

## LA DEFUNCIÓN DEL DERECHO A LA INMOVILIDAD DEL LUGAR DE TRABAJO

**José Gustavo Quirós Hidalgo**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

---

### EXTRACTO

La situación de crisis generalizada, en el contexto de un mundo globalizado y marcado por la necesaria flexibilidad empresarial para su reestructuración y adaptación a las circunstancias en cada momento concurrentes, ha convertido un clásico principio general del derecho laboral, el de la inmovilidad del lugar inicialmente pactado para la prestación de servicios, en una regla vacía de contenido. Desde un punto de vista interno, porque el instituto de la movilidad geográfica ha sido modificado –especialmente en el último trienio– hasta el punto de amparar la libre decisión del titular de la unidad productiva; en un plano internacional, porque las nuevas estrategias de deslocalización y la cada vez más fomentada y facilitada dimensión transnacional de la actividad empresarial abocan al trabajador a un movimiento migratorio con la finalidad de buscar empleo o, en su caso, mantener el que tiene.

**Palabras claves:** lugar de trabajo, traslado, globalización y reforma laboral.

---

*Fecha de entrada: 28-02-2013 / Fecha de aceptación: 27-03-2013*

## DEMISE OF THE RIGHT TO IMMOBILITY OF THE WORKPLACE

José Gustavo Quirós Hidalgo

---

### ABSTRACT

In the context of a globalized world and general crisis, need of business flexibility measures in order to restructure and adapt to the circumstances at any time concurrent, has become a classic general principle of labour law –immobility of the workplace– in a meaningless rule. From a internal point o view, because the institute of workers’ transfer has been modified –especially in the last three years– to the point of protecting the free choice of the company; on an international basis, because new strategies offshoring and increasingly encouraged and facilitated transnational dimension of business worker to lead in fact to a migration in order to seek employment or, if necessary, keep having.

**Keywords:** workplace, transfer, globalization and labour reform.

---

---

## Sumario

1. El lugar de la prestación como objeto de una movilidad geográfica sucesivamente devaluada
2. Los movimientos migratorios en un contexto globalizado y la prioridad del trabajo sobre el lugar de trabajo

## 1. EL LUGAR DE LA PRESTACIÓN COMO OBJETO DE UNA MOVILIDAD GEOGRÁFICA SUCESIVAMENTE DEVALUADA

El lugar de la prestación y su eventual alteración de forma unilateral por parte del empresario constituyen un aspecto del contrato de trabajo sobre el cual las sucesivas reformas legales, con la finalidad de adaptar la regulación aplicable a las circunstancias concurrentes en cada momento, han venido incidiendo –en sus vertientes tanto sustantiva como procesal– con un menor alcance a lo experimentado por otros institutos como la suspensión o la extinción<sup>1</sup>, pero, no obstante, nunca han dejado de ser percibidas por el trabajador medio con idéntica o mayor desazón, dada su especial capacidad de enraizamiento en su ámbito vital geográfico y su fuerte aversión al traslado<sup>2</sup>.

Las modificaciones operadas en el artículo 40 del ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, promulgada en el contexto de una interminable e inabarcable crisis económica, retoman la excusa de la flexibilidad interna como alternativa al despido para facilitar las decisiones empresariales de movilidad geográfica y evitar en lo posible no solo la continua sangría de puestos de trabajo sino también otras medidas más traumáticas que el cambio del lugar de la prestación; en una lectura inversa, «significa reconocer la existencia de una relación directa entre la destrucción de empleo y la insuficiencia en el ordenamiento laboral español de mecanismos que permitan la adaptabilidad organizativa y productiva de la mano de obra, modificando la aplicación de los contratos laborales de la plantilla»<sup>3</sup>.

En cualquier caso, la ya vetusta reforma de 1994, llevada a cabo en una época marcada por similares y adversos condicionantes y con índices de paro comparables, aplicó con la misma finalidad una profunda remodelación de las previsiones contenidas en la norma estatutaria de 1980<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> No solo por su mayor relevancia jurídica y social, sino tal vez también debido a la creencia de que la movilidad geográfica supone, habitual aunque no necesariamente, la existencia de una unidad productiva de cierta dimensión, de tal forma que quedarían al margen el sinfín de pequeñas y medianas empresas que ocupan en un altísimo porcentaje a la población activa, PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pág. 44.

<sup>2</sup> Frente a lo que ocurre en otras naciones del entorno, en nuestro país el trabajador opta en un elevado número de ocasiones por la extinción indemnizada del contrato, desechando el cambio de residencia, SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «Prólogo», en CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica*, Valladolid: Lex Nova, 1995, pág. 12.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «La movilidad geográfica», en AA. VV. (FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., dir.): *Estudios sobre las últimas reformas laborales. Efectos de la crisis en el derecho del trabajo*, León: Eolas, 2011, pág. 115.

<sup>4</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: «La reforma de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010, pág. 248.

la cual ha llegado prácticamente intacta hasta el año 2010. Los cambios introducidos en el último trienio han sido utilizados, sobre todo, para reflejar de forma expresa en el texto legal criterios jurisprudenciales consolidados, subsanar otras deficiencias subsistentes y advertidas por la doctrina<sup>5</sup> o incluir livianas concesiones a los sindicatos como contrapartida a la sustracción de parte de su protagonismo en el marco general de las relaciones laborales colectivas; solo en menor medida han seguido profundizando en esa flexibilidad<sup>6</sup> –tal vez debido a la absoluta certeza del legislador de que pocas concesiones más quedan por hacer para facilitar las decisiones empresariales sin anular virtualmente la actual movilidad geográfica–, si bien al punto de haber eliminado cualquier vestigio de intervención administrativa capaz de restringir la facultad del titular de la unidad productiva para modificar el lugar de trabajo inicialmente pactado y reconducir su frustración hacia nuevos despidos.

En cambio, a lo largo del camino de búsqueda constante del remedio definitivo han sido desaprovechadas varias ocasiones para establecer reglas precisas sobre la movilidad simple amparada por el poder de dirección ordinario –*ius variandi*–<sup>7</sup> y sobre el indeterminado, problemático y casuístico concepto de «cambio de residencia» –a buen seguro, remitiendo a la negociación colectiva con la intención de no caer en excesos o defectos que pudieran luego encorsetar la potestad empresarial–<sup>8</sup>, así como para recuperar del vacío normativo otros supuestos de usual recurso en situaciones críticas, como el cambio de lugar de trabajo efectuado por acuerdo individual, en el seno de un grupo de empresas o con destino a un país extranjero; cuestiones todas ellas que «por razones de claridad y, en especial, de atención a sus singularidades, sería oportuno abordar en algún momento»<sup>9</sup>.

A la hora de descender a un análisis pormenorizado de las respuestas legislativas a las coetáneas demandas del mercado laboral y sus efectos en esta materia, cabe comenzar recordando que si bien hasta la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, no existió una ordenación laboral general de la movilidad geográfica, desde el Decreto de 26 de enero de 1944 la facultad empresarial para alterar el lugar de la prestación de servicios –entre otras condiciones– quedaba sometida a la expresa autorización administrativa –como ya ocurría para las suspensiones y las extinciones con-

<sup>5</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La reforma de los arts. 40 y 41 ET», en AA. VV. (MONTÓYA MELGAR, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F., dirs.): *Comentario a la reforma laboral de 2010*, Cizur Menor. Thomson-Civitas, 2011, págs. 193 y 194.

<sup>6</sup> De ahí que algún reconocido autor las haya considerado en algún momento como reformas «marginales», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010», *Relaciones Laborales*, núms. 15-16, 2010, pág. 6.

<sup>7</sup> Por ejemplo, sobre el aumento del tiempo necesario para efectuar el trayecto desde el domicilio hasta el nuevo centro de trabajo y los consiguientes gastos, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F.: «Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, tomo I, 2000, págs. 852-855.

<sup>8</sup> Pues es ese cambio el que determina la existencia de movilidad geográfica y la necesidad de observar el artículo 40 del ET, ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Claroscurios de la movilidad geográfica», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 10, 2006.

<sup>9</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «La flexibilidad interna en la reforma de 2010», *Relaciones Laborales*, tomo II, 2010, pág. 182.

tractuales a partir del Decreto de 29 de noviembre de 1935— «bajo la idea de que el poder público funcionaba como un árbitro óptimo y como factor protector de los derechos de los trabajadores»<sup>10</sup>.

