de la Directiva era la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos, teniendo como fin mejorar la protección de los trabajadores. Siguiendo ese *iter* deductivo, llegaba el TS al convencimiento de que, a través del cauce del artículo 5 de la Directiva -que confiere a los estados miembros la facultad de aplicar o introducir disposiciones más favorables-, quedaba justificado el contenido distinto del artículo 51 ET, en la medida que, a criterio del TS, mejoraba la

pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones. En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra S. 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978, y en la S. 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores S. 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend»

⁴⁷⁵ STS de 18 de marzo de 2009, Rec. 1878/2008: «lo cierto es sin embargo, y como ya se ha dicho, que el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 se refiere de forma inequívoca a la empresa como unidad para el cómputo de los trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, configurando a la empresa como marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla; unidad de computo que cumple mejor la función de garantía, como ha señalado la práctica totalidad de la doctrina científica».

PARTE V. Procedimiento de Traslado

regulación. Eso sí, en aquél entonces, la legislación nacional exigía a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria).

Pues bien, se ha hecho necesaria la intervención del TJUE para conseguir esa eficacia real, o al menos, intentarlo. Efectivamente el Tribunal Europeo ha resuelto que el contenido del artículo 51.1 ET, conculca la directiva europea. Llegados a este punto, se suscita la cuestión relativa a la posición adoptada por Tribunal Supremo al respecto. Pues bien, no se han hecho esperar las resoluciones de nuestros tribunales aplicando la doctrina del TJUE. Tal es el caso de lo resuelto por el TSJ País Vasco⁴⁷⁶, que vino en considerar que, efectivamente, se había producido un despido colectivo, tomando para ello como referencia la plantilla del centro de trabajo afectado por las extinciones contractuales, en lugar de la total existente en la empresa.

Con anterioridad a la sentencia europea estudiada, además, nuestros tribunales ya habían aplicado el criterio de la Directiva⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ STSJ del País Vasco, de 12 de mayo de 2015, Rec. 5/2015: aunque las extinciones totales no alcanzaban el 10% de la plantilla total de la empresa (27 despidos, frente a los más de 3.000 trabajadores), lo cierto es que en el centro de trabajo de Mungia, integrado por una plantilla de 77 operarios, sí se cumplían los umbrales de la Directiva, por lo que, siguiendo la doctrina establecida por el TJUE, declaró la nulidad de los despidos individuales.

⁴⁷⁷ STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 28 de diciembre de 2007, Rec. 741/2007.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

A mayor abundamiento, el criterio seguido por el TS sobre el mayor grado de garantía que suponía la legislación nacional respecto de la comunitaria ha quedado en tela de juicio, pues, tras la supresión de la necesaria autorización previa de la Autoridad Laboral, no parece que esa lectura se sostenga. Además, y en relación con la movilidad geográfica, es necesario referirse a la nueva redacción del artículo 40 ET, brindada por la Ley 3/12, de 6 de julio, que ha redundado en una flexibilización notable de las causas que habilitan la imposición del traslado por parte del empleador. CABEZA PEREIRO y LOUSADA AROCHENA, mantienen que con la meritada ley «*se incrementan los poderes del empresario -en el caso de la movilidad geográfica a través de una importante erosión de la causalidad y de la eliminación total de las potestades administrativas*»⁴⁷⁸.

En síntesis, a mi entender, esta sentencia del TSJ País Vasco determina claramente la dirección que seguirán nuestros tribunales a la hora de valorar si un despido es o no de carácter colectivo, tomando para ello como punto de referencia los trabajadores adscritos al centro de trabajo afectado por aquél. Este nuevo criterio supone ciertamente un cambio de paradigma en materia extintiva, en la medida que un gran número de extinciones objetivas tendrán que pasar ahora por el cauce previsto para los despidos colectivos, dotando así a los trabajadores de una mayor cautela, cristalizada en el periodo de consultas previsto para dicho procedimiento.

⁴⁷⁸ CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Derecho del op.cit* (2013), pág. 144.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Corolario de lo que antecede, considero que el legislador español, a la luz de la sentencia del TJUE sobre despidos colectivos, debería adecuar la normativa que regula estas extinciones a la contenida en la Directiva Europea. De lo contrario, podría sancionarse a España, e incluso reclamar responsabilidad civil al Estado. Así las cosas, el artículo 260 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, prevé que *«si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. La Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias. Si el Tribunal declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva»*.

Esto no es algo baladí. En efecto, España es uno de los países más sancionados por la UE⁴⁷⁹. Así, a finales de 2012, había un total de 1.343 procedimientos de infracción abiertos⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Dato obtenido en http://www.20minutos.es/noticia/2071993/0/espana-uece/infracciones_infractores/expedientes-sanciones/.

⁴⁸⁰ Destacan, entre otros, los siguientes: *I. Doctrina Parot*. Con motivo de la liberación de la etarra Inés del Río, el Gobierno español presentó recurso que resultó desestimado por el TEDH, entendiendo que debía aplicarse la reducción de pena privativa sobre el total de años de condena y no sobre el máximo de cumplimiento.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Se aprecia, pues, la relevancia de esta cuestión. Ello no obstante, como venimos diciendo, todavía no se ha registrado reacción alguna por parte del legislador nacional.

9.5. Análisis de los posibles efectos de doctrina europea sobre los traslados

Lo que prosigue ahora es abordar la cuestión concerniente a si la sentencia del TJUE puede proyectar sus efectos sobre los traslados de trabajadores. Dicho en términos más específicos, si, a la hora de aplicar los umbrales del artículo 40.2 ET, se debe tomar como referencia la

II. El céntimo sanitario. El TJUE dictaminó que el céntimo sanitario recaudado en España resulta contrario a la normativa comunitaria, en concreto, refiere que no respeta la Directiva sobre los impuestos especiales, que exige que el objetivo del impuesto no sea exclusivamente presupuestario.

III. Uso de pelotas de goma en Ceuta. Con ocasión de la muerte de 15 personas en la frontera de Ceuta, a causa del uso por la Guardia Civil de pelotas de goma, la Comisión Europea de Interior advirtió que actuará si se ha producido vulneración de la normativa comunitaria.

IV. Sanción a Clubes de Fútbol. La CE expedientó a varios clubes por posibles privilegios fiscales que suponían ayudas públicas ilegales contrarias a la legislación de la UE.

V. Tarjeta Sanitaria. La sanción se produjo por rechazarse en ciertos hospitales públicos de zonas turísticas, la tarjeta sanitaria europea, debiendo los pacientes comunitarios hacer frente a los costos del tratamiento.

VI. Ayudas a la TDT. La CE falló que los operadores de plataformas de televisión digital debían devolver la suma de 260 millones de euros por ayudas públicas, al discriminar estas subvenciones a otras tecnologías.

VII. Guardia Civil. Se advirtió que no se estaba respetando la normativa comunitaria en materia de horas extras y tiempos de descanso, exigiéndose su inmediata adecuación.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

plantilla del centro de trabajo afectado por la movilidad geográfica (salvo que, en el caso concreto, resulte más favorable la fórmula del total de la plantilla de la empresa recogida en el ET). Todo juicio mínimamente razonable sobre esta interpelación debe partir de dos premisas básicas: De un lado, el hecho de que la STJUE se haya dictado con estricto anclaje en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, cuyo título es *la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos*. Esta realidad, a primera vista, parece alejar todo razonamiento que defienda la proyección de los efectos de la meritada sentencia más allá de los despidos objetivos.

De otro lado, y no menos cierto, el artículo 40.2 ET, relativo a la movilidad geográfica, contiene, en alguno de sus aspectos, un texto que es prácticamente trasunto del artículo 51 ET, tal y como ocurre con el concerniente a las modificaciones sustanciales del artículo 41.2 ET. Tampoco resulta desdeñable, pues, defender que, por analogía y, sobre todo, seguridad jurídica, los traslados y modificaciones sustanciales colectivas, al compartir una redacción prácticamente idéntica a la de los despidos colectivos -en relación a los umbrales numéricos que separan las medidas colectivas de las individuales-, deberían regirse por los mismos criterios a la hora de determinar su carácter individual o colectivo. En caso contrario, la uniformidad y seguridad jurídica del articulado del Estatuto podría quedar en entredicho, pues, ante mismos supuestos de hecho, se estarían aplicando reglas ciertamente distintas.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Pues bien, trazadas ambas líneas de razonamiento, y a fin de resolver la cuestión planteada, es conveniente ir de menos a más, esto es, de la regulación nacional a lo dispuesto a nivel comunitario. A tal fin, se partirá de un breve análisis de la evolución del texto normativo del Estatuto de los Trabajadores (a), para, posteriormente, examinar la doctrina científica, judicial y jurisprudencial sobre la interpretación de nuestros tribunales del artículo 40.2 ET, en concreto, sobre los umbrales que determinan la distinción entre traslados individuales y colectivos (b), la posible aplicación análoga de los tres artículos citados (c) y, finalmente, se examinará la normativa europea en materia de movilidad geográfica y la relación de jerarquía normativa vigente entre la normativa europea y la nacional (d).

9.5.1. Regulación histórica. Un recorrido por las diferentes normativas laborales

Si bien esta parte, al tratarse de un estudio de la evolución normativa, podría haber sido de estudio al inicio de esta tesis, he considerado mucho más pertinente realizarlo en esa fase, por los siguientes motivos: primero y principal, por cuanto las regulaciones que van a analizarse se refieren exclusivamente a los traslados (precisamente, el objeto del capítulo actual), cuando el trabajo de investigación que realizo trasciende de esa figura jurídica; segundo, para dar cumplimiento a una de las premisas de este trabajo, que es seguir una adecuada línea

PARTE V. Procedimiento de Traslado

secuencial, fijando para ello, en primer lugar, los elementos locativos que permitirán comprender esta disciplina.

Sentado lo anterior, conviene partir precisando que, a lo largo de la historia del derecho español, se han ido sucediendo diversas regulaciones del ámbito jurídico-laboral. La primera normativa que reguló la figura del traslado fue la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, promulgada tras la dictadura franquista. En su Sección VII, artículo 22, bajo la rúbrica «*traslados de residencia*», se introducía la regulación jurídica de los cambios de lugar de trabajo que llevaran aparejado una necesidad de cambio de residencia. En el meritado precepto, no se establecía distinción entre los traslados individuales y los colectivos. Con carácter previo a esta ley, como decía, las anteriores normativas reguladoras del Derecho del Trabajo, no habían previsto nada en relación a los traslados. Tal es el caso del Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926; Código de trabajo; el Decreto de 9 de marzo de 1938, por el que se aprobaba el Fuero del Trabajo⁴⁸¹; como el Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. La meritada ley 16/1976, fue modificada por el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sin que se introdujera modificación alguna respecto de los traslados.

Adentrados ya en el período constitucional, se dictó la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. En su artículo 40, se

⁴⁸¹ BOE, núm. 505, 10 de marzo de 1938, págs. 6178-6181

PARTE V. Procedimiento de Traslado

contenía un texto que era prácticamente trasunto del artículo 22 de la ley 16/1976, con pequeñas modificaciones en su contenido. El título de este precepto, pasó a denominarse «*movilidad geográfica*».

Respecto de los despidos por causas objetivas y modificaciones colectivas fundadas en las mismas, recogidos conjuntamente en la ley 16/1976, en su artículo 18, pasaron a tener una regulación separada en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Así, en su artículo 41, se regularon las modificaciones sustanciales, y en el 51, los despidos por causas objetivas. En la referida Ley 8/1980, de 10 de marzo, no se hacía alusión a los umbrales exigidos actualmente, respecto de ninguna de las tres figuras. Únicamente, en relación a los despidos, se decía en el apartado 13 que «*cuando el expediente afecte a empresas cuyo personal no exceda de cincuenta trabajadores o los trabajadores afectados no superen el cinco por ciento del personal del centro, los plazos se reducirán a la mitad, en cuanto a su duración, y la documentación justificativa será la estrictamente necesaria, a juicio de la autoridad laboral competente, para resolver fundadamente en cada caso*».

Con la ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, se introdujeron umbrales en los traslados, modificaciones sustanciales y despidos, que conocemos en la actualidad, separándose así las medidas individuales de las colectivas. Este

PARTE V. Procedimiento de Traslado

criterio, ha sido mantenido por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como por las reformas que este texto normativo ha experimentado posteriormente.

A la vista de lo que precede, se constata que, desde su introducción, con la ley 11/94, de 19 de mayo, el criterio delimitador común del carácter individual o colectivo de las modificaciones sustanciales, los traslados y los despidos, se ha mantenido plenamente inalterado. Así pues, pocas dudas quedan sobre la voluntad *histórica* del legislador nacional en este ámbito, que no ha sido otra que la de conferir una regulación idéntica, en cuanto al referido criterio se refiere, a las principales medidas empresariales existentes, dotando así al Estatuto de uniformidad y seguridad jurídica. De ahí que, si tras la sentencia del TJUE, se acaba desmarcando el despido de este criterio común, además de la inseguridad jurídica que ello podría entrañar, se estaría siguiendo una línea aplicativa ciertamente divergente a la establecida por el legislador nacional.

A ello debe añadirse la actual redacción del artículo 153 LRJS, que, al regular el procedimiento de conflicto colectivo, incluye dentro del mismo «*rango*» las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual (...) o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el

PARTE V. Procedimiento de Traslado

apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

9.5.2. Criterio jurisprudencial sobre el artículo 40.2 ET

El artículo 40.2 ET, compartiendo redacción con el 41.2 y 51.1 ET, precisa que será colectivo aquél traslado que, en un período de 90 días, afecte al siguiente número de trabajadores; 10 o más, en empresas que no alcancen el centenar de empleados; al 10 por cien de trabajadores, en empresas con plantilla de entre 100 a 300, ambos inclusive; o, en empresas de más de 300 trabajadores, cuando afecte a 30 ó más empleados. Para el resto de casos, el traslado tendrá la consideración de individual.

Tal y como sucede con los despidos, surgen dudas interpretativas sobre la aplicación de los umbrales del apartado 2º, del citado artículo 40 ET, en el sentido de si ha de tomarse como referencia de cómputo la plantilla total de la empresa, o los trabajadores adscritos a un centro de trabajo. Pues bien, en materia de traslados, esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo⁴⁸²: *«tan compleja redacción, inmodificada por las Leyes 3/2012 y 11/2013, nos permite advertir la presencia de dos parámetros o elementos numéricos que han de tenerse en cuenta. Por un*

⁴⁸² STS de 12 de febrero de 2014, Rec. 64/2013.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

lado, el número de trabajadores afectados por la medida empresarial, es decir, los trabajadores trasladados. Por otro, el número de trabajadores que prestan sus servicios en la totalidad de la empresa. Será "individual", esto es, sin necesidad de periodo de consultas, si el centro de trabajo en el que se produzcan los traslados ocupa a 5 o menos de 5 trabajadores, aunque el traslado les afecte a todos ellos y, por tanto, lejos de ser realmente "individual" más bien debería calificarse como "plural". También tiene el tratamiento "individual", pese a que pueda no afectar, como en el supuesto anterior, a todos los trabajadores de un mismo centro, si en el período de 90 días los traslados no superan los umbrales numéricos, referidos ahora a la totalidad de la plantilla empresarial, previstos en la norma arriba transcrita. Será "colectivo" (con consultas) si el traslado afecta a todos los trabajadores de un mismo centro de trabajo y en él estuvieran ocupados más de 5 trabajadores. También será siempre "colectivo", sea cual fuere el número de trabajadores afectados por centro de trabajo (aquí carece de importancia el centro), en los casos en que, en un período de 90 días (cómo se computa o cuál deba ser esa referencia temporal también es un enigma difícil de resolver pero no es el problema que el presente recurso plantea), la empresa en su conjunto (éste sí es aquí el parámetro decisivo) ocupe a un número de trabajadores que supere los umbrales legales.

En el supuesto de Autos, se dictó la nulidad del traslado, en la medida que la empresa tenía alrededor de 2.700 trabajadores y el traslado afectó a 84 trabajadores, repartidos en diversos centros de trabajo, por lo

PARTE V. Procedimiento de Traslado

que, al superar el umbral de los 30 trabajadores, debía seguir los trámites del traslado colectivo.

Corolario de lo anterior, para el cómputo de trabajadores en relación a los umbrales del artículo 40.2 ET, al menos hasta la comentada sentencia del TJUE, se tiene en cuenta la totalidad de trabajadores que haya en la empresa, con independencia del tipo de contrato laboral que ostenten, así como de si el centro de trabajo al que se están adscritos se ve o no afectado por las medidas empresariales de movilidad geográfica. Del mismo modo, si estamos ante un conjunto de empresas en el que concurren las notas marcadas por nuestra Jurisprudencia⁴⁸³ para entender que estamos ante un grupo de empresas con responsabilidad laboral solidaria o en fraude de ley, se computará la totalidad de trabajadores de todas ellas.

⁴⁸³ (a) Unidad de dirección. Se produce cuando las empresas no intervienen de forma independiente o autónoma (SSTS de 6 de mayo de 1981 [RJ 1981\2103] y 8 de octubre de 1987 [RJ 1987\6973]).

(b) Confusión de plantillas, trabajadores que prestan sus servicios indistintamente para varias sociedades del grupo, ya sea de forma simultánea o sucesiva (STS de 26 de enero de 1998 [RJ 1998\1062]).

(c) La creación de testaferros, esto es, sociedades sin sustento real con el único fin de evitar las responsabilidades laborales (SSTS de 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6094], de 3 de marzo de 1987 [RJ 1987\1321], de 8 de junio de 1988 [RJ 1988\5256] y de 12 de julio de 1988 [RJ 1988\5802]).

(d) Caja única, confusión de patrimonios (STS de 6 de marzo de 2002 [RJ 2002\4659]).

(e) Apariencia externa de unidad empresarial (STS de 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8583]).

PARTE V. Procedimiento de Traslado

9.5.3. Posible Aplicación analógica

En la medida que, como he referido anteriormente, los textos de los artículos 40, 41 y 51 ET encierran un grado de semejanza muy elevado, son habituales las resoluciones judiciales concordantes. Así, el Tribunal Supremo⁴⁸⁴, se ha referido en términos de «semejanza», al contenido de los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, relativos a la resolución indemnizada de los contratos. Más específicamente, en relación a los umbrales, la AN⁴⁸⁵, ha aseverado que *«se plantea entonces el problema de determinar cuál es el procedimiento adecuado para impugnar estos otros contenidos de la decisión empresarial de despido colectivo. A juicio de esta Sala es obvio que debe existir un procedimiento de impugnación colectiva, puesto que se trata de una decisión de alcance colectivo. Por consiguiente si no fuese de aplicación a estos contenidos el procedimiento del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social, lo sería el procedimiento de conflicto colectivo, bajo el cual caben, conforme al artículo 153 de la Ley de la Jurisdicción Social, todas las pretensiones que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre pactos o acuerdos de empresa (como serían los alcanzados en el periodo de consultas), o de una decisión empresarial de carácter colectivo, concepto que obviamente comprendería incluso el despido colectivo si no existiese norma procesal específica para el mismo.»*

⁴⁸⁴ STS de 22 de diciembre de 2008, Rec. 294/2008.

⁴⁸⁵ SAN de 12 de junio de 2014, Rec. 79/2014.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

También quedan comprendidas dentro del proceso de conflicto colectivo, las demandas sobre decisiones empresariales o pactos en periodo de consultas del apartado 2 del artículo 40, del apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475. Y también la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no estatutarios. Lo que claramente establece el artículo 153 es que "las decisiones empresariales de despidos colectivos se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de esta Ley"».

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁴⁸⁶. Y es que, como expongo es habitual la aplicación analógica de los referidos artículos, en la medida que contienen apartados con un elevado grado de semejanza⁴⁸⁷.

9.5.4.Regulación comunitaria sobre traslados

En materia de traslado de trabajadores, destacan las siguientes directivas:

⁴⁸⁶ STS de 24 de septiembre de 2013, Rec. 80/2012.

⁴⁸⁷ A modo de ejemplo, se citan las SSTs de 12 de febrero de 2014, Rec. 64/2013, de 24 de julio de 2015, Rec. 210/2014 y 25 de marzo de 2014, Rec. 140/2013.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

DIRECTIVA 2014/66/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales. Va destinada a regular traslados intraempresariales de empleados nacionales de terceros países que ocupen puestos de trabajo de directivos, especialistas o en formación, y que tengan por destino territorio de un Estado miembro, en aras de garantizar una gestión más eficaz de los flujos migratorios, así como un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros. No establece ningún umbral numérico que determine la separación entre traslados individuales o colectivos. Se dedica más bien a abordar cuestiones como por ejemplo las concernientes a la duración máxima de los traslados, que aconseja no superar los tres años -para directivos y especialistas-, y un año para los trabajadores en formación; otras, como el reconocimiento de las cualificaciones profesionales adquiridas por nacionales de terceros países en otro Estado miembro igual que aquellas adquiridas por ciudadanos de la Unión. Asimismo, remite a la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en el sentido de que los empleados desplazados deben beneficiarse de lo prevenido en la citada Directiva.

DIRECTIVA 96/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Regula los desplazamientos dentro del territorio de la Unión Europea, de empleados que prestan servicios para empresas establecidas en aquél. En

PARTE V. Procedimiento de Traslado

un plano conceptual, esta Directiva es interesante a efectos de nuestro estudio, pues proporciona la definición del «*trabajador desplazado*»⁴⁸⁸. Además, también arroja luz sobre el concepto «*trabajador*», remitiéndose expresamente a las definiciones brindadas por cada una de las legislaciones nacionales. Empero tampoco contiene regla alguna sobre la distinción entre desplazamientos individuales ni colectivos. Efectivamente, el núcleo duro de la Directiva es su artículo 3, relativo a las condiciones de trabajo y empleo que las empresas mencionadas en aquella, deben garantizar a los trabajadores desplazados, en relación a una serie de materias enumeradas en dicho precepto, y entre las cuales no figura mención alguna al número de trabajadores desplazados.

DIRECTIVA 2014/67/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»). Tampoco contiene ninguna distinción sobre desplazamientos individuales ni colectivos, centrándose dicha Directiva, principalmente, en establecer un marco común de disposiciones, medidas y mecanismos de control que mejoren la aplicabilidad de la Directiva 96/71/CE.

⁴⁸⁸ *Todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente.*

PARTE V. Procedimiento de Traslado

En síntesis, no hay Directiva comunitaria alguna que prevea una regulación específica sobre el carácter individual o colectivo de los traslados de trabajadores, en atención al número de trabajadores afectados y el existente en el centro de trabajo y/o plantilla total de la empresa.

9.6. Conclusiones

Por de pronto, no parece que, en materia de traslados, deba aplicarse el criterio establecido en la Directiva 98/59 CE/ del Consejo, de 20 de julio de 1998, para los despidos colectivos. Esta lectura, desde mi punto de vista, resulta prudente y ajustada al actual escenario normativo, y así procede aseverarlo, sin ningún tipo de ambages. Y es que, de sostenerse, en sentido opuesto, que los efectos de la meritada Directiva alcanzan la movilidad geográfica de trabajadores, se estaría incurriendo, a mi modo de ver, en un indeseable anacronismo jurídico: es muy probable que se llegue a ese momento normativo en el que una Directiva Comunitaria regule la unidad de cómputo en los traslados, de forma análoga a la Directiva 98/59 CE, en el caso de los despidos, pero, de momento, esto no se ha producido.

Es cierto que la normativa europea ostenta preeminencia aplicativa respecto de la nacional de los países miembros, pero no menos cierto es que tal regla únicamente tiene virtualidad aplicativa en supuestos de colisión de regulaciones, particular que, con los traslados de trabajadores,

PARTE V. Procedimiento de Traslado

no se produce *de facto*. Así las cosas, el artículo 40.2 ET *in fine*, clasifica los traslados en colectivos e individuales, en función del número de trabajadores afectados en relación a la plantilla total de la empresa, siendo éste, *a la postre*, el único sistema existente en materia de movilidad geográfica. Lo mismo ocurre en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo ex artículo 41 ET. Es por ello que *rebus sic stantibus*, el grado de cobertura de Directiva estudiada, no puede abarcar las modificaciones sustanciales y la movilidad geográfica.

Tema distinto es el de los despidos colectivos. Como he expuesto, existe una Directiva Comunitaria específica, la 98/59 CE/ del Consejo, de 20 de julio de 1998, que contiene una regulación divergente respecto de uno de los dos parámetros que entran en liza a la hora de determinar si una extinción es de carácter individual o colectiva: el total de trabajadores a tener en consideración, escogiendo la Directiva, como criterio, los empleados del centro de trabajo afectado por los despidos, en detrimento de la plantilla total de la empresa, que prevé el Estatuto de los Trabajadores. Pues bien, en este supuesto concreto, sí tiene cabida la preeminencia aplicativa de la normativa comunitaria, en la medida que existen dos regulaciones disímiles, que pueden conducir a la privación o pérdida de derechos, y que, por ende, exigen la superposición de una sobre la otra, a fin de evitar que situaciones idénticas, se ventilen de forma desequilibrada, logrando así una mayor seguridad jurídica. Tal es así que el TJUE, en su sentencia nº C-392/2013, de 13-5-2015, -ya estudiada a lo largo del presente apartado-, ha venido en confirmar tal prerrogativa,

PARTE V. Procedimiento de Traslado

debiendo configurarse los despidos objetivos, de ahora en adelante, conforme a los criterios de cómputo previstos en la meritada Directiva.

Ahora bien, esta realidad genera un inevitable desajuste interno dentro del Estatuto de los Trabajadores: ante dicciones idénticas -respecto de los umbrales numéricos que determinan el carácter individual o colectivo de una medida empresarial concreta-, contenidas en los artículos 40.2, 41.2 y 51.1 ET, criterios aplicativos divergentes. Lo que a la postre está ocurriendo es que la *vis atractiva* del derecho comunitario provoca una oscilación en el artículo 51.1 ET de tal magnitud, que ciertamente le hace entrar en contradicción con sus -hasta ahora- homólogos artículos 40.2 y 41.2 ET. Ante esta situación, lejos de realizar una disquisición interpretativa tendente a normalizar este nuevo escenario -la cual, *obiter dicta*, tendría pocos visos de fructificar-, la salida natural no es otra que cambiar la redacción del artículo 51 ET. O incluso cambiar la redacción de los tres preceptos referidos, en el sentido de remplazar el término «*empresa*» por el de «centro de trabajo». Es cierto que, de proceder el legislador en ese sentido, la normativa laboral se adentraría en *terra ignota*, resultando sumamente complicado presagiar si los efectos que este nuevo sistema, más allá de la mejor garantía que ofrece a los trabajadores, provocará efectos positivos en el panorama jurídico laboral o, en cambio, una mayor prolijidad en el uso de medidas flexibilizadoras, redundando en un incremento de las extinciones contractuales. En la misma línea, debe reflexionarse sobre si esta hipotética modificación de los preceptos 40 y 41 ET, se adecuaría al fin perseguido por el legislador con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, o,

PARTE V. Procedimiento de Traslado

por el contrario, culminaría en una pendencia teleológica entre ambas. En la exposición de motivos de la meritada ley, se dice perseguir con ésta *«tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos»*, o, como se refiere posteriormente, el objetivo es la «flexiseguridad».

A la vista de lo que precede, se infiere que la eventual modificación de los preceptos 40, 41, junto a la «exigida» del 51 ET, podría cabalgar en pro de garantizar esa mayor seguridad de los trabajadores, quiénes, a través de sus representantes, dispondrían de los derechos de información y consulta en el periodo de negociación. Ahora bien, no debe olvidarse que, a raíz de esa eventual variación de los citados preceptos, un gran número de modificaciones, antes canalizadas por la vía individual, quedarían sujetas a unos cauces mucho más complejos y dilatados en el tiempo, o tal y como refiere QUESADA SEGURA⁴⁸⁹, evitando la pronta efectividad de la medida empresarial, colisionando así, en cierta medida, con la flexibilidad perseguida por el legislador. Y es que, pocas dudas quedan de la efectiva pretensión de flexibilización por parte del legislador, a la vista de la sustancial modificación que han experimentado las causas que habilitan la aplicación de los artículos 40 y

⁴⁸⁹ QUESADA SEGURA, R.: «Comentario al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores» en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez. Comares): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pág. 495.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

41 ET, resultando ahora su adecuada invocación mucho menos compleja que con anterioridad a la reforma laboral, lo que, a su vez, ha desencadenado todo un remolino de voces en la doctrina laboral. En este sentido, CABEZA PEREIRO y LOUSADA AROCHENA⁴⁹⁰, sostienen que con la meritada ley *«se incrementan los poderes del empresario -en el caso de la movilidad geográfica a través de una importante erosión de la causalidad y de la eliminación total de las potestades administrativas-»*. El TS⁴⁹¹, por su parte, ha aseverado que, con la actual redacción de la ley, se han reemplazado los juicios de proporcionalidad sobre las causas objetivas previstas legalmente, lo que conlleva un juicio de adecuación más limitado, que queda reducido a comprobar si las causas existen conforme se describen en el ET, así como a verificar la funcionabilidad o instrumentalidad entre la causa y la extinción del contrato, y la necesaria proporcionalidad. Han desaparecido, en suma, las exigencias finalistas en la definición de las causas TOPE, fenómeno que, en cierta medida, *«desincentiva a los trabajadores para impugnar judicialmente»*⁴⁹². Por todo ello, muchas dudas y más problemas aún se suscitan cuando se valora la posibilidad de variar la redacción del artículo 51 ET, en relación a la unidad de cómputo de trabajadores, adecuándola así a la Directiva 98/59 CE, como también una eventual modificación, en el mismo sentido, de los artículos 40 y 41 ET.

⁴⁹⁰ CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Derecho del trabajo y crisis económica*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2013, pág. 144.

⁴⁹¹ STS 20 de septiembre de 2013, Rec. 11/2013.

⁴⁹² *Ibidem*

PARTE V. Procedimiento de Traslado

En cualquier caso, nos encontramos en un contexto político, social y económico en el que la expresión «Europa», o más concretamente «Unión Europea», está consagrando esa esencia, virtualidad o, en definitiva, realidad pragmática, digna de su denominación. Los países miembros precisan de sus vecinos europeos. En esta coyuntura, no es desdeñable colegir que la directiva 98/59 CE/ del Consejo, de 20 de julio de 1998, junto a la interpretación del TJUE, acabe *extendiendo* sus efectos a los traslados y modificaciones sustanciales, aunque sea de forma indirecta. Vaya por delante que esta suposición no altera, en absoluto, la conclusión a la que he llegado en este artículo: el criterio comunitario sobre los despidos colectivos no es ostensible *ex lege* a los traslados. Ahora bien, este planteamiento no es óbice a que el legislador nacional *mutatis mutandis* acabe por reformar conjuntamente los artículos 40-2, 41-2 y 51-1 ET. Éste último por imperativo de la Directiva 98/59 CE/ del Consejo, de 20 de julio de 1998. Los dos primeros, en pos de preservar la armonía dentro del derecho positivo del país, y seguir la estela marcada por Europa en materia de despidos colectivos.

Mientras tanto, entiendo que nuestros tribunales deberán seguir aplicando el criterio consagrado por el Tribunal Supremo⁴⁹³, en el sentido de que *«será "colectivo " (con consultas) si el traslado afecta a todos los trabajadores de un mismo centro de trabajo y en él estuvieran ocupados más de 5 trabajadores. También será siempre "colectivo ", sea cual fuere el número de trabajadores afectados por centro de trabajo (aquí carece*

⁴⁹³ STS de 12 febrero 2014, Rec. 64/2013.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

de importancia el centro), en los casos en que, en un período de 90 días (cómo se computa o cuál deba ser esa referencia temporal también es un enigma difícil de resolver pero no es el problema que el presente recurso plantea), la empresa en su conjunto (éste sí es aquí el parámetro decisivo) ocupe a un número de trabajadores que supere los umbrales legales».

Toda pretensión tendente a defender que la postura mantenida por el TJUE en los despidos colectivos sirve en los procedimientos de movilidad geográfica, está abocada, en mi opinión, al más absoluto fracaso procesal.

CAPÍTULO 10. TRASLADO INDIVIDUAL

10.1. Introducción

Como ocurre con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y los despidos, en los traslados de personas trabajadoras vienen regulados, en el articulado del Estatuto de los Trabajadores, dos procedimientos distintos en función del número de destinatarios de aquéllos, tal y como se ha estudiado en el capítulo anterior. La razón por la que se ha establecido esta diferenciación estriba en tratar de intensificar las cautelas en caso de traslados con múltiples. A fin de identificar qué procedimiento ha de seguirse en cada caso y a modo de introducción, se ha de referir que el artículo 40 ET establece tres parámetros o indicadores:

De un lado, el cualitativo, debiendo diferenciarse si el traslado afecta o no a la totalidad de la plantilla de un centro de trabajo. El artículo 40.2 del ET dispone que será colectivo todo traslado que afecte a la totalidad de la plantilla de un centro de trabajo⁴⁹⁴, siempre y cuando la plantilla del mismo esté integrada por al menos 6 trabajadores. A *sensu contrario*, se infiere que será individual aquél traslado que, aun afectando a la totalidad de la plantilla del centro de trabajo, suponga la movilidad geográfica de 5 o menos operarios. En cualquier caso, lo relevante aquí es que no se tiene en cuenta la totalidad de trabajadores que hay en una

⁴⁹⁴ Concepto de Centro de Trabajo. Vid: Parte I.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

empresa que cuenta con varios centros de trabajo, siempre y cuando, como se ha indicado, la medida afecte a todos los trabajadores de uno de ellos⁴⁹⁵.

De otro, el temporal, en el sentido de que si en un plazo de 90 días el número de traslados alcanzan los límites concretados en el artículo 40 ET, aquéllos deberán tramitarse mediante el procedimiento de traslado colectivo. En caso contrario, los traslados podrán aplicarse siguiendo el procedimiento individual. Al respecto, el TSJ de Cataluña vino en manifestar que *«en relación con el arco temporal de los 90 días, el criterio de cómputo a utilizar para el cómputo de los noventa días, siguiendo a la Sentencia de esta Sala, de 19-7-1995, vendría a ser el de entender que los periodos de noventa días no se cuentan por trimestres naturales sino a partir del primer despido objetivo "ex art. 52 c) del ET QSL 1995/13475", hacia atrás y hacia delante»*⁴⁹⁶. Sin embargo, esta interpretación fue superada parcialmente por el Tribunal Supremo⁴⁹⁷, estableciendo que el cómputo se realizaba únicamente hacia atrás, salvo en supuestos que medie fraude de ley. En cualquier caso, este elemento será objeto de estudio en el Capítulo de Traslados Colectivo.

El tercer y último elemento es el cuantitativo, de forma que, en supuestos de traslados en el plazo de 90 días que no afecten a la totalidad de la plantilla de un centro, la determinación entre el carácter individual o

⁴⁹⁵ STS de 12 de febrero de 2014, Rec. 64/2013.

⁴⁹⁶ STSJ de Cataluña, de 2 de febrero de 2010, Rec. 7177/2009.

⁴⁹⁷ Sentencia de fecha 23 de abril de 2012, Rec. 2724/2011.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

colectivo de aquéllos, vendrá determinada por dos variantes plenamente conectadas entre sí: el número de trabajadores afectados y la totalidad de empleados que conforman la plantilla de la Empresa, de acuerdo con los umbrales establecidos en el propio artículo 40 ET (en consonancia con lo estudiado en el Capítulo anterior). El texto normativo dispone que será colectivo aquél traslado que, en un período de 90 días, afecte al siguiente número de trabajadores: 10 o más, en empresas que no alcancen el centenar de empleados; al 10 % de en empresas con plantilla de entre 100 a 300 trabajadores, ambos inclusive; o, en empresas de más de 300 trabajadores, cuando afecte a 30 o más empleados. Para el resto de casos, el traslado tendrá la consideración de individual.

10.2. Notificación. Requisitos y formalidades.

Con la reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, sobre la Ley 8/1980, de 10 de marzo, predecesora de la vigente redacción del Estatuto de los Trabajadores, se suprimió del artículo 40 ET la obligación la autorización previa de la Autoridad Laboral para poder proceder al traslado de trabajadores. Con ello, no existe un control previo sobre la medida de movilidad geográfica, que únicamente podrá ser enjuiciada *a posteriori* por un órgano judicial. Tal realidad ha llevado a CORTE HEREDERO a defender que *«la nueva redacción dada al artículo 40.1 del ET, implica una significativa ampliación de los poderes empresariales, pues puede efectuar importantes modificaciones del lugar de trabajo, ordenando traslados sin sujeción a control administrativo*

PARTE V. Procedimiento de Traslado

*alguno, y sin que, por tanto, nadie examine si concurren realmente las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que alega para fundamentar su decisión»*⁴⁹⁸. Ahora bien, lo que precede no implica que el empresario no se halle sujeto a una serie de formalidades legales en relación a la comunicación del traslado. En este sentido, se impone al empleador la obligación de comunicar el traslado a los trabajadores afectados y a sus representantes legales, con una antelación mínima de 30 días a la fecha de efectividad, so pena de ser declarado improcedente o incluso nulo⁴⁹⁹.

