

La movilidad geográfica

TOMÁS SALA FRANCO*

1. LA DELIMITACIÓN DEL CENTRO DE IMPUTACIÓN NORMATIVA

El art. 40 ET se autotitula «*movilidad geográfica*». Y por movilidad geográfica del trabajador hay que entender el cambio a un lugar de trabajo distinto del habitual, entendiendo por lugar de trabajo tanto el puesto de trabajo como el centro de trabajo donde se realiza la actividad laboral.

Ello no obstante, el art. 40 ET, pese a autotitularse genéricamente «*movilidad geográfica*», no contempla todos los supuestos posibles de la misma:

- a) En primer lugar, la movilidad geográfica a que se refiere el art. 40 ET es la movilidad forzosa producida por voluntad unilateral del empresario, con independencia de que puedan intervenir en algunos casos los representantes legales de los trabajadores. Queda, pues, excluida la movilidad geográfica derivada del mutuo acuerdo entre las partes o de la iniciativa del trabajador, con la sola excepción del «*traslado por reagrupación familiar*» a que se refiere el art. 40.3 ET.
- b) En segundo lugar, la movilidad geográfica a iniciativa del empresario regulada legalmente es tan solo la basada en cau-

sas económicas, técnicas, organizativas o de producción, resultando excluida la movilidad geográfica basada en causas disciplinarias.

- c) En tercer lugar, desde la perspectiva del lugar de trabajo, el art. 40 ET tan solo regula el cambio de centro de trabajo que exija un cambio en la residencia del trabajador, dejando fuera de la regulación legal a los simples cambios de puesto de trabajo dentro del centro de trabajo y al cambio de centro de trabajo que no exige cambio de residencia del trabajador.

Por lo demás, el art. 40 ET se refiere tanto a la movilidad geográfica temporal (los denominados «*desplazamientos temporales*» cuya duración en un periodo de tres años no excedan de doce meses) como a la permanente (los denominados «*traslados*» de duración indefinida o superior a doce meses en un periodo de tres años).

El art. 40 ET de 1980 vino a constituir la segunda norma reguladora en nuestro ordenamiento laboral de la movilidad geográfica del personal, derogando el art. 22 de la anterior Ley de Relaciones Laborales de 1976, encontrándose hasta ese momento huérfana de una disposición de carácter genérico y regulándose por las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales y por los convenios colectivos sindicales respectivos.

* Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia.

Este precepto legal tan solo ha sido modificado en una ocasión desde 1980 por parte de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, que realizó algunas modificaciones importantes en el mismo, tanto del régimen jurídico de los traslados como del de los desplazamientos temporales, siendo de todas ellas las más relevantes la supresión de la autorización administrativa de la autoridad laboral para trasladar y la sustitución del procedimiento de impugnación administrativa de la orden empresarial de desplazamiento por el procedimiento de impugnación judicial ante el orden jurisdiccional social.

2. EL FUNDAMENTO DE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA «EX ART. 40 DEL ET»

Los intereses del trabajador y del empresario en tema de movilidad geográfica se encuentran generalmente enfrentados. De un lado, la natural necesidad empresarial de adecuar la prestación laboral a las exigencias sobrevenidas en el transcurso de la relación laboral por necesidades económicas, técnicas, organizativas o de producción. Del otro lado, el carácter personal de la prestación laboral y la natural exigencia de no tratar al trabajador como una máquina que puede transportarse de un lugar a otro como mejor parezca. Si bien en el momento de contratar el lugar de trabajo no resulta de interés vital para el trabajador, lo cierto es que, una vez celebrado éste y fijado en él el lugar de trabajo según conveniencia de la empresa, en función de este último el trabajador organiza su vida. Habrá, pues, que lograr un difícil equilibrio entre los legítimos intereses de la empresa y del trabajador.

La cuestión básica que un ordenamiento laboral se plantea entonces es la de si la movilidad geográfica del personal debe configurarse dentro del poder de dirección del empresario y con qué límites.

El art. 40 ET sienta en este sentido el derecho del trabajador a una cierta inamovilidad

geográfica, al establecer una serie de límites, procedimientos y efectos a las decisiones empresariales movilizadoras.

En todo caso, si se tiene en cuenta que el art. 40 ET sólo contempla los intereses del trabajador propiamente locacionales y no los que pueden venir acompañando a un cambio del lugar de trabajo –una movilidad funcional o diversas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo– y que rara vez se produce una movilidad geográfica pura, esto es, sin modificación de otras condiciones contractuales, habrá que estar para la tutela de estas últimas, acumulativamente, a lo que disponen el art. 39 ET para la movilidad funcional y el art. 41 ET para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

3. LOS TRASLADOS

3.1. Delimitación conceptual

El traslado viene configurado en el art. 40 ET por las siguientes notas:

1.ª) Se trata de un cambio de puesto de trabajo que implica un cambio a centro de trabajo distinto de la misma empresa.

Por centro de trabajo hay que entender, según el art. 1.5 E.T., «*la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral*».

La ley habla de centro de trabajo distinto «*dentro de la misma empresa*». En este punto cabe plantearse el problema de las transferencias de trabajadores entre empresas del mismo grupo económico que, a mi juicio, deben incluirse dentro del concepto de traslado, reconociendo en el fondo que se trata de una sola empresa, a efectos laborales, por funcionar con una «*plantilla única*».