Con leves transformaciones, el Estatuto de 1980 recogió aquel diseño<sup>11</sup> y, bajo el sacrosanto derecho del trabajador a la inamovilidad, distinguió entre traslado y desplazamiento en atención a la duración del cambio por un periodo superior a un año, condicionando el primero, salvo los referidos a los vínculos específicamente concertados en empresas con centros móviles o itinerantes, y sin variantes procedimentales en función del número de afectados, a la concurrencia de razones técnicas, organizativas o productivas o a contrataciones referidas a la actividad empresarial que lo justificara y a la aprobación por la autoridad laboral en el improrrogable plazo de 30 días —otorgando al silencio carácter positivo—, reconociendo al trabajador en tal caso la opción entre aceptar la medida e incorporarse al nuevo destino en el plazo fijado al efecto —no inferior a 30 días— con derecho a una compensación por los gastos propios y de los familiares a su cargo —en los términos a convenir entre las partes, respetando los límites mínimos establecidos por convenio colectivo—, así como el «derecho del consorte»<sup>12</sup> perteneciente a la misma empresa a un puesto disponible en la misma localidad o, por el contrario, extinguir su contrato con la indemnización equivalente a una resolución autorizada por causas tecnológicas o económicas; regulando el segundo para garantizar los gastos de viaje y dietas, reservar un permiso de 4 días laborables de estancia en el domicilio de origen por cada 3 meses de desplazamiento sin computar como tales los de viaje —cuyos gastos correrían a cargo del empresario— y atribuir a la autoridad laboral la competencia para dirimir en el plazo máximo de 10 días una eventual y justificada oposición del empleado que en ningún caso evitaba la ejecutividad de la decisión; y, en fin, otorgando a los representantes legales la prioridad de permanencia o «ultimidad»<sup>13</sup> en ambos supuestos.

Casi 15 años más tarde, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, en una anunciada reforma —que no ruptura—<sup>14</sup> del sistema jurídico laboral entonces vigente, traspasada literalmente un año después a la versión refundida de 1995<sup>15</sup>, vino a dotar al artículo 40 del ET de la esencia y apariencia que aún hoy conserva.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho del trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid: CGPJ, 1998, pág. 373.

<sup>11</sup> Sobre la norma estatutaria de 1980 y sus antecedentes, CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica*, cit., págs. 57 y ss. o ROJAS RIVERO, G. P.: *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, Madrid: MTSS, 1993, págs. 46 y ss.

<sup>12</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 26.ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, 2009, pág. 357.

<sup>13</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 308.

<sup>14</sup> Si bien el pretendido anuncio ocultaba una realidad distinta, pues la conclusión necesaria era la de calificar los cambios experimentados como «sustanciales», como bien explica BORRAJO DACRUZ, E.: «Prólogo», en ORTIZ LALLANA, M. C.: *La movilidad geográfica en la empresa*, Madrid: Actualidad, 1994, págs. 11 y ss.

<sup>15</sup> Por extenso, sobre las reformas llevadas a cabo sobre la movilidad geográfica en 1994, ORTIZ LALLANA, M. C.: *La movilidad geográfica en la empresa*, cit., págs. 27 y ss.; ROJAS RIVERO, G. P.: «Movilidad y modificación de las con-

Así, y en primer lugar, unificó su exigencia causal con la prevista para el despido, añadiendo a las ya existentes las razones «económicas»<sup>16</sup>, e impuso una descripción teleológica al presumir su concurrencia «cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda», lo cual fue interpretado como un manifiesto intento de «acentuar la discrecionalidad evaluativa empresarial y el momento preventivo respecto a la posible marcha de la empresa, tratándose de una notable ampliación de las posibilidades modificativas de las relaciones laborales tanto de tipo cuantitativo, como, y sobre todo, de carácter cualitativo»<sup>17</sup>.

En segundo término, eliminó la autorización administrativa, asumiendo el legislador que mantener un sistema con amplias facultades públicas de control y decisión no resultaba coherente con la nueva dinámica productiva ni eficaz para la defensa del empleo, pues las dificultades impuestas a la movilidad geográfica pretendida seguían siendo finalmente superadas con medidas de movilidad externa. Así pues, imputó al empresario una facultad inherente a su condición, pero articuló en su sustitución –a modo de contrapesos para impedir una utilización libre y torticera por su parte– una doble garantía.

De un lado, encomendó a los órganos de la jurisdicción social un control *a posteriori*, por cauces procesales específicos, de la efectiva concurrencia de las causas y su contribución a la finalidad apuntada<sup>18</sup>. De esta forma, y sin perjuicio de la ejecutividad de la orden empresarial, el trabajador singularmente afectado ostentaba una posibilidad adicional frente a la anterior alternativa (aceptar la medida con derecho a los gastos procedentes o la extinción indemnizada con 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades), consistente en impugnar el traslado por considerarlo injustificado, manteniendo en caso de ser estimada su pretensión el derecho a ser reincorporado al centro de trabajo de origen, así como «al abono de los daños y perjuicios que la decisión

---

diciones de trabajo en la reforma de la legislación laboral», en AA. VV.: *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral. V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: MTSS, 1996, págs. 274 y ss.; DEL REY GUANTER, S.: «Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», en AA. VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R., coord.): *La reforma laboral de 1994*, Barcelona: Marcial Pons, 1994, págs. 189 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I.: «La nueva regulación de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 43, 1994, págs. 61 y ss. Analizando el artículo 40 en el ET de 1995, entre muchos otros referentes, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F.: «Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)», cit., págs. 851 y ss.

<sup>16</sup> Como venía pidiendo un numeroso sector doctrinal; por todos, SALA FRANCO, T.: *El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa*, Madrid, 1987, págs. 83 y ss.

<sup>17</sup> DEL REY GUANTER, S.: «Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», cit., pág. 199.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho del trabajo tras las últimas reformas flexibilizadas de la relación laboral*, cit., pág. 389.

empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos» (previsión adicionada en el actual artículo 138 LRJS, encargado de regular esta modalidad procesal).

Por otra parte, diferenció entre traslado individual y colectivo en función del número de trabajadores afectados por la medida para, en el segundo supuesto, introducir la participación de los representantes en la toma de decisiones mediante un periodo de consultas, cuya omisión determinaba la nulidad de actuaciones<sup>19</sup>. En concreto, alcanzaría esa consideración cuando incluyera a la totalidad del centro de trabajo si el mismo ocupara a más de 5 trabajadores o, si dirigida solo a una parte, comprendiera en un periodo de 90 días al menos a 10 en empresas con una plantilla de hasta 99; al 10% en las que contaran con entre 100 y 300; y a 30 en aquellas con 300 o más; añadiendo que si con el objeto de eludir tal calificación se procediera a efectuar nuevos traslados en periodos sucesivos de 90 días en número inferior a los umbrales señalados y sin existir distintas causas justificativas, esos traslados posteriores serían considerados fraudulentos y declarados nulos y sin efecto<sup>20</sup>.

El preceptivo y previo periodo de consultas, a desarrollar por una duración no inferior a 15 días entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores –entendidos como unitarios o sindicales, alternativamente, lo que vetaba una negociación conjunta y/o coetánea con ambos–<sup>21</sup>, debería versar sobre las causas motivadoras de la decisión y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los afectados, debiendo negociar bajo los principios de buena fe con la finalidad de alcanzar un acuerdo. Tanto su apertura como las posiciones de las partes tras su conclusión deberían ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento.

La existencia de un acuerdo válido requería la conformidad de la mayoría de los representantes unitarios o sindicales que hubieran participado, exigiendo en este último supuesto que, a su vez, aglutinaran a la mayoría de los miembros del comité de empresa o delegados de personal. En defecto de consenso, la medida de traslado era susceptible de ser impugnada mediante el procedimiento especial de conflicto colectivo regulado en los artículos 153 y ss. de la LRJS, el cual era compatible con las acciones individuales de los afectados, si bien la interposición del primero paralizaba las segundas hasta su resolución.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid: Trotta, 1993, pág. 55, citando las Resoluciones de la Dirección General de Trabajo de 19 de marzo de 1986, 4 de febrero de 1987, 26 de octubre de 1988 y 14 de noviembre de 1990.

<sup>20</sup> Estableciendo así una presunción que habrá de ser destruida por el empresario acreditando que los traslados sobrevenidos obedecen a causas nuevas, MONTOYA MELGAR, A.: «Artículo 40. Movilidad geográfica», en AA. VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor. Thomson-Aranzadi, 2010, pág. 503.