En esta línea, el Tribunal Supremo⁵⁰⁰, consideró nula la decisión de traslado llevada a cabo por la Administración, en tanto en cuanto había incumplido las formalidades legales exigidas, así como las convencionales. En esa línea, ORTIZ LALLANA, considera que *«la previsión expresa en favor de la notificación puede contribuir a prestar una mayor certeza jurídica»*⁵⁰¹ y que la antelación fijada en la ley *«se trata de un plazo mínimo susceptible de ampliación en contrato o*

⁴⁹⁸ CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica... op. cit* (1995), pág. 130.

⁴⁹⁹ STS de 13 de octubre de 2003, Rec. 112/2002, STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2003, Rec. 538/2002.

⁵⁰⁰ STS de 13 de octubre de 2003, Rec. 112/2002. La Administración acordó el traslado de los peritos judiciales al Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo, situado en Alcobendas. La decisión de proceder a su movilidad geográfica les fue comunicada el 11-12-2001, siendo efectiva al día siguiente. Por tanto, el Tribunal falló que la Administración había incumplido con el plazo de 30 días de preaviso que la ley exige para los supuestos de traslados. Además, y con independencia de que el traslado referido fuera individual o colectivo, no se había seguido tampoco las pautas procedimentales recogidas en el Acuerdo de 24 noviembre 1998, que les resultaba de aplicación

⁵⁰¹ ORTIZ LALLANA, M.C.: *La movilidad geográfica en la Empresa (el marco jurídico según la ley 11/1994, de 19 de mayo)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994. pág. 75

PARTE V. Procedimiento de Traslado

*convenio colectivo (...) pero en modo alguno de reducción»*⁵⁰². Si bien tal reflexión se realizó en el marco de la extinta Ley 11/1994, de 19 de mayo, conserva su validez, en la medida que el contenido del artículo 40 ET, en relación al preaviso, se ha visto inalterado por las posteriores redacciones. En el mismo sentido RUBIO DE MEDINA⁵⁰³.

En lo que atañe a la forma de comunicar el traslado, si bien la ley no lo recoge de forma expresa, todo parece indicar que deberá realizarse por escrito. Primero, porque es el medio idóneo para expresar de forma suficientemente clara las causas que lo motivan⁵⁰⁴; y segundo y no menos importante, porque es la mejor garantía para el empresario en relación a la acreditación del cumplimiento de las formalidades legales⁵⁰⁵. En esta línea se han pronunciado MARTÍNEZ ABASCAL y HERRERO MARTÍN, que si bien parten de reconocer que en el texto normativo no se consigna expresamente que la forma de comunicación deba ser la escrita, esgrimen que *«no obstante, dicha exigencia se infiere de su carácter causal y del derecho reconocido al trabajador afectado para impugnarla (art. 40.1 ET)»*⁵⁰⁶. Otra corriente de la doctrina científica⁵⁰⁷, llega a la misma conclusión, pero sustenta la necesidad escrita en el artículo 8.5 ET.

⁵⁰² Ibidem

⁵⁰³ RUBIO DE MEDINA, M.D.: *El proceso sobre movilidad geográfica*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 67.

⁵⁰⁴ STS de 28 de abril de 1997, Rec. 1076/1996.

⁵⁰⁵ STS de 19 de noviembre de 2014, Rec. 183/2014. Tal y como ocurre con los despidos, el traslado ex artículo 40 ET es un acto recepticio, lo que implica que la carga de la prueba de su comunicación corresponde al empresario.

⁵⁰⁶ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., y HERRERO MARTÍN, J.B.: *Curso de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 617

PARTE V. Procedimiento de Traslado

En la referida comunicación escrita, la ley compele asimismo a que se expresen las causas que motivan el traslado, con la suficiente extensión como para que el trabajador esté en condiciones de ejercitar, en su caso, una defensa en condiciones⁵⁰⁸. Es cierto que el artículo 40 ET tampoco hace alusión a este particular, si bien el mismo resulta de aplicación por analogía a las extinciones objetivas (53.1-a ET) y los despidos disciplinarios (55-1 ET), que exigen la comunicación de las causas, en conexión con la Jurisprudencia del TS⁵⁰⁹. En lo atinente al contenido de las causas, me remito al Capítulo IV, si bien, precisando que las expresadas en la carta de despido son las que fijarán el objeto de controversia judicial, no pudiendo adicionarse otras o modificarse sustancialmente en el acto de juicio⁵¹⁰, por cuanto generarían indefensión a la otra parte⁵¹¹. En algunos supuestos, se ha permitido en el acto de juicio subsanar ciertos datos erróneos no relevantes que, además, eran conocidos por la persona trabajadora afectada⁵¹².

Junto a lo que precede, deberán consignarse, en la citada comunicación, la fecha de efectos del traslado, el centro de trabajo de destino y, en su caso, la duración prevista de aquél. Asimismo, es

⁵⁰⁷ ALBIOL MONTESINOS, I, CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J., y SALA FRANCO, T.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 156.

⁵⁰⁸ STS de 14 de septiembre de 1988, A. 6892 y 22 de febrero de 1993, A. 1266

⁵⁰⁹ TS 20 de octubre de 1.987 (EDJ 1987/7532), 22 de febrero de 1993 (QJ 1993/1692) y 29 de enero de 1997, Rec. 3461/1995, entre otras.

⁵¹⁰ STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2000, Rec. 3984/2000.

⁵¹¹ STS de 18 de mayo de 1990, EDJ 5274.

⁵¹² STSJ de Galicia de 8 de marzo de 2010, Rec. 996/2010

PARTE V. Procedimiento de Traslado

conveniente informar al trabajador de su derecho a rescindir el contrato de trabajo en caso de no querer trasladarse, con el consiguiente devengo en su favor de una indemnización de veinte días por año de servicio. La comunicación vendrá fechada debidamente y firmada por parte de la Empresa, e individualizada a cada trabajador afectado, con independencia del número.

No parece que la ley constriña al empresario para que cuantifique la compensación por gastos en la carta de traslado, y ello por varios motivos: el primero, de sentido común, pues al momento de entregar la comunicación, el empresario desconoce plenamente si el trabajador afectado aceptará o no el traslado, por lo que resultaría ocioso proceder en tal sentido, más cuando la práctica profesional muestra que la mayoría de traslados impuestos acaban con rescisión del contrato. En segundo lugar, porque cada caso concreto tiene unas características propias, por lo que el sistema más adecuado pasa por una cuantificación de mutuo acuerdo entre el empresario y el trabajador.

Comoquiera que la ley exige que el traslado se comunique con el preaviso referido, para el caso que el trabajador se negara a recibir la comunicación en la que se anuncie aquél, la empresa no podrá tener por cumplido el requisito de la notificación, sino que, deberá repetir la operación a fin de que quede constancia de que la misma se ha realizado. Para ello, es habitual intentar la comunicación del traslado en presencia de dos testigos, quiénes, en su caso, deberán hacer constar en la misma que,

PARTE V. Procedimiento de Traslado

ante ellos, se ha informado al operario en cuestión de su traslado, de las causas y de la fecha de efectos, y que éste ha rehusado recibir la carta en la que se detallaba todo lo anterior. A continuación, sería conveniente enviársela por burofax, con acuse de recibo, a su domicilio⁵¹³. En todo caso, se debería poner a disposición del trabajador la carta de traslado, por si en cualquier momento cambiara de opinión y quisiera recibirla, bien entendido que la fecha de notificación sería la intentada en presencia de los testigos. Si llegado el día de efectos del traslado, el trabajador no acatará la orden, la comunicación intentada ante la presencia de dos testigos, tendría, en principio, validez suficiente como para fundamentar un incumplimiento grave por parte del trabajador ante una orden empresarial de traslado. Supuestos más complejos se dan cuando el trabajador que pretende ser trasladado por la empresa, se halla en situación de IT, de vacaciones, o en cualquier otra situación que entrañe no tener que acudir al centro de trabajo. En tales casos no puede entenderse cumplido el trámite de notificación con una simple llamada o correo electrónico o, al menos, no ofrecen las garantías suficientes, siendo el medio de comunicación más adecuado el burofax con acuse de recibo.

Se observa, en síntesis, que la atención de los requisitos de forma no se presenta como algo trivial, sino de obligado cumplimiento y que, por lo general, no hacerlo conllevará el fracaso procesal de la medida⁵¹⁴.

⁵¹³ STSJ de Galicia, de 6 de julio de 2018, Rec. 1216/2018

⁵¹⁴ STSJ C. Valenciana de 29 de marzo del 2000, Rec. 3286/99 y STSJ Madrid de 24 de noviembre de 2014, Rec. 743/14, en analogía a los despidos.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

10.3. Efectos sobre el trabajador

Notificada al trabajador la orden de traslado, éste tiene varias alternativas. Con carácter previo, debe concretarse que se trata de una orden plenamente vinculante y por sí misma ejecutiva⁵¹⁵. Dicho en otros términos, el empleado debe acatarla, salvo que, como posteriormente se verá, opte por la rescisión de su contrato. Así las cosas, las instrucciones que emanan del empresario, siempre y cuando no atenten contra la dignidad del trabajador, sean ilegales, peligrosas, irregulares o inviables, tienen presunción de legitimidad, por lo que tendrán que acatarse, aunque sea cautelarmente⁵¹⁶.

Respecto al momento cumplimiento, en términos estrictos, parece prudente defender que será una vez haya transcurrido el preaviso de los 30 días marcados por la ley. Nada obsta a que la persona trabajadora pueda cumplir la orden antes de su finalización, bien entendido que ello deberá ir precedido de un acuerdo expreso con la empresa. En todo caso, como expongo, una vez finalizado el plazo de preaviso, aquélla deberá proceder al traslado. Esta referencia a la determinación del momento de ejecutividad obedece a lo trascendente que resulta, por cuanto desde ese preciso momento, pueden desplegarse efectos muy negativos para el

⁵¹⁵ STSJ de Murcia, de 30 de junio de 2009, Rec. 2/2009 y STSJ Andalucía (Sevilla) de 16 de febrero de 2011, Rec. 1858/2009..

⁵¹⁶ STS de 25 de junio de 1987 (EDJ 1987/5111).

PARTE V. Procedimiento de Traslado

trabajador, en caso de no cumplir con la orden, como puede ser el abandono del puesto de trabajo⁵¹⁷.

Las alternativas que un empleado tiene ante un traslado han sido configuradas por el legislador de forma que aquél disponga de un abanico de posibilidades más amplio que en la mayoría de ocasiones en las que recibe una orden empresarial –en las que, generalmente, solo puede optar entre acatarla o acatarla e impugnarla, sin perder de vista la opción de causar baja voluntaria en la empresa-. Así las cosas, además de las opciones habituales, puede de rescindir su contrato de trabajo, con derecho a percibir una indemnización de veinte días por año de servicio. La razón de esta opción adicional parece estribar, al menos en buena medida, en el espíritu conciliador de la vida laboral y personal dimanante de la legislación laboral y que se presenta como uno de los principios rectores de esta materia. Asentado lo anterior, se procede ahora a analizar cada una de ellas:

I. Una primera posibilidad sería la de acatar la orden, efectuar el traslado y no impugnarlo, no se suscitan más dudas que las relacionadas con los gastos de traslado que ha de abonar la empresa al trabajador trasladado, las cuales serán atendidas posteriormente. Esta elección

⁵¹⁷ STSJ Andalucía (Granada) de 3 de mayo de 2003, Rec. 3419/2002: en el supuesto de autos, el Tribunal consideró que se había producido un abandono del puesto de trabajo por el actor, al no haberse incorporado éste al nuevo puesto de trabajo al que le había trasladado la empresa, una vez finalizado el plazo de preaviso. En este sentido, la Sala dispuso, en relación a la orden de traslado, que la misma era *«ejecutiva una vez cumplido el plazo de preaviso»*.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

implicará que el operario se traslade al centro de trabajo de destino, en la fecha de efectos referida en la carta de traslado, pasando a desarrollar las funciones correspondientes a su puesto de trabajo. En el caso de que aquéllas fueran esencialmente distintas a las que venía desarrollando, o no se correspondan con su titulación y/o grupo profesional, podrá interponer la correspondiente demanda, remitiéndome a lo expuesto en la Parte I de esta tesis sobre los traslados que puedan suponer cambios sustanciales en las condiciones de trabajo en el centro de destino.

II. Una segunda posibilidad pasaría por instar la rescisión del contrato, como se ha adelantado, devengará el derecho a percibir una indemnización calculada a razón de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y con el límite de una anualidad. Esta indemnización, además de ser inferior a la máxima prevista en el ET, está sujeta, como decía, a un tope máximo de doce mensualidades, el cual resulta coincidente con los despidos objetivos. Mediante cálculo aritmético se extrae que tal límite tendrá virtualidad cuando la antigüedad en la empresa de la persona trabajadora sea superior a 18,25 años en la empresa, momento a partir del cual la indemnización estará topada y no se devengará un mayor importe. Ello, no obstante, esta indemnización puede ser mejorada por acuerdo individual entre las partes o por convenio colectivo⁵¹⁸. Con todo, la indemnización se devengará

⁵¹⁸ Convenio Colectivo de Comercio de Alimentación de la Provincia de Ourense, 2013-2016 (BOP de 21 de noviembre de 2013): en su Artículo 34, se establece una indemnización de 25 días por año de servicio para los supuestos de resolución del contrato a instancia del trabajador frente a una orden de traslado.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

desde la rescisión del contrato, y en caso de no ser abonada por la empresa al trabajador, éste tendrá un año para proceder a su reclamación so pena del decaimiento de la acción por prescripción.

En cuanto a la forma de ejecutar la rescisión, los tribunales vienen aceptando la comunicación por escrito por parte de la persona trabajadora, ya sea mediante su presentación en persona como por el envío a través de burofax. Considero que corresponde al trabajador poner los medios oportunos para que dicha información sea recibida a la empresa, a *sensu contrario* de lo que se exige al empresario en relación a la notificación del traslado. De cumplir con esta obligación, será improcedente un ulterior despido imputándole no presentarse en su puesto de trabajo⁵¹⁹.

Junto a esta posibilidad resolutive, el ET prevé otra para el supuesto de que, con ocasión de la movilidad geográfica, se cause un menoscabo de la dignidad del trabajador o cualquier otro incumplimiento

⁵¹⁹ Sentencia del JS 2 de Ciudad Real, de 24 de abril de 2019. En el supuesto de hecho, la empresa demandada comunica a la actora su traslado al centro de trabajo de Manzanares en bases a una serie de causas económicas y organizativas que hacían necesario el cierre del centro de trabajo en el que aquélla se hallaba adscrita. Aquélla dirige burofax resolviendo su contrato al amparo del artículo 40 ET, no siendo atendida dicha petición por la demandada y cerrando, sin más, el centro de trabajo, sin abonarle finiquito ni indemnización. En consecuencia, la actora presentó demanda por despido, pues entendía que, ante la inexistencia de carta de despido y el caso omiso a la opción comunicada a la empresa de no aceptar la movilidad geográfica debe ser entendida como un despido sin causa que ha de considerarse improcedente. Si bien el juzgado estimó la demanda por despido, echo en falta una referencia a si se cursó la baja de la actora en seguridad social, pues habiéndose materializado el traslado y no habiendo recibido confirmación de la resolución del contrato ex artículo 40 ET, podría antojarse aventurado no personarse cautelarmente en el nuevo puesto de destino, sin perjuicio de ejercer las acciones oportunas.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

grave por parte del empresario. Esta alternativa extintiva encuentra anclaje legal en el artículo 50 ET, y lleva aparejada la indemnización prevista en el artículo 56 ET, consistente en una cantidad equivalente a 33 días por año de servicio, con el límite de 24 mensualidades, salvo en relación a los contratos suscritos con anterioridad a la Ley 3/12, de 6 julio, en los que, de conformidad con el apartado segundo de la Disposición Transitoria Quinta de la referida ley, el trabajador tendrá derecho a una indemnización de 45 días por año de servicio con el límite de 42 mensualidades, hasta el 12-2-2012 y, desde esa fecha en adelante, la indemnización prevista legalmente.

III. La tercera alternativa sería impugnar la orden de traslado, opción que, sin duda, es la que alberga mayor enjundia. En este sentido, se suscita, en primer lugar, si el trabajador debería acatar el traslado pese a haberlo impugnado. El resto de cuestiones vienen estrechamente relacionadas con la segunda de las alternativas expuestas anteriormente (resolución del contrato), toda vez que el estudio del procedimiento legal regulado para esta posibilidad, se desarrollará en Capítulo de Impugnación de medidas. En lo que se refiere a si el trabajador debe acatar el traslado, tal y como se ha adelantado, la respuesta necesariamente ha de ser afirmativa, en tanto en cuanto se trata de una orden empresarial que hasta que no se declare, en su caso, improcedente, resulta ejecutiva por sí misma y de obligado incumplimiento⁵²⁰. Efectivamente, durante la impugnación de la medida, la relación laboral permanece vigente, por lo que el

⁵²⁰ STSJ de Andalucía (Granada), de 3 de mayo de 2003, Rec. 3419/2002. En el supuesto de autos, se consideró que el trabajador había incurrido en un abandono del puesto de trabajo por no incorporarse al nuevo centro donde la empresa lo había trasladado.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

trabajador debe continuar con su prestación de servicios -en el nuevo centro de trabajo- para la empresa. Y es que, si se permitiera no acatar la orden, hasta que por resolución judicial pudiese declararse procedente, se estarían vulnerando los artículos 5.c y 20 del ET., los cuales imponen taxativa y respectivamente al trabajador «*cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*» y «*debe al empresario -el trabajador- la diligencia y la colaboración en (...) las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél*».

Además, la vulneración se produciría desde una doble perspectiva: de un lado, porque directamente se infringiría el tenor de los referidos preceptos legales, dejándolos vacíos de contenido; y, de otro, porque se estaría invirtiendo el orden normal de las cosas, requiriendo un pronunciamiento judicial ex ante de la ejecutividad de la medida empresarial, siendo esto contrario al ordenamiento laboral. Ninguna duda parece quedar al respecto cuando se lee el artículo 40.1 ET, de entrada, porque el legislador ya está resaltando la ejecutividad del traslado, y finalmente, porque matiza con rotundidad que «*en este último caso -traslado declarado judicialmente improcedente-, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen*». Es evidente que si el legislador asocia a la declaración de improcedencia del despido, el derecho del trabajador a ser reincorporado a su anterior centro, que éste estará obligado a acatar la orden de trasladarse, sin perjuicio de su impugnación. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁵²¹,

⁵²¹ STS de 2 de junio de 2008, Rec. 2552/2007 .

PARTE V. Procedimiento de Traslado

afirmando que *«desde que se produce la decisión empresarial y esta es impugnada, hasta que no se produzca la decisión judicial, el trabajador tiene obligación de seguir acatando la orden empresarial, lo que supone que durante este tiempo se han producido al mismo determinados gastos que hay que indemnizar»*. Ello no obstante, se ha de matizar que, ante situaciones especialmente adversas, que puedan redundar en perjuicios para el trabajador, éste podrá solicitar, en su escrito de demanda, la adopción de medidas cautelares dirigidas a suspender los efectos de la orden de traslado, conforme al artículo 79.1 LRJS.

Resuelta la anterior cuestión, es momento de pasar a analizar las siguientes, todas ellas relacionadas con la compatibilidad de esta alternativa con la de la rescisión del contrato de trabajo a instancia del trabajador ex artículo 40 ET. Conviene partir del ET, en concreto, del apartado primero del citado precepto, que habilita expresamente para impugnar la decisión del traslado, a todo trabajador que, afectado por la misma, no haya optado por la extinción de su contrato. A primera vista, es plausible interpretar que el legislador está presentando ambas opciones (extinción e impugnación) como alternativas excluyentes entre sí, de forma que si no se opta por la extinción, se puede impugnar el traslado. Conforme a esta lectura, la primera opción, dentro de la no aceptación del traslado, sería la de la extinción, y en caso de no escoger esa opción, entraría en juego la impugnación de la medida. Ahora bien, según esto, se estaría afirmando que el trabajador que quisiera impugnar el traslado, o bien debería renunciar ex profeso a la opción de la extinción, o simplemente, en caso de impugnarlo, perdería expresamente por

PARTE V. Procedimiento de Traslado

decaimiento su derecho a rescindir su contrato. Conviene ir por partes. Parece indiscutible que el ejercicio simultáneo de ambas acciones (extinción e impugnación) no es legalmente posible, pues la redacción del Estatuto de los Trabajadores es clara al establecer como requisito *sine qua non* para impugnar el traslado, que el trabajador no haya optado por la rescisión. Este planteamiento es perfectamente entendible, pues en caso de haber resuelto su contrato el trabajador, el vínculo laboral habría precluido, por lo que la impugnación adolecería de falta de acción. No obstante, cabe preguntarse sobre si esa restricción de ejercicio simultáneo contenida en el ET se haría extensible al supuesto en que la rescisión del contrato se instara con carácter posterior a la impugnación. La respuesta debe ser afirmativa, de entrada, porque el mantenimiento simultáneo de ambas opciones deviene incongruente, pues se persiguen finalidades esencialmente opuestas. Y segundo, porque de igual modo que antes, en caso de que se instara la extinción y la empresa no se opusiere, la impugnación judicial del traslado quedaría vacía de contenido. Por ende, descartado el ejercicio simultáneo de ambas opciones, el foco de estudio debe girar en torno a si es posible que, una vez impugnado el traslado, sea viable rescindir el contrato, toda vez que la opción inversa no tendría cabida conforme a la redacción del artículo 40.1 ET.

Dentro de esta vía, tres serán las situaciones que deberían estudiarse: la primera, la comentada anteriormente, atinente a si la rescisión contractual se interesa tras impugnar el traslado, sin que se haya dictado sentencia; las otras dos, si la rescisión se pretende tras la sentencia recaída en materia de impugnación del traslado, ya hubiere sido declarado

PARTE V. Procedimiento de Traslado

éste improcedente como procedente. La que más problemática ha suscitado es la tercera, relativa a si todavía perdura vigente para el trabajador la opción de la rescisión contractual, una vez ejercitada previamente la impugnación del traslado y habiendo sido declarada la medida empresarial ajustada a derecho y por tanto procedente.

Aunque esta situación ya ha sido resuelta definitivamente por el legislador, en la reforma operada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, respecto de la LPL, al haber introducido en su artículo 138 LRJS, la posibilidad de rescindir el contrato, tras la declaración de procedencia del traslado, conviene traer a colación la controversia jurisprudencial acaecida con anterioridad sobre este particular, pues lejos de suponer un estudio fútil y ocioso, permitirá comprender el porqué de esta posibilidad. Pues bien, el Tribunal Supremo⁵²², se pronunció en el sentido de afirmar que sí era posible la rescisión tras sentencia que declare la procedencia del traslado. Los fundamentos esgrimidos por la Sala fueron varios: de una lado, insistió en que la locución contenida en el ET «*no habiendo optado por la extinción*» no se ha de entender como un decaimiento definitivo del derecho a extinguir el contrato, en caso de impugnar el traslado, sino que más bien el legislador se refiere a que no haya optado -hasta ese momento- por la extinción, sin que ello sea óbice a que pueda hacerlo posteriormente. De otro, y siendo éste de mayor contenido jurídico, la Sala llega al convencimiento que si se impidiera la posterior rescisión contractual, tal

⁵²² STS de 21 de diciembre de 1999, Rec. 719/1999,

PARTE V. Procedimiento de Traslado

eventualidad vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 CE. Así las cosas, siguiendo la interpretación excluyente, se estaría penalizando al trabajador con la pérdida de un derecho expresamente conferido por ley, por el mero hecho de someter al arbitrio de un juez si una orden empresarial es o no ajustada a derecho. En palabras del propio Tribunal *«esta alternativa hermenéutica aboca a resultados tan lesivos y exagerados, desde el punto de vista de los valores básicos de nuestro ordenamiento que forzosamente ha de ser rechazada»*. Además, el TS trae a colación los supuestos de impugnación colectiva de los traslados, en los que, según reza, fallaría la secuencia de la hipótesis excluyente, pues en la vía del conflicto colectivo, el trabajador *«no tiene por qué entablar queja alguna, ni por ende entraría en liza esa concatenación de sucesos. En estos casos, ni hay ataque del trabajador afectado, ni ha lugar a pedir un previo rechazo de la extinción»*.

SAGARDOY DE SIMÓN y GODINO REYES⁵²³, consideraron que ambas acciones son alternativas entre sí, en el sentido de que el operario puede impugnar la medida empresarial con arreglo al artículo 138 LRJS, o bien puede resolver su contrato de trabajo. En este último caso, ante una negativa por parte del empresario, tendrá que plantear un proceso ordinario de resolución contractual. Asimismo, también se pronuncian sobre la resolución del contrato ex artículo 50 ET, considerando esta opción como alternativa a la impugnación.

⁵²³ SAGARDOY DE SIMÓN, I., GODINO REYES, M.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, MacGraw-Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1999, pág. 20-25.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Por su parte, CAMPS RUIZ⁵²⁴, entendió que afirmar que cabe rescindir el contrato tras haber ejercitado la impugnación del traslado, podría oponerse a la letra de la ley, empero trae a colación la misma interpretación realizada por el Tribunal Supremo sobre la posible obstrucción al derecho a la tutela judicial efectiva, expresando que hay que cuestionarse *«hasta qué punto es compatible con el derecho constitucional a la tutela judicial configurar como requisito para la impugnación de la orden empresarial, sea de traslado o sea de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la renuncia previa por parte del trabajador a la extinción indemnizada del contrato de trabajo»*. Finalmente, concluye que parece prudente considerar que el trabajador puede aplazar su opción de resolución contractual para el supuesto que fuera declarado procedente el despido.

Otra de las cuestiones que se planteaban es si el trabajador conservaría su acción en caso de que la sentencia declarara improcedente el traslado. Todo parece indicar que no, pues el traslado habría quedado sin efecto, y el trabajador lo que tendría derecho es a ser repuesto en su anterior puesto de trabajo. En ese mismo sentido se pronunció CAMPS RUIZ⁵²⁵, aduciendo que en caso de prosperar la acción de impugnación, la posibilidad extintiva del artículo 40.1 ET no permanecería habilitada. Esto es de sentido común, pues lo que el legislador pretende al conferir al

⁵²⁴ CAMPS RUIZ, L.M. *La modificación de las condiciones de trabajo. La movilidad funcional y geográfica y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 72-73

⁵²⁵ *Ibidem*

PARTE V. Procedimiento de Traslado

trabajador la facultad de rescindir su contrato de trabajo, no es otra cosa que soslayar eventuales dificultades de conciliación de la vida familiar y personal. Lo que sí podría tener cabida, una vez declarado improcedente el traslado, es una indemnización por daños y perjuicios merced al tiempo durante el cual el trabajador tuvo que acatar la orden⁵²⁶. En cuanto a la acción de extinción al amparo del artículo 50 ET, también parece predicarse la posibilidad de su convalidación, aun existiendo una sentencia que declare la procedencia del traslado⁵²⁷.

Con esto, quedan abordadas las alternativas de rescisión del contrato y de impugnación de la medida, dejando para el apartado siguiente el desarrollo de la primera, esto es, la aceptación del traslado, concretamente en lo relativo a la compensación por gastos.

⁵²⁶ STS de 2 de junio de 2008, Rec. 2552/2007. El TS desestimó el Recurso de Suplicación interpuesto por la Empresa contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 8-5-2007 (QJ 2007/140390), que se condenó a la empresa a abonar al actor una indemnización por los gastos originados durante el tiempo que estuvo trasladado en el centro de trabajo de Asturias. Así las cosas, la Sala consideró que es responsable la empresa de los daños y perjuicios causados a la otra parte (trabajador), merced a un acto (traslado) que ha sido declarado ilegal por Sentencia.

⁵²⁷ Así puede inferirse de la Sentencia del TSJ Madrid de 27 de marzo de 2006, Rec. 5721/2005, relativa a una solicitud de extinción contractual ex artículo 50-1-a) ET, instada por el trabajador, tras ser declarado procedente su traslado a Méjico en otro procedimiento judicial seguido anteriormente. El trabajador, consideró que la referida movilidad menoscababa su dignidad, toda vez que se había producido como represalia a su negativa a salir de la empresa por la indemnización ofrecida por ésta -y que era inferior a la que legalmente le podría corresponder-. El Tribunal, entendiéndolo que no concurrían las excepciones de litispendencia ni de cosa juzgada, y sí una violación del derecho a la indemnidad del trabajador, homologó la demanda de extinción instada por el trabajador. Así pues, aun existiendo una sentencia que declaraba la procedencia del traslado, la Sala consideró que ello no era óbice a que se hubiera producido una conducta anticonstitucional, como era el caso, procediendo por tanto la estimación de la demanda del trabajador.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

10.4. Derecho a la compensación por gastos. Cuantificación.

El artículo 40 ET, dispone que el trabajador que opte por aceptar la orden empresarial y trasladarse, tendrá derecho a una compensación por gastos -tanto propios como originados por familiares- conforme a convenio entre las partes, y que en ningún caso será inferior a lo estipulado en negociación colectiva. Esta «indemnización» prevista para los supuestos de traslado, es una manifestación más de la pretensión del legislador por facilitar y promover la conciliación familiar, así como del carácter tuitivo del derecho laboral. Es importante destacar, en este punto, que esta medida, junto a las desarrolladas anteriormente, parecen situarse *«antes en una óptica reparadora que no en la óptica adaptadora de la organización del trabajo a las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares»*⁵²⁸.

Dicho en otros términos, el legislador persigue la conciliación de la vida familiar, de eso no hay duda, pero en cierta manera la está supeditando al devenir de la relación laboral, confiriéndole a ésta última un carácter preeminente respecto de la primera. En este sentido, es plausible defender que las medidas conciliadoras no se configuran como ante sala de la movilidad geográfica, sino como una reacción «reparadora», una vez producida aquélla. Baste fijarse en la redacción del artículo 40 ET, en donde la compensación por gastos y el derecho del

⁵²⁸ SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo, ... op. cit* (2000), págs. 166 y 167.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

consorte a trasladarse, se configuran como medidas «ex post», como compensación a los eventuales perjuicios que llevaría aparejado la movilidad geográfica impuesta por el empresario. En síntesis, estas medidas no tratan de anticiparse a una posible orden de traslado, por ejemplo, prohibiendo, limitando o condicionando el mismo, siquiera temporalmente, cuando se esté ante determinados contextos familiares, sino que, como se ha expresado, únicamente se presentan como reacciones que buscan suavizar sus efectos. Ello no obstante, determinados convenios sí que contienen medidas adaptadoras⁵²⁹.

Asentado lo anterior, es momento de pasar a analizar en qué consiste esa «compensación por gastos» y el tratamiento que tiene. Lo primero que se advierte es que el legislador no ha querido concretar e individualizar los gastos a compensar, aludiendo a ellos de forma genérica, mediante el tenor «*tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo*». El motivo de ello estriba en que la pluralidad de situaciones y contextos diferentes en los que puede producirse la movilidad geográfica, desaconsejan el establecimiento de unos conceptos indemnizatorios parametrizados que eventualmente pudieren provocar perjuicios para algunas de las partes. Ahora bien, esto no debe conducir a la interpretación de que el legislador está confiriendo al trabajador el derecho a ver

⁵²⁹ Citándose, a modo de ejemplo, el Convenio Colectivo de Industrias Vinícolas de la Provincia de Toledo, 2013 (BOP de 25 de noviembre de 2013), en cuyo artículo 34, expresa rotundamente que «*tendrán preferencia para ser afectados por la movilidad en último lugar, por este orden, los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa, las trabajadoras embarazadas o con hijos menores de un año y quienes tengan cargas familiares*».

PARTE V. Procedimiento de Traslado

compensado un paquete ilimitado de gastos -ya sean previstos o materializados-. A fin de evitar esta lectura, el legislador ha otorgado un carácter dispositivo al contenido de la compensación, -no a la obligación de compensar, que es imperativa-, pudiendo las partes establecerlo por mutuo acuerdo, si bien supeditado, en todo caso, a los mínimos establecidos convencionalmente. Llegados a este punto, pueden originarse varias situaciones en el marco de la movilidad geográfica que merecen ser analizadas: si no hay regulación convencional de la compensación por gastos del traslado; o, si las partes convienen una compensación que se aparta de lo establecido en el Convenio y supone la renuncia de ciertos conceptos reconocidos expresamente en aquél.

I. La primera realidad conduce a formular, a su vez, otra cuestión, concerniente a cuáles son esos gastos que, en todo caso, deben ser abonados por el empresario al trabajador, en caso de ser trasladado a otro centro de trabajo. La respuesta puede hallarse a través de tres conductos, que posteriormente se interrelacionarán: redacción del propio artículo 40 ET; análisis pormenorizado de la negociación colectiva en materia de compensación de gastos por traslado; y de los criterios de nuestros tribunales.

En cuanto al ET, la respuesta parece desprenderse del término «compensación», empleado muy adecuadamente por el legislador en el artículo 40 del aludido cuerpo normativo. Efectivamente, compensar,

PARTE V. Procedimiento de Traslado

significa reparar, igualar algo⁵³⁰, por lo que necesariamente se manifiesta como una restauración de un gasto motivado por el traslado. Primero se «origina» el gasto y luego se compensa. Se entrecomilla el término originar, dado que no necesariamente los referidos gastos se han de materializar, siendo suficiente que haya una expectativa cierta de su producción. En este sentido, el tenor de la ley no está constriñendo al trabajador a que sufrague todos los gastos derivados del traslado y luego los vea compensados por el empleador, pues esto podría conducir a situaciones tan disparatadas como que el trabajador no pudiera asumir el coste inicial del traslado, relacionándose esto con lo defendido por el autor en materia de anticipo de gastos por desplazamiento.

Pues bien, se defendía que la respuesta está en el verbo «compensar», porque intrínsecamente se están descartando todo tipo de gastos no asociados exclusivamente al traslado y producidos por éste. Esto que puede sonar a obviedad, pero en la práctica es de suma importancia. Fíjese, a modo de ejemplo, el supuesto en el que el trabajador optara por mantener su residencia habitual; o que tratara de ver compensado un gasto que ya arrastraba anteriormente; etc.... Así pues, es loable inferir que el legislador reduce la compensación por gastos a los estrictamente derivados del traslado. En una primera aproximación, y por sentido común, diríamos que, en términos generales, esos gastos mínimos abarcarían los producidos por la mudanza y costes de locomoción. No obstante, antes de sacar a

⁵³⁰ Definición obtenida en <https://dle.rae.es/?w=compensar> (última consulta: 5 de junio de 2019).

PARTE V. Procedimiento de Traslado

relucir cualquier conclusión definitiva, conviene traer a colación los otros dos parámetros referidos anteriormente; la negociación colectiva y jurisprudencia de nuestros tribunales.

En la esfera convencional, existe una gran diversidad de regulaciones en materia de compensación por gastos inherentes a la movilidad geográfica sustancial. En algunos convenios colectivos, se establece una indemnización consistente en un porcentaje de las percepciones anuales que el trabajador percibe, a abonar en el momento de realizarse el cambio de centro⁵³¹, y otras con arreglo a otros porcentajes para los años siguientes⁵³²; ciertos convenios contienen alusiones muy genéricas a la compensación por gastos⁵³³, mientras que otros remiten

⁵³¹ Convenio Colectivo de Hostelería del Territorio Histórico de Álava, 2018-2020 (15-11-2018), artículo 36: «A los efectos de la compensación por gastos referidos en el artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores (EDL 2015/182832) sobre movilidad geográfica, se determinan la cuantía total de los mismos, únicamente por traslado y a instancias de la empresa. La compensación económica total por gastos según el nivel salarial, será la siguiente: Nivel I 27 mensualidades; Nivel II 29 mensualidades; Nivel III 31 mensualidades; Nivel IV 33 mensualidades. En cuanto a los desplazamientos temporales regulados en el artículo 40.4 del Estatuto, el trabajador/a percibirá en tal caso además de los salarios, en concepto de dietas, la cantidad de 80,40 euros en 2018 y 82,02 euros en 2019; y el abono de los gastos de viaje que efectúe para iniciar y terminar el desplazamiento, así como los que sean consecuencia de los descansos trimestrales. Estos gastos no serán inferiores al coste real que se le ocasione al trabajador/a.