2.ª) Habrá de tratarse de traslados excepcionales y no habituales. Hay que tener en

cuenta la exclusión legal expresa del régimen general de los traslados de aquellos trabajadores contratados precisamente para ser trasladados, esto es, para realizar trabajos en centros de trabajo móviles e itinerantes. En estos casos, 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.

El art. 40.1 ET habla de los contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajos móviles o itinerantes. Esta dicción legal resulta criticable por confusa. Realmente, lo que la ley quiere decir es que resultan excluidos los trabajadores contratados específicamente para realizar trabajos «*en centros de trabajo móviles o itinerantes*», pues en estas empresas cabe la contratación de personal no exceptuado del régimen general de los traslados (por ejemplo, un administrativo) (SS.TS 19 junio 1995, Ar/5203 o 14 mayo 1996, Ar/4369)¹.

Si bien la típica dicción de estos contratos específicos responde a la siguiente cláusula —«*estará adscrito a obras en todo el territorio nacional y extranjero*»— nada obsta para que se limite a un ámbito territorial determinado (comarca, provincia, comunidad autónoma, etc.). En estos casos, la exclusión del régimen general operaría dentro de los límites del ámbito territorial prefijado pero, fuera de ellos, resultaría aplicable el art. 40 ET.

En todos estos casos de contratación específica de trabajadores para realizar su trabajo en centros móviles e itinerantes, lo peculiar es que la movilidad geográfica es libre para el empresario, esto es, se encuentra dentro del poder de dirección empresarial, no exigiéndose ninguna de las garantías del art. 40 ET. Los tribunales han señalado que no es preciso que se indique en el contrato la posible itinerancia en el trabajo, bastando la adscrip-

ción a un lugar de trabajo itinerante por naturaleza (SS.TS 19 junio 1995, Ar/5203 o 14 mayo 1996, Ar/4396).

3.^a) Ha de tratarse de un cambio de centro de trabajo «*que exija cambio de residencia*» del trabajador.

Esta nota configuradora de los traslados plantea el problema de interpretar el significado del término legal «*residencia*». Por tal habrá que entender, a mi juicio, el domicilio habitual del trabajador y no la residencia administrativa.

La ley deja, sin embargo, sin determinar cuando un cambio de centro de trabajo «*exige cambio de residencia del trabajador*». Al despreciar el significado administrativo de residencia y aceptar el civil de domicilio, la localidad o término municipal no podrá actuar como elemento geográfico delimitador de los traslados, siendo necesario acudir al análisis individualizado de cada caso. Lo normal será que coincidan cambio de residencia y cambio de localidad del centro de trabajo al que se le destina ya que un cambio de localidad de este último implicará normalmente un cambio de residencia. Pero cabe que no ocurra siempre así. Será posible un cambio a centro de trabajo de localidad diversa que no obligue a un cambio de residencia, cuando el centro de trabajo esté situado en un término municipal distinto, pero cercano (STSJ de Las Palmas, 22 enero 1991, Ar/672).

Así pues, el criterio del cambio de localidad debe ceder en favor del análisis individualizado de la situación planteada, atendiendo al criterio de si el cambio para el trabajador medio exige el cambio de domicilio, con independencia de que luego se produzca. De este modo, entrarían en el análisis elementos tales como el cambio de localidad del centro de trabajo, la lejanía del nuevo centro de trabajo del domicilio del trabajador, los medios de transporte facilitados por la empresa o las compensaciones que ofrezca la empresa en contrapartida al cambio. Ello, no obstante,

hay sentencias de los tribunales que utilizan el criterio de la ubicación del nuevo centro de trabajo en otra localidad distinta para calificar mecánicamente el supuesto de traslado. Los convenios colectivos en ocasiones concretan, en este mismo sentido, en un número de kilómetros determinado la distancia a partir de la cual se entiende la existencia de traslado, sin que el criterio de la distancia establecido convencionalmente sea definitivo, debiendo tener en cuenta las circunstancias concretas del caso (STS, u.d., 27 diciembre 1999, Ar/2029).

En todo caso, la necesidad de cambiar de residencia ha de ser objetiva y no subjetiva, esto es, derivada de preferencias personales. Así, tal necesidad existe tanto *«cuando resulte materialmente imposible el traslado diario al nuevo centro de trabajo como cuando resulte notablemente gravoso (hacerlo)»* (STSJ de Madrid, 19 mayo 1993, Ar/2608).

4.^a) Se trata de un cambio permanente. Este carácter permanente puede predicarse de dos tipos de cambio: de los cambios atemporales o por tiempo indefinido y de los cambios por tiempo determinado superior a doce meses en un período de tres años (art. 40.4 ET). En base a esta última caracterización temporal la ley distingue los traslados de los simples desplazamientos temporales, pudiendo un convenio colectivo rebajar este tope legal. La razón de ser de la consideración legal como traslados de los desplazamientos superiores al año reside en la presunción de que tales desplazamientos exigen del trabajador el traslado de la residencia familiar.