<sup>21</sup> La antigua equiparación del término «representantes» con la unitaria y el acusado debate teórico tras la reforma legislativa de 1994 sobre el verdadero alcance de tal designación, carecen hoy de sentido, al encontrar acomodo pacíficamente tanto aquella como la sindical; por todos, sobre la cuestión, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo», en AA. VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid: Marcial Pons, 1995, pág. 391.

Fuera cual fuere el resultado de las eventuales consultas, la decisión de traslado individual o colectiva debía ser notificada por el empresario a los trabajadores afectados, así como a sus representantes legales con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad.

En fin, el papel de la autoridad laboral quedaba postergado y limitado, en su caso, a una mera orden de ampliación del plazo de reincorporación y la consiguiente paralización de la efectividad de los traslados colectivos –sin ostentar competencia alguna respecto a los individuales– por un periodo de hasta 6 meses cuando las posiciones de las partes en la negociación y las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justificaran.

Mención específica requieren los traslados colectivos en el seno de empresas declaradas en situación de concurso, resultando de aplicación –aun cuando el art. 40 ET ni lo menciona ni hace remisión alguna– el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En tal supuesto, los deseos flexibilizadores colisionan con otros intereses en presencia, de tal forma que, participando del mismo procedimiento que las modificaciones sustanciales de condiciones laborales, suspensiones o extinciones colectivas, las mayores singularidades radican en la iniciativa para su propuesta, compartida entre la empresa, la administración concursal y los representantes de los trabajadores; el desarrollo de las consultas entre estos dos últimos sujetos por una duración máxima de 30 días naturales o 15 en empresas con menos de 50 empleados; la competencia del juez de lo Mercantil, previo informe de la autoridad laboral, para convalidar el acuerdo alcanzado o, en caso de apreciar en su consecución fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o no haber existido consenso final, resolver conforme a derecho –laboral– con un específico régimen de recursos; o, en fin, la suspensión bajo determinados condicionantes<sup>22</sup> de la posibilidad de optar por la extinción indemnizada del contrato durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde el auto judicial que lo autorizó<sup>23</sup>.

Por cuanto hace a los desplazamientos, las novedades radicaban en la obligatoriedad de informar al trabajador de la medida con una antelación suficiente a la fecha de efectos –la cual no podría ser inferior a 5 días laborables si su duración superaba los 3 meses–, la implantación del recurso ante la jurisdicción social –manteniendo la ejecutividad de la orden– en lógica sustitución de la antigua resolución atribuida a la autoridad laboral y la consideración a todos los efectos

<sup>22</sup> Pues la norma impone la mentada suspensión solo cuando «el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de este, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25% de la duración de la jornada diaria de trabajo», GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», *Relaciones Laborales*, núms. 23-24, 2003, págs. 77 y ss.

<sup>23</sup> Sobre la cuestión, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «El procedimiento concursal y las medidas laborales de reestructuración y saneamiento de empresas» y ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Las modificaciones sustanciales como vía de solución de la crisis empresarial», ambos en AA. VV.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: MTAS, 2006, págs. 731 y ss. y 787 y ss., respectivamente, o ALAMEDA CASTILLO, M. T.: «La relación de trabajo en la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio», *Temas Laborales*, núm. 73, 2004, págs. 11 y ss.

como traslado de aquellos desplazamientos cuya duración en un periodo de 3 años excediera de 12 meses, tratando de evitar así los cambios en el lugar de la prestación fraudulentamente fraccionados en varias etapas de menor extensión temporal<sup>24</sup>.

Una década después, el legislador, centrandose en este caso su atención en la parte débil del contrato, promulgó la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pretendiendo ofrecer una respuesta global a una lacra social –siempre existente pero cada vez más patente y reprochable– y garantizar la seguridad y la protección de la mujer afectada, ofreciendo un amplio listado de medidas multidisciplinarias dirigidas no «contra este fenómeno, sino sobre los resultados del mismo»<sup>25</sup>. Dentro de la tutela ofrecida en el ámbito laboral<sup>26</sup>, quien acredite por los medios oportunos su condición de trabajadora maltratada ostenta –entre otras– la facultad de solicitar voluntariamente el cambio de puesto o la movilidad geográfica para preservar su estabilidad laboral y económica, a cuyo efecto resultó incorporado un nuevo artículo 40.3 bis en la norma estatutaria<sup>27</sup>. En concreto, si su efectiva protección o asistencia social integral exige dejar de prestar servicios en el lugar habitual, goza de un derecho preferente a ocupar una vacante del mismo grupo profesional en otro centro de la empresa, la cual queda obligada a tal fin a comunicar las que en cada momento pudieran existir. De acceder a un nuevo destino, su duración inicial será de 6 meses, durante los cuales tiene asegurada la reserva de su puesto de origen; transcurrido ese periodo, puede optar entre regresar o continuar, pero perdiendo en tal caso la reserva. Dejando a salvo un eventual acuerdo entre las partes o el recurso a un nuevo ejercicio de esta peculiar versión de la movilidad geográfica para intentar el retorno<sup>28</sup>, el diseño temporal de este derecho ha sido criticado

<sup>24</sup> Sobre el alcance de la conversión, y aunque dictada con arreglo a la norma de 1980, STS de 5 de noviembre de 1986, núm. 1.916; en la doctrina, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F.: «Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)», cit., págs. 856-857.

<sup>25</sup> VILA TIERNO, F.: «Medidas de mantenimiento de empleo para las trabajadoras víctimas de violencia de género», en AA. VV. (QUESADA SEGURA, R., dir.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada: Comares, 2009, pág. 251.

<sup>26</sup> Un estudio detallado de las prerrogativas laborales y de Seguridad Social en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Madrid: Cinca, 2006; SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.: «Incidencia en el ámbito laboral de la violencia de género», en AA. VV. (DE HOYOS SANCHO, M., dir.): *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid: Lex Nova, 2009, págs. 785 y ss.; o BLASCO RASERO, C.: «La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género: perspectiva social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128, 2005, págs. 491-532.

<sup>27</sup> Aun cuando no deja de ser cierto que constituye «una extraña incrustación en el cuerpo del artículo 40 ET, pues nada tienen que ver con las decisiones de gestión empresarial por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a las que se refiere el resto del artículo 40 ET, los traslados debidos a la protección de los derechos personales/profesionales de la mujer víctima de la referida violencia», MONTOYA MELGAR, A.: «Artículo 40. Movilidad geográfica», cit., pág. 510.

<sup>28</sup> Pues aun cuando decaiga la reserva, cabe entender que nuevamente podría hacer valer su derecho preferente para ocupar un nuevo destino, que bien pudiera ser el suyo originario de seguir vacante; en tal sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género"», *RTSS. CEF*, núm. 264, 2005, pág. 36.

con acierto por su escasa consideración a las necesidades reales, pues no contempla la posibilidad de prórrogas e incluso, en una interpretación literal y extrema de la dudosa redacción legal, tampoco cabría admitir una duración menor a la prevista<sup>29</sup>.

Idéntico trato reciben hoy día, en virtud de la disposición final decimoquinta.3 y artículo 11.3 de la Ley 3/2012, respectivamente, las víctimas de terrorismo (incluidos en el art. 40.3 bis ET) y los trabajadores discapacitados (en previsión específica que da lugar a un nuevo apartado 3 ter en el precepto)<sup>30</sup>, estos últimos con la finalidad de hacer efectivo su derecho de protección a la salud, y siempre y cuando acrediten la necesidad de recibir de forma más accesible un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad en una localidad distinta a la habitual donde la empresa tuviera un centro de trabajo con vacante disponible.

La evolución expuesta hasta el momento no impidió que el correr de los años pusiera de manifiesto el claro fracaso de este instrumento como mecanismo viabilizador de la flexibilidad interna, debido –entre otros motivos– al tejido nanoempresarial español, a las deficiencias legales y a la cultura de la inmovilidad geográfica<sup>31</sup>. Por tal motivo, en el bienio 2010-2011 tuvo lugar una nueva acometida legislativa –que «admite ser calificada como "segunda fase" en la ordenación normativa de la movilidad geográfica»–<sup>32</sup> caracterizada por modificaciones «no muy relevantes»<sup>33</sup> y tendentes en esencia a despejar «las resistencias, los bloqueos y las barreras institucionales, sean administrativas o colectivas»<sup>34</sup>.