⁵³² Artículo 25.2 del Convenio Colectivo de Aserradores y Almacenistas de Madera de Cantabria, 2012-2013. (BOC de 23 de enero de 2014), Código: 39000655011982; Artículo 27 del Convenio Colectivo de Industrias de la Madera (sector de Carpinterías y Ebanisterías y Rematantes y Aserraderos) de la Provincia de Segovia. (BOP de 1 de enero de 2014, Código: 40100015012013

⁵³³ Artículo 52, del Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de la Provincia de Valencia. (BOP de 27 de marzo de 2014), Código: 46000585011981

PARTE V. Procedimiento de Traslado

directamente al artículo 40 ET⁵³⁴, precisándose en determinados casos que la indemnización no podrá ser inferior al gasto real sufragado por el trabajador⁵³⁵. En otros, se contiene una amplia y detallada relación de gastos a compensar⁵³⁶, siendo éstos los que se han de tomar como referencia para ver de concretar cuáles son esos *gastos mínimos*. Dentro de ellos, es muy frecuente incluir los gastos de locomoción, y de transporte de mobiliario, ropa y enseres propios de la mudanza. Incluso suele venir

⁵³⁴ Artículo 41 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de la Provincia de Alicante. (BOP de 31 de octubre de 2013), Código: 03000665011981; Artículo 25-5 del Convenio Colectivo de Comercio e Importadores de Artículos Fotográficos, Vídeo y Sonido de la Provincia de Barcelona, 2012-2014. (BOP de 11 de diciembre de 2013), Código: 08000785011994.

⁵³⁵ Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Cáceres, 2018-2020. (3-4-2018) Código: 10000155011982, Artículo 31.

⁵³⁶ Artículo 34 del Convenio Colectivo de Comercio de Alimentación de la Provincia de Ourense, 2013-2016. (BOP de 21 de noviembre de 2013), Código: 32000545011991; Artículo 19 del Convenio Colectivo de Masas Congeladas de Cataluña, 14/01/2014-31/12/2015. (DOGC de 4 de abril de 2014), Código: 79000965011994; Artículo 25-2 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de Administración y Servicios de la Universidad de Extremadura. (DOE de 17 de enero de 2014); Artículo 25 del Convenio Colectivo del Comercio Textil de la Provincia de Bizkaia. (BOB de 7 de enero de 2014), Código: 48000595011982, Código: 81000220012007; Artículo 27 del Convenio Colectivo de Empresas del Metal sin Convenio Propio de la Provincia de Pontevedra, 2013-2014. (BOP de 10 de enero de 2014), Código: 36001155011981. Dentro de este bloque, conviene citar Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Córdoba (24-9-2018), Código: 14000355011982, artículo 29: *«La movilidad geográfica requerirá la concurrencia de causas organizativas, económicas o técnicas o de producción . Dicha decisión deberá ser notificada al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. En la notificación deberá ir detallada tanto las razones del traslado, la duración del mismo, así como las facilidades y compensaciones para la realización del mismo. Cuando, por cualquiera de las circunstancias a la que alude el art. 40 del E.T. (EDL 2015/182832) , se susciten traslados que requieran cambios de residencia, la empresa abonará al trabajador, además del salario y pluses, los gastos de traslado de su familia, gastos de mudanza y el abono de los dos primeros meses del alquiler de la vivienda, así como una licencia con sueldo de cinco días para el traslado, colegios, y demás gestiones precisas para su establecimiento definitivo»*

PARTE V. Procedimiento de Traslado

contemplada una ayuda a la vivienda⁵³⁷, en los supuestos en los que el coste mensual sea mayor. Esta regulación casa con la interpretación esbozada anteriormente en relación a los gastos mínimos, pues los aludidos son lo que están destinados a producirse necesariamente.

Por último, en lo que se refiere a la jurisprudencia y doctrina judicial de nuestros tribunales, se ha de precisar que éstas no son excesivamente abundantes⁵³⁸.

Corolario de lo que antecede, es perfectamente plausible colegir que esos gastos mínimos, estarán compuestos por todos aquéllos que se hayan producido directamente por el traslado efectuado, y que, en la práctica totalidad de los supuestos, serán los correspondientes al transporte y a la mudanza de enseres, debiendo abonarse por el empresario. El resto,

⁵³⁷ Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Teruel (14-3-2016) Código: 44000145011981, artículo 37: «... una mensualidad íntegra de la media de las 3 nóminas anteriores a dicho traslado, excluyendo de las mencionadas nóminas las cantidades, si las hubiera, en concepto de horas extraordinarias. En el caso de que la empresa abone mensualmente las pagas extraordinarias, éstas se incluirán dentro del cálculo, en el supuesto de que no tenga familiares a sus expensas, o dos mensualidades en el caso de que sí los tenga. Así mismo, la empresa facilitará alojamiento y en su defecto o cuando el trabajador/a viniera habitualmente disfrutando la vivienda familiar a su cargo, le compensará en metálico la diferencia resultante en su caso entre la renta real o imputada de la vivienda que venda en la localidad de procedencia y la correspondiente a otra, de características similares a aquella, en la localidad de destino».

⁵³⁸ Puede citarse la STS de 11 de marzo de 2002, Rec. 3041/2000, que vino en aseverar que el empresario deberá abonar al trabajador en concepto de gastos por traslado, aquéllos que vengán expresamente reconocidos en el convenio o que hubieren sido convenidos por las partes, mientras que de su sentencia de fecha 24 de enero de 2005, Rec. 62/2004 (TOL 619728), se infiere que únicamente se abonarán aquéllos gastos que no sean estrictamente necesarios, en caso de convenio entre las partes.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

se tendrán que liquidar al trabajador en caso de estar reconocidos en el convenio colectivo o en un acuerdo entre partes.

II. Otras de las cuestiones formuladas versaban sobre el grado de autonomía que ostentan las partes en la determinación de los términos de compensación de gastos por traslado, en el sentido de si pueden apartarse de lo establecido en el convenio colectivo. Es cierto que el artículo 40 ET, confiere a las partes «libertad» en cuanto a los términos de la compensación, pero no menos cierto es que, asimismo, establece una limitación consistente en respetar los mínimos del CC, como también que el artículo 3.5 ET, contiene una prohibición expresa a disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. Pues bien, esta cuestión ha sido resuelta por la AN⁵³⁹. En el caso de autos, se había llegado a un acuerdo de compensación por gastos en el período de consultas, que no contemplaba los «*gastos por mudanza*» previstos en el Convenio Colectivo para el Banco de España y sus trabajadores, 2002-2005 (BOE 21-2-05). La controversia que se suscitó giraba en torno a si los trabajadores tenían o no derecho a percibir esa indemnización regulada convencionalmente, pues de conformidad con el artículo 40 ET, los eventuales acuerdos en materia de compensación por gastos de traslado, tenían que respetar los mínimos convencionales. La Sala consideró que no procedía su abono, primero, porque el silencio mostrado en el acuerdo suscrito durante el período de consultas sobre los «*gastos por mudanza*», debía traducirse en una voluntad de no incluirlos.

⁵³⁹ SAN, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2012, Rec. 72/2012.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Segundo y principal, porque analizando las cuantías convenidas en el referido acuerdo, se apreciaba con una claridad meridiana que el conjunto de aquéllas suponía una *«una cobertura económica muy superior para la totalidad de trabajadores afectados por el traslado»*, por lo que, aunque no se contemplara expresamente esa previsión convencional, no se podía apreciar en ningún caso vulnerado el mandato legal de respetar los mínimos convencionales. En un sentido similar se han pronunciado varios TSJ ⁵⁴⁰.

Con acomodo en lo anterior, considero que sí será posible apartarse de la regulación convencional, siempre que el acuerdo entre el trabajador y la empresa, en su conjunto, no se sitúe por debajo del suelo mínimo del Convenio Colectivo.

Para finalizar este apartado relativo a la compensación por gastos, deben ser tratadas tres últimas cuestiones:

La primera, relativa a si los trabajadores trasladados, tienen derecho a dietas. La ley no las incluye dentro de la compensación, vinculándolas exclusivamente en el texto normativo a los supuestos de desplazamiento. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal

⁵⁴⁰ STSJ de Aragón, de 22 de noviembre de 1999, Rec. 663/1998 y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de enero de 2002, Rec. 2613/1999. En los supuestos de hecho de ambos procedimientos, quedó evidenciado que nada obsta a que se pacte una indemnización superior a la del Convenio Colectivo.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Supremo⁵⁴¹, aduciendo que el derecho a cobrar dietas únicamente se devenga durante el periodo de tiempo durante el cual el trabajador debe prestar sus servicios en un centro de trabajo distinto al habitual, siempre y cuando se esté ante una situación transitoria (desplazamiento), debiendo regresar el empleado a su centro de trabajo, pasado un tiempo. Este criterio del Tribunal Supremo, casa con el contenido del artículo 40 ET, donde, como se ha referido, el legislador ha vinculado únicamente a los desplazamientos el derecho a percibir dietas. A la vista de lo que precede, por tanto, estamos en condiciones de respaldar que las dietas sólo se abonarán por el empresario en los supuestos de desplazamientos temporales, y no en los traslados.

La segunda cuestión, es la concerniente al tratamiento la indemnización por gastos derivados del traslado. Al respecto, se ha matizado que la ley confiere una regulación que no deja lugar a duda: esta indemnización no tendrá la consideración de salario, de conformidad con el artículo 26.2 ET, no debiendo incluirse en la base de cotización (109 LGSS), y por tanto, no teniendo que cotizarse por aquélla. En estos términos se pronunció el Tribunal Supremo⁵⁴², como también AGÍS DASILVA⁵⁴³. Asimismo, estarán exceptuadas de gravamen las cantidades que se abonen al contribuyente con motivo del traslado de puesto de trabajo a municipio distinto, siempre que dicho traslado exija el cambio de

⁵⁴¹ STS de 17 de febrero de 2000, Rec. 2794/1999. En el mismo sentido, STSJ Canarias (Las Palmas), de 30 de junio de 2003, Rec. 606/2001.

⁵⁴² STS de 22 de noviembre de 1996, Rec. 9488/1991.

⁵⁴³ AGÍS DASILVA, M.: *El lugar de... Op. cit* (1999), pág. 391.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

residencia y correspondan, exclusivamente, a gastos de locomoción y manutención del contribuyente y de sus familiares durante el traslado y a gastos de traslado de su mobiliario y enseres. Las cantidades satisfechas por la empresa a los empleados con motivo del traslado a otro centro de trabajo que excedan de estos importes, se considerarán rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, a los efectos de la aplicación de la reducción del 40 por 100 sobre el rendimiento íntegro (art. 11.1.a Rgl.)

En último lugar, debe hacerse alusión a la expresión «*familiares a su cargo*», contenida en el meritado artículo 40.2 ET. Esto ha sido abordado anteriormente, en el apartado destinado a la movilidad geográfica a instancia del cónyuge del trabajador trasladado, y donde se llegó a la conclusión de que sí debía cubrirse por la empresa todos los gastos derivados por el traslado a instancia del cónyuge, en la medida que se entendían comprendidos en la expresión «*familiares a su cargo*». A esta conclusión se llegaba tras descartar una línea de pensamiento tendente a incluir dentro de tal expresión únicamente aquéllos gastos generados por personas que dependieran económicamente del trabajador inicialmente trasladado, en provecho de la interpretación de que el citado tenor abarca la totalidad de gastos generados por la unidad familiar residente en un mismo espacio físico. En este sentido, resulta plausible entender que el legislador ha pretendido incluir dentro de ese abanico todos los gastos

PARTE V. Procedimiento de Traslado

suscitados por el trabajador y sus familiares, bien entendido que no tendrán cabida aquéllos que resulten lujosos o suntuarios⁵⁴⁴.

No parece exigirse acreditar una dependencia económica dentro de la acepción «familiares a su cargo», para que se devengue la obligación por parte de la empresa de compensar los gastos derivados del traslado, lo que no viene sino en confirmar que el legislador se ha dirigido con la meritada expresión, a aquéllos familiares que formen parte de la unidad familiar a la que pertenece el trabajador que ha sido trasladado a otro centro de trabajo de la empresa que exige cambio de residencia.

En conclusión, el legislador, en favor de la conciliación de la vida familiar, ha introducido, entre otras muchas cautelas, una expectativa de derecho consistente en el resarcimiento a cargo de la empresa, de los eventuales gastos familiares que pudieren producirse ante el traslado de uno de los cónyuges a un centro de trabajo sito en una localidad que exigiera llevar a cabo una mudanza, sin que, por el mero hecho de que el otro cónyuge trabajara en la misma u otra empresa, se viera mermado en absoluto el referido derecho, como tampoco su cuantía.

⁵⁴⁴ RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial...* Op. cit (1995), pág. 41.

CAPITULO 11: TRASLADO COLECTIVO

11.1. Introducción

El traslado colectivo, tal y como se ha reseñado anteriormente, es aquél cambio de centro de trabajo ordenado por el empleador que, exigiendo objetivamente un cambio en la residencia habitual del trabajador, afecta, en un período de 90 días, a: diez o más trabajadores, en empresas de menos de cien empleados; al 10 % de la plantilla, en empresas de entre 100 a 300 trabajadores; a 30 o más empleados, en empresas de más de 300 trabajadores; o a toda la plantilla de un centro de trabajo, siempre y cuando albergue, al menos, a 6 trabajadores. De la exégesis racional y teleológica de la norma se infiere que sólo cuando la medida empresarial tenga como destinatarios a un número de trabajadores igual o superior a los referidos, se estará ante un traslado colectivo y que, en caso contrario, la movilidad geográfica será individual. Y a esta conclusión se ha llegado en el Capítulo 10, al que me remito.

11.2. Límites temporales

En el estudio del traslado individual, se postuló que el cómputo de los 90 días no se ha de llevar a cabo trimestre a trimestre, sino que se ha de tomar como punto de referencia el día en que se produzca el primer despido objetivo (en nuestro caso, traslado). En este sentido, el TS ha venido reiterando que *«ante la literalidad del precepto, una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del*

PARTE V. Procedimiento de Traslado

plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes»⁵⁴⁵. Esto, extrapolado a los traslados, supone que, a partir del primer traslado, comenzará el eventual cómputo de los 90 días.

Ahora bien, resulta necesario, a estos efectos, determinar qué período concreto se tomará en consideración para verificar si se ha respetado o no lo dispuesto en el artículo 40.2 ET, en materia de traslados colectivos. A esta cuestión, dio respuesta la referida sentencia del Tribunal Supremo, exponiendo que el cómputo sólo se realizará hacia detrás, salvo supuestos de fraude de ley. Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente por la doctrina judicial⁵⁴⁶, y aunque, de nuevo, se trate de un supuesto de despido, sirve perfectamente de aplicación al supuesto de la movilidad geográfica sustancial que me compete. De forma muy concreta, conviene indicar los parámetros que consigna el TS: el día en que se produzca la medida (en nuestro caso, el traslado) tendrá un doble efecto: será el *dies ad quem* para ese traslado, y el *dies a quo* para el cómputo del período de los noventa días siguientes.

Respecto al primer efecto, esto se traduce en que, para valorar si un traslado individual en concreto se ha realizado en fraude de ley, por no respetar lo dispuesto en el artículo 40.2 ET, se tomará únicamente como

⁵⁴⁵ STS de 23 de abril 2012, Rec. 2724/2011.

⁵⁴⁶ STSJ de Madrid, de fecha 20 de enero de 2014, Rec. 1304/2013

PARTE V. Procedimiento de Traslado

periodo de referencia para el cómputo de los eventuales traslados efectuados, los 90 días anteriores, y no aquéllos traslados que se produzcan con posterioridad al día en que se efectúe el traslado en cuestión, salvo un supuesto de fraude del artículo 6.4 CC, que posteriormente se concretará. A esta conclusión llega el Tribunal razonando que *«si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el "dies ad quem" para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el dies ad quem coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres»*⁵⁴⁷.

En cuanto al segundo efecto, *el dies a quo*, el Tribunal considera que tras la realización del traslado objeto de estudio, se iniciará un nuevo cómputo, y únicamente podrán ser declarados nulos aquéllos traslados que

⁵⁴⁷ STS de 23 de abril 2012, Rec. 2724/2011.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

se efectúen con posterioridad a aquél, y siempre y cuando impliquen rebasar los límite cuantitativos legales.

Este planteamiento se traduciría, de forma muy monográfica, en que un traslado, efectuado en fecha 1-1-2014 (último día de cómputo), podría ser declarado nulo, si se acreditara que, en los 90 días inmediatamente anteriores a esa fecha, se hubieran producido, como mínimo, un número de traslados que, sumados al traslado en cuestión, alcanzaran los umbrales legales del artículo 40.2 ET. Sin embargo, no resultaría fraudulento, a primera vista, si la suma de ellos, no alcanzaran los referidos umbrales, y ello con independencia de que, tras el referido traslado, luego se efectuaran otros, pues, como he referido, el *dies ad quem* sería el del traslado en cuestión, por lo que los *nuevos traslados* no servirían de base de cómputo (el día del traslado supone también el *dies a quo* del nuevo período).

Ahora bien, esto último tiene una excepción, relativa a los supuestos en los que se produzca un obrar fraudulento por parte de la empresa, que contravenga el artículo 6.4 CC, como podría ser cuando entre traslado y traslado apenas transcurran un par de días, pues este espacio de tiempo tan escueto revelaría un proceder fraudulento por parte de la empresa. Aplicando esta doctrina al supuesto de Autos, el Tribunal consideró que con el despido de la actora, se había superado el umbral del artículo 51 ET, en la medida que en los 90 días anteriores, se había procedido al despido de 31 trabajadores, más 11 extinciones, sumando un

PARTE V. Procedimiento de Traslado

total de 42, en una empresa de 300 trabajadores. Por ende, de acuerdo con lo prevenido en el apartado 1-c) del citado precepto, el cauce legal tendría que haber sido un despido colectivo.

Así las cosas, con esta regulación, el legislador pretende disuadir cualquier intento de sortear el procedimiento regulado para el traslado colectivo, a través de sucesivos traslados individuales. Como acertadamente razona la sentencia estudiada, el artículo 51 (y por ende el 40) *«establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude»*. Este compromiso del legislador con el procedimiento regulado para el traslado colectivo, trae causa en el carácter garantista que dimana del mismo.

11.3. Notificación. Exigencias legales.

El procedimiento regulado para el traslado colectivo contiene una serie de trámites adicionales respecto del individual, a fin de ofrecer a los trabajadores unas cauciones más amplias. Esta mayor complejidad, tal y como ha manifestado MONTOYA MELGAL, responde a *«los intereses en juego, ya que dicha modalidad afecta, bien a la plantilla íntegra de la empresa o centro de trabajo, bien a un número considerable de trabajadores»*⁵⁴⁸. Entre todos los trámites adicionales al procedimiento individual, se erige el período de consultas como principal mecanismo

⁵⁴⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013. pág. 427

PARTE V. Procedimiento de Traslado

garantista. Este trámite, que «*persigue el examen de las causas del traslado pretendido y de las posibilidades de evitar o reducir su alcance, así como de las posibilidades de atenuar los efectos de dicha situación sobre los trabajadores afectado*»⁵⁴⁹, tiene que llevarse a cabo imperativamente con carácter previo a la adopción de la medida definitiva.

Pues bien, junto a ello, el empresario viene constreñido a cumplir con una serie de formalidades legales: la primera de ellos, consiste en comunicar por escrito a los trabajadores y a sus representantes la intención empresarial de proceder a un traslado colectivo, expresando las causas que lo generan. Asimismo, deberá informarles de que disponen de un plazo de siete días -quince días en caso de que no existan representantes- para constituir una comisión negociadora. En este punto no es preciso desarrollar ampliamente las causas que motivan la medida empresarial.

Una vez transcurridos los siete días -o, en su caso, los quince, la empresa comunicará a los trabajadores y/o a sus representantes, como también a la Autoridad Laboral, el inicio del período de consultas, debiendo establecerse un calendario de reuniones. La ley es clara al afirmar que la no constitución de la citada comisión no obstará a que siga adelante el procedimiento. Si bien no se dice nada en el Estatuto de los Trabajadores, por analogía a lo dispuesto en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y

⁵⁴⁹ Ibidem, pág. 428.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

reducción de jornada, la empresa deberá entregar una memoria justificativa de las causas en las que sustenta la movilidad geográfica planteada, de forma que la parte social tenga un conocimiento suficiente, claro e inequívoco sobre las mismas.

El período de consultas tendrá una duración no superior a 15 días, debiendo negociar las partes de buena fe, de cara a la consecución de un acuerdo. Comoquiera que se dedicará un apéndice entero a esta fase, no se va a profundizar más en este momento. Tras la finalización de dicho periodo, con o sin acuerdo, la empresa deberá comunicar a los trabajadores por escrito la decisión adoptada, así como informar a la Autoridad Laboral de la postura de ambas partes durante el referido período. En caso de optar aquélla por seguir adelante con el traslado colectivo, procederá a comunicar a cada trabajador afectado, la imposición de la medida de movilidad geográfica, y ello con arreglo a las formalidades y exigencias establecidas en el texto legal para los traslados individuales (art 40.1 ET). En este sentido, la citada comunicación, deberá desarrollar suficientemente las causas invocadas, de forma que el trabajador pase a tener un conocimiento cabal de los hechos y, llegado el caso, se halle en condiciones de ejercitar una defensa en condiciones, remitiéndome a lo estudiado en el traslado individual. No es válido que la empresa omita la expresión de las causas en base a que ya fueron abordadas en el período de consultas⁵⁵⁰. Junto a las causas, se deberá informar al trabajador de que se ha seguido el procedimiento regulado

⁵⁵⁰ STSJ del País Vasco, de 15 de enero de 2013, Rec. 2927/2012.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

para los traslados colectivos, así como del resultado del período de consultas. También se expresará la fecha de efectos y se informará al trabajador de la posibilidad de rescindir su contrato ex artículo 40 ET.

11.4. Periodo de consultas

Este trámite legal, previsto tanto para los despidos como para las modificaciones sustanciales y los traslados, todos ellos de carácter colectivo, cumple una labor garantista de los derechos de los trabajadores, en la medida que introduce un lapso temporal previo a la imposición de la decisión empresarial, durante el cual las personas trabajadoras, a través de sus representantes, tienen la oportunidad, no sólo de conocer de primera mano las causas que mueven a la empresa a proceder en tal sentido, sino también a alegar lo que a su derecho convenga, e incluso a llegar a un acuerdo sin necesidad de pasar por la vía judicial. En este sentido, la AN, definió tal procedimiento como *«una manifestación típica de la negociación colectiva, cuya finalidad es tratar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados»*⁵⁵¹.

Ahora bien, se ha de puntualizar que pese a que este periodo de consultas con los representantes de los trabajadores viene regulado

⁵⁵¹ SAN de 13 de marzo de 2013, Rec. 4/2013.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

específicamente para el procedimiento colectivo, ello no es óbice a que se realice en los traslados individuales. De hecho, algún Convenio Colectivo⁵⁵² así lo prevé, en aras de dotar de mayores cauciones al procedimiento de traslado individual. Con carácter previo, asimismo, tiene que concretarse quiénes integrarán la mesa de negociación en el período de consultas. El texto normativo asienta que por cada una de las partes, podrán intervenir hasta un máximo de 13 miembros.

Por la parte social, la Ley otorga prioridad a las secciones sindicales, pues siempre que ostenten la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de los centros afectados, sí a así lo deciden, serán las que intervengan como interlocutores ante la empresa. En defecto de las anteriores, hay que distinguir entre si la medida de traslado colectivo afecta a un único centro de trabajo o a varios. En el primer caso, corresponderá la intervención a los representantes de los trabajadores (miembros del comité o delegados de personal), y en su defecto, a una comisión ad hoc⁵⁵³ integrada por 13 miembros elegidos democráticamente por y entre los trabajadores o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los

⁵⁵² Artículo 58 del Convenio Colectivo de Industrias del Aceite y sus Derivados Provincia de Barcelona, 2013-2015. (BOP de 27 de noviembre de 2013, Código: 08002535011993 : Periodo de consultas en traslados individuales.

⁵⁵³ El TS, en sentencia de fecha 18 de marzo de 2014, Rec. 114/2013 en relación a la comisión *ad hoc*: «*Se trata de la configuración de un órgano de representación extraordinaria, en tanto que solo surge en defecto de los mecanismos de representación legal o sindical "ordinarios", y que puede calificarse de especializado en la medida en que tiene por exclusiva competencia la negociación que forzosamente haya de iniciarse con la propuesta empresarial amparada en los arts. 41 o 51 Estatuto de los Trabajadores (ET)*».

PARTE V. Procedimiento de Traslado

sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En el segundo caso, esto es, de afectar a más de un centro de trabajo, corresponderá la representación al Comité Intercentros, quién debe tener conferida esta atribución por el Convenio Colectivo de aplicación. En su defecto, se ha de estar a las reglas establecidas legalmente: si todos los centros cuentan con representantes, se elegirán de entre todos a los 13 que intervendrán en el período de consultas, pero siempre en proporción al número de trabajadores que representen. Si ningún centro tiene representantes, la comisión representativa quedará compuesta por quienes resulten elegidos por y entre los miembros de las comisiones ad hoc designadas en los centros de trabajo afectados, también en proporción. Si algunos centros tienen representantes y otros no, o bien vendrán todos representados por los representantes de dichos centros que salgan elegidos, o bien por los elegidos entre éstos y los integrantes de las comisiones negociadoras votadas por los centros que no ostentaban representación, también en proporción.

Por la patronal, podrá intervenir por medio de los profesionales que considere oportuno, puntualizando que si la negociación se lleva a cabo con una comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la

PARTE V. Procedimiento de Traslado

organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

Perfilado lo anterior, es momento de entrar en el fondo de la materia. A estos efectos, interesa arrancar de la manifestación del Tribunal Supremo⁵⁵⁴ que ha aseverado que el incumplimiento de las formalidades establecidas en el procedimiento de traslado colectivo, llevará aparejada la nulidad del mismo. Así las cosas, el período de consultas se presenta como un trámite imperativo de obligado cumplimiento, durante el cual se deberán practicar las actuaciones marcadas por la ley, en la forma y en el contenido previsto, so pena de nulidad⁵⁵⁵. Dado que, como he punteado, comparten este procedimiento los traslados colectivos (art. 40), las modificaciones sustanciales (art. 41) y los despidos colectivos (art. 51), parte de la jurisprudencia que a continuación se traerá a colación, no versará en exclusiva sobre los traslados, pudiendo integrarse por analogía dentro de nuestro estudio. Es conveniente advertir que la línea divisoria entre el cumplimiento o incumplimiento del período de consultas puede devenir muy fina en determinados casos, teniendo que estar a las circunstancias concurrentes. De la redacción del Estatuto de los Trabajadores, se observa que dos son los requisitos esenciales en todo período de consultas: uno expreso, y extensible a ambas partes -negociar de buena fe-, y otro implícito y previo -deber de información por parte de la empresa-.

⁵⁵⁴ STS de 13 octubre de 2003, Rec. 112/2002.

⁵⁵⁵ Artículo 138.7 Ley Reguladora Jurisdicción Social.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

En lo que se refiere al deber de información, pese a que el ET no lo recoge de forma expresa, el mismo es consustancial al mandato de negociar de buena fe (para negociar, ambas partes han de disponer de la información suficiente sobre el objeto del litigio o debate). En estos términos lo interpretó el TSJ de Cataluña⁵⁵⁶, no considerando infringido el período de consultas, dado que la empresa sí había facilitado la documentación correspondiente, con exposición de las causas que la motivaban.

En sentido opuesto, el TSJ de la Comunidad Valenciana⁵⁵⁷, desestimó el recurso planteado por la empresa contra la sentencia que declaraba la nulidad de la medida empresarial adoptada, en base a que la demandada no había cumplido con la obligación formal de facilitar toda la información necesaria a los trabajadores sobre las causas que motivaban la decisión, debiendo haberlo hecho durante el período de consultas. Como se ha adelantado y puede inferirse de las citadas resoluciones, en muchas ocasiones no resulta sencillo discernir entre lo que constituye una verdadera puesta a disposición del Comité de la información necesaria de lo que se reprocha como incumplimiento formal.

Para tratar de hacer frente a la cuestión concerniente a la idoneidad de la información aportada por la Empresa en el período de consultas,

⁵⁵⁶ STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 1998, Rec. 16/1998

⁵⁵⁷ STJS de la Comunidad Valenciana, 1 de diciembre de 1998, Rec. 3833/1998

PARTE V. Procedimiento de Traslado

conviene analizar el razonamiento seguido por la AN⁵⁵⁸: *«es requisito constitutivo para que la negociación en el período de consultas pueda alcanzar sus fines, que los representantes de los trabajadores dispongan de la información pertinente, entendiéndose como tal la que les permita analizar razonablemente la concurrencia de las causas, así como evitar o limitar la medida, atenuando, en su caso, sus consecuencias y efectos, siendo exigible, del mismo modo, que la negociación sea efectiva, garantizándose como tal aquella en la que las partes cruzan propuestas y contrapropuestas, con las consiguientes tomas de posición de unas y de otras, independientemente de que las negociaciones alcancen un buen fin, como hemos mantenido en SAN 25-11-2009, ROJ 5105/2009».*

De la lectura de lo que precede, sí puede extraerse una aproximación más cercana del criterio seguido por nuestros Tribunales para calificar como cumplido el requisito de aportar información al Comité de Empresa: que mediante aquélla se proporcione un conocimiento suficiente a la representación de los trabajadores como para estar en condiciones de analizar con profundidad las causas aducidas por la empresa y su eventual concurrencia en el caso concreto. Dicho en otros términos, que la empresa no sólo anuncie la causa o causas en las que basa su decisión, sino que haga un esfuerzo tangible por transmitir al Comité el sustento sobre el que descansan aquéllas.

⁵⁵⁸ SAN de 28 de mayo de 2012, Rec. 81/2012.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

El segundo mandato, como se ha apuntado, consiste en el deber de negociar de buena fe impuesto a ambas partes durante el período de consultas, con vistas a la consecución de un acuerdo. Con ello, se está previniendo a aquéllas de que el período de consultas no tiene que ser un trámite fútil, artificioso, sino que ha de tener un contenido real. Es cierto que el primer requisito, el de información, bien podría entenderse perfectamente integrado dentro de éste, pues no facilitar toda la documentación e información necesaria, no deja de ser un acto contrario a la buena fe. Sin embargo, y para una mayor comprensión, se ha considerado oportuno desgajar ambos requisitos.

Pues bien, a efectos de determinar cuándo se entiende cumplido el mandato legal consistente en negociar de buena fe, la doctrina judicial⁵⁵⁹, viene exigiendo que *«el período de consultas ha de realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo y discutiendo de forma efectiva todas las circunstancias que afecten a la medida propuesta»*. En este sentido, el periodo de consultas no necesariamente debe conllevar una negociación especialmente minuciosa, individual y pormenorizada, sino que *«habrá de estarse a cada caso concreto para determinar si se cumple adecuadamente con el deber de negociar por parte de la empresa, en función de las concretas medidas propuestas, su complejidad, situación específica por las que atraviesa la empresa, número de trabajadores, antecedentes del caso, y en fin, cuantos elementos puedan concurrir en cada particular supuesto. Será en base a*

⁵⁵⁹ STSJ Cataluña, de 26 de febrero de 1998, Rec. 8449/1997

PARTE V. Procedimiento de Traslado

estos parámetros que habrá de decidirse si el periodo de consultas ha tenido lugar conforme a las exigencias legales, o bien no ha existido o se ha producido con carácter meramente formal y por tanto de forma ineficaz por insuficiente»⁵⁶⁰. Así pues, el período de consultas es una manifestación específica de la negociación colectiva⁵⁶¹ con vocación finalista, que compele a las partes a procurar evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, buscando alcanzar los objetivos fijados mediante la negociación de buena fe⁵⁶².

Cumplidos estos requisitos, se entenderá respetado el mandato legal, con independencia de que se alcance o no un acuerdo⁵⁶³.

Especial atención requiere la expresión «no superior a quince días» introducida por el legislador en relación a la duración del período de consultas. Evidentemente, la primera cuestión que se suscita es la relativa a si esa duración constituye un límite absoluto e infranqueable por las partes en todo caso, o por el contrario, puede verse dilatado en algunas ocasiones. Pues bien, del tenor literal del artículo 40 ET, se presume, *a priori*, que el periodo de consultas tendrá, en todo caso, una duración máxima de 15 días, pues se observa claramente que el legislador ha

⁵⁶⁰ STSJ Andalucía (Granada), de 31 de marzo de 2016, Rec. 318/2016

⁵⁶¹ STS de 16 de julio de 15, Rec. 180/2014

⁵⁶² STJUE de 16 de julio de 2009, asunto C-12/08.

⁵⁶³ En esta línea, se pronunció el TSJ de Galicia en su Sentencia de fecha 31 de octubre de 2001, Rec. 5146/2001, entendiéndose no vulnerado el período de consultas, pues en todo momento la empresa cumplió con su deber de negociar de buena fe durante las dos reuniones mantenidas con los representantes de los trabajadores, sin que la adopción de un acuerdo pueda llevar a conclusión dispar.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

eludido el uso del cualquier término que invite a entender dicho plazo como algo meramente orientativo, aconsejable u óptimo. Ahora bien, no menos cierto resulta que, de aceptarse esta lectura tan estricta, podríamos encontrarnos con el supuesto de que, estando las partes muy cerca de llegar a un consenso, éste no se pudiera alcanzar finalmente, al haber transcurrido el plazo «máximo» dentro del período de consultas.

La solución a este escollo, la ha ofrecido la AN, es su ya citada Sentencia 13 de marzo de 2013. El planteamiento de la Sala, en mi opinión, resulta tan legalista como práctico: confirma que se trata de un plazo máximo en el sentido de que, una vez alcanzado, ninguna de las partes podrá imponer *ex lege* a la otra su prolongación, argumentando que, en caso contrario, esto es, si se permitiera ampliar dicho espacio, aun habiéndose agotado los argumentos de las partes, se dejaría vacío de contenido a las medidas de flexibilidad interna, *«cuyo éxito vendrá determinado esencialmente por su despliegue actualizado frente a las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción causantes de la medida»*. Esta postura no viene sino en reafirmar el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la CE, pues determina con precisión a las partes cuál será la duración máxima del citado período. Sin perjuicio de lo que antecede, y en aras de soslayar la incongruencia que previamente se advertía conforme a la interpretación *stricto sensu* de la locución «no superior a quince días», la Sala vino en puntualizar que restringir incondicionalmente una eventual prórroga de este período, cuando así lo aconsejara el estado de las negociaciones, podría vulnerar el principio inspirador del período de consultas, que no es

PARTE V. Procedimiento de Traslado

otro que el de llegar a un consenso. En este sentido, y dadas las posiciones tan acercadas de las partes al momento de ampliarse la duración del período de consultas, la Sala no estimó vulneración del principio de buena fe, convalidando por tanto la extensión de ese plazo. En suma, esta interpretación teleológica del artículo 40 ET, permite posicionarse sobre la afirmación de que sí es posible que las partes, de mutuo acuerdo, prolonguen someramente los quince días reflejados en la ley, bien entendido que, en todo caso, será para proseguir con la negociación de forma real.

Otra de las cuestiones que han de analizarse es qué ocurre cuando el período de consultas no puede llevarse a cabo por oposición de los representantes de los trabajadores. Hasta el momento, me había centrado en incumplimientos provenientes de la esfera empresarial, pero no debe olvidarse que del Estatuto de los Trabajadores emana una orden -negociar de buena fe- con un doble destinatario -las partes-. Es por ello que los representantes de los trabajadores, como parte, deberán cumplir también con el mandato legal. Pues bien, en relación a eventuales incumplimientos por parte del Comité, el Tribunal Supremo⁵⁶⁴, se ha mostrado tajante al declarar cumplido el trámite cuando la negociación no se produce por causa imputable a aquél. En esa misma línea, el TSJ de Canarias⁵⁶⁵, consideró que la oposición por parte del Comité supone la culminación de

⁵⁶⁴ STS de 16 de septiembre de 2004, Rec. 117/2003.

⁵⁶⁵ STSJ de Canarias (sede Las Palmas), de 18 de noviembre de 2005, Rec. 346/2005.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

un proceso en el que no cabe apreciar mala fe empresarial por el hecho de seguir adelante con la adopción de la medida.

Corolario de lo anterior, el período de consultas deberá llevarse a cabo en los procedimientos de traslado colectivo, so pena de declararse su nulidad. Durante su extensión, la empresa deberá transmitir a los representantes de los trabajadores las causas que lo motivan, poniendo a disposición del Comité cuanta información sea necesaria como para que tenga un conocimiento cabal de las meritadas razones, y esté en condiciones de analizar la concurrencia o no de aquéllas. Asimismo, ambas partes deberán negociar de buena fe en pos de llegar a un consenso, si bien no significará incumplido el trámite en caso de que aquél no se culmine.

