

EL ARTÍCULO 138 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: LUCES Y SOMBRAS DEL PROCESO DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA¹

Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Abstract

El artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción Social regula un procedimiento urgente y preferente a través del cual se ha de tramitar la impugnación individual de las órdenes empresariales de movilidad geográfica. La movilidad geográfica está regulada en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores que contempla una pluralidad de heterogéneos supuestos de hecho. La tesis que aquí se defiende es que solo a la impugnación de la orden de traslado y desplazamiento se les aplica el procedimiento del artículo 138, pero no a otros supuestos de movilidad geográfica.

Article 138 of the Law on Social Jurisdiction regulates an urgent and preferential procedure through which individual challenges to employer orders for geographical mobility must be processed. Geographical mobility is regulated in Article 40 of the Workers' Statute, which provides for a plurality of heterogeneous factual assumptions. The thesis defended here is that only the procedure of article 138 applies to challenges to transfer and posting orders, but not to other cases of geographical mobility.

Title: Article 138 of the Law on Social Jurisdiction: Lights and Shadows of the Process of Geographical Mobility

Palabras clave: traslado, desplazamiento, procedimiento urgente y preferente, conciliación vida familiar, personal y laboral

Key words: transfer, posting, urgent and preferential procedure, reconciliation of family, personal and working life

IUSLabor 1/2022, ISSN 1699-2938, p. 213-249

DOI. 10.31009/IUSLabor.2022.i01.08

Fecha envío: 2.2.2022 | Fecha aceptación: 2.3.2022

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto MINECO “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria: Conflictos de Leyes y Protección Social” (DER2017-83040-C4-3-R).

Sumario

1. Introducción
2. Cómo interpretar movilidad geográfica a los efectos del artículo 138 LJS
3. Órdenes de movilidad geográfica impugnables individualmente a través del artículo 138 LJS
 - 3.1. Traslado
 - 3.2. Desplazamiento
4. ¿Todos los supuestos del artículo 40 TRET están comprendidos dentro del ámbito del artículo 138 LJS?
 - 4.1. Traslado a instancia del cónyuge, de las víctimas de violencia de género y de terrorismo y de discapacitados: ¿Qué modalidad procesal?
 - 4.2. Impugnación del importe de la compensación por traslado y de la extinción indemnizada: procedimiento ordinario
5. Zonas grises: grupo de empresa y movilidad geográfica
6. Supuestos de movilidad geográfica excluidos de la aplicación del artículo 40 TRET y del 138 LJS
 - 6.1. Movilidad disciplinaria
 - 6.2. Movilidad por mutuo acuerdo
 - 6.3. Movilidad geográfica “débil”
 - 6.4. Trabajadores de centros de trabajos móviles o itinerantes
7. Rasgos configuradores del proceso de movilidad geográfica
8. Legitimación activa y pasiva
9. Competencia objetiva y territorial
10. La demanda
 - 10.1. Plazo de caducidad y de prescripción
 - 10.1.1. Notificación orden de traslado
 - 10.1.2. Notificación orden de desplazamiento
 - 10.2. La dual notificación y la caducidad de la acción
11. Vista y sentencia
 - 11.1. Movilidad geográfica justificada
 - 11.2. Movilidad geográfica injustificada
 - 11.3. Nulidad
12. Recurso
13. Conclusiones
14. Bibliografía

1. Introducción

La Ley 36/2011 de 10 de octubre de la Jurisdicción Social (LJS) regula en su artículo 138 un procedimiento urgente y preferente que, en su redacción originaria, solo era aplicable a las demandas individuales por movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, manifestaciones ambas del *ius variandi* empresarial. Actualmente, y como consecuencia de sucesivas reformas legislativas el procedimiento regulado en el artículo 138 LJS resulta también aplicable al trabajo a distancia, a la suspensión del contrato y a la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

Pero, aunque actualmente las reglas procesales aplicables a los heterogéneos supuestos de hecho incluidos en el artículo 138 LJS sean comunes, cada uno de ellos por separado presenta una casuística propia que exige un estudio individualizado ya que la complejidad de la aplicación del artículo 138 LJS no deriva tanto de la redacción del precepto en sí, sino de la delimitación de su ámbito de aplicación material. Y es que, como se ha señalado, “*la opción unificadora del legislador no deja de generar problemas aplicativos*”².

Por eso, para la aplicación de la Ley adjetiva es preciso comenzar con una remisión a la Ley sustantiva.

2. Cómo interpretar movilidad geográfica a los efectos del artículo 138 LJS

Para contestar a esta pregunta es necesario remitirse al artículo 40 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (TRET). Precepto que se caracteriza por un alto nivel de oscuridad y una desafortunada redacción, lo que conlleva que no sea nada fácil una adecuada comprensión del mismo en palabras del propio Tribunal Supremo³.

Aunque movilidad geográfica sea la rúbrica del citado artículo 40, su campo de aplicación material es mucho más restringido: regula el traslado (individual, plural y colectivo) y el desplazamiento ordenados por el empresario. Y también el derecho preferente del cónyuge al traslado, y con el paso de los años se adicionaron al artículo 40 nuevos apartados para garantizar una efectiva protección a las víctimas de violencia y de terrorismo, así como para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de personas con discapacidad.

² VV.AA., *Practicum, Proceso Laboral*, 2021, Thomson-Reuter, Pamplona, 2021, p. 868.

³ STS de 14 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6511).

Más cuestionable es si el artículo 40 TRET resultaría aplicable en caso de traslado o desplazamiento entre empresas de un mismo grupo de empresas.

3. Órdenes de movilidad geográfica impugnables individualmente a través del artículo 138 LJS

Que la impugnación individual de las órdenes de traslado (artículo 40.1 TRET) se tramitarán conforme al artículo 138 LJS es incuestionable⁴. Y la misma conclusión es aplicable a las demandas contra las órdenes de desplazamiento⁵.

3.1. Traslado

La concreción del centro de trabajo donde se ha de ejecutar la prestación laboral debida es un dato esencial del contrato de trabajo⁶.

El concepto legal de traslado del artículo 40.1 TRET gira en torno a dos premisas: un cambio definitivo y permanente de centro de trabajo y que este lleve aparejado un cambio de residencia del trabajador (movilidad geográfica sustancial o intensa, en palabras de la jurisprudencia). No es baladí destacar que el legislador hace pivotar la definición de traslado sobre el cambio de centro de trabajo en vez de “lugar de trabajo”⁷.

Respecto al concepto de “residencia” se plantea la duda de si debe ser interpretado en sentido estricto o amplio, incluyendo cualquier cambio del lugar donde efectivamente el trabajador afectado habite, de manera que venga a identificarse con el domicilio real y habitual del trabajador. Aunque a efectos del artículo 40 TRET nos inclinemos por la segunda opción, hay que reconocer que el concepto de residencia es un concepto polisémico⁸.

Ciertamente no es la empresa la que ordena directamente el cambio de residencia, competencia que excede su *ius variandi* ya que los trabajadores en cuanto ciudadanos tienen reconocido como derecho fundamental la libre elección de su residencia (artículo 19 CE). Pero el cambio de residencia deriva *de facto* del hecho de que sea imposible o notablemente gravoso mantener la anterior residencia y trabajar en la localidad donde

⁴ STS de 26 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:884).

⁵ STSJ de Castilla y León de 16 de enero de 2013 (ECLI:ES:TSJCL:2013:257).

⁶ Artículo 8.5 TRET en conexión con el artículo 2.2. c) del Real Decreto 1659/1998.

⁷ Respecto al deslinde entre los conceptos de centro y lugar de trabajo, cfr. STSJ de Madrid de 16 de junio de 2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:6675).

⁸ STS de 3 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2781).

radique el nuevo centro de trabajo⁹. El problema surge porque el legislador no ha fijado cuál sea la distancia que debe mediar entre el anterior y el nuevo centro de trabajo para aplicar, o no, el artículo 40.1 TRET. De ahí que haya que analizar cada caso en concreto y que exista una abundantísima casuística en la doctrina judicial.

La orden empresarial de traslado está sujeta a específicas limitaciones exigiéndose que la misma se funde en la existencia de “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” que conlleven la necesidad del traslado. Estamos ante conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido el legislador pretende concretar con la coletilla de que “se considerarán 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”. Este último supuesto “bien podría considerarse subsumible en las otras causas anteriores”¹⁰.

A diferencia de lo previsto en el artículo 51.1.c) TRET, ni en el caso de los traslados ni de los desplazamientos se requiere acreditar que las causas “económicas” provoquen una “grave situación” o una “situación negativa”.

El traslado se calificará como individual (o plural) cuando afecta a uno o más trabajadores sin sobrepasar el umbral para calificarlo de colectivo. Para trazar la frontera entre traslado individual y colectivo se recurre a tres parámetros: uno de índole cualitativo, otro cuantitativo y un tercero de carácter temporal, siendo a estos indiferente el tipo de contrato y jornada.

- 1) Cualitativo: se calificará y tramitará como individual el traslado de la totalidad de los trabajadores de un centro de trabajo cuando dicha unidad productiva ocupe a cinco trabajadores o menos (artículo 40.2 TRET *a contrario sensu*).
- 2) Cuantitativo: en el supuesto de que el traslado no afecte a la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo el parámetro utilizado por el legislador para diferenciarlo del supuesto de traslado colectivo es de orden cuantitativo, con un doble baremo numérico y porcentual. Lo que hace posible que afectando el traslado a un número idéntico de trabajadores se califique jurídicamente de distinta manera dependiendo de la plantilla, lo que conllevará que el procedimiento a seguir por parte del empresario sea diferente.

⁹ STSJ de Extremadura de 11 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TSJEXT:2004:221).

¹⁰ VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, “Artículo 40. Movilidad Geográfica” en: VV.AA., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, Madrid, 2011, p. 693.

La cuestión realmente espinosa que plantea la redacción del artículo 40.2 TRET es si para aplicar los porcentajes indicados se ha de tomar como referencia el centro de trabajo afectado por la medida empresarial o se ha de interpretar referido a la totalidad de la plantilla con la que cuenta la empresa. Por esta última solución se decantó la STS de 12 febrero de 2014¹¹ que sostuvo que el criterio que debe utilizarse para el cómputo de los trabajadores afectados para diferenciar entre traslado colectivo e individual debe ser el de la empresa en su conjunto, no el del centro de trabajo. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 19 de noviembre de 2019¹².