5.^a) Los traslados podrán ser individuales o colectivos. Tal se deduce con claridad del art. 40.2 ET.

6.^a) El régimen de los traslados del art. 40 ET resulta aplicable tanto a los efectuados dentro del territorio nacional como a los realizados en el extranjero (STS 1 julio 1986, Ar/3917). La ley no distingue a estos efectos, si bien, desde luego, en el contrato individual

podrá limitarse la facultad empresarial legalmente concedida en este concreto sentido. De acuerdo con la Ley 45/1999, 29 noviembre, las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo deberán garantizar a éstos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales en cuanto al tiempo de trabajo, cuantía del salario, igualdad de trato y no discriminación, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial, respeto a la intimidad y a la dignidad, libre sindicación y derechos de huelga y remisión, 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 (disposición adicional primera).

En todo caso, el desarrollo de la relación de trabajo en el extranjero estará naturalmente sometido a las normas de derecho internacional privado aplicables.

7.^a) Finalmente, ha de tratarse de un traslado forzoso. El traslado sigue siendo forzoso aunque el trabajador pueda elegir destino (SS,TS 22 mayo 1995, Ar/3946 o 16 junio 1997, Ar/4756).

3.2. La necesaria justificación objetiva de los traslados

Los traslados habrán de estar justificados en *«razones económicas, técnicas, organizativas o de producción»* así como en *«contrataciones referidas a la actividad empresarial»*, entendiendo que concurren estas causas *«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» (art. 40.1 ET).

La ambigüedad de esta «*explicación legal*» –que, desde luego, pretende la mayor rentabilidad empresarial– es de tal calibre que no hace sino trasladar el problema a los tribunales laborales que gozarán de un margen amplio de discrecionalidad interpretativa. En todo caso, las causas exigidas son de menor entidad que las paralelamente exigibles para una suspensión o extinción contractual (arts. 47, 51 y 52.c) ET) y coincidentes con las exigidas para la modificación sustancial (art. 41 ET).

Los representantes de los trabajadores (miembros de comités de empresa, delegados de personal y delegados sindicales) tendrán prioridad de permanencia en sus puestos de trabajo en caso de traslados (arts. 40.5 ET y 10.3 LOLS).

3.3. Procedimiento

El art. 40 ET distingue entre los traslados individuales o plurales y los colectivos, según afecten a más o menos de un número determinado de trabajadores en atención al número de trabajadores de la empresa en un período de tiempo determinado.

Considera, así, traslados colectivos (art. 40.2 ET):

1.º) A los que afecten a la totalidad del centro de trabajo –no necesariamente a toda la empresa– «*siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores*».

2.º) A los que, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, afecten en un período de noventa días al menos a diez trabajadores en empresas de menos de cien trabajadores, al diez por ciento de trabajadores de la empresa en empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores y a treinta trabajadores

en empresas que ocupen trescientos o más trabajadores. Los trabajadores a computar serán todos –fijos y temporales (STSJ de Cataluña, 19 julio 1995, Ar/3118), trabajadores comunes o especiales– y el momento para su cuantificación, según la doctrina mayoritaria, el del inicio de la adopción de las medidas (STSJ de Castilla-La Mancha, 26 mayo 1997, Ar/2468).

La distinción legal entre traslados, individuales o plurales y colectivos tiene interés a efectos del procedimiento a seguir para efectuarlos, que varía en uno y otro caso, siendo más exigente en los colectivos que en los individuales.

Precisamente por ello la propia ley (art. 40.1 *in fine* ET) prevé la posibilidad de que el empresario actúe en fraude de la ley, sancionándolo con la nulidad del traslado, cuando la empresa, con objeto de eludir el régimen de los traslados colectivos, realice traslados en períodos sucesivos de noventa días (jugando tanto hacia el pasado como hacia el futuro: STSJ de Galicia, 21 noviembre 1996, Ar/3876) en número inferior a los umbrales legalmente establecidos «*sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación*». No es que no existan causas para esos traslados, que pueden existir; lo que la ley exige es que esas causas hayan surgido en el momento oportuno (STSJ de Cataluña, 1 octubre 1996, Ar/3894). Así pues, si se trata de «*causas nuevas*», los traslados posteriores serán válidos. No hay duda de la dificultad de distinguir en un supuesto concreto si la «*causa*» que justifica los traslados posteriores ya existía cuando se efectuaron los traslados anteriores (art. 40.1 ET).

La Ley parece exigir una intencionalidad fraudulenta («*con el objeto de eludir*»), si bien la doctrina judicial no la viene exigiendo (STSJ de Cataluña, 1 octubre 1996, Ar/3894 y STSJ de Cantabria, 24 marzo 1997, Ar/568).

La ley declara en estos casos la nulidad de los traslados efectuados en fraude de ley, que-

dando afectados por la nulidad únicamente los «*nuevos traslados*» efectuados en esos períodos sucesivos, esto es, sólo los últimos y no los anteriores (STSJ de Andalucía/Málaga, 21 mayo 1997, Ar/1918, en contra, declarando la nulidad de todos los traslados efectuados).

En el caso de traslados individuales o plurales bastará con la decisión unilateral del empresario, que deberá ser notificada al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad (art. 40.1 ET).