Por último, se ha de referir que este período de consultas puede sustituirse por un procedimiento de mediación o arbitraje que resulte aplicable en la empresa, mediante acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Tal y como ha manifestado GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN⁵⁶⁶, «*se trata, desde luego, de una facultad y de una opción que tienen ante sí el empresario y la representación legal de los trabajadores*». El ET, en su artículo 40.2, puntualiza que tal sustitución se podrá acordar en cualquier momento del período de consultas, debiendo realizarse dentro del plazo máximo que la ley confiere

⁵⁶⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I.: *Manual de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 526.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

a aquél. Parece lógico que lo que precede se interprete desde una óptica flexible, en la medida que, en ocasiones, puede resultar inviable que dicho procedimiento de mediación o arbitraje se realice en el citado lapso temporal. Piénsese por ejemplo cuando el acuerdo de sustitución se produce prácticamente al final del período de consultas. Esta confusa regulación ha suscitado la crítica de FERNANDEZ-COSTALES⁵⁶⁷, quién ha manifestado que el establecimiento de dicho plazo «*adolece de una falta manifiesta de realismo*». En cualquier caso, las partes que convengan en acudir a la citada sustitución, tendrán que haber operado con arreglo a la buena fe, sin que de su actuación quepa interpretarse un ánimo dilatorio del procedimiento.

11.5. Adopción del acuerdo

El acuerdo es el objetivo principal que persigue el legislador al regular un período de consultas previo a la imposición de la medida, bien entendido que este procedimiento será, en todo caso, requisito necesario para generarlo. De ahí, que la AN⁵⁶⁸ haya aseverado «*que la consecución del acuerdo se constituye, de este modo, en el núcleo duro del procedimiento de consultas de los procedimientos de flexibilidad interna y también de flexibilidad externa*». En este contexto, es lógico afirmar que la legalidad de todo acuerdo adoptado durante el período de consultas

⁵⁶⁷ AA.VV. (Dir. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.): *Estudios sobre las últimas reformas laborales: efectos de la crisis en el derecho del trabajo*, Eolas Ediciones. León, 2011. Pág. 123

⁵⁶⁸ SAN de 13 de marzo 2013, Rec. 4/2013.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

estará supeditado, en buena parte, a lo acaecido durante dicho procedimiento.

Pues bien, la naturaleza del acuerdo no viene definida por el legislador, confiriéndose a las partes un amplio margen discrecional. En este sentido, es tan válido aquél acuerdo que verse sobre la propia movilidad geográfica, en el sentido de reducir el número de afectados, como aquél que reemplace la adopción de tal medida por cualquier otra, como podría ser una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectiva. Esta flexibilidad trae causa en la pretensión última del legislador, que no es otra que la reducción de los efectos adversos que la medida empresarial pudiera entrañar al trabajador, y que quedaría cristalizada en ese acuerdo adoptado en el período de consultas.

Ahora bien, de lo que precede no debe predicarse que todo acuerdo alcanzado entre las partes que integren la mesa de negociación será incuestionablemente válido, pues para ello tendrá que ser ajustado a derecho en todos sus extremos. Ello se traduce en que esa exigencia de legalidad se hará extensible tanto al procedimiento que ha culminado en el acuerdo, como al propio contenido de éste. Así las cosas, las partes deberán respetar íntegramente el contenido del artículo 40.2 ET en relación a la tramitación del traslado colectivo. Comoquiera que ya se han estudiado las formalidades, plazos y actuaciones exigidas legalmente, resultaría ocioso citar todos y cada uno de los incumplimientos que pueden producirse, por resultar los mismos evidentes. Sí me detendré, en

PARTE V. Procedimiento de Traslado

cambio, en los supuestos típicos que han suscitado un especial rechazo por parte del legislador. Estos son, básicamente, los que cita en el artículo 41, consistentes en la existencia de *fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, y que ahora pasamos a estudiar, anticipando que, en muchas ocasiones, pueden presentarse de forma conjunta, entremezclados entre sí.*

En virtud del artículo 6.4 del Código Civil, se entenderá que concurre fraude de ley en la adopción del acuerdo alcanzado en el período de consultas, cuando con su contenido se persiga un resultado contrario y/o prohibido por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el Tribunal Supremo⁵⁶⁹, describe el fraude de ley como *«sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas, e implica, en el fondo, un acto "contra legem", por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, de forma que el "fraus alterius o fraus homini" implica, con carácter general, un "fraus legis", que requiere como elemento esencial, una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley, (...) con lo que se ha de ver si concurre o se halla ausente el presupuesto del denunciado fraude, que no*

⁵⁶⁹ STS, sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2000, Rec. 3293/1995.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

es otro que el logro de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico».

El dolo, como se ha estudiado, viene recogido en el artículo 1.269 del CC, entendiéndose producido en el marco que nos ocupa, cuando una de las partes induzca a la otra, mediante palabras o maquinaciones insidiosas, a adoptar un acuerdo en unos términos que, sin aquéllas, nunca se hubiera producido. Nos situamos pues en la óptica del engaño, que LA IGLESIA Y GARCÍA, ha definido como «*toda especie de astucia, trampa, maquinación ó artificio que se emplea para engañar a otro; o el propósito de dañar á otra persona injustamente*»⁵⁷⁰; Por su parte, las coacciones se tratan de un delito tipificado en el código penal, en el artículo 172, y se entenderán producidas en el ámbito de la negociación inter partes del periodo de consultas cuando una de las partes compeliere mediante amenaza a la otra a llegar a un acuerdo en unos extremos no deseados por ésta última. Por último, el abuso de derecho se encuentra recogido en el artículo 7 del Código Civil, y se entenderá concurrido en un período de consultas cuando el acuerdo adoptado sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con causación de daño a tercero.

⁵⁷⁰ LA IGLESIA Y GARCÍA, G.: *Diccionario práctico de derecho usual*, Casa editorial de Felipe González Rojas, Madrid, 1914. Pág. 163.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Pues bien, estos actos han sido introducidos en el ET por el legislador como elementos que vacían de contenido el eventual acuerdo suscrito entre la patronal y la parte social. Se han previsto con ocasión de acuerdos adoptados mediando connivencia entre la empresa y los representantes, o cuando se ejerce una presión muy fuerte por una de las partes a otra (normalmente la patronal a los trabajadores), incluso llegando a entablar amenazas.

Perfilado lo anterior, se ha de culminar este apartado con otra cuestión fundamental, que no es otra que la relativa a la forma exigida por la ley para llegar a un acuerdo. El ET, en su meritado artículo 40, exige la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores, o la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores. Ahora bien, se establece como requisito sine qua non, aplicable a cualquiera de los dos supuestos, que esos representantes que han prestado su conformidad, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. Esto es muy relevante, sobre todo cuando la medida afecte a varios centros de trabajo, pues es posible que ese colectivo de representantes que se muestren conformes, en suma, sean más que los que estén en contra, pero que, en cambio, no representen a la mayoría de trabajadores, por lo que no podrán suscribir un acuerdo con la patronal en el marco del período de consultas. Lo mismo cabe predicarse del supuesto contrario, esto es, que aun representando a la mayoría de trabajadores, los representantes que estén de acuerdo sean inferiores en número respecto de los que rechacen suscribir un acuerdo.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Con todo, en caso de alcanzarse un acuerdo, deberá ser firmado por todas las partes que integran la mesa de negociación, remitiéndose una copia a la Autoridad Laboral. Sin perjuicio de que posteriormente se desarrolle con mayor detalle, debe significarse que este acuerdo podrá ser impugnado por los trabajadores, y ello pese a que, como es evidente, aquéllos que los han representado hayan mostrado su conformidad. En este punto, *obiter dicta*, el legislador confiere un tratamiento diferente al procedimiento colectivo de modificación sustancial colectiva respecto de su homólogo en la movilidad geográfica, en la medida que en el primero, el eventual acuerdo adoptado en el período de consultas únicamente podrá ser impugnado por el trabajador so pretexto de la existencia de dolo, coacción, fraude de ley o abuso de derecho, mientras que en el segundo, el legislador no limita la impugnación a tales supuestos, sino que permite atacar el mismo por las razones que el trabajador estime oportunas.

11.6. Efectos sobre los trabajadores

Tras la conclusión del período de consultas, se ha referido que la empresa deberá proceder, en su caso, a la comunicación de los traslados a aquéllos trabajadores que vayan a quedar afectados por los mismos, y todo ello conforme al procedimiento establecido para los traslados individuales. Este particular explica que las opciones del operario frente traslados colectivos sean esencialmente las mismas que respecto de los traslados individuales, de ahí que no se vaya a profundizar en exceso al objeto de evitar reiteraciones. La medida adoptada y comunicada será ejecutiva

PARTE V. Procedimiento de Traslado

desde su fecha de efectos. Frente a la misma, el trabajador podrá aceptarla, con derecho a compensación por gastos en los mismos términos de los referidos anteriormente; oponerse a la misma, en el plazo de 20 días hábiles desde la notificación, bien entendido que en el ínterin hasta la resolución judicial, tendrá que trasladarse, también con derecho a percibir una compensación por gastos; o podrá accionar la opción resolutive que el ET le confiere en el artículo 40 ET, con derecho a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio, con límite de 12 mensualidades, salvo que entienda que se ha producido un incumplimiento muy grave por parte del trabajador, y solicite la extinción de su contrato ex artículo 50, con derecho a la indemnización prevista para los despidos improcedentes. Es precisamente en esta tercera alternativa (extinción ex artículo 40 ET) donde surgen diferencias respecto de la impugnación del traslado individual, en la medida que la interposición de una demanda de conflicto colectivo suspenderá el procedimiento de impugnación individual, y ello con independencia de que éste se hubiera o no interpuesto, conforme a lo prevenido en el artículo 160.3 LRJS.

Para el primer supuesto, el Juzgado al que hubiere correspondido por reparto el conocimiento de la impugnación individual del traslado, suspenderá *sine die* el procedimiento, mientras que si el trabajador todavía no hubiera interpuesto demanda impugnatoria, en caso de hacerlo, el juzgado paralizará la admisión a trámite de la misma. Una exégesis racional y teleológica de tal norma explica que el legislador aplique esta solución incluso para el caso de que en el procedimiento de impugnación individual se hubiera dictado sentencia y la misma estuviera pendiente de

PARTE V. Procedimiento de Traslado

recurso de suplicación o de casación, en tanto en cuanto lo que se persigue por aquél es evitar la duplicidad de pronunciamientos que sobre unos mismos hechos, pudieren entrar en contradicción.

En este sentido, los artículos 138.4 y 160.3 LRJS disponen que la sentencia recaída en el procedimiento de impugnación colectiva tendrá efectos de cosa juzgada, de forma que no podrá volver a conocerse esos mismos hechos en el procedimiento individual. Ahora bien, se ha de precisar que la ley se refiere a la imposibilidad de conocer un mismo objeto o que tenga relación directa. Esto se traduce, por ejemplo, en que si una demanda de conflicto colectivo es desestimada por algún defecto de forma, como podría ser por falta de legitimación activa, ello no obsta a que, tras adoptar firmeza dicha sentencia, se reanude el procedimiento individual, no entrando en tal caso el efecto de cosa juzgada referido anteriormente.

De lo que precede, se advierte que si bien la impugnación del traslado colectivo podrá efectuarse individual y personalmente por cada trabajador afectado, no se puede predicar, en cambio, el mismo grado de independencia que su análoga para los traslados individuales, pues no sólo puede verse paralizada por una demanda de conflicto colectivo, sino que éste puede incluso dejar sin objeto la impugnación individual o alterar la resolución recaída en este procedimiento, siempre y cuando no fuere firme.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

En otro orden de cosas, y para el caso de optar por la segunda opción, una vez resuelto el contrato de trabajo, la empresa debe abonar al trabajador una indemnización equivalente a 20 días por año de servicio, con el límite de una anualidad. En caso de que la empresa no le abone la indemnización, el trabajador tendrá que proceder a su reclamación judicial vía proceso ordinario. Es importante que el trabajador tenga presente que el FOGASA, de acuerdo con la redacción del artículo 33 ET, no incluye expresamente dentro de los conceptos cubiertos este tipo de indemnizaciones, por lo que, ante una situación de insolvencia empresarial o concurso de acreedores, puede no ver satisfecha su indemnización, sin perjuicio de lo que se abordará en el apartado siguiente. Esto debe valorarse especialmente en los supuestos en los que la empresa atraviese por dificultades económicas. Lo mismo cabe predicarse para el supuesto en que el trabajador devengue el derecho a percibir una compensación por gastos que finalmente no le abone el empresario.

CAPÍTULO 12. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA EN EL CONCURSOS DE ACREEDORES

12.1. Introducción

Procede ahora analizar los cambios locativos en el contexto de que una Empresa se halle en situación de concurso de acreedores. Para situar debidamente la cuestión, conviene realizar, de forma concreta, una introducción sobre esta situación concreta.

De conformidad con la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, procede la declaración de concurso cuando un deudor común se halle en situación de insolvencia (art. 2.1 LC), entendiéndose por ésta la imposibilidad que tiene aquél de cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). En opinión de SÁNCHEZ CALERO, F., la citada ley esbozó un concepto más amplio del término «insolvencia», al hacer alusión a la falta de cumplimiento puntual y regular, alejándose, de esta manera, de la concepción jurisprudencial anterior que exigía una insolvencia definitiva, general y completa⁵⁷¹. Producido el supuesto de hecho del art. 2.1 LC, el concurso podrá solicitarse tanto por el deudor (art 2.3 LC), en el plazo de dos meses a contar desde que conociera o debiera conocer su estado de insolvencia, ya fuere actual o inminente⁵⁷², como por los acreedores de aquél (art. 2-4

⁵⁷¹ SÁNCHEZ CALERO, F. *Principios de Derecho... op.cit* (2012), pág. 739

⁵⁷² Cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (Artículo 2.3 LC)

PARTE V. Procedimiento de Traslado

LC). En caso de que proceda, el Juez dictará Auto por el que se declara el concurso de acreedores y se publicará en el Registro Público Concursal (art. 198 LC). En dicho Auto, el Juez designará al Administrador Concursal que deberá atender el Concurso⁵⁷³.

En lo que atañe al ámbito laboral, la LC confiere al juez del concurso una amplia gama de facultades para conocer de materias que, en puridad, le resultarían ajenas por extrañas a la jurisdicción mercantil pero que, en la medida que se suscitan dentro de un concurso de acreedores, han de ser atendidas, valoradas y resueltas por aquél. En efecto, unas de las principales novedades que introdujo la Ley 22/2003, de 9 de julio fue la atribución de competencias laborales al juez del concurso⁵⁷⁴. Tal afirmación casa fielmente con el artículo 57 ET, el cual remite a lo dispuesto en la Ley Concursal cuando se trate de supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo en el seno de un concurso de acreedores. Esta remisión se cristaliza en el

⁵⁷³ Siguiendo a BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, 2017, Pág.583-587: con la reforma operada en el año 2011, la Administración Concursal ha abandonado su concepción inicial de órgano colegiado, compuesto por tres miembros, en favor de visión más unipersonal, reduciendo así los costes anteriores, sin perjuicio de los concursos en los que concurra causa de interés público que justifique la designación de un segundo administrador concursal. En cuanto a la diligencia y responsabilidad que les es exigida, guardan estrecha conexión con los administradores de sociedades mercantiles. En lo atinente a sus funciones, su participación en el concurso será constante, debiendo controlar los actos de trascendencia patrimonial realizados por el concursado o realizándolos por éste cuando haya sido suspendido; ha de emitir un informe que acompañará al inventario de la masa activa; dirimir la procedencia de los créditos incluidos en la lista de acreedores; evaluar la propuesta del convenio y, finalmente, calificar el concurso, como culpable o fortuito.

⁵⁷⁴ procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada en que sea empleador el concursado

PARTE V. Procedimiento de Traslado

artículo 64 LC, precepto que viene en regular un expediente judicial análogo al que se tramitaba ante la Autoridad Laboral (con anterioridad a la a la reforma operada por la ley 3/2012) cuando la Empresa que lo instrumenta no se hallaba en situación de concurso de acreedores (ERE). En este sentido, se puede defender que el Juez del Concurso no ha venido en sustituir al Juez de lo Social, sino que tiene concedidas facultades similares a las que tenía la Autoridad Laboral. No resulta desdeñable colegir en el contexto del concurso de acreedores, se ha producido una judicialización, reemplazando a la Administración por el Juez del concurso, así como una laboralización, en tanto en cuanto el eventual recurso que se interponga contra la resolución del juez del concurso se canalizará a través del TSJ, y no de la jurisdicción contencioso administrativa, todo ello sin perjuicio de las naturales diferencias existentes entre ambos. El apartado 11 del citado artículo 64 LC, remite, a su vez, a la normativa laboral en todo aquello no regulado por aquél.

De la lectura de los meritados artículos, se infiere el marco normativo de la movilidad geográfica en el ámbito concursal, en lo que a los cambios locativos colectivos se refiere: se aplicará la normativa concursal y, de forma subsidiaria, la laboral, y será el juez mercantil quien acuerde las medidas y no el empresario⁵⁷⁵. Llegados a este punto, se

⁵⁷⁵ Artículo 8-2 LC: «Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materia.....: las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones

PARTE V. Procedimiento de Traslado

suscita la duda de cómo han de regularse las movilidades geográficas individuales dentro de una empresa que se halle en concurso. Sin perjuicio de que posteriormente se profundice, es loable sostener que, del tenor literal de los citados artículos se infiere, a *sensu contrario*, que las acciones individuales se tramitarán ante la jurisdicción laboral, por lo que me remito a lo expuesto anteriormente en el Capítulo 10, pasando a analizar el procedimiento colectivo.

12.2. Legitimación y solicitud.

La legitimación activa corresponde tanto a la administración concursal como a la Empresa deudora y a sus trabajadores, a través de sus representantes legales (art. 64.2 LC), quienes podrán solicitar al Juez del concurso el traslado colectivo, siempre y cuando ya se hubiere emitido y aportado al procedimiento el pertinente informe⁵⁷⁶ de la administración concursal (art. 64.3 LC), pudiendo ser anulado el Auto del Juzgado en

establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. Por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo».

⁵⁷⁶ Que debe contener un análisis de los datos y circunstancias del deudor, el estado de la contabilidad del mismo, y una memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal, al que se deben de adjuntar una serie de documentos que se indican en el artículo 74,2 LC, y una conclusión sobre la situación patrimonial del deudor.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

caso contrario⁵⁷⁷. Como excepción a lo anterior, podrá instarse en cualquier momento del procedimiento si demorarlo hasta el momento que contiene dicho precepto pudiere originar un perjuicio a los trabajadores⁵⁷⁸ o afectar a la viabilidad de la empresa. En todo caso, la petición debe venir fundada y justificada en las causas que la motivan, con expresión de los objetivos a alcanzar y acompaña de los documentos necesarios para su acreditación (art. 64.4 LC). Pese a que la actual configuración de la norma sitúa en el plano de excepción a la regla general instar el procedimiento antes del informe, lo cierto es que, en la práctica, tal proceder, por estadística, suele ser el habitual⁵⁷⁹.

Para determinar cuándo operará la excepción se ha de estar al caso concreto, no resultado prudente -ni conveniente- asentar cánones en

⁵⁷⁷ STSJ de Castilla La Mancha, de 27 octubre de 2009, Rec. 978/2009, resolvió supuesto en el que Sindicato Comisiones Obreras, instó la anulación del Auto de extinción dictado por el Juzgado de lo Mercantil, en tanto en cuanto se inició un expediente por parte de la empresa deudora con carácter previo a la emisión del informe por parte del administrador concursal. El Tribunal no consideró acreditado que la adopción de la medida extintiva iba a contribuir en la viabilidad futura de la empresa, llegando a esta conclusión en la medida que el centro de trabajo que se iba a mantener no implica la conversación activa de la planta de producción, sino tan solo de la venta, por lo que no redundaba en la viabilidad de la empresa.

⁵⁷⁸ Esta excepción fue objeto de modificación por el Decreto-Ley 3/2009, introduciendo como causa del anticipo evitar graves perjuicios a los trabajadores, estando acertado el legislador, porque, en muchas ocasiones en que la empresa no tenía viabilidad, el tenor literal de la norma no amparaba la petición de modificación, extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo con anterioridad a que la administración concursal emitiera el informe y tal demora podría acarrear graves perjuicios no sólo a los trabajadores, por impagos de salarios e imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo, sino también para el concursado y para los restantes acreedores (se siguen devengando salarios, que tienen la consideración de deudas contra la masa, a tenor del artículo 84.2.5º).

⁵⁷⁹ Sentencia del Jdo. de lo Mercantil nº 1, Bilbao, de 15 de junio de 2009, nº autos 181/2009.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

términos generalistas⁵⁸⁰. Así, se ha estimado en supuestos en los que solicita la suspensión de relaciones laborales, antes de la emisión del informe, por cuanto la viabilidad de la Empresa pasaba por la adopción de medidas urgentes, al haberse producido una reducción de la sección de pulido y elaborado como consecuencia de la inexistencia de recursos para adquirir productos destinados a la reventa y una pérdida paulatina de clientes⁵⁸¹, rechazándose, en cambio, en otros en los que no se acreditaron las causas que la motivarían, si quiera, tras ser requerido en subsanación⁵⁸². En síntesis, se aprecia el carácter casuístico de esta excepción.

En cuanto a la solicitud, dispone el apartado cuarto del artículo 64 LC que ha de exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen

⁵⁸⁰ Sentencia del Jdo. Mercantil Cádiz de 19 julio de 2011 (EDJ 2011/222306), vino en considerar que sí debía permitirse la aplicación de la excepción en un supuesto en el que la empresa deudora acometió una reestructuración de la plantilla motivada por un por un notorio descenso de ventas en el sector vitivinícola, desembocando en graves problemas de tesorería, así como en un sobredimensionamiento de la plantilla en relación a las necesidades productivas de aquella. En consonancia, falla el tribunal que, en este caso concreto, sí existía *«perentoria una acomodación de las estructuras productivas a las nuevas circunstancias de los mercados, y entre ellas, una reestructuración de plantilla que tiene como objetivo fundamental garantizar la viabilidad futura de la empresa, junto otras medidas de reducción de costes no salariales y una reordenación societaria»*, que justificaba la adopción de medidas con carácter previo a la emisión del informe por el administrador concursal. De forma muy razonada y en términos ciertamente análogos, el Jdo. de lo Mercantil nº 1, Cádiz, en su sentencia de 6 de junio de 2008, nº autos 157/2008, consideró que sí procedía la excepción, desplegando una importante reflexión sobre la naturaleza de la misma⁵⁸⁰.

⁵⁸¹ Sentencia del Jdo. de lo Mercantil de Santander, de 27 de febrero de 2006, nº autos 146/2004.

⁵⁸² Sentencia del Jdo. de lo Mercantil nº 1, Bilbao, de 15 de junio de 2009, nº autos 181/2009.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación. Conviene deslizar la siguiente reflexión: tras los cambios operados por la Ley 3/2012, resulta paradójico que la causa en situación de concurso se antoje más exigente, al menos en términos literales, que la relativa a los procedimientos en empresas que no están concursadas.

15.3. Periodo de consultas

El juez, tras recibir la solicitud, convocará a un periodo de consultas a la empresa deudora y a los representantes de los trabajadores, así como al administrador concursal, quién supone una novedad respecto del procedimiento de traslado colectivo ordinario estudiado. En caso de haberse formulado aquélla por el empresario o por la administración concursal, se deberá dar traslado a los representantes de los trabajadores, junto a la comunicación del período de consultas, de la solicitud y de toda la documentación anexa presentada por la parte accionante.

El periodo de consultas -que podrá ser sustituido en cualquier momento por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa-⁵⁸³, tendrá una duración de quince días naturales, en empresas que cuenten con una plantilla de hasta 49

⁵⁸³ Podrá acordarse por el Juez a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores y su duración tendrá que coincidir con la prevista para el periodo de consultas.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

trabajadores, y de treinta días naturales en empresas de 50 o más trabajadores. En este último supuesto, se ha de acompañar, junto a la solicitud, un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo. No se abrirá periodo de consultas si junto a la solicitud de medidas colectivas se acompaña acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores.

En consonancia con el ET, la LC exige que las partes negocien de buena fe⁵⁸⁴ durante el período de consultas, con vistas a la consecución de un acuerdo, que, en todo caso, requerirá de la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. Necesariamente, el acuerdo ha de recoger la identidad de los trabajadores afectados. Una vez alcanzado éste -o transcurrido los plazos anteriormente referidos-, se ha de comunicar al juez del concurso quién, tras recabar a través del secretario judicial informe de la autoridad laboral -que deberá ser evacuado en el plazo de quince días-, resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, con el siguiente resultado: si ha habido acuerdo, lo convalidará, salvo que aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; si no ha mediado acuerdo o si existiendo, el juez ha

⁵⁸⁴ Remitiéndome a lo expuesto en el Capítulo anterior sobre qué se entiende por negociar de buena fe.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

apreciado la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, aquél determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral. En todo caso, de no mediar acuerdo, el juez dará audiencia a las partes que hayan intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en él se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la decisión extintiva o suspensiva adoptada por el empresario al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o que, en su caso, la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un ERE, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

15.4. Acciones contra el Auto

Existen dos vías de impugnación, la ordinaria y la particular. Respecto de la primera, la legitimación activa corresponde exclusivamente a la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial, quienes podrán recurrir en suplicación ante la correspondiente Sala del TSJ, todo ello de conformidad con los artículos 190.1 y 191.4-b) LRJS, así como el 75.2

PARTE V. Procedimiento de Traslado

LOPJ. Este recurso no suspenderá la tramitación del concurso ni de los eventuales incidentes. En cuanto a la segunda, la legitimación activa corresponde a los trabajadores o el FOGASA, si bien, únicamente en lo atinente a cuestiones referidas a la relación jurídica individual⁵⁸⁵. Se tramitará mediante el procedimiento de incidente concursal, que se iniciará mediante demanda de incidente concursal sujeta a un plazo de mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto, reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

Por último, se ha de precisar que en supuestos de traslados colectivos que impliquen un cambio a un centro de trabajo que se encuentre en la misma provincia que el de origen y a menos de 60km de distancia, el derecho de rescisión de contrato con indemnización previsto en la norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto

⁵⁸⁵ En principio, se ha de entender por estas cuestiones las relativas a la antigüedad, salario, horario, etcétera.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

judicial que autorizó el traslado, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.

Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

CAPÍTULO 13. TRASLADO COMO MEDIDA SANCIONADORA.

13.1 Introducción

Esta modalidad de traslado, como manifestación de la facultad sancionadora del empresario, se sustenta en el artículo 58 ET, relativo al Capítulo de faltas y sanciones de los trabajadores, por lo que, desde un punto de vista jurídico, se halla fuera de la movilidad geográfica del artículo 40 ET⁵⁸⁶, recibiendo, en consecuencia, un tratamiento distinto por parte de nuestros tribunales⁵⁸⁷. El citado artículo 58 ET, remite expresamente a la regulación contenida en las disposiciones legales y a la regulación convencional. De esta forma, el traslado disciplinario se configura como una medida empresarial reactiva frente a un incumplimiento laboral del trabajador -generalmente, de carácter muy grave-⁵⁸⁸. Así pues, el traslado forzoso o disciplinario es una expresión del

⁵⁸⁶ STS de 14 de julio de 1989 (EDJ 1989/7300).

⁵⁸⁷ STSJ de Canarias (Las Palmas), de 27 de abril 2010, Rec. 1552/2009: se analizó un supuesto en el que una empresa había procedido a trasladar forzosamente a un trabajador a la Isla de Lanzarote, como consecuencia de la comisión por aquél de una infracción de carácter muy grave. El objeto del debate giraba en torno a si la empresa había incumplido el artículo 14-9 CC, que limitaba la movilidad geográfica dentro de la isla para la que fueron contratados los empleados. El TSJ consideró que no se había producido una infracción del referido precepto, en tanto en cuanto el mismo limitaba el *ius variandi* del empresario, pero en el presente supuesto, la decisión se estaba adoptando en virtud del *ius puniendi* empresarial, motivado por la comisión de una falta laboral por parte del trabajador. Consecuentemente, el Tribunal falló en el sentido de que la decisión empresarial de trasladar a un empleado a un centro de trabajo ubicado en la Isla de Lanzarote, no estaba sujeta a la restricción dimanante del artículo 14-9 CC, por lo que no era contraria a derecho.

⁵⁸⁸ Artículo 35-c) del Convenio Colectivo de Almacenistas, Exportadores, Envasadores, Almacenes de Destino de Aceites Comestibles y Estaciones de Descarga de la Provincia de Barcelona, 2011-2014. (BOP de 23 de enero de 2014) Código: 08002845011994. QSV 2013/266032.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

ius puniendi empresarial, en virtud del cual puede imponer al trabajador la obligación de trasladarse forzosamente a otro centro de trabajo de la Empresa cuando aquél haya realizado una conducta a la que se asocie expresamente esta medida punitiva. Como ocurre en los supuestos de acoso en el trabajo, en los que es habitual que la víctima postule, asimismo, la petición de traslado disciplinario del agresor⁵⁸⁹. Es importante matizar que, en tales casos, la parte actora tendrá que dirigir su demanda, tanto contra la empresa, como contra la persona que haya

Artículo 18.5-c) Convenio Colectivo de Industrias del Aceite y sus Derivados Provincia de Barcelona, 2013-2015. (BOP de 27 de noviembre de 2013) Código: 08002535011993. QSV 2013/221003.

Artículo 29.4-c) Convenio Colectivo de Clínicas y Centros de Hospitalización Privados de la Provincia de Las Palmas. (BOP de 21 de febrero de 2014) Código: 35000485011981. QSV 2013/288256.

Artículo 69-c) del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Bizkaia. (BOB de 26 de agosto de 2013) Código: 48001445011981. QSV 2013/154639.

Artículo 52 Convenio Colectivo Estatal de Estaciones de Servicio, 2010-2015. (BOE de 3 de octubre de 2013) Acuerdo de 10 julio 2013 Código: 99001995011981. QSV 2013/180485.

Artículo 43.1-c) Convenio Colectivo de Aceites y Derivados de la Provincia de Toledo, 2011-2013. (BOP de 22 de agosto de 2013) Acuerdo de 21 junio 2013 Código: 45000425011989. QSV 2013/152874.

Artículo 48-c) Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Las Palmas. (BOP de 15 de noviembre de 2013) Acuerdo de 11 junio 2013 Código: 35001105011981. QSV 2013/212667.

Artículo 47-c) Convenio Colectivo de Estaciones de Servicio de la Provincia de Gipuzkoa, 2010-2015. (BOG de 26 de julio de 2013) Acuerdo de 15 mayo 2013 Código: 20001615011992. QSV 2013/139219.

⁵⁸⁹ Citando, a modo de ejemplo, los procedimientos resueltos por la STSJ de Castilla-La Mancha, de 20 de abril de 2006, Rec. 269/2006, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de abril de 2008, Rec. 622/2008 y STSJ de Madrid, de 14 de mayo de 2009, Rec. 1780/2009.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

protagonizado la conducta objeto de censura, so pena de estimarse falta de litisconsorcio pasivo necesario⁵⁹⁰.

A diferencia de la figura regulada en el artículo 40 ET, la el traslado como sanción disciplinaria no vendrá acompañada de una indemnización o compensación por gastos, salvo que así lo disponga el convenio colectivo. De lo contrario, se estaría otorgando el mismo tratamiento a un empleado que, por razones ajenas a su conducta, ha sido trasladado a otro centro, respecto del que ha incumplido la normativa laboral. Se observa, pues, como el legislador sigue un criterio semejante al adoptado en los supuestos de despidos: en caso de venir motivados por la existencia de causas objetivas, se prevé una indemnización equivalente a 20 días por año de servicio, mientras que, si las razones que los producen son de carácter disciplinario, no se establece el deber de abonar indemnización alguna. En este sentido, es habitual que los convenios colectivos precisen que el traslado disciplinario no llevará aparejada una indemnización⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ STS de 30 de enero de 2008, Rec. 2543/2006. El TS considera que la demanda por *mobbing* debe dirigirse, no sólo contra la empresa, sino también contra el presunto acosador, so pena de incurrir la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues, en caso contrario, se está dejando fuera del procedimiento al sujeto responsable, lo que no casa con la naturaleza y finalidad esencial de la modalidad procesal de la tutela de derechos fundamentales, que no es otra que la tutela de los mismo y la interdicción de toda conducta lesiva hacia aquéllos.

⁵⁹¹ Artículo 68.8-c del Convenio Colectivo de Centros de Atención y Promoción a Personas con Deficiencia Mental, con o sin Deficiencias Asociadas de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOCM de 17 de marzo de 1994), Código: 2800545, QSV 1994/24387 ; Artículo 51 del Acuerdo de 26 octubre 2011, Resolución de 20 de marzo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XXII Convenio Colectivo de Sociedad Española de Instalaciones de Redes Telefónicas, SAU

PARTE V. Procedimiento de Traslado

13.2 Notificación

Esta forma de traslado que, como apuntaba, no vendrá acompañada de una compensación económica, deberá ser comunicada al trabajador con arreglo a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación y, en todo caso, con sometimiento a los requisitos formales previstos para los despidos disciplinarios. Deberá comunicarse por escrito⁵⁹², con expresión clara y suficiente de los hechos que se imputan, así como referencia al precepto o preceptos infringidos. Puede exigirse, asimismo, que se dé cuenta a los representantes de los trabajadores⁵⁹³, o que se instruya un expediente sancionador dando audiencia al trabajador⁵⁹⁴, o la preceptiva audiencia a los delegados sindicales en caso de trabajadores afiliados a un sindicato⁵⁹⁵, o la previa audiencia de los restantes integrantes de la representación a que el trabajador perteneciera en caso de tratarse de un

(SEIRT), QSV 2011/353221; Artículo 62 del Acuerdo de 4 marzo 2010, Convenio Colectivo de Estaciones de Servicio de la Comunidad Valenciana (DOCV de 23 de junio de 2010), Código: 80000185011992, QSV 2010/101316. Así pues, la regla general es que el traslado disciplinario no llevará aparejada una indemnización.

⁵⁹² Artículo 58 ET, pues el traslado, como se ha expuesto, se asocia a faltas muy graves o, en todo caso, graves.

⁵⁹³ Artículo 67 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Córdoba (BOP de 26 de mayo de 2014). Código: 14000445011981 (QSV 2014/73401).

⁵⁹⁴ Artículo 61 del Convenio Colectivo de Transportes Regulares y Discrecionales de Viajeros de la Provincia de Jaén, 2014-2016 (BOP de 12 de mayo de 2014). Código: 23000435011982. QSV 2014/66077.

⁵⁹⁵ Artículo 47.1-b) del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Almería (BOP de 22 de abril de 2014). Código: 04000275011982. QSV 2014/52941.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

representante de los trabajadores⁵⁹⁶, etcétera. En todo caso, y sin perjuicio de lo que disponga el convenio de aplicación, la imposición de la sanción deberá respetar los formalismos consagrados en el artículo 55 ET, con el importante matiz que las exigencias relativas a estos supuestos serán, como poco, de igual intensidad que en los traslados por causas objetivas, a las cuales me remito para no incurrir en reiteraciones.

13.3. Prescripción

En otro orden de cosas, se han de respetar los plazos de prescripción establecidos legalmente en el artículo 60 ET, y que son: 10 días en caso de falta leves, 20 para las graves y 60 para las muy graves. De acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁹⁷, el *dies a quo* comienza a partir del momento en que el empresario tiene un conocimiento pleno y cabal de la infracción cometida por el trabajador. Desde ese momento, computarán los plazos referidos anteriormente. Ahora bien, junto a esta prescripción «corta», el legislador ha venido en establecer un plazo de prescripción «largo», y que fija en 6 meses.

De esta forma, se acota el espacio temporal durante el que el empresario puede imponer una sanción a un empleado, entendiéndose

⁵⁹⁶ Artículo 27.5 del Convenio Colectivo de Pompas Fúnebres y Empresas Funerarias de la Provincia de Zamora (BOP de 5 de junio de 2009). Código: 49006105012002. QSV 2009/92124

⁵⁹⁷ STS de 24 de noviembre de 1989 (EDJ 1989/10528), 12 de febrero de 1990 (QSI 1990/1395), 23 de mayo de 1990 (EDJ 1990/5436) y 15 de abril de 1994, Rec. 878/1993.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

prescrito «en todo caso», una vez transcurridos 6 meses de la producción de la infracción. Esta regulación resulta acorde con el principio de seguridad jurídica (Art. 9.3 CE), pues en caso de no existir el referido límite, se podría situar al trabajador en un estado de incertidumbre permanente sobre si será o no sancionado, so pretexto de que el plazo de prescripción no computaría sino hasta el conocimiento de la falta por parte de la empresa. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo⁵⁹⁸, afirmando que *«el instituto de la prescripción está directa y funcionalmente vinculado al principio de la seguridad jurídica consagrado en el art. 9, núm. 3 de la Constitución»*.