En este sentido, el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, modificó el artículo 40.2 del ET en lo referente al traslado colectivo para reducir la duración de las consultas a un periodo «no superior a 15 días improrrogables»,

<sup>29</sup> GALA DURÁN, C.: «Violencia de género y derecho del trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas», *Relaciones Laborales*, tomo I, 2005, pág. 28.

<sup>30</sup> Novedad de carácter tuitivo o protector a propósito del derecho a la salud de los trabajadores. No obstante, no resulta generalizada sino que se ciñe a las personas con discapacidad por lo cual, si bien ha de saludarse favorablemente tal mejora social no puede obviarse su limitado ámbito de aplicación, acorde con la tendencia legislativa de dar cabida a situaciones de colectivos especialmente vulnerables en el mercado de trabajo, MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2012.

<sup>31</sup> PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, cit., pág. 45.

<sup>32</sup> MOLINA MARTÍN, A. M.: «La incidencia de la reforma laboral sobre la negociación colectiva y en materia de movilidad geográfica», en AA. VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., coord.): *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Cinca, 2012, pág. 213.

<sup>33</sup> BAYLOS GRAU, A.: «Movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010», *La Ley*, núm. 7.488, 2010, págs. 24 y 25.

<sup>34</sup> GARCÍA VALVERDE, M. D.: «Movilidad geográfica», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., dirs. y coords.): *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada: Comares, 2011, pág. 189.

de tal forma que el anterior tope mínimo pasaba a ser un máximo absolutamente infranqueable dentro del cual –y no más allá– podía tener lugar el acuerdo o la ruptura de las interlocuciones<sup>35</sup>, abocando a la nulidad del pacto alcanzado con posterioridad<sup>36</sup>. Consciente del indeseado resultado, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de idéntico título, acertó a plasmar el verdadero sentido del remozado precepto eliminando el término «improrrogable», pudiendo ahora entender con meridiana claridad que a la finalización del mentado plazo cesa la obligación de negociar, mas nada impide ni a las partes aumentarlo ni al empresario ejecutar su decisión sin mayor dilación; con todo, el ansia de rapidez y flexibilidad acaba sacrificando la seguridad y la efectividad del procedimiento articulado en garantía de los trabajadores<sup>37</sup>.

Junto a lo anterior, el legislador de urgencia tuvo a bien dar solución a aquellos supuestos caracterizados por la ausencia de representantes unitarios y sindicales, cualquiera que fuera el motivo al que obedeciera dicha ausencia. Lejos de concluir la amortización del trámite, lo que sin duda otorgaría libertad –o flexibilidad total– al empresario para adoptar la medida, y en tanto el artículo 40 del ET en ningún caso lo excepcionaba, los pronunciamientos judiciales y gran parte de la doctrina venían admitiendo sin mayores objeciones la posibilidad de designar una comisión *ad hoc* nombrada por los propios trabajadores<sup>38</sup>, siguiendo la solución ofrecida por el entonces vigente artículo 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

A la hora de corregir el defecto, se optó en un primer momento por un modelo sindical en detrimento de los trabajadores –y tal vez en contra de sus deseos reales–<sup>39</sup>, incorporando a estas organizaciones a un ámbito donde «tradicionalmente han tenido escasas posibilidades de

<sup>35</sup> Lo cual conlleva su riesgo, porque «podría entenderse que no se ha negociado de buena fe si se rompen las negociaciones antes de los quince días», salvo existencia de mutuo acuerdo, «supuesto bastante extraño», PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, cit., pág. 48.

<sup>36</sup> O, a lo sumo, exigiendo una nueva decisión empresarial de movilidad geográfica, reiniciando el procedimiento con otra fase de consultas, SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: «La modificación de condiciones de trabajo tras el RD Ley 10/2010», en AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., dir.): *La reforma laboral de 2010*, Cizur Menor. Aranzadi/Thomson, 2010, pág. 217.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «La movilidad geográfica», cit., pág. 119.

<sup>38</sup> Entre otros ejemplos en los tribunales, STSJ de Cataluña, Cont-Admto., de 8 junio 2005 (rec. núm. 154/1999). En la doctrina, GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa. Naturaleza y régimen jurídico*, Granada: Comares, 2006, págs. 211-212; en sentido contrario, por entender que al no haber sujetos legitimados no son vulnerados los derechos de información y consulta, BLASCO PELLICER, A.: *Los procedimientos de regulación de empleo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pág. 116 o NORES TORRES, L. E.: *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Madrid: CES, 2000, pág. 201.

<sup>39</sup> La virtualidad práctica de esta fórmula fue cuestionada por el eventual rechazo que los trabajadores pudieran mostrar hacia sujetos extraños a la empresa, y más si pertenecen a sindicatos con escasa o nula implantación, por muy representativos que sean, LLANO SÁNCHEZ, M.: «La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2010, pág. 2.460.

actuación»<sup>40</sup>, permitiendo a aquellos atribuir la representación en la negociación a una comisión integrada por un máximo de tres miembros pertenecientes a los sindicatos más representativos y representativos del sector, a designar por la comisión paritaria del convenio colectivo aplicable respetando su representatividad. No obstante, tras la convalidación parlamentaria, la Ley 35/2010 consideró oportuno rectificar y remitir –en vez de repetir– al también modificado artículo 41.4 del ET que, en sede de modificación sustancial de condiciones de trabajo, concede ahora a los trabajadores una doble opción alternativa<sup>41</sup>, que en el hipotético y –a buen seguro– poco frecuente supuesto de no ser ejercitada provocará el mismo resultado que pretendía evitar, la eliminación de las consultas.

En primer lugar, pueden atribuir la representación a una comisión de hasta tres miembros –número aconsejable para evitar el empate– integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por ellos democráticamente, lo que parece exigir la participación personal, libre y directa de los afectados y la elección por la mayoría<sup>42</sup>. Tal posibilidad, criticada por la posible injerencia empresarial, el probable control de sus integrantes, su reducida experiencia en la negociación o el rechazo de los propios trabajadores a participar y adoptar decisiones impopulares para sus compañeros, sobre todo en unidades productivas de reducido tamaño y teniendo en cuenta, además, que para tal cometido no disfrutarán de ninguna de las garantías listadas en el artículo 68 del ET<sup>43</sup>, rompe por el contrario un injustificado monopolio sindical, resulta más respetuosa con la voluntad colectiva en las pequeñas empresas, hace más viable y rápida su propia existencia y permite conocer de forma más directa los problemas<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Y «subrayándose el papel del sindicato como instrumento de representación en la empresa... y el papel de control y seguimiento sobre los actos de inaplicación del convenio de aquellos sujetos que intervinieron en el proceso de negociación del convenio de sector», MERCADER UGUINA, J. R.: «Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010», en AA. VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dirs.): *La reforma del mercado de trabajo*, Valladolid: Lex Nova, 2011, págs. 199-200.

<sup>41</sup> Pues nada tiene que decir el empresario al respecto, MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica», en AA. VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. y GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., dirs.): *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Madrid: Reus, 2011, pág. 323.

<sup>42</sup> Criterios aplicables tanto a la elección de una u otra modalidad de comisión como al nombramiento de los trabajadores integrantes, considerando algún autor que, en cualquier caso, habrá de aplicarse en la medida de lo posible lo previsto en los artículos 77-80 del ET para las asambleas, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Cláusulas de descuelgue empresarial», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., dirs. y coords.): *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., pág. 245.

<sup>43</sup> En definitiva, se ha cuestionado esta fórmula «desde la eficacia vinculante que constitucionalmente se atribuye a los convenios colectivos y que debe ser garantizada por ley... lo que no se hace, ciertamente, con esta regulación», ALFONSO MELLADO, C. L.: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en AA. VV.: *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 7 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 113.

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «La movilidad geográfica», cit., pág. 122 y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; ABRIL LARRAÍNZA, M. P. y MEGINO FERNÁNDEZ, D.: *La reforma laboral de 2010: un análisis teórico-práctico*, Madrid: CEF, 2011, pág. 67.