La ley atribuye al empresario la facultad de decisión acerca del traslado sin intervención mediadora de los representantes legales de los trabajadores. Los únicos límites legales serán el carácter causal ya señalado y el derecho de prioridad de permanencia a favor de los representantes de los trabajadores previsto en el art. 40.5 ET.

En cuanto al contenido de la comunicación empresarial, pese al silencio legal, deberá tratarse de una orden de traslado fundamentada, para posibilitar la defensa procesal del trabajador en caso de impugnación judicial de la misma.

En cuanto a la forma de la comunicación, ésta deberá ser escrita (art. 8.5 ET y RD 1659/1998).

En el caso de los traslados colectivos, la decisión empresarial deberá ir precedida de un período de consultas, de duración no inferior a quince días, con los representantes legales de los trabajadores (tanto los representantes unitarios como los sindicales) acerca de las causas, de la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y de las medidas necesarias «*para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados*» (art. 40.2 ET).

La ley viene a regular el procedimiento de las consultas previas del siguiente modo (art. 40.2 ET):

1.º) El empresario viene obligado a notificar a la autoridad administrativa laboral la

apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras la conclusión para su conocimiento.

2.º) Hay obligación de negociar de buena fe «*con vistas a la consecución de un acuerdo*», sin que la ley especifique nada más (SS.TSJ de Cataluña, 4 marzo 1996, Ar/622 y 26 febrero 1998, Ar/1493).

3.º) El acuerdo requerirá la mayoría del comité de empresa, de los delegados de personal o de «*las representaciones sindicales (secciones sindicales de empresa), si las hubiere que, en su conjunto representen a la mayoría de aquellos*».

La alusión legal a los representantes unitarios y sindicales plantea algunos problemas interpretativos a estos efectos:

- a) En primer lugar ¿se trata de una representación que actuará alternativa o acumulativamente? El «o» disyuntivo permite concluir en el carácter alternativo de la participación de la representación colectiva de empresa.
- b) Ahora bien, ¿quién decide quién debe negociar? En la medida en que, por definición, es siempre el empresario el que tendrá la iniciativa de los traslados en estos casos, a diferencia de lo que sucede con la negociación colectiva, no podrá jugar el criterio de *prior in tempore, potior in iure*, siendo, en consecuencia, el empresario el que podrá dirigirse a una o a otra representación (STS 18 enero 1993, Ar/94), a salvo, naturalmente, de la existencia de un acuerdo entre ambas representaciones para que sea una de ellas la que inter venga.
- c) Pero, ¿qué sucederá cuando no exista ningún tipo de representación, ni unitaria ni sindical, siendo ésta una situación frecuente en las pequeñas empresas? En tal caso, en ausencia de solución dada a este problema en convenio

colectivo no habrá otra posibilidad de, o pactar con la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo afectado (como mantuvo alguna sentencia aislada con anterioridad: SS.TS de 24 de septiembre de 1986, Ar/4646 o 21 de septiembre de 1995, Ar/6616) o amortizar el trámite por imposibilidad de cumplirlo, a salvo lo que pudiera prever la negociación colectiva.

4.º) El art. 85.1 ET prevé la posibilidad de pactar en el convenio colectivo *«procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consultas»* de tipo arbitral, en cuyo caso los laudos arbitrales que a estos efectos pudieran dictarse *«tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en período de consultas»*, siendo susceptibles de impugnación judicial a través del procedimiento especial de impugnación de convenios colectivos (arts. 161 a 164 de la L.P.L.).

5.ª) Tras finalizar el período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores afectados su decisión sobre los traslados con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

6.º) La ley prevé una posible intervención de la autoridad administrativa laboral, *«a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen»*, esto es, por razones de orden público. En tales casos, *«podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación... y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a seis meses»* (arts. 40.2 ET y 22 a 26 R.D. 43/1996, 19 enero).

El art. 8.14 de la LISOS considera infracción muy grave en materia laboral el incumplimiento por el empresario de la paralización de la efectividad del traslado en los casos de ampliación del plazo de incorporación ordenada por la autoridad laboral.

El incumplimiento del trámite procedimental de consultas provocará la nulidad de la decisión empresarial, según concluyen unánimemente los Tribunales (STSJ de Castilla/León/Valladolid, 27 mayo 1997, Ar/1462 o de Madrid, 22 y 28 mayo 1998, Ar/1728 y 1730).

4. EFECTOS

Notificada la decisión de traslado por el empresario al trabajador afectado –tanto si se trata de traslados individuales o plurales como colectivos y, en este último caso, tanto si ha habido acuerdo como si no lo ha habido con los representantes legales de los trabajadores– éste tendrá el derecho de opción entre acatar el traslado o extinguir el contrato (art. 40.1 ET). Parece que el plazo para ejercitar la opción será, como máximo, el del preaviso legal de 30 días a la fecha de su efectividad.

Aunque desde luego la letra de la ley no lo contempla, cabe plantearse si esta opción es también posible con posterioridad a la sentencia que hubiera declarado en su caso justificada la decisión empresarial. Así lo ha mantenido, con base en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, la STS 21 diciembre 1999, Ar/1426.