- 3) Temporal: el legislador toma en consideración el tramo temporal en que se producen los traslados estableciendo una horquilla de 90 días para computar todos los traslados individuales y plurales que se produzcan por las mismas causas en ese intervalo. Si en ese período se sobrepasaran los umbrales fijados para el traslado colectivo en el artículo 40.2 TRET, 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 (artículo 40.1. *in fine*).

Respecto si para computar los umbrales entre el traslado individual y colectivo el período de noventa días debe contarse desde la fecha de la notificación de la orden de traslado o desde que se ejecutaron las mismas, la SAN de 21 de julio de 2017¹³ falló que “*el plazo debe computarse desde la notificación puesto que el plazo para su impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.4 ET, es desde que se produjo la correspondiente notificación*”.

3.2. Desplazamiento

Aunque son muy escasas las sentencias que versan sobre el desplazamiento en sentido estricto, no cabe duda de que su impugnación se ha de tramitar por el cauce del artículo 138 LJS, como claramente indica la STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2019¹⁴: “*el artículo 40.6 TRET nos dice que 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. Ello nos remite al procedimiento del artículo 138 de la LJS*”.

¹¹ STS de 12 febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:750).

¹² STS de 19 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4229).

¹³ SAN de 21 de julio de 2017 (ECLI:ES:AN:2017:3032).

¹⁴ STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:14376).

Traslado y desplazamiento tienen en común que en ambos casos la orden de movilidad geográfica lleva aparejada, no solo el cambio de centro de trabajo, sino también de domicilio. Las causas para llevar a cabo un desplazamiento son sustancialmente similares a las del traslado: “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial”.

Tal y como expone la STSJ de Galicia de 8 de julio de 2021¹⁵, “el deslinde entre el traslado y el desplazamiento es de naturaleza temporal ya que se considera desplazamiento el cambio temporal de lugar de trabajo que requiere que el trabajador resida en población distinta a la de su domicilio habitual, sin exigir un cambio definitivo de su residencia...en aquellos casos en los que en un periodo de tres años se produzcan sucesivos desplazamientos que exceden en total los doce meses, el tratamiento que ha de darse a la decisión empresarial es el propio de los traslados”.

Otra diferencia destacada es que mientras el legislador establece una dualidad de cauces para tramitar el traslado según se califique de individual o colectivo, para el desplazamiento no existen diferencias según el número de trabajadores afectados ni la dimensión de la platilla. Es por ello que mientras que en el caso del traslado colectivo podrá interponerse tanto demanda individual por los trabajadores afectados como de conflicto colectivo por los sujetos legitimados, en el supuesto del desplazamiento solo procede la primera.

Para los traslados regula el artículo 40.1 TRET la opción del trabajador de extinguir indemnizadamente su contrato¹⁶. En cambio, para los trabajadores desplazados solo se regula el derecho a cobrar dietas.

Mientras que para la orden de traslado el artículo 40.1 TRET exige que la misma se notifique al trabajador y a sus representantes legales con un plazo de preaviso mínimo, el artículo 40.6 del mismo cuerpo legal solo requiere que el trabajador sea informado con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de que el desplazamiento sea por tiempo superior a tres meses.

4. ¿Todos los supuestos del artículo 40 TRET están comprendidos dentro del ámbito del artículo 138 LJS?

La finalidad primordial del artículo 40 TRET es regular la movilidad forzosa que tiene su origen en la voluntad unilateral del empresario. Pero en su articulado se insertan otros supuestos de movilidad geográfica que bien podrían haber sido incorporados en un

¹⁵ STSJ de Galicia de 8 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:3888).

¹⁶ STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2001 (ECLI:ES:TSJPV:2001:4809).

artículo diferente, porque ni son una manifestación del *ius variandi* empresarial ni están motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ni se someten al procedimiento regulado en los apartados primero, segundo o sexto del citado artículo 40. Tampoco se contempla el derecho de los trabajadores a extinguir indemnizadamente el contrato ni a cobrar dietas.

4.1. Traslado a instancia del cónyuge, de las víctimas de violencia de género y de terrorismo y de discapacitados: ¿Qué modalidad procesal?

- 1) Derecho “de consorte”: 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 (artículo 40.3 TRET). Su ejercicio se condiciona a la existencia de una vacante, aunque no se exige que sea del mismo grupo profesional. Igualmente se supedita a la existencia de vínculo matrimonial y que ambos cónyuges trabajen para la misma empresa (no se menciona el grupo de empresa).
- 2) El artículo 40.4¹⁷ TRET regula la preferencia tanto de las víctimas de violencia de género¹⁸ como de las víctimas de terrorismo¹⁹ -que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios-, a ocupar otro puesto de trabajo vacante del mismo grupo profesional en cualquier otro centro de la empresa.
- 3) Artículo 40.5 TRET²⁰ reconoce a los trabajadores con discapacidad²¹ (y 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) un 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.

¹⁷ El actual 40.4 se introduce, como 40 bis del ET de 1995, por la Ley Orgánica 1/2004. Posteriormente fue modificado por la Ley 2/2012. La referencia a la “categoría equivalente” del vigente artículo 40.4 TRET ha de tenerse por no puesta dada la supresión de la categoría profesional en el sistema de clasificación profesional.

¹⁸ Las situaciones de violencia de género se acreditarán por cualquiera de las vías previstas en el artículo 23 de la ley Orgánica 1/2004 en conexión con la Resolución de 2 de diciembre de 2021.

¹⁹ A estos efectos, el concepto de víctimas del terrorismo ha de ser interpretado a la luz del artículo 33 de la Ley 29/2011. El status de víctima se podrá acreditar mediante certificado expedido por la Subdirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo.

²⁰ El actual artículo 40.5 TRET se introduce, como 40 ter del ET de 1995, por la ley 3/2012.

²¹ Respecto al grado de discapacidad exigido, que habrá de baremarse conforme al Real Decreto 1971/1999, el legislador guarda silencio. Tampoco especifica si el tratamiento ha de estar comprendido necesariamente en la cartera de servicios prestados por el sistema sanitario público.

Los apartados tercero, cuarto y quinto del artículo 40 TRET tienen en común que las causas motivadoras están relacionadas siempre con vicisitudes de índole personal y que, en todos los casos, el cambio de lugar de trabajo queda supeditado a que la empresa cuente con puestos de trabajos vacantes. La movilidad geográfica no deriva de una orden empresarial. No es una obligación de hacer que se impone al trabajador sino justamente lo contrario. El empresario no tiene ninguna obligación legal de asumir los gastos derivados de esta movilidad geográfica²² ni se reconoce a los trabajadores el derecho a extinguir el contrato de trabajo unilateralmente cobrando indemnización. Respecto a las víctimas, el traslado o cambio de residencia en estos casos no tiene porqué ser definitivo ya que la norma establece una duración inicial de seis meses y transcurrido ese tiempo podrán optar los trabajadores entre regresar a su puesto de trabajo anterior o continuar en el nuevo.

A la vista de las consideraciones expuestas y respecto de los supuestos de los apartados tercero, cuarto y quinto del artículo 40 TRET la conclusión que se propugna es su exclusión del artículo 138 LJS. Tesis que se ve refrendada por el hecho de que no se prevé (a diferencia de los desplazamientos en el artículo 40.6 TRET) que puedan los trabajadores en estos casos recurrir “*en los mismos términos previstos en el artículo 40.1 TRET para los traslados*”.

¿Cuál será, entonces el cauce procesal para impugnar la negativa del empresario a acceder a la petición de movilidad geográfica de estos trabajadores?

Dos alternativas se nos plantean: el procedimiento ordinario o el procedimiento urgente y preferente del artículo 139 LJS.

El artículo 139 LJS regula la modalidad procesal aplicable en materia de conciliación de la vida laboral, personal y familiar reconocidos legal o convencionalmente²³. Es una materia que ha sufrido reformas por lo que su ámbito de aplicación material es ahora más extenso que cuando se reguló por primera vez por la Ley 39/1999, que “*introdujo un*

²² Se ha planteado, no obstante, la posibilidad de que al amparo del artículo 40.1 TRET reclame el cónyuge que solicita el traslado conforme al artículo 40.3 los gastos derivados del reagrupamiento familiar.

²³ No consideramos que la negociación colectiva pueda imponer la modalidad procesal aplicable a cualquier materia regulada por ella, sino que la referencia a la negociación colectiva ha de ser puesta en conexión con las referencias a la misma contenidas en el artículo 37.7 y 34.8 TRET.

nuevo artículo 138 bis²⁴ en el texto procesal entonces en vigor y que estaba claramente vinculado con el contenido del artículo 37.7 TRET²⁵.

Señala la STS 28 de junio de 2013²⁶: “a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 todas las pretensiones que se formulen en materia de conciliación entre la vida familiar y el trabajo tienen su cauce obligado en la modalidad procesal del art. 138.bis de la LPL” -actual 139 LJS- “y ello tanto si se trata de pretensiones que se fundan en los artículos 37.5 y 6 del ET, como si se alega el art. 34.8 del mismo texto legal”. Y la Sala continúa afirmando que “es lógico que así sea, porque lo importante es que ese es el procedimiento que el legislador ha considerado, con razones de peso, el más adecuado para sustanciar estas pretensiones de conciliación, pues todas ellas, al igual que ocurre en otras materias -determinación del periodo de disfrute de las vacaciones, procesos electorales, movilidad geográfica y modificaciones de condiciones de trabajo-, requieren una solución rápida que no puede demorarse y de ahí la exclusión de los recursos, el juego de la caducidad, la urgencia y la preferencia de la tramitación y el acortamiento de los plazos”.

Qué duda cabe que la Justicia debiera ofrecer siempre una solución rápida, porque si no, no es Justicia. Pero no es menos cierto que la LJS no concreta cuál haya de ser el alcance que se dé al concepto de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ni tampoco que pueda extrapolarse a supuestos no regulados en los artículos 34 ó 37 del TRET. Si tenemos en cuenta el carácter tuitivo del Derecho laboral, infinidad de preceptos podrían ser incluidos bajo ese paraguas si se defiende una interpretación extensa de conciliación hasta el punto de que el artículo 139 LJS pasaría a ser, metafóricamente hablando, el procedimiento ordinario.