Como segunda variante –manteniendo la inicialmente prevista con carácter exclusivo<sup>45</sup>, pueden también decidir que dicha comisión quede conformada por idéntico número de personas cuyo nombramiento competará exclusivamente a los sindicatos más representativos y representativos del sector al cual pertenezca la empresa y que estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable (todo ello en relación con los arts. 6 y 7 LOLS y 87.2 y 88 ET, respectivamente). Cuando así ocurriera, conviene tener en cuenta dos precisiones: de un lado, todas ellas participarán «según su representatividad», lo que en muchas ocasiones, dado el reducido número de miembros, determinará la exclusión de sindicatos legitimados en abstracto para formar parte de la citada comisión por aplicación de la regla del reparto proporcional; de otro, con la finalidad de garantizar la igualdad de armas<sup>46</sup>, el empleador –por su propia y libre decisión, sin imposición ajena alguna– podrá delegar su participación en las consultas a favor de cualquier organización empresarial en la cual estuviera integrado, sea o no esta más representativa a nivel autonómico y con independencia de su carácter sectorial o intersectorial, fórmula enrevesada amén de superflua por cuanto siempre le ha estado permitido<sup>47</sup>.

Sea como fuere, en uno y otro caso la comisión debe quedar constituida en los 5 días siguientes al inicio formal –mediante notificación escrita de una a otra parte– del periodo de consultas, sobre el cual opera a su vez un término de 15 días, en una superposición de plazos que determina la imposibilidad de que la demora en el primero permita prorrogar el segundo<sup>48</sup> y la habilitación al empresario para llevar a cabo la medida ante la falta de designación de interlocutores<sup>49</sup>. Por tal motivo, «sería recomendable que los convenios colectivos de sector... establecieran mecanismos ágiles para facilitar la eficaz y rápida puesta en marcha de este singular proceso negociador»<sup>50</sup>; por ejemplo, y de optar por la comisión sindicalizada, permitir a los sindicatos legitimados elaborar listas de afiliados designados para participar en las comisiones por ámbitos funcionales y territoriales<sup>51</sup>. En fin, los acuerdos en su seno –cualquiera que sea la composición elegida– re-

<sup>45</sup> Exclusividad defendida por algunos autores, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Cláusulas de descuelgue empresarial», cit., pág. 244.

<sup>46</sup> Y así «equilibrar la eventual diferencia que un empresario podría padecer frente a una negociación profesionalizada», DÍAZ DE ATAURI, P. G.: «Artículo 82. Concepto y eficacia», en AA. VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pág. 784.

<sup>47</sup> La nueva previsión legal no constituye tanto una innovación como una constatación normativa, en la medida en que en tales ámbitos siempre ha podido negociar el empresario o «persona en quien delegue», pudiendo ser cualquier organización empresarial en la cual esté o no integrado, MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica», cit., pág. 330 o ALFONSO MELLADO, C.: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», cit., pág. 115.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Cláusulas de descuelgue empresarial», cit., pág. 246.

<sup>49</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: «La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos», cit., pág. 10.

<sup>50</sup> MERCADER UGUINA, J. R.: «Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010», cit., pág. 201.

<sup>51</sup> MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica», cit., pág. 325.

querirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros, lo que –habiendo optado por la sindical– parece casar mal con el criterio jurisprudencial del voto proporcional<sup>52</sup>.

A mayores, la reforma de 2010 reconoció de forma expresa la facultad de empresario y representantes, ya existente con anterioridad al amparo de los artículos 85.1 y 83.2 y disposición adicional decimotercera del ET y desarrollada en el V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Colectivos (BOE de 23 de febrero de 2012, núm. 46) o en los homónimos que en cada comunidad autónoma pudieran existir, para acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje aplicable en el ámbito de la empresa, debiendo ser desarrollado «dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo». Aun cuando pudiera parecer innecesario, el loable recordatorio persigue sin ocultarlo potenciar estos instrumentos, reducir el número de litigios en foros judiciales y, con todo ello, agilizar el procedimiento de movilidad geográfica, habida cuenta da un paso más y permite «sustituir el periodo de negociación/consulta desde el principio, esto es, antes de iniciarlo»<sup>53</sup>; de nuevo, las buenas intenciones «vuelven a adolecer de una falta manifiesta de realismo» por la premura impuesta<sup>54</sup>.

En escaso margen, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, añadió en el artículo 40.2 del ET –y en otros preceptos que contemplan las consultas, así como en el 87.1 ET cuando alude a la legitimación para negociar convenios empresariales– un inciso según el cual «la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal». Así pues, dentro del típico sistema dual del ordenamiento español, quedan claramente jerarquizados los órganos de representación de los trabajadores por la preferencia reconocida a la sindical<sup>55</sup>, permitiendo olvidar la diferencia de criterios utilizados a tal fin –como eran los de prioridad temporal en la iniciativa<sup>56</sup> o la libre elección de

<sup>52</sup> Contenido en, entre muchas otras, STS de 3 de junio de 2008 (rec. núm. 3490/2006).

<sup>53</sup> PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*, cit., pág. 53. Obviamente, también durante las consultas o tras las mismas si no se hubiera conseguido acuerdo, MONTOYA MELGAR, A.: «Artículo 40. Movilidad geográfica», cit., pág. 508.

<sup>54</sup> Por lo que la doctrina propugna diversas posibilidades de interpretación para eludir la excesiva compresión del proceso negociador, resumidas en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «La movilidad geográfica», cit., pág. 124.

<sup>55</sup> Atendiendo al artículo 3 del Convenio OIT núm. 152, 1981, según el cual no cabe usar otro tipo de representación en menoscabo de la posición de la sindical, MOLINA MARTÍN, A. M.: «La incidencia de la reforma laboral sobre la negociación colectiva y en materia de movilidad geográfica», cit., pág. 219.

<sup>56</sup> SSTs de 17 de octubre de 1994 (rec. núm. 3079/1993), de 30 de octubre de 1995 (rec. núm. 2215/1994) y de 14 de julio de 2000 (rec. núm. 2723/1999). En la doctrina, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Pamplona: Aranzadi, 1997, pág. 166.

interlocutor por el empleador<sup>57</sup> y, en definitiva, desterrando un consumo absurdo e improductivo del ya minorado plazo para las consultas<sup>58</sup>.

Llegados a este punto, solo resta analizar la incidencia del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, con igual denominación y que ninguna alteración efectuó sobre su precedente de urgencia, a salvo de lo apuntado sobre la preferencia para la movilidad de las víctimas de terrorismo y los trabajadores discapacitados.

En primer lugar, es patente y sobradamente conocido cómo las últimas reformas laborales –y no solo la ahora comentada– han tenido uno de sus ejes principales en la modificación y concreción de las razones habilitantes para proceder a las diversas medidas de reestructuración empresarial, tratando de reducir la inseguridad jurídica existente, aportar reglas precisas para una objetivación apriorística y, al tiempo, facilitar su implementación; la movilidad geográfica no ha quedado excluida, y las normas de 2012 reformulan el mecanismo de causalidad contenido durante casi 20 años en el artículo 40 del ET.

Como ha quedado apuntado, las justificaciones económicas, técnicas, organizativas o de producción quedaban supeditadas a «mejorar la situación en la empresa a través de una organización de los recursos más adecuada», lo que a su vez debía traducirse no necesariamente en un mayor rendimiento financiero del empleador<sup>59</sup> sino al menos en una simple «conveniencia» consistente en favorecer «su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». Tales eran los elementos a valorar por los órganos judiciales encargados de conocer las eventuales impugnaciones, y de su profusa y prolongada labor hermenéutica cabe colegir que si bien no era exigible una situación de crisis, en tanto bastaba mejorar la situación empresarial previa –fuera esta buena o mala<sup>60</sup>, tampoco su mera existencia acarrearba forzosamente la convalidación<sup>61</sup>, pues su clara configuración teleológica requería atender a la efectiva consecución de alguno de los referidos objetivos<sup>62</sup>, lo cual suponía una carga probatoria adicional sobre

<sup>57</sup> PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F.: «Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, 1996, pág. 16 y ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del trabajo*, cit., pág. 1.039.

<sup>58</sup> QUIRÓS HIDALGO, J. G.: «Periodo de consultas y posible acuerdo entre las partes», en AA. VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., dir.): *Expedientes de regulación de empleo*, Cizur Menor. Thomson-Civitas, 2009, pág. 154.

<sup>59</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: «Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica», en AA. VV.: *Reforma de la legislación laboral*, Sevilla: Junta de Andalucía/Universidad, 1997, pág. 80.

<sup>60</sup> Pues lo contrario provocaría un efecto huida a largo plazo hacia extinciones de contratos, CORTE HEREDERO, N.: «La movilidad geográfica de los trabajadores: algunos problemas interpretativos y aplicativos de su regulación jurídica», *Aranzadi Social*, tomo III, 1996, pág. 2.473.

<sup>61</sup> Al respecto, ROQUETA BUI, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 32.