El trabajador podrá optar por no aceptar el traslado y extinguir su contrato, con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades (art. 40.1 ET).

La doctrina se manifiesta unánimemente por el carácter extrajudicial o automático de la extinción, bastando la comunicación del trabajador al empresario de su voluntad extintiva.

La indemnización legalmente prevista es la del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 51.8

ET), situación a la que se le equipara. Esta cuantía tiene, desde luego, carácter de mínimo, pudiendo eventualmente elevarse en convenio colectivo o acuerdo individual de mejora.

En caso de acatar el traslado, el trabajador tendrá derecho a la compensación de los gastos del mismo, propios y de familiares a su cargo, *«en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos»* (STS 8 junio 1998, Ar/5117). De no existir ni acuerdo colectivo ni individual, el Tribunal decidirá discrecionalmente.

En las normas convencionales se suelen concretar estos gastos, refiriéndose, desde luego, a los gastos de locomoción personal y de transporte del mobiliario, ropa y demás enseres del hogar y, en ocasiones, también, a indemnizaciones o gratificaciones extraordinarias con motivo del traslado e, incluso, a la facilitación de vivienda adecuada.

En el caso de acatamiento del traslado por el trabajador, caben a su vez dos situaciones posibles: que el trabajador esté conforme con el traslado o que esté disconforme con el mismo.

En caso de disconformidad del trabajador con la decisión empresarial de traslado, sin *«ius resistitiae»* alguno (*«sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación citado»*), esto es, de treinta días a la fecha de su efectividad, como mínimo), podrá recurrir al trabajador ante la jurisdicción laboral competente. Ahora bien, la impugnación del traslado no excluye la posterior extinción del contrato con derecho a indemnización (STS, u.d. 21 diciembre 1999, Ar/1426/2000).

A efectos de la impugnación judicial, jugará el plazo de caducidad de veinte días hábiles a partir de la notificación al trabajador de la decisión empresarial de trasladarle (arts. 59.4 ET y 138.1 L.P.L.; STS 10 abril 2000, Ar/3523).

El fundamento de la impugnación podrá ser uno de los siguientes: a) La falta de causa. b) El incumplimiento por el empresario del procedimiento legalmente establecido para los traslados colectivos. c) La existencia de fraude de ley, en los términos antes indicados (art. 40.1 *in fine* ET). d) No haber respetado la empresa el derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores.

El procedimiento judicial, que se iniciará por demanda de los trabajadores afectados, será el especial regulado en el art. 138 L.P.L. Este procedimiento tiene carácter preferente y sumario, debiendo señalarse el acto de la vista *«dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda»* (art. 138.4 L.P.L.).

Cuando el objeto del conflicto versase sobre las preferencias atribuidas por la ley a los representantes de los trabajadores, éstos deberán ser demandados (art. 138.2 L.P.L.).

La sentencia que se dicte, será inmediatamente ejecutiva y no tendrá recurso –salvo los extraordinarios– debiendo ser dictada en el plazo de diez días, a partir del acto de la vista; dificultándose, así, la existencia de jurisprudencia sobre el tema, salvo en casos de conflicto colectivo.

La sentencia, según disponen los arts. 40.1 ET y 138.5 L.P.L., podrá declarar *«justificada»* o *«injustificada»* la medida empresarial, *«según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa»*, o *«mula»* cuando haya sido *«adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para los de carácter colectivo en el último párrafo del número 1, art. 40 ET»*. Pero nada dice la ley respecto de los traslados colectivos efectuados con incumplimiento del período previo de consultas que la ley exige o del período de preaviso o de incorporación del trabajador trasladado o del derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores. Pese al silencio de la ley, habrá que equiparar probablemente estos supuestos a los

traslados realizados en fraude de ley, declarándolos igualmente nulos.

La sentencia que declare injustificada la medida, «reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo» (art. 138.5 L.P.L.), esto es, «reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen» (art. 40.1 ET y art. 138.2 L.P.L.).

En el caso de que el empresario «no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular», el trabajador solamente «podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en el art. 50.1.c) del ET, conforme a lo establecido en los arts. 277, 278 y 279 de la L.P.L.».

Si la sentencia declara la nulidad de la medida empresarial, su ejecución se efectuará «en sus propios términos», salvo que el trabajador inste su ejecución como en el caso de que se declare injustificada.

Contra las decisiones empresariales de traslados colectivos cabrán no sólo reclamaciones individuales a través del procedimiento anterior, sino también reclamaciones a través del procedimiento de conflicto colectivo. La interposición del conflicto colectivo «paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución» (art. 40.2 ET). El plazo de caducidad del art. 59.4 ET jugará también en el proceso de conflicto colectivo (STS, u.d. 21 febrero 1997, Ar/1571).

Los traslados totales o parciales (sección o departamento) de un centro de trabajo, pudiendo implicar o no el cambio de residencia de los trabajadores afectados, no vienen contemplados expresamente por el ET. Únicamente, el **artículo 64.1.3.b) ET**, referido a las competencias del comité de empresa, establece el derecho de este a emitir informe previo a la ejecución empresarial de una decisión de «traslado total o parcial de las instalaciones».