Por el contrario, si nos fijamos en el articulado del TRET sólo encontramos tres casos en los que el legislador mencione expresamente al artículo 139 LJS como cauce para tramitar los derechos allí reconocidos: 34.8 y 37.7 y en la D.A. 18^a.7

A su vez, el artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007 proclama que “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”. Por lo que puede inferirse que la finalidad de las medidas de conciliación han de vincularse con las responsabilidades familiares.

²⁴ La rúbrica originaria del artículo 138 bis aludía a los permisos de lactancia y reducción de jornada por razones familiares. Es la ley 13/2009 la que la modifica por “derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”.

²⁵ VV.AA., *Practicum. Proceso Laboral*, ob cit., p. 10.

²⁶ STS 28 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4214).

Otro argumento para rechazar una interpretación extensiva del artículo 139 LJS es que, si fuera aplicable a cualquier derecho que guarde relación con la conciliación en general, no habría hecho falta que en el apartado 139.2 se incluyeran expresamente a las víctimas de violencia de género como legitimadas, pues sería redundante.

A mayor abundamiento, el artículo 6 -Plan MECUIDA²⁷- del Real Decreto-ley 8/2020 establece que “*los conflictos que pudieran generarse por la aplicación del presente artículo serán resueltos por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011*”. Igualmente sería redundante la remisión expresa al citado artículo de la Ley adjetiva en este caso concreto si el artículo 139 LJS tuviera un ámbito de aplicación material tan amplio como se le quiere atribuir.

Aplicando las consideraciones expuestas para responder a la pregunta de cuál habría de ser el cauce procesal para ejercer los derechos recogidos en el artículo 40.3, 40.4 y 40.5 TRET, y en contra del sentir mayoritario con el que con el debido respeto se discrepa, la opción que aquí se defiende es la del procedimiento ordinario por las siguientes razones:

- 1) El “derecho del consorte” regulado en el artículo 40.4 TRET ya estaba presente en el artículo 40 de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores. Y no cabe duda de que incluso bajo la vigencia del antiguo artículo 138 bis LJS el cauce procesal para su impugnación era el procedimiento ordinario²⁸, opción que sigue teniendo defensores en nuestros días²⁹. La genérica y amplia rúbrica del artículo 139 LJS no es, salvo mejor opinión, suficiente para haber modificado el procedimiento que le ha sido tradicionalmente aplicable.
- 2) En el caso de las víctimas de terrorismo, cuya omisión en el artículo 139 LJS no puede asegurarse que sea un olvido consciente o inconsciente del legislador, se aboga por atribuirles el mismo régimen procesal que a las víctimas de violencia de género. Y respecto a estas, interpretando la desafortunada redacción del artículo

²⁷ “*Las personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada y/o a la reducción de la misma en los términos previstos en el presente artículo...para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19*”.

²⁸ En contra, Miguel Ángel PURCALLA BONILLA que sostuvo la aplicabilidad del artículo 138. Cfr. PURCALLA BONILLA, MIGUEL ÁNGEL, *Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial. Impugnación Procesal Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 66.

²⁹ ROSELLÓ SABORIT, IGNACIO, *Movilidad Geográfica de Trabajadores en España*, Tesis Doctoral Inédita, 2019, Valencia, p. 331: “*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*”.

139.2³⁰ LJS, la conclusión que se alcanza es: que “*los derechos establecidos en la ley*” de las víctimas y que se tramitan por el artículo 139 LJS son únicamente los que el mismo precepto señala y que no es casualidad que coincidan literalmente con los recogidos en el artículo 37.8 TRET: la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Indudablemente el legislador pudo haber incluido en el artículo 139.2 LJS el supuesto de movilidad geográfica del 40.4 TRET, pero no lo hizo. Por lo que llegados a este punto únicamente puede abogarse para que *de lege ferenda* en un futuro próximo el legislador reconduzca la impugnación del artículo 40.4 TRET a través de un procedimiento urgente y sumario.

- 3) Por último, por lo que respecta al 40.5 TRET parece evidente que su finalidad no es la conciliación de las cargas familiares sino la protección de la salud de los trabajadores discapacitados. Y, aunque igualmente fuera *de lege ferenda* deseable que se tramitaran estas reclamaciones con celeridad, puede traerse a colación que la infracción de dicho precepto fue invocado expresamente en el recurso resuelto por la STSJ de Andalucía de 8 de noviembre 2017³¹ en el que la sentencia de instancia no había sido tramitada a través del artículo 139 LJS.

4.2. *Impugnación del importe de la compensación por traslado y de la extinción indemnizada: procedimiento ordinario*

Como punto de partida conviene tener presente que “*lo que determina la aplicación del procedimiento del artículo 138 no es el concreto motivo de oposición a la medida de movilidad geográfica, sino el objeto del proceso, esto es, el que se trate de impugnar una medida de movilidad geográfica*”³².

Y partiendo de esa premisa hay que concluir que no existe impugnación del traslado cuando lo que se discuta sea el montante del importe de los gastos que corresponde al trabajador que ha optado por conservar su puesto de trabajo y aceptar la orden de traslado. Ni tampoco impugnación del desplazamiento si solo se cuestiona la cuantía de las dietas.

³⁰ “*El procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa*”.

³¹ STSJ de Andalucía de 8 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TSJAND:2017:11823).

³² STSJ de Castilla y León de 16 de enero de 2013 (ECLI:ES:TSJCL:2013:257).

Por idéntico razonamiento, en caso de que el trabajador haya optado por la extinción indemnizada del contrato no le es aplicable el artículo 138.1 LJS³³.

Para los supuestos expuestos el cauce procesal adecuado será el procedimiento ordinario.

5. Zonas grises: grupo de empresa y movilidad geográfica

Resulta pacífica la afirmación de que los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo resulta ser una práctica de lícita apariencia siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador³⁴.

Y, en concreto, aunque la confusión de plantillas puede ser un elemento característico del grupo de empresa no resulta sencillo responder a la cuestión de si cabe aplicar el artículo 40 TRET entre empresas de un mismo grupo: la STSJ de Canarias de 23 de diciembre de 2005³⁵ se decantó por una respuesta negativa. Pero no es menos cierto que llega a esta conclusión invocando la STS de 26 de noviembre de 1990³⁶ en la que *obiter dicta* se afirma que, salvo previsión en contrario en las normas profesionales o en el contrato de trabajo, la misión dentro del grupo es de voluntaria aceptación para el trabajador. Ahora bien, ha de tenerse presente que dicha sentencia de 1990 versó sobre la aplicación de los artículos 43 y 50 del Estatuto de los Trabajadores ante una supuesta cesión ilegal de trabajadores. Es decir, que el objeto de la *litis* no fue la aplicación del artículo 40.

Más rotunda es la STSJ de Madrid de 17 de junio de 2013³⁷, que con cita de su sentencia de 15 de octubre de 2010 afirma que el artículo 40 TRET toma como referencia la movilidad en la empresa o entre centros de trabajo de la misma empresa “*y de su regulación queda fuera la movilidad geográfica de trabajadores entre empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial. Sin que quepa reputar como centro de trabajo los de cada sociedad integrante del grupo, pues cada una de ellas puede tener distintos centros de trabajo por lo que el traslado intragrupal de trabajadores queda extra-muros del artículo 40 del TRET*”.

En relación a este último argumento cabe argüir que puesto que el grupo de empresa no es regulado por el TRET es lógico y comprensible que el artículo 40 no contemple explícitamente la posibilidad de movilidad geográfica entre las empresas del grupo.

³³ STSJ de Aragón de 15 mayo de 2019 (ECLI:ES:TSJAR:2019:1137).

³⁴ STS de 23 de enero de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:9568).

³⁵ STSJ de Canarias de 23 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:TSJICAN:2005:5017).

³⁶ STS de 26 de noviembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:17606).

³⁷ STSJ de Madrid de 17 de junio de 2013 (ECLI:ES:TSJM:2013:9132).

En cualquier caso, también es posible encontrar defensores de la posibilidad de aplicar el artículo 40 TRET a los grupos de empresa³⁸. Y la STSJ de Andalucía de 19 de julio de 2010³⁹ resolvió una demanda de conflicto colectivo contra orden empresarial de traslado de marineros entre empresas de un mismo grupo.

Pero, a efectos procesales, en caso de impugnación individual de la orden de traslado entre centros de trabajos de empresas de un mismo grupo ¿qué proceso habría de seguirse? La LJS guarda silencio.

Sobre esta cuestión la STSJ de La Rioja de 9 septiembre de 2004⁴⁰ sostuvo que el traslado de un trabajador a un centro de trabajo de otra empresa, aunque implique cambio de residencia, no está previsto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores por lo que debe tramitarse la demanda del trabajador contra la orden empresarial a través del proceso ordinario (y no a través del procedimiento especial del artículo 138 LJS) pudiendo, además, interponerse contra la sentencia recurso de suplicación.

Sin perjuicio de criticar que el TRET que a lo largo de los años ha sido objeto de reformas sin fin siga sin abordar la regulación laboral del grupo de empresas, la solución que se propugna no es rechazar la posibilidad de impugnar individualmente a través del artículo 138 LJS en los supuestos en que los tribunales españoles admiten la responsabilidad solidaria respecto a los trabajadores de las empresas del grupo.

A mayor abundamiento, si el propio Tribunal Supremo rechazó la interpretación literal del artículo 40 TRET⁴¹ no procede abogar por la literalidad a efectos de excluir, debido a su omisión en el artículo 40, a la movilidad geográfica dentro del grupo de empresa y de ahí deducir su exclusión automática del artículo 138 LJS.

6. Supuestos de movilidad geográfica excluidos de la aplicación del artículo 40 TRET y del 138 LJS

6.1. Movilidad disciplinaria

No es aplicable el artículo 40 TRET a los casos de traslado impuestos como sanción disciplinaria que por el impacto que tiene sobre la prestación laboral solo puede proceder

³⁸ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, “Movilidad Geográfica” en: VV.AA., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.744.