<sup>62</sup> FERRANDO GARCÍA, F.: «Medidas para el favorecimiento de la flexibilidad interna en las empresas desde la perspectiva contractual», en AA. VV. (CAVAS MARTÍNEZ, F., coord.): *La reforma laboral de 2012: análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Murcia: Laborum, 2012, pág. 133.

la adecuación y proporcionalidad entre la medida propuesta o aplicada y el resultado esperado o conseguido<sup>63</sup>, especialmente cuando aquella no hubiera sido consensuada en fase de consultas<sup>64</sup>.

En la actualidad, el precepto las define, junto a las subsistentes «contrataciones referidas a la actividad empresarial», como las «relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa», en inciso compartido con el artículo 41 del ET para recuperar «la tónica o constante histórica de proporcionar una redacción idéntica» para ambos supuestos<sup>65</sup>, interrumpida cuando la Ley 35/2010 incluyó para la modificación sustancial de condiciones, pero no para la movilidad geográfica, la referencia finalista –también compartida por el despido colectivo– de «prevenir una evolución negativa»<sup>66</sup>.

La nueva delimitación resulta a todas luces vaga, indefinida y de indudable amplitud<sup>67</sup>, pues tales condicionantes siempre estarán presentes por ser «factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa»<sup>68</sup>. No se trata de una incorrección técnica del legislador; antes al contrario, siendo plenamente consciente, ha querido dotar al nuevo precepto «de un potencial aplicativo muy favorable para... los poderes extraordinarios que se le han concedido»<sup>69</sup>, convirtiendo la movilidad geográfica en un instituto «formalmente causal y materialmente libre»<sup>70</sup> que solo prohíbe ya las decisiones de pura arbitrariedad<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: «Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica», cit., pág. 79.

<sup>64</sup> Por todas, STS de 7 de diciembre de 2005 (RJ 2006/2624).

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «La movilidad geográfica», cit., pág. 117.

<sup>66</sup> Por tanto, «no parecía razonable que las exigencias causales fueran, o al menos pudieran parecerlo, menores» para el despido que para otras medidas de flexibilidad que se pretendían alternativas y anteriores, por lo que cabía entender sin dificultad la aplicación analógica en esta sede, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales», en AA. VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dirs.): *La reforma del mercado de trabajo*, cit., pág. 151. Algo similar ocurrió, sin que en este caso haya sido subsanada la disparidad provocada, respecto a la presunción sobre la concurrencia de causa legítima para la adopción de la medida cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, en cuyo caso podrá solo ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión; por tal motivo, resulta posible y aconsejable una aplicación analógica para la movilidad geográfica, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «La movilidad geográfica», cit., págs. 117-118.

<sup>67</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», en AA. VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dirs.): *La regulación del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 2012, pág. 233.

<sup>68</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012. (Estudio del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Cizur Menor. Thomson-Aranzadi, 2012, pág. 199.

<sup>69</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Flexibilidad interna», en AA. VV.: *Reforma Laboral 2012. El RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral a examen*, Madrid: La Ley, 2012, pág. 40.

<sup>70</sup> SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pág. 230.

<sup>71</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», cit.

Además, al eliminar la vinculación causa-efecto y no establecer una conexión entre la modificación pretendida y la finalidad que por medio de ella se pretende alcanzar, se viene a negar a los órganos judiciales un control sobre la racionalidad y proporcionalidad de la medida y un posible juicio predictivo de futuro<sup>72</sup>, limitando su examen a la concurrencia de la razón y los hechos alegados<sup>73</sup>.

El límite de regularidad legal de la medida queda ahora situado, pues, en la buena fe, el abuso de derecho, el fraude de ley y los derechos fundamentales<sup>74</sup>. En este sentido, conviene recordar que la LRJS establece en su artículo 184 que las demandas en materia de movilidad geográfica «se tramitarán, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente (...), dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos (...) las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas»; de tal manera, lo único que determina ya la atracción hacia la modalidad procesal especial regulada en el artículo 138 de la LRJS es la materia –la movilidad geográfica–<sup>75</sup>, y con independencia de que la empresa haya cumplido el procedimiento establecido en el artículo 40 del ET<sup>76</sup>.

Por otra parte, los efectos de esta liberalización también repercutirán, en caso de traslados colectivos, en el contenido de las consultas y de la obligación de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo. Si las mismas deben versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias, en la medida en que se flexibiliza considerablemente su dimensión causal indirectamente se reduce también la capacidad de control de los representantes de los trabajadores, quedando reducido, *de facto*, a los efectos de la medida y no tanto a sus causas<sup>77</sup>.

En definitiva, la seguridad jurídica de los trabajadores queda herida de muerte, pues el lugar de la prestación de servicios inicialmente pactado constituye una variable en manos ajenas y enteramente libres. Desde luego, hubiera sido recomendable mantener un «matiz posibilista»<sup>78</sup>, en

<sup>72</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, cit., págs. 33 y 34.

<sup>73</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», cit., pág. 275.

<sup>74</sup> ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, cit., págs. 33 y 34.

<sup>75</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», cit.

<sup>76</sup> Atendiendo así a la sugerencia efectuada en el Dictamen 11/2010 del Consejo Económico y Social: «Sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», pág. 51; TASCÓN LÓPEZ, R.: *La renovación de la justicia social. El éxito del proceso social, su envejecimiento prematuro y la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Cizur Menor. Thomson-Aranzadi/Fundación Justicia Social, 2012, pág. 167.

<sup>77</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», cit., o SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», cit., pág. 231.

<sup>78</sup> FERRANDO GARCÍA, F.: «Medidas para el favorecimiento de la flexibilidad interna en las empresas desde la perspectiva contractual», cit., pág. 134, quien critica la técnica legislativa del redactor de la norma, al incurrir en una grave tautología, «en cuanto introduce los términos definidos en la definición».

el sentido de requerir que la medida pudiera contribuir a mejorar la situación preexistente, para mejorar con ello las escasas probabilidades de éxito de una eventual y aventurada impugnación judicial contra la decisión empresarial.

En otro orden de cosas, en clara sintonía con el tantas veces mentado objetivo de eliminar límites al poder directivo empresarial, desaparece el último rastro de intervención administrativa en el traslado colectivo, salvo que se quiera considerar como tal –con cierto eufemismo– el residual papel de recepción de información y comunicación. Así, el artículo 40.2 del ET no contiene ya la facultad gubernativa e interdictal –rara vez utilizada y «de dudosa justificación en un sistema de relaciones laborales moderno»<sup>79</sup> consistente en diferir el plazo de reincorporación y la consiguiente paralización de la efectividad de la orden por un periodo de hasta 6 meses cuando las posiciones de las partes en la negociación y las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justificaran<sup>80</sup>. Por tal motivo, la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, establecía que el Título II del Real Decreto 801/2011, relativo al «procedimiento de actuación administrativa en materia de traslados colectivos», no resultaría de aplicación transitoria hasta la promulgación del nuevo reglamento<sup>81</sup>, el cual ha sido aprobado por el Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre y que, como era de esperar, no incorpora previsiones al respecto y deroga las dos normas citadas.

Como tercer aspecto sobre el cual ha incidido la enésima y, por ahora, última reforma laboral, la clásica prioridad de permanencia atribuida a los representantes comparte ahora protagonismo –en aras de conciliar una medida propuesta en interés empresarial con derechos de los trabajadores constitucionalmente relevantes– con la que pudiera venir reconocida en el convenio aplicable o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas a favor de otros colectivos, tales como –en enunciado meramente ejemplar y abierto a otros distintos en función de variadas circunstancias personales o familiares–<sup>82</sup> «trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad» (art. 40.5 párrafo segundo ET)<sup>83</sup>, recuperando así la antigua y equi-

<sup>79</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012. (Estudio del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, cit., pág. 199.

<sup>80</sup> Potestad ideada con vistas a posibilitar la reanudación de las negociaciones y con ello facilitar la consecución de un acuerdo (CRUZ VILLALÓN, J.; RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. y GÓMEZ GORDILLO, R.: *Estatuto de los Trabajadores. Comentario*, Madrid: Tecnos, 2003, pág. 493), por lo que era vista como una «pequeña medida de presión» (TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «La modificación de la condiciones de trabajo en la reforma laboral de 2012», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155, 2012, pág. 84).

<sup>81</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral», cit., pág. 275.

<sup>82</sup> Convendría no olvidar, a tal efecto, cuantas previsiones legales expresamente reconozcan tal posibilidad a concretos sujetos, como es el caso de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de numerosa, cuya omisión en el reformado precepto estatutario llama la atención (art. 10 Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas).