En todo caso, a salvo lo que dispongan las normas convencionales más favorables a los trabajadores, su régimen jurídico será el siguiente:

- a) La decisión en sí de trasladar el centro de trabajo, total o parcialmente, corresponderá al empresario, con la única limitación prevista en el artículo 64.1.3.b) ET acerca del derecho de información preceptiva pero no vinculante, de los representantes legales de los trabajadores. No se exige, pues, ni el acuerdo con éstos ni tampoco la autorización administrativa.
- b) Su régimen jurídico dependerá de los efectos producidos por el traslado de centro. Al provocar necesariamente una movilidad geográfica en el personal que hasta entonces trabajaba en el centro o sección trasladada, habrá que estar a la naturaleza de esa movilidad en el caso concreto de que se trate. De esta manera, si el traslado del centro de trabajo implica cambio de residencia de los trabajadores, habrá que seguir el procedimiento previsto en el artículo 40 ET. En caso contrario, habrá que estar a lo que disponga la norma convencional correspondiente y, en su defecto, el supuesto estará configurado dentro del poder de dirección empresarial.

4. LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES

4.1. Delimitación conceptual

El art. 40.4 ET regula con carácter general la figura del desplazamiento temporal, configurándola dentro del poder directivo empresarial, si bien estableciendo un régimen jurídico específico más garantizador para el trabajador que el genérico de éste.

En esta disposición los desplazamientos vienen configurados de acuerdo con las notas distintivas siguientes:

- a) Se trata de cambios de centro de trabajo «que exijan que (los trabajadores) residan en población distinta de la de su domicilio habitual». El elemento delimitador es, en este sentido, el cambio de residencia habitual del trabajador.
- b) El cambio ha de ser temporal. En esto se diferencian, sustancialmente, los desplazamientos de los traslados. La temporalidad viene, así, a ser el elemento definitorio de los desplazamientos por excelencia. La ley presume que a partir de los doce meses los desplazamientos exigen el traslado de la residencia habitual. El art. 40.4 ET fija el máximo de doce meses en un período de tres años. Los desplazamientos que superen este tiempo tendrán el tratamiento jurídico de traslados.
- c) El ET no distingue entre desplazamientos dentro o fuera del territorio nacional (STS 1 julio 1986, Ar 3917).
- d) Los desplazamientos deben ser excepcionales y no habituales. Cuando el cumplimiento normal del contenido de la obligación laboral consista precisamente en desplazarse (viajantes, inspectores de zona o del personal de aquellas empresas dedicadas a la instalación de maquinaria o de plantas industriales) no puede hablarse propiamente de cambio de centro de trabajo ya que es posible pensar que en tales casos se produce la ficción jurídica de la extensión del centro de trabajo o de la existencia de un centro de trabajo «volante». La razón de ser reside en que no puede constreñirse el régimen jurídico de los desplazamientos habituales a los límites de temporalidad fijados por la ley para los excepcionales. Ciertamente llama la atención que la expresa mención del párrafo 1º art. 40 ET, respecto de los traslados, de «los contratados específicamente para prestar sus servi-

cios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes» no se repita en el párrafo 3º respecto de los desplazamientos. Esta ausencia resulta poco explicable, ciertamente, por el noble afán de no reiterar conceptos en distintos párrafos del mismo artículo ya que en otras ocasiones se reitera (véase, por ejemplo, lo relativo a las justificaciones de traslados o desplazamientos).

4.2. La necesaria justificación objetiva de los desplazamientos temporales

Los desplazamientos a que se refiere el art. 40.4 ET habrán de estar justificados en «razones económicas, técnicas, organizativas o de producción», siendo aquí de aplicación todo lo dicho con anterioridad respecto de los traslados y sus causas.

Los representantes de los trabajadores (miembros de comités de empresa, delegados de personal y delegados sindicales) tendrán prioridad de permanencia en sus puestos de trabajo en caso de desplazamientos (arts. 40.5 ET y 10.3 LOLS).

4.3. Procedimiento

Para los desplazamientos, sin distinción aquí entre individuales o plurales y colectivos, bastará con la decisión unilateral del empresario, sin más límites que los causales ya señalados y el derecho de preferencia de los representantes legales de los trabajadores.

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 que se trate de desplazamientos de duración superior a tres meses.

Sobre el contenido de la comunicación, la ley nada dice, siendo seguramente aplicable la anterior doctrina judicial para idéntica

situación, según la cual el empresario «*debe especificar al trabajador que el cambio a población distinta de la de su residencia habitual no constituye traslado, sino un simple desplazamiento, concretando el tiempo aproximado de su duración y haciéndole ofrecimiento de los gastos de viaje y dietas*» (STS 5 junio 1990, Ar/5018).

Junto a esto, en el orden de desplazamiento deberán figurar igualmente, por un elemental principio de defensa jurídica del trabajador desplazado, las razones justificativas del desplazamiento, con objeto de que el trabajador pueda en su caso impugnar judicialmente la orden de desplazamiento empresarial por falta de causa (STSJ de Cataluña, 29 septiembre 1992, Ar/4394).

Sobre la forma de la comunicación, aunque el art. 40 ET nada dice, será exigible la forma escrita, con base en la exigencia general de comunicación escrita al trabajador de los elementos esenciales del trabajo y, entre ellos del lugar de trabajo (arts. 8.5 ET y RD 1659/1998).