³⁹ STSJ de Andalucía de 19 de julio de 2010 (ECLI:ES:TSJAND:2010:4064).

⁴⁰ STSJ de La Rioja de 9 septiembre de 2004 (ECLI:ES:TSJLR:2003:670).

⁴¹ STS de 14 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6511).

ante un incumplimiento laboral muy grave⁴². Mucho menos tienen los trabajadores sancionados opción a extinguir el contrato con derecho a indemnización ni a exigir compensación económica alguna por los gastos derivados del traslado.

El hecho de que sean tipificados los supuestos de movilidad geográfica como sanciones disciplinarias evidencia lo oneroso que puede resultar para un trabajador tal medida unilateralmente dispuesta por el empresario⁴³.

6.2 Movilidad por mutuo acuerdo

Quedan igualmente excluidos del ámbito de aplicación material del artículo 40 TRET los supuestos de movilidad geográfica derivada del mutuo acuerdo entre las partes, ya sea esta consecuencia de una iniciativa empresarial o de una solicitud del trabajador⁴⁴. Con mayor fundamento se excluyen los cambios de puestos de trabajo dentro del mismo centro y los cambios de centro consensuados que no exijan cambio de residencia.

Cuando el traslado, y lo mismo puede predicarse del desplazamiento, se ha pactado por las partes de común acuerdo y por tanto no obedece a una decisión unilateral del empresario, habrá que estar al contenido del acuerdo siempre que ese pacto no implique renuncia de derechos establecidos en las disposiciones legales o convencionales⁴⁵.

Ningún requisito formal o procedimental se requiere en estos casos, de ahí que incluso se haya calificado lícito el traslado individual de mutuo acuerdo que, al carecer de forma escrita, fue tácitamente consentido y aceptado tanto por la empresa como por la trabajadora⁴⁶.

6.3 Movilidad geográfica “débil”

El cambio definitivo de un centro de trabajo a otro de la misma empresa constituye uno de los requisitos para la aplicación del artículo 40.1 TRET. Pero si no conlleva la necesidad de una alteración del lugar de residencia del trabajador resulta inaplicable el artículo 40 TRET. Estaremos ante un supuesto de movilidad geográfica *lato sensu*, débil, o no sustancial, en palabras de la STSJ de Islas Canarias de 31 de enero 2008⁴⁷. Respecto a este tipo de modificación accidental de las condiciones de trabajo no se exige legalmente

⁴² GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, IGNACIO, “Movilidad Geográfica”, *ob cit.*, p.740.

⁴³ STSJ de Andalucía de 29 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:7464).

⁴⁴ STSJ de Andalucía de 29 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:7464).

⁴⁵ STSJ de Andalucía de 31 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:1408).

⁴⁶ STSJ de Castilla y León de 26 de junio de 2026 (ECLI:ES:TSJCL:2006:3772).

⁴⁷ STSJ de Islas Canarias de 31 de enero de 2008 (ECLI:ES:TSJICAN:2008:73).

necesidad de alegar causa ni trámite formal alguno, estando amparada por el poder de dirección del empresario⁴⁸.

Precisamente, por no existir cambio de residencia, se declaró inaplicable el artículo 40 TRET respecto de un cambio de centro de trabajo distante 56 Km del lugar donde se venía prestando servicios⁴⁹.

En principio, *“la posible mayor onerosidad que puede determinar el desplazamiento al nuevo centro tiene escasa o muy relativa en la significación económica del contrato, sobre todo en el contexto de una realidad social en la que destacan la calidad de los servicios de transporte y de la red viaria”*⁵⁰. Sin perjuicio de que el mayor tiempo invertido en el desplazamiento y/o por el incremento de los gastos de transporte pueda verse reflejado en alguna compensación económica que tenga origen en pacto colectivo o individual, pero sin otorgar al afectado el derecho a optar por la rescisión del contrato⁵¹. Igualmente, hay que destacar que las acciones del trabajador disconforme no están sujetas a plazo de caducidad alguno y sí solo al general de prescripción de un año regulado en el artículo 59. 1 TRET⁵².

La demanda no se tramitará a través del procedimiento especial regulado para los traslados del artículo 40 TRET, sino a través del procedimiento ordinario y contra la sentencia que se dicte cabe interponer recurso de suplicación.

Pero como toda orden empresarial también esta se encuentra limitada por el respeto a la legalidad vigente y habrá de calificarse de nula cuando se incurra en abuso de derecho, fraude de ley o vulneración de derechos fundamentales. Un ejemplo de orden nula es el analizado por la STSJ de Madrid de 12 de mayo de 2021⁵³ respecto a una trabajadora que demandó por vulneración de derechos fundamentales: había sido trasladada a otro centro de trabajo, que no conllevaba cambio de residencia, a una localidad distinta que, aunque próxima a aquella en la que desempeñaba sus funciones que es la de su domicilio, requiere un mayor desplazamiento. Dicho cambio se había producido a los dos meses de estar disfrutando de una reducción de jornada para el cuidado de su hijo menor. A juicio de la Sala este simple dato implica un indicio sólido de la discriminación alegada y produce el efecto de inversión de la carga de la prueba. Reconociendo la sentencia, además, el derecho a una indemnización por daños morales.

⁴⁸ STS de 12 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3911).

⁴⁹ STS de 15 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2639).

⁵⁰ STS de 21 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1876).

⁵¹ STSJ de Andalucía de 1 de junio de 2021 (ECLI:ES:TSJAND:2021:7327).

⁵² SSTS de 26 de abril de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:3095), de 3 abril de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2632) y 16 de abril de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2721).

⁵³ STSJ de Madrid de 12 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:5067).

6.4 Trabajadores de centros de trabajos móviles o itinerantes

Cuando el trabajador preste sus servicios de forma habitual en centros de trabajo móviles o itinerantes se hará constar esta circunstancia entre los elementos esenciales del contrato de los que el empresario ha de informar a los trabajadores por escrito (artículo 2.2. c) del Real Decreto 1659/1998 que desarrolla el artículo 8.5 TRET).

Por centro móvil o itinerante los tribunales entienden aquellos “*caracterizados por la indeterminación espacial del puesto de trabajo o bien emplazamiento múltiple de la actividad o servicio desarrollado, incluyendo precisamente entre los supuestos típicos a las empresas de montajes, tendido de líneas eléctricas y telefónicas*”⁵⁴. También podrían asimilarse los relativos a la construcción o reparación de vías férreas, o de carreteras, o circos ambulantes, etc.

A estos efectos el centro de trabajo no se identifica con lugar de trabajo ni con unidades móviles de trabajo por lo que, a título ilustrativo, los autobuses de una empresa de transporte no estarían incluidos en el concepto de centro móvil⁵⁵.

Es, precisamente, la peculiaridad inherente al dato de haber sido contratados específicamente para trabajar en un centro de trabajo móvil o itinerante⁵⁶ lo que justifica la exclusión del ámbito de aplicación personal del artículo 40.1 TRET de dichos trabajadores. Y es que para ellos la movilidad geográfica es condición habitual de su actividad en consonancia con el carácter transitorio, móvil o itinerante de su centro de trabajo, que se traslada o desaparece con la propia ejecución de las obras⁵⁷. Por tanto, el consentimiento del trabajador conlleva la renuncia tácita a la garantía de inamovilidad⁵⁸. La exclusión de estos trabajadores del ámbito de aplicación del artículo 40.1 TRET implica, consecuentemente, que al no serles aplicable la normativa estatutaria sobre movilidad geográfica les queda vedada la impugnación a través del artículo 138 LJS.

⁵⁴ SSTs de 19 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3550) y de 14 de mayo de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:2895).

⁵⁵ RIBES MORENO, M.^a Isabel, “La Movilidad Geográfica y los Centros de Trabajos Móviles o Itinerantes: una reflexión sobre los buques en la marina mercante”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2016, p. 26.

⁵⁶ AGÍS DASILVA, Montserrat, *El Lugar de Trabajo: Fijación y Modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 69

⁵⁷ STSJ de Castilla y León de 21 de junio de 2018 (ECLI:ES:TSJCL:2018:2186).

⁵⁸ STSJ de Andalucía de 20 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TSJAND:1995:6).

En todo caso, pueden subsistir zonas grises como ejemplifica la STS de 14 de octubre de 2004⁵⁹: en contra de la opinión de la mayoría, en el voto particular suscrito por tres magistrados se afirma que para aplicar la excepción del artículo 40.1 TRET resulta insuficiente que la empresa se dedique a montajes industriales y sus centros de trabajo se hallen ubicados en todo el territorio nacional en función de las obras contratadas pues ello no es bastante para entender que todos sus centros son móviles o itinerantes. Para los magistrados disidentes el que los demandantes hayan prestado servicios en diversos centros de trabajo, todos situados en la misma provincia, no es suficiente para aplicar la exclusión del artículo 40.1 TRET porque se trataba de centros que están permanentemente ubicados en un lugar concreto y estable, por lo que no pueden considerarse como espacialmente indeterminados ni tampoco afectados de emplazamiento múltiple.

Otro tema para el debate es si, necesariamente, todos los supuestos de trabajo en centros móviles deberían excluirse del artículo 40 TRET y por tanto igualmente del artículo 138 LJS: en el caso de los buques de la marina mercante se ha defendido que conforme a la Ley de Puertos hay que diferenciar cuatro tipos de navegación: interior, cabotaje, exterior y extranacional⁶⁰. Y RIBES MORENO concluye que no todas estarían excluidas de la aplicación del artículo 40 TRET con apoyo en la STSJ de Andalucía de 19 de julio de 2010⁶¹ sobre traslado de trabajadores de un buque a otro del mismo grupo de empresas navieras.

7. Rasgos configuradores del proceso de movilidad geográfica

El procedimiento de movilidad geográfica es un proceso preferente y urgente⁶². Ello implica que le sea aplicable el artículo 43.4 LJS y, por tanto, que el mes de agosto se considere hábil⁶³.

La impugnación de la orden de movilidad geográfica queda exceptuada del requisito del intento de conciliación (artículo 64 LJS).

Cabe solicitar medidas cautelares (artículo 79 LJS), tal y como indica la STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2019⁶⁴.