<sup>83</sup> Atribuyendo su fundamento a las reservas previstas en el artículo 17.2 del ET, ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, cit., pág. 35.

valente previsión contenida en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, y dando carta de naturaleza a una posibilidad que siempre estuvo en manos de los interlocutores sociales<sup>84</sup>.

En cualquier caso, supone una mera promoción o habilitación a negociar de forma expresa, pues hubiera sorprendido que en el contexto de una reforma orientada no ya solo a devolver en plenitud, sino a fortalecer los poderes empresariales de gestión rentable del factor trabajo, se limitara su margen de flexibilidad interna y se cuestionara el carácter discrecional de la elección de los concretamente afectados por la decisión de movilidad<sup>85</sup>. Por otra parte, su convivencia con la preexistente «ultimidad» de los representantes abre el debate doctrinal sobre su compatibilidad y graduación, extremo a zanjar por el instrumento que los contemple: para un sector, ambos quedarían situados en un mismo nivel de protección<sup>86</sup>; según otras opiniones, por el contrario, en tanto «la prioridad legal establecida a favor de los representantes legales de los trabajadores es imperativa y no disponible por la autonomía colectiva, debe prevalecer»<sup>87</sup>, y sin perjuicio de añadir igualmente la necesidad de atender en primer lugar los derechos de movilidad de las víctimas de violencia de género, de terrorismo o de los discapacitados<sup>88</sup>.

Finalmente, y como cuestión menor, la norma de urgencia y reformista de 2012 aclara los umbrales numéricos que determinan la calificación del traslado, eliminando una patente imprecisión con nula trascendencia práctica. Como consta, el artículo 40.2 del ET consideraba colectivos aquellos que afectaran, por cuanto ahora importa, al menos al 10 % de los trabajadores de la empresa de contar esta con entre 100 y 300 empleados, o a 30 cuando ocupaba a 300 o más, surgiendo la duda de cuál de las dos reglas debía ser aplicada si la plantilla era, exactamente, de 300 personas, pues tenía encaje en ambos tramos; aun cuando el resultado era el mismo de aplicar uno y otro, y por tal motivo el traslado resultaba colectivo, la nueva redacción incluye el problemático referente en el primero de ellos, aludiendo en el segundo a «más de trescientos»<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Si bien resulta significativa y pedagógica su expresa previsión legal, ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Medidas para favorecer la flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de empleo», en AA. VV. (FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., dir.): *Guía práctica de la Reforma Laboral 2012*, León: Eolas, 2012, pág. 62.

<sup>85</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «De las "reformas laborales" a un nuevo, e irreconocible, "Estatuto del trabajo subordinado": comentario sistemático al Real Decreto-Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo», *RTSS. CEF*, núm. 348, 2012, pág. 65 o SÁEZ LARA, C.: «Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», cit., pág. 232.

<sup>86</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012. (Estudio del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, cit., pág. 200.

<sup>87</sup> ROQUETA BUI, R.: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, cit., pág. 36 y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», en AA. VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., coord.): *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, cit., pág. 30.

<sup>88</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Medidas para favorecer la flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de empleo», cit., pág. 62.

<sup>89</sup> Ello supone ignorar la normativa comunitaria, pues a la luz del artículo 1 a) de la Directiva 1998/59/CE, de 20 de julio, en materia de despidos colectivos, parecía claro que uno de los tramos se refería a empresas con plantilla de menos de 300 trabajadores y el otro a empresas con 300 o más, FERRANDO GARCÍA, F.: «Medidas para el favorecimiento de la flexibilidad interna en las empresas desde la perspectiva contractual», cit., pág. 135.

## 2. LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS EN UN CONTEXTO GLOBALIZADO Y LA PRIORIDAD DEL TRABAJO SOBRE EL LUGAR DE TRABAJO

Desde los albores de nuestra existencia, los intercambios comerciales y los movimientos migratorios en busca de mejores condiciones de vida han sido una constante, de tal forma que el fenómeno hoy generalizado como «globalización» puede ser considerado un rasgo típico en la evolución de la humanidad<sup>90</sup>. Sin embargo, superado el proteccionismo existente hasta la primera mitad del siglo XX, solo en la actualidad los mercados nacionales han dejado de ser el referente básico para la actividad de las empresas, las cuales, a su vez, han superado una concepción tradicional abriendo paso a organizaciones productivas dispares, complejas y deslocalizadas.

Tratando de conciliar las múltiples acepciones terminológicas y las infinitas definiciones ofrecidas por variadísimas entidades y sujetos autorizados, cabría describir el concepto de globalización como «un nuevo sistema derivado de la liberalización del comercio internacional, la expansión de la inversión extranjera directa y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos», todo ello promovido por los Estados, entidades supranacionales y organizaciones como el GATT y la OMC a través de procesos de integración económica y jurídico-institucional y de decisiones políticas tendentes a reducir barreras nacionales en las operaciones comerciales internacionales<sup>91</sup> y favorecido por el impacto de las nuevas tecnologías y las facilidades para el transporte y las comunicaciones<sup>92</sup>.

La globalización, que no es algo ni tan reciente ni tan inocuo, «se ha convertido, para unos, en una palabra ídolo y, para otros, en una palabra maldita, sin duda porque se le atribuyen demasiados efectos, favorables o adversos, en punto al progreso o a la exclusión social, respectivamente»<sup>93</sup>, pero, en cualquier caso, se ha ido imponiendo por la fuerza de los hechos<sup>94</sup>; y, obviamente, presenta acusada incidencia en el ámbito laboral, tanto para las empresas como para los trabajadores.

<sup>90</sup> SUÁREZ FERNÁNDEZ, F.: «La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo: Universidad-Gobierno del Principado de Asturias, 2006, págs. 23-24.

<sup>91</sup> Pues muchos países, con el objeto de atraer las inversiones extranjeras, reducen o anulan sus tarifas aduaneras, GONZÁLEZ-POSADA-MARTÍNEZ, E.: «Deslocalización de empresas y Derecho del Trabajo localizado», en AA. VV.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 235.

<sup>92</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: «El papel de la OIT ante la globalización económica: la búsqueda de un trabajo decente», en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, cit., págs. 41 y 42.

<sup>93</sup> PURCALLA BONILLA, M. A.: *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, Cizur Menor. Thomson-Aranzadi, 2009, pág. 15.

<sup>94</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G. et al.: «Parte I. Laboral», en AA. VV.: *Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, Madrid: Francis Lefebvre, 2002, pág. 13.

De un lado, y en un primer lugar, al amparo de tales circunstancias y la libre circulación de capitales y de establecimiento, las empresas adquieren en su estrategia de expansión y ampliación de mercados un carácter multinacional para operar sin sujeción a un ámbito geográfico concreto y limitado; en segundo término, aumenta la estrategia de cerrar centros de trabajo para abrirlos en otros países con costes de producción –no solo laborales<sup>95</sup>– más bajos, ya sea trasladando toda la unidad productiva o solo parte de ella para conservar la sede en el país de origen, lo que otorga unas amplias posibilidades de *shopping* entre las distintas legislaciones<sup>96</sup> y determina una deslocalización y paralela relocalización de empresas<sup>97</sup>; o, en fin, el recurso a la descentralización<sup>98</sup>, caracterizada por «la fragmentación o segmentación del ciclo productivo y la externalización o exteriorización de ciertas fases, funciones o actividades de dicho ciclo», genera una vinculación transnacional con otras mercantiles a través de subcontrataciones, franquicias, grupos, etc. En cualquier caso, las tres manifestaciones descritas alcanzan hoy día una dimensión planetaria y son visibles en economías de muy distinta estructura y desarrollo y utilizadas en los más diversos sectores económicos<sup>99</sup>, de forma especialmente acentuada o acelerada en tiempos de crisis como vía de escape para garantizar la subsistencia<sup>100</sup>.

Por su parte, supone un masivo flujo migratorio de mano de obra en virtud del cual los trabajadores<sup>101</sup>, cualificados o no, deciden trasladarse a otros países para mejorar profesionalmente o encontrar un empleo, principalmente en sectores no cubiertos por los nacionales<sup>102</sup>. Ante esta

<sup>95</sup> Si bien la principal razón atiende a que se trabaja más por menos, sin que ello deba entenderse exclusivamente referido al salario, sino también a mayores jornadas, a inferiores cargas sociales o a la enorme flexibilidad para adaptar las necesidades de la empresa a sus ventas, SUÁREZ FERNÁNDEZ, F.: «La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general», cit., pág. 29.