4.4. Efectos

El trabajador está obligado a aceptar la orden empresarial de desplazamiento. El art. 40.4 ET ha establecido la «*ejecutividad*» inmediata de esta decisión empresarial («*sin perjuicio de su ejecutividad*», dice), lo que significa que no hay un *ius resistitiae* en el trabajador, por lo que éste último podrá oponerse, como veremos, en vía judicial, pero mientras el tribunal no decida, la decisión empresarial habrá de ser obedecida por el trabajador, pudiendo ser sancionado disciplinariamente en caso de desobediencia (SS.TS 8 julio 1986, Ar/3985 y 19 febrero 1987, Ar/1072).

Ello no obstante, cabe pensar en el mantenimiento de la jurisprudencia anterior a la reforma del ET de 1994, que llegó a admitir excepcionalmente la existencia de un *ius resistitiae* en el trabajador en determinadas

circunstancias en el caso de órdenes empresariales de desplazamiento gravemente irregulares. Así, en el supuesto de una orden empresarial de desplazamiento conminando al trabajador a realizar el viaje 24 horas después de su anuncio (STS 19 febrero 1985, Ar/664), en el caso en que la empresa no había facilitado al trabajador los gastos de viaje (STSJ de Castilla/León/Valladolid, 27 abril 1993, Ar/2110) o en el supuesto de desplazamientos que, superando el año autorizado por la ley, se pretendía su ejecución durante el período de vacaciones (STCT 1 octubre 1985, Ar/1386) y, en general, la desobediencia por el trabajador a una orden empresarial de desplazamiento gravemente irregular no es causa de despido (SS.TS 7 marzo y 24 abril 1986, Ar/1277 y 2243 y 5 junio 1990, Ar/5018).

El trabajador podrá oponerse a la orden de desplazamiento en vía judicial, en los mismos términos previstos para los traslados individuales, valiendo aquí todo lo allí dicho.

El desplazamiento del trabajador por voluntad empresarial viene compensado por la ley, mediante el establecimiento de una serie de obligaciones empresariales. A saber:

1.º) En primer término, el desplazamiento deberá respetar las condiciones laborales disfrutadas con anterioridad y, entre ellas, las percepciones salariales, amén de las condiciones más beneficiosas de origen contractual. Ahora bien, en el caso de que concurra una movilidad funcional o una modificación sustancial de condiciones contractuales habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 39 y 41 ET acumulativamente.

2.º) El ET establece la obligación de pagar los gastos de viaje y las dietas que serán, normalmente, fijados en su cuantía por la norma convencional correspondiente y que serán abonados pudiendo exigirse justificación de los mismos. Por gastos de viaje se entiende los gastos de desplazamiento. Por dietas habrá que entender, con los tribunales, los

gastos de alojamiento y manutención (STSJ Andalucía/Sevilla, 17 junio 1991, Ar/3624). La cuantía de las dietas viene, usualmente, fijada por los convenios colectivos, variando según una serie de circunstancias, entre las que destaca, por su constancia, la categoría de los trabajadores. Existe un criterio jurisprudencial por el que las dietas corresponderán *«al lugar al que se desplaza el trabajador y no al lugar desde el que se desplaza si son de cuantía distinta»* (STCT 10 mayo 1977, Ar/2597).

3.º Finalmente, si el desplazamiento fuese superior a tres meses, el trabajador tendrá derecho *«a un (permiso) mínimo de cuatro días laborables de estancia en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento»*.

La ley puntualiza que no se computarán dentro de los cuatro días o más que se concedan los de viaje, corriendo los gastos de viaje a cargo del empresario.

Los tribunales son unánimes acerca del carácter de permiso retribuido de estos días (STCT 22 marzo 1982, Ar/2105).

Los tribunales vienen estimando de modo reiterado que estos cuatro días son disfrutables también por los trabajadores de empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, pues si el fundamento de tal beneficio es el de garantizar la periódica conexión afectiva de aquellas personas que por su profesión se hallan regularmente apartadas del ambiente familiar, en idénticas condiciones se encuentran quienes carecen, además, de un centro de trabajo fijo (STCT 1 octubre 1987, Ar/20248).

Se ha planteado si hay derecho a los beneficios del art. 40.4 ET cuando el trabajador tiene otras ocasiones de acudir a su domicilio, resolviéndose en sentido afirmativo, al rechazarse una interpretación restrictiva del mismo (STCT 26 mayo 1986, Ar/3623).

Sobre el posible disfrute acumulado de estos días de permiso, ante la ausencia de

una expresa normativa como en el caso de vacaciones, los tribunales se inclinan por aceptar tal posibilidad en interés del trabajador y hasta la compensación en metálico de tales días (STSJ Madrid, 19 septiembre 1989, Ar/1296).

Por lo demás, los tribunales han considerado que no constituye causa de despido su disfrute aun cuando el empresario se niegue a dárselos, concediendo así, al trabajador, un *ius resistendae* frente al empresario dado el carácter de auténtico derecho que nace cada trimestre (STSJ Madrid, 30 octubre 1989, Ar/2004).