En consecuencia con lo que precede, el plazo de prescripción previsto legalmente para proceder a la imposición de una sanción tendrá un doble límite: el *corto*, que comenzará a computar desde el conocimiento de la falta por parte de quién ostenta el poder de dirección, siendo de 10, 20 ó 60 días naturales para las leves, graves y muy graves respectivamente; y el *largo*, siendo el *dies a quo* el de la comisión de la falta -con independencia de su gravedad-, y finalizando en todo caso con el transcurso de 6 meses. Ello no obstante, nuestros tribunales vienen aceptando dos excepciones a la regla de la prescripción larga de 6 meses y que se abordarán a continuación por separado.

De un lado, cuando se trata de faltas ocultadas permanentemente por parte del trabajador. En estos casos, tal y como ha asentado el Tribunal

⁵⁹⁸ STS de 24 de julio de 1989 (QJ 1989/7722).

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Supremo⁵⁹⁹, la «ocultación maliciosa, que implica la persistencia de la conducta sancionable, modifica el día inicial del cómputo de la prescripción larga, según una reiterada jurisprudencia de la Sala (sentencias de 28 de septiembre de 1982, 15 de noviembre de 1983, 8 de octubre de 1984, 6 de febrero y 22 y 25 de septiembre de 1986, 21 de septiembre de 1987, 27 de enero y 29 de octubre de 1990 y 28 de enero, 26 de marzo y 25 de abril de 1991)». Este tipo de sanciones se suelen cometer por trabajadores que, merced al cargo que ocupan, pueden ocultar más fácilmente la infracción cometida. Es por ello, que el TS⁶⁰⁰, ha venido entendiendo que en tales supuestos, el cómputo de la prescripción larga dará comienzo al desaparecer dicha posibilidad de ocultamiento, resultando ejemplo paradigmático cuando el empleado infractor es trasladado a otro centro de trabajo.

Se observa, pues, que el Art. 60.2 ET, ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Supremo, flexibilizando el rigor que de su redacción resulta, hasta el punto de declarar que no cabía considerar el inicio del cómputo de la prescripción, cuando se trata de hechos ocultos, hasta el momento que la Empresa tenía un conocimiento cabal de los mismos. Puede parecer que tal interpretación choca con la redacción del mencionado artículo, ya que los términos de éste son claros al emplear la locución «en todo caso», pero nuestro más alto Tribunal considera que procede tal conclusión, al objeto de no favorecer conductas ocultas de

⁵⁹⁹ STS de 12 de febrero de 1992, Rec. 927/1991

⁶⁰⁰ STS de 15 de julio de 2003, Rec. 3217/2002.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

empleados que, prevaliéndose de su cargo, imposibiliten que la Empresa pueda conocer los hechos que comete. El principio de seguridad jurídica para el trabajador que resulta del Art. 60.2 del ET queda limado en base a tales razones. Eso sí, como limitación a esta ampliación *sine die* del plazo, la citada Sentencia declaró que, en todo caso, el inicio de la prescripción se produciría desde el momento en el que el trabajador dejaba de ocupar el puesto de trabajo que le permitía mantener la ocultación.

Realmente, el Art. 60.2 ET, no se ha modificado, pese a las múltiples reformas que se han producido en la norma estatutaria, lo que sólo cabe interpretar como una reafirmación de la voluntad del legislador de conservarlo. Así las cosas, el texto legal mantiene que, en todo caso, la prescripción se producirá a los seis meses desde la comisión de los hechos, mientras que la citada STS de 15 de julio de 2003, ha supuesto una lectura flexible de la misma, en casos excepcionales, aunque en la referida norma no se establezca tal posibilidad, que, por el contrario, parece negarla cuando utiliza la expresión «en todo caso». Efectivamente, es evidente que el TS pretendía evitar situaciones en las que, por la dificultad que entrañan determinadas operaciones de índole económica, pudiera resultar de aplicación inmediata la prescripción. Esta flexibilización, aunque pudiera entenderse que afectaba al principio de seguridad jurídica, se justifica en la excepcionalidad de los supuestos a los que se dirigía. Pero, su carácter excepcional, no debe servir de base a una indeseada prolongación del plazo de prescripción, de ahí que se limitara ésta, iniciándose su cómputo en el momento en el que el trabajador dejaba de ocupar el puesto de trabajo que le permitía seguir ocultando los hechos.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

Debe matizarse que esta flexibilización del artículo 60 ET, todavía ha alcanzado un nivel mayor con la doctrina jurisprudencial dictada por posterioridad⁶⁰¹. Así las cosas, el TS pretendió dar respuesta a otra situación aún más excepcional que pasaba por determinar cuándo se inicia el cómputo de la prescripción larga en los supuestos en que es un tercero perjudicado quien denuncia unas muy graves irregularidades que le afectan personalmente, y que le hacen responsable civil al empleador (en el caso de autos, una entidad financiera). La denuncia del tercero y la responsabilidad de la entidad bancaria sirven de base a la meritada Sentencia para flexibilizar aún más el cómputo de la prescripción, que se justifica en el hecho de que sin aquélla no se puede acceder a la información ocultada y porque no se alcanzaría a comprender que pudiera resultar responsable civil el banco frente al tercero, y prescrita la falta del trabajador. De ahí que «se extienda» el plazo de la prescripción, con un límite igual al del tiempo en el que la responsabilidad civil de la entidad bancaria opera frente a un tercero.

De otro, la segunda excepción se refiere a faltas continuadas en el tiempo. Respecto de este tipo de faltas, el Tribunal Supremo considera que el plazo de prescripción de los 6 meses comenzará a computarse desde el momento en que se cometió la última falta. En este sentido, el TS⁶⁰², en un supuesto de acoso sexual, consideró que la prescripción comienza su cómputo desde la fecha en que el trabajador desistiera de su conducta

⁶⁰¹ STS de 19 de septiembre de 2011, Rec. 4572/2010.

⁶⁰² STS de 13 de octubre de 1989 (EDJ 1989/9047).

PARTE V. Procedimiento de Traslado

infractora. En el mismo sentido, ha venido reiterando que «a efectos de prescripción, el dies a quo para el cómputo del plazo correspondiente ha de situarse en el momento en que realmente se cesa en la indicada actitud, por voluntario apartamiento del trabajador» y que fue completado con el siguiente tenor: «no requiere ineludiblemente actos positivos, basta para que no empiece a computarse la prescripción, que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto, el estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide mientras perdura que se inicie el cómputo de la prescripción»⁶⁰³.

13.4. Duración de la medida disciplinaria

Perfilada la prescripción, otra de las cuestiones que debe ser abordada es la relativa a la duración del traslado como medida sancionadora. O, más concretamente, a si es posible acordarlo de forma definitiva o esto resultaría contrario a derecho. Para dar respuesta a esta interpelación, y dado el absoluto silencio del legislador al respecto, conviene partir de un análisis previo de la fisonomía de las sanciones previstas en los convenios colectivos nacionales. En la práctica totalidad de los textos convencionales, se regulan, en todo caso, dos tipos de sanciones: la suspensión de empleo y sueldo (temporal) y el despido

⁶⁰³ SSTs de 21 de noviembre de 1989 (EDJ 1989/10378) y de 11 de octubre de 2005, Rec. 3512/2004, entre otras.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

(definitiva). Las primeras, ven incrementada su duración cuanto mayor gravedad reviste el incumplimiento, mientras que el despido, naturalmente, se presenta como definitivo. Junto a éstas, se articulan también la amonestación escrita⁶⁰⁴ o verbal⁶⁰⁵. Con menor incidencia figuran otras como la inhabilitación para el ascenso durante tres años⁶⁰⁶, pérdida definitiva del Nivel o Grupo con su repercusión económica⁶⁰⁷, pérdida definitiva para el ascenso⁶⁰⁸, u otras más específicas como la inhabilitación para el uso de la tarjeta de billetes con descuento de la Compañía, por un período de hasta 3 años⁶⁰⁹, sanción accesoria de pérdida definitiva de la licencia de control de tránsito aéreo de que sea titular el responsable de la infracción⁶¹⁰, etcétera.

Lo relevante, a efectos de la cuestión anteriormente planteada, es que todas las sanciones de carácter temporal, llevan aparejada una

⁶⁰⁴ Artículo 46 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Almería. (BOP de 22 de abril de 2014) Código: 04000275011982. QSV 2014/52941.

⁶⁰⁵ Artículo 18.5 Convenio Colectivo Nacional de Amarradores. (Interprovincial) (BOE de 22 de agosto de 1996). Código: 9910345. QSV 2014/52941.

⁶⁰⁶ Artículo 35.3. Convenio Colectivo de Prótesis Dental del Principado de Asturias. (BOPA de 2 de diciembre de 2008). Código: 3301605. QSV 1996/47439.

⁶⁰⁷ Artículo 38 del Convenio Colectivo de Tintorerías, Lavanderías, Limpieza y Planchado Ropa de la Provincia de Salamanca. (BOP de 13 de agosto de 2013). Código: 37000865012000. QSV 2013/150580.

⁶⁰⁸ Artículo 42 del Convenio Colectivo de Empresas de Alquiler de Vehículos sin Conductor de las Illes Balears. (BOIB de 31 de enero de 2012). Código: 07001835011996. QSV 2011/323283.

⁶⁰⁹ Artículo 174 del Resolución de 22 de abril de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio Colectivo entre Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A. y sus tripulantes pilotos. QSV 2009/55708.

⁶¹⁰ Artículo 82 del Convenio Colectivo de Proveedores Civiles Privados de Tránsito Aéreo de Mercado Liberalizado y Sujetos a Régimen Concesional. (BOE de 29 de septiembre de 2012). Código: 99100105012012. QSV 2012/204931.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

duración concreta. A la vista de ello, es lógico pensar que el traslado forzoso, salvo que lleve vinculado una duración máxima⁶¹¹, podrá aplicarse *sine die*, sin que esto pueda considerarse un abuso de derecho, salvo que trascienda de su objeto⁶¹². Sin perjuicio de lo anterior, en mi opinión se deberá estar a las circunstancias concurrentes en cada caso, pues no debe olvidarse que en materia disciplinaria, rige la teoría gradualista de las sanciones. Por analogía a los despidos, resulta oportuno traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo, que vino en expresar que *«esta doctrina ha establecido la teoría llamada gradualista, desde el punto de vista de la aplicación de la sanción, y personalizadora, desde la óptica del sujeto autor de la infracción. Con arreglo a esta teoría es obligado el examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia de provocación previa, etc., de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido que es también, la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la*

⁶¹¹ Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la Provincia de Soria. (BOP de 12 de agosto de 2009). Código: 42000525012009. QSV 2009/170681.

⁶¹² STSJ de Aragón de 17 de diciembre de 2008, Rec. 930/2008, por la que se declaró improcedente una orden de traslado inicialmente configurada como una medida cautelar mientras se tramitaba el expediente disciplinario, pero posteriormente mantenida tras la finalización de aquél y de la imposición de una sanción consistente en la suspensión de empleo y sueldo durante un mes. Efectivamente, el Tribunal consideró que el mantenimiento de la orden de traslado iba más allá de la medida cautelar que motivó aquél, y que suponía una doble sanción al empleado no reincorporarlo a su puesto.

PARTE V. Procedimiento de Traslado

comisión de faltas en el trabajo»⁶¹³. Al respecto, se ha de matizar lo siguiente: la conclusión alcanzada previamente que pasaba por defender que si el Convenio Colectivo no dispone nada, el traslado como sanción no tendrá una duración máxima permitida, no debe suponer dar la espalda a la aplicación del principio gradualista.

13.5. Opciones de la persona trabajadora

Ante la imposición de un traslado disciplinario, la persona afectada dispone, básicamente, de tres alternativas: acatar la medida; impugnar la decisión -sin perjuicio de la ejecutividad de la sanción-; o causar baja voluntaria en la empresa, evitando así el traslado. Ésta última posibilidad, además de no devengar indemnización alguna -a diferencia de la extinción prevista en el artículo 40 ET-, supondría la pérdida del derecho a percibir prestaciones por desempleo, aunque se hubiera generado el derecho a su disfrute⁶¹⁴. De optar el trabajador por la primera opción, esto es, acatar la medida sin impugnar, en principio, aquél no ostentará el derecho a percibir una compensación por gastos, sin que tal situación esté censurada por la normativa legal⁶¹⁵. tal y como se ha referido al inicio de ese apartado, exceptuando supuestos en que así lo disponga el Convenio Colectivo, o aquéllos en los que pactara expresamente, en atención a las circunstancias

⁶¹³ STS 17 de noviembre de 1988 (QSJ 1988/9080).

⁶¹⁴ Artículo 267 de la LGSS.

⁶¹⁵ STS de 14 de julio de 1989 (EDJ 1989/7300)

PARTE V. Procedimiento de Traslado

especiales del trabajador (falta de recursos para asumir el traslado, etcétera).

Más detenimiento requiere la segunda posibilidad, consistente en la impugnación de la medida. El cauce procesal será distinto al de los traslados efectuados al amparo del artículo 40 ET. Así pues, como sanción que es, la movilidad geográfica forzosa se impugnará conforme a lo establecido en el artículo 114 LRJS, y no en virtud del artículo 138 de ese mismo cuerpo normativo (previsto para la movilidad geográfica). El plazo para impugnar la sanción, mediante la presentación de la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social, será de 20 días hábiles a contar desde la notificación de la sanción, sin que computen sábados, domingos ni festivos (artículo 103 LRJS). La presentación de papeleta de conciliación sí será preceptiva en estos casos, a diferencia de los traslados ordinarios (63 LRJS). Contra la resolución, no cabrá recurso, salvo que se trate de una sanción muy grave (115.3 LRJS). Lo que constituirá el objeto de debate, además de lo concerniente al cumplimiento de los requisitos formales establecidos legal y convencionalmente, y en su caso, la prescripción, será el contenido fáctico de la sanción, en el sentido de determinar si los hechos imputados al trabajador y que han suscitado la imposición de la sanción, se produjeron efectivamente, y si, la graduación de la respuesta punitiva empresarial es acorde al referido incumplimiento. En atención a la teoría gradualista citada anteriormente, se estará a las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

PARTE VI. IMPUGNACIÓN

CAPÍTULO 14. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DEL TRASLADO INVIDIDUAL

14.1. Introducción

Dentro de las opciones del trabajador ante una movilidad geográfica sustancial, se decía que aquél está facultado *ex lege* para impugnar, ante el Juzgado de lo Social, la decisión empresarial de traslado, en caso de no estar de acuerdo con la misma y no optar, siquiera inicialmente, por resolver su contrato de trabajo, con derecho a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades, o instar la solicitud de extinción contractual, ex artículo 50 ET, con derecho a percibir, en caso de obtener una sentencia favorable, una indemnización equivalente a 33 días por año de servicio, con el límite de 24 mensualidades, y, en su caso, 45 días por año de servicio, con el límite de 42 mensualidades, hasta el 12-2-2012. Ahora bien, el cauce legal a seguir en la impugnación de la medida empresarial adoptada, dependerá directamente del carácter individual o colectivo de la misma, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Consecuentemente, se abordarán por separado ambos procedimientos, en individual, y el colectivo.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

El procedimiento individual se halla regulado en el artículo 138 de la LRJS, junto a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la suspensión del contrato y reducción de jornada. El objeto principal de la acción que se canaliza a través del meritado procedimiento es la revocación de la medida, con la consiguiente restitución del trabajador en su anterior centro de trabajo, y ello, sin perjuicio de ejercitar asimismo una eventual reclamación por daños y perjuicios. Ahora bien, esta impugnación no viene vinculada exclusivamente al procedimiento individual de traslado, sino que, como ulteriormente se verá, también podrá ser ejercitada individualmente por aquéllos trabajadores que se vean afectados por un traslado colectivo. Se da paso a analizar pormenorizadamente los aspectos fundamentales de este procedimiento.

14.2. Legitimación Activa y Pasiva

En lo atinente a la legitimación activa se ha de precisar que la acción se ejercerá de forma individual por parte del trabajador afectado por la movilidad geográfica, y ello con independencia de que él sea el único destinatario de la medida o que la misma vaya dirigida a más empleados, ya sean del mismo centro de trabajo o de varios (138.1 LRSJ). En este sentido, el trabajador deberá identificarse debidamente en el escrito de demanda y, llegado el acto de juicio oral, aportar las pruebas pertinentes para acreditar la existencia del vínculo laboral. En cambio, la demanda no podrá ser interpuesta por otra persona en lugar del operario,

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

como tampoco se podrá solicitar en la misma que se conozca el traslado de otros compañeros.

Por lo que respecto a la legitimación pasiva, la demanda se dirigirá contra el empleador que haya ordenado la medida de movilidad geográfica, ya fuere una sociedad o una persona física. Ahora bien, el texto normativo prevé dos supuestos de litisconsorcio pasivo necesario⁶¹⁶, en los que tendrán que ser demandados, junto al empresario, los siguientes colectivos (138.2 LRJS): los representantes de los trabajadores, cuando en el período de consultas hubieran mostrado su conformidad con la movilidad geográfica interesada por la empresa; o cuando el objeto verse sobre determinadas preferencias otorgadas a trabajadores, éstos también tendrán que ser incluidos en la demanda. Bien es cierto que ambos supuestos se incardinan, en la práctica totalidad de casos, dentro de los procedimientos de movilidad geográfica colectiva, si bien nada obsta a que resulte de aplicación al procedimiento individual, pues como anteriormente se concretó, en algunos convenios se prevé que el periodo de consultas deba realizarse también en los traslados individuales. O incluso en ciertas ocasiones, aún sin que así lo disponga el Convenio, el empresario decide seguir el procedimiento previsto para la movilidad geográfica colectiva en un traslado individual, al objeto de dotar a la medida de una mayor caución legal. En suma, lo relevante es que, junto al empleador, tendrán que ser demandados los colectivos citados

⁶¹⁶ Regulado en el artículo 130 LRSJ

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

anteriormente, so pena de que decaiga la acción por falta de litisconsorcio pasivo necesario, sin que se llegue a conocer el fondo del asunto⁶¹⁷.

En síntesis, el contenido del artículo 138.2 LRSJ no debe interpretarse en términos universales, sino en atención a si en el marco de la movilidad geográfica en cuestión -ya sea individual o colectiva- se ha llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores y/o se han concedido preferencias a empleados.

14.3. Órgano competente.

Esta materia es competencia del orden jurisdiccional social⁶¹⁸, correspondiendo el conocimiento y resolución del litigio al Juzgado de lo

⁶¹⁷ En relación a este litisconsorcio pasivo necesario, merece ser traída a colación la Sentencia TSJ de Cataluña, de 12 de julio de 2004, Rec. 165/2002. En el supuesto de autos, se dirimió si procedía o no la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, en una movilidad geográfica que provenía de un acuerdo adoptado en la tramitación de un Expediente de Regulación de Empleo (ERE), a modo de medida social de atenuación de las causas de aquél. El TSJ vino en manifestar que «ese litisconsorcio pasivo necesario se impone en los supuestos de traslado colectivo en que se hubiera alcanzado acuerdo y, por tanto, la comunicación del traslado a cada uno de los trabajadores afectados constituye la ejecución del acuerdo por parte de la empresa». Partiendo de ello, la Sala consideró que no procedía la excepción interesada, en la medida que no debieron ser demandados los representantes que llegaron a un acuerdo en el seno de la tramitación del citado ERE. Así las cosas, matizó que de la comunicación recibida por los trabajadores, no se infería en modo alguno la adopción de un acuerdo colectivo con los representantes en materia de traslado colectivo, por lo que no operaba lo dispuesto en el artículo 138.2 LRJS. Esto pone de manifiesto lo trascendente que resulta la canalización del procedimiento de traslado, pues en tal supuesto, la movilidad locativa fue consecuencia de un ERE, no de una movilidad geográfica colectiva y, además, en la comunicación que ordenaba el traslado, no se sustentó éste en un eventual acuerdo con los representantes de los trabajadores.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

Social⁶¹⁹ del lugar de prestación de servicios o donde tenga el domicilio el demandado, a elección del demandante⁶²⁰. Ello no obstante, del texto del artículo 10 LRJS, se infiere que si trabajador afectado por la movilidad geográfica prestara servicios en lugares distintos, bien entendido que no se esté ante un supuesto de prestación en centros de trabajo móviles o itinerantes, podrá elegir entre el juzgado del domicilio del demandado o el correspondiente al domicilio del actor que figura en el contrato, siempre que hallándose en él, el demandado pudiera ser citado debidamente.

El trabajador deberá indicar correctamente el Juzgado al que dirige la demanda, indicando el domicilio social de la empresa, y la dirección del centro de trabajo donde prestaba servicios el operario con anterioridad al traslado, así como la del centro de destino.

14.4. Fundamento y tiempo de ejercicio de la acción

La impugnación podrá traer causa tanto en un incumplimiento de forma, como de contenido, o de ambos conjuntamente. En este sentido, la LRJS asevera que, asimismo, se presentará demanda aun cuando la empresa no haya seguido el procedimiento establecido en el artículo 40 ET. En este apartado, es importante destacar que actor deberá consignar debidamente las causas en las que sustenta la impugnación de la medida,

⁶¹⁸ Artículo 2-a) LRSJ

⁶¹⁹ Artículo 6 LRJS

⁶²⁰ Artículo 10 LRJS

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

pues no podrá aducir otras diferentes en el acto de juicio oral, estando taxativamente prohibido introducir variaciones sustanciales⁶²¹, salvo supuestos muy excepcionales.

En cuanto al tiempo de ejercicio de la acción, la ley confiere al trabajador el perentorio e improrrogable plazo de 20 días hábiles para impugnar la medida, a contar desde el día siguiente a la notificación de aquélla. Por tanto, el *dies a quo*, a diferencia de los despidos, no viene determinando por el momento en que la movilidad despliegue efectos, sino, como se ha referido, desde que el trabajador tiene conocimiento de su imposición por parte del empleador. Para el cómputo de dicho plazo hay que estar a lo dispuesto por el Tribunal Supremo⁶²², que ha venido en afirmar que «*son inhábiles, como dispone el artículo 182 LOPJ, los domingos, los días de fiesta nacional, y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad, a las que hay que añadir, después de la reforma operada en dicho artículo los sábados y los domingos 24 y 31 de diciembre*». A estos efectos, es relevante destacar que la alusión a «*CCAA o localidad*» se refiere a aquella donde se ubique el Juzgado, y no el domicilio del trabajador. Por tanto, el trabajador deberá interponer su demanda dentro del plazo de caducidad de 20 días, no computando ni sábados, ni domingos, ni festivos de la CCAA o localidad donde tenga sede el Juzgado competente para conocer el litigio.

⁶²¹ SAN de 13 de marzo de 2013, Rec. 4/2013.

⁶²² STS 4 de octubre de 2005, Rec. 3318/2004.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

El *dies ad quem*, técnicamente será el vigésimo día hábil, si bien se permite la presentación de la demanda ante el decanato del Juzgado hasta las 15 horas del día siguiente a aquél⁶²³, lo que actualmente se cursaría a través de la plataforma de Lexnet. El transcurso de este período, sin la interposición de la correspondiente demanda, significará el aquietamiento del trabajador respecto de la medida impuesta por el empresario, y el consiguiente decaimiento de la acción impugnatoria. Así pues, apreciada la excepción por caducidad, no habrá lugar al conocimiento del fondo de la acción. A estos efectos, se ha de tener presente que la demora injustificada por parte de la persona trabajadora en recoger un burofax por el que se procede a su traslado, puede desembocar en la caducidad de la acción⁶²⁴.

⁶²³ STS de 15 de marzo de 2005, Rec. 1565/2004.

⁶²⁴ STSJ de Galicia, de 6 de julio de 2018, Rec. 1216/2018 *«los hechos probados de la sentencia que no han sido modificados precisan que el demandado remitió burofax en fecha 10 de abril de 2017 con el contenido que se recoge, conteniendo la carta de 24 de marzo que reproduce, en la que se le comunica el cese con dicha fecha, entregado tras tres intentos de fechas 11 y 17 de abril, el 18 del mismo mes, procediéndose a la baja del cesado el día 10 de abril de 2017....cualquiera que sea la fecha del cese lo cierto es que la primera comunicación del mismo se remite por burofax del día 10 de abril de 2017, que el actor recoge el día 18, interponiendo la papeleta de conciliación el día 16 de mayo, celebrándose el acto sin avenencia el 30 de mayo y presentando la demanda el día 31 de mayo siguiente. Con estos parámetros el plazo de 20 días se cumplía el 31 de mayo, por lo que no existiría caducidad...pero no puede ignorarse que el inicio del plazo así computado, deriva del retraso por parte del actor en recoger la notificación, que en hechos probados se concreta en que hubo tres intentos de entrega, y que la sentencia no penaliza en base a que pudieran ser varias las causas que expliquen el retraso, pero sin concretar cuáles son éstas, porque la propia sentencia que cita del TSJ es clarificadora al efecto: si la empresa remite burofax al trabajador a través del servicio de correos dejando aviso por estar ausente de su domicilio, sin que pasara el trabajador a recogerlo, ello equivale a una renuncia a ser notificado. En el supuesto de autos, si lo hizo, pero con un retraso evidente, y lo que es más grave, sin causa aparente para ello.....En definitiva ante la ausencia de justificación por parte del actor de la imposibilidad de recoger la notificación, ha de entenderse que la demandada ha*

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

Se ha de referir, asimismo, que el trabajador puede solicitar, en el propio escrito de demanda, la adopción de medidas cautelares, en el sentido de que se suspendan los efectos del traslado, de conformidad con el artículo 79, que remite a los artículos 721 a 747 LEC, y si afecta a derechos fundamentales, el 180 LRJS. Así las cosas, la ley dispone que se podrá acordar por el juzgado la suspensión del acto impugnado -el traslado, en este caso-, siempre que su ejecución cause al trabajador perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, con el matiz de que la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.

14.5. Cauce procedimental y posible acumulación de procesos

La impugnación de la medida se iniciará directamente a través de demanda ante el Juzgado de lo Social, no siendo necesaria la interposición de papeleta de conciliación previa (artículo 64 LRSJ). Así las cosas, la impugnación de la movilidad geográfica constituye una de las excepciones a la mediación previa, en sintonía con el carácter urgente y preferente que le otorga el legislador en el artículo 138.5 ET. Esto es relevante de cara al instituto de la caducidad, en la medida que, aunque se presentara una

cumplido con las exigencias formales y habiendo transcurrido más de 20 días hábiles desde la primera notificación de aquella se ha de concluir que en el fecha de presentación de la demanda la acción había caducado , por lo que el recurso ha de ser estimado en tal sentido, obviando que aunque tal petición no se incluye en el suplica del mismo, se hace referencia a tal situación en el cuerpo del recurso, y en todo caso sería apreciable de oficio».

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

papeleta de conciliación impugnando la movilidad impuesta, no operaría el efecto suspensivo previsto legalmente, por lo que el plazo de 20 días seguiría computando a todos los efectos. Tampoco se interrumpiría por el hecho de mantener conversaciones y negociaciones con la empresa a fin de que dejen sin efecto su decisión⁶²⁵.

En lo que respecto a la acumulación de procedimientos, de conformidad con los artículos 30 y 184 LRJS, se podrán acumular a este proceso, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. De esta manera, si un trabajador considerara vulnerado un derecho fundamental con la imposición de la medida, podrá interponer demanda de tutela de dichos derechos, con una eventual reclamación por daños y perjuicios, originándose un proceso que podrá ser acumulado al de impugnación de la medida. Ahora bien, no podrán presentarse conjuntamente, la acción resolutoria ex artículo 50.1 a) y c) ET, por incumplimiento grave del empresario plasmado en la medida de movilidad geográfica, y la impugnación del traslado. Supuesto distinto es que se presenten separada pero simultáneamente ambas demandas. No parece que nada vede esta posibilidad, en la medida que cada una seguirá su cauce procesal. Eso sí, es menester analizar las eventuales repercusiones que podrían acarrear entre sí los referidos procedimientos. Para el caso de que se conociera primero la acción resolutoria, en caso de ser desestimada, se celebraría posteriormente en juicio en materia de impugnación del traslado. En cambio, si el *magistrado a quo* considerara que concurre

⁶²⁵ STSJ Murcia 27 de julio de 1998, Rec. 562/1998.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

causa extintiva en el primer procedimiento, el segundo quedaría vacío de contenido, dado que, el contrato no se hallaría en vigor al momento de la celebración del acto de juicio oral.

Más complejos resultan los efectos que se proyectan de la resolución relativa a la impugnación del traslado sobre la acción de extinción. Si se declara procedente el traslado, y se mantiene la medida hasta el día del juicio por extinción, habrá que estar al contenido de la demanda y de la sentencia para determinar si operaría la excepción por cosa juzgada. De esta forma, si se hubiera impugnado el traslado, atacando únicamente a las causas invocadas por la empresa en su comunicación, en tal caso, nada parece oponerse a la posibilidad de debatir la concurrencia o no de causa extintiva, pues el objeto de debate sería distinto. En cambio, si junto a la demanda de impugnación, se hubiera acumulado la prevista para los supuestos de violación de derechos fundamentales, y la razón de pedir fuera la misma sobre la que girara la demanda de extinción ex artículo 50 ET, es muy probable que, en caso de desestimarse la primera, operara la excepción de cosa juzgada sobre la acción extintiva. Si la sentencia declarara la improcedencia del traslado, el trabajador tendría que ser repuesto en su anterior centro de trabajo. De entrada, esto evidencia que la eventual situación de incumplimiento contractual cesaría desde el momento que se produce la reubicación del trabajador. Llegados a este punto, es loable defender que la acción de extinción contractual, en el momento de conocerse por el juez, podría carecer de objeto, pues la situación motivadora habría desaparecido. Ahora bien, esto no comulga con los criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato ex

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

artículo 50 ET, por impago de salarios y retrasos continuados, y que por analogía perfectamente podrían tener cabida aquí, en tanto en cuanto se trata de incumplimientos graves regulados en el propio artículo 50 ET. Pues bien, el Tribunal Supremo⁶²⁶ ha reiterado que, en caso de que a la fecha de interponer la demanda, el incumplimiento revistiera la suficiente gravedad como para convalidar la extinción postulada por el trabajador, sería del todo punto irrelevante que, en el día de celebrarse el acto de juicio oral, la empresa hubiera abonado todos los importes reclamados por el trabajador en su demanda de salarios y extinción contractual, así como que estuviera al día en el pago de salarios, pues tal incumplimiento ya se habría materializado.

Esta interpretación teleológica de la norma, respecto de la cual, *obiter dicta*, no faltan pronunciamientos disidentes⁶²⁷, parece que es la más acertada y la que, por analogía, debe predicarse respecto de los supuestos de traslados. Esta exégesis racional conduciría a predicar que, aun habiéndose declarado la improcedencia del traslado y, consecuentemente, repuesto al trabajador a su centro de origen, la acción extintiva mantendría su vigencia, versando el objeto del procedimiento sobre si en el momento de la interposición de la demanda, se entendía producido un incumplimiento empresarial y, a su vez, si revestía la gravedad suficiente como para convalidar la acción extintiva. E incluso

⁶²⁶ STS 22 de diciembre de 2008, Rec. 294/2008, 20 de mayo de 2013, Rec. 1037/2012 y 3 de diciembre de 2013, Rec. 2500/2012.

⁶²⁷ STSJ Asturias, de 16 de abril de 2010, Rec. 385/2010, STSJ Castilla-León (Valladolid), de 6 de octubre de 2010, Rec. 1499/2010.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

podría aplicarse la misma solución aún para el caso de que junto a la acción de impugnación del traslado, se hubiera solicitado una indemnización por violación de derechos fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto de acoso moral de un empleador a una trabajadora recién casada, quién rechaza constantemente al primero y éste, como represalia, ordena su traslado a otra ciudad. Aunque la trabajadora obtuviera una sentencia favorable, aún con condena al empleador a abonarle una indemnización, lo cierto es que el incumplimiento muy grave ya se habría materializado, y éste habilita expresamente la resolución del contrato. No se estaría ante una duplicidad de indemnizaciones, o un enriquecimiento injusto, pues la primera indemnización vendría en resarcir el daño sufrido por la actora en atención a la vulneración de sus derechos fundamentales, mientras que la otra sería una consecuencia *sine quan non* que el legislador vincula *ex lege* a la rescisión del artículo 50 ET.

Este planteamiento obedece a la lógica de las cosas, pues resultaría del todo punto embarazoso para la actora retornar a su centro de trabajo de origen y volver a estar a las órdenes directas del empleador que protagonizó la conducta represiva descrita. Ello no obstante, aunque en la sentencia relativa a la impugnación resolviera que ha habido una vulneración de algún derecho fundamental con condena a la empresa, se tendría que acreditar en todo caso en el procedimiento de extinción, que el incumplimiento reviste la suficiente gravedad como para resolver el contrato con derecho a indemnización.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

14.6. Tramitación y eventual suspensión del procedimiento.

Pese a que la ley confiere al procedimiento de impugnación de toda movilidad geográfica, un carácter de urgente y preferente, lo cierto es que, en la práctica, la celebración de la vista oral rara vez se produce dentro de los cinco días que señala el texto legal⁶²⁸, demorándose sustancialmente en el tiempo. Del mismo modo, tampoco resulta frecuente que la Sentencia sea dictada por el órgano judicial dentro del plazo indicado en la ley⁶²⁹, dado la voluminosa carga de asuntos que diariamente se atienden.

En cuanto a la suspensión del procedimiento, además de las causas generales, se ha de precisar que, de conformidad con el artículo 138.4 LRJS, la presentación de una demanda de conflicto colectivo, suspenderá la tramitación de la acción individual, hasta la resolución del primero, debiendo las partes comunicar al juzgado la existencia de aquél, en caso de tener conocimiento. En opinión de OLARTE MADERO y SALA FRANCO⁶³⁰, se trata de una «*prejudicialidad suspensiva*» del proceso de conflicto colectivo, inspirada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³¹.

⁶²⁸ Artículo 138.5 LRJS

⁶²⁹ Plazo de cinco días, según el apartado 6º, del artículo 138 LRJS.

⁶³⁰ OLARTE MADERO, F., y SALA FRANCO, T., «El Proceso Laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social» en www.tirantonline.com (TOL 3.297.526).

⁶³¹ STS de 30 junio 1994, Rec. 1657/1993.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

Resulta oportuno puntualizar que, rara vez, una impugnación de un traslado individual se verá suspendida por una demanda de conflicto colectivo, en la medida que esta acción se halla expresamente regulada, entre otras materias, para los traslados colectivos de trabajadores. Ahora bien, ello no obsta a que se presente una demanda por conflicto colectivo, y efectivamente se suspenda la acción individual, toda vez que, con total seguridad, sea desestimada posteriormente por inadecuación de procedimiento.

14.7. Resolución y posibles recursos

Contra la Sentencia no cabrá recurso alguno, siendo directamente ejecutiva, y pudiendo declarar el traslado justificado, injustificado o nulo. Conviene precisar que, en la medida que el artículo 138 LRJS, regula la impugnación individual ante traslados tanto individuales como colectivos, aquí nos referiremos a ambos casos.

Se declarará justificado cuando queden acreditadas las razones invocadas por la empresa en su comunicación de traslado. Para el caso de que se declare la procedencia del traslado, como se indicó anteriormente, la ley habilita expresamente al trabajador a extinguir su contrato en el plazo de 15 días a contar desde la notificación de la Resolución (138.7 LRSJ). Se trata de una adición respecto del texto normativo contenido en el artículo 138 de la LPL, y que suscitó numerosos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, pues se discutía si era posible o no la

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

resolución del contrato, tras la acción de impugnación, en base al meritado tenor del artículo 40-1 ET, que expresamente rezaba que *«el trabajador que no habiendo optado por la extinción de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente»*.

De forma muy breve, y al objeto de no incurrir en reiteraciones, lo motivos por los que los tribunales habilitaban esta posibilidad -y que posteriormente ha cristalizado en el reconocimiento expreso en la ley-, obedecían básicamente a dos razones: la principal, que en caso de no permitirse, se estaría limitando el derecho a la tutela judicial efectiva, constriñendo al trabajador que acudiera a los tribunales, pues en caso de hacerlo, perdería la posibilidad de extinguir su contrato con derecho a percibir una indemnización; la otra, que el legislador no había prohibido expresamente tal posibilidad, sino que únicamente había rechazado -por lógica procesal- el ejercicio simultáneo de la impugnación y de la extinción. En suma, y comoquiera que la ley no permite la interposición de recurso de suplicación ante el TSJ correspondiente, el trabajador, ante una sentencia desestimatoria de su pretensión, podrá, o bien permanecer en el nuevo centro de trabajo de destino, o bien instar la resolución de su contrato de trabajo.