⁵⁹ STS de 14 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6511).

⁶⁰ RIBES MORENO, M.^a Isabel, “La Movilidad Geográfica y los Centros de Trabajos Móviles o Itinerantes”, *ob cit.*, p. 31.

⁶¹ STSJ de Andalucía de 19 de julio de 2010 (ECLI:ES:TSJAND:2010:4064).

⁶² STS de 26 febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:884).

⁶³ El proceso de movilidad geográfica es preferente sobre el del artículo 177 LJS.

⁶⁴ STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:14376): “*el procedimiento del artículo 138 LJS no requiere de conciliación previa, tiene una acción con un plazo de caducidad de veinte*”

De conformidad con el artículo 26.1 LJS las acciones de movilidad geográfica no podrán “*acumulares entre sí a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvencción*”.

Ante una orden de traslado no procede accionar por despido encubierto, sino que la acción correcta a interponer es la de la oposición al traslado⁶⁵.

8. Legitimación activa y pasiva

El procedimiento del artículo 138 LJS se inicia por demanda de los trabajadores afectados por la orden empresarial de movilidad geográfica, “*pero cabría la reclamación plural si afecta a un conjunto de trabajadores extramuros del proceso de procedimiento colectivo, que dará origen a sendos procesos acumulados*”⁶⁶.

No están legitimados a los efectos del artículo 138 LJS los representantes de los trabajadores. Estos pueden, no obstante, cuando se trate de la modalidad de traslado colectivo impugnar la decisión empresarial. Pero puesto que no hay un cauce procesal específico para la acción colectiva de movilidad geográfica se habrá de tramitar por el procedimiento colectivo, de conformidad con el artículo 153.1 LJS⁶⁷.

Demandado lo será el empresario en todo caso. Pero también habrán de serlo (litisconsorcio pasivo necesario) los representantes de los trabajadores cuando se trate de un traslado colectivo y la medida cuente con la conformidad de aquellos.

Igualmente, cuando el objeto del debate verse sobre las preferencias atribuidas a determinados trabajadores, estos habrán de ser demandados (artículo 138.2 LJS). Dicha previsión ha de ser puesta en conexión con el artículo 40.7 TRET que proclama que “*los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo*

días y es de tramitación urgente y preferente, no debiendo olvidarse también la posibilidad, en caso necesario, de solicitar medidas cautelares del órgano judicial al amparo del artículo 79 de la misma Ley”.

⁶⁵ STSJ de Andalucía de 29 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016).

⁶⁶ ALEMÁN PÁEZ, Francisco, *La Movilidad Geográfica. Problemática Social y Régimen Jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 113.

⁶⁷ ROMERO BURILLO, Ana María, “La Impugnación Individual de la Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 2, 2012, p. 3: “*el artículo 138 LRJS no agota las vías judiciales de impugnación de las decisiones empresariales adoptadas en el marco del artículo 40, ya que se sigue manteniendo la posibilidad de reclamación por medio del proceso de conflictos colectivos. Lo cual tiene su justificación en el establecimiento por parte de la legislación sustantiva de dos procedimientos diferentes para la adopción de las medidas de movilidad geográfica, fijándose uno de carácter individual y otro de carácter colectivo*”.

alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”.

La garantía reconocida a los representantes legales de los trabajadores se extiende a los delegados sindicales. Con el reconocimiento de este derecho preferente de permanencia de los representantes se pretende evitar conductas antisindicales por parte del empresario conducentes a impedir la labor sindical, o que la movilidad geográfica se convierta en un instrumento de represalia. Pero, como afirmó la STC de 7 de febrero de 1996⁶⁸: *“el derecho de libertad sindical no otorga a su titular un blindaje o inmunidad frente a todo cambio de puesto de trabajo, impidiendo al empleador adoptar medios que desde el punto de vista organizativo considere adecuados para el mejor funcionamiento o eficacia de la empresa, debiendo presumirse la legitimidad del ejercicio de la facultad empresarial de movilidad cuando esta se acomode a las prescripciones de la legalidad ordinaria, que solo puede quedar enervada cuando se acredite, según indicios racionales, que se ha ejercitado o llevado a cabo con el fin de impedir, limitar o sancionar el ejercicio individual del derecho fundamental, indicios cuya concurrencia imponen al empleador la prueba de que el cambio de puesto de trabajo obedece a motivos objetivos”.*

Caso de que no pueda probarse la objetividad del traslado del representante tampoco podrá ampararse la orden en el *ius variandi* del empleador y se calificará como un abuso de derecho contrario a la libertad sindical del trabajador⁶⁹.

Es decir, aunque en algunos supuestos se ha calificado el traslado de nulo por vulneración del derecho fundamental de libertad sindical⁷⁰, ello no implica que por el mero hecho de ser el trabajador representante de los trabajadores se produzca automáticamente dicha vulneración. De hecho, son mayoría las sentencias analizadas que desestiman lesión de derechos fundamentales por esta causa.

Por último, señalar la falta de legitimación pasiva del FOGASA en los procesos de impugnación de movilidad geográfica⁷¹.

⁶⁸ STC de 7 de febrero de 1996 (RTC 1996\17).

⁶⁹ STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2005 (ECLI:ES:TSJCAT:2005:1077).

⁷⁰ STSJ C. Valenciana de 7 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TSJCV:2017:2193).

⁷¹ VV.AA., *Practicum. Proceso Laboral, ob cit.*, p. 889.

9. Competencia objetiva y territorial

A la impugnación individual de movilidad geográfica regulada en el artículo 138 LJS se le aplica el artículo 6 LJS: “los juzgados de lo social conocerán en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social, con excepción de los asignados expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional en los artículos 7, 8 y 9 de esta Ley y en la Ley Concursal”⁷².

A la acción individual le es igualmente aplicable el artículo 10 LJS, relativo a la competencia territorial de los juzgados de lo social.

En conclusión, en primera instancia conocerán de la demanda los juzgados de lo social, tanto si se trata de impugnación individual de una orden desplazamiento o de traslado.

10. La demanda

Ya se califique el traslado de individual o colectivo, el artículo 40.1 TRET reconoce al trabajador tres alternativas: optar por acatar la orden de traslado⁷³, extinguir indemnizadamente el contrato laboral e impugnar judicialmente la orden. En caso de desplazamiento, solo prevé el artículo 40.6 TRET una opción: impugnación judicial en los mismos términos previstos en el artículo 40.1 TRET para los traslados.

La demanda tendrá por objeto restituir al trabajador a su centro de trabajo de origen, pero sin que su interposición afecte a la ejecutividad de la orden empresarial para no interferir en la flexibilidad de gestión.

El cauce procesal para impugnar individualmente las órdenes empresariales de traslado y de desplazamiento es el regulado en el artículo 138.1 LJS, incluso cuando el empresario haya incumplido los requisitos formales que impone el artículo 40 TRET, en especial la notificación escrita al trabajador y el preaviso mínimo establecido⁷⁴.

Precisamente, la actual redacción del artículo 138.1 LJS tiene por objeto “evitar los efectos indeseados que podrían derivarse de una aplicación rigurosa de la vieja doctrina

⁷² Por tanto, como regla general será el orden social el competente para conocer de la demanda, salvo cuando sea aplicable el artículo 169 Texto Refundido de la Ley Concursal, que establece que “*declarado el concurso...el traslado se tramitará por las reglas establecidas en esta Subsección cuando tenga carácter colectivo*”.

⁷³ LOUSADA AROCHENA, Fernando, “Movilidad Geográfica y Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5, 2011, p. 137-147.

⁷⁴ STS de 26 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:884).

jurisprudencial, ya superada con la nueva LJS, según la cual la omisión del empleador del procedimiento previsto legalmente para acordar la movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tanto colectivas como individuales, implicaba que aquel no podía alegar en el acto del juicio la excepción de caducidad de la acción ejercitada por entenderse en tal supuesto que el proceso seguido es el ordinario, lo que suponía en la práctica dejar en manos del empresario incumplidor la elección de la modalidad procesal que más pudiera convenirle en cada momento y el acceso al recurso de suplicación”⁷⁵.

El artículo 40.2 TRET señala que cuando se hubiera iniciado el proceso individual, si se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, se paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución. Aunque el citado artículo 40.2 TRET no proclame expresamente el efecto de cosa juzgada de la sentencia colectiva sobre las individuales, sí que lo hace el artículo 138.4 LJS al remitirse al artículo 160 LJS cuyo apartado quinto⁷⁶ proclama que: *“la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquel, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquella como sentencia contradictoria”*.

10.1. Plazo de caducidad y de prescripción

El plazo de caducidad para ejercitar la acción es el regulado en el artículo 59.4 TRET⁷⁷ y 138.1 LJS: los veinte días (hábiles) siguientes a la notificación de la orden empresarial⁷⁸. Y ello porque *“esta acción lo que persigue es tratar de impedir el traslado, cuya materialización es inmediata, por lo que su naturaleza es obviamente urgente”⁷⁹*.

En palabras de la STS de 21 de octubre de 2014⁸⁰ *“la fijación de un plazo de caducidad perentorio constituye una garantía de la seguridad jurídica que para las partes se ha de*

⁷⁵ STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TSJM:2013:15953, con cita de numerosas sentencias del Tribunal Supremo).

⁷⁶ El artículo 138.4 remite por error al artículo 160.3 LJS cuando el correcto es el 160.5 LJS.

⁷⁷ El plazo de caducidad del artículo 59.4 TRET es igualmente aplicable al procedimiento de conflicto colectivo. Cfr. VV.AA, *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, 5ª ed., Lefebvre, Madrid, 2018, p. 367.

⁷⁸ STS de 3 de abril de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2632).

⁷⁹ STS de 29 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7788).

⁸⁰ STS de 21 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5700).

derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social”.

Pero el plazo para interponer la demanda no comienza a computar desde el momento en que el trabajador conoce la decisión empresarial sino a partir de la notificación por escrito (138.1 LJS).

En caso de omisión de la notificación empresarial no da comienzo la caducidad de la acción, sino que se inicia el plazo de prescripción de un año (artículo 59.2 TRET en conexión con el 138.1 LJS). Es decir que “*si desde que se produjo la modificación ha transcurrido más de un año sin que los trabajadores reaccionasen contra la misma, la acción estaría prescrita*”⁸¹.