5. LOS TRASLADOS POR REAGRUPAMIENTO FAMILIAR

El art. 40.3 ET establece que *«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»*.

Este precepto plantea varios problemas interpretativos. A saber:

1.º Se trata, en primer lugar, de un *«derecho»* pero no de un *«derecho preferente»*, como señalaba la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Esta calificación genérica como *«derecho»* no resuelve los posibles conflictos de concurrencia de derecho que podrían plantearse con otros trabajadores (traslados, ascensos, excedencias voluntarias).

2.º La ley habla sólo de *«traslados»*. Pese a la literalidad de la ley, en atención a la *ratio legis* pretendida —el reagrupamiento familiar y la defensa de la familia— un sector de la doctrina ha defendido la posibilidad de extender este *«derecho de consorte»* también a los *«desplazamientos temporales»* del cónyuge.

3.º El derecho se atribuye a ambos cónyuges y no sólo a la mujer casada. Siendo discutible si el derecho podría ampliarse a quienes

lleven una convivencia de hecho y demostrada pero no institucionalizada. Ahora bien, como quiera que la ley no fija plazo alguno para ejercitar este derecho, no hay inconveniente alguno para que una vez legalizada tal situación, aun con posterioridad al traslado que da origen al derecho, pueda ejercitarse este último.

4.º) El derecho está limitado por la exigencia de que el cónyuge solicitante del traslado sea trabajador de la misma empresa. No obstante, por las mismas razones antes señaladas, en el sentido de no exigencia legal de plazo para el ejercicio de este derecho al traslado, nada obstará para que un trabajador contratado por la misma empresa de su cónyuge con posterioridad al traslado de éste pueda ejercitar el derecho previsto en el art. 40.4 ET.

5.º) La ley condiciona el traslado a la existencia de puesto de trabajo en la localidad donde se trasladó al cónyuge. La ley habla de «*localidad*» y no de «*centro de trabajo*», por lo que podría tenerse derecho a un puesto vacante en otro centro de la misma localidad. E, incluso, dada la «*ratio*» pretendida —el reagrupamiento familiar— podría defenderse la existencia de tal derecho a un puesto de trabajo en un centro situado en otra localidad distinta pero más cercana al actual centro de trabajo del cónyuge trasladado. Por la misma razón, no hay por qué interpretar restrictivamente los términos legales «*si hubiera puesto de trabajo*» en el sentido de existencia de puesto de la misma categoría o grupo profesional. No existiría dificultad alguna en admitir una solicitud a un puesto de categoría o grupo profesional inferior, de no existir puesto de su grupo o categoría.

6.º) Finalmente, en la medida en que el artículo 40.3 ET no habla de «*traslados forzosos*» sino de «*traslados*» en general, pese a estar ubicada esta regulación en el artículo

40, referido a la movilidad geográfica «*forzosamente*», cabría defender que el derecho de consorte existe en todo tipo de traslados, esto es, tanto en los forzosos como en los voluntarios, por tratarse de una norma protectora del matrimonio. Así lo han entendido los Tribunales (STCT 4 junio 1984, Ar/5002), argumentando en base el principio interpretativo general *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere habemus*.

6. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRECEPTO LEGAL

El art. 40 ET debe calificarse, a mi juicio, genéricamente como una norma de carácter mínimo imperativo, mejorable por tanto, en beneficio de los trabajadores, por la negociación colectiva y por la contratación individual. Así sucede, por ejemplo, con la ampliación del plazo mínimo de preaviso en la notificación del traslado o del desplazamiento, con el eventual incremento de la indemnización para casos de extinción del contrato de trabajo o con el aumento del número de días en caso de desplazamiento.

En otras ocasiones, sin embargo, las relaciones del art. 40 ET con la negociación colectiva y/o contratación individual son de complementariedad. Esto sucede, por ejemplo, con la compensación de los gastos propios del trabajador y de los familiares a su cargo en los supuestos de traslado o con los gastos de viaje o dietas en los casos de desplazamiento temporal.

Finalmente, la exigencia legal del procedimiento de consulta/negociación obligatoria en los casos de traslados colectivos, ha sido calificada judicialmente de norma de derecho necesario absoluto (STSJ de Castilla-La Mancha, 26 mayo 1997, Ar/2468).

RESUMEN El art. 40 ET de 1980 constituyó la segunda norma reguladora en nuestro ordenamiento de la movilidad geográfica del personal, derogando el art. 22 de la anterior Ley de Relaciones Laborales de 1976, encontrándose hasta ese momento huérfana de una disposición de carácter genérico y regulándose por las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales y por los convenios colectivos sindicales.

El art. 40 ET regula los traslados y los desplazamientos temporales impuestos por el empresario por razones económicas, técnicas, organizativas y de producción y los traslados voluntarios por reagrupamiento familiar, fijando el procedimiento y los efectos de las decisiones empresariales y dejando fuera de esta regulación otras manifestaciones de la movilidad geográfica.

El art. 40 ET es un precepto de carácter imperativo mínimo, mejorable por la negociación colectiva y por la contratación individual, a salvo la exigencia del procedimiento de consulta/negociación obligatoria en los casos de traslados colectivos, calificada jurisprudencialmente de norma de derecho necesario absoluto.