Si, por el contrario, no concurren a juicio del *magistrado a quo* las causas aducidas por la empresa, se declarará injustificada la decisión de trasladar al actor. La sentencia deberá reconocer expresamente el derecho

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

de aquél a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, esto es, reubicado en su anterior centro de trabajo y, en su caso, una indemnización por daños y perjuicios sufridos (138-8 LRJS). En este punto, es conveniente detenerse en el supuesto concreto de que, declarada la improcedencia del traslado de un operario, con obligación de retornarlo a su centro de trabajo de origen, la empresa incumple del mandato.

Ante esta conducta, el trabajador puede instar un procedimiento denominado *incidente de no readmisión*, regulado en los artículos 279 y siguientes de la LRSJ: se convocará una vista ante el Juez que tendrá por objeto acreditar si se ha producido o no la readmisión en el puesto de trabajo de origen, y si la misma ha sido irregular o no, correspondiendo al empresario la carga de la prueba. De conformidad con el artículo 281-2 LRSJ, el juez tendrá que dictar un Auto, y en caso de que se acredite el incumplimiento por parte del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, con derecho a percibir el trabajador una indemnización como si de un despido improcedente se tratara⁶³², y que incluso podrá ser mejorada con una indemnización adicional de hasta quince días por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades.

Finalmente, la tercera posibilidad es que la sentencia de instancia declare la nulidad del traslado, como puede ocurrir, en caso de que se

⁶³² Prevista en el artículo 56 ET. Tras la reforma operada por la ley 3/12, se calculará a razón de 45 días por año de servicio hasta el 12-2-2012, con límite de 42 mensualidades, y 33 días por año de servicio, con límite de 24 mensualidades, en adelante).

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

aprecie, con la imposición de la medida de movilidad geográfica, una vulneración de un derecho fundamental, o cuando de manera fraudulenta se eluda el procedimiento de traslado colectivo. Así las cosas, con la ley 3/2012, de 6 de julio, se introdujo la posibilidad de calificación de nulidad de los traslados colectivos que se realicen sorteando las normas relativas al período de consultas.

En cuanto a la vulneración de derechos fundamentales, resulta oportuno traer a colación el artículo 108-2 LRJS, que aunque se refiera a supuestos de despidos, de nuevo, resulta de aplicación por analogía. Este precepto contiene prerrogativas en favor de las trabajadoras embarazadas, de aquéllas que tengan suspendido el contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, o en supuestos de enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad.

También, en favor de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. En tales casos, si se acredita que el móvil del traslado obedece a una de estas causas, éste será declarado nulo.

Concreta la Ley que, en caso de declararse la nulidad, la sentencia dictada por el *Magistrado a quo* será directamente ejecutiva, debiendo

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

proceder el empresario a la readmisión del trabajador en el plazo de 3 días desde la resolución. En caso de que no proceda en tal sentido, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo, conforme al procedimiento de incidente de no readmisión anteriormente explicado, si bien, en este caso, de apreciarse por el Juez un incumplimiento del empresario, le ordenará reponer al trabajador en su puesto de trabajo en un plazo no superior a 5 días, so pena de imponer las medidas establecidas en el artículo 284 LRJS.

Ya, en último término, se ha de hacer alusión a la irrecurribilidad de la sentencia, sobre la que se pronunció el Tribunal Supremo⁶³³, aseverando que *«están justificadas por: el carácter necesariamente causal que debe tener la medida que se adopte; las garantías que se imponen para una participación más intensa de los representantes de los trabajadores; y el reconocimiento, en determinadas ocasiones del derecho de los trabajadores perjudicados por ellas a rescindir su contrato de trabajo»*.

⁶³³ STS de 19 de diciembre de 2002, Rec. 3369/2001.

CAPÍTULO 15: IMPUGNACIÓN DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO DE TRASLADO

15.1. Introducción

Junto al procedimiento de traslado individual, la ley regula la movilidad geográfica colectiva para aquéllos supuestos en los que el número de trabajadores afectados superen los umbrales del artículo 40.2 ET. En tales supuestos, tras la finalización del período de consultas sin acuerdo, el empresario ha de notificar a los trabajadores la decisión que haya adoptado acerca de sus traslados, con sujeción a lo dispuesto para los traslados individuales. Pues bien, a partir de aquí, se abre una doble vía de impugnación.

De un lado, los trabajadores afectados por la medida, podrán oponerse a la misma de forma individual, con arreglo a lo establecido para la impugnación de los traslados individuales en el artículo 138 LRJS. La segunda de las vías reactivas es el llamado Conflicto colectivo. Se ha de recordar que la interposición de éste último, paralizará la demanda individual hasta la resolución de aquél, tal y como posteriormente se desarrollará. Del mismo modo, se destaca que el legislador, a diferencia de lo dispuesto en relación a las modificaciones sustanciales, en caso de que se llegue a un acuerdo en el período de consultas, no limita la posibilidad de impugnarlo individualmente a los supuestos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, sino que el trabajador podrá oponerse a la medida empresarial en todo caso.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

Pues bien, dado que el procedimiento impugnatorio del traslado individual ya fue abordado anteriormente, será objeto de estudio ahora el conflicto colectivo. Encuentra regulación legal en los artículos 153 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Se ha de partir de que no todo conflicto laboral que afecta a una pluralidad de trabajadores, es un conflicto colectivo.

Para estar ante éste último, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³⁴, han de concurrir los siguientes requisitos: que se trate de un conflicto actual, jurídico, y de índole colectiva. En relación a este último particular, a su vez, el TS⁶³⁵, ha matizado que han de concurrir dos presupuestos: el subjetivo, en el sentido de que ha de afectar a un grupo genérico de trabajadores, homogéneo, o a un colectivo de trabajadores susceptible de determinación individual. Y el objetivo, en tanto el procedimiento tiene por objeto una cuestión de interés general en el marco de la empresa, que sea indivisible en su conjunto, y no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o bien, que aun siendo divisible, sólo lo sea en sus consecuencias, pero no en su propia configuración general.

⁶³⁴ SSTs de 25 de junio de 1992, Rec. 1706/1991, de 24 de abril de 2002, Rec. 1166/2001, de 5 de julio de 2002, Rec. 1277/2001, de 17 de julio de 2002, Rec. 1229/2001, de 12 de junio de 2007, Rec. 5234/2004, de 9 de noviembre de 2009, Rec. 152/2008.

⁶³⁵ SSTs 16 de marzo de 1999, Rec. 2094/1998, de 17 de noviembre de 1999, Rec. 1787/1999, de 11 de diciembre de 2008, Rec. 7/2008.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

Existen numerosos pronunciamientos que han declarado la adecuación⁶³⁶ o inadecuación⁶³⁷ del procedimiento de conflicto colectivo

⁶³⁶ SSTs 17 de julio de 2008, Rec. 152/2007, de 15 de diciembre de 2000, Rec. 2014/2000, de 28 de enero de 2009, Rec. 137/2007 y de 8 de junio de 2011, Rec. 89/2010.

⁶³⁷ SSTs 7 de abril de 2009, Rec. 56/2008, de 25 de septiembre de 2012, Rec. 227/2011 y 13 de noviembre de 2012, Rec. 3781/2011. Ha de destacarse, por clarificador, un traslado que derivó en dos procedimientos y cuyo supuesto de hecho es el siguiente: en fecha 10-10-2010, la demandada comunicó a varios trabajadores el cierre de los centros de Ferrol, Burela y Pontevedra, con el consiguiente traslado de los operarios que prestaban sus servicios en ellos, a las Delegaciones de A Coruña, Lugo y Vigo, respectivamente. El traslado de Ferrol afectaba a 11 trabajadores, y el de Pontevedra a 8, y además, 6 trabajadores aceptaron voluntariamente el traslado. Se presentaron dos demandas por conflicto colectivo, una denunciando no haber realizado el período de consultas, y la segunda, por no haber preavisado a los órganos de representación. En relación al primer procedimiento (resuelto en la STSJ 13 de abril de 2011, Rec. 6/2011), la Sala tuvo por acreditado que el número total de trabajadores afectados por el traslado fue de 28 y que, comoquiera que no superaba los umbrales del artículo 42.2 ET, en relación a la plantilla total, no se trataba pues de un traslado colectivo. Consecuentemente, consideró que no procedía la demanda por conflicto colectivo, decretando la inadecuación de procedimiento. En el otro procedimiento (resuelto en la STSJ Galicia, 12 de mayo de 2011, Rec. 4/2011), iniciado por demanda de conflicto colectivo, se solicitaba expresamente lo siguiente: «la decisión adoptada por la empresa no fue previamente informada a los órganos de representación que se omitió la preceptiva petición de informe de los órganos de representación de los trabajadores; y que no se produjo proceso de negociación con la representación legal de los trabajadores, de acuerdo con lo establecido en la adicional tercera del convenio colectivo, sobre el cierre de las delegaciones y, con ello se declare la nulidad de la decisión empresarial y se condene a las demandadas a que, con retroacción de las actuaciones al previo momento a la decisión, se informe a la representación legal de los trabajadores, se recabe informe y se abra período de negociación sobre la situación de las delegaciones en los términos convencionalmente establecidos». De entrada, el TSJ, desestimó la excepción de cosa juzgada interesada por las demandadas, en la medida que en la sentencia de fecha 13 de abril de 2011, versaba sobre la petición de nulidad de un traslado colectivo, por omisión del período de consultas, mientras que el presente procedimiento, por el contenido del suplico, se alejaba de una demanda por movilidad geográfica. Sin perjuicio de ello, la Sala decretó la inadecuación de procedimiento, al no estar ante un supuesto de conflicto colectivo, sino de conflicto plural, pues a todas luces fallaba el elemento objetivo. En esta línea, aseveró que la medida afectaba a un número muy limitado de trabajadores en relación al total de la plantilla de la empresa, y, además, cada uno de los demandantes tienen un interés concreto, que ya dio lugar, en términos generales, a otros procedimientos, de carácter individual, claramente relacionados con la decisión de la Compañía que se impugna. En síntesis, pese a estar ante un supuesto de traslado, se

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

en atención al supuesto concreto, pero que, por economía procesal, no deben pormenorizarse, dado que la Ley incluye de forma expresa, dentro de los supuestos que deben canalizarse por el conflicto colectivo, a los acuerdos adoptados traslados colectivos (artículo 15.1 LRJS).

15.2. Legitimación Activa y Pasiva

Para estos supuestos de movilidad geográfica, podrán presentar demanda de conflicto colectivo todos los sindicatos cuyo ámbito de aplicación se corresponda con el del conflicto, o sea más amplio o los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores (Art 154), como también, en los supuestos de ausencia de representantes de los trabajadores, la comisión *ad hoc* que haya negociado durante el período de consultas, tal y como así lo ha determinado el Tribunal Supremo⁶³⁸.

entendió que no procedía la impugnación por la vía colectiva, en el primer caso (STSJ 13 de abril de 2011), ratio decidendi no estar ante un traslado colectivo propiamente dicho. En el segundo (STSJ Galicia, 12 de mayo de 2011.), por faltar el elemento objetivo, ese interés general en el marco de la empresa. Ambos pronunciamientos fueron elevados al Tribunal Supremo, y desestimados por este, mediante sentencias de fechas 8 de junio de 2012, Rec. 134/2011 y 28 de septiembre de 2012, Rec. 171/2011, respectivamente.

⁶³⁸ STS de 18 de marzo de 2014, Rec. 114/2013: «y que la comisión *ad hoc* ha de ser incluida en el concepto de representación legal a los efectos del art. 124 LRJS lo demuestra, además, el que la acción pueda ejercitarse también, subsidiariamente, por el propio empresario en un supuesto en que, lógicamente, se ha de partir de la falta de acuerdo y en que en el caso de inexistencia de representación legal o sindical en la empresa, los únicos posibles demandados habrán de ser los integrantes de la comisión *ad hoc* en calidad de tal. Por último, el art. 124.4 LRJS determina a los legitimados pasivamente en caso de que se hubiera alcanzado acuerdo y se refiere a "los firmantes", quienes, en un supuesto como el que ahora se analiza, hubieran sido la empresa y la comisión *ad hoc*. En suma, a los efectos del procedimiento de impugnación colectivo, el concepto de representación de los trabajadores se perfila de modo específico, con

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

En lo que atañe a los sindicatos, aun sin contar con la petición de sus afiliados, pueden interponer demanda de conflicto colectivo contra la medida de traslado colectivo, pero para ello reza la ley que han de tener un ámbito de aplicación igual o superior al del conflicto. Este particular debe ser abordado minuciosamente. Para determinar si un sindicato tendrá o no legitimidad, lo primero será determinar el ámbito o magnitud del conflicto, y, posteriormente, ponerlo en relación con el alcance de la norma que se discute, cuyos efectos podrán proyectarse sobre un ámbito igual o superior al del conflicto. Dicho en otros términos, el conflicto colectivo podrá tener un alcance igual o inferior a la norma en cuestión, pero el sindicato, en todo caso, tendrá que ostentar un ámbito de actuación igual o superior al del conflicto.

Piénsese, a modo de ejemplo, en una norma que despliega efectos en todo el territorio nacional, pero el conflicto se produce únicamente en una CCAA, donde existe un sindicato que despliega sus efectos sobre la misma. En tales casos, los sindicatos de esas CCAA, siempre y cuando tengan representatividad suficiente -posteriormente se precisará cuándo la tienen-, sí podrían presentar demanda por conflicto colectivo, pues coincidiría su ámbito de actuación con el del conflicto, y ello sin perjuicio de que la norma sea de aplicación estatal. En estos términos se ha pronunciado el TS⁶³⁹, trazando una línea divisoria entre el ámbito de la

inclusión de todos los entes colectivos de representación que la propia norma sustantiva regula y a quienes confiere capacidad de negociación y de suscripción de acuerdos porque, a tales fines, ostentan la representación de los trabajadores».

⁶³⁹ STS 15 de febrero de 1999, Rec. 2380/1998. En el supuesto de Autos, la Sala del TS

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

norma y el del propio conflicto colectivo, remarcando que es éste último el que determina la legitimación. En el mismo sentido se pronunció de nuevo el TS⁶⁴⁰, en un supuesto en el que la parte recurrente solicitaba la falta de legitimación activa por parte del sindicato, so pretexto de que dentro de RENFE su ámbito de actuación era inferior al del conflicto. La Sala falló que lo relevante no es *«el ámbito subjetiva y objetivamente posible, sino el ámbito del concreto y real conflicto planteado en cada caso, o sea, el ámbito al que alcanzaron las pretensiones del accionante»*. Por ello, el

convalidó la legitimidad del sindicato SIMAP de la Comunidad Valenciana, en un procedimiento de conflicto colectivo sobre una norma que, aun siendo ámbito estatal, suscitaba únicamente una controversia en la referida CCAA. En concreto, se denunciaba la siguiente cláusula del contrato *«teniendo en cuenta la finalidad formativa del presente contrato, la prestación de servicios nocturnos de presencia física no implicará necesariamente la libranza del día siguiente al de su realización»*, por entender que la misma vulneraba el artículo 34.3 ET, en relación al descanso necesario entre jornadas. . Con arreglo a la citada cláusula, los MIR podían verse en la tesitura de tener que continuar en su puesto de trabajo al día siguiente al de la realización de una guardia nocturna, sin poder descansar. Pues bien, el primer motivo de recurso, pretencioso de una declaración de inadecuación de procedimiento, fue rechazado *de facto* por la Sala del TS, en la medida que se trataba de una cláusula que afectaba a intereses generales de un grupo genérico. El segundo motivo de impugnación, que es el que ahora interesa, versaba sobre la falta de legitimación activa del sindicato. En concreto, se discutía no ya que el sindicato ostentara legitimidad suficiente en el sentido de si su ámbito de actuación se correspondía con el del conflicto, de suerte que tuviera una relación directa con el objeto del pleito (esto es evidente), sino que un sindicato implantado en una CCAA, pudiera presentar un conflicto colectivo que de estimarse, proyectaría sus efectos sobre todo el territorio nacional. El TS rechazó también este motivo de impugnación *ratio decidendi* *«no puede sostenerse, como afirma la parte recurrente, que el ámbito del conflicto deba coincidir con el ámbito subjetivo de aplicación de la norma que se invoca como vulnerada. Si así fuera, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional tendría que conocer de todos los procesos de conflicto colectivo en los que la quaestio litis gire sobre la interpretación o aplicación de una norma estatal o convencional de ámbito nacional, aunque el ámbito del conflicto se reduzca a una empresa o centro de trabajo, no siendo conflictiva la interpretación o aplicación de dicha cláusula o norma estatal en otros ámbitos, lo que es de todo punto absurdo»*. De esta forma, concluye destacando que el ámbito de actuación del Sindicato SIMAC sí se corresponde con el del conflicto colectivo suscitado y, por ende, aquél ostenta legitimidad activa suficiente como para plantearlo.

⁶⁴⁰ STS 7 de febrero de 2001, Rec. 2017/2000

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

Sindicato accionante sí gozaba de legitimación, en la medida que limitó el ámbito del conflicto a su ámbito de conductores.

Junto al anterior requisito, es menester que el Sindicato tenga una vinculación directa con el objeto de debate, tal y como adelantaba anteriormente. A efectos de determinar cuándo se entiende concurrido este segundo requisito, el TS⁶⁴¹ ha precisado que una cosa es la representatividad de un sindicato exigida ex artículos 87 y 88 ET, para la negociación colectiva, y otra bien distinta la exigencia de implantación sindical para accionar un conflicto colectivo. En este sentido, precisa el Alto Tribunal que a efectos de dilucidar si un sindicato se halla procesalmente legitimado, no es suficiente con la mera acreditación de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, siendo fundamental la concurrencia de un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (ya sea por sus fines, su actividad, etcétera) y el objeto del debate en el pleito de que se trate. Este vínculo o nexo, matiza el TS, tendrá que ponderarse en cada caso, y se plasmará en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado. Partiendo de esta premisa, la Sala expuso que, cuando un sindicato ostenta la representatividad necesaria, es evidente que

⁶⁴¹ STS de fecha 12 de mayo de 2009, Rec. 121/2008. La sala conoció la impugnación de la sentencia dictada por el TSJ de Andalucía, sede Granada, de fecha 23 de julio de 2008, Rec. 6/2008, en la que se decretaba la falta de legitimación activa del Sindicato accionante en base a que no tenía representatividad suficiente, en la medida que no participaba en el Comité del Convenio donde se suscitaba el conflicto, y que su nivel de afiliados era mínimo.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

también tendrá la implantación suficiente, pero que no cabe predicar esta deducción a *sensu contrario*. En este sentido, consideró que el Sindicato demandante sí tenía legitimación pasiva en la medida que, aun no teniendo participación en la Comisión negociadora del Convenio, tenía una representatividad en la empresa del 5,08%, al pertenecer al mismo 45 representantes de un total de 886, de lo que se infería la tenencia de una implantación suficiente, ostentando legitimación para la defensa de un interés real, profesional y sindical para velar por el cumplimiento de la normativa pactada en Convenio Colectivo, pues, en definitiva, una decisión estimatoria de la pretensión formulada, caso de tener éxito, reportaría una ventaja o utilidad con una innegable trascendencia colectiva por su proyección o alcance general y de evidente conexión con la función institucional del sindicato.

En cuanto al segundo de grupo de sujetos que ostentan legitimación activa para presentar conflicto colectivo, se ha de distinguir entre la representación legal de los trabajadores y la representación sindical o secciones sindicales. En ambos casos, la ley alude a conflictos de empresa o de ámbito inferior. Las secciones sindicales encuentran acomodo legal en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en concreto, en su artículo 8, donde se reconoce expresamente la posibilidad de que los trabajadores afiliados a un sindicato constituyan una sección sindical. Además, en el artículo 10 LOLS, se reconocen una serie de prerrogativas a las secciones sindicales en empresas de más de 250 trabajadores, principalmente, el derecho a tener delegados. Pues bien, en ambos casos, las secciones sindicales están habilitadas para interponer

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

conflicto colectivo, siempre que ostenten relación directa con el objeto del litigio. En este sentido, el TS⁶⁴² ha precisado que la sección sindical es *«una estructura organizativa del sindicato, carente de personalidad jurídica propia, lo que no excluye que, cumplidas las condiciones requeridas, pueda, por sí, plantear conflictos colectivos....(...) Tal hecho ciertamente determina que no sea atribuible al Sr. Rodrigo la condición de delegado sindical, en el sentido que expresa el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y que la empresa, consecuentemente con ello, no se halle obligada a efectuar reconocimiento al respecto, pues la elección de simple portavoz o representante de sección sindical de tales características no genera para aquella especiales cargas o deberes. Más ello no significa que dichas secciones sindicales se vean privadas de elegir a su representante o que el elegido no pueda actuar externamente como tal, promoviendo conflictos colectivos, de gozar de legitimación activa al respecto».*

En lo relativo a los representantes unitarios, el comité de empresa y los delegados de personal también están facultados ex artículo 154-c, para interponer conflicto colectivo. Ello no obstante, habrá que estar al tipo de empresa -en el sentido de si tiene uno o varios centros de trabajo- y al ámbito de afectación del conflicto, de forma que si afecta a más de un centro, será preceptivo el litisconsorcio entre todos los comités o delegados de personal o comité intercentros. Con todo, se ha matizar que, en relación al Comité de Empresa, el artículo 65 ET establece como

⁶⁴² STS de 21 de marzo de 1995, Rec. 1328/1994.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

requisito *sine qua non* que, para actuar, lo haga contando con la decisión mayoritaria de sus miembros.

Finalmente y por lo que a la legitimación pasiva se refiere, el artículo 155 LRJS dispone que podrán personarse como partes en el procedimiento de conflicto colectivo los sindicatos representativos, asociaciones empresariales y órganos de representación legal o sindical que cuenten con un ámbito de actuación igual o más amplio al del conflicto. De ello, se infiere el carácter voluntario del litisconsorcio pasivo en esos supuestos.

15.3. Órgano competente

Vendrá determinado en función de la amplitud del conflicto, esto es, de las zonas geográficas que se vean afectadas por aquél. En este sentido, el TS⁶⁴³ ha reiterado que lo relevante es el grado de afección territorial del conflicto colectivo en cuestión, de forma que conocerá en primera instancia el Juzgado de lo Social, cuando el conflicto no exceda de la circunscripción de aquél. En caso de hacerlo, conocerá el asunto el Tribunal Superior de Justicia de la CCAA donde extienda sus efectos en conflicto colectivo, y de igual modo, siempre que aquél no trascienda el ámbito territorial de tal comunidad. De ocurrir, la competencia corresponderá a la AN.

⁶⁴³ SSTS de 14 de julio de 1997, Rec. 4394/1996, de 25 de octubre de 2004, Rec. 5046/2003, de 22 de enero de 2010, Rec. 925/2009.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

15.4 Fundamento de la acción y tiempo de ejercicio

La impugnación aquí también podrá fundarse en un incumplimiento de las formalidades exigidas en la tramitación de los traslados colectivos, o en el contenido de la misma, o en ambos. Con todo, los demandantes tendrán que detallar debidamente las causas en su escrito de demanda, sin que puedan añadirse hechos nuevos en el acto de juicio, so pretexto de evitar causar indefensión a la otra parte.

En cuanto al plazo de ejercicio, dispone el artículo 59.4 ET que el plazo de caducidad de 20 días establecido en el apartado anterior, será de aplicación contra las modificaciones sustanciales y la movilidad geográfica impuesta por el empresario. Ahora bien, en este punto conviene preguntarse si también resultará extensible a los supuestos de conflictos colectivos. Esta cuestión ha sido resuelta por el TS⁶⁴⁴, fallando que, efectivamente, la acción de conflicto colectivo estará sujeta al plazo de caducidad de 20 días, basando tal criterio, de forma sucinta, de un lado en que la *«caducidad predica de la acción y esta se ejerce con el mismo contenido, aunque con distinto ámbito en los dos tipos de procesos»*. Y, de otro, en atención a la finalidad de la caducidad, que no es otra que *«evitar la indefinición en situaciones que afectan gravemente a ambas partes, y esta finalidad quedaría burlada si sólo se aplicara a los conflictos*

⁶⁴⁴ SSTS 21 de febrero de 1997, Rec. 812/1996 y de 14 de marzo de 1997, Rec. 3284/1996.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

individuales». Se trata, en esencia, de un criterio hermenéutico acorde con el principio de seguridad jurídica, en la medida que no establece prerrogativas a ninguno de los cauces -individual y colectivo- para impugnar la movilidad geográfica. De acuerdo con este criterio, el legislador vincula ese plazo perentorio de 20 días en atención a la materia concreta, y no al procedimiento de impugnación establecido legalmente.

15.5 Cauce procedimental y tramitación

La acción se interpondrá por los que ostenten la legitimación activa ante los tribunales, que variarán en función de la magnitud del conflicto, tal y como se ha detallado. En este caso, a diferencia de la impugnación de la medida individual de traslado, sí que será exigible el intento de conciliación previo, conforme al artículo 63 LRJS. De esta forma, junto a la demanda, será preceptivo acompañar el acta de conciliación previa, salvo aquellos supuestos en los que, por proximidad a la caducidad de la acción, sea aconsejable presentar la demanda, sin perjuicio de que, posteriormente, se acompañe el acta de conciliación.

En cuanto a la tramitación, el legislador confiere un carácter urgente a este tipo de procedimientos, anteponiéndolos a cualquier otro, a excepción de los relativos a derechos fundamentales y libertades públicas (159 LRSJ). Destaca que el legislador no ha establecido un tiempo máximo para el señalamiento del acto de juicio, a diferencia de la impugnación individual de la medida, limitándose a conferirle un carácter

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

preeminente sobre el resto de procedimientos. Con todo, tal y como se matizó anteriormente en relación a los procedimientos de impugnación individual de la movilidad geográfica, lo habitual es que el señalamiento se demore más allá de los 5 días previstos legalmente.

15.6 Resolución y posibles recursos.

Tendrá que declarar la estimación o desestimación de la pretensión. La sentencia, en caso de estimar la demanda una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, es menester que contenga, en su caso, la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado. Como también, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Tal y como ha manifestado BLASCO PELLICER⁶⁴⁵, la sentencia dictada en los procedimientos de conflicto colectivo interpuesto contra un traslado colectivo, de estimar la solicitud de los trabajadores, «*constituye paradigmático ejemplo de sentencia de condena*». Esta sentencia desplegará efectos de cosa juzgada⁶⁴⁶ sobre los eventuales procedimientos

⁶⁴⁵ BLASCO PELLICER, A.: *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Pág. 106.

⁶⁴⁶ SSTS 5 de octubre de 2011, Rec. 3637/2010, de 11 de julio de 2012, Rec. 2176/2011 y de 10 de junio de 2013, Rec. 1857/2012.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

de impugnación individual del traslado y no podrá ser objeto de recursos ulteriores, salvo en aquellos supuestos en los que se haya estimado inicialmente la incompetencia.

Como se ha referido anteriormente, la interposición de un conflicto colectivo contra un traslado colectivo, supone la paralización de las eventuales impugnaciones individuales contra el mismo, hasta la finalización de aquél. Ésta se entiende producida normalmente con la firmeza de la sentencia dictada por los tribunales correspondientes (juzgado de lo social, TSJ o AN), salvo en aquéllos supuestos en los que quepa recurso, en los que tal momento será tras la resolución y firmeza del mismo. Ello no obstante, se puede entender finalizado también cuando se produce un archivo de actuaciones por desistimiento del accionante, por acuerdo interpartes, etc... Esta previsión guarda sintonía con lo dispuesto en el último apartado del artículo 160 LRJS, que viene en manifestar que el proceso de conflicto colectivo interrumpirá la prescripción de las acciones individuales que guarden relación con el objeto del citado conflicto.

Con todo, lo relevante ahora es que, de dictarse sentencia que entre a conocer sobre el fondo del asunto, ésta desplegará efectos de cosa juzgada, por lo que aquél eventual procedimiento de impugnación individual, en caso de llegar a celebrarse acto de juicio oral, se verá abocado a su desestimación por excepción de cosa juzgada, tal y como dispone el apartado quinto del meritado artículo 160 LRJS.

CAPÍTULO 16. Responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en el pago de la indemnización por traslado

16.1. Introducción

En este capítulo se estudiará la eventual responsabilidad atribuible al Fondo de Garantía Salarial en relación a los derechos económicos que puedan derivarse de la movilidad geográfica de personas trabajadoras que, por insolvencia empresarial, no le son abonados a aquéllas.

Como apuntaba anteriormente, en el artículo 33 ET no se incluye, expresamente, que el fondo de garantía salarial (FOGASA) responda en caso de insolvencia empresarial del abono de las indemnizaciones por resolución contractual a instancias del trabajador ex artículo 40ET, tras haber sido objeto de un traslado. Ello, no obstante, se ha de analizar dos situaciones que han acabado por modificar la interpretación a priori acorde a la legislación nacional.

16.2. Criterio judicial previo al pronunciamiento del TJUE

Conviene situarse temporalmente en el momento más álgido de la pasada crisis, en el periodo 2008-2012, cuando se sucedían las solicitudes de pago al Fondo de Garantía Salarial ante insolvencias empresariales. Esto se tradujo en un auténtico colapso del organismo que desembocó en

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

una demora en la resolución de los expedientes, sobrepasando el plazo legal de tres meses que tiene conferido por la Ley.

En este escenario, se formularon numerosas demandas contra el FOGASA en impugnación de resoluciones denegatorias de prestaciones, en base a que eran contrarias a derecho, por vulnerar el contenido del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con lo dispuesto en el artículo 28-7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, pues, contraviniendo los citados preceptos, denegaban una solicitud «previamente estimada» por silencio administrativo positivo, prohibiendo expresamente la ley toda resolución ulterior que no venga en confirmar dicha estimación, de acuerdo con el artículo 43-3-a).

Así las cosas, el apartado primero del meritado artículo 43, dispone que en aquellos procedimientos iniciados mediante solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado se ha de entender estimada por silencio administrativo, añadiendo el segundo apartado, que *«la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento»*. Ese plazo máximo, de acuerdo con el citado artículo 28.7 del Real Decreto 505/1985, es de 3 meses a contar desde la presentación de la solicitud. Así

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

las cosas, se aducía que las solicitudes debían considerarse, ex lege, estimadas por silencio administrativo positivo (41.1), constituyendo un acto finalizador del procedimiento (41.2), y no permitiendo ulterior resolución que no venga en confirmar dicha estimación (41.3). Dicha reclamación se sustentaba en una corriente doctrinal sólida⁶⁴⁷.

En dichas sentencias, se trae a colación la Jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo⁶⁴⁸, que vino en precisar que el silencio administrativo positivo, según el artículo 43 de la Ley 30/1992, tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto que concluya un expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí que el apartado 4.a) de ese precepto disponga que *«en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. De modo que una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio»*.

Por ende, podríamos encontrarnos con supuestos de reclamación de indemnización por traslado que habían sido denegadas por el FOGASA al

⁶⁴⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de abril de 2014, Rec. 2399/2013; STSJ de Asturias, de 16 de mayo de 2014, Rec. 918/2014; STSJ de Castilla-León (Valladolid), de 16 de septiembre de 2014, Rec. 1051/2014; y SSTSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2013, Rec. 1151/2013, de 2 de diciembre de 2013, Rec. 1181/2013, de 24 de febrero de 2014, Rec. 1650/2013, de 10 de marzo de 2014 (Rec. 1522/2013), de 2 de junio de 2014 (Rec. 1968/2013) y 7 de julio de 2014 (Rec. 2106/2013), entre otras.

⁶⁴⁸ STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 25 de septiembre 2012 (Rec. 4332/2011). Esta sentencia se basaba en las sentencias de 15 de marzo de 2.011 y las dos de 17 de julio de 2.012 (recursos 3.347/2.009, 5.627/2.010 y 95/2.012, respectivamente).

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

no estar incluidas en el abanico de garantías del art. 33 ET que, posteriormente, eran combatidas judicialmente por incumplimiento del plazo del art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En particular, debe traerse a colación un supuesto específico resuelto por el Juzgado de lo Social de Valencia nº17, y posteriormente en el TSJ de la C. Valenciana. La empresa impone un traslado al trabajador ex artículo 40 ET, que implica cambio de residencia, y éste rescinde el contrato al amparo de dicho precepto, devengándose una indemnización por traslado, de 11.174,63 euros, que no satisface en tiempo. Tras presentar demanda, se alcanza un acuerdo Judicial de Conciliación con la Empresa, en fecha 6-7-11, obligándose ésta a abonar la indemnización por traslado, más intereses, en tres plazos. Comoquiera que la mercantil incumplió el aplazamiento, se instó ejecución, dictándose por el Juzgado de lo Social 3 de Valencia, Auto de Insolvencia, de fecha 8-3-12.

El actor presentó solicitud de pago al FOGASA, en fecha 14-12-12, que fue denegada mediante Resolución de fecha 13-10-14, esto es, casi dos años después del inicio del expediente administrativo. La denegación traía causa en el hecho de que la indemnización solicitada por el actor no se hallaba dentro de los supuestos del artículo 33 del ET. En este sentido, figuraba en dicha Resolución: *“Vista la documentación aportada al expediente, procede a denegar las prestaciones de garantía salarial, al no acreditar el interesado los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto*

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los artículos 14,18 y 19 del Real Decreto 505/85, de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial”.

A la vista de ello, el actor presentó demandada, con base a la fundamentación jurídica referida anteriormente, siendo estimada por el Juzgado de lo Social 17 de Valencia, mediante sentencia 405/16, de fecha 19-10-16, en aplicación de la institución del silencio administrativo. Tras ser interpuesto recurso de suplicación por la representación letrada del FOGASA, se dictó sentencia por el TSJ C. Valenciana, de fecha 5-12-17, Rec. 420/2017, que confirmó la sentencia de instancia, en base a la siguiente argumentación: *«en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo... ...Concluye nuestra doctrina indicando que todo ello " no significa que la Sala entienda que, como regla general, pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en el normativa vigente en cada momento. Antes al contrario: resulta evidente el carácter imperativo del artículo 33 ET . Ocurre, sin embargo, que el citado organismo está obligado a resolver en el plazo previsto en su propia norma de funcionamiento (Real Decreto 505/1985). Si no lo hace, es la propia ley (LRJPAC) la que establece que la solicitud del interesado ha sido estimada por silencio administrativo - resolución tácita equiparada legalmente a resolución expresa- y es la propia ley la que prevé que, posteriormente, tal resolución presunta no puede dejarse sin efecto por la propia Administración al establecer que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución*

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo"..... en lógico acatamiento de la doctrina jurisprudencial de referencia y abandonando cualquier criterio anterior de esta Sala deberemos desestimar el único motivo de recurso y confirmar la sentencia de instancia, pues habiendo transcurrido el plazo de tres meses para dictar la correspondiente resolución se produjo el efecto del silencio positivo que es entender resuelta en el sentido propugnado la reclamación debiendo acudir en su caso al procedimiento previsto en el artículo 146.1 de la LJS con fundamento en el entonces artículo 62.1.f) LRJPAC (en la actualidad : artículo 47.1 f) LPAC).

Por tanto, la demanda fue estimada por el juzgado de instancia y confirmada por el TSJ de la C. Valenciana, si bien, éste último estableció claramente que el hecho de que, por aplicación del silencio administrativo, se acabara estimando una determinada demanda, ello no debía conducir a la conclusión de que un derecho reconocido judicialmente no pueda, posteriormente, ser dejado sin efecto, si es que tal reconocimiento suponía adquirir facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. O, dicho de otra forma, si, efectivamente, el derecho a la indemnización por traslado no está incluida en el abanico de garantías cubiertas por el art. 33 ET, la condena al FOGASA al pago del mismo en aplicación de la normativa de derecho administrativo no es óbice a una ulterior reclamación vía procedimiento revisorio previsto.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

16.3. Pronunciamiento del TJUE

La materia que nos ocupa ha sido resuelta expresamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, mediante auto de 19 de enero de 2017.

En el caso de autos, una empleada prestaba servicios en un parque temático de Alicante desde el año 2000, realizando labores de limpieza. El 15-5-11, la empleadora le comunica su traslado a otro parque temático situado en San Martín de la Vega (Madrid), mediando una distancia entre ambos de más de 450 km, por lo que, evidentemente, se hacía preciso el cambio de residencia. La trabajadora optó por rescindir su contrato al amparo del artículo 40 ET, siendo ello aceptado por la empresa que, sin embargo, incumplió el pago y fue condenada judicialmente, primero, al pago de aquélla y, posteriormente, declarada insolvente, tras haber instado la actora la ejecución de la meritada sentencia. En consecuencia, solicitó el pago de la indemnización al Fondo de Garantía Salarial el cual denegó la solicitud alegando que dicha indemnización no estaba incluida en el artículo 33 ET (hasta aquí, supuesto prácticamente idéntico al relatado en el apartado anterior).