La fecha de notificación es, en cualquier caso, un dato clave a efectos de deslindar entre las modalidades de traslado puesto que el período de noventa días para computar los umbrales entre el traslado individual y colectivo se cuenta desde la fecha de la notificación de la orden de traslado.

10.1.1. Notificación orden de traslado

El artículo 40.1 TRET obliga al empresario a notificar la orden de traslado al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días (hábiles) a la fecha de su efectividad.

El plazo de treinta días entendemos que es una norma de derecho necesario que puede ser ampliado, pero no reducido por convenio ni por contrato. No aborda el legislador las consecuencias del incumplimiento del plazo mínimo de preaviso al trabajador ni prevé que los defectos formales puedan ser objeto de subsanación (a diferencia de lo regulado en el artículo 55.2 TRET).

La notificación no puede sustituirse por un anuncio en el tablón de anuncios⁸².

La omisión de la notificación escrita conlleva que la orden no pueda ser ejecutiva. Asimismo, para que la orden sea legítima es necesario que la notificación provenga de quien tenga competencias para impartirla.

Respecto a la notificación, *de lege ferenda* el TRET debería exigir la forma escrita, no solo por seguridad jurídica para ambas partes sino por coherencia con la redacción del

⁸¹ VV.AA., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ob cit.*, p. 366.

⁸² STS de 21 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3167).

artículo 138.1 de la LJS que para determinar el *dies a quo* para presentar la demanda en los procesos individuales por movilidad geográfica toma como referente la fecha de “la notificación por escrito de la decisión” empresarial. A *contrario sensu* hay que interpretar que el plazo para ejercer las acciones derivadas de una orden verbal de traslado no comienza a computar hasta que se subsane la falta de forma escrita de la notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores.

A diferencia de lo que ocurre con la carta de despido no exige el TRET ningún contenido mínimo respecto del contenido de la notificación del traslado, pero *de lege ferenda* sí debiera exigirse que cuando menos el empresario explicitara la causa concreta que motiva la orden de traslado para que el trabajador pudiera, en su caso, fundar la demanda contra dicha orden. Igualmente sería conveniente que se incluyera en la notificación el centro de trabajo al que se traslada al trabajador y las alternativas legales que puede ejercitar contra dicha orden, así como los plazos para ejercitarlas.

10.1.2. Notificación orden de desplazamiento

El artículo 40.6 TRET meramente establece que los trabajadores habrán de ser “informados” 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.

Esto indudablemente plantea problemas interpretativos por cuanto que el artículo 138.1 LJS ha obviado completamente las peculiaridades intrínsecas de esta modalidad de movilidad geográfica: en el caso del desplazamiento si no existe notificación a partir de la cual comenzar a computar el plazo para interponer la demanda no es nunca por omisión de normas procedimentales por parte del empresario, sino porque el TRET no exige notificación.

Por ello, en defecto de notificación escrita el plazo para impugnar la orden de desplazamiento será el de prescripción de un año (artículo 59.4 TRET). Lo cual resulta cuando menos paradójico por cuanto que el cambio temporal de domicilio al que obliga el desplazamiento puede ser de una duración muy inferior al plazo para impugnar dicho cambio.

Igualmente, se ha de tener presente que respecto a la orden de desplazamiento tampoco exige el TRET que el mismo se notifique, ni tan siquiera se informe, a los representantes de los trabajadores.

10.2. La dual notificación y la caducidad de la acción

Conforme al artículo 40.1. TRET destinatarios de la notificación de la orden de traslado son simultáneamente tanto el trabajador como sus representantes legales (si los hubiera). Con ello se garantiza que los representantes puedan comprobar el cumplimiento por parte del empresario del procedimiento para llevar a cabo el traslado y que se han acatado, en su caso, las preferencias en materia de trasladados reguladas en el artículo 40.7 TRET. Pero, sobre todo, les permitirá conocer con exactitud -en el caso del traslado individual y plural- el número de traslados que se vayan produciendo y verificar si se ha superado, o no, el umbral para tramitar el traslado como colectivo conforme al artículo 40.2 TRET.

Puesto que esta dicotomía (individual/colectivo) no existe en el caso del desplazamiento ello puede ser la razón por la cual el artículo 40.6 TRET no exige en este último caso la notificación a los representantes de los trabajadores, ya que el cauce a seguir es el mismo independientemente de cuántos sean los trabajadores destinatarios de la orden de movilidad geográfica.

En cualquier caso, este derecho de los representantes a ser notificados es distinto e independiente del derecho conferido por el artículo 64.5.c) TRET a emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de la decisión de traslado total o parcial de las instalaciones.

A priori, esta doble notificación a trabajadores y sus representantes no debiera plantear problema más allá de tener presente que la notificación habrá de ser enviada igualmente a los delegados sindicales en el supuesto de que estos no formen parte del comité de empresa (artículo 10.3.1 LOLS).

No regula el legislador cuál hubiera de ser el *dies a quo* para la caducidad de la acción si la fecha de notificación al trabajador y a sus representantes no fuera coincidente.

Sin embargo, el principal interrogante que nos suscita la redacción del artículo 40 TRET deriva de que no sea plenamente coincidente con la LJS: mientras que en el primer caso se exige que la notificación se envíe a los trabajadores “*así como a sus representantes*”, en el artículo 138.1 LJS se alude a la notificación por escrito de la decisión “*a los trabajadores o a sus representantes*”.

La redacción de la LJS puede inducir a considerar que el empresario podría optar a quién notificar la orden de traslado, interpretación totalmente errónea porque lo cierto es que ha de hacerlo imperativamente tanto al trabajador como a sus representantes en virtud del artículo 40.1 TRET.

Tampoco se comparte la exégesis según la cual la “referencia a la notificación a los representantes está haciendo mención a la acción colectiva⁸³ porque a esta última no le es aplicable el artículo 138 LJS.

Por otro lado, sobre las consecuencias de la omisión de este deber de notificación a los representantes el legislador guarda silencio. Al margen de que tal proceder sea constitutivo de una infracción administrativa⁸⁴ la cuestión relevante son sus posibles efectos sobre la orden de traslado: ¿Afecta a su ejecutividad? Aparentemente no, porque el TRET parte de la premisa de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación previsto.

Pero no es menos cierto que dicho plazo de incorporación se computará a partir de que sea “*notificada la decisión de traslado*” y puede legítimamente interpretarse que, si se ha incumplido la obligación de notificación dual existiendo representantes de los trabajadores, la omisión de tal requisito conlleva que no empiece a computar el plazo para impugnar judicialmente la orden de traslado. En este sentido podría ser aplicable el razonamiento de la SAN de 12 de junio de 1995⁸⁵ que respecto al plazo de caducidad del artículo 59.4 del ET afirmó que este plazo debe comenzar a correr “*desde el momento en que la modificación sea notificada a los interesados, y como el Estatuto de los Trabajadores exige la notificación a los representantes legales de los trabajadores y dicha notificación no llegó a producirse, resulta obvio que no puede estimarse transcurrido el tiempo exigible para apreciar la caducidad de la acción*”.

La opción que aquí se defiende es que la omisión del deber de notificación dual del empresario no puede perjudicar al trabajador, máxime cuando precisamente la caducidad de una acción es una excepción que a quién beneficia es al empresario. Aceptar que el incumplimiento de la doble notificación no afecta al plazo de caducidad “*supondría primar indebidamente una conducta patronal cuando menos irregular*”⁸⁶.

11. Vista y sentencia

El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda, salvo que el órgano jurisdiccional hubiera recabado al amparo del 138.3 LJS informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social respecto a los hechos

⁸³ VV.AA., *Practicum, Proceso Laboral, ob cit.*, p. 868.

⁸⁴ GARCÍA MURCIA, Joaquín y ESTADA ALONSO, Olga, *La Movilidad Geográfica en la Negociación Colectiva*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006, p. 34.

⁸⁵ SAN de 12 de junio de 1995 (AS 1995\3689).

⁸⁶ STS de 18 de diciembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:8921).

invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes. En tal caso, habrá que esperar a la recepción del informe de la Inspección para la celebración de la vista.

La sentencia deberá dictarse en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva (artículo 138.6 LJS).

Conforme al artículo 138.7 LJS, “*la sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa*”. Igualmente puede la sentencia declarar nula la orden empresarial de movilidad geográfica.

No obstante, en caso de que el objeto de la demanda no sea subsumible en el concepto legal de traslado o desplazamiento conforme al artículo 40 TRET, el juez “*deberá abstenerse de pronunciarse sobre el fondo por no constituir su impugnación objeto posible de esta modalidad procesal y habrá de apreciar la excepción de inadecuación de procedimiento*”⁸⁷.

11.1. Movilidad geográfica justificada

La sentencia declarará justificada la decisión empresarial cuando hayan quedado acreditadas respecto de los trabajadores afectados las razones invocadas por la empresa, tal y como proclama el artículo 138.7 LJS, primer párrafo. Pero, además, la tesis que se defiende es que el empresario habrá de haber cumplido con los requisitos formales que impone el artículo 40 TRET ya que, de lo contrario, entendemos que la sentencia debería declarar la nulidad de la orden empresarial, como se defiende infra en el epígrafe 11.3 *in fine*.

La carga de la prueba de la existencia de las causas que legitiman la orden de traslado recae sobre el empresario⁸⁸.

La sentencia declarará justificada la movilidad geográfica, y absolverá a la parte demandada, cuando se acredite que la orden empresarial se incardina en alguna de las

⁸⁷ GODINO REYES, Martín y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, *El Procedimiento de Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 37.

⁸⁸ STSJ Castilla-León de 11 de febrero de 2010 (ECLI:ES:TSJCL:2010:1166).

causas enumeradas en el artículo 40 TRET que legitiman el recurso a la movilidad geográfica como instrumento de flexibilidad interna empresarial⁸⁹.

A pesar de todo, subsisten zonas grises como evidencia la STSJ de Castilla y León 12 abril 2021⁹⁰: el traslado del notario no constituye la causa económica, técnica, organizativa o de producción para que se reconozcan al trabajador de su notaría las acciones que el artículo 40 TRET prevé para el supuesto de traslado.