<sup>96</sup> RIVERO LAMAS, J.: «Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA. VV. (MARTÍNEZ EMPERADOR, R., dir.): *Puntos críticos de la reforma laboral*, Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1996, pág. 60.

<sup>97</sup> PURCALLA BONILLA, M. A.: *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, cit., pág. 207.

<sup>98</sup> «La externalización suele preceder a la deslocalización, es decir, que aquella suele ser el primer paso a la deslocalización y trasvase posterior hacia el exterior de la medida externalizadora con carácter total o parcial», GONZÁLEZ-POSADA-MARTÍNEZ, E.: «Deslocalización de empresas y Derecho del Trabajo localizado», cit., pág. 233.

<sup>99</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales»; en AA. VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J., dirs.): *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, Madrid: Cinca, 2010, págs. 20 y ss.

<sup>100</sup> GARCÍA MIGUÉLEZ, M. P.: «El fenómeno de la globalización económica y la descentralización productiva frente a los derechos de los trabajadores», en AA. VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., dirs.): *Derecho del trabajo. Lecturas sobre la obra científica de Germán José María Barreiro González en sus XXV años como Catedrático de Derecho del Trabajo*, Lisboa: Juruá, 2012, pág. 230.

<sup>101</sup> Esta nueva era actual de movimientos migratorios transnacionales no puede separarse del fenómeno de la globalización y de la creciente interacción e interdependencia en las relaciones económicas y sociales, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «Hacia un nuevo marco multilateral sobre la migración», *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2004, pág. 16.

<sup>102</sup> PURCALLA BONILLA, M. A.: *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, cit., pág. 318.

realidad, la mayor preocupación pasa por garantizar un trabajo decente y evitar una prestación de servicios forzosa o precaria<sup>103</sup>, a cuyo efecto fue promulgado en el seno de la OIT el Convenio núm. 97, sobre trabajadores migrantes, de 1949, luego remozado por el núm. 143, relativo al mismo tema, de 1975, ambos acompañados de sus respectivas recomendaciones<sup>104</sup>, hoy día completados por la Convención Internacional de la ONU sobre protección de los trabajadores migrantes y de sus familias (que entró en vigor en 2003) y, entre un elenco más amplio, por diversos referentes de variados organismos, tales como los elaborados por la OMC, la OCDE, ciertas instituciones regionales (la UE de manera significativa) o –y con un papel muy activo– los convenios bi o multilaterales. Sin embargo, aun cuando todo el acervo anterior consigue proporcionar unas reglas mínimas aplicables a la economía global, media un doble consenso en su contra: de un lado, en la práctica ejercen una función orientativa más que realmente imperativa; de otro, las reglas justas para el comercio han de ser necesariamente complementadas con un sistema coherente regulador del movimiento transfronterizo de personas, algo hoy por hoy inexistente de forma completa y acabada<sup>105</sup>, por lo que cobra especial protagonismo la autonomía colectiva ejercida en el plano internacional<sup>106</sup> o la responsabilidad social corporativa<sup>107</sup>.

Sea como fuere, y por cuanto ahora importa, presenta notable relevancia sobre el lugar de trabajo, lo cual puede tener lugar por varias vías<sup>108</sup>. Así, y como ejemplo de «movilidad en el empleo», puede determinar un traslado o un desplazamiento a modo de «movilidad geográfica internacional», ya sea para aplicar los conocimientos y la experiencia adquirida en España en el nuevo centro de trabajo, normalmente instrumentado mediante acuerdo entre las partes, ya como consecuencia de una orden empresarial en irremediable disyuntiva con la extinción contractual, pues no hay motivo alguno para excluir la aplicación del artículo 40 del ET cuando el cambio queda referido a un destino más allá de las fronteras nacionales<sup>109</sup>. En la otra cara de la moneda,

<sup>103</sup> GIL Y GIL, J. L.: «Concepto de trabajo decente», *Relaciones Laborales*, núm. 15-18, 2012, págs. 77 y ss.

<sup>104</sup> USHAKOVA, T.: «El trabajo decente en el contexto de la migración internacional», *Relaciones Laborales*, núm. 15-18, 2012, págs. 235 y ss.

<sup>105</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: «El papel de la OIT ante la globalización económica: la búsqueda de un trabajo decente», cit., págs. 45 y 46.

<sup>106</sup> SANGUINETI RAYMOND, W.: «El espacio de la autonomía colectiva en la ordenación del mercado global», en AA. VV. (SANGUINETI RAYMOND, W. y GARCÍA LASO, A., eds.): *Globalización económica y relaciones laborales*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2003, págs. 207 y ss. o PURCALLA BONILLA, M. A.: *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, cit., págs. 238 y ss.

<sup>107</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, Madrid: CEF, 2008 o VAN DER LAAT ECHEVARRÍA, B.: «Cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad del empresario», en AA. VV. (SANGUINETI RAYMOND, W. y GARCÍA LASO, A., eds.): *Globalización económica y relaciones laborales*, cit., págs. 153 y ss.

<sup>108</sup> Sin perjuicio de otras como pudiera ser el crecimiento del teletrabajo; al respecto, THIBAUT ARANDA, J.: «El impacto laboral de la descentralización tecnológica: el teletrabajo», en AA. VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J., dirs.): *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, cit., págs. 81 y ss.

<sup>109</sup> Otra cosa es que, en tanto puede suponer un cambio en la ley aplicable, haya que concluir que el precepto tal vez no ofrezca el cauce adecuado para canalizar esa vicisitud, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Deslocalización productiva y

y determinando una «movilidad por el empleo»<sup>110</sup>, existen otros movimientos migratorios que atienden a la exclusiva finalidad de buscar un empleo o atender una oferta recibida, por lo que el trabajo no es su causa sino su mismo fin. En tales supuestos, la cuestión trascendental vendrá dada por solventar los dos conflictos jurídicos suscitados<sup>111</sup>, la determinación de la ley aplicable a la relación laboral en el extranjero<sup>112</sup> –y en materia de Seguridad Social–<sup>113</sup> y la jurisdicción competente para conocer de posibles litigios laborales<sup>114</sup>.

En conclusión, la nueva realidad empresarial en un mundo globalizado e inmerso en una situación de crisis generalizada supone una amenaza para la estabilidad geográfica del trabajador, habida cuenta el lugar de la prestación de servicios pasa a ser un elemento secundario y de menor importancia que en muchos casos cede ante la necesidad de encontrar empleo o mantener el existente.

---

regulación de las relaciones laborales», en AA. VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J., dirs.): *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, cit., pág. 372.

<sup>110</sup> En términos utilizados en BARREIRO GONZÁLEZ, G. *et al.*: «Parte I. Laboral», cit., pág. 14.

<sup>111</sup> Conflictos «vinculados tanto en el plano de la técnica jurídica propuesta para su solución cuanto en el plano de los principios jurídicos inspiradores de tales soluciones técnicas, pero que deben tenerse bien separados conceptual y normativamente», ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C.: *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Granada: Comares, 2002, pág. 69.

<sup>112</sup> En función de que se trate de un traslado o un desplazamiento (por su extensión temporal inferior a un año) y a un país perteneciente o no a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, resultará de aplicación lo dispuesto en el Convenio de Roma de 1980, relativo a la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (BOE de 19 de julio de 1993, núm. 171) o la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, traspuesta al ordenamiento español por la Ley 45/1999. Por extenso, GÁRATE CASTRO, J.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C.: *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, cit., págs. 69 y ss.; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Deslocalización productiva y regulación de las relaciones laborales», cit., pág. 357 y ss.; BARREIRO GONZÁLEZ, G. *et al.*: «Parte I. Laboral», cit., págs. 13 y ss.

<sup>113</sup> En virtud del Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, cuando tenga lugar dentro de la Unión Europea; atendiendo a los convenios bilaterales existentes con terceros países; o, en su defecto, mediante convenio especial. Al respecto, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: «Parte II. Seguridad Social», en AA. VV.: *Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, cit., págs. 99 y ss.

<sup>114</sup> Debiendo atender al Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia jurisdiccional y a la ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil (BOE de 20 de octubre de 1994, núm. 251), sustituido en el ámbito comunitario por el Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; sobre la cuestión, ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C.: *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, cit., págs. 69 y ss. o PURCALLA BONILLA, M. A.: *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, cit., págs. 196 y ss.