La actora presentó demanda contra el Fondo de Garantía Salarial, que fue desestimada por el Tribunal de instancia, y recurrida ante el TSJ

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

de la Comunidad Valenciana, el cual, al tener dudas sobre la interpretación del artículo 33 ET en relación a la normativa comunitaria, formula petición de decisión prejudicial al TJUE, que tiene por objeto la interpretación del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO 2008, L 283, p. 36), que dispone: *«los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno».*

Por su parte, el considerando tercero, reza: *«son necesarias normas para la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y para garantizarles un mínimo de protección, especialmente para garantizar el pago de sus créditos impagados, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad. A tal efecto, los Estados miembros deben crear una institución que garantice a los trabajadores asalariados afectados el pago de sus créditos impagados».*

Corolario de lo anterior, la cuestión que planteó el TSJ de la C. Valenciana se configuró conforme al siguiente tenor: *«¿Se puede*

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

interpretar que una indemnización debida legalmente por una empresa al trabajador, por la extinción de su relación laboral, a consecuencia de la modificación de un elemento esencial del contrato de trabajo, como es una movilidad geográfica que obliga al trabajador a cambiar de residencia, constituye la “indemnización debida al término de la relación laboral”, a la que se refiere el artículo 3, primer párrafo, de la [Directiva 2008/94]?»

El TJUE llega a la conclusión de que la indemnización por traslado debería estar incluida en el artículo 33 ET, y ello en base al siguiente razonamiento:

Si bien arranca su exposición reconociendo que, a tenor de la Directiva 2008/94, es el Derecho interno de cada país miembro el que ha de determinar qué indemnizaciones se hallan incluidas en el art. 3 de aquélla, no menos cierto -continúa desarrollando el TJUE- es el dicha facultad viene limitada por el principio de igualdad y no discriminación , en virtud del cual, situaciones comparables no deben recibir tratos diferentes salvo que sean susceptible de justificación objetiva. El TSJ considera que el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores es una verdadera extinción del contrato de trabajo por causas objetivas y que la opción que se ofrece al trabajador de extinguir el contrato de trabajo está relacionada con el evidente perjuicio que le ocasiona el cambio de su lugar de trabajo que le obliga a cambiar de residencia.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

Partiendo de esta premisa, el TJUE considera que los empleados que optan por la extinción del artículo 40 ET se hallan en situación comparable a los que hacen lo propio en virtud del artículo 50 ET, pues en ambos casos es la respuesta a modificaciones sustanciales que el legislador español ha considerado que no se les pueden imponer; y también con los supuestos de los arts. 50 y 52, pues la extinción del contrato ex artículo 40 ET no viene sino en ser una extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

Por su parte, el Gobierno español esgrimió que, dentro de la potestad reconocida a los estados miembros, éstos podían incluir únicamente dentro del paraguas del artículo 3 de la Directiva 2008/94, las indemnizaciones resultante de extinciones contractuales por causas ajenas a la voluntad del trabajador, quedando, por ende, fuera de aquél las derivadas de resoluciones ex art. 40 ET (que califica de elección voluntaria). Tal alegación fue rechazada, con acierto a criterio del dicente, por el TJUE, pues en caso contrario, se estaría negando que estuviéramos ante causas comparables (arts. 40, 50, 51 y 52), precisando el Tribunal Europeo que la extinción del art. 40 ET, no puede calificarse de expresión de la voluntad del trabajador, pues, nada más lejos de la realidad, es una consecuencia -regulada legalmente- ante una modificación sustancial del empresario (Art. 40 ET) que, por implicar un cambio de residencia, ha sido objeto de regulación separada (art. 41 ET).

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

Concluye el tribunal precisando que, no incluir la indemnización del artículo 40 ET dentro del abanico del art. 33 ET, iría en contra del espíritu teleológico de la citada directiva europea, que pretende garantizar a todos los trabajadores un mínimo de protección a escala de la Unión en caso de insolvencia del empresario, mediante el pago de los créditos impagados que resulten de contratos o de relaciones laborales.

Finalmente, el TSJ C. Valenciana⁶⁴⁹, acabó por estimar el recurso de suplicación de la actora y condenar al FOGASA al pago de la indemnización por traslado.

A criterio del dicente, tanto la argumentación como la decisión adoptada resultan plenamente ajustadas a la normativa comunitaria, así como al estatuto de los trabajadores y al Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. De un lado, y en cuanto a la naturaleza de la indemnización ex artículo 40 ET se refiere, es innegable que se trata de previsión económica resarcitoria perfectamente equiparable a la del despido objetivo, tanto por la finalidad (compensar la pérdida de trabajo) como por la cuantía (veinte días por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades). Donde podríamos encontrar disidencia en el carácter de cada una de ellas, en el sentido de que la primera es consecuencia directa de la decisión unilateral del empleador (despido objetivo) y la segunda requiere de un accionamiento previo por parte del trabajador (voluntad de rescindir el contrato). Ello, no

⁶⁴⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana, 5 de octubre de 2019, Rec. 170/16.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

obstante, esta indemnización no deja de ser más que una expectativa que tiene el trabajador y que requiere necesariamente requiere de una decisión unilateral previa del empresario (como en el caso del despido). En consecuencia, no considero que se trate de una indemnización voluntaria, sino reactiva a una decisión empresarial, que persigue un menor perjuicio frente a aquélla.

La misma interpretación es extensible a los supuestos de la extinción contractual prevista en el artículo 50-1-a) ET, remitiéndome a la explicación ofrecida por el TJUE al respecto. De otro lado, considero que la resolución deviene ajustada asimismo a la normativa comunitaria cristalizada en la Directiva 2008/94, que persigue la protección de los trabajadores en caso de existencia de deudas, cuando la empresa deviene insolvente. Como también en relación al Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial que, en su exposición de motivos, justifica la existencia del FOGASA en la necesidad de garantizar la percepción de salarios adecuados e indemnizaciones insatisfechas por causas derivadas del desequilibrio patrimonial de las Empresas, con el objetivo de evitar notorios perjuicios a los trabajadores que, en otro caso, se verían forzados no ya sólo a seguir largos procedimientos, muchas veces con total ineficacia en sus resultados, sino, incluso, a no poder atender adecuadamente necesidades, en ocasiones de carácter perentorio.

PARTE VI. Procedimiento de Impugnación del Traslado

En síntesis, y coincidiendo plenamente con el criterio del TJUE, el legislador nacional debería adaptar el contenido del artículo 33 ET en el sentido de hacer extensiva la protección del FOGASA a las indemnizaciones por traslado ex artículo 40 ET. Y, en todo caso, de no ver satisfecha la persona trabajadora la citada indemnización por resolución contractual ex artículo 40.1 ET, podrá solicitar su pago al fondo de garantía salarial.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Introducción

En el presente apartado se procederá a la plasmación de las conclusiones alcanzadas tras la investigación realizada. He considerado oportuno estructurarlas en tres partes distintas, a fin de ganar en claridad expositiva: la primera, abarcará las conclusiones generales obtenidas sobre la disciplina estudiada; la segunda, incluirá las reflexiones específicas más importantes de las manifestaciones de movilidad geográfica y sus figuras afines; en la tercera y última, se hará una propuesta de *lege ferenda*, acompañada de su debida justificación.

Vaya por delante que no se pretende efectuar una prolija exposición que acabe por incurrir en reiteraciones innecesarias, sino una compilación ágil de ideas y conclusiones que sirva a la principal pretensión de esta tesis, que es facilitar la comprensión de la movilidad geográfica, al tiempo que contribuir, desde el profundo respecto, a la mejora de su regulación normativa y convencional.

Conclusiones generales

El primer resultado que interesa consignar es el relativo a cómo ha quedado clasificada la movilidad geográfica a la luz de la disquisición realizada. Entendida en su acepción más amplia como el cambio en el lugar de prestación de servicios, aquella se configura en tres grandes

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

bloques: al que se ha denominado movilidad geográfica sustancial, que viene referida a esos cambios locativos que exigen cambio de residencia; la débil o no sustancial, que, a diferencia de la anterior, no conlleva tal necesidad; y la que se articula de común acuerdo entre las partes.

La primera y principal modalidad, esto es, la sustancial, está regulada en el artículo 40 ET, bajo el título «movilidad geográfica». Dentro de este precepto se incluyen, de un lado, los cambios locativos a instancias del empresario, canalizados a través de dos figuras: el traslado y el desplazamiento. Y, de otro, a instancias de la persona trabajadora, en atención a determinadas circunstancias de índole familiar, social o personal. Es por ello que se ha defendido la doble naturaleza jurídica del artículo 40 ET: como medida de flexibilización interna y, su vez, de protección de derechos y de conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

La segunda, calificada como no sustancial, impropia o débil, no tiene una regulación específica, sino que se incardina dentro del *ius variandi* empresarial, ex artículos 5 y 20 ET. Aunque también se trata de una medida de flexibilización interna, no está sujeta a tantos requisitos como la movilidad geográfica sustancial, en buena medida, porque resulta menos traumática para el destinatario de la misma. Ahora bien, se ha descartado que tal circunstancia conduzca a la errónea conclusión de que el empresario pueda hacer uso de la misma de forma arbitraria.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

La tercera y última manifestación de movilidad geográfica es la que puede articularse de mutuo acuerdo. Ésta, tampoco dispone de una regulación concreta, encontrando acomodo normativo en el artículo 3 ET y en la normativa civil.

Junto a las citadas manifestaciones y ya en una esfera distinta, se halla el traslado disciplinario, cuya naturaleza punitiva le hace encontrar sustento legal lejos de los preceptos anteriormente referidos, enmarcándose en el artículo 58 del ET.

Sentado lo anterior, procede exponer las dos conclusiones de carácter general obtenidas sobre esta materia. La primera de ellas, es la importancia que la movilidad geográfica ostenta, en mi opinión, en el marco de la prestación de servicios ex artículo 1.1 ET. Comenzando por el artículo 40 ET, su doble naturaleza le dota de versatilidad jurídica, sirviendo de herramienta eficaz para la resolución de numerosos conflictos que puedan surgir en la práctica. Y ello, tanto desde la óptica empresarial como del trabajador. Así las cosas, confiere al empresario un mecanismo menos traumático que el despido para hacer frente a contextos económicos negativos o cambios en la producción, medios organizativos y/o técnicos. Esto, a su vez, permite plantear que el citado precepto está configurado como medida destinada al mantenimiento del empleo, lo que, dicho sea de paso, es una de las premisas principales bajo la que se articula el derecho del trabajo. Del mismo modo, garantiza al trabajador una serie de cautelas y prerrogativas, tal y como se ha expresado anteriormente. Este grado de

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

cobertura que, por sí mismo, ya es importante, se ve ampliado por la movilidad geográfica no sustancial. Con ella, además de regularse una multiplicidad de situaciones, se mejora el dinamismo del mercado laboral, pues permite a las empresas -sin tener que pasar por complejos trámites-, cambiar de zona de trabajo o abarcar una más amplia. Este último caso, de ejecutarse adecuadamente, podría derivar en un incremento de la contratación, lo que suele estar llamado a influir positivamente en el incremento del consumo y, en suma, mejorar la economía.

Esta exégesis parece encontrar especial encaje en el actual escenario jurídico laboral. Como se expuso anteriormente, la nueva redacción del apartado octavo del artículo 34 ET, invita a replantearse varios escenarios, como podría ser la eventual proyección en el artículo 37.6 ET, que ya ha sido confirmada por algún juzgado⁶⁵⁰. El que sí parece que se verá afectado, como expongo, es el de la movilidad geográfica⁶⁵¹. Así las cosas, se abre una vía alternativa en los supuestos de traslado de cónyuge, tanto a nivel interno (solicitando la prestación de servicios desde casa) como externo (interesando el traslado al centro de trabajo de destino del cónyuge para prestar servicios desde el domicilio). Pero, al mismo tiempo, surge el debate acerca de cómo se conjugaría una petición de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo o directamente de prestación de trabajo a distancia desde su domicilio, tras

⁶⁵⁰ Sentencia del Jdo. de lo Social Madrid, de 10 mayo de 2019 (EDJ 2019/644378).

⁶⁵¹ Y ello, por cuanto su fisonomía innata, claramente locativa, exige una puesta en conexión con las recientes medidas legislativas operadas con el propósito de mejorar la conciliación de la vida profesional y familiar, bajo el norte de la protección constitucional a la familia.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

la imposición de un traslado. Y es que, todo traslado que no derive en una mudanza de la unidad familiar al completo, afectará a la conciliación profesional y familiar, por lo que, habiéndose intensificado la protección de este derecho, es natural que se susciten estas cuestiones. En mi opinión, y aunque pueda resultar prematuro, la negociación colectiva tendrá que jugar un papel muy importante, no ya solo porque así se lo encomienda la ley, sino porque la nueva formulación del citado precepto lo aconseja a efectos de no colapsar los juzgados con procedimientos de esta naturaleza. Por tanto, los convenios colectivos deberán contener una regulación del ejercicio, condiciones y límites de este derecho. En ausencia de ello, entiendo que los juzgados deberán aplicar el artículo 34.8 ET, con prudencia y moderación, pues, su concesión indiscriminada, provocaría graves problemas organizativos y estructurales para las empresas.

Sin que parezca discutible, a la luz de lo anterior, la relevancia actual de la movilidad geográfica, no menos cierto es que esta disciplina ya había venido ofreciendo, desde antaño, claras muestras de su notoria repercusión en las relaciones laborales. Y ello queda perfectamente constatado si se observa la pluralidad de pronunciamientos judiciales consignados en esta tesis relativos a la materia que me ocupa. Al comienzo del estudio, se exponía que el lector podría mostrar un precoz recelo sobre la virtualidad aplicativa de la movilidad geográfica por cuanto ésta exigía la concurrencia de un presupuesto previo, que no es consustancial a toda actividad empresarial: tener más de un centro de trabajo. Pues bien, tal eventualidad ha quedado, en mi opinión, completamente superada, no solo porque el mercado laboral deviene

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

demostrativo de la multiplicidad de empresas pluricelulares, sino también por la citada litigiosidad judicial, que es signo indiscutible de su presencia en el ámbito profesional.

Otra de las reflexiones generales que se han alcanzado y cuya previa determinación resulta imprescindible para la comprensión del artículo 40 ET, es la atinente al concepto jurídico de centro de trabajo. En este sentido, considero que, aún tratándose de un concepto jurídico que no permite una objetivación absoluta, se ha logrado un nivel de concreción de aquél que permite estar condiciones de dilucidar si esa unidad productiva⁶⁵² que constituye la piedra angular de aquél, posee la organización específica⁶⁵³ exigida por el artículo 1.5 ET. Y ello, con el matiz de que la ausencia de su alta ante la Autoridad Laboral no desnaturalizará su realidad, en caso de concurrir las notas anteriores.

Superado ese estadio, se han podido extraer conclusiones sobre otra de las consideraciones previas al estudio del texto del artículo 40 ET, cual es la fijación del origen de la movilidad geográfica. En este sentido, ha quedado confirmada la importancia de saber identificar el punto de partida de la medida, pues será necesario para la correcta interpretación y aplicación de la norma en materia de movilidad. Lo cierto es que el

⁶⁵² Entendida como ese conjunto adecuado y diferenciado de medios y elementos con capacidad de producir o de desarrollar, total o parcialmente su actividad (autonomía técnica), e interpretada conforme a la teoría extensiva, en el sentido de que pueden existir organizaciones productivas verticales, horizontales y/o mixtas.

⁶⁵³ Interpretada como una autonomía organizativa dentro del conjunto empresarial.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

artículo 40.1 ET refiere un cambio «*a un centro de trabajo distinto de la misma empresa*» que, a su vez, requiera de un cambio de residencia. De la dicción literal de ese precepto, se observó que el legislador presuponía la existencia de otro centro de trabajo (origen), lo que no dejaba de ser coherente, en la medida que todo empleado ha de venir adscrito inicialmente a un centro en concreto. Ahora bien, y sin negar lo anterior, se ha llegado a la conclusión de que el lugar de trabajo⁶⁵⁴, también puede determinar *per se* el punto de origen⁶⁵⁵ de la movilidad geográfica, o, al menos, influir en la valoración de la necesidad objetiva del cambio de residencia del trabajador, conjugándose, en términos locativos, con el centro de trabajo y el domicilio de aquél. Con base en lo anterior, se ha constatado que, en la disciplina de los traslados de trabajadores, la figura jurídica del lugar de trabajo, ostenta una relevancia digna de compararse con la del centro de trabajo.

Por último, también se ha logrado una importante aproximación al concepto jurídico de puesto de trabajo⁶⁵⁶, así como a la familia léxica integrada por los términos empresa⁶⁵⁷, empresario⁶⁵⁸ y empleador⁶⁵⁹. En

⁶⁵⁴ Definido monográficamente como ese emplazamiento concreto en el que un operario presta sus servicios.

⁶⁵⁵ Cuando constituya un verdadero centro de trabajo ex Artículo 1.5 ET.

⁶⁵⁶ Determinado objetivamente por las funciones que desarrolla en el marco de la prestación de servicios, y subjetivamente por las tareas que lo integran de acuerdo con el Convenio Colectivo de aplicación.

⁶⁵⁷ Entendida como un conjunto de elementos materiales y humanos organizados de forma que se presenta en el mercado como un sistema destinado a la venta de bienes o prestación de servicios con el objetivo de lograr ingresos.

⁶⁵⁸ Es el titular de la organización o explotación dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección y por cuenta y a cargo de la misma.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

este sentido, ha quedado debidamente cincelada la concepción *iuslaboralista* de la figura del empresario, la cual no admite parangón con la propia del derecho mercantil, pues mientras éste atiende a una realidad multifactorial, la primera pone el énfasis en la prestación de servicios. En cualquier caso, quedó verificado que todas ellas, principalmente, el puesto de trabajo y la empresa, son de suma relevancia en el marco de la movilidad geográfica.

Conclusiones específicas

A. Movilidad geográfica sustancial

Del estudio realizado se desprenden dos conclusiones básicas sobre esta materia que guardan estrecha relación ente sí: la primera y principal, concerniente a la actual redacción del artículo 40 ET, que, en mi opinión, adolece de falta de precisión jurídica. La segunda, que, como adelantaba, está vinculada con la anterior, es el constatado desinterés del legislador en esta materia⁶⁶⁰, lo que provoca un doble efecto: de un lado, impide la corrección de la primera; de otro, y no menos importante, complica la adecuación del texto del artículo 40 ET a los nuevos paradigmas sociales introducidos en el Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁵⁹ Sujeto de una relación de trabajo que aparece asumiendo la posición de acreedor de la prestación de servicios y deudor del salario.

⁶⁶⁰ Entiéndase referida a la movilidad geográfica sustancial (apartados 1, 2 y 6 del Artículo 40 ET).

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Al objeto de seguir una exposición ordenada, conviene partir de los aspectos que, tras el estudio realizado, considero que deberían ser objeto de revisión y adecuación, para, a continuación, explicar los motivos que me han llevado a afirmar el desinterés del legislador.

Pues bien, tal y como se ha ido exponiendo, la primera imprecisión que se ha detectado en el artículo 40 ET estriba en su oración inicial⁶⁶¹, cuando parece estar dejando sin aplicación las cautelas del citado precepto a todos los trabajadores que hayan sido contratados específicamente para prestar servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes. Una interpretación literal de esta cláusula conduciría, como se ha expuesto, a aplicar la excepción a todo trabajador contratado en una empresa con esta modalidad de centros. Se matizaba, no obstante, que el adverbio específicamente podría corregir, peor que mejor, esa interpretación, en el sentido de que el legislador estaría condicionado la aplicación de la excepción a supuestos en que el trabajador hubiera sido contratado precisamente para ocupar ese puesto, pero no lograría escapar del tenor «*en empresas con centros de trabajo itinerantes o móviles*». En consecuencia, parece evidente que el texto adolece del rigor adecuado, por lo que, en el apartado siguiente, formularé propuesta de *lege ferenda* sobre este particular.

⁶⁶¹ Artículo 40.1 ET: «*El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes...*»

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Asimismo, entiendo que el citado artículo configura, de forma incompleta, el deber de efectuar las notificaciones⁶⁶², por cuanto no aclara la manera ni el contenido de aquéllas. En cuanto a éste último particular, podría objetarse que, en atención a la dicción «*requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen*», se infiere, de alguna manera, que se han de consignar las causas objetivas en la carta de traslado. Sin embargo, y para una mayor precisión jurídica, parece adecuado hacer extensivo a la movilidad geográfica sustancial, el tratamiento conferido a los despidos en el artículo 53.1-a) ET, en el sentido de que las órdenes de traslado y desplazamiento deban ser notificadas por escrito y con expresión de la causa, tal y como se desarrollará en el apartado siguiente.

Tampoco queda claro a qué se refiere exactamente el legislador cuando establece que, transcurrido el plazo máximo fijado normativamente para el desplazamiento, tendrá a todos los efectos la consideración de traslado⁶⁶³. Lo que realmente pretende expresar el articulado legal no es otra cosa que, concurrido tal supuesto, será de aplicación el artículo 40 ET, principalmente, en lo atinente a las opciones conferidas al trabajador, de ahí que resulte oportuno adecuar su redacción.

⁶⁶² Tanto las órdenes de traslados individuales y colectivos, como la de desplazamientos.

⁶⁶³ Artículo 40.6 *in fine*: «*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*».

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Del mismo modo, no se aclara, de forma suficiente, que todos los desplazamientos deban ser comunicados con un preaviso adecuado⁶⁶⁴.

Entrando en la segunda conclusión, he de precisar que estas imprecisiones advertidas -y siempre desde un punto de vista personal-, vienen manteniéndose en el tiempo, no habiendo sido corregidas por el legislador en las sucesivas reformas en las que tuvo ocasión de llevarlas a cabo. Lo que inmediatamente precede, sustenta la segunda conclusión general que he adelantado al inicio de este epígrafe, pues resulta evidente que el legislador no ha mostrado un especial interés en mejorar la regulación del artículo 40 ET, al menos, en lo estrictamente relacionado con las figuras del traslado y el desplazamiento de trabajadores. Así las cosas, el texto vigente conserva la esencia del contenido en el artículo 40 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, siendo la principal diferencia la actual inexistencia de autorización previa por parte de la autoridad laboral. Desde mi punto de vista, las modificaciones operadas en el artículo 40 ET han obedecido más bien a una cuestión de armonía normativa y efecto de arrastre causado por la variación de otros preceptos -históricamente considerados por el legislados más relevantes⁶⁶⁵, que al propio interés del legislador en modificar y adaptar el citado artículo.

⁶⁶⁴ Artículo 40.6, segundo párrafo: *«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»*.

⁶⁶⁵ Principalmente, me refiero a los artículos que han venido regulando los despidos objetivos.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

En lo que a los últimos tiempos se refiere, más de lo mismo, no apreciándose mejoras de redacción. Únicamente, se observan determinados cambios en relación a las causas objetivas que motivan la medida locativa, los cuales, al igual que ocurrió antaño, son el resultado del efecto colateral de la modificación de otros preceptos. Además, ha de precisarse que aquéllos fueron introducidos con ocasión de la crisis económica y financiera en la que se halló inmersa la economía española y cuya contramedida, en el plano estrictamente del derecho laboral, pasó, en buena parte, por suavizar las exigencias asociadas por la ley a las medidas de flexibilidad externa e interna.

Con todo, y para cerrar esta segunda conclusión, se antoja obvio que las tendencias legislativas vienen, si no definidas, sí condicionadas, en gran medida⁶⁶⁶, por la ideología del ejecutivo al que se le haya encomendado la representación de país -o, de no existir, el que logre alcanzar «esas mayorías parlamentarias modernas»-.

Pues bien, siendo ello así (lo que debe conectarse con lo expuesto sobre las políticas legislativas que se están siguiendo en materia de conciliación de la vida familiar y personal) y teniendo en cuenta el actual contexto político-social de España, en el se ha instaurado el conflicto

⁶⁶⁶ No empleo la locución «en términos absolutos» ya que podría resultar desmesurada, pues no debe olvidarse que, en determinados supuestos, el contexto político, económico y social acaba por imponer la adopción de medidas que no siempre tienen encaje de admisibilidad absoluta en la ideología del ejecutivo de turno, pero que se ven *forzados* a acometer.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

ideológico y no parece que vaya a desaparecer, al menos, a corto plazo⁶⁶⁷, considero que la revisión de la normativa reguladora de la movilidad geográfica deviene más necesaria que en cualquier otro momento precedente. Respecto de las medidas de conciliación, ya se ha expuesto lo imprescindible que resulta adaptar la disciplina estudiada, a la nueva regulación de aquéllas. Y esta necesidad, en mi opinión, se ve intensificada por el escenario actual al que hago referencia. Piénsese que muchas empresas se han visto -y se ven- en la necesidad de tener que abandonar Cataluña para trasladar sus instalaciones, lo que, conforme a lo establecido en el artículo 40 ET, puede traducirse en unos costos muy elevados, tanto si los trabajadores afectados optan por la extinción indemnizada, como por trasladarse, con los gastos que ello entrañaría. No se va a negar ahora que el empresario dispone de otras herramientas para tratar de hacer frente a este tipo de situaciones, como pueden ser la suspensión de contratos o, incluso, los despidos colectivos -si es que se decide cerrar el centro de trabajo-. Pero, de optar por continuar con la actividad en otro lugar, la solución pasa necesariamente por el traslado. Por tal motivo, y como propuesta, considero que el Gobierno debería conceder, con carácter temporal y, por supuesto, con sujeción al cumplimiento de estrictos requisitos de acreditación, ciertas ayudas para la superación de estas situaciones extraordinarias.

⁶⁶⁷ Pese a la reciente sentencia del TS de 14-10-19, causa especial 20907/2017, sobre «*el procés*», resulta difícil creer que las corrientes independentistas vayan a ondear la bandera blanca. Además, en el plano social, se ha instaurado una logomaquia y una sensibilidad reactiva de difícil solución.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Lo que prosigue dentro de este apartado, es destacar las conclusiones obtenidas en cuanto a las medidas de traslado y desplazamiento:

I. La necesidad de cambio de residencia⁶⁶⁸ vendrá determinada por presupuestos objetivos⁶⁶⁹ y no por la libre consideración -o en su caso imposición- de las partes⁶⁷⁰. En este sentido, y a la vista del estudio realizado, se defiende la aplicabilidad de las cautelas del artículo 40 ET, aun en los casos en los que el trabajador decida no cambiar de domicilio.

Estos elementos, en resumidas cuentas, serán la distancia⁶⁷¹, cuya participación en la valoración de la medida empresarial será fundamental en orden a determinar si concurre la necesidad objetiva de cambio de residencia. En este sentido, se ha concluido que será probable la aplicabilidad del artículo 40 ET, a partir de cambios de centro separados por una distancia de 70km. Respecto de este parámetro, también se llegó al convencimiento de que no existirá traslado cuando el centro de destino esté sito en la misma localidad que de origen y/o la residencia habitual del trabajador, sin que quepa interpretar, en sentido contrario, que será de aplicación el citado precepto cuando el nuevo centro de trabajo se halle en

⁶⁶⁸ Entendida como el domicilio donde vive el trabajador

⁶⁶⁹ Valorando conjuntamente varios factores que denoten si es materialmente imposible o notablemente gravoso permanecer en el anterior domicilio y desplazarse diariamente a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo.

⁶⁷⁰ STS 5 de febrero de 1990.

⁶⁷¹ Separación (en km) entre el centro de trabajo de destino y la residencia habitual del trabajador, como también entre ésta última y el centro de trabajo de origen, la que separa sendos centros y el lugar de trabajo, si éste es distinto al del centro de trabajo.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

localidad distinta al anterior. Junto a este elemento, se valorará conjuntamente la comunicación existente respecto del centro de destino⁶⁷² y el grado de afectación a la jornada del trabajador⁶⁷³.

II. En los traslados de trabajadores, será imperativo que tengan por destino un centro de trabajo ex artículo 1.5 ET. También se concluyó, en relación a éstos, que si con su aplicación, provocan una modificación de condiciones, tal eventualidad también deberá venir expuesta y justificada en el carta de traslado. Y, en caso de traslados de instalaciones, resultarán de aplicación, en mi opinión, las cautelas del artículo 40 ET.

III. En lo atinente a los desplazamientos, pese a que la dicción de la norma aluda a residir en «*población distinta de la de su domicilio habitual*», se ha defendido que la exigencia de cambio de residencia concurre como en los traslados. La razón de esta redacción disímil estriba en la temporalidad del desplazamiento, lo que, con cierta frecuencia, deriva en que el trabajador opte por no efectuar el cambio de domicilio. En todo caso, de ejecutar la mudanza, no se exigirá que ésta ostente carácter definitivo. No admitirán la posibilidad extintiva prevista para los traslados y la medida será inmediatamente ejecutiva, si bien, ese rigor se podrá

⁶⁷²Por autovía, carretera convencional, medios de transporte públicos -valorando al accesibilidad y frecuencia de paso-, gastos y asunción de los mismos, etcétera. Lo que resulta determinante es la determinación de lo gravosa que resulta para el trabajador afectado la comunicación con el nuevo centro, en atención a las circunstancias detalladas.

⁶⁷³ En este caso, será determinante, a fin de cabalgar hacia la aplicabilidad del artículo 40ET o descartar la misma, si el desplazamiento diario al centro de destino representa, en términos temporales, un porcentaje excesivo en relación a la duración de aquélla.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

flexibilizar en los casos en que la empresa no adelante los gastos al trabajador y éste no pueda sufragar anticipadamente los gastos.

B. Otras formas de Movilidad Geográfica

Respecto de las restantes formas de movilidad, incluida la no sustancial, se han obtenido los siguientes resultados:

Se ha concluido que la movilidad geográfica por «*mutuo acuerdo*» se inspira en el artículo 1255 del Código Civil, debiendo configurarse con la concurrencia de consentimiento de las partes⁶⁷⁴, sobre el cambio de centro de trabajo, que vendría a representar el objeto⁶⁷⁵ del contrato, y bajo el impulso de una causa que sea existente, lícita y real. Estos acuerdos se amparan en el artículo 3 ET, y deberán respetar los límites de la autonomía individual de las partes⁶⁷⁶, siendo consecuencia inmediata de ello que dichos pactos no podrán suponer una disposición indebida de derechos no permitida por la ley⁶⁷⁷. En relación a esta modalidad, y con sujeción a lo que precede, se llegó al convencimiento de que, pese al margen de libertad conferido a las partes, existen importantes restricciones, debido a la regulación ciertamente heterónoma del contrato de trabajo que, dada la intervención externa del Estado con vocación proteccionista de la parte contratante más «débil», aquél acaba adquiriendo la condición de contrato normado.

⁶⁷⁴ En cuya configuración no deberá haber mediado error, dolo, intimidación o violencia.

⁶⁷⁵ Deberá ser lícito, posible y determinado

⁶⁷⁶ Artículo 1255 CC.

⁶⁷⁷ Artículo 3.5 ET

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

En lo relativo al traslado a instancias de un cónyuge, su regulación adolece, en mi opinión, de cierto anacronismo. De entrada, porque su redacción actual es trasunto de la citada Ley 8/1980, de 10 de marzo, pese a que han transcurrido prácticamente 40 años. Es cierto que, como ya se estudió, con esa regulación se mejoró la precedente, conferida por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. De esta forma, se suprimió el adjetivo «forzoso» para referirse a los traslados que activaban este derecho, como también, la calificación del puesto de trabajo de destino en el sentido que debía ser «igual o similar» que el anterior, haciendo menos rígido el supuesto. Pero eso no obsta a que la sociedad haya avanzado, como también la regulación de las relaciones contractuales, lo que, a mi entender, exige una actualización de este precepto, principalmente, por las materias que regula. De ahí la propuesta que se efectuará sobre la modificación de la redacción en el apartado siguiente, con la pertinente justificación.

Otras conclusiones relevantes alcanzadas han sido que, con la redacción actual, este derecho no se puede hacer extensivo a otras formas de unión sentimental distintas al matrimonio. Por el contrario, y en sentido *latu sensu*, sí se permitiría accionar el derecho aunque no proviniera de un traslado estrictamente forzoso.

En cuanto a la movilidad geográfica no sustancial, se ha constatado que, teniendo anclaje normativo en los artículos 5-a) y 20 ET, encuentra su regulación principal en la negociación colectiva, tal y como ocurre con los traslados disciplinarios ex artículo 58 ET. Sobre estas dos modalidades,

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

conviene remitirse al estudio realizado, más que reiterar las numerosas situaciones que han ido abordándose y que acabarían por colmar la extensión de las conclusiones. Sí que debo insistir, ya sea monográficamente, en la importancia de los convenios en ambas materias.

Propuesta de Lege Ferenda

REDACCIÓN ACTUAL	REDACCIÓN PROPUESTA
<p><u>Artículo 40 ET</u></p> <p>1. El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.</p> <p>La decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.</p> <p>Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una</p>	<p><u>Artículo 40 ET</u></p> <p>1. El traslado de trabajadores a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambio de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.</p> <p>Lo previsto en el párrafo anterior, no será de aplicación a los trabajadores que hayan sido contratados específicamente para prestar servicios en centros de trabajo móviles o itinerantes. En todo caso, el empleador se someterá a las exigencias de la buena fe.</p> <p>La decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador por escrito, así como a sus representantes legales, con expresión de su causa y una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Desde ese momento, el trabajador tendrá derecho a optar entre: el traslado, percibiendo una compensación por</p>

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

<p>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.</p> <p>Sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación citado, el trabajador que, no habiendo optado por la extinción de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen.</p> <p>Cuando, con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente, la empresa realice traslados en periodos</p>	<p>gastos, tanto propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, y que nunca serán inferiores a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos; la extinción de su contrato, que deberá comunicar por escrito a la empresa, 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; o, en caso de estar disconforme con la decisión empresarial y sin perjuicio de la ejecutividad de la orden de traslado en el plazo de incorporación indicado, impugnarlo ante la jurisdicción social. En este último caso, será necesario que el trabajador no hubiera optado por la extinción de su contrato de trabajo. La sentencia declarará el traslado justificado, reconociendo el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo, o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen.</p> <p>Cuando, con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente, la empresa realice traslados en periodos</p>
---	--

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

<p>sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales allí señalados, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichos nuevos traslados se considerarán efectuados en fraude de ley y serán declarados nulos y sin efecto.</p> <p>2. El traslado a que se refiere el apartado anterior deberá...</p> <p>...Tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado, que se registrará a todos los efectos por lo dispuesto en el apartado 1.</p> <p>3. Si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo.</p> <p>6. Por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por</p>	<p>sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales allí señalados, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichos nuevos traslados se considerarán efectuados en fraude de ley y serán declarados nulos y sin efecto.</p> <p>2. El traslado a que se refiere el apartado anterior deberá...</p> <p>...Tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará por escrito a los trabajadores su decisión sobre el traslado, que se registrará a todos los efectos por lo dispuesto en el apartado 1.</p> <p>3. Si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo, sin perjuicio del derecho a solicitar la prestación de su trabajo a distancia conforme a lo dispuesto en el artículo 34.8 ET.</p> <p>Lo regulado en el presente apartado será de aplicación a otras formas acreditadas de convivencia sentimental análogas al matrimonio.</p> <p>6. Por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por</p>
---	--

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <p>El trabajador deberá ser informado del desplazamiento por escrito, con expresión de la causa y una antelación mínima de dos días a la fecha de su efectividad. Cuando la duración de aquél sea superior a tres meses, el preaviso no podrá ser inferior a cinco días laborables y 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.</p> <p>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.</p> <p>Los desplazamientos cuya duración en un periodo de tres años exceda de doce meses se regirán, a todos los efectos, por la regulación prevista en esta ley para los traslados.</p>
---	---

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

REDACCIÓN ACTUAL	REDACCIÓN PROPUESTA
<p><u>Artículo 33 ET</u></p> <p>2. El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.</p>	<p><u>Artículo 33 ET</u></p> <p>2. El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 40, 41, 50, 51 y 52 de esta ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.</p>

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

REDACCIÓN ACTUAL	REDACCIÓN PROPUESTA
<p><u>Artículo 1 ET</u></p> <p>5. A efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral.</p> <p>En la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto de base.</p>	<p><u>Artículo 1 ET</u></p> <p>5. A efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral.</p> <p>En la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto de base.</p> <p>Los centros de trabajo móviles o itinerantes se caracterizan por su indeterminación espacial y/o la variabilidad del lugar de prestación de servicios. Se presumirá su condición de ordinario salvo prueba en contrario que acredite su carácter de itinerante o móvil.</p>

REDACCIÓN ACTUAL	REDACCIÓN PROPUESTA
<p><u>Artículo 41 ET</u></p> <p>3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad.</p>	<p><u>Artículo 41 ET</u></p> <p>3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por escrito al trabajador afectado y a sus representantes legales, con expresión de su causa y una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad.</p>

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

<p>5. La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación.</p>	<p>5. La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores por escrito y con expresión de la causa una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación.</p>
---	--

Justificación de los cambios propuestos

He considerado oportuno, en el primer apartado del artículo 40 ET, deslindar en un párrafo distinto el supuesto relativo a los centros de trabajo itinerantes, a fin de ganar en claridad expositiva. Además, en la propuesta *de lege ferenda* he introducido una cautela que evite dotarlo de aplicación universal, reforzada por la modificación del artículo 1.5 ET.