Se ha de tener presente que cuando la sentencia declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador en caso de traslado a extinguir el contrato de trabajo con la indemnización prevista en el artículo 40.1 TRET, pudiendo ejercer esta opción en el plazo de 15 días (artículo 138.7 LJS, segundo párrafo).

Desde la STS de 21 de diciembre de 1999⁹¹ quedaron despejadas las sombras que la redacción del artículo 40 TRET⁹² arroja sobre si la opción por impugnar judicialmente la orden empresarial de traslado es compatible con el derecho a extinguir indemnizadamente el contrato.

Por tanto, *“en caso de que el trabajador opte por la alternativa de impugnar la decisión empresarial ante el juzgado de lo social con la finalidad de ser repuesto en sus anteriores condiciones, y se declare la modificación justificada, entonces también existirá el derecho de opción del trabajador por rescindir indemnizadamente su contrato, y esta opción ha de ser ofrecida por el mismo fallo de la sentencia. Ello significa que la opción por la rescisión indemnizada no es una alternativa que se pierda en caso de impugnación de la modificación por vía judicial, ya que el sentido de la ley es permitir que el trabajador combata tal decisión si considera que carece de justificación legal, sin obligarle a la alternativa de abandonar el trabajo, aunque sea con una indemnización o*

⁸⁹ RIVERO LAMAS, Juan, “La Nueva Movilidad Geográfica y la Protección contra los Traslados Injustificados”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 4, 1997, p. 232 *“la movilidad geográfica aparece como una medida de flexibilidad positiva tendente a ocupar a los trabajadores donde son precisos, a evitar despidos y reducir costes indirectos del trabajo”*.

⁹⁰ STSJ de Castilla y León 12 abril de 2021 (ECLI:ES:TSJCL:2021:1212) con cita de su sentencia de 1 de abril de 2009 (ECLI:ES:TSJCL:2009:1527).

⁹¹ STS de 21 de diciembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:8309).

⁹² El artículo 40.1 dispone que *“notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades...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”*.

impugnar con pérdida de la posibilidad de rescisión indemnizada”⁹³. La actual redacción del artículo 138 LJS resuelve la incógnita sobre el plazo para ejercer en estos casos la opción por la indemnización al fijarlo en quince días (que deberá computarse desde la notificación de la sentencia al trabajador).

Obsérvese como el derecho a extinguir indemnizadamente solo se predica respecto del traslado, no estando previsto en el artículo 40.6 TRET para el desplazamiento. Por tanto, en este último caso si la sentencia declara justificado el desplazamiento, el trabajador habrá de continuar prestando servicios en el centro de trabajo al que haya sido desplazado u optar por extinguir el contrato sin derecho a indemnización.

11.2. Movilidad geográfica injustificada y reintegro

Si la sentencia declara injustificada la orden empresarial porque no concurren las causas legalmente establecidas en el artículo 40 TRET para la movilidad geográfica⁹⁴, el trabajador tendrá derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos (artículo 138.7 LJS, tercer párrafo).

De lo anterior se deduce que la acción de indemnización es acumulable a la de impugnación de la orden de movilidad geográfica. Entre esos daños indemnizables entendemos deben incluirse los gastos del traslado por retorno al domicilio de origen, tanto del propio trabajador como de los familiares a su cargo. Estos gastos serían los previstos en el artículo 40.1 TRET y *“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”*.

Puesto que la orden de traslado es ejecutiva se plantea la cuestión de si el trabajador que por sentencia sea repuesto a su centro de trabajo de origen ha de restituir lo percibido en su día en concepto de compensación de gastos por traslado. Al respecto, la STSJ de Islas Canarias de 29 diciembre de 2010⁹⁵ declaró que el hecho de que traslado no haya sido definitivo, al anularse por decisión judicial, no impide que hubiera habido un traslado efectivo y sin que por ello se constate enriquecimiento injusto por parte de los trabajadores.

⁹³ STSJ de Cataluña de 1 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJCAT:2017:7929).

⁹⁴ GARCÍA MURCIA, Joaquín y ESTRADA ALONSO, Olga, *La Movilidad Geográfica en la Negociación Colectiva*, ob cit., p.27: *“aunque se formulan con cierto detalle, las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción presentan inevitablemente una dimensión genérica, lo que hace que su concurrencia o no haya de valorarse a través de indicadores o circunstancias más concretas”*.

⁹⁵ STSJ de Islas Canarias de 29 diciembre de 2010 (ECLI:ES:TSJICAN:2010:4405).

No contempla el legislador la hipótesis de que la sentencia declarase injustificada la decisión empresarial, pero al trabajador no le interesase ya reincorporarse a su puesto de trabajo, ¿Cabe en este caso también optar por la extinción indemnizada en la cuantía prevista en el artículo 40.1 TRET?

Partiendo de la base de que la impugnación y la extinción simultáneas son incompatibles porque tienden a finalidades opuestas, cabría responder afirmativamente aplicando los argumentos contenidos en la STS de 21 de diciembre de 1999⁹⁶ que afirmó que *“no existe argumento atendible que autorice a pensar que la deducción de demanda impugnativa excluye una ulterior petición extintiva”*. Para el Tribunal Supremo prima el derecho a la tutela judicial efectiva que se vería afectado si, tras impugnar, el trabajador no pudiera extinguir con derecho a indemnización. Máxime cuando en el caso de traslado colectivo tras haberse dictado sentencia de conflicto colectivo no se discute que el trabajador conserve el derecho unilateral a extinguir el contrato cobrando la indemnización legalmente prevista.

A favor de esta tesis también puede invocarse la STSJ de Aragón de 15 mayo 2019⁹⁷ que no consideró la acción caducada para reclamar la indemnización por extinción conforme al artículo 40.1 TRET por el hecho de que el trabajador que impugnó desistiera posteriormente. Y no se alcanza a comprender por qué debería ser de peor condición jurídica el trabajador que obtiene un pronunciamiento judicial declarativo de orden de movilidad geográfica injustificada que el que desiste antes del fallo o del que ve desestimada su demanda por declarar la sentencia justificado el traslado.

En el hipotético supuesto planteado, el plazo para reclamar la indemnización por extinción sería el general de un año, no el específico de 15 días que solo está legalmente previsto para el supuesto de que la sentencia declarase justificada la orden de traslado, no para el supuesto de desistimiento y menos aún para el caso de que la sentencia declare injustificada la orden.

En otro orden de ideas, hay que traer a colación el artículo 138.8 LJS que dispone que *“cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el juzgado de lo social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en el artículo 50.1.c) TRET”*.

⁹⁶ STS de 21 de diciembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:8309).

⁹⁷ STSJ de Aragón de 15 mayo de 2019 (ECLI:ES:TSJAR:2019:1137).

Es aplicable “*la regla general de ejecución a instancia de parte, de manera que el juzgado no iniciará actuación alguna de oficio para comprobar el cumplimiento de la sentencia. La conjunción “y” pone de relieve que la única forma posible de ejecución es la solicitud de extinción del contrato por incumplimiento empresarial del fallo de la sentencia*”⁹⁸.

Serán aplicables los plazos y requisitos establecidos para el incidente de readmisión (artículos 279 a 281 LJS). Pero dado los problemas interpretativos que plantea la remisión al incidente de readmisión por despido para los supuestos de movilidad geográfica se han defendido una diversidad de plazos para ejercer la acción para instar la ejecución del fallo: veinte días⁹⁹, diez días y hay también autores que se han decantado por defender que serán los tres meses siguientes a la firmeza de la sentencia (artículo 279.2 LJS)¹⁰⁰.

El juez competente dictará auto despachando la ejecución por la vía de incidente de no readmisión y seguidamente, el secretario señalará la vista del incidente dentro de los cinco días siguientes, citando de comparecencia a los interesados (artículo 280 LJS). Y dentro de los tres siguientes (y sin que sea necesario un nuevo proceso declarativo) el juez dictará auto en el que, cuando proceda, declarará extinguido el contrato con derecho a cobrar la indemnización prevista para el despido improcedente (treinta y tres días de salario por año de antigüedad, con un máximo de 24 mensualidades).

Asimismo, en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades, prorrateándose los períodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto” (artículo 281.a) LJS).

En caso de que los trabajadores ejecutantes sean representantes de los trabajadores puesto que la LJS no se remite al procedimiento de ejecución de despido improcedente, se ha defendido que también en estos caso corresponde al empresario la opción entre restituir al trabajador a su centro de trabajo de origen o extinguir el contrato con la indemnización prevista para el despido improcedente¹⁰¹.

⁹⁸ GODINO REYES, Martín y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, *El Procedimiento de Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo*, *ob cit.*, p. 59-60.

⁹⁹ VV.AA., *Practicum. Proceso Laboral*, *ob cit.*, p. 902.

¹⁰⁰ GODINO REYES, Martín y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, *El Procedimiento de Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo*, *ob cit.*, p. 61.

¹⁰¹ GODINO REYES, Martín y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, *El Procedimiento de Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo*, *ob cit.*, p. 64.

Por último, y aunque en el caso del desplazamiento el artículo 40.6 TRET no regula el derecho a extinguir indemnizadamente del trabajador, podría ocurrir que si la sentencia declara injustificado (o nulo) el desplazamiento temporal del trabajador y el empresario no lo restituye a su centro de trabajo de origen, se extinga el contrato con la indemnización prevista para el despido improcedente a través del incidente de no readmisión o readmisión irregular.

11.3. Nulidad

La sentencia también podrá declarar la orden empresarial nula en los supuestos contemplados en el artículo 138.7 LJS:

- Se consideran efectuados en fraude de ley y declarados nulos y sin efecto los traslados individuales que habrían de haber sido tramitados como colectivos por sobrepasar los umbrales marcados en el artículo 40.2 TRET en conexión con el artículo 40.1 *in fine* del mismo cuerpo legal.
- Cuando se hayan incumplido las normas relativas al período de consultas exigidas por el artículo 40.2 TRET, como son la correcta constitución de la comisión negociadora, la comunicación a los representantes, la negociación de buena fe o la notificación a la autoridad laboral.
- Cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador¹⁰².
- Será declarado nula la orden de movilidad geográfica durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere el artículo 45.1.d) TRET, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- Será declarada nula la orden de movilidad geográfica de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del TRET, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad

¹⁰² STSJ de Extremadura de 27 de julio de 2005 (ECLI:ES:TSJEXT:2005:1158).

geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

- Será declarada nula la orden de movilidad geográfica a 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 el caso de que la sentencia declare la nulidad de la orden empresarial de movilidad geográfica, su ejecución se efectuará en sus propios términos salvo que el trabajador inste la ejecución prevista en el apartado 138.9 LJS. Es decir, que el trabajador puede optar por la extinción del contrato con abono de la indemnización prevista para el despido improcedente.

Ha de tenerse presente que aunque se invoquen vulneración de derechos fundamentales en la demanda, esta ha de tramitarse necesariamente conforme a lo previsto en el artículo 138 LJS y no a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, conforme al artículo 178 en conexión con el artículo 184 LJS¹⁰³.

Una cuestión que no resuelve expresamente el artículo 138 LJS es la controversia sobre cómo han de calificarse los traslados realizados en caso de incumplimiento de los requisitos formales exigidos por el TRET.

Negando la posibilidad de calificarlo como nulo se pronunció la STSJ Castilla-León de 11 de febrero de 2010¹⁰⁴.

Sin embargo, dado que el plazo para impugnar judicialmente se hace depender de la fecha de notificación y que, a su vez, la orden de incorporación al nuevo centro de trabajo no puede ser ejecutiva hasta tanto pase el plazo mínimo de derecho necesario previsto en el TRET, la tesis que se defiende es que el traslado habría de ser calificado nulo si el empresario incumple los requisitos formales exigidos por el legislador para el traslado por cuanto con esa conducta genera indefensión jurídica al trabajador por la incertidumbre sobre el cómputo del *dies a quo* para ejercer las opciones legales que le asisten y sobre los motivos en que podría basar una hipotética demanda. A mayor abundamiento, y dado que el supuesto analizado no encaja en los supuestos en los que la sentencia puede declarar la orden como justificada o injustificada conforme al citado artículo 138.7 LJS, la única alternativa restante es que la sentencia declare la nulidad de la orden empresarial.

¹⁰³ STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TSJM:2014:914).

¹⁰⁴ STSJ Castilla-León de 11 de febrero de 2010 (ECLI:ES:TSJCL:2010:1166).

12. Recurso

La modalidad procesal de la sección 4ª del Cap. V del Título II LJS se caracteriza, entre otras cosas, porque la sentencia está excluida del recurso de suplicación (artículos 138.6 y 191.2. e) LJS). La única excepción que contempla el artículo 138.6 LJS es el supuesto de impugnación individual de un traslado que haya de calificarse como colectivo conforme a los criterios del artículo 40.2 TRET (artículo 138.6 LJS).

Sobre este último supuesto se pronunció la STS de 22 de enero 2014¹⁰⁵ en los siguientes términos: *“la LJS ha supuesto una novedad en este punto respecto de lo que cabía desprenderse del artículo 138 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral, pues allí la admisibilidad del recurso quedaba constreñida -por remisión al art. 189.1.b)- al planteamiento del conflicto colectivo. El precepto vigente vincula la recurribilidad, no a la naturaleza colectiva del litigio, sino a la decisión empresarial. Así, siempre que esta tenga carácter colectivo, cabrá acudir, en su caso, a la suplicación, tanto si la decisión se ataca por los trabajadores individualmente considerados, como si se combate por el cauce del conflicto colectivo por los sujetos legitimados a tal efecto”*.

Como excepción a la regla general de irrecurribilidad de las sentencias tramitadas por el artículo 138 LJS hay que tener presente que, como ha señalado, entre otras, la STS de 3 de noviembre de 2015¹⁰⁶, es recurrible en suplicación toda sentencia que resuelva una demanda que verse sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido: el *“tenor literal del artículo 191.3 LJS con su expresión en todo caso, únicamente puede significar que, en cualquier proceso en el que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, procede la suplicación, aunque en dicho proceso se ejercite una acción que esté excluida de la suplicación. La finalidad de la regla enmarcada en el art. 191.3. f) LJS, al conceder recurso de suplicación, obedece a la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene en nuestro ordenamiento jurídico”*.

A mayor abundamiento, la STC 42/2017 de 24 abril¹⁰⁷ concluyó que *“aunque no exista un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que (configuración legal) ha sido prevista la suplicación por la norma “en todo caso” contra sentencias dictadas en procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 191.3. f) LJS, no cabe interpretar que la remisión del legislador a las modalidades procesales correspondientes del*

¹⁰⁵ STS de 22 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:265).

¹⁰⁶ STS de 3 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5214).

¹⁰⁷ STC 42/2017 de 24 abril (RTC\2017\42), con cita de su sentencia 257/2000 de 30 de octubre (RTC\2000\257).

conocimiento de las demandas que allí se citan, sin dar opción al demandante, en función de la materia en litigio y para una mejor atención del objeto del proceso, pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental”.

En todo caso, conforme al artículo 184 LJS las demandas de movilidad geográficas se han de tramitar inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a la misma, acumulándose las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

También sería recurrible la sentencia por error procedimental¹⁰⁸.

Para concluir señalar que no le ha pasado por alto a la doctrina judicial¹⁰⁹ la “paradoja” de que el traslado individual derivado del *ius variandi* (artículo 40 TRET) no tenga acceso al recurso de suplicación como regla general, mientras que sí lo tienen las manifestaciones del poder de dirección que comporten variación de destino sin cambio de residencia.

13. Conclusiones

- 1) El procedimiento de movilidad geográfica es un proceso preferente y urgente. Ello implica que le sea aplicable el artículo 43.4 LJS y, por tanto, que el mes de agosto se considere hábil. La impugnación de la orden de movilidad geográfica queda exceptuada del requisito del intento de conciliación.
- 2) De conformidad con el artículo 26.1 LJS las acciones de movilidad geográfica no podrán acumularse entre sí a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvencción. Ante una orden de traslado no procede accionar por despido encubierto, sino que la acción correcta a interponer es la de la oposición al traslado.
- 3) La finalidad primordial del artículo 40 TRET es regular la movilidad forzosa que tiene su origen en la voluntad unilateral del empresario. A pesar de que el artículo 40 TRET lleva por rúbrica movilidad geográfica solo los supuestos del apartado primero y sexto se tramitan por la modalidad procesal de movilidad geográfica (artículo 138 LJS). Para el resto de supuestos de movilidad geográfica (incluidos y excluidos del artículo 40) la vía que se defiende es el procedimiento ordinario.

¹⁰⁸ VV.AA., *Practicum, Ob cit.*, p. 903.

¹⁰⁹ STS de 21 mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1876) y de 21 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1748).

- 4) Lo que determina la aplicación del procedimiento del artículo 138 no es el concreto motivo de oposición a la medida de movilidad geográfica, sino el objeto del proceso. Es decir, que se trate de impugnar una medida de movilidad geográfica.
- 5) A diferencia de lo que ocurre con la carta de despido, no exige el TRET ningún contenido mínimo respecto del contenido de la notificación del traslado, pero *de lege ferenda* sí debiera exigirse que cuando menos el empresario explicitara la causa concreta que motiva la orden de traslado para que el trabajador pudiera, en su caso, fundar la demanda contra dicha orden. Igualmente sería conveniente que se incluyera en la notificación el centro de trabajo al que se traslada al trabajador y las alternativas legales que puede ejercitar contra dicha orden, así como los plazos para ejercitarlas.
- 6) El trabajador no solo tiene derecho a extinguir indemnizadamente el contrato cuando se le notifica la orden de traslado, que es una de las opciones prevista por el artículo 40.1 TRET, sino también cuando hubiera optado inicialmente por recurrir judicialmente y la sentencia declarase el traslado justificado. Igualmente cabe esta opción si el trabajador desiste de la demanda tras impugnar la orden empresarial.
- 7) Cuando proceda restituir al trabajador a su centro de origen y el empresario no acate el fallo, a través del incidente de no readmisión o readmisión irregular el juez puede extinguir el contrato reconociéndose al trabajador trasladado o desplazado la indemnización legalmente prevista para el despido improcedente. Y ello independientemente de que se trate de un traslado o un desplazamiento.
- 8) En la modalidad procesal de la sección 4ª del Cap. V del Título II LJS la sentencia está excluida del recurso de suplicación (artículos 138.6 y 191.2. e) LJS). La única excepción que contempla el artículo 138.6 LJS es el supuesto de impugnación individual de un traslado que haya de calificarse como colectivo conforme a los criterios del artículo 40.2 TRET.

14. Bibliografía

AGÍS DASILVA, Montserrat, *El Lugar de Trabajo: Fijación y Modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ALEMÁN PÁEZ, Francisco, *La Movilidad Geográfica. Problemática Social y Régimen Jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001.

GARCÍA MURCIA, Joaquín y ESTRADA ALONSO, Olga, *La Movilidad Geográfica en la Negociación Colectiva*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006.

GODINO REYES, Martín e SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, *El Procedimiento de Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, “Movilidad Geográfica” en: VV.AA., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LOUSADA AROCHENA, Fernando, “Movilidad Geográfica y Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 5, 2011.

PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, *Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial. Impugnación Procesal Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

RIBES MORENO, M^a Isabel, “La Movilidad Geográfica y los Centros de Trabajos Móviles o Itinerantes: una reflexión sobre los buques en la marina mercante”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº1/2016.

RIVERO LAMAS, Juan, “La Nueva Movilidad Geográfica y la Protección contra los Traslados Injustificados”, *Revista Relaciones Laborales* nº 4/1997.

ROMERO BURILLO, Ana María, “La Impugnación Individual de la Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 2, 2012.

ROSELLÓ SABORIT, Ignacio, *Movilidad Geográfica de Trabajadores en España*, Tesis Doctoral Inédita, 2019, Valencia.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda, “Artículo 40. Movilidad Geográfica” en: VV.AA., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, Madrid, 2011.

VV.AA., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, 5^a ed., Lefebvre, Madrid, 2018.

VV.AA., *Practicum*, Proceso Laboral, 2021, Thomson-Reuter, Pamplona, 2021.