En lo que prosigue, y todavía en el marco de la regulación del traslado sustancial, he introducido el deber de notificación por escrito de dicha medida empresarial, ya fuere tanto individual como colectivo, y ello en consonancia con lo previsto en el ET, para los despidos objetivos, para lograr así una mayor armonía en la norma. Por extensión, también se ha propuesto la adaptación del texto del artículo 41 ET. Del mismo modo, pero a la inversa, se compele al trabajador para que, en el caso de que opte por la extinción de su contrato, lo notifique por escrito a la empresa. La razón principal de ello no es otra que dotar a la regulación de la movilidad geográfica sustancial de mayor seguridad jurídica de forma que, tanto la

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

notificación de la orden de traslado como la eventual rescisión contractual, queden debidamente documentadas y evitar compeler a las partes a tener que practicar, en su caso, una prueba sobre el momento de la comunicación que siempre se antoja complicada.

En cuanto a las opciones del trabajador, me ha parecido más acertado abordarlas dentro de un mismo párrafo, sin separar las dos primeras (aceptar el traslado o extinguir el contrato) de la tercera (impugnación), al tiempo que no entremezclar la regulación de las dos primeras. En efecto, la actual redacción cita en primer lugar la posibilidad de aceptar el traslado, para posteriormente explicar la segunda (extinción) y luego regresar a la primera. Desde mi punto de vista -y aunque no tiene mayor trascendencia que a efectos formales-, la lectura del artículo conforme a la redacción propuesta resulta más sencilla y estructurada. Además, y para una mejor armonía normativa, he añadido el supuesto introducido por la nueva redacción del artículo 138.7 LRJS, que habilita al trabajador a extinguir su contrato de trabajo tras dictarse la sentencia que declara procedente su traslado.

En el apartado tercero, he introducido dos cambios de cierta trascendencia. Con el primero, he tratado de conectar el derecho al traslado del cónyuge con el de solicitar la prestación de servicios a distancia a tenor de la nueva redacción del artículo 34.8 ET. Así las cosas, y en la medida que ambos preceptos tienen como propósito común la conciliación de la vida familiar y personal al fin de proteger la unidad familiar, parece oportuno enlazarlos para dotar a esta disciplina de mayor aplicabilidad. De esta forma, cuando un cónyuge experimenta un cambio

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

de centro de trabajo que exige modificar la residencia, el otro podrá solicitar alternativamente y de forma no exclusiva, tanto el traslado al mismo centro de trabajo que su pareja, como la prestación de servicios desde su domicilio (ya fuere el inicial o al que se trasladaría el núcleo familiar), de existir tal posibilidad.

En la misma línea que el anterior, se ha propuesto la extensión del derecho consagrado en ese precepto, a otras formas acreditadas de convivencia análogas al matrimonio. Considero que tal modificación está abocada a gozar del necesario encaje en el actual marco legislativo. En efecto, y como se ha expuesto, la tendencia normativa está siguiendo un patrón de protección a la familia y, en este escenario, no parece tener pacífica cabida una regulación restrictiva de este tipo de derechos.

En el apartado sexto, concerniente a los desplazamientos, se ha fijado el preaviso en dos días para todos aquéllos que tengan una duración igual o inferior a tres meses, pues, en tales casos, también deviene necesario conceder a la persona trabajadora un margen de tiempo prudente para que se pueda organizar. Junto a ello, y en la misma línea que los traslados, se ha querido reforzar la seguridad en las comunicaciones, compeliendo a que se notifique por escrito, así como el derecho a la defensa del trabajador, exigiendo al empresario la concreción de las causas. Es cierto que tal obligación bien podría inferirse del tenor literal del apartado sexto, pero parece más prudente confirmar este extremo exigiendo la consignación por escrito de las causas, tal y como se exige en otras materias.

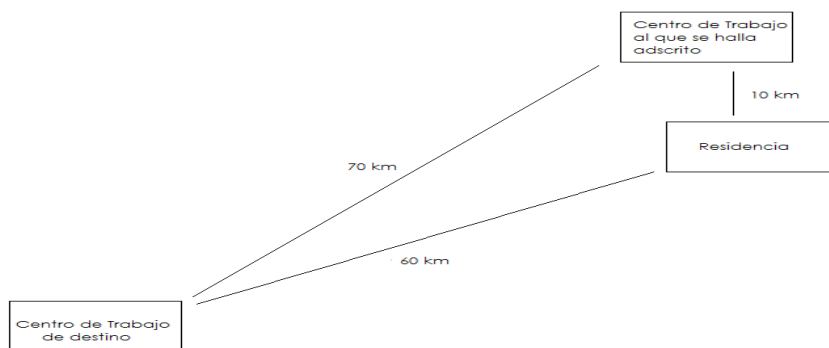
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Por último dentro de este apartado, he estimado conveniente sustituir la expresión «tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta ley para los traslados» por la de «se regirán, a todos los efectos, por la regulación prevista en esta ley para los traslados». Y es que, como se expuso a lo largo de la tesis, la actual redacción puede inducir a error. No es que el desplazamiento que supere la duración máxima permitida por la ley se convierta en un traslado, si no que, cumplido ese plazo, ese cambio locativo, de un lado, estará sujeto a los cánones del artículo 40.1 y 2 ET; y, de otro, el trabajador verá activadas las opciones contenidas en dichos preceptos.

ANEXO I

Influencia del lugar de trabajo en la movilidad geográfica

Ejemplo I: Un enfermero presta servicios en la residencia de ancianos "A", siendo el centro de trabajo al que se halla adscrito.

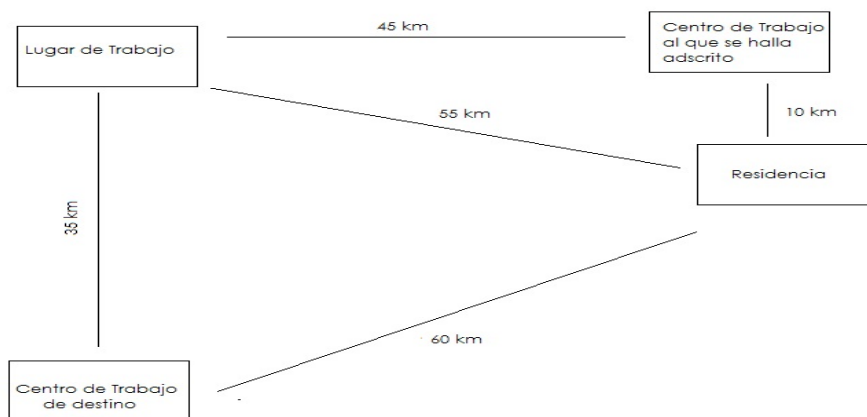


La sustancialidad de esta mutación geográfica tendría visos de ser apreciada, en la medida que entre el centro de trabajo de origen y el de destino, hay 70 km. Además, entre la residencia y el centro de trabajo de origen, tan sólo mediaban 10 km, y, tras la movilidad geográfica, entre la primera y el centro de trabajo de destino, habrá una distancia de 60 km.

A continuación, se va a analizar el mismo supuesto, introduciendo la variante «lugar de trabajo»:

ANEXO I

Ejemplo II: Un enfermero, adscrito a un centro de trabajo (residencia de ancianos "A"), visita todos los días a ancianos, que residen en sus domicilios privados, a los que procura medicamentos y les toma la tensión.



En el supuesto del *Ejemplo II*, se observa que, teniendo el trabajador su residencia en el lugar que en el Ejemplo I, y estando asimismo adscrito al mismo centro de trabajo, el lugar donde habitualmente viene prestando sus servicios el trabajador -y que no parece reunir las notas del artículo 1.5 ET-, dista en 45 km del referido centro de trabajo, lo que se traduce en que el empleado ya venía recorriendo, todos los días, 55 km de ida y otros 55 km de vuelta, con independencia de la ruta que siga.

ANEXO I

Por tanto, la sustancialidad de la movilidad geográfica, en este caso, se ve suavizada por la variante «lugar de trabajo», y ello pese a mantener los mismos parámetros que en el ejemplo anterior: distancia considerable entre los centros de trabajo de origen y destino (no viene reflejado, pero a la vista de los parámetros introducidos, serían unos 70km), y entre la residencia habitual y el centro de trabajo de origen. Tal situación, podría conllevar al juzgador a considerar que no se está ante una movilidad geográfica sustancial ex artículo 40 ET.

ANEXO I

Cláusulas abusivas

A modo de ejemplo y dentro del objeto de estudio, puedo hacer alusión a una situación que, con cierta frecuencia, ocurre en la práctica profesional de la abogacía y que ya cité anteriormente. Me refiero a supuestos en los que, al momento de suscribir el contrato de trabajo, se introduce una cláusula en el mismo en virtud de la cual se pacta la movilidad geográfica por todo el territorio nacional. Habitualmente, se suele redactar en los siguientes términos:

«Se pacta la movilidad geográfica como parte consustancial a la actividad profesional, aceptando la persona trabajadora la posibilidad de ser trasladada y/o desplazada en función de las necesidades empresariales, sin que resulte de aplicación el artículo 40 ET».

Se trata de un ejemplo paradigmático de cláusula abusiva que, en caso de ser denunciada, sería declarada nula de pleno derecho. En relación al estudio que me concierne, debería diferenciar varias situaciones, a efectos que profundizar más en los límites que se abordan en este precepto. El primero sería un supuesto en el que ambas partes pactan la cláusula referida anteriormente y, tras seis meses de relación laboral, suscriben un documento en virtud del cual convienen, con estricto anclaje en la meritada cláusula, el traslado de la persona trabajadora a un centro de trabajo situado a 600 km de distancia de dónde venía prestando servicios y residiendo el operario. El segundo ejemplo, sería igual que el anterior,

ANEXO I

pero sin situar el origen del acuerdo en la cláusula contractual, si no en la voluntad de las partes. El tercero y último, igual que el anterior pero con una regulación convencional que prohíbe los traslados a una distancia superior a 300 km entre los centros de origen y destino.

Empezando por el segundo caso, entiendo que se estaría ante una manifestación pura del artículo 1.3-c) ET, pactándose una movilidad geográfica entre las partes con perfecto anclaje en el ordenamiento normativo laboral. Más complicados se antojan los otros dos supuestos.

En el primer caso, convergerían dos realidades: en una primera fase, una cláusula contraria a derecho; en una segunda, un acuerdo *interpartes* que, si bien tiene su origen en dicha cláusula, es configurado conforme al artículo 1.3-c) ET. En mi opinión, este supuesto podría englobarse dentro del fenómeno de la *novación contractual*, significando dicho acuerdo, adoptado conforme a los designios de las partes, una variación del lugar de prestación de servicios perfectamente válida. En el caso de que el operario, una vez trasladado a su nuevo destino, se retractara e impugnara la medida, atacando al origen nulo de la misma, considero que la satisfacción procesal de su petición dependería del resultado de aplicar lo expuesto en la Parte III de la tesis, sobre los elementos del contrato. En concreto, nos situaríamos sobre el plano del consentimiento prestado por trabajador, debiendo analizar si no concurrió un error sustancial y excusable del mismo, causado por una actuación dolosa del empresario. Tratándose, evidentemente, de una cuestión de

ANEXO I

prueba, si quedara acreditado que, de no haber mediado la maquinación empresarial tendente a inducir al empleado a la convicción de que, en virtud de ese pacto (nulo), debía acatar la modificación del lugar de trabajo, nunca se hubiera prestado por aquél su consentimiento a la movilidad geográfica de mutuo acuerdo, estaría en condiciones de ser declarado nulo por parte de los tribunales, al reunir la condición de error sustancial.

Empero más dudoso sería si concurre también el requisito de la excusabilidad, pues bien podría haberse asesorado el trabajador antes de estampar su firma. En relación a este último particular, se debería estar a los hechos circunstanciales, tales como si se le presentó, en ese momento, un documento de modificación consensuada, ejerciendo una fuerte presión el empresario para que el trabajador lo firmara; si el trabajador reaccionó dentro de un plazo prudencial, en el sentido de demandar al empresario o manifestarle su disconformidad; etcétera.

En caso contrario al expuesto anteriormente, su petición no alcanzaría la satisfacción procesal pretendida, y ello por las siguientes razones: es cierto que, al momento de suscribir el contrato, se había introducido una cláusula nula a efectos teóricos, pero no menos cierto es que dicha cláusula tenía una virtualidad en términos *«potencialmente o en la medida que»* sea ejecutada por el acreedor de esa facultad, que no es otro que el empleador. Y, en el caso planteado, no se está ante una ejecución de esa cláusula, en el sentido de que el empleador haya

ANEXO I

ordenado el traslado del trabajador a otro centro de trabajo con amparo en aquélla. Por el contrario, se está ante un pacto que, si bien es cierto que tuvo que nacer de la propuesta de alguna de las partes, a la postre se ha materializado de forma consensuada. En segundo lugar, con el acuerdo adoptado ex artículo 1.3-c), existiría una manifestación coetánea al contrato de trabajo que, como hemos expuesto en el ejemplo anterior, operaría a modo de novación contractual.

En el tercer ejemplo, la voluntad de las partes se ha de conjugar con una previsión convencional que mejora el contenido del artículo 40 ET, prohibiendo el traslado en distancias que superen los 300 km. Es cierto que el convenio no permitiría el traslado a una distancia como la de nuestro ejemplo (600km), pero esa cautela solo podría entenderse como la imposición unilateral del empresario, y no como el resultado de un acuerdo entre las partes. De hecho, no tendría sentido -ni validez jurídica- que un convenio cercenara el derecho de las partes a alcanzar acuerdos que satisficieran sus intereses. Cuestión distinta sería si el convenio colectivo previera una determinada restricción⁶⁷⁸ y el contrato de trabajo

⁶⁷⁸ Como en el supuesto enjuiciado por el TSJ Asturias, en su Sentencia de 22 de mayo de 2009, Rec. 730/2009, en el que el Convenio Colectivo de aplicación, establecía en sus artículos 35 y 36: *«dadas las especiales circunstancias en que se realiza la prestación de los servicios de seguridad y vigilancia, la movilidad del personal vendrá determinada por las facultades de organización de la empresa, que procederá a la distribución de su personal entre sus diversos lugares de trabajo de la manera más racional y adecuada a los fines productivos dentro de una misma localidad. A estos efectos se entenderá por localidad tanto el municipio de que se trate, como a las concentraciones urbanas o industriales que se agrupen alrededor del mismo y que formen con aquél una macro concentración urbana o industrial, aunque administrativamente sean municipios distintos siempre que estén comunicados por medios de transporte públicos a intervalos*

ANEXO I

contuviera una cláusula que ampliara, en términos peyorativos para el trabajador, dicha restricción. Siguiendo con el ejemplo de la sentencia citada, en opinión del autor, si los desplazamientos efectuados por el trabajador sí hubieran supuesto estar ante los casos contemplados en el artículo 36 del citado convenio, la sentencia debería haber estimado la demanda del actor, declarado la nulidad de la cláusula contractual suscrita conforme a la voluntad de las partes, por contravenir una normal de rango superior (convenio colectivo).

no superiores a media hora, a la entrada y/o salida de los trabajadores. El personal de las empresas que desempeñen tareas de vigilancia podrá ser cambiado de un centro de trabajo a otro, de acuerdo con las facultades expresadas, dentro de una misma localidad, a ser posible, para cada lugar de trabajo a aquellos trabajadores del servicio de seguridad y vigilancia que residan más cerca de aquél. Los trabajos realizados dentro de la zona definida como localidad no darán lugar a dietas para ninguno de los trabajadores de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, y sí a los correspondientes pluses de distancia y transporte pactados». El artículo 36 del Convenio Colectivo, al regular los desplazamientos señala que «cuando un trabajador tenga que desplazarse por necesidad del servicio fuera de la localidad, entendida en los términos del artículo 35 donde habitualmente presta sus servicios o cuando salga de la localidad para la que haya sido contratado, tendrá derecho al percibo de dietas salvo que dicho desplazamiento no tenga perjuicios económicos para el trabajador. En el caso de que no se desplace en vehículo de la empresa, tendrá derecho a que se le abone además el importe del billete en medio de transporte idóneo». Y, en su segundo apartado añade que, si el desplazamiento se efectúa en vehículo particular se le abonará, una cantidad por kilómetro, estableciendo el artículo 37 el importe de dietas devengadas y el artículo 38 lo referente a los traslados, señalando que los traslados del personal serán aquellos desplazamientos fuera de la localidad de origen que exijan o impliquen cambio de residencia. En dicho supuesto, las partes pactaron una cláusula con el siguiente tenor «el trabajador se compromete a prestar servicio en cualquiera de los centros de trabajo que SEGUR IBÉRICA, S. A tenga en la Provincia, renunciando expresamente a gastos de dietas y kilometrajes», que fue impugnada por nulidad. El TSJ desestimó la demanda del actor, sin pronunciarse sobre la validez de la cláusula convencional, en base a que los desplazamientos efectuados por aquél no podrían incluirse dentro de los supuestos previstos en el artículo 36, confirmando así la posibilidad de introducir restricciones en el Convenio Colectivo.

ANEXO I

Plantilla centro de trabajo vs plantilla empresa

Una empresa cuenta con una plantilla total de 325 trabajadores, repartidos en cuatro centros de trabajo:

Barcelona: 123 empleados

Madrid: 108 empleados

Valencia: 62 empleados

Sevilla: 32 empleados

Comoquiera que viene sufriendo, en los últimos tiempos, serios problemas económicos, adopta la decisión de reducir la plantilla, a fin de revertir la situación negativa. Así pues, acomete los siguientes despidos objetivos:

Fecha	Barcelona	Madrid	Valencia	Sevilla
1 al 15-1-16	11 Despidos	3 Despidos	3 Despidos	2 Despidos
16 al 31-1-16	1 Despido	8 Despidos	1 Despido	-
1 al 28-2-16	6 Despidos			
1 al 15-3-16	4 Despidos			

A la vista del meritado cuadro, se va a examinar las posibles consecuencias que se derivarían del cambio de unidad a tomar como referencia:

ANEXO I

A) El primer bloque de despidos, materializados dentro de los primeros 15 días de enero de 2016, suman un total de 19 extinciones contractuales.

Conforme al artículo 51 ET, el cauce a seguir sería el despido objetivo individual, en la medida que el total de extinciones (19), no alcanza el umbral mínimo previsto para el despido colectivo (30 o más trabajadores en empresas de más de 300 empleados).

La misma solución se predica del artículo 1.1-i) de la Directiva 98/59/CE, en la medida que, en ninguno de los cuatro centros, el personal afectado por los despidos alcanza los respectivos umbrales previstos para el despido colectivo (10% de cada centro de trabajo).

B) Como puede observarse en el cuadro, durante la segunda quincena del mes de enero 2016, se han producido 10 despidos más, de los cuales, uno ha afectado al centro de Barcelona, otro al de Valencia, y ocho al de Madrid.

Pues bien, mientras que, conforme al artículo 51 ET, las referidas extinciones deberían tramitarse, igualmente, por la vía del despido objetivo individual, en la medida que ni sumándolas a las anteriores, se alcanzaría el umbral para el despido colectivo (29/325), diferente resultado se produciría a la luz de la Directiva estudiada.

ANEXO I

En efecto, nos topáramos con que, en el centro de Madrid, integrado por 108 empleados, a fecha 1-1-16, se han producido 11 extinciones, en un período de 30 días, lo que supone exceder los umbrales previstos para el despido colectivo (art. 1.1-i). Así, las 11 extinciones contractuales, superan el 10% de los 108 empleados que conformaban la plantilla de ese centro al inicio del curso 2016.

Consecuencia de ello, las referidas extinciones producidas en la segunda quincena de enero-16, en el centro de trabajo de Madrid, deberían seguir el cauce previsto para el despido colectivo, difiriendo, pues, del sistema que se seguiría de aplicar la normativa nacional.

Especial atención merece el centro de Barcelona. Así, con las extinciones contractuales efectuadas en la segunda quincena de enero-16, nos encontramos con que, en un período de 30 días, se ha producido el despido objetivo de 12 de los 123 empleados adscritos al referido centro. En este supuesto, resulta ciertamente litigioso determinar si los 12 empleados despedidos, constituyen o no el 10% de la plantilla del meritado centro de trabajo, en la medida que el resultado de aplicar dicho porcentaje, sobre el número total de empleados, arrojaría un número decimal (12,3 trabajadores). A todas luces, se trata de un particular digno de reflexión.

La solución a esta cuestión reside en la dicción del propio artículo 51 ET, en concreto, cuando refiere que se considerará colectiva la

ANEXO I

extinción que afecte «*al menos... el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores*». En efecto, la locución «*al menos*» deviene concluyente a efectos de establecer ese número mínimo de trabajadores que deben resultar afectados para estar ante un despido de carácter colectivo. Por ende, en el supuesto que nos ocupa, nos encontramos con que los 12 empleados despedidos, no llegan al 10% de la plantilla total, que, como hemos referido, se sitúa en 12,3 trabajadores.

En este mismo sentido se pronunció el TSJ C. Aragón⁶⁷⁹, en un supuesto en el que una empresa, que contaba con una plantilla total de 144 empleados, procedió al despido de 14 empleados, considerando el Tribunal que no se alcanzaban los umbrales del artículo 51 ET y, por ende, no debía canalizarse a través de la vía de la extinción colectiva. Por la parte recurrente, se postulaba que al ser el número de extinciones de 9,72% de la plantilla, y que, por analogía al artículo 71 ET, se debía redondear al alza, alcanzándose así el umbral del meritado artículo 51 ET.

Sin embargo, el Tribunal desestimó tal planteamiento, aseverando que no cabe la aplicación analógica del artículo 71 ET en los supuestos de despidos colectivos, pues no concurre la “*eadem ratio*” exigida en el artículo 4 del Código Civil. En este sentido, sostiene que «*en el primer caso (artículo 71 ET), el reparto proporcional de puestos del comité según*

⁶⁷⁹ STSJ de Aragón de 4 de abril de 2012, Rec. 120/2012.

ANEXO I

el número de trabajadores electores de cada colegio, habitualmente da como resultado cocientes con fracciones, lo que obliga a distribuir los puestos existentes, adjudicándose a la fracción más alta: siempre que existen cocientes con fracciones es necesario efectuar un redondeo. En el segundo (artículo 51 ET), se trata de determinar cuándo es necesario acudir al despido colectivo, con un trámite más complejo, y cuándo basta con los despidos objetivos, estableciendo un límite numérico mínimo para el primero, no siendo necesario efectuar redondeo alguno».

La última cuestión que merece ser abordada, dentro de este apartado, es la concerniente a si, debiendo tramitarse un despido colectivo en el centro de trabajo de Madrid, éste tiene que proyectarse sobre el resto de centros (aunque no alcancen los umbrales), canalizándose todas las extinciones en un único procedimiento; o, si por el contrario, se han de tramitar, de un lado, varios despidos objetivos en los centros en los que no se alcancen los umbrales, y, de otro, un despido colectivo exclusivamente en el centro de Madrid.

Pues bien, desde mi punto de vista, la solución más razonable pasa por tramitar un único despido colectivo que afecte a los trabajadores de los distintos centros, y ello, por las siguientes razones; de un lado, por la «*vis atractiva*» del despido colectivo sobre el individual, al contar con un procedimiento más garantista para el trabajador afectado por la decisión extintiva; de otro, porque resultaría ciertamente controvertido canalizar dos procedimientos extintivos (uno colectivo y, paralelamente, diversas

ANEXO I

extinciones objetivas individuales), en base a unas causas estrictamente idénticas. Y es que, de permitirse este proceder, se estaría convalidando la posibilidad de emplear esas mismas causas para posteriores despidos, lo cual viene terminantemente prohibido por el propio artículo 51-1 ET.

C) La última fase quedaría referida a las 10 extinciones producidas en los meses de febrero y marzo 2016, en el centro de Barcelona.

Según el criterio establecido en el ET, tales extinciones deberían canalizarse a través del despido colectivo, en la medida que, en un período de 90 días, se han producido un total de 39 extinciones, superando el umbral fijado en 30. Según la Directiva estudiada, también sería colectivo, por lo que no habría divergencia alguna en este caso.

Ahora bien, piénsese que no se hubieran producido las extinciones de la segunda quincena de enero-16, reduciéndose el total de ellas, en el referido período de 90 días (enero-marzo-16), a 29 ceses. Pues bien, la consecuencia sería que, mientras la aplicación del texto del Estatuto, conduciría a la vía de la extinción individual, la Directiva haría lo propio con la colectiva, en aplicación del apartado ii), del artículo 1-1, que fija el umbral máximo, para un período de 90 días, en 20 extinciones, con independencia de la plantilla. Por ende, los despidos del centro de trabajo de Barcelona, deberían canalizarse por la vía del despido colectivo, a diferencia de lo que resultaría de aplicación según la normativa nacional.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (Coord. SUPIOT, A.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

AA.VV. (Dir. MORENO MANGLANO, C.): *Manual de Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007.

AA.VV. (Dir. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.): *Estudios sobre las últimas reformas laborales: efectos de la crisis en el derecho del trabajo*, Eolas Ediciones. León, 2011.

AA.VV. (Dir. BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M.): *Reforma del proceso laboral. La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

AA.VV.: *Manual de derecho administrativo laboral*, Tecnos, Madrid, 2012.

AA.VV. (Coord. VERDA Y BEAMONTE, JR.): *Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

AA.VV.: *Reformas laborales en la Gran Recesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (Dir. GOERLICH PESET, J.M.): *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

AA.VV. (Dir. GARCÍA NINET, J.I.): *Derecho del Trabajo* Aranzadi, Pamplona, 2018.

AA.VV.: *Derechos sociales y políticas inclusivas. Propuestas de mejora de la normativa valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

AGÍS DASILVA, M.: *La modificación del lugar de trabajo sin cambio de residencia para el trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J., y SALA FRANCO, T.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICEER, A. y GOERLICH PESET, JM.: *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ALBIOL MONTESINOS, I.: *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL ORTUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M.: *Derecho procesal laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALEMÁN PAEZ, F.: *La movilidad geográfica: problemática social y régimen jurídico*. Tecnos, Madrid, 2001.

ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M.J.: *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, CISS, Bilbao, 1995.

ALONSO OLEA, M.: *La empresa desde el punto de vista social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2010.

ALONSO OLEA, M. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: *Labour Law in Spain*, Wolters Kluwer, United Kingdom, 2010.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: «Lugar y tiempo del cumplimiento de las obligaciones en la armonización del Derecho Europeo de Contratos», *InDret*, 2017.

ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho Civil II: Obligaciones y Contratos*, Col·lecció Sapientia, Castellón de la Plana, 2008.

ARROYO ABAD, C.: «La movilidad geográfica», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* n° 37, 2004.

BARRIOS BAUDOR, G.L.: «El factor dimensional en los traslados colectivos parciales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 29, parte Presentación, Aranzadi, Pamplona, 1999.

BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, Consejo Económico Social, Madrid, 1995.

BLASCO PELLICER, A.: *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BLASCO PELLICER, A.: «La extinción del contrato de trabajo por causas consignadas válidamente en el contrato», en AA.VV. (Coord: ATIENZA NAVARRO, M.L.): *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, Universitat de València, Valencia, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M.: *Procedimiento Laboral (con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de Noviembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BLASCO PELLICER, A.: «Autonomía individual en el contrato de trabajo», en AA.VV. (Coord: GOERLICH PESET, J.M.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 2017.

CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Derecho del trabajo y crisis económica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013.

CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo. La movilidad funcional y geográfica y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

CAMPS RUIZ, LM.: «El Empresario» en AA.VV. (Dir. GOERLICH PESET, J.M.): *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., en «El favor debitoris en el Derecho Español», *Anuario de derecho civil*, nº 4, en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1961-40083500850 (última consulta: 16 de junio de 2019).

CHARRO BAENA, P. y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: *Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1995.

CORTE HEREDERO, N., «La movilidad geográfica de los trabajadores: algunos problemas interpretativos y aplicativos de su regulación jurídica», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. III, parte Estudio, Aranzadi, Pamplona. 1996.

CRUZ VILLALÓN, J.: «La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal», *Revista Política Social* n 125, 1980.

CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores Comentado*, Tecnos, Madrid, 2003.

BIBLIOGRAFÍA

CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017.

DE CORES HELGUERA, C.: *El origen histórico de la teoría general del contrato. La teoría general del contrato en la tradición jesuítica. La obra “De contractibus”, de Pedro de Oñate S. J., como precursora de conceptos fundamentales del derecho contractual actual*, Universidad Pontificia Comillas, Tesis doctoral, Madrid, 2014.

DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso Especial de Modificaciones Sustanciales y Movilidad Geográfica*. Aranzadi, Madrid, 2011.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1993.

FABREGAT MONFORT, G.: «Los traslados en el ámbito Laboral» en www.tirantonline.com (TOL 2.039.306).

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. «Sobre el significado de la colaboración por gastos de desplazamiento», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, parte Presentación, Aranzadi, Pamplona. 1999.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

BIBLIOGRAFÍA

GALIANA MORENO, J.M, y CAVAS MARTÍNEZ, F. «Algunas consideraciones sobre la última reforma legislativa del mercado de trabajo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. V, parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GALIA MORENO, J. y SEMPERE NAVARRO, A.: *Legislación laboral y de Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.

GALLEGO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, E.: *Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P. y TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Temas de derecho procesal civil*, Dykinson, Madrid, 2016.

GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GARCÍA NINET, I.: «Comentario al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores» en el «Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la ley 8/1980 de 10 de marzo», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981.

GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M.: *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA VALVERDE, M.D.: *La movilidad geográfica: Un análisis teórico jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002.

GARCÍA VIÑA, J.: «El empresario y la Empresa», en AA.VV. (Dir. GARCÍA NINET, J.I.): *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Deber de obediencia y despido por desobediencia. Recopilación de sentencias desde enero de 1993 hasta diciembre de 1998», *CISS*, 1999.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Suspensión del contrato de trabajo y discriminación por razón de sexo; extensión del mecanismo de inversión de la carga probatoria propio del despido discriminatorio. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional -Sala Primera- nº 161/2004, de 4 de octubre de 2004)», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 170, 2005.

GOERLICH PESET, J.M.: «Contenido y Vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad», en AA.VV. (Dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.): *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

GOERLICH PESET, J.M.: «El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Social*, Pamplona, 2007.

GOERLICH PESET, J.M.: «La negociación colectiva en la Constitución», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, Madrid, 2014.

GOERLICH PESET, J.M.: « Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente», *Revista de información Laboral*, nº 5, Madrid, 2014.

GOERLICH PESET, J.M., NORES TORRES, L.E. y ESTEVE-SEGARRA, A.: *Curso de derecho procesal laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., y BERCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

IGLESIAS, J.: *Derecho romano, Instituciones de derecho privado*, Ariel, Barcelona, 1972.

BIBLIOGRAFÍA

KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, UNAM. México, 1986.

LA IGLESIA Y GARCÍA, G.: *Diccionario práctico de derecho usual*, Casa Editorial de Felipe González Rojas, Madrid, 1914.

LÓPEZ BALAGUER, M.: «La legitimación de los sindicatos más representativos para promover elecciones en empresas que ocupen entre seis y diez trabajadores», *Aranzadi Social*, nº5, 2002.

LÓPEZ BALAGUER, M.: «La nueva indemnización por despido improcedente. Aplicación y forma de cálculo. Auto JS Pamplona 22 Marzo 2012 (AS 2012, 866)», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal* nº4, 2012.

LÓPEZ BALAGUER, M.: «Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público tras la reforma 2012 en la doctrina de los tribunales», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extra 109, 2014.

LÓPEZ GANDÍA, J y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma laboral de 2010. Análisis de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, El Derecho, Madrid, 2010.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, Bomarzo, Albacete, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., y HERRERO MARTÍN, J.B.: *Curso de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013.

LUJÁN ALCARAZ, J., y SEMPERE NAVARRO, A.V. «El ajuste de la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo tras la reforma laboral», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, parte Presentación, Aranzadi, Pamplona, 1996.

MARÍN MARTÍNEZ, F.: *Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2013.

MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo. El Reflejo jurídico de las Unidades de Producción*, Colecciones de Tesis Doctorales, Madrid, 1985.

MOLERO MANGLANO, C., LÓPEZ ÁLVAREZ, MJ., MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., y SÁNCHEZ CERVERA, JM.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

BIBLIOGRAFÍA

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2014.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

MONTOYA MELGAR, A., «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y movilidad geográfica del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. I, parte Estudio, Aranzadi, Pamplona. 1996.

MONTOYA MELGAR, A.: *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2012.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016.

MORENO CÁLIZ S.: «El lugar de trabajo. La movilidad geográfica» en GARCÍA NINET, J.I., y VICENTE PALACIO, A.: *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2012.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BIBLIOGRAFÍA

OLARTE MADERO, F., y SALA FRANCO, T. *El Proceso Laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Socia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ORTIZ LALLANA, C.: *La Movilidad Geográfica en la Empresa (El Marco Jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. «La doctrina del Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina acerca del derecho a una compensación en el caso de cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia del trabajador» en www.tirantonline.com (TOL 482.033).

PURCALLA BONILLA, M.A., *Movilidad Geográfica y modificación sustancial: impugnación procesal laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

QUESADA SEGURA, R.: «Comentario al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores». en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores..* Comares, Granada, 1998.

BIBLIOGRAFÍA

RENTERO JOVER, J.: *La modificación sustancial del lugar o de las condiciones de trabajo en la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1995.

RIVERO LAMAS, J: «Modificación de las condiciones de trabajo», en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1985.

ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.

ROMERO, R. *Marketing*, Editorial Palmir E.I.R.L, 1997.

RUBIO DE MEDINA, M.D.: *El proceso sobre movilidad geográfica*, Bosch. Barcelona, 2000.

SAGARDOY DE SIMÓN, I., y GODINO REYES, M.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, MacGraw-Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1999.

SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTINEZ, J.M.: «El centro de trabajo: configuración legal» en AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los Trabajadores*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982.

BIBLIOGRAFÍA

SALA FRANCO, T.: «La movilidad funcional. Comentario al artículo 39 ET» en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales vigentes. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1982.

SALA FRANCO, T. «Movilidad geográfica», en *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1988.

SALA FRANCO, T.: «Movilidad geográfica», en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ): «Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes). Jornada Laboral, movilidad y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1994.

SALA FRANCO, T.: «La Movilidad Geográfica», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n° 58*, 2005, pág. 100.

SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A., BALLESTER PASTOR, M.A., GARCÍA GÓMEZ DE LA FLOR, M.E., ROSAT ACED, C., ROSAT ACED, J.I., ALFONSO MELLADO, C., VELASCO PAÑOS, M: «La movilidad geográfica» en AA.VV: *Relaciones laborales*. 2008, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SALINAS MOLINA, F. «Modificación de las condiciones de trabajo: aspectos procesales», en AA.VV., *La nueva regulación de la*

BIBLIOGRAFÍA

contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo». Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Principios del Derecho Mercantil*, revisada por SÁNCHEZ-CALERO, J., Aranzadi, Pamplona, 2012.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «*Permiso por matrimonio y parejas de hecho STSJ País Vasco 26 Marzo 1998; AS 1998, 1290*», *Aranzadi Social* nº2, 1998

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El nuevo reglamento de los despidos colectivos*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

SEMPERE NAVARRO, A., «*Opciones del trabajador ante su traslado*», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, parte Presentación, Pamplona. 1996

SEMPERE NAVARRO, A.V.: «*Causas del despido objetivo*», en AA.VV. (Coord..GOERLICH PESET, J.M.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BIBLIOGRAFÍA

SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo, domicilio y Movilidad Geográfica*, CES, Madrid, 2000.

SERRANO OLIVARES, R. *La movilidad geográfica transnacional*, La Ley, Madrid, 2000.

TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario: comentarios a la ley 3/2012, de 7 de julio*, El Derecho, Madrid, 2012.

VELASCO PORTERO, M.T. y MIRANDA BOTO, JM.: *Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2017.

VICENTE PALACIO, A., «El contrato fijo de obra en el sector de la construcción: sobre la previsión convencional de destinar al trabajador a obras distintas de las inicialmente contratadas ubicadas dentro de la misma provincia y por una duración máxima de tres años consecutivos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, parte Presentación, Aranzadi, SA, Pamplona. 1999.

BIBLIOGRAFÍA

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de derecho del trabajo*, Comares, Granada, 2012.

VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Aspectos laborales de la Ley Concursal algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación», *Actualidad Laboral*, nº 18, 2010.

VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal deficiencias y problemas aplicativos», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal* nº 10, 2010.